**COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY, INICIADO EN MENSAJE DE S.E. EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, QUE PERFECCIONA LOS TEXTOS LEGALES QUE INDICA, PARA PROMOVER LA INVERSIÓN. BOLETÍN N° 11.747-03[[1]](#footnote-1)**

Ezio Costa Cordella

Director Ejecutivo ONG FIMA

Investigador RegCom- Universidad de Chile

Santiago, 22 de julio de 2019

1. **SOBRE LAS DISPOSICIONES QUE REFORMAN LA LEY 19.300**
2. **ARTÍCULO 10, LETRA C):**

1. Reemplázase la letra c) del artículo 10 por la siguiente:

 “c) Centrales o plantas generadoras de energía eléctrica, según sus magnitudes, las cuales se determinarán sobre la base de los impactos que produzca el tipo de tecnología que utilicen, comprendiendo prospecciones con fines geotérmicos, debiéndose distinguir entre energías renovables y no renovables.”

La reforma de la tipología de ingreso al SEIA de Centrales o plantas de energía eléctrica no es adecuada a los fines perseguidos por la Ley 19.300. La distinción entre energías renovables y energías no renovables no es funcional a determinar el impacto que en concreto puede tener una Central o planta de energía en una situación determinada. Tampoco es posible antelarse con certeza a cuáles son los impactos que tiene en abstracto una determinada tecnología, pues el SEIA como una metodología abierta y flexible permite incorporar el conocimiento de los avances científicos mientras ellos suceden, en lugar de enclaustrar supuestos de hecho en normas no flexibles.

El SEIA es una metodología para evaluar impactos en concreto, no en abstracto.

Esa evaluación es circunstancial a una serie de variables que se establecen en las respectivas líneas de base de los proyectos, de modo que el solo uso de una determinada tecnología no permite saber los impactos de un proyecto.

Adicionalmente, en el SEIA se debiera realizar una evaluación e. base a las metas y objetivos ambientales que trazan las autoridades políticas legalmente encargadas de la gestión del suelo, la participación ciudadana, los planes de desarrollo regionales y comunales y otros instrumentos similares. El impacto sobre todos ellos no se reduce al tipo de tecnología de la que se trate.

Por otra parte, sí nos parece positivo que se abra la posibilidad de evaluar proyectos de tamaño menor a 3 MW, puesto es cierto que existen este tipo de centrales que hoy no están siendo evaluadas pero que tienen impactos ambientales y sociales que hacen necesaria dicha evaluación.

Por lo mismo, creemos que la modificación sería positiva si se abre a evaluación de proyectos de menor tamaño, pero se mantiene la obligación a las centrales de 3MW o más, en todos los casos.

1. **ARTÍCULO 11 QUÀTER**

Incorpórase el siguiente artículo 11 quáter, nuevo:

 “Artículo 11 quáter.- 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 que requieran efectuar cambios a un proyecto, sea que cuente o no con una Resolución de Calificación Ambiental favorable, a 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 deberá ser comunicada a la Superintendencia.

El pronunciamiento a que se refiere el inciso anterior será siempre vinculante para efectos del seguimiento, fiscalización y sanción ambiental, sin perjuicio de los recursos administrativos y judiciales que procedan, en conformidad a la Ley”.

* 1. **Proyectos que no deben ingresar al sistema.**

El sistema de pertinencias no tiene ningún procedimiento reglado que asegure cosas como que la información sea correcta, o que puedan ser fiscalizadas.

Para introducir una modificación como esta, sería necesario que se regulara también requisitos mínimos de información, como descripción completa del proyecto, RCA’s vigentes en el área de influencia y sus interacciones, plan de cumplimiento de normativa aplicable y justificación detallada de la falta de necesidad de ingreso, para descartar el fraccionamiento. El procedimiento de pertinencia también debería requerir de un número mínimo de pronunciamientos sectoriales para que efectivamente los organismos respectivos pudieran visar la pertinencia, en materias en que el SEA no tiene capacidad técnica.

