

Asimismo, estas normas resguardan la idea central del ejercicio de la facultad reglamentaria, consistente en que la discrecionalidad no es equivalente a la arbitrariedad.

Desde otra perspectiva, y al igual que sucede con la Constitución, la LGBAE, también reconoce como límite al ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución la autonomía de los grupos intermedios, siempre que estos cumplan con la ley. El inciso segundo del artículo 3° de la LGBAE señala que la Administración del Estado,

garantizará la debida autonomía de los grupos intermedios de la sociedad para cumplir sus propios fines específicos, respetando el derecho de las personas para realizar cualquier actividad económica en conformidad con la Constitución Política y las leyes. (lo destacado es nuestro)

De esta manera esta norma actúa como límite para la potestad reglamentaria en la medida que no es posible establecer limitaciones arbitrarias para la actividad económica que ejerzan los privados en el marco de su debida autonomía.

La potestad reglamentaria de ejecución también tiene como límite el control interno que debe hacer la Administración en base a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de sus fines. El artículo 11 LGBAE³⁰ señala que la administración debe ejercer un control dentro de sus actuaciones para velar que estas cumplan con eficacia y eficiencia los objetivos que la Administración ha fijado. El cumplimiento de estos deberes cobra importancia en la medida que los Decreto Supremos que dicte el Poder Ejecutivo no pueden obviar las condiciones materiales sobre las cuales se dictan y cuáles son los mejores medios que impliquen el menor costo posible tanto para la Administración como para los administrados a fin de poder obtener el mejor resultado posible bajo el objetivo que se dictó el Reglamento. Esto ha sido explicado por el Tribunal Constitucional de la siguiente manera:

“14º: Un decreto contraría la ley no sólo cuando está en pugna con su texto expreso sino, también, cuando su contenido desborda el marco de posibilidades regulatorias que brinda la Constitución. En efecto, la ley hace una remisión al decreto de ejecución para que complemente, bajo ciertas directrices, su contenido básico; pero al propio tiempo lleva ínsita la obligación de que la regulación por la vía del decreto no vulnere los preceptos de la Constitución ya que no resulta “razonable” aceptar que el legislador ha encomendado a los órganos gubernamentales dictar normas que pugnen con la Carta Fundamental. Lo anterior corresponde a lo que en doctrina se denomina “razonabilidad técnica” y que, en el caso que nos

³⁰ Artículo 11.- Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones.

ocupa, se traduce en una apropiada adecuación entre los fines postulados por la ley y los medios que planifica el decreto para lograrlos. En otras palabras, debe existir una correspondencia entre las obligaciones que la norma impone y los propósitos que la ley quiere alcanzar.³¹

Es decir, que **el Reglamento siempre debe cumplir con un estándar de “razonabilidad técnica” teniendo un balance armónico entre los fines que ha fijado la ley y los medios para poder cumplirla que establece el reglamento.** Debe haber una relación entre las obligaciones que la ley establece y los objetivos que esta quiere lograr, con el propio contenido del reglamento.

Desde otro punto de vista, si se analiza con detención la regulación medioambiental, también se encontrarán límites al ejercicio de la potestad reglamentaria, los que son consistente con la regulación general de la LGBAE. Así, la ley N° 19.300 establece en su artículo 40°³² que al momento de dictarse las normas de emisión por parte del Ministerio de Medioambiente deberá seguirse un procedimiento reglado, establecido en el artículo 32° inciso tercero³³, y se tiene que tener especial consideración las condiciones y características ambientales de la zona donde cumplirán su efecto las normas de emisión, pudiendo usarse los mejores medios tecnológicos disponibles. Por su parte, el artículo 32° inciso tercero señala que toda norma que se dicte sobre calidad ambiental tiene que incluir un análisis técnico y económico, desarrollo de estudios científicos, consultas a organismos competentes, públicos y privados, análisis de las observaciones formuladas y una adecuada publicidad. Esto da cuenta que la Ley N° 19.300 incluyó en su estructura los principios de eficiencia y eficacia, es así como el mensaje presidencial de la ley señaló que uno de los principios fundantes del proyecto era el principio de eficiencia, describiéndolo de la siguiente manera:

³¹ Sentencia Tribunal Constitucional Rol 254, considerando 14°.

³² Ley 19.300, Artículo 40.- Las normas de emisión se establecerán mediante decreto supremo, que llevará las firmas del Ministro del Medio Ambiente y del ministro competente según la materia de que se trate, el que señalará su ámbito territorial de aplicación. Corresponderá al Ministerio del Medio Ambiente proponer, facilitar y coordinar la dictación de normas de emisión, para lo cual deberá sujetarse a las etapas señaladas en el artículo 32, inciso tercero, y en el respectivo reglamento, en lo que fueren procedentes, considerando las condiciones y características ambientales propias de la zona en que se aplicarán, pudiendo utilizar las mejores técnicas disponibles, como criterio para determinar los valores o parámetros exigibles en la norma, cuando corresponda. Toda persona o agrupación de personas tendrá derecho a solicitar fundadamente la dictación de normas de emisión respecto de fuentes que a la fecha de la solicitud no se encuentren reguladas mediante instrumentos de gestión ambiental vigentes. El Ministerio del Medio Ambiente deberá dar respuesta fundada dentro del plazo de treinta días contado desde la presentación de la solicitud.

³³ Artículo 32 inciso tercero: Un reglamento establecerá el procedimiento a seguir para la dictación de normas de calidad ambiental, que considerará a lo menos las siguientes etapas: análisis técnico y económico, desarrollo de estudios científicos, consultas a organismos competentes, públicos y privados, análisis de las observaciones formuladas y una adecuada publicidad. Establecerá además los plazos y formalidades que se requieran para dar cumplimiento a lo dispuesto en este artículo y los criterios para revisar las normas vigentes.

“El sexto principio sobre el cual se articula el proyecto, es el de la eficiencia. Manifestaciones de este principio se encuentra, en primer lugar, en que las medidas que adopte la autoridad para enfrentar los problemas ambientales, sean al menor costo social posible, y que se privilegie, además, instrumentos que permitan la mejor asignación de los recursos que, tanto el sector público como el privado, destinen a la solución del problema. Para ello se requiere de instrumentos que permitan la adecuada flexibilidad en la asignación de los recursos. Se pretende que los planes de descontaminación contengan una relación de los costos que tienen involucrados. La enumeración de algunos instrumentos que puedan utilizar los planes de descontaminación, pretende dar una señal en cuanto que la autoridad debe buscar la máxima eficiencia en el desarrollo de dichos planes.” (énfasis añadido).

También la doctrina ha señalado la importancia del principio de eficiencia en la Ley N° 19.300. En este sentido, Rodrigo Guzmán indica que *“De ahí que tanto las normas de calidad y de emisión, como los planes de prevención y de descontaminación contemplen, en su elaboración, la necesidad de ponderar los costos y beneficios emanados de sus propias regulaciones”*³⁴ (destacado es nuestro).

Como se puede observar el principio de eficiencia tiene un lugar central en la Ley N° 19.300 de manera que informa la legislación por completo, dando cuenta que toda actuación de la Administración en base a normas de emisión debe considerar los costos, beneficios y asignación de recursos para alcanzar el objetivo planteado. De esta forma, se resguarda que el ejercicio de la potestad reglamentaria no sea un acto de mera arbitrariedad sino que más bien de discrecionalidad bajo la lógica de la que satisfacción del bien común implica la ponderación de los costos y beneficios de las decisiones del Estado.

Por su parte la jurisprudencia ha señalado respecto al principio de eficacia lo siguiente:

“la autoridad ambiental ha adquirido compromisos de presencia y monitoreo de los proyectos ambientales, por lo cual la jurisdicción asume que sus prerrogativas serán realmente ejercidas, por cuanto de ellas depende la eficiencia, eficacia y efectividad de las medidas dispuestas, única forma de entender resguardados los derechos y garantías de los recurrentes, quienes en todo caso conservan su derecho de accionar ante la autoridad jurisdiccional especializada para reclamar el incumplimiento de aquéllas por el titular del proyecto, como de los encargados de su fiscalización. Esta muestra de confianza y madurez de la institucionalidad ambiental merece ser explorada, siempre con el propósito de equilibrar los derechos de los ciudadanos a vivir en un medio ambiente libre de contaminación y de aquellos que igualmente desean desarrollar actividades económicas, de esta forma se entiende por esta Corte que se protegen

³⁴ Guzmán Rosen, Rodrigo; Derecho Ambiental Chileno: Principios, instituciones, instrumentos de gestión, Página 95.



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

*todos los derechos y de todas las personas, como igualmente se considera el bien común de nuestro país*³⁵(énfasis añadido).

De esta manera, se configura una obligatoriedad impuesta a la Administración en el uso de sus facultades, como lo es la dictación de reglamentos, de considerar el principio de eficacia al actuar en materia ambiental y asegurar que la dictación de normas no se transforma en un acto de arbitrariedad.

Esto implica que hay una fuerte limitación a la potestad reglamentaria en cuanto a normas de emisión ya que se exigen una serie de condiciones bajo las cuales debe dictarse el reglamento, el cual deberá considerar estudios que incluyan aspectos técnicos así como económicos y las condiciones de la zona de aplicación para poder dictarse. Luego en la medida en que se dicte una norma respecto a la emisión de fuentes, que no considere estos elementos nos estaríamos encontrando con un reglamento que vulnera la legalidad vigente y que corre el riesgo de transformarse en una arbitrariedad.

c. Límites a la potestad reglamentaria en materia ambiental

Por último, dentro del análisis de los límites normativos a la potestad reglamentaria, también encontramos directrices a nivel reglamentario que orientan la forma en que se debe ejercer esta facultad.

El DS N° 38/2012 para la dictación de normas de calidad ambiental y de emisión en su artículo 15° señala que al momento de dictarse normas de calidad ambiental el Ministerio tiene que realizar un análisis de las consecuencias económicas y sociales que implican el cumplimiento de la norma que se busca aprobar para la población en general, así como para los que ejerzan las actividades reguladas y para la Administración como ente fiscalizador³⁶.

³⁵ Recurso de apelación a la protección, Corte Suprema, rol 6563/2013, de 17 de enero de 2014, acumulada a las causas roles 6564/2013, 6565/2013 y 6566/2013.

