

FALTA DE REGULACIÓN DE LOS CAMBIOS DE NO CONSIDERACIÓN EN PROYECTOS O ACTIVIDADES CON RESOLUCIÓN DE CALIFICACIÓN AMBIENTAL

Lack of regulation of non-consideration changes of projects or activities with environmental qualification resolution

Constanza Pelayo Díaz

Abogada de la Universidad de Chile
Magíster en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo
cpelayo@lawgic.cl

RESUMEN: El presente trabajo tiene por objeto revisar, analizar y reflexionar sobre la regulación asociada a los cambios menores o poco significativos de proyectos y/o actividades que han sido sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y en consecuencia cuentan con Resolución de Calificación Ambiental, a la luz de las potestades fiscalizadoras y sancionatorias de la Superintendencia del Medio Ambiente.

En primer lugar, se revisará la regulación vigente en nuestro país sobre la materia, especialmente respecto de las consultas de pertinencia como instrumento para regularizar o informar a la autoridad cambios menores a proyectos con Resolución de Calificación Ambiental. Luego se revisarán tres casos interesantes para el análisis y su jurisprudencia asociada. A continuación, se repasarán distintas propuestas de modificación a la normativa vigente que se han realizado en los últimos años. Finalmente se plantearán algunas reflexiones y alternativas de modificación normativa.

PALABRAS CLAVE: cambios de consideración, resolución de calificación ambiental, sistema de evaluación de impacto ambiental.

ABSTRACT: The purpose of this work is to review, analyze and ponder on the regulation associated with minor or insignificant changes in projects or activities that have been submitted to the Environmental Impact Assessment System, and consequently have an Environmental Qualification Resolution, in light of the supervisory and sanctioning powers of the Superintendence of the Environment.

In the first place, will be reviewed the current regulation in our country on the matter, especially regarding pertinence consultations as an instrument to “regularize” or inform the authority of minor changes to projects with Environmental Qualification Resolution; then, three interesting cases for analysis and their associated jurisprudence; next, the different proposals for modification to the current regulations that have been made in recent years; to finally raise some reflections and alternatives of normative modification.

KEYWORDS: *consideration changes, environmental impact assessment system, environmental qualification resolution.*

INTRODUCCIÓN

En el marco de la ejecución de grandes proyectos de inversión o actividades, uno de los problemas que ha surgido es la forma de ejecutar cambios a un proyecto o actividad que cuenta con Resolución de Calificación Ambiental (RCA). De acuerdo con la normativa vigente, la única forma de modificar una Resolución de Calificación Ambiental es a través de una nueva evaluación ambiental del proyecto o actividad. Sin embargo, esta no es una alternativa razonable cuando se trata de cambios que no son de consideración.

El problema se ha agudizado desde la existencia de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA) que tiene la facultad de fiscalizar el fiel cumplimiento al texto de la resolución, y sancionar al Titular en caso de incumplimiento de esta. Por lo tanto, ejecutar cambios menores sin evaluación previa, resulta evidentemente riesgoso.

Otra forma de plantear la cuestión es ¿cómo modifico el texto de una Resolución de Calificación Ambiental, sin tener que evaluar ambientalmente esta modificación, cuando los cambios no implican nuevos impactos al medio ambiente? O bien, ¿es posible ejecutar cambios que no sean de consideración a un proyecto sin necesidad de modificar el texto de la Resolución de Calificación Ambiental, y sin que traiga aparejado un riesgo de ser considerado una infracción por la Superintendencia del Medio Ambiente?

Respecto de este dilema, la normativa ambiental no ha podido hacerse cargo adecuadamente. Es relevante tener en cuenta que en la práctica los cambios en la ejecución de los proyectos o actividades autorizados muchas veces son necesarios, ya sea durante la fase constructiva, como durante la operación, con el fin de adecuarlos a cambios en la línea de base, avances tecnológicos, cambios normativos, evaluar la efectividad de las medidas de mitigación y compensación, y considerar nuevas exigencias que reclama en interés general (ARELLANO Y SILVA, 2014, p. 447).

Los mismos titulares de proyectos, hace muchos años ya, comenzaron a realizar consultas, respecto de si los cambios que se querían ejecutar a un determinado proyecto debían ser evaluados ambientalmente. Estas consultas se realizaban a través de cartas a la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA) o a la Comisión Regional del Medio Ambiente (COREMA) –antes de la entrada en vigencia de la Ley N°.20.417 que modificó la institucionalidad ambiental–, y luego al Servicio de Evaluación Ambiental (SEA).

La práctica de consultar a la autoridad –consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental–, quedó plasmada en el D.S. N°.40/2012 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA o Reglamento del SEIA), pero de manera muy escueta, y con una respuesta por parte de la autoridad ambiental de carácter no vinculante. Sumado a lo anterior, en la respuesta a estas consultas se manifiestan claras diferencias de criterio entre las distintas autoridades regionales del Servicio de Evaluación Ambiental y que no propician la seguridad jurídica que buscan los titulares de proyectos.

Esta cuestión se torna especialmente relevante, desde que la Superintendencia del Medio Ambiente inicia sus funciones de fiscalización y sanción. Esta persigue como infracción el incumplimiento a las normas, condiciones y medidas de la Resolución de Calificación Ambiental, así como la elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), con sanciones sumamente gravosas para los titulares de proyectos. ¿Es entonces una infracción cualquier diferencia,

cualquier cambio, entre lo establecido en una determinada resolución y lo efectivamente ejecutado por el Titular de un proyecto o actividad? ¿Tiene la Superintendencia el deber de fiscalizar siempre el cumplimiento estricto de la Resolución de Calificación Ambiental? ¿o tiene un cierto margen de discrecionalidad para iniciar un procedimiento sancionatorio si estima que no existe mérito suficiente para ello?

Independiente de la respuesta a estas interrogantes, pareciera que nuestro ordenamiento jurídico ambiental no se hace cargo completamente de cómo afrontar cambios de menor envergadura que se requiere ejecutar a proyectos o actividades que cuentan con aprobación ambiental a través de una Resolución de Calificación Ambiental. Por lo anterior, se torna necesario buscar una vía que no implique asumir una serie de incertezas y riesgos frente a la autoridad fiscalizadora y sancionadora.

Por su parte, existe una evidente necesidad de seguimiento de los proyectos por parte de la autoridad ambiental, con el objeto de resguardar la labor fiscalizadora y el principio preventivo establecido por la Ley 19.300.

Parece ser entonces que una buena alternativa es establecer normativamente un proceso de actualización o modificación de las autorizaciones administrativas ambientales, sin necesidad de ingresar nuevamente al Sistema de Evaluación de Impactos Ambientales. De tal manera, podrían ser plasmados los cambios en dicha autorización administrativa, en relación a las modificaciones que no son de consideración, con el objeto de que haya mayor certeza y seguridad tanto para la autoridad como para el regulado.

1. MARCO NORMATIVO VIGENTE EN CHILE

1.1. Evaluación ambiental de proyectos y actividades en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

El procedimiento de evaluación ambiental está regulado en la Ley N.°19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, así como en el

D.S. N°.40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente que establece el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

La Ley N.°19.300 establece en su artículo 8° que “[l]os proyectos o actividades señalados en el artículo 10 sólo podrán ejecutarse o modificarse previa evaluación de su impacto ambiental, de acuerdo a lo establecido en la presente ley”. Por su parte, el artículo 10 contiene un listado taxativo de los proyectos o actividades que deben ser evaluados ambientalmente, atendida la presunción de que pueden causar impactos ambientales.

En consecuencia, el Titular que quiera ejecutar un proyecto o actividad –o la modificación de estos– debe identificar si se encuentra listado en el artículo 10 de la Ley, detallado en el artículo 3 del Reglamento. En caso de encontrarse tipificado, el proyecto o su modificación, debe ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental mediante una Declaración de Impacto Ambiental. Ahora bien, si el proyecto genera los efectos, características y circunstancias del artículo 11 de la Ley¹, deberá ingresar mediante la elaboración y presentación de un Estudio de Impacto Ambiental.