Cabe destacar que de acuerdo con el reglamento del SEIA vigente, son pocos los proyectos que caen en la hipótesis de la duda de ingreso, ya que la mayoría de las tipologías se configuran por volúmenes de producción o características objetivas de las obras construidas. Los proyectos que caen en esa hipótesis son aquellos que corresponden a tipologías abiertas donde es necesario, al menos, la opinión técnica de un órgano sectorial.

Si las pertinencias son vinculantes, tendrían que ser fiscalizables por la SMA y debiera establecerse una sanción específica y fuerte para quienes habiendo presentado una pertinencia, la incumplan o hayan presentado antecedentes que no se correspondían con la realidad. Esto está contemplado en el proyecto de delitos ambientales, pero no es aún una realidad, una solución en este sentido podría ser supeditar la vigencia de esta norma, a la dictación de la ley de delitos ambientales o introducir en este proyecto las sanciones para quienes presentan información falsa.

* 1. **Modificaciones menores de proyectos evaluados.**

En el caso de las modificaciones, este no debiera ser el mecanismo, pero si lo es, esas pertinencias debieran quedar asociadas a la RCA de inmediato, en el sistema online. Efectivamente hay cambios menores que no requieren un procedimiento largo, pero tiene que tener alguna regulación si es que se le quiere dar poder vinculante, sobre todo que esos cambios vayan quedando debidamente registrados en las RCA y no en un repositorio aparte que hace muy difícil la búsqueda y consolidación de los permisos ambientales.

Acá el verdadero problema es que las DIAS, que debieran ser instrumentos sencillos, han sido sobreutilizadas y por lo tanto su tramitación es a estas alturas muy similar a la de un Estudio de Impacto Ambiental. La solución es el uso de las herramientas del sistema. Un 25 quinquies que permita adecuaciones más rápidas, por ejemplo.

1. **ARTÍCULO 24**

Intercálanse en el artículo 24 los siguientes incisos cuarto y quinto, nuevos, pasando los actuales incisos cuarto, quinto y sexto a ser incisos sexto, séptimo y octavo, respectivamente:

“Durante la evaluación ambiental del proyecto o actividad, el Servicio requerirá el pronunciamiento de aquellos organismos competentes en las materias relativas al permiso ambiental sectorial respectivo, a efectos de velar por el cumplimiento de los requisitos y contenidos del permiso de que se trate.

Los incisos propuestos no son viables dentro del sistema, ya que suponen una sustitución de las competencias de los órganos sectoriales, por un lado, y una situación de desigualdad estructural frente a actividades que no requieren de evaluación ambiental, por otro.

El sistema de Permisos Ambientales Sectoriales supone dos tipos de PAS: uno sectorial, que es el que otorga el órgano sectorial de acuerdo con su regulación propia, en los cuales el SEA solo puede referirse a los requisitos ambientales del mismo, regulados por el reglamento del SEIA; y uno únicamente ambiental, que otorga el SEA con la Resolución de Calificación Ambiental.

No existe necesidad ni es procedente legalmente cambiar todos los PAS a únicamente ambientales, pues colisionaría con la regulación de los órganos sectoriales, cuyos objetivos son diversos que los del SEIA. Mientras el SEIA debe hacer un balance entre la prevención y la ventanilla única, los permisos sectoriales tienen que balancear otros intereses públicos, que no serán debidamente representados por el SEA atendidas no sólo sus características normativas y orgánicas, sino también su práctica institucional.

Además, esta modificación que significa convertir al SEIA en una especie de contraloría de los permisos sectoriales, importa que el criterio que se utilice para los permisos dentro del SEIA pueda ser considerablemente diferente que aquel que se utilice para los mismos permisos fuera del SEIA, produciendo una diferencia inaceptable para la tramitación entre diferentes titulares de proyectos.

1. **ARTÍCULO 25 ter**

5.- “... Agrégase, al final del inciso primero del artículo 25 ter, la frase “o desde la notificación de la última resolución de los recursos administrativos interpuestos o desde que quede firme o ejecutoriada la sentencia que se pronuncia sobre el o los recursos judiciales presentados, en su caso”.