³⁶ Artículo 15.- El Ministerio deberá llevar a cabo un análisis técnico que identifique y cuantifique, cuando corresponda, los riesgos para la población, ecosistemas o especies directamente afectadas o protegidas y un análisis general del impacto económico y social, considerando la situación actual y la situación con anteproyecto de norma. Ambos análisis deberán ser realizados dentro del plazo de elaboración del anteproyecto. En especial, el análisis general del impacto económico y social referido deberá evaluar los costos que implique el cumplimiento del anteproyecto de norma de calidad ambiental o de emisión para la población, para los titulares de las fuentes o actividades reguladas y para el Estado como responsable de la fiscalización del mismo. Adicionalmente, este estudio deberá identificar y, cuando corresponda, cuantificar los beneficios que implique el cumplimiento de dichas normas para la población, ecosistemas o especies directamente afectadas o protegidas, para los titulares de las fuentes o actividades reguladas y para el Estado.

En el caso particular de la revisión del DS N° 90/2000, el mandato del art. 15 del DS N° 38/2012, exige identificar los beneficios del cumplimiento de la futura norma para: (1) la población, ecosistemas o especies directamente afectadas o protegidas, (2) los titulares de las fuentes o actividades reguladas y (3) el Estado. Es decir, que al momento de dictarse normas respecto a la calidad ambiental y emisión se tiene que hacer un análisis completo para determinar si la norma cumple con los principios de eficacia y eficiencia, de manera que si el cumplimiento de una norma o reglamento es en exceso gravosa para alguno de los actores, o si los costos exceden los beneficios se buscan, se debe replantear su formulación y ver formas alternativas de redacción y cumplimiento, para que así pueda cumplir con los principios de eficiencia y eficacia, cuya exigencia consta en la LGBAE y su contenido también está presente en el artículo 32 de la Ley N° 19.300.

En definitiva, la potestad reglamentaria de ejecución es una facultad que tiene el Presidente de la República bajo la cual goza de una amplia discrecionalidad, pero dicha discrecionalidad no es absoluta y tiene ciertos límites. Estos límites o bordes tienen por objeto que la dictación de reglamentos no se transforme desde una facultad discrecional a una meramente arbitraria y que, en consecuencia, entre en conflicto con nuestro ordenamiento jurídico. En ningún caso estamos frente a una potestad arbitraria.

Los bordes que establece nuestro sistema legal evitan que se transgredan las normas que justamente buscan asegurar el buen funcionamiento del Estado.

En ese sentido, cobran especial relevancia los bordes que hemos revisado en este acápite: el límite de competencias establecidos en los artículo 1° inciso tercero de la Constitución, que regula los grupos intermedios, y el artículo 7 de la Constitución, que regula el funcionamiento del Estado sujeto al marco constitucional y legal. También son importantes la norma de finalidad del bien común en las actuaciones de la Administración establecida en el artículo 3° de la LGBAE, los principios de eficacia y eficiencia a los cuales debe sujetarse la Administración establecidos en el mismo artículo 3°, la autonomía de los grupos intermedios establecida en el inciso segundo del artículo 3° de la LGBAE y, por último, la razonabilidad técnica que deben cumplir los reglamentos según el artículo 11 de la LGBAE. En esta misma línea, los artículos 32 y 40 de la Ley 19.300, exigen que toda norma que se dicte sobre fuentes de emisión debe tener un análisis técnico y económico, lo que implica una fuerte aplicación del principio de eficiencia y eficacia. Esto se ve reflejado en lo señalado en el artículo 15 del DS N° 38/2012 que exige identificar los beneficios del cumplimiento de una norma de emisión de fuentes para la población, ecosistemas o especies directamente afectadas o protegidas, los titulares de las fuentes o actividades reguladas y el Estado.

Estos límites se convierten en verdaderas garantías y contrapesos para que la Administración ejerza la potestad reglamentaria dentro de los márgenes de la ley y los derechos tanto individuales como colectivos de los administrados se vean resguardados. En caso contrario,

estaríamos ante una facultad que dejaría de ser discrecional y se convertiría en un ejercicio arbitrario que no respetaría el marco constitucional, legal y reglamentario.

B. Principios que regulan y limitan la intervención del Estado en un mercado regulado

La potestad reglamentaria, en su específica manifestación en el presente caso, es de carácter discrecional, puesto que el legislador le entrega a la Administración, en este caso el Ministerio del Medio Ambiente, un poder de decisión autónomo. No obstante, las potestades discrecionales no pueden ejercerse de modo arbitrario. Así como la LBGAE regula ciertos principios que deben ser resguardados en el ejercicio de la potestad reglamentaria, la jurisprudencia ha ido desarrollando otros principios que también guían el actuar de la Administración en esta materia. A continuación, revisaremos el principio de proporcionalidad y el principio de certeza jurídica, ambos desarrollados a nivel jurisprudencial y de gran relevancia para el ejercicio de la potestad reglamentaria.

a. El principio de proporcionalidad

La Corte Suprema ha desarrollado paulatinamente principios jurídicos que sirven de parámetro de control de las potestades discrecionales. Así, ha expresado que,

[E]n el control de la discrecionalidad se debe atender al principio de proporcionalidad, que es un elemento que determina la prohibición de exceso, que implica una relación lógica de los elementos de contexto que generan el acto (situación, decisión y finalidad), una relación de adecuación de medio y fin, lo que implica ciertamente una limitación a la extensión de la decisión en la medida que ésta sólo se puede extender mientras se dé un vínculo directo entre el hecho y la finalidad perseguida con el procedimiento³⁷.

En el presente caso resulta especialmente útil el uso del principio de proporcionalidad que precisamente busca cautelar la “prohibición de exceso” en el ejercicio de las potestades³⁸. Así, el principio de proporcionalidad es una fórmula para revisar el ejercicio de la ponderación efectuada por la Administración entre el interés público perseguido (la protección del medio ambiente) con la carga que se impone.

La ponderación entre interés público e interés privado que exige aplicar el principio de proporcionalidad no es una cuestión abstracta o que permita que los organismos de control de la

³⁷ Corte Suprema, 26.12.2022, rol 13856-2022.

³⁸ Cordero, Luis. ob. cit., p. 93.

legalidad se entrometa en funciones que la ley entrega a la Administración, sino que obedece a un “triple test”³⁹, que se puede expresar de la siguiente manera:

- Test de idoneidad: exige que el medio utilizado (carga que impone el acto) sea idóneo para alcanzar el objetivo o finalidad prevista en la ley.
- Test de necesidad: exige que el medio escogido sea el menos gravoso (entre los demás igualmente idóneos) para alcanzar en la misma medida el interés público, habilitando a los jueces para evaluar las ventajas o desventajas de las opciones consideradas por la Administración. La Corte Suprema ha precisado que “de acuerdo al principio de proporcionalidad cualquier limitación de un derecho sólo es aceptable cuando dicho mecanismo de limitación resulta estrictamente necesario para lograr un objetivo constitucionalmente válido, lo que no ocurre en la especie, debiendo adoptarse las medidas que impliquen limitar los derechos fundamentales sólo cuando impliquen gravar en menor medida dichos derechos.”⁴⁰
- Test de equilibrio o proporcionalidad estricta: exige que la intensidad en que se afecta el interés privado se compense con el grado en que se consigue el interés público mediante la carga o gravamen impuesto; de modo que un sacrificio exagerado del interés privado exige una realización igualmente superlativa del interés público.

De hecho, en el presente caso, el legislador ha hecho propios elementos importantes del juicio de proporcionalidad. Particularmente cuando las normas obligan a hacer una ponderación cuantitativa de los impactos de las decisiones que se imponen, así como de su eficacia y eficiencia⁴¹, se está abriendo la posibilidad de que los organismos de control de la legalidad revisen precisamente si la ponderación efectuada por la Administración respeta el principio de proporcionalidad.

Para el control de la proporcionalidad de los actos discrecionales los organismos de control de la legalidad deben buscar una adecuada y suficiente fundamentación del acto. En efecto, tal

³⁹ Cordero, Luis. ob. cit., p. 94; Valdivia, José Miguel. ob. cit. 235.

⁴⁰ Corte Suprema, 52786-2021, 6 de diciembre de 2021.

⁴¹ v. DS N° 38/2012/Medio Ambiente (Artículo 39.- La revisión de las normas deberá sujetarse a criterios de eficacia de la norma en cuestión y de eficiencia en su aplicación. Los criterios anteriores se ponderarán según:

- a) Los antecedentes considerados para la determinación de la norma de conformidad con lo dispuesto en el artículo 26, 28 inciso 1º, 32 inciso 1º y 37 letra a) de este Reglamento;
- b) El nivel de cumplimiento informado por la Superintendencia del Medio Ambiente y vigencia actual de los objetivos tenidos en cuenta al momento de su dictación;
- c) Los cambios en las condiciones ambientales consideradas al momento de dictarse la norma, y
- d) Los resultados de las investigaciones científicas que aporten antecedentes nuevos sobre efectos adversos a las personas o a los recursos naturales o sobre nuevas metodologías de medición.)

como lo señala el profesor de derecho administrativo y actual Ministro de Justicia, Luis Cordero, este tipo de actos “debe basarse en motivos que deben explicitarse (más allá de una mera cita de normas y hechos) mediante una relación circunstanciada de los fundamentos de la decisión, de manera que se acredite la racionalidad intrínseca, es decir, coherencia con los hechos determinantes y con el fin público que ha de perseguirse”⁴². Así, el acto debe tacharse de ilegal cuando “carece de motivación o ésta es deficiente, de manera que no es posible valorar el uso que se ha hecho de la discrecionalidad conforme al Derecho”⁴³.

En otras palabras, la discrecionalidad no se basta a sí misma para justificar la legitimidad de un acto administrativo. Lo contrario sería aceptar como justificación que las decisiones públicas (discrecionales) se adoptan “porque sí”. El profesor de derecho administrativo y actual Contralor General de la República, Jorge Bermúdez, lo expresa de manera sumamente elocuente: “La Administración debe contar con razones de fondo que demuestren que la decisión no se funda en la sola voluntariedad de quien la adopta.” (énfasis añadido).

La Corte Suprema ha sido enfática en exigir una adecuada fundamentación como principal vía de control de los actos administrativos discrecionales:

Cuarto: Que, como se ha dicho reiteradamente por esta Corte, la motivación del acto administrativo es un elemento esencial del mismo, sin que basten para este efecto la enunciación de argumentos meramente formales. Para cumplir con el deber de fundamentación, se debe indicar la exposición clara y concreta de los motivos del acto, los que deben resultar suficientes de manera que permitan evaluar su razonabilidad y proporcionalidad, esta última entendida como adecuación del medio y fin perseguido; además de cumplir con los principios de publicidad y transparencia.

En ese sentido, el artículo 11 de la Ley N°19.880, contempla la exigencia de fundamentación, al señalar que, los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos.

