

## POSICION DEL EMPRESARIO MINERO FRENTE A LA REFORMA DEL CODIGO DE AGUAS

HERNÁN HOSCHILD ALESSANDRI

*Presidente*

*Sociedad Nacional de Minería*

Antes que nada, quisiera agradecer la invitación a participar en este seminario.

Iniciativas como esta ayudan a acrecentar el conocimiento y la información sobre disciplinas tan relevantes para una sociedad, como el derecho de las aguas y, con ello, se contribuye a su mejor aplicación e interpretación y análisis.

Quizás si en nuestro país hubiere existido una mayor cultura sobre esta materia en el pasado, nunca hubiéramos llegado a discutir en esta mesa el proyecto de ley que hoy se está impulsando.

### COINCIDENCIA EN LOS OBJETIVOS

Nadie podría dudar que el objetivo del derecho de aguas debe ser posibilitar un mejor y más equitativo uso de un recurso que se vuelve escaso en forma creciente.

Por ello, la ley debe propiciar una adecuada utilización de todas las aguas que están disponibles, en beneficio de todos los miembros de la sociedad.

Nadie pretende desconocer que actualmente la institucionalidad de las aguas presenta ciertas falencias que merecen ser resueltas, y que muchas de las razones por las cuales el mercado no opera en forma perfecta son condiciones extralegales.

Por ejemplo, muchas cuencas hidrográficas se encuentran, según la autoridad, agotadas para conceder derechos, y ante nuestros ojos vemos cómo, en esas mismas cuencas, miles de litros por segundo se pierden en el mar, más

allá de su desembocadura, sin prestar ninguna función de utilidad.

Según otras cifras, cerca del 70 por ciento de las aguas son utilizadas sin los derechos pertinentes constituidos, es decir, de manera informal.

Además, a pesar de estar considerado en el Código vigente, la DGA no ha implementado un catastro nacional de aguas. Y tampoco cuenta con los recursos y la capacidad técnica necesarios para generar información y asegurar la transparencia en el mercado y en la administración de un recurso tan importante para la vida de un país.

Todo ello, sin duda, ha contribuido en forma importante a que el funcionamiento del sistema de las aguas en nuestro país permita algunas situaciones inequitativas. Y por ello mismo, debiera tenerse en consideración a la hora de buscar las soluciones adecuadas.

Así, el sentido común indica que el primer paso para resolver un problema debiera ser identificar las causas verdaderas que lo generan.

Pero ello no ha sucedido en este caso, pues no se aprecia ninguna relación efectiva entre los argumentos que se invocan para propiciar la reforma y su texto expreso.

Al parecer, las falencias actuales solo se han utilizado de excusa para implementar en materia de administración de recursos hídricos un modelo económico interventor, donde el rol del mercado es reemplazado por la discrecionalidad de la autoridad administrativa, perjudicando con ello la competitividad de to-

das las actividades que requieren agua para su desarrollo.

Se critica el Código actual por estar formulado básicamente para los agricultores. Con el actual proyecto, que buscó regular los derechos no consuntivos de las empresa hidroeléctricas y sus prácticas abusivas, se ha implementado una reforma que trae de contrabando una visión de la economía y de la sociedad obsoleta, y que solo agravará los problemas que actualmente existen.

#### CAMBIO DE LOS SUPUESTOS DEL PROYECTO

Por otro lado, en su larga tramitación de casi siete años, se ha perdido gran parte de los fundamentos originales que motivaban la reforma.

A comienzos de esta década se esbozó una nueva política nacional de aguas, fundada en la creciente escasez del recurso hídrico, producida por la utilización masiva que de él se haría para proyectos hidroeléctricos.

Sin embargo hoy, 7 años después, la matriz energética del país ha cambiado, y la introducción del gas natural como fuente de energía hace poco probable que nuestro país vea nuevos proyectos hidroeléctricos en los próximos 20 o 30 años.

Además, el sector privado ha realizado importantes alumbramientos de nuevos recursos subterráneos, lo que unido a la optimización del uso del agua gracias a los avances tecnológicos, han asegurado la disponibilidad de aguas por mucho tiempo en nuestro país.

#### UNA PROPUESTA SENSATA Y REALISTA

Siendo consistentes con nuestro planteamiento de respeto al bien común y racionalidad en nuestros postulados, creemos que un aspecto que podría perfeccionarse para promover la mejor utilización del recurso y evitar las peticiones especulativas y el acaparamiento, sería reformar la actual obtención y mantención gratuita de un derecho de aprovechamiento de aguas. Actualmente el uso o no uso de éste no significa ningún costo directo para el beneficiario (solo costo alternativo).