La caducidad es una institución que en materia ambiental funciona para cumplir los fines preventivos de la ley. El hecho de que una RCA esté sujeta a una caducidad de 5 años responde, entre otras cosas, a la necesidad de mantener el instrumento actualizado a la realidad de los componentes ambientales y que las medidas fijadas en el plan de medidas de mitigación, compensación y reparación no queden inútiles.

Las acciones procedentes contra una RCA son todas de carácter contencioso administrativo y en su ejercicio solo en escasos casos han producido la suspensión de los efectos de la RCA.

Por otra parte, la faena mínima (es decir, aquella obra con la que se entiende iniciada la ejecución de la RCA) es un requisito de la RCA que tiene ciertos parámetros generales para su definición, pero ésta en concreto está entregada a la discrecionalidad de la Administración.

La mayor parte de las veces, esa faena mínima es alguna actividad administrativa como la obtención de los permisos ambientales mixtos y, en efecto, en su gran mayoría los titulares de proyectos de forma diligente comienzan con la ejecución de tales faenas mínimas no obstante exista un procedimiento administrativo o judicial pendiente en contra de la RCA respectiva. La decisión de hasta dónde ejecutar la RCA es completamente privada.

La caducidad, en la práctica, permite evitar la especulación de proyectos que solo son diseñados para su venta, pero no para su ejecución. Lo natural es que ésta proceda desde que el acto administrativo esté habilitado de producir todos sus efectos y eso siempre se produce una vez dictada la RCA o la resolución que resuelve las reclamaciones administrativas según sea el caso.

Ahora bien, una modificación como esta sería completamente aceptable, si la presentación de recursos judiciales o administrativos suspende la vigencia de la RCA, cuestión que sucede de manera muy excepcional en nuestra práctica.

1. **DISPOSICIONES QUE REFORMAN LA LEY GENERAL DE URBANISMO Y CONSTRUCCIONES**
2. **ARTÌCULO 116 bis C**

3. Reemplázase el artículo 116 bis C por el siguiente:

“Artículo 116 bis C.- Tratándose de proyectos que afecten el interés general de la comunidad, se deberá publicar el permiso en el Diario Oficial y en un periódico de circulación local o, si no lo hubiere, regional, dentro de los diez días posteriores a su otorgamiento, momento a partir del cual se presumirá de derecho conocido por todos.

Se entenderá que afectan al interés general los edificios de uso público y los demás proyectos que determine la Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones.

Adicionalmente, la Ordenanza General podrá establecer otras formas, plazo y condiciones, mediante las cuales se podrá informar al público, al concejo y a las juntas de vecinos, de la aprobación a la que alude el inciso primero.”.

Si bien se valora dar obligatoriedad a la publicidad de los proyectos, cuestión que nos parece muy importante de aprobar, existen dos complejidades con este artículo.

* 1. **Falta de medidas mínimas de publicidad.**

Se está eliminando el inciso segundo que establece algunas medidas mínimas de publicidad y nos parece especialmente complejo que no se mantenga la mención a “la instalación de un letrero visible en el lugar de la obra, la comunicación por escrito a los vecinos afectados y la comunicación a través de algún medio masivo, como radio o periódico, de acuerdo a las características de los proyectos.”

Con el nuevo artículo se presume conocido por todos el proyecto con la sola publicación en el diario oficial, cuestión que sabemos que es muy insuficiente para efectivamente dar a conocer un proyecto y que por lo tanto solo cumple la función de ocultar el mismo por un período determinado, dejando transcurrir los plazos para que terceras partes reclamen de él.

* 1. **Indeterminación de los edificios que afectan el interés público.**

La norma que se quiere establecer presume afectación del interés público de parte de los edificios públicos y deja los demás a la ordenanza. Esa determinación es compleja y requeriría al menos de lineamientos establecidos en la ley. No parece que el hecho de que un edificio sea público sea el mejor piso para esos lineamientos, en tanto si bien los servicios que se prestan en un edificio público son de interés público, es igualmente cierto que los edificios importan al interés público independientemente de su propiedad. Un gran edificio de oficinas que cambia la fisonomía de un barrio puede ser mucho más importante para el interés público, que una nueva casa municipal, por ejemplo.

