



Calidad Regulatoria en Chile:
Una Revisión de Sectores Estratégicos
Resumen Ejecutivo

Comisión Nacional de Productividad

Septiembre 2019

1.- Resumen ejecutivo

1.1.- Antecedentes

Las décadas de crecimiento económico que permitieron triplicar el ingreso per cápita de los chilenos se sustentan fundamentalmente en la buena conducción macroeconómica, el fortalecimiento institucional, la apertura comercial, el aumento de la fuerza laboral—en parte gracias a la incorporación de la mujer—, la atracción de inversiones extranjeras y el emprendimiento privado. Su efecto positivo hizo de Chile uno de los países de mayores ingresos en la región y también de los más competitivos, pero el espacio de mejora y el impulso adicional que estos entregan se reduce en el tiempo. Aquello que hizo crecer la economía chilena en el pasado, no entrega el mismo aporte en el futuro.

Varios estudios¹ de esta Comisión y otros autores han reportado una importante caída en el crecimiento de la productividad en el país. Si entre 1995 y 2005 su crecimiento era en promedio 1% al año, entre 2005 y 2015 ha sido cercano a cero o marginalmente negativo. Esta desaceleración de productividad implica una pérdida directa en las tasas de crecimiento de la economía. Si la productividad de un país en la frontera tecnológica como Estados Unidos crece 1% al año, la productividad en Chile debería crecer bastante más, entre 1,5% y 2% al año, ya que su crecimiento estaría basado no solo en innovaciones propias, sino que también en la imitación inteligente y adaptación de las mejores prácticas y tecnologías existentes en el mundo. Los mismos estudios han enfatizado la imposibilidad de identificar una causa única—e igualmente una solución única—a este fenómeno, que requiere de múltiples medidas microeconómicas para revertirlo. Mejorar la productividad es el mayor desafío económico del país, y una condición necesaria para elevar el crecimiento económico y avanzar en el desarrollo.

Un aspecto clave para hacer crecer la productividad y elevar la inversión es contar con un Estado ágil y moderno, capaz de dar respuesta oportuna a los requerimientos de la comunidad—sea la ciudadanía o las empresas—de manera eficiente y certera. En este contexto el Presidente de la República mandató en mayo de 2018 a esta Comisión el desarrollo de un estudio de revisión regulatoria que permita implementar una estrategia de simplificación administrativa y regulatoria en el ámbito del desarrollo y tramitación de grandes proyectos de inversión en cinco sectores: minería, infraestructura, energía, industria e inmobiliario. En conjunto, estos representan casi la totalidad de la inversión esperada a materializarse en el período 2019-2023, sobre 70 mil millones de dólares, con potencial de crear 160 mil empleos en la fase de construcción y 80 mil empleos permanentes.²

El rol regulador del Estado y sus agencias está consagrado en el ordenamiento jurídico del país. Sienta las bases para mercados robustos, la protección de los ciudadanos y el medio ambiente, además de otros objetivos de carácter público. Sin embargo, la forma en que este rol se ejecute—más allá de la norma y sus exigencias—puede afectar el comportamiento de los titulares de proyectos de inversión, además de su definición y materialización. Solo a modo de antecedente, existen permisos cuya tramitación demora en promedio cuatro años, y otros cuyas agencias encargadas no tienen claramente definidas sus competencias y atribuciones, implicando graves problemas para el

¹ CNP (2018) y Corbo (2014), entre otros.

² Oficina de Gestión de Proyectos Sustentables, ingresado en mayo de 2019. Disponible en www.oficinagpps.cl

desarrollo de largo plazo. En el mejor de los casos estos problemas pueden llevar a retrasos o la elección de una tecnología atrasada para el desarrollo del proyecto, y en el peor de los casos a la suspensión del proyecto.

Estas deficiencias son reconocidas tanto por el sector privado como por el Estado, y han sido recogidas por indicadores internacionales en los que nuestro país es sistemáticamente mal evaluado. Respecto de otros países de la OCDE, Chile presenta el peor desempeño en “complejidad regulatoria”,³ y el Foro Económico Mundial nos ubica en el puesto 78 de 140 países, con nota 3,3 (de 1 a 7) respecto del nivel de obstáculos percibidos por las empresas para cumplir con los requerimientos de la administración pública.⁴

Aunque han existido esfuerzos particulares que deben ser reconocidos como buenas prácticas, Chile no cuenta con un proceso sistematizado y periódico de revisión de sus regulaciones o trámites, siendo uno de los cinco países miembros de la OCDE que reportan no realizar revisiones ex-post de sus normas.⁵

Una revisión de las experiencias exitosas de simplificación regulatoria y administrativa, en particular las estudiadas en países como Australia, Malasia o Inglaterra, permite concluir que todas tienen en común el estar sistematizadas, seguir una metodología definida, realizarse de manera periódica y ser constantes en el tiempo. Ninguna de estas características se da en el país, pues no hay esfuerzos sistematizados, metodologías concordadas, ni menos un proceso continuo y sostenido de mejora. Esto da cuenta de la urgencia de tomar medidas, partiendo por las regulaciones que dan origen a los permisos y definen los procesos por los que se otorgan, y lanzar una agenda ambiciosa y comprensiva en todos los Servicios del Estado. Esta debe ser sostenida en el tiempo, y enfocarse no en aumentar o reducir la regulación, sino en elevar su nivel de calidad.