Igualmente, el artículo 16 del mismo cuerpo legal, consagra el principio de transparencia y de publicidad e indica que El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenidos y fundamentos de las decisiones que se adopten en él, por lo que, salvo las excepciones establecidas en la ley, son públicos los actos y resoluciones de los órganos de la Administración del Estado, así como sus fundamentos y

⁴² Cordero, Luis. ob. cit., pp. 88-89.

⁴³ Bermúdez, Jorge. ob. cit., 152.

*documentos en que éstos se contengan, y los procedimientos que utilicen en su elaboración o dictación.*⁴⁴ (énfasis añadido)

En este punto es importante destacar la relación que existe entre el test de proporcionalidad y los principios de eficacia y eficiencia administrativa.

En términos generales, Luciano Parejo, profesor de derecho administrativo español, define eficacia y eficiencia de la siguiente manera. Mientras la eficacia “alude a la efectiva consecución de objetivos prefijados, pudiendo diferenciarse diversos tipos de eficacia en función tanto de la naturaleza de los objetivos (determinados normativamente o en virtud de criterios económicos o técnicos) como de las formas de la consecución de éstos (celeridad, intensidad, sistematicidad)”⁴⁵; por su parte, la eficiencia “puede definirse como subespecie de la eficacia, que incorpora la perspectiva de la relación medios-objetivos para prescribir el grado óptimo de la misma, siendo posible también diferenciar tipos de eficiencia según el criterio material que se emplee para la fijación de la relación óptima”⁴⁶. El mismo autor destaca que no existe una contradicción entre legalidad y eficacia, puesto que, en su concepto - que es perfectamente aplicable al caso chileno - “el problema de la eficacia administrativa no consiste en optar entre los elementos de la disyuntiva: Derecho o eficacia, sino en determinar las condiciones en que la actuación de la Administración, siendo conforme a Derecho, sea también efectiva, idónea para la satisfacción real de los intereses generales”⁴⁶. Finalmente, el autor concluye señalando la complejidad de una pretendida “eficacia total” de la ley, en manos de la Administración, puesto que de una parte, “la absoluta mayoría de los intereses generales, de los fines administrativos aparece fijada sólo de forma más o menos indeterminada (permisiva, en todo caso, de variaciones tanto en la cantidad, como en la calidad); es rigurosamente excepcional la definición legal que prefigure en todos sus extremos y detalles la acción de la Administración”⁴⁷; y de otra parte, los fines de la Administración son concurrentes y hasta contradictorios, de modo que “la actuación administrativa incorpora como uno de sus elementos constitutivos la permanente y continuada ponderación entre intereses, bienes y valores jurídicos para su armonización en una solución que resuelva, en el caso concreto, la complejidad de la estructura que éstos componen”⁴⁸.

En relación con lo anterior, la eficacia de la protección ambiental obliga a ponderar ciertos bienes o principios del derecho ambiental con sus costos y beneficios, es decir, su eficiencia. Al respecto, son claves el principio precautorio y de no-regresión en materia ambiental.

⁴⁴ Corte Suprema, 20.10.2022, rol 6401-2022.

⁴⁵ Parejo, Luciano. “La eficacia como principio jurídico de la actuación de la Administración Pública”. En: Revista de Documentación Administrativa, N°s 218-219, p. 19.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 33.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 64.

⁴⁸ *Ibidem*.

Por una parte, el principio precautorio “impone una actuación anticipada, incluyendo las situaciones en que no se cuenta con la certeza absoluta de los efectos que un determinado hecho puede tener para el medio ambiente”⁴⁹. En todo caso, este principio “no obliga a una inversión en la carga de la prueba de los riesgos, aunque la reconoce como una posibilidad, tampoco obliga a gestionar dichos riesgos necesariamente ni mucho menos permite que puedan adoptarse medidas no motivadas o arbitrarias frente a ellos, sino todo lo contrario: establece un detallado procedimiento de evaluación y gestión tendiente a evitar la responsabilidad de las autoridades públicas en su labor de protección de los derechos de las personas”⁵⁰. En nuestro ordenamiento jurídico el principal instrumento para dar vida al principio precautorio es el sistema de evaluación de impacto ambiental, donde las normas de emisión son un presupuesto⁵¹.

Por otra, el principio de no regresión se reconoce como un límite a la soberanía del legislador para modificar las leyes y dictar nuevas o derogar antiguas en un sentido u otro⁵². De este modo el principio de no regresión busca asegurar que los fines de la mutabilidad del derecho ambiental tenga por finalidad el resguardo del medio ambiente y no el revertir su tutela⁵³.

En todo caso, sería un error pensar que estos principios del derecho ambiental empujan la regulación en un solo sentido. Al contrario, y a partir del derecho positivo, estos principios deben ser ponderados con la eficiencia administrativa. Según el autor Marcos Vaquer “la eficiencia, para el Derecho público, es un criterio complementario del principio de eficacia, que significa empleo y asignación racionales de los recursos en general”⁵⁴. El mismo agrega que “[...] las nociones de eficacia y eficiencia de la Administración son diferentes pero inescindibles: la eficiencia en la ineficacia carece de sentido y la eficacia global pasa necesariamente por la eficiencia. Por eso no cabe contraponerlas ni ponderar entre ambas, como entre principios diversos”⁵⁵. Ahora bien, en la búsqueda de la eficacia de los mandatos del legislador, especialmente aquellos que persiguen la equidad o justicia social, el autor señala que “hay una relación de intercambio entre equidad y eficiencia: las políticas que promueven la equidad a menudo tienen un coste en términos de eficiencia, y viceversa”⁵⁶.

⁴⁹ Bermúdez, Jorge. “Fundamentos de Derecho Ambiental”. Valparaíso, Edeval, 2014, 2ª ed., p. 47.

⁵⁰ Emid Tello, Antonio. “El principio de Precaución”. En: Santamaría Pastor, Juan Alfonso. “Los principios Jurídicos del Derecho Administrativo”. Madrid, La Ley, 2010. p. 1223. Este procedimiento reconoce como etapas, dada la identificación de la incertidumbre: identificación del peligro, caracterización del peligro, evaluación e la exposición y caracterización del riesgo.

⁵¹ Bermúdez, Jorge, Id.

⁵² Bermúdez, Jorge. ob. cit., p. 57.

⁵³ Bermúdez, Jorge. ob. cit. p. 58.

⁵⁴ Vaquer Caballería, Marcos. “El criterio de la eficiencia en el derecho administrativo”. En: Revista de Administración Pública, Nº 186, 2011, p. 101.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 103.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 105.

El criterio de la eficiencia puede operar como parámetro de evaluación *ex ante* o *ex post*. Es interesante que, en el caso de la revisión de las normas de emisión, esa operatividad es simultánea: la revisión debe partir de un diagnóstico sobre los costos y beneficios, así como de una proyección de los mismos. Marcos Vaquer explica que “la evaluación *ex ante* o prospectiva trata de prever el impacto de la norma proyectada, los efectos (positivos o negativos) que se seguirán de su aprobación y los costos que acarreará su ejecución y cumplimiento, mientras que la evaluación *ex post* o retrospectiva valora la eficacia material efectivamente desplegada por una disposición vigente durante un periodo de tiempo, lo que permite mejorarla (corregir las desviaciones observadas respecto de los fines perseguidos y los medios previstos, integrar sus lagunas, aclarar los aspectos cuya interpretación y aplicación ha planteado más dificultades, codificarla o refundarla con otras conexas, etc.) y derogar las normas obsoletas o en desuso”⁵⁷.

En consecuencia, el virtud del principio de proporcionalidad, en el caso concreto, las normas de emisión deben ser el resultado de una ponderación razonada entre los bienes jurídicos de protección ambiental y los criterios de eficacia y eficiencia, de modo tal que el contenido de las decisiones administrativas no pueden adoptarse a espaldas de la racionalidad costo/beneficio, considerando todos los impactos, colectivos y singulares, de tal decisión.

b. El principio de certeza o seguridad jurídica

El principio de certeza jurídica puede predicarse como una consecuencia del principio general de legalidad y del principio de dignidad de la persona. En nuestro texto constitucional, el principio de certeza jurídica pueden extraerse textualmente del contenido del artículo 19 N° 26, que garantiza la “seguridad” sobre un contenido esencial definido por normas jurídicas respecto de los derechos constitucionales y, de otra parte, de la prohibición general de arbitrariedad que pesa sobre la Administración.

El principio de seguridad jurídica como parámetro aplicable a la Administración ha sido desarrollado en el derecho español, donde tiene recepción directa. Para dilucidar su contenido el autor José Bermejo precisa “un primer y elemental concepto de la seguridad jurídica depende, pues de que quienes elaboran las normas jurídicas - fundamentalmente los órganos legislativos, pero también los habilitados para la ejecución y desarrollo de las normas que aquéllos producen - lo hagan con respeto a las convicciones sociales, a todas ellas, que caracterizan una sociedad. Una segunda, y también elemental, consideración de la seguridad jurídica, aconseja que la pluralidad normativa esté controlada y articulada, constituya un auténtico ‘sistema’, facilite el conocimiento

⁵⁷ *Ibidem*. p. 107-108.

de las reglas jurídicas y, por supuesto, su efectiva y correcta aplicación”⁵⁸. El mismo autor, prosigue, señala que son “componente esenciales de la seguridad jurídica la previsibilidad y la certeza, tanto en la formulación como en la aplicación de las normas”⁵⁹.

El autor desarrolla especialmente los estándares de seguridad jurídica en la producción normativa, como es el caso bajo análisis, partiendo de la base que “la seguridad jurídica, en su dimensión más elemental de certeza y previsibilidad, de claridad y precisión, constituye un auténtico mandato constitucional dirigido muy especialmente a los órganos habilitados para la producción de las normas. Dicho de otro modo, la elaboración o formulación de las normas jurídicas sólo puede obedecer a las técnicas que ha previsto y dispuesto el Ordenamiento jurídico y a la idea de justicia. Ambos factores aseguran la adecuación a las exigencias sociales, el conocimiento de la misma y el éxito de su aplicación por los órganos encargados de la misma”⁶⁰.

Desde este punto de partida el autor elabora los estándares aplicables a la producción normativa entre los cuales destacan por su aplicación al presente caso: (i) la necesidad de métodos absolutamente fiables de elaboración y difusión de las normas, en tanto la ignorancia del derecho es inexcusable⁶¹; (ii) la competencia exclusiva del legislador para tomar aquellas definiciones que la Constitución señala como las más importantes de la vida social y económica (reserva de ley)⁶²; (iii) la necesidad de emplear una técnica formalmente adecuada en la elaboración de las normas, en orden a evitar la incertidumbre⁶³; (iv) el deber de guardar un orden en materia de vigencias y derogaciones de las normas, evitando la transitoriedad⁶⁴.