La evaluación ambiental es un procedimiento reglado, que contempla una serie de etapas, entre ellas: la admisión a tramitación de la declaración o estudio de impacto ambiental; el pronunciamiento de los distintos organismos de la administración del Estado de carácter sectorial con competencia ambiental; la respuesta a la solicitud de aclaraciones,

¹ El artículo 11 de la Ley N.°19.300 establece que un proyecto generará impactos significativos si genera alguno de los efectos, características y circunstancias siguientes: a) riesgo para la salud de la población, debido a la cantidad y calidad de efluentes, emisiones o residuos; b) efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua y aire; c) reasentamiento de comunidades humanas, o alteración significativa de los sistemas de vida y costumbres de grupos humanos; d) localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos y glaciares, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar; e) alteración significativa, en términos de magnitud o duración, del valor paisajístico o turístico de una zona, y f) alteración de monumentos, sitios con valor antropológico, arqueológico, histórico y, en general, los pertenecientes al patrimonio cultural.

rectificaciones o ampliaciones²; la emisión del Informe Consolidado de Evaluación; la calificación ambiental del proyecto o actividad; y la dictación de la respectiva Resolución de Calificación Ambiental.

El procedimiento de evaluación tendrá una duración máxima de 120 días para los estudios de impacto ambiental. En el caso de las declaraciones de impacto ambiental, considera 90 días, plazo en el cual la Comisión de Evaluación o la Dirección Ejecutiva del Servicio, según corresponda, debe pronunciarse favorable o desfavorablemente. Este plazo puede ser ampliado por 60 y 30 días adicionales respectivamente.

De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento, luego de elaborado y publicado el Informe Consolidado de Evaluación, la Comisión o la Dirección Ejecutiva –en el caso de proyectos de carácter interregional– debe calificar ambientalmente el proyecto o actividad, aprobándolo o rechazándolo.

En particular respecto de los cambios que se quieran efectuar a un proyecto o actividad, según lo dispuesto en la letra g) del artículo 2 del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, se entiende por modificación de proyecto o actividad la “realización de obras, acciones o medidas tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad ya ejecutado, de modo tal que éste sufra cambios de consideración”. Luego, la misma disposición agrega que

“se entenderá que un proyecto o actividad sufre cambios de consideración cuando:

- g.1. Las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento;
- g.2. Para los proyectos que se iniciaron de manera previa a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras o acciones tendientes a intervenir o complementar

² Pueden ser solicitadas aclaraciones, rectificaciones o ampliaciones, a través de un Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones (ICSARA) hasta 2 veces en el caso de las declaraciones, y hasta 3 veces en el caso de los estudios, de acuerdo con lo dispuesto en el Reglamento.

el proyecto o actividad de manera posterior a la entrada en vigencia de dicho sistema que no han sido calificados ambientalmente, constituye un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento.

Para los proyectos que se iniciaron de manera posterior a la entrada en vigencia del sistema de evaluación de impacto ambiental, si la suma de las partes, obras y acciones que no han sido calificadas ambientalmente y las partes, obras o acciones tendientes a intervenirlo o complementarlo, constituyen un proyecto o actividad listado en el artículo 3 del presente Reglamento;

g.3. Las obras o acciones tendientes a intervenir o complementar el proyecto o actividad modifican sustantivamente la extensión, magnitud o duración de los impactos ambientales del proyecto o actividad; o

g.4. Las medidas de mitigación, reparación y compensación para hacerse cargo de los impactos significativos de un proyecto o actividad calificado ambientalmente, se ven modificadas sustantivamente”.

De acuerdo con la definición entregada por el Reglamento, solo un cambio que cumpla con alguno de estos criterios deberá ser evaluado ambientalmente en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. De lo contrario, el cambio podría ser ejecutado sin una evaluación previa.

Si bien el análisis de los cambios de consideración en la normativa se realiza respecto de proyectos ya ejecutados sin Resolución de Calificación Ambiental –por ser preexistentes al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental– y de proyectos que cuentan con su respectiva calificación, en este trabajo nos centraremos solo en el segundo caso.

1.2. Facultades fiscalizadoras y sancionatorias de la Superintendencia del Medio Ambiente

La Superintendencia del Medio Ambiente es un servicio público descentralizado, creado por la Ley N.º 20.417, publicada en el Diario Oficial el 26 de enero de 2010 y que tiene por objeto

“ejecutar, organizar y coordinar el seguimiento y fiscalización de las Resoluciones de Calificación Ambiental, de las medidas de los Planes de Prevención o de Descontaminación Ambiental, del contenido de las

Normas de Calidad Ambiental y Normas de Emisión, y de los Planes de Manejo, cuando corresponda, y de todos aquellos otros instrumentos de carácter ambiental que establezca la ley”³.

De acuerdo con su Ley Orgánica, la Superintendencia cuenta con potestades de fiscalización, sanción y cumplimiento.

Una de las infracciones que a la Superintendencia del Medio Ambiente le corresponde fiscalizar y sancionar es el “incumplimiento de las condiciones, normas y medidas establecidas en las resoluciones de calificación ambiental”⁴. Otra de estas infracciones es la elusión, la “ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella”⁵.

En atención a las consecuencias que estas infracciones generen, serán clasificadas en gravísimas, graves y leves, y la Superintendencia puede imponer las siguientes sanciones, dependiendo de la gravedad del incumplimiento y del daño ocasionado al medioambiente y su extensión: (i) amonestación por escrito, (ii) multa de hasta 10.000 Unidad Tributaria Anual, (iii) clausura temporal o definitiva de las instalaciones, y (iv) revocación de la Resolución de Calificación Ambiental.

Es relevante tener presente, además, que de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 24 de la Ley 19.300 “[e]l titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva”. En consecuencia, será fundamental para el Titular de un proyecto si ejecuta cambios al mismo, que estos se reflejen en su respectiva Resolución de Calificación Ambiental, de lo contrario, difícilmente podrá someterse estrictamente al contenido de ella.

³ Artículo 2 del artículo segundo de la Ley N.º 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

⁴ Artículo 35 letra a) del artículo segundo de la Ley N.º 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

⁵ Artículo 35 letra b) del artículo segundo de la Ley N.º 20.417 que Crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente.

Dicho lo anterior, parte de la doctrina ha sostenido que el proceso de interpretación de una Resolución de Calificación Ambiental no está exclusivamente asignado al Servicio de Evaluación Ambiental, sino también a otros órganos administrativos, como la Superintendencia del Medio Ambiente. Lo anterior, ya que, para efectos de ejercer sus facultades de fiscalización y sanción, necesariamente debe interpretar la autorización administrativa con la finalidad de definir las actuaciones efectuadas por su infractor (CARRASCO Y HERRERA, 2014, p. 640). Esta idea es interesante, ya que, si la Superintendencia tiene la facultad de interpretar la Resolución de Calificación Ambiental, tendría cierto grado de discrecionalidad respecto a qué considerar una desviación de su contenido.

1.3. Modificación de Resolución de Calificación Ambiental

Obtenida la Resolución de Calificación Ambiental favorable respecto de un determinado proyecto o actividad, la Ley 19.300 solo contempla dos vías para modificar lo dispuesto en ella, en línea con lo sostenido por nuestra jurisprudencia administrativa⁶: (i) ingresar nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental para la obtención de una nueva Resolución de Calificación Ambiental o; (ii) revisar la Resolución de Calificación Ambiental de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 quinquies de la norma.

La primera vía, implica la elaboración y evaluación de una declaración o estudio –según sea el caso–, con los extensos plazos que ello implica, lo que evidentemente incentiva a que el Titular que pretende implementar cambios a un proyecto o actividad que cuenta con autorización administrativa ambiental, opte por no someterse a este proceso. La segunda vía es de carácter muy excepcional, procediendo solo en aquellos casos en que un proyecto ya se encuentre en ejecución y las variables evaluadas y contempladas en el plan de seguimiento sobre las cuales fueron

⁶ Dictamen N°.20.477 de 2003 y Dictamen N°.76.260 de 2012, de la Contraloría General de la República. Se plantea también la invalidación del acto administrativo como una vía para modificar la Resolución de Calificación Ambiental, pero en rigor la invalidación anula el acto, para que este sea reemplazado, por lo que pareciera que no estamos propiamente frente a una modificación de la Resolución de Calificación Ambiental.

establecidas las condiciones o medidas hayan variado sustantivamente en relación con lo proyectado, o no se hayan verificado, con el objeto de adoptar las medidas necesarias para corregir dichas situaciones.