1.2.- El estudio y sus principales hallazgos

Este estudio es un esfuerzo inédito en el país, pues permitió la revisión de los permisos y sus trámites asociados a los principales sectores receptores de inversión: minería, energía, infraestructura, inmobiliario e industria. El estudio fue posible gracias al trabajo conjunto de esta Comisión y los principales actores involucrados en la tramitación de proyectos, incluyendo 25 organismos públicos, 60 empresas, y 20 gremios (que representan a más de 3 mil empresas), además de consultoras especializadas.

Se identificaron 400 permisos que cubren el universo de requerimientos para grandes proyectos de inversión en los cinco sectores bajo análisis, y 53 entidades que participan en su otorgamiento. Es necesario precisar que un permiso puede tramitarse más de una vez durante el desarrollo de un proyecto, lo que de hecho es la norma. Por ejemplo, para desarrollar un proyecto tipo de explotación minera se requieren 213 permisos. Varios de ellos deben tramitarse más de una vez a lo largo del proyecto, ya sea porque existen modificaciones al proyecto original, debido a la repetición de obras o bien para hacer frente a contingencias, elevando la cantidad de permisos tramitados a cerca de 3.000.

El principal hallazgo del estudio es que Chile no cuenta con un sistema regulatorio de calidad, entendido como uno eficiente, eficaz y coherente en el ámbito del desarrollo de inversiones. La visión del sistema muestra problemas estructurales en el proceso de

³ OCDE (2018).

⁴ Reporte de Competitividad Mundial 2018.

⁵ Banco Mundial (2018). Indicadores Globales de Gobernanza Regulatoria.

regulación, desde el diseño y formalización hasta la aplicación y revisión en el tiempo. Asimismo, se constatan deficiencias en la gestión de las agencias que los tramitan, la coherencia de sus criterios y responsabilidades y la coordinación entre ellas.

Los requisitos de tramitación imponen una ruta crítica para los proyectos, que expresa o tácitamente implica que algunos permisos sean pre-requisitos de otros, y se vuelvan cuellos de botella que retrasan o paralizan todo el proceso. Esta lógica sistémica refuerza la interrelación entre los permisos más allá de una relación secuencial, lo que sugiere que una reforma profunda demanda necesariamente la revisión de elementos comunes a todo el sistema. Solo así se podrá aspirar a un sistema que permita la realización de proyectos de inversión, y que además entregue certezas y garantías a la comunidad, las empresas y el Estado. Intervenciones aisladas y descoordinadas no tendrán impactos agregados.

Dada la amplitud del catastro, fue necesario priorizar un conjunto de permisos con vistas a un análisis de mayor profundidad. La priorización tomó en consideración dos criterios. Por un lado, permisos críticos para el desarrollo de proyectos que requieren de tramitación más compleja, demandando más tiempo y recursos. Por otra parte, se buscó un conjunto de permisos representativos de los cinco sectores involucrados, así como de los Servicios públicos que participan en su otorgamiento. Esta priorización permitió identificar 23 permisos, los que fueron revisados en términos del flujo de procesos requeridos para su tramitación, los tiempos involucrados, la norma que los sustenta y la idoneidad de sus definiciones, requisitos y actividades, como principales criterios.

El análisis del sistema y de los permisos permitió concluir que el país se caracteriza por i) una baja eficiencia en los procesos de otorgamiento de permisos y ii) un decreciente grado de certeza jurídica de los mismos. La baja eficiencia se manifiesta en largos plazos de tramitación, y es resultado de la ausencia de coordinación entre Servicios, el bajo nivel de uso de tecnologías para la trazabilidad y la calidad variable de las tramitaciones presentadas por los titulares de proyectos, entre otros. Además, se observan normas poco coherentes, y espacios de contradicción y confusión en torno a jurisdicciones de diversas agencias. La menor certeza jurídica alude a una falta de previsibilidad respecto de los criterios para la admisibilidad y otorgamiento del permiso, y la claridad respecto a las vías para que sea revocado, así como las consecuencias de ello.

1.2.1.- Problemas de Eficiencia

De los 400 permisos identificados, 175 fijan plazos máximos para su tramitación que en promedio alcanzan un mes y medio. Los 225 restantes no tienen plazos explícitos por lo que debe aplicarse el plazo supletorio de 6 meses impuesto en la Ley 19.880 (que regula las bases del procedimiento administrativo). Tampoco es claro que los plazos máximos fijados no sean excesivamente largos, en función de la capacidad y recursos que dispone cada Servicio. No obstante, el estudio constató que como regla general los permisos se tramitan en un plazo mucho mayor al especificado en su normativa o al supletorio de seis meses, traduciéndose este en el principal impacto negativo en términos de eficiencia.