Tanto el principio de proporcionalidad como el de certeza jurídica, ambos desarrollados a nivel jurisprudencial y doctrinario, dentro del área de estudio del derecho administrativo, confirman que el ejercicio de la potestad reglamentaria no es un espacio de arbitrariedad, sino que la discrecionalidad tiene límites claros y que éstos deben ser respetados, por ejemplo, cuando se realiza en proceso de revisión del DS N° 90.

C. Eficiencia y eficacia en la regulación de los servicios sanitarios

⁵⁸ Bermejo Vera, José. “El principio de seguridad jurídica”. En: Santamaría Pastor, Juan Alfons (dir). “Los principios jurídicos del derecho administrativo”. Madrid, Ed. La Ley, 2010, p. 74

⁵⁹ Ob. cit., p. 77.

⁶⁰ Ob. cit. pp. 85-86.

⁶¹ Ob. cit., pp. 86-87.

⁶² Ob. cit., pp. 87-88.

⁶³ Ob. cit., pp. 88-90.

⁶⁴ Ob. cit., pp. 90.



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

Dentro de las observaciones que se hacen a la preparación del DS N° 90 y cómo este presenta tensiones a la luz del derecho administrativo, no podemos de dejar de hacer mención de cómo este Decreto aborda materias propias de un servicio regulado, como lo son los servicios sanitarios. Asimismo, también es importante destacar que las normas específicas de este servicio también hacen mención a los deberes de eficiencia y eficacia, los que, tal como vimos más arriba, se enmarcan en el principio de proporcionalidad.

Los servicios sanitarios utilizan en su operación agua, elemento considerado como un bien de dominio público⁶⁵. En conformidad a lo dispuesto en el artículo 595 del Código Civil⁶⁶ y el inciso primero del artículo 5° del Código de Aguas⁶⁷, este elemento está destinado al uso de todos los habitantes de la Nación, lo cual altera las reglas de titularidad que se puede tener con respecto a éste.

Considerando lo anteriormente expuesto, la ley atribuye al Estado potestades de intervención administrativa, estableciendo regulaciones diferenciadas en las formas de aprovechamiento del agua⁶⁸.

En relación al tipo de agua que resulta pertinente a la presente opinión legal, es decir, las aguas terrestres⁶⁹, el Estado puede conceder derechos de aprovechamiento de agua mediante un acto de autoridad, autorizando el uso y goce.

⁶⁵ De conformidad a lo dispuesto en el artículo 589 del Código Civil, el que señala que “Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda.

Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos.

Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales.”

⁶⁶ Artículo 595 del Código Civil: “Todas las aguas son bienes nacionales de uso público.”

⁶⁷ Artículo 5° del Código de Aguas inciso primero: “Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación.”

⁶⁸ De acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° del Código de Aguas “En función del interés público se constituirán derechos de aprovechamiento sobre las aguas, los que podrán ser limitados en su ejercicio, de conformidad con las disposiciones de este Código.”

⁶⁹ Artículo 2° Código de Aguas: “Las aguas terrestres son superficiales o subterráneas.

Son aguas superficiales aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes o detenidas.

Son aguas corrientes las que escurren por cauces naturales o artificiales.

Son aguas detenidas las que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses.

Son aguas subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas”.



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

En este sentido, la Dirección General de Aguas, propia del Ministerio de Obras Públicas, es la autoridad encargada de otorgar el derecho de aprovechamiento a cada solicitante, de conformidad a lo dispuesto en el Código de Aguas⁷⁰ y su reglamento.

En el caso de la explotación del agua para otorgar servicios hídricos, tal como la producción de agua potable, tiene una regulación especial en la Ley General de Servicios Sanitarios. Acá el Estado entrega a un particular una concesión para explotar el servicio a cambio de una remuneración, en la cual la autoridad cuenta con potestades de dirección, control, interpretación, modificación y sanción⁷¹.

No obstante, tal como se indicó en el acápite anterior, la intervención del Estado no puede ser absoluta en los mercados regulados como es en el caso de los servicios sanitarios.

En este sentido, la normativa relacionada a la regulación del servicio sanitario contiene directrices que dan cuenta de la aplicación del principio de proporcionalidad, y de la búsqueda de la eficacia y eficiencia del sistema y de la forma en que la autoridad se relaciona con éste.

Así, por ejemplo, en el artículo 14 de la Ley General de Servicios Sanitarios, que refiere al proceso de solicitud y otorgamiento de concesiones sanitarias, contiene un requisito que debe ser tenido a la vista al momento de presentar una concesión, el cual dice relación con las “estimaciones de beneficios, costos, valor actualizado neto y rentabilidad asociados”⁷². De esta manera, la autoridad al tomar una decisión en relación a quién otorgar la concesión solicitada, deberá tener en consideración elementos que dicen relación directamente con la eficiencia y eficacia del servicio que eventualmente se prestará.

⁷⁰ La facultad para otorgar el derecho de aprovechamiento de aguas de la Dirección General de Aguas se desprende de diversos artículos en el Código de Aguas, entre ellos el artículo 5° bis, 5° quinquies, etc.

⁷¹ Cordero, Luis (2015). Lecciones de derecho administrativo. Santiago: Legal Publishing, p. 442. Zúñiga, Francisco. 2005. Constitución y Dominio Público: Dominio Público de Minas y Aguas Terrestres. Revista Ius et Praxis, 11 (2): 65 - 101.

⁷² Artículo 14° LGSS: “Si hubiera otros interesados por la concesión, éstos deberán presentar a la entidad normativa, dentro del plazo de 60 días, contado desde la fecha de publicación del extracto a que se refiere el artículo anterior, una solicitud de concesión en los términos establecidos en el artículo 12°, la que deberá ser acompañada de una garantía de seriedad, cuyas características se determinarán en un reglamento.

Todos los que hubieren presentado solicitud de concesión entregarán a la entidad normativa, dentro del plazo de 120 días, contado desde la fecha de publicación del extracto a que se refiere el artículo anterior, y en un mismo acto público, el día, hora y lugar que ésta fije, lo siguiente:

1.- Un estudio de prefactibilidad técnica y económica, incluyendo un programa de desarrollo, que deberá contener, a lo menos:

a) descripción técnica general y un cronograma de las obras proyectadas para un horizonte de quince años;

b) estimaciones de beneficios, costos, valor actualizado neto y rentabilidad asociados; y

c) tarifas propuestas y aportes considerados.

2. Los demás antecedentes requeridos para cumplir con lo dispuesto en el artículo 18.” (destacado propio)



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

En un sentido similar se pronuncia el artículo 15 de la misma normativa al recomendar la adjudicación de la concesión al solicitante que, además de cumplir con las condiciones técnicas, ofrezca la menor tarifa para la prestación del servicio sanitario, es decir, nuevamente la eficacia y eficiencia es fundamental para tomar decisiones⁷³.

Ahora bien, al hablar de proporcionalidad propiamente tal, el artículo 33 de la Ley General de Servicios Sanitarios⁷⁴, al referirse a los posibles conflictos entre un prestador del servicio sanitario y un interesado, y la posibilidad de que la autoridad revise y modifique el programa de desarrollo, se menciona expresamente que se deberá tener en consideración que el realizar aquello no podrá generar daño emergente para el prestador del servicio. De esta manera, es la propia ley la que advierte a la autoridad que su acción no puede generar perjuicios al prestador, hecho que no es más que una manifestación del principio de proporcionalidad, el cual actúa como límite al actuar del Estado en estos casos.

En un sentido similar se pronuncia el artículo 58 de la Ley mencionada, al señalar que la autoridad puede “ordenar al prestador modificar su programa de desarrollo, cuando existan razones fundadas de cambios importantes en los supuestos en base a los cuales éste fue determinado. En todo caso, dicha modificación no podrá representar daño emergente para el prestador”⁷⁵. De esta

⁷³ Artículo 15° LGSS: “La entidad normativa recomendará la adjudicación de la concesión en el solicitante que, cumpliendo las condiciones técnicas exigidas, **ofrezca la menor tarifa por la prestación de los servicios**, la que, en todo caso, no deberá ser superior a la determinada por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, calculada, según el procedimiento establecido en el decreto con fuerza de ley N° 70, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas.

Si las tarifas ofrecidas por los solicitantes fueren superiores a las determinadas por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, se les comunicará tal situación para que reestudien su presentación dentro del plazo de sesenta días pudiendo desistirse de su oferta. En caso de no desistirse y de mantenerse dicha situación, respecto del solicitante cuya oferta constituya la menor tarifa, deberá constituirse la comisión de expertos contemplada en el artículo 10 del decreto con fuerza de ley N° 70, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, la cual deberá pronunciarse en la forma establecida en dicho precepto legal.

La entidad normativa, cuando el interés general lo haga necesario, podrá considerar el plazo de puesta en explotación de los servicios ofrecido por el solicitante, como criterio adicional de adjudicación.” (destacado propio)

⁷⁴ Artículo 33° LGSS: “El prestador estará obligado a prestar servicio a quien lo solicite, sujeto a las condiciones establecidas en la ley y su reglamentación, y, en su caso, en el respectivo decreto de concesión. En caso de discrepancias entre el prestador y el interesado en lo que se refiere a dichas condiciones, éstas serán resueltas por la entidad normativa, a través de resolución fundada, pudiendo incluso modificar el programa de desarrollo del prestador **sin que ello represente daño emergente para éste**.

Al prestador no le serán aplicables las disposiciones del Título II del decreto con fuerza de ley N° 70, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, “De los aportes de financiamiento reembolsables”, cuando se trate de proyectos habitacionales de viviendas sociales de hasta 750 unidades de fomento, que se financien en todo o en parte con subsidios otorgados por el Ministerio de Vivienda y Urbanismo.” (destacado propio)

⁷⁵ En sentido similar los artículos 55 y 157 del Reglamento de la Ley General de Servicios Sanitarios, los cuales indican: “Artículo 55°:



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

manera, nuevamente se puede apreciar que la proporcionalidad es claramente un principio rector para el actuar de la autoridad, limitando todas aquellas acciones que no sean proporcionales para el sistema entero, tanto para el interesado como para el prestador del servicio sanitario.

En definitiva, existe una clara coherencia entre las normas generales del derecho administrativo sobre la consideración a la proporcionalidad como un principio que aboga por el resguardo de la eficiencia y eficacia de las medidas de la Administración, y la regulación de los servicios sanitarios.