Como veremos en el siguiente apartado, la consulta de pertinencia, que se ha erigido como la alternativa al sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por cualquier cambio que se efectúe a un proyecto o actividad, no se encuentra contemplada en la Ley N.º 19.300, y no puede modificar una Resolución de Calificación Ambiental.

1.4. La Consulta de Pertinencia

La Consulta de Pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental es un instrumento que comenzó a utilizarse por los titulares de proyectos de manera informal –a través de cartas dirigidas a la Comisión Nacional del Medio Ambiente ⁷ o Comisión Regional del Medio Ambiente⁸– con el objeto de consultar respecto de la procedencia o no del ingreso de ciertos proyectos o modificaciones de proyectos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁹. Solo con la dictación del D.S. N.º.40/2012 que aprueba un nuevo Reglamento y cuya entrada en vigencia se estableció a partir del día 24 de diciembre de 2013, se plasma como una institución regulada. El artículo 26 del Reglamento dispone que

“[s]in perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al director regional o al director ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a

⁷ Comisión Nacional del Medio Ambiente institución vigente entre la dictación de la Ley N.º 19.300 y la Ley N.º 20.417, encargada, entre otras cosas, de coordinar y administrar el sistema de evaluación de impacto ambiental.

⁸ Comisión Regional del Medio Ambiente, institución vigente entre la dictación de la Ley N.º 19.300 y la Ley N.º 20.417, paralela a la Comisión Nacional del Medio Ambiente, pero a nivel regional, y con la función de calificar los proyectos sometidos al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

⁹ Para más detalles respecto a los orígenes de la Consulta de Pertinencia revisar INSUNZA y URIARTE (2021) y ARELLANO y SILVA (2014).

los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia”.

Este único artículo que se refiere a este instrumento no establece su fundamento, la naturaleza jurídica de la respuesta por parte de la autoridad, ni los requisitos para presentar este tipo de consultas. El Servicio de Evaluación Ambiental a través de instructivos ha abordado estas materias, siendo el vigente a la fecha el Ord. N°.131.456 del 12 de septiembre de 2013 que “Imparte Instrucciones sobre las consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” (en adelante el “Instructivo”), complementado por el Ord. N°.202299102452 del 30 de mayo de 2022.

Respecto a sus fundamentos, en su introducción, el Instructivo establece que la consulta de pertinencia constituye una manifestación del derecho de petición consagrado en el artículo 19 N.° 14 de la Constitución Política de la República. Luego agrega que es expresión específicamente del derecho de las personas en sus relaciones con la Administración, para obtener información respecto de los requisitos jurídicos o técnicos que las disposiciones vigentes impongan a los proyectos, actuaciones o solicitudes que se propongan realizar, conforme a lo dispuesto en el artículo 17 letra h) de la Ley N.° 19.880. De lo anterior, se deriva el deber de la autoridad administrativa en orden a responder la consulta que se le efectúa (INSUNZA Y URIARTE, 2021, p. 5).

Luego, define la consulta de pertinencia como

“aquella petición de un proponente dirigida al Director Regional o al 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 [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental]” (Ord. N°.131.456, 2013, p.3). Define también al proponente como “la persona que, pretendiendo ejecutar un proyecto o actividad efectúa una consulta de pertinencia a fin de obtener 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 [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental] en forma previa a su ejecución” (Ord. N°.131.456, 2013, p. 3).

Gracias a estos conceptos, la autoridad deja claro que solo aquellos que pretenden ejecutar o modificar un proyecto se encuentran habilitados para formular una consulta de pertinencia, no pudiendo un tercero hacerlo con el fin de establecer si otro ha incurrido en una infracción. Lo anterior, ya que existe la Superintendencia del Medio Ambiente como organismo fiscalizador, habilitado para recibir denuncias para estos efectos, además de tener la facultad de requerir el ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental en caso de corresponder. Por último, restringe la consulta de pertinencia para quienes la formulen respecto de proyectos o modificaciones de ellos que ya se encuentren en ejecución.

Por su parte, la doctrina ha definido la consulta de pertinencia como el “procedimiento administrativo que se inicia con una consulta del interesado en desarrollar un proyecto o actividad, que normalmente consiste en una modificación de una actividad ya existente, acerca de la necesidad de sometimiento del mismo al [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental]” (BERMÚDEZ, 2014, p. 295).

En cuanto a la naturaleza jurídica de la respuesta a la consulta de pertinencia, el Instructivo dispone 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 un dictamen o 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 [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental]” (Ord. N°.131.456, 2013, p. 6).

El Ord. N°.202299102452 del Servicio de Evaluación Ambiental que lo complementa, refuerza lo anterior, afirmando que la resolución que se pronuncie sobre una consulta de pertinencia corresponde a una

declaración de juicio, constancia o conocimiento (Ord. N°.202299102452, 2022, p. 1) y agrega que:

“[l]a 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 del cumplimiento de la normativa ambiental aplicable y la obtención de las autorizaciones sectoriales correspondientes necesarias para la ejecución del proyecto o actividad” (Ord. N°.202299102452, 2022, p. 2).

Esta definición, se condice con lo sostenido por la Contraloría General de la República en diversos pronunciamientos respecto a la naturaleza jurídica de la respuesta a la consulta de pertinencia. En uno de ellos, afirmó que:

“[d]el tenor de la normativa indicada se colige que la consulta de pertinencia regulada en el precitado precepto, constituye un trámite de carácter voluntario y previo al eventual sometimiento de un proyecto o actividad, o de su modificación, al [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental], y que el pronunciamiento que recaiga en aquella se enmarca dentro de las declaraciones de juicio que realizan los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias, por medio de las cuales expresan el punto de vista de dichos órganos acerca de la materia sobre la cual se ha requerido su opinión” (Dictamen N°.75.903, 2014, p. 3).

Agrega también el Instructivo que:

“en el caso de proyectos que cuentan con [Resolución de Calificación Ambiental], el acto administrativo que se pronuncia respecto a la consulta de pertinencia no es susceptible de modificar, aclarar, restringir o ampliar la respectiva [Resolución de Calificación Ambiental] de un proyecto determinado, ni tampoco tiene el mérito de resolver la evaluación ambiental de una modificación al proyecto original, sino tan solo determina que ciertos cambios tendientes a intervenir o complementar un proyecto o actividad no deben ser sometidos a evaluación

de impacto ambiental, por no ser de consideración” (Ord. N°.131.456, 2013, p. 7).

La no susceptibilidad de la consulta de pertinencia de modificar la Resolución de Calificación Ambiental del proyecto original ha sido sostenida por la Contraloría General de la República en diversos dictámenes¹⁰. Incluso en el año 2012 la Contraloría estableció, además, que la respuesta de la autoridad ambiental en el sentido de que los cambios a implementar no son de consideración, no habilita al Titular del proyecto a no dar cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución de Calificación Ambiental¹¹. Así las cosas, si bien el Titular tiene la posibilidad de consultar si los cambios a un proyecto deben o no ingresar al sistema, aunque la respuesta sea que no son cambios de consideración que requieran una nueva evaluación, deberá dar cumplimiento estricto a la autorización administrativa, lo que será fiscalizado por la Superintendencia del Medio Ambiente.

La respuesta a la consulta de pertinencia se trata entonces de una declaración de juicio del Servicio de Evaluación Ambiental, no vinculante, que constituye un acto administrativo conforme al inciso 6° del artículo 3° de la Ley N.° 19.880 (INSUNZA Y URIARTE, 2021 p. 9). Lo anterior es concordante en la materia, que ha sido zanjada, además, por la Contraloría a través del Dictamen N°.7.620, de 1 de febrero de 2013.

Luego, es susceptible de impugnación de conformidad con lo dispuesto en los artículos 59 y 60 de la Ley N.° 19.880¹². Si bien no se ha previsto legalmente la posibilidad de recurrir a los Tribunales Ambientales respecto de la respuesta a una consulta de pertinencia, en la práctica se ha logrado llegar a esta instancia a través de la invalidación del acto administrativo y en atención a la competencia de estos Tribunales consagrada en el artículo 17 N°.8 de la Ley N.° 20.600 (INSUNZA Y URIARTE, 2021 p. 10).