A modo de ejemplo, un proyecto minero de explotación requiere de 24 meses para tramitar una concesión y de 100 meses adicionales para iniciar la operación, es decir casi diez años de trámites. En este caso, dos permisos explican más de la mitad del plazo, pues la Resolución de Calificación Ambiental toma unos 28 meses y el permiso de Obras Hidráulicas Mayores 48 meses adicionales. Ambos permisos deben ser tramitados secuencialmente, lo que implica en promedio 76 meses de tramitación, o seis años y

medio. La demora es igualmente larga en proyectos de menor tamaño, riesgo y complejidad. Incluso proyectos inmobiliarios o industriales que se desarrollan en zonas urbanas y dentro del plano regulador comunal requieren en promedio dos años y medio y tres años y medio respectivamente, de tramitación.

Parte del desafío de lograr un diagnóstico claro de las múltiples causas de estas deficiencias se debe a la ausencia de información respecto de los tiempos de tramitación. Sintomático de la falta de gestión, la información de plazos no está sistematizada y la duración de los trámites no se monitorea. Únicamente el Sistema de Evaluación Ambiental registra la proporción de tiempo en que el permiso está siendo procesado por terceros, sean otros Servicios, o el titular. Ningún Servicio cuenta con un flujo de procesos actualizado de las actividades que lleva a cabo en la tramitación de permisos ni tampoco de los recursos humanos o materiales necesarios. En seis Servicios la información fue obtenida y procesada por vez primera por parte de esta Comisión, para efectos de este estudio. Esto impide jerarquizar adecuadamente las causas detrás del tiempo excesivo de tramitación y tomar las medidas para elevar la eficiencia en el proceso.

Tras un extenso trabajo, en colaboración con empresas y Servicios, fue posible definir cinco causas principales que explican los plazos excesivos: i) ausencia de definición normativa respecto de plazos; ii) falta de recursos humanos y materiales; iii) incentivos desalineados; iv) baja coordinación entre Servicios; y v) baja calidad de información proporcionada por el titular.

Ausencia de definición normativa de plazos

La ausencia de un plazo de tramitación específico para un permiso retrasa su obtención. Por ejemplo, un análisis de los plazos de tramitación ante el Coordinador Eléctrico Nacional muestra que las actividades sin plazo normativo requieren mayor tiempo que actividades similares que sí especifican plazos. Esto se agrava al considerar que el 55% de los permisos identificados en este estudio no tiene un plazo específico de tramitación.

Falta de recursos humanos y materiales

Existen importantes brechas de recursos que ralentizan la tramitación de permisos, especialmente por la baja digitalización en los Servicios. Si bien 16 (70%) de los 23 permisos priorizados disponen de información en línea respecto a sus requisitos (aunque con dispar nivel de actualización), solo 4 (17%) permiten tramitar digitalmente. En algunos casos la normativa estipula expresamente la necesidad de una tramitación física.

De las entidades encargadas de tramitar los 23 permisos priorizados, apenas seis cuentan con algún mecanismo de trazabilidad, la cual no es siempre generalizada a todos los permisos. Por ejemplo, el sistema Auraportal de Sernageomin no cubre el permiso de cierre de faenas; el SISTRED del Ministerio de Bienes Nacionales no permite seguir el permiso si es que este enfrenta una ruta de tramitación no estándar; y el SIABC de Subsecretaría de Fuerzas Armadas no está actualizado. Solo el Servicio de Evaluación Ambiental dispone de mecanismos de trazabilidad digital en *todas* sus autorizaciones.

A la brecha digital se suma la de recursos humanos. Por ejemplo, las solicitudes del permiso de reposición y rotura de pavimentos que tramita el Serviu Metropolitano

aumentaron de 5.000 a 9.000 entre 2016 y 2018, pero en este mismo período la dotación de inspectores que realizan visitas a terreno para su aprobación bajó de 14 a 10.

Un mecanismo de amplio uso en países desarrollados para hacer frente a las brechas de recursos humanos sin elevar el costo fiscal, es traspasar a los titulares de los proyectos el costo de tramitación del permiso. Esto supone reconocer que la tramitación de un permiso particular no es un bien público en sí mismo, e implica que quienes hacen uso del permiso deban pagar el costo directo asociado. Tres modelos pueden identificarse al respecto: i) colaboradores externos; ii) organismos financiados por la demanda, y iii) cobro por servicios.

