

LATINOAMÉRICA

AGENDA ENERGÉTICA CHILENA: COMPLEJIDADES, DESAFÍOS Y LIMITACIONES AMBIENTALES-REGULATORIAS PARA SU EJECUCIÓN

Agenda energética chilena: complejidades, desafíos y limitaciones ambientales-regulatorias para su ejecución

La Agenda energética chilena se ha propuesto modificar la matriz energética de manera que la utilización de energía renovable no convencional tenga una participación importante dentro de ella. Sin embargo, nuestro ordenamiento legal no conversa del todo con este objetivo. Así, es posible identificar ciertas barreras a nivel ambiental y regulatorio frente a las cuales los titulares deben lidiar al momento de desarrollar estos proyectos. Respecto a esta problemática, Chile requiere que se lleven a cabo modificaciones normativas que permitan mitigar o superar estas barreras al desarrollo sustentable.

PALABRAS CLAVE

Proyecto de Energía Renovable No Convencional, Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, Concesiones de Uso Oneroso, Denuncia de Obra Nueva

Chilean energy agenda: environmental-regulatory complexities, challenges and constraints for implementation

The Chilean Energy Agenda has proposed to improve the energy matrix in which the use of non-conventional renewable energy must have an important participation within it. Nevertheless, our legal framework is not aligned with the aforementioned objective. In such regard, it is possible to identify environmental and regulatory barriers that the titleholders have to deal with during the development of their projects. Regarding the foregoing, Chile requires to carry out regulatory amendments in order to mitigate or overcome these barriers with the aim to achieve a sustainable development.

KEY WORDS

Non-Conventional Renewal Energy Project, Environmental Assessment System, Onerous Concession, Denuncia de Obra Nueva

Fecha de recepción: 29-5-2017

Fecha de aceptación: 15-9-2017

INTRODUCCIÓN

Luego del ingreso de Chile al selecto grupo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), se asumieron un conjunto de compromisos importantes para nivelar nuestro estado de desarrollo con el de los otros países miembros de dicha organización.

Uno de estos desafíos comprometidos fue lograr tener una matriz energética que fuera predominada por energías renovables no convencionales (ERNC).

Para materializar lo anterior, el Gobierno de Chile presentó en el año 2014 la Agenda de Energía, indicando los siete pilares fundamentales para el desarrollo que llevarían a Chile a lograr un sistema energético con estándares similares a los países miembros de la OCDE. Debido a la complejidad de este desafío y al dinamismo propio de los factores involucrados en el desarrollo de los proyectos ERNC, en el mes de diciembre de 2015 el Gobierno actualizó la propuesta de 2014, por la denominada Energía 2050 (la Agenda), en la cual se ajustaron las cifras comprometidas anteriormente.

Sin perjuicio de los avances obtenidos dentro de las políticas públicas destinadas a cumplir con este desafío energético, la ejecución de la Agenda se

encuentra restringida por ciertas barreras normativas que no se encuentran en sintonía con el actual plan energético de Chile.

En razón de lo anterior, luego de haber realizado un análisis del marco regulatorio aplicable para el desarrollo de proyectos ERNC, fue posible identificar, entre otros obstáculos, las siguientes barreras jurídicas: (i) Evaluación de Impacto Ambiental; (ii) Disponibilidad de inmuebles fiscales para la ejecución de proyectos ERNC; y (iii) Especulación Minera.

En dicho contexto, cabe señalar que algunas de estas complejidades han progresado con vistas a armonizar y cooperar en favor de alcanzar los propósitos de la Agenda. Sin embargo, en lo que respecta al área medioambiental, aún no se vislumbran cambios que fomenten la ejecución de proyectos energéticos limpios.