V. ANÁLISIS DE LAS OBSERVACIONES A LA PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL DS N° 90 CONSIDERANDO LAS NORMAS Y PRINCIPIOS QUE REGULAN LA POTESTAD ADMINISTRATIVA

A lo largo de este informe hemos revisado la forma en que se ejerce la potestad normativa de la Administración y los límites para el ejercicio de dicha facultad.

La LGBAE es clara en indicar que el Estado debe actuar con eficiencia y eficacia. Esto tiene gran importancia, ya que, desde la perspectiva de la eficiencia, queremos que los recursos sean usados en forma adecuada, y para eso es fundamental tener presente los costos que generan las

Para ejercer la facultad referida en el artículo anterior, la Superintendencia evaluará la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) Que la incorporación de las nuevas áreas sea en su opinión factible técnicamente, y
- b) Que el aumento del territorio operacional derivado de la incorporación de las nuevas áreas sea **razonablemente factible de enfrentar administrativa y financieramente por el prestador**, considerando las normas previstas en el DFL MOP N° 70/88 y su Reglamento.
- c) La modificación del actual programa de desarrollo que para estos efectos pueda ordenar la Superintendencia **no podrá representar daño emergente para el respectivo prestador**, conforme lo dispuesto en el artículo 33° de la Ley. Artículo 157°:

La Superintendencia podrá ordenar al prestador modificar el programa de desarrollo, **cuando existan razones fundadas de cambios importantes en los supuestos, en base a los cuales éste fue determinado. En todo caso, dicha modificación no podrá representar daño emergente para el prestador.**

Asimismo, la solicitud del prestador de modificación del programa de desarrollo se someterá a la aprobación de dicha entidad fiscalizadora, **será fundada y deberá ir acompañada de un informe técnico.** La modificación del programa de desarrollo será aprobada por resolución de la Superintendencia, sujeta al trámite de toma de razón.

No se requerirá modificar el programa de desarrollo cuando se trate de un cambio en el plazo programado de ejecución de las obras en función de la demanda actualmente previsible, siempre y cuando no se alteren o modifiquen las soluciones adoptadas. Para este efecto, el prestador con suficiente anticipación y los debidos fundamentos, dará aviso a la Superintendencia, quien asimismo podrá denegar la aprobación del nuevo plazo de ejecución.

Sin perjuicio de lo anterior y conforme a las instrucciones que imparta la Superintendencia, el prestador deberá informar anualmente a la Superintendencia del cumplimiento del cronograma previsto.” (destacado propio)



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

decisiones y ponderar adecuadamente los mismos en función de los beneficios que se otorgan. Asimismo, desde la perspectiva de la eficacia queremos que las medidas que se adopten logren el fin que se pretende alcanzar, siempre y cuando los costos que genere la aplicación de esa norma sean también razonables. La orientación que promueve la LGBAE en el actuar del Estado tiene un profundo sentido de equilibrio que sirve también como base para la creación de una sociedad sostenible, que beneficie a las generaciones presentes y también a las futuras. De esta manera, el ejercicio de la potestad reglamentaria no es un acto de mera arbitrariedad, sino que es un acto de discrecionalidad, en el que el Estado tiene un marco normativo sobre el que debe actuar.

Tal como quedó aclarado durante el informe, la lógica de eficiencia y eficacia está también presente en la regulación específica medioambiental. La Ley N° 19.300 es explícita en exigir el análisis técnico y económico en relación con las normas que regulan la calidad ambiental (artículo 32 inciso tercero), lo que es una forma particular de exigir criterios de eficiencia y eficacia, indicando, específicamente, los antecedentes con los que se debe contar para efectos de dictar las normas de calidad ambiental, que es justamente el tema que es objeto de análisis en este informe. Dicho de otra forma, la eficacia de la protección ambiental obliga a ponderar ciertos bienes o principios del derecho ambiental con sus costos y beneficios, es decir, su eficiencia.

En concordancia con la ley ambiental, los límites normativos a la potestad reglamentaria en el ámbito del derecho del medio ambiente también están presentes en el DS N° 38/2012. Este Reglamento establece en su artículo 15° señala que al momento de dictarse normas de calidad ambiental el Ministerio tiene que realizar un análisis de las consecuencias económicas y sociales que implican el cumplimiento de la norma que se busca aprobar en función de tres grupos de personas o entidades. En primer lugar, debe analizar las consecuencias sociales y económicas para la población en general. En segundo lugar, también se deben considerar las consecuencias sociales y económicas para los titulares de las fuentes o actividades reguladas. Finalmente, el decreto también exige considerar los mismos efectos ya mencionados para el Estado⁷⁶. En otras palabras, al momento de dictarse normas respecto a la calidad ambiental y emisión se tiene que hacer un análisis completo para determinar si la norma cumple con los principios de eficacia y eficiencia, con un análisis específico a los diversos actores cuya normativa le generará impacto.

⁷⁶ Artículo 15.- El Ministerio deberá llevar a cabo un análisis técnico que identifique y cuantifique, cuando corresponda, los riesgos para la población, ecosistemas o especies directamente afectadas o protegidas y un análisis general del impacto económico y social, considerando la situación actual y la situación con anteproyecto de norma. Ambos análisis deberán ser realizados dentro del plazo de elaboración del anteproyecto. En especial, el análisis general del impacto económico y social referido deberá evaluar los costos que implique el cumplimiento del anteproyecto de norma de calidad ambiental o de emisión para la población, para los titulares de las fuentes o actividades reguladas y para el Estado como responsable de la fiscalización del mismo. Adicionalmente, este estudio deberá identificar y, cuando corresponda, cuantificar los beneficios que implique el cumplimiento de dichas normas para la población, ecosistemas o especies directamente afectadas o protegidas, para los titulares de las fuentes o actividades reguladas y para el Estado.



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

Tomando en cuenta estos antecedentes y, en especial, los grupos de personas o entidades que hay que tener en consideración según el DS N° 38/2012 para efectos de regular normas de calidad, analizando con detalle las consecuencias sociales y económicas de las medidas, es que las observaciones de ANDESS, Aguas Andinas y Aguas Nuevas cobran especial relevancia.

Las observaciones realizadas por estas entidades son de una gran diversidad. Para efectos de este análisis agrupamos sus observaciones según si afectan a (1) la población en general; (2) a las entidades que realizan las actividades reguladas; o (3) si generan impacto en la Administración como ente regulador.

1. Costos sociales y económicos que afectan a la población en general

A continuación, se identifican costos vinculados directamente con la población en general o con la población aledaña a las plantas de servicios sanitarios que deberán ampliar sus instalaciones para efectos de dar cumplimiento con la nueva normativa.

a. Costos de tarifa del valor del agua de usuarios

En diversos informes que han sido revisados en este documento se advierte al Ministerio de Medio Ambiente que la aplicación de esta posible nueva normativa tendría un impacto directo en una significativa alza de las cuentas de agua de la población. Esta no es una materia nueva, en intervenciones de la SISS en procesos anteriores de dictación del Decreto N° 90 ya se había señalado que la aplicación de la norma podría generar incrementos en la tarifa de agua a nivel nacional y que, en ciertas zonas del país, dicho aumento podría llegar hasta el 13%⁷⁷. En el informe de Aguas Nuevas presentado para la revisión actual del DS N° 90, incluso se señala que el impacto en las cuentas de los usuarios de agua de las localidades donde están instaladas sus plantas podrían llegar a ser del orden del 20%⁷⁸. En esta misma línea, el estudio de INECON que se acompaña en este informe indica que “en el caso del Gran Santiago, el aumento en la tarifa promedio que pagan los clientes sería de un 21,2% lo que afectaría a casi 6 millones de personas. Asimismo, hay ciertos grupos de localidades que tendrían un impacto ostensible. Esto ocurre, por ejemplo, para el

⁷⁷ “Durante el año 2011, para una presentación al entonces Comité Consultivo de Conama, la SISS indicó que el impacto tarifario de considerar en esta normativa las descargas de las PTAP implicaría un aumento cercano al 7% a nivel nacional, es decir, en cada una de las cuentas de los usuarios del país; en particular en Aguas Andinas, Aguas Magallanes y ESVAL, el aumento sería de 13%, 8% y 4% respectivamente en las cuentas de todos los clientes. El requerimiento de inversiones adicionales sería cercano a 49.000 millones de pesos con gastos anuales de 21.000 millones de pesos y el incremento anual en subsidio se estima en casi 2.600 millones.” SISS, cit por, Aguas Andinas, p. 5, Observaciones al anteproyecto de norma de emisión del DS 90 en consulta pública.

⁷⁸ Observaciones Grupo Aguas Nuevas, p. 3.



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

conjunto que forman San Antonio, Cartagena, San Sebastián y Las Cruces, donde las cuentas tendrían un alza superior al 20% o también en Copiapó, Vallenar y Tierra Amarilla, se vaticinan alzas de un 12%.⁷⁹.

Estos antecedentes son justamente un análisis de costo que es esencial para el ejercicio de la potestad reglamentaria, ya que dice relación con la eficiencia en cuanto a los costos que generan las medidas que se regulan. Por lo mismo, llama la atención que este factor no esté considerado en el AGIES. La ausencia de este antecedente permite concluir que el proceso no cuenta con la información adecuada para regular las normas de emisión, ya que al obviar esta materia se impide hacer un análisis completo de las consecuencias económicas que la norma provoca para la población en general.

La ausencia de la consideración económica para la población, en cuanto a la posible muy significativa alza de la tarifa por acceso al agua, no solo permite advertir que este proceso de creación de norma reglamentaria no cuenta con los antecedentes que la propia ley ambiental y reglamento exigen, sino que también permite cuestionar cuán apropiada es esta medida, desde un análisis de proporcionalidad, considerando que va a generar un impacto importante en la economía familiar, y lo genera sobre un bien que es fundamental para el bienestar de las personas, como lo es el agua.

b. Costos sociales para la población, de olor, vibración, emisiones atmosféricas de material particulado y tráfico de camiones

Junto con advertir los costos económicos representados en el aumento de tarifas para los usuarios, los diversos informes que se han puesto a disposición del Ministerio de Medio Ambiente también dan cuenta de que el AGIES tampoco ha considerado otras consecuencias sociales relevantes para la población, ya que no han sido identificadas en sus informes.