El mecanismo más utilizado en el país es el modelo de colaboradores externos, aunque los resultados de su implementación han sido mixtos. Una experiencia de éxito es la Superintendencia de Electricidad y Combustible, donde los permisos de instalaciones eléctricas y de gas son tramitados y fiscalizados por colaboradores externos, siendo en la actualidad el tiempo de tramitación 35% bajo lo estipulado en la norma. En el otro extremo están los permisos de edificación otorgados por las Direcciones de Obras Municipales, donde la figura de revisores independientes parece aumentar el plazo de tramitación.

El uso de organismos externos de carácter técnico e imparcial (financiados de manera privada) a los que se encargan funciones públicas (como el otorgamiento de permisos) también se ha puesto en práctica en el país. Tal es el caso del Coordinador Eléctrico Nacional, un organismo financiado por los usuarios del sistema eléctrico y fiscalizado por la Comisión Nacional de Energía, que tramita la solución de conexión y la autorización de interconexión, dos permisos claves para los sectores energético, minero e industrial.

El cobro directo de los costos asociados a la prestación de un Servicio (como los trámites requeridos para un permiso) es la práctica en varios países de la OCDE, como Estados Unidos, Canadá o Australia. Este mecanismo permite promover la eficiencia, incrementar la transparencia, y asignar el costo administrativo solo en aquellos que solicitan permisos y no en todos los contribuyentes. También permite suplementar la dotación de recursos humanos y ajustarla a la demanda del servicio.

La aplicación de estos mecanismos puede ayudar en lograr mayor eficiencia en el sistema y por ende se recomiendan como prácticas a considerar. El nivel de éxito de estas experiencias depende del mecanismo que se implementa al interior del Servicio, así como de los incentivos y las sanciones aplicables a los colaboradores. En relación a los revisores independientes, son relevantes los criterios de selección (inscripción en registros validados mediante pruebas de acreditación y experiencia), de alcance en su participación (tareas o informes estructurados), de mecanismos de sanción (multa, suspensión o eliminación), y de sistemas de calificaciones (historial). En el uso de organismos financiados por la demanda deben atenderse especialmente a competencias técnicas e imparcialidad. Y deben revisarse las trabas que reducen los incentivos al traspaso de costos directos a los titulares de proyectos para asignar mejor los recursos públicos.

Independientemente de las brechas digitales y de capacidad humana, se identifican brechas de gestión de manera generalizada, pues los Servicios no siempre hacen el uso más eficiente de los funcionarios con los que cuentan, ni los capacitan, o generan especializaciones que permita elevar la eficiencia. Por ejemplo, en las Seremis de Salud

es habitual que quienes tramitan administrativamente las solicitudes sean los mismos que realizan visitas o fiscalizan, lo que impide gestionar eficientemente el recurso humano. Por otro lado, el Sernageomin ha implementado un proceso de cambios en su organización que le permitió optimizar las actividades de tramitación, haciendo que los funcionarios técnicos se especialicen en los permisos, reduciendo la carga administrativa. Además, los convenios interinstitucionales que transitoriamente reasignan recursos que permiten la contratación de funcionarios técnicos en otros Servicios han sido una buena experiencia. Por ejemplo, el Ministerio de Energía transfirió recursos a la Dirección General de Agua que permitieron aumentar en 144% la revisión de informes.

Incentivos desalineados

Los esquemas de incentivos actuales no están alineados con la tramitación expedita de los permisos. Por un lado, pese al claro tenor literal del artículo 27 de la Ley de Base de los Procedimientos Administrativos (Ley N° 19.880) que impone un plazo máximo de seis meses a los trámites del Gobierno, la Corte Suprema ha sostenido que la Administración no tiene plazos fatales. Ante esto un funcionario puede preferir dilatar su pronunciamiento y reducir el riesgo administrativo, sin que esto implique una evaluación negativa. Dado que los tiempos no se monitorean, no es posible gestionar con incentivos el cumplimiento de los plazos.

La DIPRES participa en la definición de indicadores de desempeño, pero los criterios sobre los cuales estos se definen y los tipos de indicadores que se exigen para cada Servicio no están unificados, lo que resulta problemático en las tramitaciones que involucran más de un Servicio. Si bien las medidas de desempeño podrían acotar los plazos de tramitación, en la práctica el establecimiento de indicadores de desempeño no entrega evidencia clara sobre la gestión de las actividades de los Servicios. Por ejemplo, las concesiones marítimas de la Subsecretaría de Fuerza Armadas y el permiso de rotura y reposición pavimentos del Serviu presentan indicadores con más de 80% de cumplimiento, a pesar de que se reportan extensos tiempos de tramitación.

