

Caso Castilla: Cuando la Justicia se Transforma en Regulador

Existe una sobre judicialización y la Corte Suprema no está dando señales que permitan generar una buena doctrina que otorgue uniformidad en la jurisprudencia. La paralización de centrales de generación tiene un costo importante, por lo que resulta preocupante que se continúe obstaculizando el desarrollo de proyectos que, respetando la normativa ambiental, permitirán sostener el desarrollo socioeconómico que el país necesita con una generación segura y competitiva.

Chile debiera ser un destino privilegiado por los inversionistas del sector eléctrico: ofrece estabilidad política y fortaleza económica, una creciente demanda energética y altos precios de la electricidad. Sin embargo, hoy faltan nuevas iniciativas de inversión y una serie de proyectos se encuentran detenidos, lo que pone en riesgo el suministro de energía a precios competitivos en el mediano plazo.

El problema es que los proyectos enfrentan cada vez mayores trabas. No sólo deben sortear dificultades propias de su diseño, construcción y operación, sino además demoras en las aprobaciones ambientales, largas negociaciones para establecer servidumbres y oposición ciudadana y de comunidades indígenas. Estas complejidades conducen a un denominador común: el requerimiento de intervención de los tribunales de justicia.

En esta edición:

Caso Castilla: Cuando la Justicia se Transforma en Regulador

Encuesta LyD: La Opinión de los Padres en Materia de Educación

La judicialización de iniciativas de inversión se ha multiplicado según revelan las cifras del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA): los recursos judiciales contra los Estudios de Evaluación Ambiental (EIA) que promediaban cerca de 6 por año entre 2001 y 2007, se elevaron a 15 de 2008 a 2011. Ello ha mantenido paralizados una serie de proyectos, que de acuerdo a estimaciones de la Sofopa superan hoy los US\$ 20.000 millones. Y es al sector eléctrico donde apunta la mayor cantidad de acciones jurisdiccionales contra Resoluciones de Calificación Ambiental (RCA).

Ahora bien, el que existan cuestionamientos a los proyectos no es malo *per se*; las oposiciones son atendibles y por ello se les da cabida dentro del proceso de evaluación y por vía judicial. El problema es el rol que ha jugado el Poder Judicial y la influencia que ha tenido en materias propias del SEA, perdiendo toda deferencia con el órgano administrativo especializado en la materia. Los últimos fallos de la Corte dejan dudas respecto de cómo se están resolviendo los proyectos por medio del recurso de protección¹. En este escenario, se torna aún más relevante y preocupante el fallo en que la Corte Suprema se pronuncia sobre las oposiciones a la central y puerto Castilla.

El rechazo de Castilla

En una sentencia unánime, la tercera sala de la Corte Suprema (CS), por una parte, revoca la resolución de la Corte de Apelaciones de Antofagasta (CAA), que rechazó los recursos de protección interpuestos contra la resolución² del SEA de Atacama que calificó favorablemente el puerto Castilla, dejando por tanto esta resolución aprobatoria sin efecto. Por otra parte, en el mismo fallo, confirma la sentencia de la CAA que dejó sin efecto la resolución³ que modificó la calificación de la industria de contaminante a molesta de la central. Esta decisión hace inviable la realización de los proyectos⁴.

El fallo de Castilla es particularmente importante por diversas razones. Primero, por cuanto modifica el criterio vigente hasta hoy, cual es entender que la ley permite que los proyectos sean calificados por etapas, ya que la prohibición de fraccionamiento se establece sólo cuando se intenta evitar la evaluación ambiental que corresponde. La decisión de la Corte es grave, porque no sólo establece un estándar *supralegal* al desconocer que la presentación separada de proyectos distintos pero relacionados es ajustada a derecho. Segundo, porque más que revisar la legalidad de los actos y procedimientos se pronuncia sobre el control de mérito, realizando una evaluación directa y determinando la forma en que se debe realizar la gestión o evaluación de los proyectos, transformándose así en un gestor de política pública lo que escapa a sus atribuciones.

Los equívocos del fallo

Este fallo es, sin duda, uno de los más relevantes dictados en materia ambiental, aunque su relevancia se debe a las razones equivocadas.

En primer lugar, la CS reconoce que la Ley de Bases del Medio Ambiente (LBMA) no obliga al titular de un proyecto que se relacione con otro a presentarlos conjuntamente. Esto se reafirma con la existencia de la prohibición de fraccionar proyectos con el objeto de eludir la evaluación ambiental⁵ o bien someterse a un régimen menos estricto (DIA V/S EIA), lo

que en todo caso debe ser probado en el juicio. En este caso, los proyectos Puerto y Central se habían sometido al SEA a través de EIA por lo cual se les aplica el estándar máximo previsto en nuestro ordenamiento jurídico.

La Corte entonces deviene en regulador, estableciendo su propio estándar, esto es, la exigencia de presentación conjunta de un proyecto porque estima que en realidad “es uno solo”, siendo que ambos responden a objetivos distintos y son tratados en forma separada en la propia ley. Actualmente los proyectos se presentan en forma individual pero haciéndose cargo de los efectos sinérgicos.