Se propone poner una lógica diferente, que presuma de interés público todos los proyectos que requieren evaluación de impacto ambiental, todos los que se encuentren en la lógica del artículo 170 de la LGUC (modificada por la ley de aporte al espacio público) y todos los que tengan impactos significativos sobre los sistemas sociales, ambientales y urbanos, cuestión que debería ser detallada en la Ordenanza.

1. **SOBRE LAS DISPOSICIONES QUE REFORMAN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**

Artículo 8.- Introdúcense las siguientes modificaciones al párrafo 3 del Título IV del Libro III del Código de Procedimiento Civil, sobre la denuncia de obra nueva:

1) Modifícase el artículo 565 como se indica:

a) Sustitúyese la locución que inicia con la expresión “el juez decretará” y termina con la palabra “citar”, ambas incluidas, por la siguiente: “el denunciante podrá solicitar, en dicho libelo o en cualquier momento, como medida precautoria, la suspensión provisional e inmediata de la obra, acompañando antecedentes que justifiquen la existencia de la posesión que se invoca y el peligro grave e inminente que entrañare el no otorgamiento de la misma. En la resolución que provea la demanda, el tribunal mandará a citar”.

b) Incorpórase el siguiente inciso segundo nuevo: “Cualquiera sea el caso, y siempre que la naturaleza de la obra lo permita, la suspensión de la misma se limitará estrictamente a aquella parte de la obra nueva que se emplace en terrenos cuya posesión o servidumbre invoque el denunciante, de conformidad a las normas del presente párrafo y a los artículos 930 y 931 del Código Civil.”.

2) Incorpórase un nuevo artículo 565 bis del siguiente tenor: “Artículo 565 bis. La suspensión provisoria de la obra, podrá ser otorgada de plano por el tribunal, sobre la base de los antecedentes acompañados, o reservar su resolución para la audiencia a que se refiere el artículo anterior. El tribunal, al decretar la medida del inciso anterior, dispondrá que se tome razón del estado y circunstancias de la obra y que se aperciba al que la esté ejecutando con la demolición o destrucción, a su costa, de lo que en adelante se haga. En cualquier tiempo, el tribunal a petición de parte deberá hacer cesar la medida, en los casos dispuestos por el artículo 301.”

3) Incorpórase un nuevo artículo 568 bis del siguiente tenor:

“Artículo 568 bis.- En la audiencia referida en el artículo 565, el tribunal se pronunciará sobre el otorgamiento de la medida precautoria, si esto no ha ocurrido, o bien sobre su mantención, sustitución o alzamiento, si la misma ya hubiere sido concedida. El tribunal podrá decretar la suspensión de la medida precautoria si el denunciado consigna en la cuenta corriente del tribunal caución suficiente para responder de la demolición o destrucción de la obra o de la indemnización de los perjuicios que, de continuarla, pudieran seguirse al denunciado, en caso que a ello sea condenado por sentencia firme, según corresponda. Para estos fines, en la referida audiencia, el juez deberá designar un perito y solicitar un informe pericial que fije el monto de la caución antes referida. Aceptado el cargo, el perito designado por el tribunal deberá evacuar el informe dentro del plazo de cinco días. Cada una de las partes podrá asimismo designar un perito para que informe también al juez sobre la materia. Los peritos designados por los interesados tendrán, para presentar sus informes, el plazo de ocho días, contado desde que entregue el suyo el perito nombrado por el juez. Una vez vencido dicho plazo, el juez procederá a la brevedad a fijar el monto de la caución. Las cuestiones que se susciten en relación al monto de la caución fijada por el juez se tramitarán como incidente. Si al fallar el incidente se determina como monto de la caución una cantidad mayor a la inicialmente fijada, el denunciado deberá consignar dentro de quinto día la diferencia en el tribunal, so pena de levantarse la suspensión de la orden de paralización. En caso que el monto de la caución sea menor al inicialmente fijado por el tribunal, el juez pondrá a disposición del denunciado el excedente dentro del plazo de tres días contado desde la respectiva resolución. La suspensión de los efectos de la orden de paralización o suspensión de obras tendrá lugar automáticamente, desde el momento en que se consigne el monto de la referida caución en el tribunal y así se certifique en el expediente por el secretario.”