Baja coordinación entre Servicios

Cerca de ochenta permisos requieren el pronunciamiento de más de un Servicio para su otorgamiento. La participación de otros organismos en la tramitación puede alargar el proceso hasta 6 meses, sin que el Servicio a cargo cuente con mecanismos de trazabilidad que permitan el seguimiento, incentivos que hagan compatible el interés del otro Servicio, o mecanismos de gestión para agilizarlo. Por ejemplo, el permiso de Concesión Marítima Mayor que se tramita ante la Subsecretaría de Fuerzas Armadas demora en promedio 45 meses en su tramitación, en parte porque requiere el pronunciamiento del Comité Regional de Uso del Borde Costero. Asimismo, al menos 5 proyectos en tramitación del permiso de Obras Hidráulicas Mayores se encuentran detenidos a marzo de 2019 a la espera de un pronunciamiento de la Dirección de Fronteras y Límites o de la Dirección de Obras Hidráulicas.

Baja calidad de información proporcionada por el titular

Aun cuando el titular del proyecto tiene los incentivos de apresurar el trámite, parte de la demora en la entrega de permisos es responsabilidad del titular que los tramita. Cuando la información que se entrega es incompleta o deficiente se genera una serie de iteraciones

para subsanar observaciones que extienden el tiempo de tramitación en hasta un 300%, como es el caso del permiso de relaves que otorga el Sernageomin.

La tramitación simplificada

En adición a las intervenciones que buscan agilizar trámites por medio de mejor gestión y calidad del proceso, se identificaron dos categorías de permisos que deben ser revisados de manera sistémica y su proceso de tramitación simplificado: los permisos con dos etapas, y los asociados a obras o actividades transitorias.

Un amplio conjunto de permisos requiere de dos etapas en su tramitación: primero la aprobación del proyecto, y luego la autorización de funcionamiento. La aprobación del proyecto consiste en el visto bueno asociado al diseño de la instalación y se lleva a cabo en una etapa conceptual del proyecto. En tanto, la autorización de funcionamiento se entrega luego de verificar que la instalación se hizo acorde a lo detallado en el proyecto aprobado, además de otras especificaciones técnicas o de seguridad. El modelo en dos etapas es deseable en proyectos que representan un alto riesgo para el interés público, pero tiene poco sentido en proyectos menores por impacto o envergadura.

En la práctica estos permisos exigen mayor carga a los Servicios, pues, en ocasiones, se requiere visitas a terreno para autorizar el funcionamiento, las que pueden representar un 30% del total de actividades de tramitación en un Servicio. Ello sugiere evaluar la pertinencia de esta figura. A nivel internacional, incluso en casos de alto riesgo, se tiende a enfocar más recursos en la aprobación del proyecto, reemplazando la etapa de autorización de funcionamiento por fiscalización periódica y altas sanciones en casos de incumplimiento.

La segunda categoría incluye a los relacionados con obras y actividades transitorias, accesorias al proyecto principal. Obras como la construcción e instalación de casetas para guardar equipamiento, campamentos y casinos móviles para los trabajadores, obras de acceso, u oficinas durante las faenas de construcción. Dado que el ordenamiento jurídico chileno no diferencia en función del carácter temporal de la actividad u obra, las transitorias deben obtener los mismos permisos que las permanentes. Esto implica que con frecuencia el plazo de tramitación resulta superior a la duración de la obra misma. Por ejemplo, generalmente los campamentos se utilizan menos de un año, pero requieren en promedio 15 permisos, en 5 fases consecutivas de tramitación, que pueden demorar hasta 12 meses. Someter a obras transitorias al mismo nivel de exigencia que las definitivas no tiene sentido.

1.2.2.- Certeza jurídica

La certeza jurídica tiene diversas definiciones y alcances. Para la regulación y tramitación de proyectos de inversión, se refiere a la percepción que tienen los inversionistas, funcionarios públicos y otros miembros de la comunidad respecto a las condiciones necesarias para obtener un permiso, así como de los derechos y obligaciones que de él emanan, y la confianza en que estas reglas serán generalmente observadas. A propósito de la certeza jurídica, identificamos dos tipos de problemas: i) las condiciones de estabilidad y ii) la previsibilidad.

Estabilidad

La obtención de permisos no constituye un objetivo en sí mismo, siendo una herramienta que permite la ejecución de los proyectos de inversión cautelando el resguardo de bienes jurídicos protegidos por nuestro ordenamiento, tales como la salud y vida de las personas y la protección del medio ambiente, entre otros. Por ende, el adecuado funcionamiento de la regulación tiene como condición necesaria el que los permisos gocen de un grado adecuado de estabilidad una vez otorgados conforme a derecho, y requiere que en caso de su posterior revisión o revocación—sea por vía administrativa o judicial—las causales, oportunidad y efectos, sean claramente determinados en la propia norma.

En los últimos años se ha constatado que varios proyectos—principalmente ligados al sector inmobiliario—han sido afectados respecto de la estabilidad de los permisos que obtuvieron. En algunos casos habiendo transcurrido un plazo relevante, no solo desde el otorgamiento del permiso respectivo, sino que desde la materialización del proyecto mismo. Estas situaciones merman la percepción de certeza jurídica que los inversionistas y consumidores confieren al ordenamiento institucional.