¹⁰ Dictamen N°.8.977 de 2002; Dictamen N°.20.477 de 2003; Dictamen N°.75.620 de 2012; Dictamen N°.80.276 de 2012 de la Contraloría General de la República.

¹¹ Dictamen N°.80.276 de 2012 de la Contraloría General de la República.

¹² Recursos de reposición, jerárquico y revisión.

En síntesis, las consultas de pertinencia de ingreso al sistema -que no son obligatorias, no son vinculantes, y no modifican una autorización administrativa ambiental-, pueden referirse a proyectos nuevos, o modificaciones de proyectos. En el primer escenario, el análisis debe realizarse conforme al artículo 10 de la Ley N.º 19.300 y el artículo 3 del Reglamento. En el segundo escenario, el análisis debe realizarse en atención a los criterios establecidos en el artículo 2 letra g) del Reglamento, para determinar si los cambios son o no de consideración.

En el segundo caso, en el que nos enfrentamos a modificaciones de proyectos, que es al que me enfoco en el presente análisis, si el cambio es de consideración, debe ingresar al sistema y obtener su respectiva Resolución de Calificación Ambiental. Por su parte, si no es de consideración, no tiene la obligación de ingresar al Sistema de Evaluación Ambiental, y aquellos cambios que se ejecutarán no quedarán plasmados en una Resolución de Calificación Ambiental. Es este el caso en el que vemos que hay una falta de regulación, que genera incerteza para los titulares y complica la labor fiscalizadora de la autoridad ambiental.

La Superintendencia del Medio Ambiente, en general, ha tomado en consideración la consulta de pertinencia en sus procedimientos sancionatorios. Sin embargo, en ciertos casos la ha exigido para descartar la existencia de una infracción ambiental asociada al incumplimiento de la Resolución de Calificación Ambiental, cuando en rigor no es un instrumento que deba ser utilizado obligatoriamente por un Titular frente a cambios menores¹³. Por su parte, la Corte Suprema ha relativizado su valor, en la medida que, como ha indicado la Contraloría General de la República¹⁴, estos no tienen el mérito para modificar una Resolución de Calificación Ambiental, insistiendo que ello solo puede efectuarse por medio de una nueva autorización, que implique un nuevo procedimiento de evaluación de impacto ambiental, o bien la revisión de la Resolución

¹³ Por ejemplo, los casos de Puerto Coronel y de Mowi que revisaremos en el próximo apartado.

¹⁴ Dictamen N.º.76.260 de 28 de diciembre de 2012, Contraloría General de la República.

de Calificación Ambiental en aplicación del artículo 25 quinquies de la Ley N.º 19.300.

A continuación, revisaremos tres casos que demuestran la necesidad de regular normativamente los cambios que no son de consideración de acuerdo con la definición del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. En la práctica de la institucionalidad ambiental, he podido analizar algunos casos en los que era manifiesta la necesidad de regular normativamente los cambios que no son de consideración de acuerdo con la definición del Reglamento. La elección de casos busca ilustrar la problemática, ya que en ellos se manifiesta justamente el involucramiento de los titulares de proyectos y de la administración del Estado ante la falta de regulación. Así, por una parte, el Titular se ve prácticamente obligado a presentar consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por cada cambio que quiera introducir a sus proyectos, con el objeto de minimizar el riesgo de que se le sancione por incumplimiento de su autorización administrativa. Por su parte, el Servicio de Evaluación Ambiental sufre la excesiva carga de conocer cada una de estas consultas de pertinencia de ingreso. A su vez, la Superintendencia del Medio Ambiente tendría que dar curso a un procedimiento sancionatorio ante cualquier desviación de la Resolución de Calificación Ambiental.

Además, en estos tres casos vemos diferencias de criterios de la autoridad, en particular de la Superintendencia frente a esta falta de regulación, dándole distinto valor a las consultas de pertinencia de ingreso, lo que aumenta las incertezas para los titulares.

2. ANÁLISIS DE CASOS

2.1. Central Termoeléctrica Santa María de Colbún

El proyecto “Complejo Termoeléctrico Coronel”¹⁵, de titularidad de Colbún S.A., fue calificado ambientalmente favorable mediante la

¹⁵ El proyecto considera la operación de un complejo con una potencia de 700 MW ubicado

Resolución de Calificación Ambiental N°.176/2007, por la COREMA de la Región del Biobío. El 3 de septiembre de 2015 fue presentada una denuncia, suscrita por más de un millar de habitantes de la comuna de Coronel, la que fue seguida de ampliaciones y nuevas denuncias en contra del mismo Titular, respecto del funcionamiento irregular del proyecto. Esta irregularidad, se manifestaría en que la Central Termoeléctrica Santa María tendría una potencia mayor a la permitida por autorización¹⁶, y que el Titular no se habría hecho cargo de un impacto no previsto relacionado con emisiones de material particulado, sin aplicar medidas de mitigación suficientes en cuanto a la generación de emisiones atmosféricas¹⁷.

Luego de iniciada una investigación por los hechos denunciados, la que incluyó el pronunciamiento del director ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, respecto a la potencia de generación evaluada y calificada para cada unidad del Proyecto, el 25 de mayo de 2017, mediante la Res. Ex. D.S.C. N°.489/2017, la Superintendencia consideró improcedente iniciar un procedimiento sancionatorio y resolvió archivar las denuncias.

Esta resolución fue impugnada ante el Tercer Tribunal Ambiental (Rol N.º R-53-2017), cuya sentencia acogió parcialmente la reclamación

en un terreno de 30 hectáreas, a 700 metros al sureste de la ciudad de Coronel en la Región del Biobío. La central está proyectada con dos turbinas a vapor de 350 MW de potencia cada una, contando cada una de ellas con una caldera para generación de vapor, acompañada de un sistema para el control de emisiones. A la fecha de este conflicto, la central tenía construida y operando solo una de las unidades. Además, el complejo cuenta con la cancha de acopio de carbón para ambas unidades y un sitio de disposición de cenizas ubicado en el sector este del predio de la central.

¹⁶ Según los denunciantes, la Central Termoeléctrica Santa María, aparece en los registros y mediciones del CDEC-SIC, con una unidad de 370 MW de potencia instalada y 370 MW de Potencia Máxima, lo que difiere de lo establecido en la Resolución de Calificación Ambiental N°.176/2007, en la que se habría considerado la instalación y operación de un complejo de generación térmica con una potencia de 700 MW, equipado con dos turbinas a vapor de 350 MW de potencia cada una.

¹⁷ En las nuevas denuncias, y ampliaciones agregan otras manifestaciones del funcionamiento irregular, la mayoría de ellas como consecuencia de la mayor potencia instalada en la Central.

y ordenó el inicio de un procedimiento sancionatorio. La sentencia fue recurrida de casación (Rol N.º 3470-2018) ante la Corte Suprema, sin embargo, como no se suspendieron los efectos de la sentencia impugnada, la Superintendencia dio inicio al procedimiento administrativo sancionatorio (Rol D-013-2018), formulando cargos por la comisión de una infracción calificada como leve¹⁸, y una infracción calificada como grave¹⁹.

En el marco de dicho procedimiento, la Superintendencia solicitó el pronunciamiento del Servicio de Evaluación Ambiental respecto de si los hechos contenidos en el cargo N.º.1 requerían ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. El Servicio respondió²⁰ afirmando que los cambios no eran de consideración, y en consecuencia no requerían ser evaluados ambientalmente. El 9 de julio de 2019 la Corte Suprema acogió la reclamación y ordenó a la Superintendencia retrotraer el procedimiento administrativo sancionatorio, para que dicho órgano agotara las diligencias y estudios técnicos con el fin de dilucidar la efectividad de las denuncias, lo que fue cumplido por la Superintendencia del Medio Ambiente derivando los antecedentes a la División de Fiscalización (expediente de fiscalización DFZ-2019-1532-VIII-RCA). De acuerdo con los resultados del Informe de Fiscalización, la Superintendencia concluyó que no habrían hechos que constituyan infracciones por incumplimiento a la Resolución de Calificación Ambiental, ni por elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, dictando la Res. Ex. N.º.1275, de 4 de septiembre de 2019, por la cual resolvió archivar las denuncias.