Sin importar el estado actual del proyecto de reformas al Código de Aguas y dejando a un lado toda obcecación particular, es urgente abocarse con un criterio técnico a analizar los verda-

deros problemas prácticos que se han planteado con la actual institucionalidad y, con un criterio pragmático, identificar posibles soluciones.

En este punto, concordamos en que la obtención y mantención de los derechos de agua en forma gratuita en el patrimonio de una persona no es armónico con el resto de la legislación y no favorece su uso.

Creemos que lo más simple y efectivo para corregir esta situación sería aplicar al derecho de las aguas el mismo régimen utilizado para los demás derechos reales inmuebles en nuestra legislación, mecanismo que ha funcionado con éxito. Ejemplo de ello son el sistema aplicable a los predios superficiales y a las pertenencias mineras.

De esta manera, efectivamente se promovería el adecuado uso del recurso, sin incluir elementos confusos, poco realistas y de dudosa constitucionalidad, en el Código de Aguas. No tiene ningún sentido tratar de reinventar la rueda en esta materia. Y me gustaría que alguno de los impulsores de la reforma nos dijera qué inconveniente le ve a esta propuesta de solución.

Así, la tenencia de un derecho de aprovechamiento de aguas podría estar gravada con un impuesto, de un monto razonable y de la misma forma que lo está cualquier otro bien raíz y con el mismo tratamiento tributario, es decir, este impuesto puede ser utilizado como crédito contra el impuesto de primera categoría, cuando se utiliza en un proceso productivo, fomentándose de esta manera su utilización. Esto es lo que sucede exitosamente en el caso de los predios superficiales y las pertenencias mineras. Obviamente, el monto del impuesto debe depender del avalúo del bien.

Esta propuesta es consistente con el resto del ordenamiento jurídico a la vez que realista y pragmático.

También somos partidarios de otras reformas, como de regular los usos consuntivos y no consuntivos, o de ampliar la facultad para conceder derechos eventuales.

Cada solución debe ir enfocada a resolver cada problema concreto.

En este sentido, el problema del acaparamiento de derechos superficiales y del "cierre de hecho" de algunas cuencas hidrográficas podría ser afrontado específicamente por la vía, por ejemplo, de reglamentar de mejor forma el otorgamiento de derechos eventuales

cuando se acredite disponibilidad efectiva del recurso. Del mismo modo, la legislación podría contemplar "servidumbres legales de uso" para ciertas necesidades, de manera similar a las servidumbres legales que considera la legislación minera, que en todo caso se constituirían previa indemnización. En fin, la ley podría también contemplar un mecanismo expedito de solución de controversias que permita a los interesados una rápida definición de sus derechos en relación con recursos limitados.

La Sociedad Nacional de Minería compromete desde ya su mejor esfuerzo para este trabajo, poniendo a disposición de las autoridades la enorme experiencia adquirida por sus socios, muchos de ellos empresas que pueden exhibir un importante avance en materia de aprovechamiento del recurso.

#### LA MAL LLAMADA PATENTE POR NO USO

El proyecto ha llamado patente por no uso a una sanción establecida en forma discrecional y administrativa por el Director de la DGA.

Engañosamente, se ha comparado esta sanción con el sistema de patentes mineras, que ha permitido una utilización exponencial y muy exitosa del recurso minero en los últimos 15 años, sin problemas de especulación, mal uso ni acaparamiento.

Sin embargo, las patentes mineras no admiten excepciones y provocan, por el solo hecho de su pago, el efecto de amparar el derecho de propiedad sobre la pertenencia.

Por el contrario, la sanción que considera la reforma es un efecto del desamparo sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, determinado unilateralmente y en forma discrecional por la DGA.

Lamentablemente, en Chile sistemas como este se han aplicado a la minería, generando solo abusos, corrupción e ineficiencia en el uso de los recursos. Por esto es incomprensible que se promueva una reforma legal tan importante, condenada a un mal funcionamiento y que ningún sector del país podrá soportar.

#### PRESUNCIONES SOBRE LAS OBRAS DE CAPTACIÓN: UN PARCHE MAL PUESTO

Los defensores del proyecto de reforma sostienen que la discrecionalidad para deter-

minar el no uso, y para multar por ello, se encuentran superadas por las presunciones legales de uso otorgadas cuando existan construidas "obras de captación".