Tres factores tienen mayor incidencia en esta menor certeza asociada a la estabilidad de los permisos.

Primero, por la existencia de numerosas vías de impugnación respecto de un mismo permiso. Por ejemplo, un permiso de edificación puede impugnarse por nueve vías distintas, incluyendo vías administrativas y judiciales. Esto genera diversos efectos negativos, permitiendo que litigantes arbitren respecto del tribunal al que acudir, generando respuestas contradictorias entre diversas autoridades, y elevando los índices de judicialización en torno a la inversión. Este problema podría subsanarse si existiera un mecanismo administrativo o judicial cuya función sea objetar la legalidad de los permisos otorgados.

Segundo, por cambios a la jurisprudencia resultantes de la invalidación de permisos realizada por la propia Administración. En el pasado existían criterios que, respecto del titular que actuase de buena fe, limitaban la potestad de invalidar sus permisos. Esto se fundaba en la idea que, si un particular había seguido el criterio de la Administración al momento de otorgar un permiso, esta no pueda invalidarlo posteriormente si considerara que dicho criterio está errado. Actualmente, la Administración tiene la potestad de invalidar permisos obtenidos, si los criterios en torno al otorgamiento cambian con el tiempo, aunque el titular haya seguido el criterio original de forma correcta.

Por último, por el rol que la Contraloría General de la República ha asumido al pronunciarse acerca de la legalidad de la actuación de la Administración. Al constituirse una vía a través de la cual se resuelven asuntos de naturaleza litigiosa entre particulares, se ha generado un espacio adicional de impugnación contra los permisos otorgados.

Previsibilidad

Con frecuencia faltan criterios objetivos que permitan anticipar la actuación de un Servicio en el otorgamiento de un permiso. Aunque la discrecionalidad no configura un aspecto negativo en sí mismo, puede afectar la previsibilidad respecto del actuar del

Servicio bajo circunstancias similares.⁶ Si el actuar del Servicio es impredecible se afecta la igualdad ante la ley, pues ante situaciones equivalentes se obtienen respuestas distintas.

A partir del análisis se identificó un grado relevante de variabilidad en los criterios para el otorgamiento de permisos, lo que se observa a lo largo de todas las etapas de tramitación. Existe variabilidad en definiciones, requisitos de admisibilidad, las actividades durante la tramitación y los criterios que se utilizan para decidir sobre su otorgamiento. Este fenómeno es más severo a propósito de criterios distintos para el mismo permiso entre regiones. Por ejemplo, el permiso para la aprobación del Sitio de Almacenamiento de Residuos Peligrosos otorgado por la Seremi de Salud presenta diferencias entre regiones⁷ que van desde la variación en el nivel de detalle de las características de los residuos y su peligrosidad, hasta la imposición de otros permisos previos. La autorización de funcionamiento de proyectos de agua potable que otorga el mismo Servicio puede obtenerse en Antofagasta⁸ tras la presentación de material fotográfico, mientras en Valparaíso se requiere una visita a terreno.⁹ Para el Informe Favorable para la Construcción, en algunas regiones se ingresa por el SAG, y en otras por la Seremi de Agricultura, variando el nivel de exigencia y requisitos.

El desarrollo de inversiones y el ordenamiento territorial

Entre las normas con potencial de afectar la certeza jurídica asociada al desarrollo de proyectos de inversión debe destacarse el esquema de Ordenamiento Territorial en proceso de implementación. Este puede alterar de manera significativa el desarrollo de inversiones en el país, dado el rol ordenador del territorio y la vocación productiva de las regiones.

La Ley 21.074 sobre Fortalecimiento de la Regionalización del País crea la Política Nacional de Ordenamiento Territorial (PNOT) y los Planes Regionales de Ordenamiento Territorial (PROT), y señala asimismo las instituciones y atribuciones de los órganos que participan en el proceso (Gobiernos Regionales y la Comisión Interministerial de Vivienda y Territorio (COMICIVYT)). A propósito de esta modificación surgen dos elementos centrales. En primer lugar, los PROT se establecen como un elemento ordenador del territorio, siendo de carácter vinculante respecto de las condiciones de localización de infraestructura y actividades productivas en zonas no comprendidas en la planificación urbana. Así, solo podrán instalarse proyectos comprendidos en el PROT, independiente de las autorizaciones otorgadas por otras autoridades. Esta definición de la vocación productiva de las regiones puede complejizar aún más el proceso en torno a los permisos, pues las condiciones que los PROT imponen definirán los proyectos que puedan emplazarse, con perjuicio a la opinión de otras agencias. Por ejemplo, podrían definirse zonas en las que solo se autoricen proyectos de Energías Renovables No Convencionales, lo que impediría la instalación de cualquier otro tipo de proyecto, incluso si este diera cabal cumplimiento a la regulación sectorial respectiva.