Conforme este fallo, los proyectos relacionados (aunque distintos) tendrían que evaluarse como uno solo, lo que complejiza de forma importante la tramitación y evaluación ambiental de los proyectos de mayor envergadura y pone en duda la aprobación de cualquier proyecto que se relacione con otro, lo que es lógico dado que las necesidades de un proyecto van generando la existencia de otros nuevos para satisfacerlas.

Los efectos de esta decisión son negativos, por las contingencias que genera para proyectos actualmente en evaluación. Cumplir la norma ya no sería suficiente, sino que además, cabría consultar la opinión de los jueces.

En segundo término, la Corte se atribuye la calidad de experto técnico cuando su función es resolver las controversias entre partes, aplicando el derecho vigente. Los jueces debieran practicar lo que se llama “*deferencia de experto*” tan utilizada en áreas como la libre competencia, también en materia ambiental. Esta consiste en respetar los análisis y decisiones de la autoridad técnica en lo que se refiere a materias propias de su ciencia. Lo anterior es de especial interés, dado que la Corte, más que revisar la legalidad de los actos y procedimientos, en este caso se pronuncia sobre el control de mérito, realizando una evaluación directa y determinando la forma en que se debe realizar la gestión o evaluación de los proyectos, transformándose así en un gestor de política pública, lo que escapa a sus atribuciones.

En tercer lugar, según la CS, las normas de emisión no son el único parámetro que contempla la calificación industrial prevista en la regulación urbana. Por esa razón, aunque se hayan tomado en consideración los factores contemplados en las normas de emisiones, como estándar de objetividad para el cambio de contaminante a molesta, al no ser el “único” elemento considerado, es necesario aplicar el principio precautorio que “evitaría” un eventual daño ambiental. De mantenerse el criterio de que la calificación de contaminante de la OGUC⁶ prima por sobre la de la Ley 19.300 de Bases del Medio Ambiente, implicaría que cualquier proyecto

cuyos impactos excedan su propio terreno debe ser calificado de contaminante.

La CS olvida que quien califica ambientalmente un proyecto es el SEA y no el instrumento de planificación territorial (que es previo a la LBMA). Ello porque el criterio de especialidad de la LBMA es mayor que el de la OGUC que es general frente al carácter específico de la Ley de Medio Ambiente. Este fallo aplica un criterio errado, ya que la norma ambiental tiene parámetros objetivos para calificar la actividad como contaminante, molesta o inofensiva y la urbana sólo se refiere a ello en términos generales tales como que *“puede llegar a alterar el equilibrio del medio ambiente”* esto es, cualquier actividad humana. Además, las RCA pierden toda certeza si una vez obtenidas, el criterio del instrumento de planificación sea el que prime por sobre los criterios técnicos de calificación. La nueva doctrina de la Corte se contradice, por lo demás, con el espíritu de la Ley de Bases del Medio Ambiente, que en su mensaje destaca la importancia de que *“el procedimiento de fijación de normas debe ser serio e informado, puesto que su importancia es capital, tanto para proteger adecuadamente nuestro medio ambiente como para dar un marco mínimo donde se concrete nuestro desarrollo económico”*.

Un argumento adicional dado por la Corte es que las mediciones se habrían hecho sobre la base de modelaciones y no de realidades, lo que es obvio ya que es un proyecto que no se ha materializado. Si el proyecto existiese en la realidad actual, lo que correspondería es obligarlo a cumplir la norma de emisión y aplicar las sanciones correspondientes en caso de contravención.

Es también relevante preguntarse si el recurso de protección es el mejor mecanismo para impugnar las calificaciones ambientales -que en general recaen sobre asuntos técnicos de gran complejidad- o son las acciones propias del SEIA las que deberían interponerse para velar por la correcta calificación de los proyectos. Los cuestionamientos sobre el contenido material de los actos son más propios de una acción de lato conocimiento y no de una acción cautelar y los tribunales superiores de justicia así lo pudieron haber declarado. Buena noticia es la pronta implementación del primer Tribunal Ambiental (TA) y, con él, el pleno ejercicio de las atribuciones de la Superintendencia del Medio Ambiente, lo que permitirá consolidar el marco institucional vigente. Particularmente positivo es que los TA contarán con jueces expertos, procedimientos abreviados y especialización de funciones. Lo anterior dará mayor seguridad para la realización de inversiones en el sector energético, y otorgará mayores garantías de una adecuada evaluación ambiental y del cumplimiento de las medidas de mitigación y compensación.

Otro aspecto a considerar es que la aplicación de principios, como el preventivo, por sobre disposiciones legales expresas, genera una enorme falta de certeza jurídica, que está dada por las normas escritas y no por la aplicación de principios que puedan ir más allá de la ley. El fenómeno de judicialización excesiva, principalmente en materia energética ha minado la confianza de poder desarrollar los proyectos que han sido calificados favorablemente después de largos y costosos procesos de evaluación.