Pero este sistema supera un problema con un claro contrapropósito a los mismos fundamentos del proyecto de ley, pues ello no favorece en nada al aprovechamiento real del recurso.

Simplemente, lo anterior obliga a quien no quiere pagar la multa por no uso, a construir cualquier obra de captación que satisfaga la normativa. Es decir, la propia ley entrega la forma de vulnerar el sistema sin utilizar el recurso.

Además, esta redacción desconoce el carácter abstracto del derecho de aprovechamiento de aguas que, una vez adquirido, da derecho a que el recurso pueda ser utilizado libremente para cualquier propósito.

Un sistema es perverso cuando favorece los fraudes y las simulaciones. Y en este caso, la construcción de una obra de captación cualquiera, por ejemplo, para un uso agrícola, otorgará una especie de seguro perpetuo contra la multa por no uso aplicada por el director de la DGA, incluso en el caso de que el agua se venda a terceros o se utilice sucesivamente para fines industriales, mineros, etc.

Esta reciente reforma, que hace en muchos casos inoperante la multa por no uso, nos demuestra fehacientemente que el verdadero fundamento de esta modificación legal no es fomentar el uso racional del recurso, sino crear un instrumento que permita planificar la economía nacional mediante resoluciones administrativas y concesiones discriminatorias de derechos de aguas.

En un sistema de libertad y de mercado ni la ley ni autoridad alguna puede privilegiar ciertos usos sobre otros.

En este nuevo sistema, esta facultad será un resorte exclusivo del "señor de las aguas".

#### FRAUDES Y SIMULACIONES

Sin duda, un sistema enfocado de esta manera facilitará la maquinación de numerosos fraudes y simulaciones, como por ejemplo los trasposos artificiales de derechos de agua, las sucesivas promesas de compraventa y arrendamiento para ocultar el traspaso del derecho, las exploraciones y explotaciones de aguas subterráneas bajo disfraces mineros, la división y

atomización de los derechos de agua de una persona para quedar en los tramos exentos y dificultar así la fiscalización de la DGA, etc.

Todo esto provocará el derroche de un recurso escaso y el ocultamiento de información, perjudicando el funcionamiento del mercado y de la institucionalidad de las aguas.

#### UN ESTATUTO PARA EL "SEÑOR DE LAS AGUAS"

Las amplias facultades discrecionales que el proyecto da a las autoridades políticas para constituir, gravar y caducar los derechos de aprovechamiento, convertirán al Director de la DGA en una de las personas con más poder económico del país: en un verdadero "señor de las aguas".

Todo el sistema productivo nacional depende de las aguas: incluso los bancos e instituciones financieras que tienen garantizados sus créditos con derechos de agua, con la reforma verán perjudicados sus derechos, ya que ella incluso pretende tener efectos retroactivos.

Señoras y señores:

Luego de la reforma, ¿quién va querer pagar para adjudicarse en un remate derechos condicionales y sumamente precarios?

¿Quién querrá tener dentro de su patrimonio un derecho que en cualquier momento puede ser cancelado por el Presidente de la República, por decreto, y sin indemnización?

¿Quién responderá a los acreedores que tienen garantizados sus créditos con derechos de agua y que con esta reforma ven seriamente vulnerado incluso su derecho de prenda general?

¿Quién va a tomar el riesgo de efectuar cuantiosas inversiones para desarrollar proyectos mineros en que la certeza de disponibilidad de agua para los procesos es imprescindible?

Por estas razones, esta reforma perjudicará gravemente la capacidad crediticia e impedirá el progreso y desarrollo de miles de agricultores y mineros, sobre todo de los pequeños y medianos, así como el de todos los poseedores de derechos de agua del país.

Por otro lado resulta absurdo que se exija, en la solicitud de derechos de aguas, justificar la cantidad que se solicita y su destino, y menos que se pueda limitar o denegar la solicitud si la petición no atiende a los fines que el propio peticionario invoca, según lo considere la DGA.

No es creíble que esta exigencia sea un mero formulismo de publicidad, pues en este caso no tendría ningún sentido y solo promovería fraudes y mentiras.

A esto debe sumarse que el uso de los derechos de aguas puede cambiarse cuantas veces quiera el titular del derecho, lo que hace que esta mención solo tenga sentido en caso de que se quiera otorgar o no otorgar derechos de agua según las prioridades de desarrollo que el "señor de las aguas" determine, siendo su uso vinculante para el peticionario.