En segundo lugar, debe tenerse presente que los PROT serán elaborados por el Gobierno Regional (Gobernador y consejeros), que a partir de 2021 serán electos por sufragio

⁶ Jorge Bermúdez, El Principio de Confianza Legítima en la Actuación de la Administración como límite a la Potestad Invalidatoria, Revista de Derecho Valdivia, XVIII, volumen 2, diciembre 2005.

⁷ Tarapacá, Atacama, Coquimbo, Valparaíso y Metropolitana.

⁸ Resolución exenta 5946/2018, Seremi Salud Antofagasta.

⁹ Resolución exenta 8699/2018, Seremi Salud Valparaíso.

universal. Dada su composición y origen, es razonable asumir que dichas autoridades estarán inclinadas a considerar los intereses regionales sin necesariamente sopesar intereses nacionales. Sin perjuicio de que el Comité de Ministros de COMICIVYT debe sancionar en última instancia los PROT, es probable que se generen espacios de tensión entre las autoridades regionales y nacionales a propósito de este instrumento, elevando la incertidumbre para los inversionistas.

Esta materia es clave pues, aunque resulta deseable ordenar y clarificar la disposición y uso del territorio, debe también velarse por crear mecanismos que faciliten, permitan e incentiven el desarrollo de inversiones a nivel regional.

1.3.- Principales recomendaciones

Con miras a proponer una estrategia de simplificación integral, que permita no solo la mejora de los permisos analizados, o los actualmente vigentes, sino que contemple acciones para generar un proceso continuo de mejora regulatoria, proponemos recomendaciones en tres niveles: i) específicas a los permisos clave estudiados, ii) generales a conjuntos de permisos, y iii) estructurales a todo el sistema.

Recomendaciones específicas

Se entregan 75 recomendaciones específicas que buscan mejorar los 23 permisos priorizados en el estudio, privilegiando las propuestas de modificaciones vía potestad reglamentaria que permiten la implementación en el corto plazo de medidas directas. De estas, 34 apuntan a mejorar el diseño regulatorio y 39 a mejorar la gestión de los Servicios y 2 que se enfocan en los dos ámbitos. La mayoría (52) constituyen modificaciones que deben ser implementadas por la misma Administración y sus Servicios a través reglamentos, resoluciones, instructivos o guías. Once propuestas requieren modificaciones legales, por lo que se hace necesaria su tramitación en el Congreso. Otras tres son de carácter mixto (legal y reglamentaria), y nueve puedan desarrollarse tanto por la vía legal como reglamentaria, según el alcance deseado.

Ejemplo de recomendaciones de diseño regulatorio son las asociadas a la RCA, a través de la incorporación de la jerarquización de los componentes ambientales que la componen. Con esto se busca disminuir los niveles de rigidez beneficiando la tramitación sectorial de los permisos ambientales mixtos, los que muchas veces requieren la modificación de la RCA original. También se espera que actúen como incentivo a incorporar mejoras en los proyectos, y que faciliten la fiscalización por parte de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Otro ejemplo es el Permiso de Edificación, a propósito de las numerosas vías respecto de las cuales es actualmente impugnado. Se propone definir una vía única que permita otorgar certeza tanto a los titulares como a la comunidad, y a la propia Administración en relación al plazo y condiciones necesarias para impugnar permisos respecto de los que existen dudas sobre los fundamentos legales de su otorgamiento.

Entre las recomendaciones de gestión destacan las propuestas de mejoramiento del procedimiento para el otorgamiento de concesiones, tanto de uso oneroso otorgado por el Ministerio de Bienes Nacionales, como las concesiones marítimas otorgadas por la Subsecretaría para las Fuerzas Armadas. Con estas intervenciones se espera disminuir los plazos de tramitación de entre dos y tres años a menos de uno.

Recomendaciones generales

El análisis de los permisos priorizados entregó hallazgos que dieron cuenta de la oportunidad y necesidad de realizar recomendaciones de carácter general, cuyo impacto abarcase más de un permiso en particular. Estas buscan mejorar la eficiencia en el otorgamiento de permisos e incrementar la certeza jurídica de estos mismos.

En materia de eficiencia, se propone una estrategia en dos etapas. Primero, crear un adecuado nivel de trazabilidad en la tramitación de permisos, lo que requiere el mapeo de todos los procesos, la identificación de espacios de mejora y la estimación de la brecha de recursos. Esto permitirá incorporar los plazos de tramitación como un indicador de gestión, y la trazabilidad del mismo para mayor nivel de transparencia. Esta labor debe ser apoyada, validada y monitoreada por una entidad distinta al Servicio que otorga el permiso, ubicada en el centro del Gobierno.