Finalmente, cabe señalar que si el llamado a conciliación efectuado por la CS -sin entrar a analizar su procedencia- hubiese prosperado, el proyecto se hubiese realizado. Entonces ¿si las ilegalidades expresadas en el fallo eran tan manifiestas por qué la Corte llama a conciliación? Una pregunta que la sentencia, voz de los tribunales, no nos permite contestar.

Conclusiones

Estamos frente a una sobre judicialización del desarrollo energético y medioambiental de nuestro país y desgraciadamente la CS no está dando señales que permitan generar una buena doctrina que pueda otorgar uniformidad en la jurisprudencia. De hecho, muchas veces dependerá de la Sala de la Corte que conozca del asunto el resultado adverso o favorable respecto de un recurso de esta naturaleza, lo que a todas luces, está lejos del estándar de un estado de derecho moderno.

Cabe además recordar que la paralización de centrales de generación tiene un costo importante -se estima que un año de retraso tiene un efecto de hasta 20% en el costo marginal de largo plazo del sistema- cuyo efecto repercute directamente en la competitividad del país y en el bolsillo de los hogares. En efecto, Chile enfrenta una situación de estrechez de suministro a partir del año 2016, situación que se vuelve crítica ante la ausencia de nuevas inversiones, el retraso de proyectos hoy en carpeta y la paralización de obras como la comentada. La mayor incertidumbre respecto del suministro futuro se reflejará anticipadamente en los precios, pues el incremento esperado en los costos marginales conlleva un mayor costo directo e indirecto (costo de oportunidad) para las generadoras que incide a la hora de firmar contratos de suministro de largo plazo.

Resulta, por tanto, preocupante el que se continúe obstaculizando el desarrollo de proyectos que, respetando la normativa ambiental, permitirán sostener el desarrollo socioeconómico que el país necesita con una generación segura y competitiva. Es importante, entonces, que la ciudadanía sepa oportunamente lo que está en juego pues de seguir no aprobando proyectos de base, se llenará de centrales a diesel para cubrir la falta de energía, las que son mucho más contaminantes.

En breve...

TRES EQUÍVOCOS DEL FALLO:

1. La Corte Suprema (CS) reconoce que la Ley de Bases del Medio Ambiente no obliga al titular de un proyecto que se relacione con otro a presentarlos conjuntamente, con lo cual la Corte se transforma en regulador, estableciendo su propio estándar al exigir la presentación conjunta del proyecto. Conforme este fallo, los proyectos relacionados -aunque distintos- tendrían que evaluarse como uno solo, lo que complejiza la tramitación y evaluación ambiental de los proyectos de mayor envergadura y pone en duda la aprobación de cualquier proyecto que se relacione con otro.
2. La Corte se atribuye la calidad de experto técnico cuando su función es resolver las controversias entre las partes. En este caso, más que revisar la legalidad de los actos y procedimientos, se pronuncia sobre el control de mérito, realizando una evaluación directa y determinando la forma en que se debe realizar la gestión o evaluación de los proyectos, transformándose así en un gestor de política pública, lo que escapa a sus atribuciones.
3. Según la CS, las normas de emisión no son el único parámetro que contempla la calificación industrial prevista en la regulación urbana, por lo que, aunque se hayan considerado los factores contemplados en las normas de emisiones como estándar de objetividad para el cambio de contaminante a molesta, al no ser el único elemento considerado, es necesario aplicar el principio precautorio que evitaría un eventual daño ambiental.

¹ Casos como el de la central Bocamina, donde se acogió a trámite un recurso contra un acto formal como el test de admisión; o de la central Río Cuervo, donde se fundamentó el actuar ilegal del SEA en una supuesta omisión de un informe que en realidad se había recogido textualmente de lo que pedía Sernageomin, parecen revelar que se ha querido interferir en el fondo de los temas ambientales, decidiendo cuándo un proyecto debe evaluarse ambientalmente, bajo que modalidad, la suficiencia de las medidas adoptadas, etc, sin un sustento técnico y, en algunos casos, con un dudoso sustento legal.

² Resolución Exenta n° 254 de 23 de diciembre de 2010 del SEA Atacama.

³ Resolución Exenta número 578 de 15 de febrero de 2011 del Seremi de Salud por el cual se modifica el pronunciamiento BS3 n° 110 de 19 de enero de 2010 del Seremi de salud que calificaba la industria como contaminante.

⁴ Varios recurrentes se desistieron tanto de los recursos de protección deducidos, como de las apelaciones interpuestas o de sus calidades de partes. En consecuencia, respecto de "Puerto Castilla" quedaron como recurrentes de protección y apelantes cuatro pescadores artesanales de Caleta Chasco y en lo que dice relación con la "Central Castilla" se mantuvieron como recurrentes seis personas.

⁵ Artículo 11 bis de la Ley 19.300 modificación del año 2011, posterior al ingreso de Castilla al SEIA.

⁶ Ordenanza General de Urbanismo y Construcción.