¹⁸ El hecho infraccional es el siguiente: “Las componentes de la primera y única unidad generadora de la CTSM, son distintas a lo autorizado lo que se expresa en la instalación y utilización de: -1 generador eléctrico 468 MVA, -1 Transformador de poder que posee una potencia de 460/490 MVA y, -1 Transformador de servicios auxiliares de 60/72 MVA”.

¹⁹ El hecho infraccional es el siguiente: “La primera y única unidad de la CTSM cuenta con una chimenea de 130 metros de largo total, un diámetro basal de 11 metros, y un diámetro del extremo superior de 5,3 metros, para evacuar los gases producidos, con la que genera en promedio, entre enero a septiembre del 2015, un valor de 358 MW, utilizando una turbina a vapor de 369 MW”.

²⁰ La solicitud fue respondida por la Dirección Ejecutiva, mediante el Of. Ord. D.E. N.º.181597, de 14 de noviembre de 2018, y complementado mediante el Of. Ord. D.E. N.º.190299, el 28 de febrero de 2019.

Los denunciantes reclamaron de esta resolución, conforme a lo dispuesto en el art. 17 N.º 3 de la Ley N.º 20.600, solicitando revocarla, y ordenar retrotraer el procedimiento, debiendo la Superintendencia continuar con la investigación respecto de la instalación de equipos distintos a los autorizados²¹. Los reclamantes afirman que

“la [Superintendencia] está obligada a formular cargos porque las desviaciones de la [Resolución de Calificación Ambiental] que fueron encontradas por la [Superintendencia] –y que fueron fijadas por la Excm. Corte Suprema– son infracciones del art. 35 de la [Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente] y por tanto deben dar lugar a un procedimiento sancionatorio, sin importar las consecuencias o efectos de la misma, cuestión que está reservada para su clasificación de acuerdo al art. 36 de dicha ley”²².

La Superintendencia, como parte reclamada, y la empresa, como tercero coadyuvante, sostienen:

“que la respuesta sancionatoria de la [Superintendencia] se reserva para aquellos cambios introducidos en proyectos que ya cuentan con [Resolución de Calificación Ambiental], si estos configuran una modificación de proyecto (art. 35 letra b) de la [Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente]), o tengan una relevancia ambiental que amerite respuesta sancionatoria (art. 35 letra a) de la [Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente]); de lo contrario, afirman ambos, la [Superintendencia] estaría obligada a instruir procedimientos sancionatorios por cada mínimo cambio, lo que produciría una respuesta irracional y la inamovilidad de dicho organismo”²³.

En su argumentación afirman que debe ser aplicado el principio de eficiencia y eficacia, y la Superintendencia del Medio Ambiente “debe ejercer la potestad sancionatoria, cuando, a su juicio, existe mérito suficiente para ello, por lo que, ante desviaciones formales a una [Resolución

²¹ De acuerdo con lo sentenciado por la Corte Suprema, en causa rol Rol N.º 3470-2018.

²² Tercer Tribunal Ambiental (2020) R-18-2019, Gervana del Carmen Velásquez Moraga y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente, considerando décimo cuarto.

²³ Tercer Tribunal Ambiental (2020) R-18-2019, Gervana del Carmen Velásquez Moraga y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente, considerando décimo quinto.

de Calificación Ambiental] que no tengan la capacidad de generar impactos de carácter ambiental, ella se encuentra facultada para no iniciar un procedimiento sancionatorio”²⁴.

Aquí vemos plasmado claramente el problema que se genera por la falta de regulación existente en materia de cambios de no consideración. En cierta medida ambas partes están en lo correcto. Por un lado, la normativa vigente no establece la posibilidad de modificar una Resolución de Calificación Ambiental si no es a través del sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o revisión de la propia autorización, y exige un cumplimiento estricto de la misma. Pero, por otro lado, no parece razonable ni prácticamente posible que la Superintendencia formule cargos por cada mínimo cambio de un proyecto respecto de lo dispuesto en la Resolución de Calificación Ambiental, máxime cuando se contempla un instrumento por el cual los titulares pueden obtener una respuesta del Servicio de Evaluación Ambiental respecto de si los cambios son o no de consideración como para ingresar obligatoriamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

El Tribunal Ambiental de Valdivia resolvió que la Superintendencia no tiene discrecionalidad para no dar curso a un procedimiento y archivar las denuncias, en atención a lo dispuesto en el artículo 47 de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente²⁵, debiendo formular cargos, aunque sean leves, ante cualquier desviación respecto de los contenidos de la Resolución de Calificación Ambiental. Jorge Bermúdez ha sostenido –lo que incluso fue citado en su sentencia por el Tercer Tribunal Ambiental– que “la instrucción de un procedimiento administrativo sancionador se rige por un principio de legalidad y no de oportunidad, con lo que –al menos al tenor de

²⁴ Tercer Tribunal Ambiental (2020) R-18-2019, Gervana del Carmen Velásquez Moraga y Otros con Superintendencia del Medio Ambiente, considerando décimo quinto.

²⁵ Establece en su inciso final que la denuncia “originará un procedimiento administrativo sancionatorio si a juicio de la Superintendencia está revestida de seriedad y tiene mérito suficiente. En caso contrario, se podrá disponer la realización de acciones de fiscalización sobre el presunto infractor y si ni siquiera existiere mérito para ello, se dispondrá el archivo de la misma por resolución fundada, notificando de ello al interesado”.

la ley– remitida la información se deberá iniciar un procedimiento administrativo sancionador” (BERMÚDEZ, 2014, p. 504).

Lo resuelto por el Tribunal Ambiental no se condice con la existencia de un instrumento como la consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por cambios a proyectos o actividades con autorización administrativa ambiental, y tampoco con el modelo de incentivos al cumplimiento que se ha plasmado en la Ley Orgánica de la Superintendencia, y que ha llevado adelante el propio organismo en la práctica.

2.2. Escape de Salmones Centro de Engorda Punta Redonda - MOWI

Muy conocido ha sido el caso del escape masivo de salmones del Centro de Engorda Punta Redonda (“CES Punta Redonda”), que cuenta con su proyecto aprobado por las Resoluciones de Calificación Ambiental N°.2040/2001 y N°.539/2011, ocurrido en julio de 2018, y respecto del cual la Superintendencia del Medio Ambiente formuló dos cargos²⁶ el 31 de octubre de ese mismo año.

Sin embargo, desconocido ha sido el segundo hecho que la Superintendencia estimó constitutivo de infracción conforme al artículo 35 letra a) de la Ley Orgánica, referido a “mantener y operar instalaciones de apoyo en tierra para el cultivo de Salmones del Centro Punta Redonda, no destinadas a la operación del sistema de ensilaje”. La Superintendencia consideró que estas instalaciones implementadas en tierra eran un incumplimiento a las condiciones, normas y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental, ya que la resolución N°.2040/2011 establece en su considerando 3.1.1. que “el centro de cultivo Punta Redonda se configura solamente con infraestructura flotante, pontón de alimento y trenes de cultivo. No se considera infraestructura en tierra o en playa (...)”; mientras que la resolución

²⁶ El primer cargo fue no mantener en el Centro de cultivo Punta Redonda las condiciones de seguridad apropiadas ni elementos de cultivo de óptima calidad y resistencia según las resoluciones de calificación ambiental, cuya consecuencia fue el escape masivo de ejemplares desde el Centro.

N.º.539/2011 en el considerando 3.3.2.1. afirma que “la etapa de construcción consta de la instalación de 20 balsas jaula, y en virtud de que el centro no cuenta con ningún tipo de instalaciones de apoyo en tierra, estará implementado con un pontón habitable, con acomodación para 10 personas y una plataforma de ensilaje de mortalidad”.

