

ESTABILIDAD DE LA RCA FRENTE A EVENTUALES EXPROPIACIONES REGULATORIAS

**Comisión Asesora Presidencial para la
Evaluación del SEIA
Mesa N° 4**

Santiago, julio de 2015

OBJETIVO DE LA PRESENTACIÓN

Entregar una visión en relación al grado de estabilidad y certeza jurídica que otorga la RCA para el desarrollo de proyectos de inversión.

Identificar situaciones de eventuales expropiaciones regulatorias y sus consecuencias.

Determinar si, en base a lo analizado, la RCA es susceptible de ajustes o mejoras desde el punto de vista de fomento de la inversión.

CONTEXTO (1)

Los desarrolladores de proyectos manifiestan sus aprehensiones:

Minera australiana acusa “actuar errático” del Estado y pide certeza jurídica para invertir.

La empresa Herencia Resources, que busca desarrollar su proyecto Paguanta en el norte de Chile, recurrirá al Comité de Ministros para sacar adelante la iniciativa (**El Pulso, 30 de abril de 2014**).

Los Pelambres: autoridades y empresarios en alerta por decisión judicial sobre El Mauro.

Una creciente preocupación hay entre autoridades y empresarios por el fallo del Juzgado de Letras y Garantía de **Los Vilos** que obligó a **Minera Los Pelambres** a demoler la pared del tranque de relaves **El Mauro**.

El caso también abrió una arista internacional. Analistas de mercado con base en Londres estiman que el fallo daña la imagen país. Uno de ellos comentó que la resolución pone "nerviosos" a inversionistas que tienen proyectos en construcción, por el éxito que ha tenido el activo desafío que se hace a los permisos en el Poder Judicial.

Nomura Global Markets Research aseguró que la competitividad país se ha visto deteriorada por un ambiente más populista, un marco normativo más rígido y por el alza de impuestos. (**Diario Financiero, 11 de marzo de 2015**).

CONTEXTO (2)

Numerosos recursos de Protección en contra de Proyectos con RCA aprobada:

- Parque Eólico Chiloé
- Parque Eólico Ancud
- Explotación minera Proyecto Olga 1/10
- Concesión de exploración de energía Geotérmica San Cristóbal
- Aeropuerto Quepe
- Optimización proyecto minero Cerro Casale
- Compañía Minera Casale, Ampliación Planta de Secado y Compactado de Cloruro de Potasio, Empresa Minera SQM S.A.
- Proyecto el Morro de Sociedad Contractual Minera El Morro
- Proyecto Maganeso Los Pumas, Minera Hemisferio Sur S.C.M.
- Etc.

¿QUE SE DESPRENDE DE LO ANTERIOR?

Se aprecia tensión entre:

- Necesidad de previsibilidad y estabilidad para las decisiones de inversión, las que son esenciales para el desarrollo del país.
- Análisis dinámico de las variables ambientales asociadas a los proyectos, incorporando nuevas regulaciones que reflejan preocupaciones asociadas a la protección del Medio Ambiente (PL Glaciares, PL Biodiversidad, Convenio Vinculante de Cambio Climático).

La RCA, en su actual diseño, ¿se hace cargo de los nuevos desafíos?

¿Otorga certeza suficiente para el desarrollo de proyectos de inversión en un entorno de regulación creciente?

Algunas consideraciones respecto a la RCA (1)

¿Que es la RCA?

Existe consenso en algunos temas:

La RCA es una autorización de funcionamiento (consenso de Jurisprudencia y Doctrina mayoritaria).

Doctrina comparada: Las autorizaciones de funcionamiento son fuente de relaciones de tracto continuo y la creación de una relación permanente que crea simples expectativas de continuidad condicionadas a la permanencia de su compatibilidad con el interés general, **excluye que pueda hablarse de verdaderos derechos adquiridos** en el ejercicio de la actividad. De todo ello concluye que las licencias de apertura, en realidad configuran verdaderos actos-condiciones, es decir, constituyen un estatuto objetivo que exige su permanente adecuación a la normativa vigente. (Cita de J. Bermúdez: Peman Gavin, Ignacio, citando a Fernández Rodríguez, “El Sistema sancionador español, Ed. Cedecs 1998).

Se trata de un acto administrativo que potencialmente puede ser modificado en el tiempo.

Algunas consideraciones respecto a la RCA (2)

Modificación de la RCA:

- Por la propia Administración:
 - 25 quinquies Ley 19.300 (excepcionalmente, por variación sustantiva o no verificación de las variables ambientales)
 - Reclamada (titular o PAC)
 - Invalidación (art. 53 Ley 19.880)
- Modificación sobreviniente de legislación ambiental aplicable al proyecto.

A través del SEIA, se determina si un proyecto o actividad cumple con la legislación ambiental aplicable, por lo que resulta lógico que si el marco regulatorio cambia, la correspondiente RCA se ajuste a la nueva realidad normativa.

Algunas consideraciones respecto a la RCA (3)

PERO, ¿QUE PASA CON LOS DERECHOS DEL TITULAR?