AGENDA ENERGÉTICA NACIONAL: ENERGÍA 2050

En la actualidad, Chile ha asumido un importante compromiso con el medio ambiente. Por ello, la Agenda publicada el año 2014, actualizada el año

2015, tiene siete ejes principales que buscan avanzar en la matriz energética con base en un desarrollo sustentable, siendo estos los siguientes: (i) *Entregarle un nuevo rol al Estado para el desarrollo energético*. Básicamente, se propone fortalecer la institucionalidad del Ministerio de Energía; modernizar la Superintendencia de Electricidad y Combustibles; y elaborar una Política Energética de Estado, entre otros. (ii) *Reducción de precios de la energía*, mediante la regulación de las licitaciones de suministro para clientes regulados y otras medidas. (iii) *Desarrollo de recursos energéticos propios*. Así, se apoyará el desarrollo hidroeléctrico con criterios de sustentabilidad; *estimular la integración de las energías renovables no convencionales*; promover el desarrollo de un mercado ERNC de autoconsumo socialmente eficiente y transversal (*Net-billing*); promover el desarrollo de la geotermia; mejorar el uso de la leña, entre otros. (iv) *Conectividad para el desarrollo energético*. En este aspecto, se contempla un nuevo marco regulatorio para el transporte de energía; la interconexión de los dos sistemas eléctricos más importantes del país; la adecuación normativa de la operación de los Sistemas Interconectados para la incorporación eficiente y segura de las ERNC; generar una reforma al ente que regula los despachos de energía; lograr una interconexión regional. (v) *Un sector energético eficiente y que gestiona el consumo*. Se llevará a cabo una nueva Ley de Eficiencia Energética; se masificará el desarrollo de proyectos de eficiencia energética; se apoyará la gestión energética de las municipalidades; y se realizarán campañas masivas y programas educativos en eficiencia energética; (vi) *Impulso a la inversión energética para el desarrollo de Chile*. Se desarrollarán las capacidades para el seguimiento y gestión de proyectos energéticos; generar licitaciones en conjunto con el Ministerio de Bienes Nacionales de terrenos fiscales para el desarrollo de proyectos de generación; apoyar el desarrollo de proyectos de generación de base termoeléctricos que den energía segura al país y que cumplan con los estándares medioambientales; lograr la incorporación de las comunidades en el desarrollo de proyectos energéticos. (vii) *Participación de comunidades y ordenamiento territorial*. Se contempla el desarrollo de una agenda para la hidroelectricidad; avanzar en un ordenamiento territorial para fomentar el desarrollo energético y el diseño de estándares e institucionalidad para el desarrollo participativo de proyectos.

De lo anterior, se puede concluir que los lineamientos principales de la Agenda son *reducir los costos de*

la energía a los usuarios y limpiar la matriz energética, utilizando energías más amigables con el medio ambiente, fomentando e incentivando así el desarrollo de Proyectos de ERNC.

En cuanto al primer objetivo, se espera en el mediano plazo reducir en 30 % los costos marginales del sistema y bajar en 25 % los precios en las licitaciones de suministro a los hogares.

En cuanto al segundo, se busca que las ERNC tengan una mayor participación en la energización del país, esperando que estas representen a medio y largo plazo más del 50 % de la matriz energética. De esta manera, como todo cambio importante, se hará de manera parcelada buscando así poder asegurar su cumplimiento. Para el año 2035, se pretende contar con un 60 % de su matriz energética basada en proyectos ERNC aumentando a un 70 % de esta al 2050.

Lo anterior pareciera ser más una utopía que un desafío, ya que en el año 2016 estos proyectos alcanzaron solo un poco más del 14 % de la matriz, la cual sigue siendo dominada fuertemente por las centrales térmicas a base de combustibles fósiles (53 %).

Con todo, no solo debemos preocuparnos de alcanzar las cifras antes indicadas, sino que debemos ocuparnos de lograr este desafío implementando cambios profundos tanto en nuestro ordenamiento legal como en nuestra cultura, pero siempre dentro de un contexto que permita alcanzar precios competitivos de la energía, acceso equitativo y coordinación territorial, para así lograr un real desarrollo energético inclusivo y sustentable.

Conforme a la última licitación eléctrica realizada, se proyecta que para el año 2021 las ERNC representarán el 22 % de la matriz.

En vista de lo anterior, a continuación se exponen ciertas dificultades existentes en la actualidad que, desde un punto de vista normativo, no colaboran con el alcance de los objetivos recién mencionados.

BARRERAS DE ENTRADA PARA EL DESARROLLO DE PROYECTOS ERNC

Tal como se indicó anteriormente, consideramos que nuestro ordenamiento legal padece de tres limitaciones para la ejecución del programa energético contenido en la Agenda. En este sentido, procederemos a explicar en detalle estos obstáculos y su incidencia en estos proyectos energéticos en particular.