La empresa en sus descargos señaló que si bien las autorizaciones administrativas ambientales contienen la afirmación en su descripción de proyecto en el sentido de que no existirían instalaciones en tierra, el mero hecho de construir las años después no corresponde a la infracción de una condición, norma, o medida de las Resoluciones de Calificación Ambiental, sino a cambios, que, al no ser de consideración, no corresponde su sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Las instalaciones construidas consisten en: albergue y servicios del personal; vivienda del jefe de Centro y oficinas; taller de mantenimiento y bodega de combustible; y bodega y generador; todas ellas ubicadas en un predio de 5000 m² de propiedad del Titular del proyecto, desde el año 2015, las que no constituyen ninguno de los proyectos tipificados en el artículo 10 de la Ley N.º 19.300.

La Superintendencia del Medio Ambiente en su resolución sancionatoria tiene en consideración la respuesta a una consulta de pertinencia presentada por el Titular, respecto a la instalación y operación del sistema de ensilaje en tierra, en la que el Servicio de Evaluación Ambiental afirmó que estas instalaciones no constituían cambios de consideración. Sin embargo, al no ser las instalaciones constatadas parte del sistema de ensilaje, la Superintendencia mantiene la calificación jurídica de este hecho como constitutivo de infracción. Asimismo, en la resolución sancionatoria la Superintendencia menciona el inciso final del artículo 24 de la Ley N.º 19.300 referido a que el Titular deberá someterse estrictamente al contenido de la Resolución de Calificación Ambiental, arguyendo que esta disposición no efectúa distinciones entre los preceptos del instrumento. Concluye que todo su contenido debe ser estrictamente seguido, configurándose en definitiva un incumplimiento a la autorización administrativa ambiental al contar con instalaciones en tierra cuando

expresamente las Resoluciones de Calificación Ambiental señalan que no las tendría. La resolución sancionatoria fue reclamada, encontrándose pendiente la dictación de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental.

En este caso vemos como la Superintendencia actúa de una manera distinta a la revisada en el caso de la Central Termoeléctrica Santa Marta, estimando que cualquier desviación, por menor que sea, es constitutiva de infracción, citando para ello el inciso final del artículo 24 de la Ley N.º 19.300. ¿Habría sido distinto el actuar de la Superintendencia en el caso en comento, si el Titular del proyecto hubiese tenido una respuesta a una consulta de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por las instalaciones en tierra que implementó con posterioridad a la obtención de sus Resoluciones de Calificación Ambiental? ¿Le está otorgando la Superintendencia una mayor relevancia a la consulta de pertinencia que la de simplemente una pregunta no vinculante, y que no modifica la autorización administrativa ambiental?

Vemos que, ante la falta de regulación de estos cambios de no consideración, la Superintendencia puede cambiar su actuar y darle, discrecionalmente, mayor o menor significancia a la existencia de desviaciones respecto de lo establecido en la Resolución de Calificación Ambiental.

2.3. Compañía Puerto Coronel

En enero de 2016, la Superintendencia formuló cargos en contra de Compañía Puerto Coronel S.A. (Rol D-002-2016): uno por elusión, y cinco por constituir infracciones conforme al artículo 35 letra a) de la Ley Orgánica de la Superintendencia del Medio Ambiente, al incumplir condiciones, normas y medidas establecidas en las Resoluciones de Calificación Ambiental²⁷. Para el presente análisis nos enfocaremos en

²⁷ Compañía Puerto Coronel S.A. cuenta con las siguientes Resoluciones de Calificación Ambiental: i) N.º.313/2000 que aprobó el proyecto “Ampliación Muelle Norte del Puerto de Coronel”; ii) N.º.97/2033 que aprobó el proyecto “Ampliación Muelle Sitio Cuatro”; iii) N.º.276/2077 que aprobó el proyecto “Construcción Muelle Granelero, Puerto de Coronel, comuna de Coronel”; iv) N.º.10/2007 que aprobó el proyecto “Construcción Muelle de Atrache Sur, Puerto Coronel”, y; v) RCA N.º.60/2010 que aprobó el proyecto “Dragado de Sitios 6 y 7 Muelle Sur del Puerto de Coronel, comuna de Coronel”.

el cargo N°.4: “modificación de proyecto debido a la construcción de un enrocado de protección en sector del Muelle N°.2, ocupando parte del intermareal, en un área que no cuenta con consulta de pertinencia, autorización ambiental ni permiso sectorial”; y el cargo N°.5: “modificación de proyecto debido a la evacuación de aguas de lavado de camiones al sistema de alcantarillado sin previa consulta de pertinencia o evaluación ambiental”.

En este caso llama la atención que parte del cargo imputado –la identificación del hecho infraccional– sea el hecho de realizar estas modificaciones sin previa consulta de pertinencia²⁸, teniendo en cuenta que este instrumento se establece como un derecho a solicitar una declaración al Servicio de Evaluación Ambiental, y en ningún caso un requisito previo u obligación antes de ejecutar un cambio a un proyecto.

El Titular presentó un Programa de Cumplimiento, en el que la acción propuesta para volver al cumplimiento asociada a cada uno de estos cargos fue, justamente, el presentar una consulta de pertinencia, para obtener una respuesta respecto de si los cambios son o no de consideración. Lo anterior fue aprobado por la Superintendencia del Medio Ambiente.

Destaco aquí que la forma que la Superintendencia consideró adecuada para volver al cumplimiento, fue presentar la consulta de pertinencia de ingreso, tornándola –en la práctica– un instrumento vinculante. ¿Es entonces requisito contar con la respuesta del Servicio de Evaluación Ambiental a una consulta de pertinencia respecto de todos los cambios que se hagan a un proyecto calificado ambientalmente, para evitar una formulación de cargos por incumplimiento a las normas, condiciones o medidas de la Resolución de Calificación Ambiental?

Digno de una reflexión mayor es el hecho de que el Servicio de Evaluación Ambiental estimó que ninguno de estos cambios correspondía

²⁸ Realizando una búsqueda bastante exhaustiva en el Sistema Nacional de Información de Fiscalización Ambiental (SNIFA), pareciera ser que es el único caso en que la Superintendencia incluye en el cargo mismo el hecho de no contar con consulta de pertinencia respecto de un cambio.

a un cambio de consideración, por lo que no tenían obligación de ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental²⁹. En consecuencia, el actuar del Titular fue el correcto, al ejecutar estos cambios sin ingresar al sistema, y sin realizar una consulta de pertinencia previo a ejecutarlos, ya que no es una obligación hacer la consulta, sino que es un derecho que se le otorga al Titular cuando existan dudas al respecto.

3. PROPUESTAS DE MODIFICACIÓN A LA NORMATIVA VIGENTE

La necesidad de reformar la institucionalidad ambiental se ha hecho evidente en los últimos años. Particularmente respecto del seguimiento y cumplimiento de los compromisos adquiridos en el marco de la evaluación de impacto ambiental y de la vinculatoriedad de las consultas de pertinencia para hacerse cargo de los cambios menores o poco significativos de proyectos.

Desde el 2016 a la fecha han surgido propuestas y proyectos de ley, los que revisaremos a continuación.

3.1. Informe Final Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

En abril de 2015, la presidenta de la República en ejercicio, Michelle Bachelet, creó la “Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del SEIA” con el objeto de responder a la demanda de analizar la estructura, procedimientos y herramientas vinculadas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Dicha instancia evaluó los ajustes necesarios para que respondan, de manera adecuada y eficiente, a las exigencias actuales, generando propuestas para su optimización, con la finalidad de lograr procesos con altos estándares de calidad, más expeditos y en un marco de certeza jurídica para los titulares, la comunidad y servicios públicos que participan de la evaluación (COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA, 2016, p. 5). De este modo, el trabajo de la

²⁹ Resolución Exenta N°.274/2016 del Servicio de Evaluación Ambiental Biobío y Resolución Exenta N°.275/2016 del Servicio de Evaluación Ambiental Biobío.

Comisión concluye con un informe que consolida 25 propuestas y recomendaciones para la mejora del sistema.