4) Sustitúyese en el artículo 569, inciso segundo, la expresión “se ratificará la suspensión provisional decretada o se mandará alzarla”, por la siguiente: “el tribunal podrá decretar o ratificar la suspensión de obras u ordenar el alzamiento de la que ya se hubiere decretado”.

5) Modifícase el artículo 570 como se indica:

a) Reemplázase, en el inciso primero, la frase “se ratifica”, por la frase “en definitiva se decreta”.

b) Intercálase entre el número 3a. y el inciso final, el siguiente inciso: “Este derecho deberá ser ejercido por el denunciado dentro de los sesenta días de ejecutoriada la sentencia definitiva que hubiere acogido la denuncia.”.

Llama la atención la reforma propuesta a la acción de denuncia de obra nueva, pues va en contra de su naturaleza de acción de posesoria.

En efecto, las acciones posesorias están consagradas para ser un mecanismo de protección cautelar de la posesión ante turbaciones producidas en la misma. En tal sentido, no es un procedimiento que busque declarar un derecho, sino corregir una situación de hecho en que se está limitando o restringiendo la propiedad o algún atributo esencial de la misma de forma injustificada, de forma rápida y jurídicamente eficaz.

Para dar inicio a la denuncia de obra nueva, de acuerdo con la regulación del procedimiento sumario, será necesario aportar la prueba suficiente de la posesión afectada y de la obra que se encuentra afectándola. La acción de denuncia de obra nueva ampara una situación de hecho (la posesión) que ante el tribunal aparece como indubitada, a través de prueba muy intense como lo es la prueba de la posesión inscrita.

El efecto cautelar que tiene la suspensión de la obra es una acción preventiva dictada por el tribunal, frente a una perturbación que aparece como injustificada. El demandado, obviamente tiene oportunidad para defenderse y probar que su acción tiene justificación en derecho y, por lo tanto, solicitar el alzamiento de la medida.

Se observa que la reforma propuesta al exigir al denunciante que pruebe el peligro grave e inminente que significare el no otorgamiento de la medida precautoria respective, significa obligarlo a tolerar una actividad que perturba su derecho de propiedad de forma ilícita. Supedita, por lo tanto, el ejercicio de su derecho a la ponderación que el tribunal haga sobre el peligro, en lugar de cautelar su derecho de forma urgente.

Consideramos que lo anterior, sumado a la incorporación del propuesto nuevo iniciso Segundo del artículo 565 del CPC (esto es, que la suspensión dependa de si la naturaleza de la obra lo permite), van en contra de la regulación constitucional de la propiedad, ya que establece límites a la misma que no están considerados por el artículo 19, número 24 de la Carta Fundamental, esto es: La ley, el derecho ajeno y la función social (compuesta por los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental).

En el caso del propuesto artículo 568 bis, se reitera que no está en línea con la finalidad preventiva de la acción de denuncia de obra nueva el hecho de que baste para alzar la medida precautoria una caución que abarque el costo de demolición de la obra y de la indemnización de los perjuicios que puedan ocasionarse producto de continuar con la obra. La caución debería abarcar el total de los perjuicios, lo que incluye aquellos provocados por el solo hecho de perturbar la posesión hasta, al menos, el momento en que se ejerció la acción.

Esta modificación probablemente proviene de dos cosas: una es que se ha usado en numero muy menor de casos, para litigar contra proyectos ambiental y socialmente dañinos y otro es que los juicios civiles tienden a tener demoras excesivas. En ninguno de los dos casos la solución es modificar esta acción.

Lo anterior no es un problema ni de la naturaleza de las acciones posesorias, ni de su regulación civil y procesal, sino que es un problema estructural de la obsolescencia del sistema procesal civil. La mejor forma de agilizar estos procedimientos es impulsar la reforma del CPC, en lugar de alterar elementos que son de la esencia del derecho de propiedad y del sistema que el Estado ha definido para garantizarla.

1. La presente minuta fue elaborada conjuntamente con don Diego Lillo Goffreri, Coordinador de Litigios de ONG FIMA y Profesor de la Clínica de Justicia Ambiental de la Universidad Diego Portales. [↑](#footnote-ref-1)