Evaluación de Impacto Ambiental

El Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) es un instrumento jurídico de protección ambiental, que tiene el carácter preventivo de control de la actividad económica, tanto del sector público como privado, a través de la ejecución de ciertos proyectos o actividades. Así, el SEIA según la legislación chilena constituye un procedimiento administrativo-regulado a cargo del organismo del Estado denominado Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), que, con base en un Estudio o Declaración de Impacto Ambiental, determina si el impacto de una determinada actividad o proyecto se ajusta a la normativa vigente.

Dicho procedimiento administrativo se encuentra totalmente regulado, tanto por la Ley N.º 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente (LGBMA), como en el Decreto Supremo N.º 40 que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (RSEIA).

De esta manera, la legislación chilena determina precisamente aquellos proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases (construcción, operación y cierre), que deberán someterse al SEIA, y así cumplir con el procedimiento regulado para su aprobación. En particular, el artículo 10 de la LGBMA establece taxativamente las causales de sometimiento al SEIA, dentro de las cuales encontramos las siguientes: (i) *Artículo 10.- b) Líneas de transmisión eléctrica mayores a 23 kV (Líneas) y sus subestaciones;* (ii) *Artículo 10.- c) Centrales generadoras de energía mayores a 3 MW.*

De acuerdo con lo anterior, para efectos de la implementación de la Agenda, actualmente es necesaria una evaluación ambiental previa en la mayoría de los proyectos ERNC, que deben obtener al término de este procedimiento una calificación ambiental favorable para su ejecución.

El SEIA reúne altos y exigentes estándares de evaluación, lo que permite contar con un control previo de la protección ambiental y garantizar un desarrollo sustentable. Sin embargo, en la actualidad esto se ha traducido en una carga muy exigente para los titulares de estos proyectos, toda vez que la evaluación ambiental implica considerables esfuerzos tanto económicos como logísticos, con un prolongado y tedioso proceso de evaluación que retrasa la ejecución de los proyectos, lo que genera un fuerte desincentivo para el desarrollo de proyectos ERNC.

En dicho contexto, ante la normativa vigente, nos encontramos con que actualmente el SEIA juega un rol fundamental para la ejecución de proyectos energéticos que constituyen la agenda energética nacional. En lo sucesivo nos referiremos a las dos causales de ingreso para este tipo de proyectos, indicadas precedentemente.

En relación a la Líneas, nos enfrentamos a la problemática que el diseño de estos proyectos abarca considerables extensiones de terreno, involucrando varios componentes ambientales (flora, fauna, comunidades, entre otros), lo que podría dificultar sobremanera la evaluación ambiental. Lo anterior se traduce en un costo importante en la tramitación de estos proyectos, el cual podría constituir para los titulares una razón determinante para desistir del desarrollo de este tipo de proyectos.

En cuanto a la segunda causal, que se relaciona con la capacidad instalada requerida por el SEIA para evaluar proyectos de generación de energía (3 MW), es posible identificar una problemática de relevancia mayor para la consecución de la Agenda. Esto, producto que la gran mayoría de proyectos ERNC superan largamente la capacidad instalada contemplada en la causal de ingreso al SEIA.

En este sentido, es importante indicar que, si bien la causal de las Líneas tiene cierta relevancia, no cobra la misma importancia que la problemática ya identificada para proyectos de generación de energía (3 MW), ya que es común en proyectos ERNC que estos tengan sistemas de evacuación de energía con un voltaje menor o igual a 23 kV (lo que los exime del ingreso al SEIA). Por otra parte, la gran mayoría de los proyectos ERNC superan los 3 MW debido, entre otros factores, a las economías de escala. En efecto, se puede apreciar que la causal de ingreso al SEIA más recurrente es la que se encuentra contenida en la letra c) del artículo 10 de la LGBMA, como indicamos anteriormente.

De lo señalado, es posible constatar que la capacidad instalada exigida por la LGBMA a los titulares de proyectos energéticos, sin distinción de la fuente energética utilizada, es un umbral excesivamente bajo (3 MW). Lo anterior se traduce en que la gran mayoría de los proyectos de generación de energía deben someterse a una evaluación ambiental larga y exigente, previa a su ejecución.