ANDESS ha señalado con claridad que la incorporación de las sanitarias al DS N° 90 implica la obligación de procesar los lodos que se generan en los procesos de producción del agua potable, lo que hasta la fecha no les corresponde hacer. Este procesamiento de los lodos exige su almacenamiento y tratamiento de lodos, sumado el transporte que involucraría viajes desde los sitios de acopio de los lodos hasta su destino de disposición final. El traslado del lodo a través de camiones puede tener dos funciones. Por un lado, se puede requerir trasladar los lodos para su emplazamiento debido a que es posible que el lugar de la planta no tenga capacidad suficiente para

⁷⁹ INECON, Impactos Tarifarios Asociados a la Aplicación de DS N°90 en Determinadas Instalaciones Sanitarias, p. 8.



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

albergar las obras de tratamiento. Por otro, es necesario trasladar los lodos para dejarlos en un lugar donde se va a hacer su disposición final⁸⁰.

Para efecto de ilustrar el impacto de los camiones, en el estudio que presenta ANDESS se señala que desde la planta de agua potable de Las Vizcachas, de Aguas Andinas, el traslado de los lodos implica el traslado de 761 camiones/día, los que tienen que cruzar 15 comunas de la ciudad de Santiago en un cruce de 90 kilómetros para llegar al sitio de disposición final del lodo⁸¹. Esto representa un movimiento de 84,5 camiones por hora saliendo desde la planta de Las Vizcachas considerando una jornada ordinaria de 45 horas semanales, con 9 horas al día de trabajo (si se trabaja de lunes a viernes).

El gran impacto generado por el aumento de tráfico de camiones probablemente genere una importante congestión vehicular, pero a eso hay que agregar también la generación constante de ruidos y vibraciones que afectará a quienes viven en las localidades aledañas a esas rutas, así como las emisiones atmosféricas de material particulado que se generan por el movimiento de los camiones⁸².

A lo anterior, también se suman problemas de olores que se generarían con el desagüe de la planta de tratamiento de lodos recaería en el ecualizador del sistema de tratamiento⁸³.

Tal como en el caso de la tarifa de consumo de agua, estos impactos no están considerados en el AGIES, lo que da cuenta que este proceso de creación de normas administrativas no está considerando todos los factores que por ley y reglamento deben incorporarse para el análisis de la modificación del DS N° 90, generando, a su vez, un problema de proporcionalidad de la medida en consideración a los efectos adversos que genera en la población colindante a las plantas de tratamiento de los servicios sanitarios. Esto da cuenta de que no se cumplen los parámetros de discrecionalidad que exige la normativa chilena sobre esta materia.

2. Costos sociales y económicos que afectan a las entidades que realizan las actividades reguladas

Tal como señalamos con anterioridad, la Ley N° 19.300 es explícita en exigir el análisis técnico y económico para la dictación de normas de calidad, lo que se concreta en la exigencia del DS N° 38/2012 de obligar la evaluación de los costos económicos y sociales de las normas que se

⁸⁰ Informe Técnico titulado "Análisis de aspectos ambientales relacionados con Efluentes de Plantas de Tratamiento de Agua Potable y el DS 90" de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios (ANDESS), p. 56-57.

⁸¹ Idem, p. 62 y 77.

⁸² Idem, p. 15-16.

⁸³ Idem, p. 84.

SYW

SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

regulan. Todos estos elementos forman parte de un análisis de eficiencia y eficacia que es exigido por la LGBAE.

Lo anterior implica que se debe hacer una identificación de los distintos costos que genera la aplicación de la norma que se pretende dictar y, además, que dicha identificación debe ser precisa en la proyección de las consecuencias económicas y sociales. De esta manera, si las cifras de costos proyectadas son inferiores a las que efectivamente se van a generar, no se estaría cumpliendo con un análisis de proporcionalidad adecuado y, consecuentemente, no se estaría cumpliendo con la normativa vigente.

Si analizamos en detalle las implicancias que tiene la aplicación del DS N° 90/2000 en la industria de los servicios sanitarios, vemos, por un lado, que de acuerdo a los informado por las entidades que trabajan en el rubro, la proyección de costos es inadecuada y, por otro lado, que faltan identificar otros costos que son de relevancia para cumplir con las potenciales nuevas exigencias.

a. Se proyectan costos de inversión muy inferiores a los gastos de instalación reales

Tal como lo indica el Informe de ANDESS sobre observaciones a la revisión del DS N° 90/2000, el Ministerio de Medio Ambiente **proyecta un costo de 6,68 MM US\$/año** en relación con las inversiones que se deben realizar para dar cumplimiento a la nueva normativa vigente⁸⁴.

Diversos informes dan cuenta de que el costo proyectado es significativamente inferior a los costos reales de inversión para cumplir con los nuevos estándares requeridos.

Tal como se ve en la tabla que se muestra en la siguiente imagen, ANDESS identificó los montos de inversión de proyectos de optimización o de ampliación de plantas que se efectuaron entre los años 2015 y 2021, los que llegan a la cifra de 413,72 MM US\$. Ese costo te da un **promedio anual de 59,10 MM US\$/año**, lo que supera en forma muy significativa el gasto proyectado por el Ministerio de Medio Ambiente, que es de 6,68 MM US\$/año. A continuación, se puede revisar la tabla con el detalle de los costos entre los años 2015 y 2021.

⁸⁴ Minuta de Observaciones Actualización Nuevo Anteproyecto, DS 90, ANDESS, p. 8.

Tabla 2. Proyectos de tratamiento de aguas servidas en el SEIA (Abril de 2015 en adelante)

Año de calificación	Nº proyectos tipología O.4	Monto MM US\$ ¹
2015	8	14,4
2016	13	228,8
2017	12	17,7
2018	11	22,6
2019	12	38,5
2020	9	87,7
2021	2	4,1
Total general	67	413,72

Tabla de Minuta de Observaciones Actualización Nuevo Anteproyecto DS N° 90/2000, ANDESS, p. 8.

Incluso estas cifras compartidas por ANDESS se deben analizar con cautela si consideramos que en los últimos 3-4 años los materiales y manos de obra se ha incrementado en forma significativa en Chile. De esta forma, los precios actuales serían aún más significativos que los contemplados por ANDESS.

Las proyecciones de ANDESS son consistentes con la estimación de gastos que hace Aguas Nuevas para ampliar sus plantas, señalando que la adecuación de la planta de Punta Arenas implicaría un gasto de MM US\$ 15 y que esa misma labor en la planta de Porvenir representaría un costo de MM US\$ 4⁸⁵. Junto con compartir esas cifras, Aguas Nuevas afirma que “la sola ampliación del reactor y sedimentador secundario de la planta de Puerto Natales, actualmente en diseño, se evalúa en más de MM US\$ 7.”⁸⁶.

De esta forma, los costos proyectados por el Ministerio de Medio Ambiente en relación con la inversión completa de la industria de servicios sanitarios, necesaria para la instalación de las capacidades operativas de la industria para cumplir con los los nuevos estándares del DS N° 90, correspondiente a 6,68 MM US\$/año, lograría cubrir la ampliación de una sola planta particular, como lo sería el caso de la planta de Porvenir de Aguas Nuevas, que tiene un gastos de MM US\$ 4. El resto de las instalaciones nacionales sería un gasto que no está contemplado en el informe. Las

⁸⁵ Observaciones Grupo Aguas Nuevas, p. 3.

⁸⁶ Idem, p. 3.



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

baja cifras proyectadas por el AGIES es especialmente preocupante si consideramos que, por ejemplo, ANDESS reúne **169 plantas de agua potable**⁸⁷.

A lo anterior, se agregan otras proyecciones del AGIES que han sido cuestionadas, tales como que el informe identifica tecnologías que sobreestima los niveles de remoción para determinados parámetros disueltos en la matriz agua, lo que también alteraría el análisis de costos proyectados⁸⁸.

Si la LBGAE y la Ley N° 19.300 exige hacer un análisis de eficiencia de los recursos, claramente este proceso de preparación de la modificación del DS N°90 no cumple con dicha exigencia al proyectar costos que no tienen relación alguna con los gastos de inversión reales que se requieren para cumplir con los nuevos estándares. De esta forma, no se cumple con los parámetros legales del ejercicio de la discrecionalidad en el ámbito del ejercicio de la potestad regulatoria.

b. No se identifican los gastos de traslado en el análisis de costos

Tal como señalamos cuando se analizaron las deficiencias del proceso en cuanto a la consideración de los costos del proyecto para la población en general, la ausencia de identificación de los costos que genera el traslado de los lodos es un problema serio, ya que impide tener una mirada completa de los costos reales que genera la aplicación del DS N° 90 para la industria de servicios sanitarios.

Las estimaciones de costos en relación con las labores nuevas que las sanitarias tendrán que desarrollar para dar cumplimiento a la nueva normativa es de gran importancia. Ya señalamos que Aguas Andinas proyecta que el traslado de los lodos implica que la planta de agua potable de Las Vizcachas deberá movilizar **761 camiones/día**, los que tienen que cruzar 15 comunas de la ciudad de Santiago en un cruce de 90 kilómetros para llegar al sitio de disposición final del lodo.⁸⁹

Esta labor de traslado de lodos y de disposición final de los lodos en un vertedero lo deberán hacer también las otras sanitarias a las que se aplican estas normas. El AGIES no considera estas labores ni sus costos asociados, por lo que, desde el punto de vista de la eficiencia, no se puede calcular de forma adecuada el impacto real que el potencial nuevo texto normativo generaría en las sanitarias, transformando este proceso de análisis en uno incompleto.

⁸⁷ Informe Técnico titulado "Análisis de aspectos ambientales relacionados con Efluentes de Plantas de Tratamiento de Agua Potable y el DS 90" de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios (ANDESS), p. iv.

⁸⁸ Minuta de Observaciones Actualización Nuevo Anteproyecto, DS 90, ANDESS, p. 7.

⁸⁹ Informe Técnico titulado "Análisis de aspectos ambientales relacionados con Efluentes de Plantas de Tratamiento de Agua Potable y el DS 90" de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios (ANDESS), p. 62 y 77.

c. **Falta de gradualidad en la aplicación de las normas**

La incorporación de los servicios sanitarios en la aplicación del DS N° 90 implica la realización de grandes inversiones para el cumplimiento de estos nuevos estándares. La realización de estas labores requiere de un tiempo adecuado para que las instalaciones cumplan con el proceso administrativo correspondiente y para que las plantas efectivamente puedan cumplir con la labor en forma correcta.

Si la regulación no contempla este tiempo adecuado, lo que arriesga es que se realicen instalaciones deficientes o que simplemente las instalaciones no se realicen, lo que afectaría el objetivo de eficacia, que es lograr mejorar las normas de calidad.

Distintas entidades han realizado observaciones a la propuesta de decreto, advirtiendo que el tiempo que se considera en las normas transitorias no es suficiente para lograr instalar las capacidades tecnológicas y operativas para cumplir con la norma de calidad.