En particular, respecto a las consultas de pertinencia, la Comisión detecta como uno de los problemas, el que ya hemos adelantado en este trabajo:

“que por ser esta una herramienta de juicio –la cual en base a los antecedentes entregados por el proponente y la normativa vigente, el [Servicio de Evaluación Ambiental] otorga una opinión respecto de si un determinado proyecto debe ingresar o no al [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental] o, dicho de otro modo, da una opinión respecto de la aplicabilidad jurídica a una situación concreta–, esta puede tener diferentes conclusiones dado el análisis discrecional respecto del tema. Siendo así, la [Superintendencia del Medio Ambiente] podría requerir el ingreso al [Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental] de un determinado proyecto en contrario a la opinión entregada por el [Servicio de Evaluación Ambiental]. Lo anterior, en virtud de lo señalado en el artículo 26 del [Reglamento]” (COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA, 2016, p. 106).

En función de este diagnóstico, la Comisión propone (i) otorgarle un carácter vinculante a las respuestas sobre las consultas de pertinencia; (ii) modificar la Ley N°.19.300 y/o el Reglamento para establecer expresamente esta vinculatoriedad; (iii) regular el procedimiento administrativo de la consulta de pertinencia, y; (iv) definir contenidos mínimos que deber ser entregados por parte de los titulares (COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA, 2016, Propuesta N°.7, p. 270). La Comisión también propone la dictación, en el corto plazo, de un Instructivo relativo a consultas de pertinencia de ingreso al sistema, mediante el cual se señale que los órganos de la administración del Estado no deben exigirlos para otorgar permisos sectoriales, en atención a que la consulta es una facultad del Titular (COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA, 2016, Propuesta N°.8, p. 276).

Respecto de la posibilidad de modificación y actualización de la Resolución de Calificación Ambiental, la Comisión detecta como problema el hecho que, bajo la legislación actual, y desde los inicios de la

institucionalidad ambiental, los proyectos que obtienen calificación ambiental favorable no pueden ser objeto de modificación, a menos que se sometan nuevamente al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Esta idea se vio reforzada con la reforma a la Ley N.º 19.300 por la Ley N.º 20.417, que incorporó el inciso final del artículo 24: “El titular del proyecto o actividad, durante la fase de construcción y ejecución del mismo, deberá someterse estrictamente al contenido de la resolución de calificación ambiental respectiva”.

Sin embargo, detectan que en la práctica una serie de hipótesis de modificación de proyecto y/o RCA (COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA, 2016, p. 340):

- i. Modificación de proyecto por cambio de consideración (artículo 2 letra g Reglamento);
- ii. Invalidación parcial o total de Resolución de Calificación Ambiental acogida (artículo 53 Ley N.º 19.880);
- iii. Revisión de Resolución de Calificación Ambiental acogida (artículo 25 quinquies Ley N.º 19.300);
- iv. Recurso de reclamación acogido (artículos 20 y 29 Ley N.º 19.300);
- v. Interpretación de Resolución de Calificación Ambiental acogida (artículo 81 letra g Ley N.º 19.300);
- vi. Respuesta de pertinencia que determina que el cambio consultado al Servicio de Evaluación Ambiental no es de consideración (artículo 26 Reglamento);
- vii. Modificación menor no informada ni consultada al servicio de Evaluación Ambiental, y;
- viii. Entrada en vigencia de nueva normativa ambiental aplicable al proyecto.

La Comisión propone implementar una gestión integral de las modificaciones de proyectos y de la autorización administrativa ambiental, a través de la racionalización y simplificación de los procedimientos de

evaluación que versen sobre modificaciones de proyectos ya evaluados previamente en el sistema, así como la implementación de una plataforma electrónica de integración y actualización de contenidos.

En lo que nos convoca, la Comisión propone en particular, la posibilidad de modificar y actualizar la autorización, en aquellos casos en que los cambios no son de consideración. Así, propone establecer como obligatorio informar estos cambios menores, a través de la plataforma electrónica administrada por la Superintendencia del Medio Ambiente. La propuesta mantiene la posibilidad de presentar una consulta de pertinencia en caso de duda, lo que no obsta la eliminación de la obligación de informar los cambios una vez obtenida la respuesta, y las facultades fiscalizadoras y sancionatorias de la Superintendencia, que podrá requerir el ingreso o formular cargos en caso de no cumplir con la obligación o presentar información falsa o inexacta (COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA, 2016, p. 343).

Si bien el Informe fue publicado en julio de 2016, estas propuestas no se han concretado. A la fecha, existen dos proyectos de ley en trámite³⁰, que revisaremos a continuación.

3.2. Proyecto de ley Pro-Inversión

El proyecto de ley que “Perfecciona los textos legales que indica, para promover la inversión” ingresó el 16 de mayo de 2018 (Boletín N.º 11747-03), con el objetivo de disminuir los plazos de tramitación de ciertos procedimientos, eliminar las incertezas jurídicas y mejorar la información disponible para los inversionistas mineros.

En particular, respecto de las consultas de pertinencia, el proyecto propuso el carácter vinculante de las respuestas entregadas por el Servicio de Evaluación Ambiental, a través de la incorporación de un nuevo artículo 9 quáter a la Ley N.º 19.300:

³⁰ Si bien el proyecto de ley que “Moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental” ingresado el 31 de julio de 2018, avanzó en su tramitación, fue retirado el 19 de junio de 2019 por el Poder Ejecutivo.

“Los proponentes o titulares de proyectos podrán dirigirse al Director Ejecutivo del Servicio o el Director Regional, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Asimismo, podrán dirigirse los proponentes o titulares a las mismas autoridades, en caso que requieran modificar un proyecto, sea que cuente con una Resolución de Calificación Ambiental favorable, o en el caso que el proyecto no tenga la respectiva resolución.

El pronunciamiento a que se refiere el inciso anterior será siempre vinculante para efectos del seguimiento, fiscalización y sanción ambiental”.

Luego de modificaciones e indicaciones, el artículo quedó redactado de la siguiente manera, eliminando el carácter vinculante originalmente propuesto:

“Sin perjuicio de las facultades de la Superintendencia para requerir el ingreso de un proyecto o actividad, los proponentes podrán dirigirse al Director Regional o al Director Ejecutivo del Servicio, según corresponda, a fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, un proyecto o actividad requiere someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. Asimismo, podrán dirigirse los proponentes o titulares a las mismas autoridades, en caso de que requieran efectuar cambios a un proyecto, sea que cuente o no con una Resolución de Calificación Ambiental favorable, con el fin de solicitar un pronunciamiento sobre si, en base a los antecedentes proporcionados al efecto, dichos cambios constituyen o no una modificación de proyecto.

La respuesta que emita el Servicio no será vinculante para efecto alguno, y deberá ser comunicada a la Superintendencia.

Los antecedentes proporcionados por los proponentes o titulares de un proyecto o actividad deberán contener información actualizada, detallada y fehaciente respecto de los datos del proponente o responsable del proyecto, así como también del proyecto sometido a la consulta, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas y judiciales que establece la ley”.

Sin embargo, con fecha 24 de septiembre de 2020, se hizo uso del veto presidencial respecto de este artículo, suprimiendo el carácter no vinculante de la respuesta del Servicio de Evaluación Ambiental a las consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental de los proyectos o sus modificaciones, en atención a que el nuevo texto del artículo “además de ser discordante con el reconocimiento legal de dichas consultas, es contradictorio con la idea matriz y los objetivos que persigue el proyecto de ley”³¹. En consecuencia, se suprime el numeral 2 del artículo 1, que propone incorporar el nuevo artículo 11 quáter a la Ley N.°19.300.

3.3. Introduce modificaciones en la institucionalidad ambiental y en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental

Con fecha 18 de junio de 2019, un día antes de retirar el proyecto de ley que Moderniza el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el Ejecutivo ingresa un nuevo proyecto de ley (Boletín N.°12714-12), que “Introduce modificaciones en la institucionalidad ambiental, y en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”, con el fin de continuar perfeccionando y modernizando el SEIA. En particular se proponen las siguientes modificaciones:

- i. Ampliar y mejorar los espacios de participación ciudadana dentro del sistema;
- ii. Descentralizar la toma de decisiones, fortaleciendo el poder de las regiones y disminuyendo los plazos de tramitación;
- iii. Aumentar el componente técnico de las decisiones y entregar certeza jurídica, y;
- iv. Permitir un acceso más equitativo y eficiente a la justicia ambiental.