Jurisprudencia:

Modificación Mall Egaña (2° Tribunal Ambiental, R-4-2013, de 09.08.13):

“Cuarto:(...) es a través de la RCA, un acto administrativo de autorización, favorable, que el titular del proyecto consolida una situación jurídica determinada, naciendo derechos y obligaciones, caducando los primeros si dentro de cinco años no se inicia la ejecución del proyecto, lo que reafirma que la existencia de un proyecto es un momento previo y distinto al de su ejecución”.

Dictamen N° 34.021 CGR (11.08.03): A propósito de las posibilidades de modificar una RCA, señala que:

“La potestad invalidatoria corresponde directamente a la autoridad emisora del acto, sin desmedro de las facultades de control de la Contraloría, lo que tiene como límite las situaciones jurídicas consolidadas al amparo de la actuación de la autoridad y la buena fe de los terceros titulares de proyectos.”

Algunas consideraciones respecto a la RCA (4)

¿QUE DERECHOS CONFIERE LA RCA AL TITULAR?

Derecho a ejecutar el proyecto evaluado ambientalmente en los términos en que fue aprobado.

El derecho a recabar de las autoridades sectoriales los permisos ambientales sectoriales.

El derecho a que la RCA no sea vea alterada o modificada (excepto en los casos antes señalados).

El derecho a ser fiscalizado y sancionado al amparo de la RCA

Nuevas obligaciones regulatorias (1)

¿QUE OCURRE CON NORMATIVA SOBREVINIENTE QUE ESTABLECE REGULACIONES AL PROYECTO QUE LO HACEN ECONOMICAMENTE INVIABLE?

¿Se puede sostener que habría expropiación regulatoria?

Entendiendo por tal que el Estado hace una expropiación *de facto* a través de una regulación que reduce o elimina –sustancial o completamente– el valor de la propiedad, y que como consecuencia de dicha regulación debe indemnizar al afectado.

¿Que se estaría expropiando?

¿La RCA entrega algún tipo de propiedad sobre el desarrollo del proyecto en los términos originalmente establecidos, que justifique sostener que un cambio regulatorio posterior esta privando de ella al titular?

¿Ingresan derechos al patrimonio del titular respecto de los cuales pueda sostenerse que fue expropiado?

Nuevas obligaciones regulatorias (2)

Primera respuesta: NO, la RCA en función de su naturaleza de permiso de funcionamiento, no entrega el titular un derecho sobre la estabilidad de la futura normativa aplicable y por tanto, si esta cambia, no se ve afectado ningún derecho que haya ingresado a su patrimonio.

Segunda respuesta: SI, la RCA permite que ingresen al patrimonio del titular derechos sobre el proyecto que se encuentra desarrollando, los que se verán afectados en caso de que se altere la futura normativa aplicable.

Si es así: ¿Tiene derecho a ser indemnizado? Es decir, será compensado por el perjuicio económico que le significa que su actividad deje de ser factible en base a un cambio regulatorio, que corresponde a un legítimo objetivo de política pública ambiental.

Nuevas obligaciones regulatorias (3)

¿Que ha dicho la Jurisprudencia en los últimos años?

NO TIENE DERECHO A INDEMNIZACIÓN ¿son indemnizables las obligaciones impuestas a la propiedad por actos lícitos del Estado? **NO**.

Inmobiliaria Maullín (2010), Vacas Locas (2012), Pairoa Gálvez (2012), Universidad de Magallanes (2013) y Esquerré Hermanos Ltda (2013). La tesis central de la Corte en todos estos casos es que la acción de indemnización por acto lícito que limita o restringe la propiedad sólo procedería en aquellas ocasiones en que el legislador consagrara la acción expresamente.

El Tribunal Constitucional ha fallado en el mismo sentido, pero en base a argumentos de fondo (Constructora Santa Beatriz” (rol 2299-2012) y Molinera Norte (I y II, Roles 2643 y 2644, 27.01.2015)).

Nuevas obligaciones regulatorias (4)

Queda una vía mas para el inversionista (extranjero):

Los Tratados Protección y Promoción de Inversiones (APPI)

Chile tiene vigentes 38, sin contar capítulos de protección de inversiones en TLCs.

Regla general: los Estados pueden expropiar inversiones extranjeras por razones de orden público y sujetas a pago compensatorio.

Resuelve un panel arbitral que para su decisión da preeminencia al tratado, no a la legislación interna.

Riesgos:

- Imagen país
- Altos costos de litigación
- Imprevisibilidad de los fallos (tanto en resultado como montos de las indemnizaciones)

RECAPITULANDO

- Sensación de inversionistas de falta de certeza jurídica
- RCA potencialmente mutable (cambios regulatorios)
- RCA otorga derechos a titulares
- En caso de cambios regulatorios que afecten la viabilidad de un proyecto, el titular NO será compensado por el Estado.
- Opción de inversionistas extranjeros: Arbitraje Internacional.

CONSIDERACIONES FINALES

¿En este escenario, la RCA es un instrumento que entrega estabilidad y certeza a las inversiones?

¿Como responderá a un escenario de mayores regulaciones, especialmente en caso de proyectos de larga duración?

¿Qué impacto tendrá en las decisiones de inversión un ordenamiento interno que no compense a los titulares en caso de regulaciones sobrevinientes que hagan inviable sus proyectos?

Cristian Romero C.
Asesor Gabinete
Ministro de Economía,
Fomento y Turismo