Por un lado, se solicita que, considerando que los servicios sanitarios tienen un regulador sectorial, que la implementación considere para el plazo de cumplimiento el tiempo que determine dicho regulador sectorial que se requiera para el cumplimiento de la nueva normativa, tal como sucede en la actualidad por aplicación del actual 5.3 del DS N° 90⁹⁰.

Por otro, también se indica que los 42 meses contemplados en el artículo 24 y 25 del borrador del DC N° 90 para dar cumplimiento a la nueva normativa no sería un tiempo suficiente para instalar las capacidades requeridas, ya que los tiempos de los propios procesos administrativos para aprobar un proyecto de ampliación de planta lo impediría. Se señala que de 12 meses sólo para el levantamiento de línea base, y otros 12 meses para la tramitación ambiental. Sólo una vez concluida esta última de forma exitosa, se podrá comenzar a desarrollar los estudios de ingeniería de detalle para luego pasar a la fase de construcción de los nuevos sistemas, por lo que se pide una extensión de 60 meses para la norma transitoria⁹¹.

Estas observaciones técnicas deben ser debidamente consideradas, ya que la instalación adecuada de las capacidades técnicas es el gran elemento que asegura la eficacia de la medida decretada, que lo que busca es el cumplimiento de la finalidad esperada. Si las normas transitorias no son razonables, no se podrá cumplir con la finalidad esperada porque será imposible cumplir con el servicio que se espera, y los costos generados habrán sido completamente ineficientes. Asimismo, la falta de una gradualidad adecuada genera un costo adicional a las sanitarias, ya que deben duplicar sus esfuerzos para cumplir dentro de tiempo, sabiendo que existe un riesgo real de

⁹⁰ Minuta de Observaciones Actualización Nuevo Anteproyecto DS N° 90, ANDESS, p. 14.

⁹¹ Minuta de Observaciones Actualización Nuevo Anteproyecto DS N° 90, ANDESS, p. 16; , Observaciones Grupo Aguas Nuevas, p. 10.



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

no lograrlo y, además, en caso de no lograrlo, se arriesgan a recibir multas y posibles paralizaciones de sus funciones.

3. Costos sociales y económicos que afectan al Estado

El Estado actúa para la promoción del bienestar de las personas. En esa línea, los costos sociales y económicos que genera un proyecto para las personas, también son un costo para el propio Estado, ya que si se crean nuevas variantes que impactan negativamente en la calidad de vida de las personas, eso significa que se van a tener que desarrollar nuevas políticas públicas para dar respuesta a esas necesidades, ya que las políticas sociales vigentes se verían limitadas en cuanto a sus capacidades.

En este sentido, varios de los costos que identificamos para las personas en general o incluso para la industria, también representa un aumento de costo para el Estado.

A continuación, identificamos algunos de esos costos.

a. Impacto en infraestructura vial

Hemos identificado las dificultades que genera para las personas el tener un tráfico importante de camiones circulando por el traslado de los lodos, lo que incluye ruido, emisión de partículas en el aire, vibraciones y el tráfico mismo de los camiones. También advertimos que cómo el tráfico de camiones impacta a la industria de servicios sanitarios, ya que representa un gasto que no está contemplado en el AGIES y, consecuentemente, se tiene una mirada parcial y limitada de los costos que genera la revisión del DS N° 90 en los servicios sanitarios.

Junto con los gastos que genera para las personas y los servicios sanitarios, el AGIES desconoce los gastos que este proyecto genera para el propio Estado.

El ejemplo de la planta de las Vizcachas de Aguas Andinas ayuda a ilustrar este gasto. Tener 761 camiones/día circulando a través de 15 comunas de Santiago es un problema de congestión vehicular serio, que no puede ser invisibilizado en un proyecto que justamente aborda temáticas medioambientales. Este es el ejemplo solo de una planta, pero en la Región Metropolitana hay 19 plantas que forman parte de ANDESS, incluyendo Aguas Andinas (8), Aguas Cordillera (10) u Aguas Manquehue (1), por lo que el tráfico va a ser muy superior al proyectado para las Vizcachas⁹².

⁹² Informe Técnico titulado "Análisis de aspectos ambientales relacionados con Efluentes de Plantas de Tratamiento de Agua Potable y el DS 90" de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios (ANDESS), p. 34.

SYW

SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

El aumento significativo del tráfico de camiones en la Región Metropolitana es un costo para el Estado, ya que altera en forma importante la congestión vehicular de la principal ciudad de Chile. Esto es especialmente preocupante si se revisa la locación de estas plantas de agua potable. La información compartida por ANDESS da cuenta que las 19 plantas de agua potable de la Región Metropolitana están ubicadas en zonas muy cercanas por lo que el impacto de tráfico de esos camiones no se reparte en forma balanceada a lo largo de toda la Región, sino que impacta en forma muy relevante a determinadas zonas. A continuación, se ve la imagen de la distribución de plantas de agua potable de ANDESS en la Región Metropolitana.

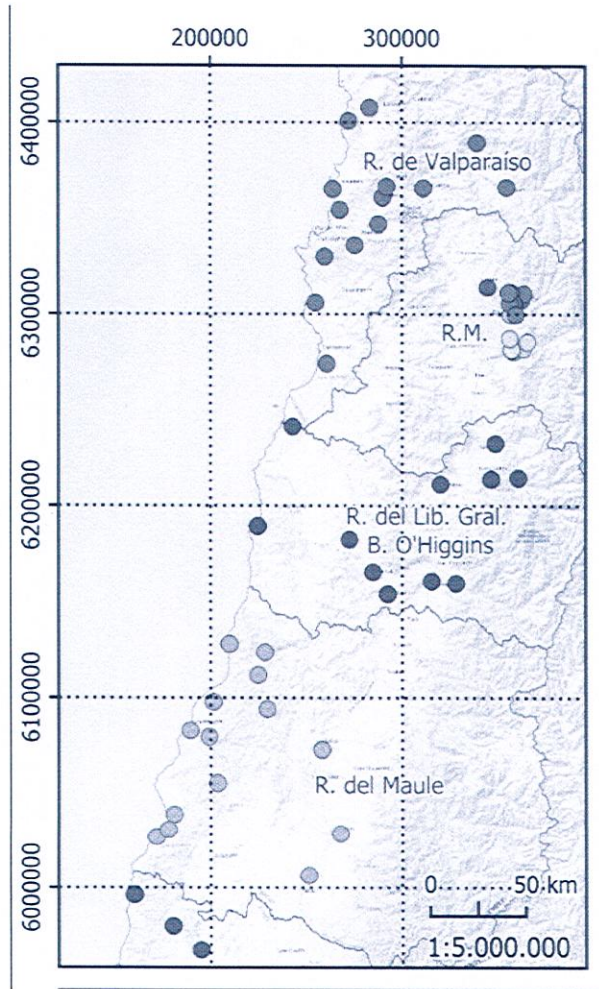


Tabla de Minuta de Observaciones Actualización Nuevo Anteproyecto, DS 90, Andess, p.

35.



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

Desde otra perspectiva, este aumento muy significativo de camiones no solo genera problemas de tráfico, sino que también genera otros costos⁹³.

El traslado de una gran cantidad de camiones que deben movilizar un peso muy significativo, que incluye el lodo que se traslada desde la planta de agua potable, a la de almacenamiento y luego a su destino final, implica la circulación de vehículos que dañan las rutas por las que van a transitar esos camiones, incluyendo caminos locales pavimentados, sin pavimentar y también carreteras. La obligación de hacer circular estos camiones impacta directamente en la calidad de la infraestructura vial, ya que el peso de los camiones y su circulación, la pueden dañar en forma prematura.

Estos son costos económicos que debieran ser de preocupación del Estado y no están considerados en el proceso de revisión del DS N° 90.

b. Impacto en el manejo de residuos

Existen otros costos que no han sido considerados en el proceso de revisión del DS N° 90 y que limitan la posibilidad de hacer un análisis completo de esta iniciativa en términos de eficiencia, incumpliendo de esta norma con las exigencias legales y reglamentarias sobre la emisión de normas de calidad.

La falta de consideración de la logística de los servicios sanitarios para disponer de los lodos, obviando los traslados de este material, implica que se invisibilizan costos de gran relevancia para el Estado.

Una de las gestiones invisibilizadas en el proceso de revisión del DS N° 90 es que los lodos deben ser depositados en algún lugar específico, siendo los vertederos los lugares adecuados para recibir dichos residuos. El manejo de residuos es un tema desafiante a nivel de políticas públicas, ya que las autorizaciones sanitarias contemplan una cierta cantidad del vertedero para recibir residuos y, una vez completada esa capacidad, este vertedero no puede seguir recibiendo más residuos.

En base al informe de ANDESS, es posible concluir que la disposición de lodos puede generar un impacto serio en la capacidad de los vertederos en los que se va a disponer de estos residuos, adelantando el término de su vida útil y generando problemas de manejo de basura para las poblaciones aledañas.

⁹³ Informe Técnico titulado "Análisis de aspectos ambientales relacionados con Efluentes de Plantas de Tratamiento de Agua Potable y el DS 90" de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios (ANDESS), p. 85.



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

A modo de ejemplo, el informe indica que en el caso de la planta de agua potable de Las Rojas, ubicada en Región de Coquimbo, la disposición final de los lodos que se extraigan de esa planta deberá realizarse en el Vertedero El Panul, localizado a 34,2 km. Asimismo, indica que dicho vertedero recibe el 64% de la basura generada en las localidades de Coquimbo, La Serena y Paihuano con un promedio diaria de 600 ton/día, y que el traslado de lodos desde la planta de agua potable Las Rojas incrementaría a 668 ton/día la basura recibida⁹⁴. El informe de ANDESS señala que se presume que hay capacidad para recibir ese lodo. Lo que el informe no señala, y que es de gran relevancia para efectos de identificar los costos que este proyecto genera para el Estado, es que recibir un 11,33% adicional de residuos por la incorporación de los lodos al vertedero, implica restringir la vida útil de ese vertedero en forma significativa. Asimismo, esta es la consideración de sólo una planta, pero no queda claro si las otras dos plantas de Aguas del Valle que operan en la Región de Coquimbo tendrán que usar el mismo vertedero como destino final de los lodos que extraigan de su producción, lo que acrecentaría la limitación de la vida útil de ese vertedero. En este mismo sentido, si este es el ejercicio que se realiza en la Región de Coquimbo que sólo tiene 3 plantas, es fundamental considerar el impacto que generará la incorporación de los servicios sanitarios en el DS N° 90 en relación con los vertederos de dicha localidad, considerando, por ejemplo, que en la Región Metropolitana hay 16 plantas de agua potable, por lo que el impacto negativo en los vertederos puede ser significativamente mayor.