De esta manera, es evidente que esta exigencia que obliga a la gran mayoría de los titulares de proyectos ERNC a enfrentar una evaluación ambiental no

conversa con los objetivos establecidos por la Agenda.

Por lo mismo, sería de toda lógica contar con una regulación más ajustada a la realidad de los proyectos ERNC, los cuales, por lo demás, se caracterizan por ser más inocuos para el medioambiente, a diferencia de otros proyectos energéticos con distintas fuentes de energía (carbón y diésel, entre otros).

Frente a este escenario, se considera que sería beneficioso para los objetivos de la Agenda incrementar el umbral de capacidad instalada para los proyectos ERNC.

No cabe duda de que determinar la capacidad instalada correcta requerida para este tipo de proyectos no es un desafío menor. Sin embargo, en nuestro ordenamiento jurídico, contamos con un cuerpo legal que establece un parámetro que podría ser considerado como un punto de referencia apropiado para incentivar el desarrollo de proyectos ERNC y, por ende, los propósitos de la Agenda.

En este sentido, el Decreto Supremo N.º 244/2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, que aprueba el Reglamento para Medios de Generación No Convencionales y Pequeños Medios de Generación establecidos en la Ley General de Servicios Eléctricos (el Reglamento), define a los Pequeños Medios de Generación Distribuidos (PMGD): «*medios de generación cuyos excedentes de potencia sean menores o iguales a 9.000 kilowatts*». Mismo criterio se establece para los Pequeños Medios de Generación (PMG). Así, de manera somera, podemos señalar que tanto los PMGD como los PMG son alternativas atractivas para los desarrolladores eléctricos debido a, entre otras cosas, la ventaja de poder estabilizar el precio de venta de la electricidad generada, evitando así la volatilidad del precio fijado en el mercado *spot*.

Actualmente en Chile existe una fuerte tendencia de ejecutar PMGD utilizando ERNC, particularmente proyectos fotovoltaicos y minicentrales hidroeléctricas. Tomando en consideración esta realidad, podría estimarse que el límite exigido en el Reglamento para los PMGD/PMG sea homologado para determinar el ingreso de los proyectos ERNC al SEIA.

Sin duda, con esta propuesta los objetivos de la Agenda serían alcanzados con mayor facilidad, puesto que se superaría la barrera que constituye una evaluación ambiental larga y exigente de estos proyectos.

Disponibilidad de inmuebles fiscales

Nuestra legislación contempla una norma central que regula en extenso todo aquello relacionado con la administración, adquisición y disposición de los bienes del Estado, contenido en el Decreto Ley N.º 1939, publicado en 1977 (el Decreto).

Debido a la geografía de Chile, la mayor parte de los terrenos óptimos para desarrollar proyectos fotovoltaicos y eólicos se encuentran bajo el dominio del Fisco, por lo que es necesario regularizar el uso de esos terrenos para desarrollar estos proyectos. A modo referencial, el 77 % de los proyectos fotovoltaicos ejecutados en Chile se emplazan sobre terrenos fiscales.

El Decreto prevé distintas alternativas para que un usuario pueda usar y gozar de estos terrenos. Esas alternativas de adquisición o disposición de bienes fiscales son las siguientes: (i) Arrendamientos; (ii) Compraventas directas; (iii) Permisos de ocupación provisorio; (iv) Concesiones de Uso Oneroso (CUO); y (vi) Servidumbres.

Debido a factores de costos y plazo de estos acuerdos, la opción que predomina en los desarrolladores de ERNC es la CUO.

Además del Decreto, existe una Orden Ministerial N.º 6 (OM N.º 6), emitida por el Ministerio de Bienes Nacionales (MBN) en agosto de 2013, que regula en detalle la tramitación para poder obtener una CUO. También, en este mismo cuerpo legal, se le entrega un tratamiento preferencial a los proyectos de ERNC, facilitando su desarrollo y teniendo preferencia sobre otros tipos de proyectos.

Sin perjuicio de lo anterior, la tramitación de estas concesiones que permiten obtener la autorización para usar y gozar de un inmueble fiscal está compuesta por un sinnúmero de hitos y actuaciones que se traduce en un proceso engorroso y excesivamente prolongado (dos años aproximadamente).