Lamentablemente este proyecto de ley, que no tiene movimiento desde el año 2019, no se hace cargo de los cambios de no consideración,

³¹ Observaciones al proyecto de ley, p. 10.

las consultas de pertinencia o la posibilidad de modificar o actualizar las Resoluciones de Calificación Ambiental en atención de cambios de menor envergadura que no requieren ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

REFLEXIONES Y CONCLUSIONES

La institucionalidad ambiental en Chile, con la dictación de la Ley N.º 20.417 en el año 2010, y como consecuencia de la implementación de la Superintendencia del Medio Ambiente, ha dado un gran paso. Los avances en materia de fiscalización y cumplimiento ambiental respecto del modelo vigente hasta el año 2012 son evidentes. Sin embargo, aún quedan muchas materias que deben ser revisadas y actualizadas para dar respuesta a las crecientes exigencias de la comunidad, los titulares de proyectos y de la misma autoridad ambiental en el cumplimiento de sus funciones (CEPAL/OCDE, 2016).

Una de ellas es la falta de regulación respecto de los cambios a proyectos o actividades que cuentan con Resolución de Calificación Ambiental, cuando estos no son de consideración, en atención a que de acuerdo con la normativa vigente: (i) las únicas vías de modificación de autorización administrativa ambiental son el sometimiento al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental o bien la revisión de la Resolución de Calificación Ambiental en aplicación del artículo 25 quinquies, y (ii) el Titular de un proyecto o actividad con Resolución de Calificación Ambiental tiene el deber de someterse estrictamente al contenido de la misma, ya que la Superintendencia del Medio Ambiente debe perseguir el incumplimiento a las normas, condiciones o medidas establecidas en la autorización administrativa ambiental.

Actualmente, si se ejecutan cambios menores a un proyecto, que no requieren ingresar nuevamente al sistema, aunque modifican el proyecto en la práctica, estos no quedan plasmados en la Resolución de Calificación Ambiental. Lo anterior genera dificultades para el Titular del proyecto, a la hora de dar cumplimiento a su Resolución de Calificación

Ambiental, ya que esta tendrá contenidos que ya no se ajustan a la realidad; para la comunidad, que tampoco tienen claridad de la forma en que el Titular debe cumplir la Resolución de Calificación Ambiental; y para la Superintendencia al fiscalizar la autorización administrativa ambiental, ya que tiene el deber de asegurar el cumplimiento estricto de la misma.

En la actualidad, la Superintendencia en ocasiones ha optado, a la luz de los principios de eficiencia y eficacia, y considerando que el principio de oportunidad no informa como principio de la Ley Orgánica de dicho organismo, no formular cargos ante cualquier desviación de la Resolución de Calificación Ambiental. Sin embargo, los tribunales han considerado que esta autoridad tiene el deber de hacerlo a la luz de lo dispuesto en el inciso final del artículo 24 de la Ley N.º 19.300, considerando que el Titular debe someterse estrictamente al contenido de su autorización. ¿Es realmente necesario formular cargos ante cualquier desviación de la Resolución de Calificación Ambiental, por menor que sea y que no tenga implicancias o efectos negativos sobre el medio ambiente? ¿Es posible en la práctica hacerlo?

Los titulares de proyecto o actividades han encontrado en la consulta de pertinencia, un instrumento que al menos ayuda a respaldar, por parte de la autoridad, la decisión de no ingresar nuevamente al sistema de evaluación ciertos cambios a sus proyectos o actividades que no son de consideración. Lo anterior, con el fin de tener cierta seguridad o disminuir los riesgos de inicio de un procedimiento sancionatorio por incumplimiento a las normas, medidas o condiciones de la Resolución de Calificación Ambiental. Sin embargo, como ya hemos revisado, este instrumento no modifica la autorización y no es vinculante para la Superintendencia del Medio Ambiente, por lo que sus beneficios son bastante cuestionables (SANDOVAL, 2020, p. 239).

Es evidente que los proyectos van a sufrir cambios durante su vida útil, ya sea porque cambian las tecnologías, cambian las variables ambientales o es necesario optimizar equipos o instalaciones, entre otros. Es por esta razón que se debe buscar un equilibrio entre la necesidad de implementar cambios a los proyectos o actividades y la protección al

medio ambiente, con el objeto de asegurar cierta certeza jurídica para la comunidad y los titulares de proyectos o actividades, además de facilitar la gestión ambiental de los proyectos, el seguimiento ambiental y fiscalización para la autoridad ambiental. Esto es especialmente relevante, ya que tanto la comunidad, los titulares como la Superintendencia, orientan sus acciones respecto de los proyectos o actividades en función de lo establecido en la Resolución de Calificación Ambiental.

Es necesario entonces que se regule un mecanismo para modificar o actualizar de forma eficiente los contenidos de la Resolución de Calificación Ambiental, que hoy es sumamente rígida, con el objeto de que esta sea un reflejo del proyecto o actividad que está en ejecución. Esta rigidez, incluso puede ser un desincentivo para que los titulares introduzcan mejoras a sus proyectos que pueden ir en beneficio del medio ambiente.

Lo positivo es que el trabajo ya está bastante avanzado. Las propuestas de modificación normativa de la Comisión Asesora Presidencial para la Evaluación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental plasmadas en su Informe Final de 2016, en esta opinión, parecen ser adecuadas para otorgar mayor certeza a todos los actores involucrados. En efecto, para el caso de los cambios a proyectos o actividades con Resolución de Calificación Ambiental que no sean de consideración se propone que el Titular tenga el deber de informarlos a través de una plataforma administrada por la Superintendencia del Medio Ambiente, tal como actualmente se deben reportar los datos requeridos para el registro público de Resolución de Calificación Ambiental (en cumplimiento de la Res. Ex. N°.1.518/2013 de la SMA), y el seguimiento de los compromisos ambientales (en cumplimiento de la Res. Ex. N°.223/2015) entre otros. De este modo, los cambios informados serán incorporados a la Resolución de Calificación Ambiental, con su debida publicidad, manteniendo la posibilidad de consultar la pertinencia de ingreso en caso de dudas, y las facultades fiscalizadoras y sancionatorias de la Superintendencia.

Con esta solución propuesta, el Titular no tendrá el problema que hoy se genera al estar obligado a dar cumplimiento estricto a su Resolución

de Calificación Ambiental, ya que esta reflejará el proyecto ejecutado en la realidad, y si no lo hace, incurrirá en su propia responsabilidad, ya que dependerá de su propio actuar informar cada cambio menor que se implemente en el proyecto.

Ya sea a través de esta propuesta u otra, es urgente que se regule un mecanismo adecuado y eficiente para actualizar las Resoluciones de Calificación Ambiental, frente a cambios que son de menor envergadura y no requieren ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, siempre teniendo presente el deber del Estado de proteger al medio ambiente.

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO, Gustavo y SILVA, Carolina (2014): “Consulta de Pertinencia de Ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Un Problema Práctico-Jurídico”, en *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental* (pp. 447-478). Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile.
- BERMÚDEZ, Jorge (2014): *Fundamentos de Derecho Ambiental*. (Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso).
- CARRASCO, Edesio y HERRERA, Javier (2014): “La Interpretación de la Resolución de Calificación Ambiental”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N°.2, pp. 635-671.
- COMISIÓN ASESORA PRESIDENCIAL PARA LA EVALUACIÓN DEL SEIA (2016): *Chile. Informe Final*. Ministerio del Medio Ambiente, julio de 2016. Disponible en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/05/10/35877_informe-mmef_final.pdf
- COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL) / ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS (OCDE) (2016): *Evaluaciones del desempeño ambiental*.
- INSUNZA, Ximena y URIARTE, Ana Lya (2021): “Análisis de las Consultas de Pertinencia y el veto del Proyecto Pro Inversión”, en *Perspectivas CDA* N°.3 (en línea). Disponible en: [https://revistasdex.uchile.cl/files/full/perspectivasCDA_\(3\)_2021/index.html](https://revistasdex.uchile.cl/files/full/perspectivasCDA_(3)_2021/index.html)
- SANDOVAL, Marcelo (2023): “La Consulta de Pertinencia de Ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y su Estado Actual”. *Actualidad Jurídica* N°.47, , pp. 219-241.