

Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Alcance de la respuesta a una consulta de pertinencia de ingreso

Por: Gonzalo Rojas, Gerente Área Jurídica Subgerente Área de Gestión Ambiental Siga

Con la puesta en funcionamiento de nueva institucionalidad ambiental y la entrada en vigencia del nuevo Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, RSEIA, aprobado mediante D.S. N° 40 de 2012 del Ministerio del Medio Ambiente, en particular con lo establecido en el artículo 26 del RSEIA, se "regló" el uso de la consulta de pertinencia de ingreso al SEIA, no obstante dicho reglamento no expone requisitos de forma y fondo para la consulta y su respuesta.

Es decir, el RSEIA se limitó a indicar que: "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, o su modificación, debe someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental. La respuesta que emita el Servicio deberá ser comunicada a la Superintendencia".

Al respecto, se debe tener presente 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, y específicamente del ejercicio del derecho de las personas en sus relaciones con la Administración para obtener información acerca 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 19.880, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Como se ha indicado, en la actualidad, las consultas de pertinencia a la autoridad se han generalizado, llegando al punto en que prácticamente todos los proyectos que legalmente no les corresponde someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, SEIA, requieren contar con una respuesta de la autoridad a una consulta formal, como si se tratase de una evaluación o autorización al margen del SEIA. Al respecto, la Contraloría General de la República mediante el Dictamen N° 75903 del 02/10/2014, en lo que interesa, ha indicado expresamente que la consulta de

pertinencia constituye un trámite de carácter voluntario y previo al eventual sometimiento de un proyecto o actividad, o de su modificación al SEIA, 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.

Con el objeto de aclarar y entregar la información acerca de los requisitos jurídicos o técnicos del trámite asociado a la consulta de pertinencia, la Dirección Ejecutiva del SEA emitió el Of. Ord. N° 131456 de 2013, que imparte instrucciones al respecto, dejando sin efectos el Of. Ord. N° 103050 de 2010. Con todo, pareciera que existe claridad y consenso respecto del alcance de este instrumento, pero resulta que no es así, pues la interpretación que muchos proponentes dan a las respuestas entregadas por la autoridad en el marco de una consulta de pertinencia demuestran lo contrario, es así que nos encontramos con situaciones como las que describimos a continuación.

Respecto de proyectos que cuentan con Resoluciones de Calificación Ambiental, RCA, no son pocos los proponentes que piensan que a través de una respuesta a una consulta de pertinencia se puede modificar una RCA favorable, o bien pueden eximirse de dar cumplimiento a lo establecido en la misma. Si bien, la autoridad ambiental y la CGR, en reiteradas ocasiones, se han preocupado de aclarar esta situación, pareciera que las aclaraciones no han sido conocidas por los titulares de proyectos. Es decir, respecto de proyectos o actividades que cuentan con una o más RCAs, la respuesta a una consulta de pertinencia se refiere sólo a si la modificación o cambios que se propone realizar puede ser considerado un "cambio de consideración", y por lo tanto, debe someterse al SEIA para su evaluación. Al respecto la D.E. del SEA en el Instructivo que acompaña al Of. Ord. N° 131456 de 2013, en forma expresa indica: "... de



acuerdo a lo expresado por la Contraloría General de la República en los dictámenes N°s 20.477, de 2003 y 76.260, de 2012, en el caso de proyectos de proyectos que cuentan con RCA, el acto administrativo que se pronuncia respecto a la consulta de pertinencia no es susceptible de modificar, aclarar, restringir o ampliar la respectiva RCA 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". Además, en dicho instructivo se indica que toda resolución que responda a una consulta de pertinencia donde se concluya negativamente respecto del ingreso al SEIA de una modificación proyecto o actividad, deberá contener una frase en el siguiente tenor: "El presente acto no es susceptible de modificar, aclarar, restringir o ampliar la Resolución de Calificación Ambiental relacionada con el proyecto o actividad original, ni tampoco tiene el mérito de resolver la evaluación ambiental de una modificación al mismo, sino tan solo determina que los cambios a que se refiere la consulta no deben ser sometidos necesariamente a evaluación de impacto ambiental, por no ser de consideración".

Aunque para muchos puede parecer exagerado, existen proponentes que incluso relacionan la respuesta a una consulta de pertinencia de ingreso, con la vía o modalidad de ingreso de un determinado proyecto al SEIA, es decir, equivocadamente piensan que en el marco de la respuesta a la consulta de pertinencia, la autoridad ambiental se ha pronunciado o se pronunciará en cuanto a si el proyecto debe someterse al SEIA a través de una DIA o un EIA, olvidando o ignorando que un pronunciamiento de tal magnitud, o respuesta a dicha interrogante, sólo podrá emitirse o validarse una vez que el proyecto o actividad sea sometido al SEIA, y se haya iniciado el proceso de evaluación ambiental del proyecto o actividad.

Por otra parte, algunos proponentes piensan que la consulta de pertinencia es un instrumento a través del cual pueden regularizar instalaciones, obras y/o actividades no declaradas ambiental y/o sectorialmente. En este contexto se debe tener presente que el SEIA es un instrumento de gestión ambiental de carácter preventivo, que no permite evaluar obras y/o actividades ya ejecutadas o en ejecución. Por lo que la calidad de proponente a la que se refiere el art. 26 del RSEIA se pierde, cuando se trata de proyectos en ejecución.

Finalmente, aun cuando se trata de un tema que ha sido aclarado por la Excm. Corte Suprema, resulta procedente mencionar que respecto de consultas de pertinencia que se relacionan con proyectos o actividades que cuentan con RCA favorable, el pronunciamiento debe ser emitido por la Comisión de Evaluación Ambiental, a la que se refiere el artículo 86 de la Ley 19.300. Al respecto, la Corte Suprema en el fallo de la causa Rol 9012-2013, ha indicado que resulta ilógico sostener que la pertinencia de someter al SEIA las modificaciones a un proyecto ya calificado favorablemente, sea decidida sólo por quien figura como Secretario de la



Comisión de Evaluación, refiriéndose en el caso, al Director Regional del SEA, pues la respuesta a una consulta de pertinencia debía ser evacuada por la citada Comisión, indicando además que la actuación del Director Regional, fue ejecutada por una autoridad incompetente, con todo lo que eso involucra.

En resumen, y considerando los alcances de una consulta de pertinencia, al momento de evaluar la presentación de la misma, se debe considerar lo siguiente:

- La consulta de pertinencia constituye un trámite de carácter voluntario, y previo al eventual sometimiento de un proyecto o actividad, o de su modificación, al SEIA;

- La respuesta a una consulta de pertinencia relacionada con proyectos o actividades que cuenten con RCA favorable, no permite modificar la RCA, así como tampoco exime al titular de dar cumplimiento a lo establecido en

la RCA que se posee;

- La respuesta a una consulta de pertinencia no entrega pronunciamientos en cuanto a si el proyecto o actividad genera los efectos, características o circunstancias del artículo 11 de la Ley 19.300, es decir no permite concluir respecto de que si el proyecto o actividad requiere ingresar al SEIA a través de un EIA o una DIA;

- No corresponde presentar consultas de pertinencia de proyectos o actividades que se encuentren ejecutados o en ejecución, pues su objeto no es regularizar proyectos. En la práctica, la autoridad no debiese pronunciarse respecto de consultas de pertinencia proyectos ejecutados o en ejecución;

- Conforme las facultades de la SMA, será finalmente éste organismo quien podrá requerir, si a su juicio estima, que el proyecto o actividad debe someterse al SEIA. **AM**