Así, es evidente que el proceso recién descrito ha constituido una limitación relevante para el desarrollo de muchísimos proyectos ERNC.

En vista de lo anterior, con la finalidad de destrabar el proceso para obtener una CUO y seguir fomentando el desarrollo de proyectos ERNC, en el mes de marzo del año en curso, el MBN emitió una nueva Orden Ministerial, en la que, en síntesis, fueron incorporadas las siguientes modificaciones al actual procedimiento: (i) Aumentar el plazo del periodo de construcción y estudios de 24-36 meses a 10

años; (ii) Reducir el monto de la boleta de garantía para caucionar el cumplimiento fiel del contrato; (iii) Transparentar el monto de la renta anual que se debe pagar al Fisco durante la vigencia de la CUO; (iv) Aumentar el plazo de la CUO de 30 a 35 años; y (v) Establecer un tiempo acotado de 30 días en los que el MBN (mediante sus respectivas oficinas regionales) debe responder a las solicitudes de las CUO.

Estos cambios, sin duda beneficiarán a los titulares de proyectos de ERNC, mitigando de una manera concreta y eficaz una de las principales barreras de entrada para desarrollar este tipo de proyectos, que es la disponibilidad de los terrenos cuyo dominio pertenece al Fisco.

Especulación minera

Finalmente, cabe referirse a los derechos mineros constituidos sobre un predio en el cual se podría desarrollar un proyecto ERNC. Al respecto, sobre un predio es posible constituir derechos de exploración o explotación minera, que a su vez facultan al titular de estos para hacer prevalecer sus derechos mediante interdictos posesorios.

En dicho contexto, ha sido una práctica reiterada de cara al desarrollo de proyectos ERNC el hecho de que estos pseudomineros o especuladores mineros ejerzan sus derechos a través de las mencionadas acciones legales, siendo la más común de estas la Denuncia de Obra Nueva (DON).

La DON se encuentra establecida en el artículo 930 del Código Civil chileno, que prescribe lo siguiente: «*El poseedor tiene derecho para pedir que se prohíba toda obra nueva que se trate de construir sobre el suelo de que está en posesión*».

De esta manera, la DON trata de una acción interpuesta por el especulador minero, con el fin de paralizar las obras que se están llevando a cabo dentro del predio objeto de la concesión minera. Lamentablemente, el ejercicio de la DON se ha tornado en una práctica cuyo interés real es obtener

réditos económicos al abusar de una posición privilegiada.

Como es evidente, esta realidad ha traído innumerables contratiempos en la ejecución, desarrollo y operación de proyectos ERNC. Particularmente para lograr el financiamiento de estos, ya que la banca adopta una actitud reacia a financiar proyectos en los que pudieran verse afectados por la interposición de una DON.

Atendido a esta situación, nuestro legislador, percatándose del inadecuado ejercicio de esta acción posesoria, decidió realizar cambios tendientes a mitigar esta práctica abusiva.

Es así como recientemente se modificó la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE), incluyendo en el artículo 34 bis un resguardo especial para los proyectos ERNC y sus instalaciones de evacuación de energía.

Como se ha indicado anteriormente, un especulador minero está facultado para presentar una DON contra la construcción de un parque o central ERNC, o sus subestaciones y líneas de transmisión, pudiendo requerirle al juez respectivo la suspensión o paralización de la construcción de este proyecto.

No obstante lo anterior, la nueva regulación contenida en el inciso tercero del artículo 34 bis de la LGSE, en aras de evitar que se produzcan situaciones que puedan entorpecer el desarrollo de los proyectos ERNC, estableció que los titulares de este tipo de proyectos energéticos podrán consignar en la cuenta corriente del tribunal caución suficiente para responder de la demolición de la obra o de la indemnización que pudiera afectar al demandante de dicho juicio. Es decir, se le faculta al titular del proyecto ERNC enervar la acción de la DON a través de la consignación de montos suficientes que caucionen las resultas del juicio, impidiendo de esta manera la paralización de la construcción del proyecto ERNC.

ALEJANDRO ESPEJO Y GONZALO UGARTE*

* Abogados del Área de Derecho de Energía, Minería y Recursos Naturales de Philippi, Prietocarrizosa, Ferrero DU & Uría, oficina de Santiago de Chile.