Estos números dan cuenta que la disposición final de los lodos no solo es una preocupación para los servicios sanitarios, sino que es una gran preocupación para el Estado, ya que genera costos en la capacidad de procesar los residuos en una localidad. De esta forma, y, tal como se ha señalado anteriormente, la ausencia de una consideración sobre estos costos impide que esta revisión del DS N° 90 cumpla con los estándares de eficiencia y eficacia exigidos en nuestro ordenamiento jurídico. La falta de consideración de estos antecedentes, hacen que la propuesta de regulación del DS N° 90 se transforme en un acto de mera arbitrariedad.

c. Impacto por normas transitorias poco realistas

Tal como señalamos en el análisis, la aplicación del DS N°90 implica el desarrollo de una ampliación de las plantas de agua potable y otras inversiones de gran envergadura, lo que requiere tiempo para ser cumplido de forma adecuada.

⁹⁴ Informe Técnico titulado "Análisis de aspectos ambientales relacionados con Efluentes de Plantas de Tratamiento de Agua Potable y el DS 90" de la Asociación Nacional de Empresas de Servicios Sanitarios (ANDESS), p. 87.

SYWSARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

Si los tiempos contemplados en las normas transitorias no son realistas, tal como lo plantean diversas entidades vinculadas al sector sanitario, no se podrá dar cumplimiento al propósito de la norma. La instalación adecuada de las capacidades técnicas es el gran elemento que asegura la eficacia de la medida decretada. De lo contrario, no se podrá cumplir con la finalidad esperada y los costos generados habrán sido completamente ineficientes. En este sentido, la imposibilidad material y fáctica de cumplir con los nuevos estándares en los tiempos proyectados representa en sí mismo un importante costo para el Estado, ya que esto impide cumplir con el propósito esperado.

Desde otra perspectiva, también revisamos el principio de certeza jurídica, el que no sólo exige que la modificación de una norma jurídica deba respetar los procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico, sino que la alteración debe entrar en vigencia de un modo que otorgue previsibilidad y certeza, especialmente teniendo en consideración la magnitud de los impactos que produce. En el presente caso, la entrada en vigencia se definió sin considerar la factibilidad técnica y los perjuicios reales de lo propuesto y que fueron señalados por ANDESS, AA, Aguas Nuevas y la SISS, por lo que la implementación de lo propuesto, en lo que es aplicable a las empresas del sector sanitario, está en conflicto con las exigencias del principio de certeza jurídica, pues es implausible su efectivo cumplimiento.

Finalmente, también es importante recordar que la propia SISS ha sido clara y consistente en el tiempo en señalar que la propuesta de modificación del DS N° 90 genera efectos disruptivos en los servicios sanitarios y que recomienda excluirlos de la aplicación de esa norma. Tal como vimos en este informe, la normativa relativa a los servicios sanitarios recoge el principio de proporcionalidad en el actuar de la autoridad a la hora de relacionarse con el solicitante de la concesión y/o prestador del servicio, limitando entonces las facultades regulatorias del Estado en esta materia. En este sentido, las observaciones de la SISS deberían ser consideradas por el Ministerio de Medio Ambiente, ya que el organismo público encargado de velar por el cumplimiento de la normativa sanitaria, advierte las repercusiones negativas que tiene el DS N° 90 en este servicio. El ordenamiento jurídico debe funcionar como un todo armónico y la falta de consideración de la eficiencia y eficacia de la propuesta del DS N° 90 hacia el rubro sanitario, no sólo representa un incumplimiento de los límites de la potestad regulatoria en el ámbito medioambiental, sino que genera consecuencias negativas en el ámbito de los servicios sanitarios, tensionando su regulación especial. Asimismo, implica el incumplimiento del ámbito de discrecionalidad que tiene el Estado para ejercer su potestad regulatoria, ya que la falta de antecedentes sobre los costos de esta medida, transforman a la misma en un acto arbitrario.



SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

VI. CONCLUSIONES

En esta opinión legal, mediante el estudio de la normativa pertinente y los antecedentes ya referidos, se ha evaluado el contenido del anteproyecto del decreto que modifica el DS N° 90/2000. También nos hemos referido a las limitaciones y reglas que rigen la potestad reglamentaria de ejecución, que permite, entre otras cosas, dictar el nuevo decreto. Tal análisis es particularmente necesario considerando que el proceso de revisión del nuevo decreto se encuentra en su etapa final. Una nueva norma dictada sin la evaluación pertinente de cada uno de los efectos que provocaría tal o cual redacción podría producir un considerable impacto negativo, incumpliendo, a su vez, con la noción del ejercicio de la potestad reglamentaria como un acto discrecional y no arbitrario.

La participación de las distintas entidades de la industria en el proceso de revisión fue activa. Diferentes empresas, asociaciones gremiales, y reparticiones públicas realizaron observaciones al anteproyecto de 31 de diciembre de 2020. Además, a solicitud y bajo la convocatoria del Ministerio del Medioambiente, numerosas organizaciones del sector privado nombraron representantes para el Comité Operativo Ampliado. En esta presentación analizamos las observaciones de ANDESS, Aguas Andinas, Aguas Nuevas y también la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Las observaciones de todas estas últimas entidades son consistentes entre sí: el anteproyecto, en su redacción actual, tendrá efectos significativos en la población (con un impacto tarifario alto) y en el medio ambiente que no han sido debidamente cuantificados. Llama particularmente la atención que, frente a la consistencia con que la Superintendencia de Servicios Sanitarios y las entidades de la industria han recomendado explicitar, en su artículo 3° del anteproyecto, la exclusión de las descargas de las PTAP, se insista con la redacción contraria.

El estudio de la normativa arroja que la que la potestad reglamentaria de ejecución del Presidente de la República es una facultad discrecional, mas no arbitraria. La validez del reglamento dictado conforme a ella depende de su respeto a la ley que le antecede, así como de su sometimiento a los principios generales del derecho y a los límites constitucionales, legales y reglamentarios que existen. En ese sentido, resulta especialmente relevante el límite consistente en el control interno que debe hacer la Administración y los principios de eficiencia y eficacia que debe seguir en el cumplimiento de sus fines. De acuerdo con estos principios, los reglamentos siempre deben cumplir con un estándar de “razonabilidad técnica”, que, según el razonamiento del Tribunal Constitucional, exige tener un balance armónico entre los fines que ha fijado la ley y los medios para poder cumplirla que establece el reglamento. Ambos principios, eficiencia y eficacia, también rigen los procedimientos regulados en la Ley N° 19.300 de Bases Generales del Medio Ambiente. Particularmente, los artículos 32 y 40 exigen que toda norma que se dicte sobre fuentes de emisión debe tener un análisis técnico y económico, lo que implica una aplicación directa de ambos

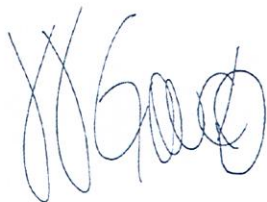
SYWSARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

principios. Como ya fue tratado, la eficacia de la protección ambiental obliga a ponderar ciertos bienes o principios del derecho ambiental con sus costos y beneficios, es decir, su eficiencia. Con ese motivo explicamos el principio precautorio y de no-regresión en materia ambiental.

Igualmente, en virtud del principio de proporcionalidad, las normas de emisión como el DS N° 90/2000 deben ser el resultado de una ponderación razonada entre los bienes jurídicos de protección ambiental y los criterios de eficacia y eficiencia, para que el contenido de las decisiones administrativas no pueden adoptarse a espaldas de la racionalidad costo/beneficio. La parte normativa aquí referida explica que la regulación del servicio sanitario también da cuenta de la aplicación del principio de proporcionalidad, y de la búsqueda de la eficacia y eficiencia del sistema.

Sorprende, entonces, que algunos de los antecedentes aportados por la industria, como ciertos análisis de costos (y su respectivo impacto en las tarifas), no hayan sido considerados por el MMA, por cuanto tienen directa relación con la eficiencia. Además, es cuestionable que el AGIES tampoco haya considerado otras consecuencias sociales y ambientales relevantes. Reiteramos aquí el ejemplo de la planta de agua potable de Las Vizcachas, de Aguas Andinas, en que el traslado de los lodos implicaría el uso de 761 camiones/día, debiendo cruzar 15 comunas de la ciudad de Santiago en un camino de 90 kilómetros para llegar al sitio de disposición final del lodo. Además, debe considerarse el impacto en el manejo de residuos y la capacidad (o falta de ella) de los vertederos.

Finalmente, la falta de gradualidad en la aplicación de las normas no permitiría dar cumplimiento a las nuevas exigencias. No se otorga tiempo suficiente para instalar las capacidades requeridas, ya que los plazos de los propios procesos administrativos para aprobar un proyecto de ampliación de planta lo impediría.



SYW

SARMIENTO Y WALKER
ABOGADOS

VII. DOCUMENTOS QUE SE ADJUNTAN

1. Minuta de Observaciones de ANDESS sobre Actualización Nuevo Anteproyecto DS 90, de 26 de abril de 2021.
2. Informe técnico solicitado por ANDESS y realizado por ECOS Chile titulado "Análisis de aspectos ambientales relacionados con efluentes de planta de tratamiento de agua potable y el DS 90".
3. Observaciones al anteproyecto de norma de emisión del DS 90 en consulta pública, Aguas Andinas (AA).
4. Observaciones Grupo Aguas Nuevas.
5. Oficio N° 2968 de la SISS, de 12 de agosto de 2019, dirigido a la Ministra de Medio Ambiente Sra. Carolina Schmidt.
6. Oficio NC-2576 de la SISS, de 18 de agosto de 2023, dirigido a la Ministra del Medio Ambiente Sra. Maisa Rojas.

**ELISA WALKER
ECHENIQUE**

Firmado digitalmente por
ELISA WALKER ECHENIQUE
Fecha: 2023.11.28 13:30:43
-05'00'

**CLAUDIA
PAZ
VICTORIA
SARMIENTO
RAMIREZ**

Firmado digitalmente
por CLAUDIA PAZ
VICTORIA
SARMIENTO RAMIREZ
Fecha: 2023.11.28
17:05:03 -03'00'

William Harold
García Machmar
14144060-8
william.garcia@syw.cl



Firmado electrónicamente según Ley 19799
el 28-11-2023 a las 15:25:54 con Firma Electrónica Avanzada
Código de Validación: 1701195954093
Validar en <https://www5.esigner.cl/esignercryptofront/documento/verificar/>