La segunda etapa es comenzar con un proceso de intervenciones graduales, focalizadas en los permisos priorizados. En particular, se deben solucionar los requerimientos de recursos, con énfasis en la digitalización de procesos, en el traspaso de costos al usuario, y la mejor coordinación entre Servicios. Se propone articular dos modelos, uno basado en colaboradores externos, y otro con una tasa diferenciada para los titulares de grandes proyectos que opten por financiar directamente el costo del permiso, ambos con el fin de acelerar la tramitación. Para mejorar la coordinación en caso de permisos que requieran pronunciamientos de diversos Servicios, se propone asignar un responsable e incorporar normas de silencio positivo interno.¹⁰

Para incentivar la correcta solicitud de los permisos por parte de los titulares, incluyendo información completa y suficiente, se propone un mecanismo de rechazo anticipado, un número máximo de iteraciones con el Servicio y la implementación del mecanismo de abandono de tramitación por inactividad del titular establecido en el artículo 43 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo.

Para mejorar los aspectos normativos se propone definir el plazo de tramitación para todos los permisos existentes, incluyendo plazos referenciales para cada una de las actividades en la tramitación; rediseñar los procedimientos de tramitación con base en los riesgos asociados; y establecer un sistema de declaración para permisos de bajo riesgo.

En materia de certeza jurídica, con el fin de otorgar mayor estabilidad a los permisos se propone precisar como vía de impugnación un reclamo de ilegalidad general aplicable a todo permiso que no tenga un mecanismo de reclamación especial; regular expresamente los alcances de la facultad de invalidación de la Administración; y precisar las materias respecto de las cuales la Contraloría General de la República puede resolver sobre “asuntos de naturaleza litigiosa”.

Para otorgar mayor previsibilidad al otorgamiento de permisos se propone unificar desde el nivel central los criterios que utilizarán los servicios regionales para el otorgamiento de permisos.

¹⁰ El concepto del “silencio positivo interno” permite al titular entender como aprobada una tramitación luego de 5 días de haber denunciado que se superó el plazo normativo.

Finalmente, se propone incorporar en los nuevos instrumentos de ordenamiento territorial mecanismos que permitan otorgar coherencia a las decisiones locales de usos de territorio con aspectos estratégicos a nivel nacional; y definir incentivos para la instalación de proyectos que consideren las potenciales externalidades negativas.

Recomendaciones estructurales

Del análisis resulta claro que el país requiere de una reforma estructural a la forma en que se definen, diseñan, y otorgan permisos. A pesar de que el foco de análisis son los permisos para la inversión en un grupo limitado de sectores, el diagnóstico y las conclusiones sugieren que los problemas aquí referidos también afectan al resto de los permisos y trámites de la Administración, sean requeridos para proyectos de menor tamaño o por los ciudadanos.

Para dar cuenta del acervo regulatorio vigente resulta esencial que se instruya un proceso permanente de revisión regulatoria, con activa participación del Estado y el sector privado; mientras que para asegurar la calidad de las nuevas regulaciones se propone un mecanismo de evaluación. Con este objetivo de largo plazo en mente proponemos la creación de una entidad enfocada en la calidad de las políticas públicas, que de manera continua y constante monitoree y apoye los procesos de mejora regulatoria a lo largo de todo el ciclo regulatorio, los que deberán seguir una metodología elaborada por la propia entidad, y someterse a revisiones periódicas.

1.4.- Conclusiones

El mandato asignado a la CNP por la Presidencia de la República instruyó una revisión de los permisos requeridos para invertir en cinco sectores clave de la economía (minería, energía, infraestructura, inmobiliario, e industria), y propuestas de simplificación que hicieran el proceso de obtención de dichos permisos más eficiente y expedito. El mandato era explícito respecto de no reducir el nivel de exigencias y la protección que la norma actual demanda.

El análisis identificó 400 permisos, otorgados por 53 entidades, a los que se catastró considerando características como el plazo de tramitación y la normativa de respaldo. Con la visión de estos 400 permisos, y el foco en 23 permisos considerados críticos, se realizó un diagnóstico de la tramitación de permisos para invertir, concluyendo que el sistema tiene problemas de baja eficiencia y creciente incerteza jurídica. Los problemas de eficiencia se manifiestan principalmente en el incumplimiento generalizado de los plazos para su otorgamiento, resultado de procesos obsoletos, baja digitalización, mínima trazabilidad, varianza y discrecionalidad en criterios, descoordinación entre Servicios, y múltiples iteraciones debido—entre otras cosas—a la baja calidad de la información entregada por titulares. Los menores niveles de certeza jurídica se asocian a la falta de previsibilidad al tramitar un permiso, y a la estabilidad del permiso otorgado en el tiempo.

Nuestras recomendaciones, de ser implementadas, no solo permitirán acortar los tiempos de tramitación y mejorar los procesos internos de los Servicios, sino también avanzar en un proceso de mejora en la calidad regulatoria, que en el mediano plazo pondría a Chile al nivel de los países desarrollados. Solo así será posible contribuir al desarrollo del país

en el largo plazo a través de proyectos de inversión que aporten al crecimiento económico manteniendo altos estándares alineados con un desarrollo sustentable.