#### LA CALIFICACIÓN ADMINISTRATIVA DEL USO DE UN DERECHO

El proyecto en tramitación introduce un peligroso criterio jurídico, que modifica sustancialmente las tradicionales facultades del titular de un derecho de dominio.

Por ello, por alterar la esencia de un derecho amparado por la Constitución, y limitando significativamente su libre ejercicio (artículo 19 N<sup>os</sup> 24 y 26), creemos que este proyecto requiere una reforma constitucional. Además el proyecto pretende afectar incluso a los derechos ya constituidos, lo que la hace especialmente inconstitucional.

El principio que introduce en nuestro ordenamiento jurídico el aceptar una sanción por "no usar un derecho" en la forma deseada por la autoridad, puede ser extendido progresivamente a muchos otros derechos, y fue, en efecto, el mismo principio que se utilizó para promover la reforma agraria.

Recordemos que en los años 60 se decía que los que "utilizaban bien las tierras nada tenían que temer".

#### CAUDALES ECOLÓGICOS MÍNIMOS

Respecto a la regulación del caudal ecológico para cada una de las cuencas hidrográficas del país, la autoridad tiene actualmente todas las herramientas legales necesarias para establecerlos y conseguirlos, tanto por la vía de la solicitud de derechos de aprovechamiento, como por la vía de la expropiación.

Los efectos ambientales y paisajísticos buscados con este caudal mínimo, deben obedecer a una decisión de toda la sociedad, y esta debe estar muy informada sobre el costo alternativo que este bien significa.

Es decir, la sociedad debe saber cuánto le significa preferir mantener la belleza de un delta, por ejemplo, antes de facilitar las mismas aguas para un proyecto industrial o minero.

Lamentablemente, el único sentido que le vemos a este aspecto de la reforma es buscar y conseguir el caudal ecológico mínimo, sin indemnizar a los titulares de derechos que se verán perjudicados y expropiados, lo que es otra razón para atacar al proyecto por inconstitucional.

Creemos que lo más adecuado para dar seguridad jurídica al país es solicitar a la autoridad que fije a la brevedad posible dichos caudales en todos y cada uno de los ríos de nuestro país y que señale por cuánto tiempo dichos caudales no serán modificados.

Solo así podrá dar seguridad a todos los actores que utilizan del agua y que requieren de ella para implementar sus proyectos de desarrollo. Además ello daría transparencia al sistema y permitiría a cualquiera persona conocerlo en forma previa.

Aunque sea de perogrullo señalarlo, los caudales ecológicos deben atender a la realidad geográfica de cada lugar, por lo que deben ser muy distintos si se trata de caudales del norte desértico del país, que otros del sur.

#### AGUAS EN LA MINERÍA

Al sector minero esta reforma le preocupa especialmente por la carencia de este recurso en la zona norte. El precio del agua en el norte tiene un valor sumamente distinto que en el sur, y la necesidad de agua para la minería ha llevado a nuestras empresas a gastar millonarias cifras en exploración y alumbramiento de aguas subterráneas, así como a invertir en tecnología de punta que asegura un adecuado reaprovechamiento de las aguas ya utilizadas en sus procesos, circunstancias que permiten la actividad minera y que hoy benefician a toda la comunidad.

¿Volverá a ser posible que las grandes empresas mineras gasten 30, 50 o más millones de dólares en campañas de exploración de aguas subterráneas y depósitos fósiles, en circunstancias que, con suerte, solo obtendrán un derecho condicional y limitado?

Cualquier faena minera requiere, antes de empezar su construcción y su producción, tener asegurado el abastecimiento de agua por

un largo período de tiempo, lo que con los derechos condicionales que esta reforma considera se dificulta enormemente.

Peor aún, dado el período de maduración de los proyectos mineros, en caso que un inversionista decida construir una planta y explotar una mina, pasarán al menos tres o cuatro años antes de que se empiecen a utilizar las aguas, tiempo en que será sancionado económicamente por el no uso de las aguas.

Todo esto no hace más que perjudicar el desarrollo minero y de muchas otras actividades del país, favoreciendo a nuestros competidores internacionales.

Asimismo el aprovechamiento de las aguas requiere tener constituidas servidumbres de tránsito y también otras autorizaciones.

En el caso minero, por ejemplo, además de las que contempla el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, son necesarias autorizaciones de Sernageomin, la DGA, el SNS, las municipalidades, el SAG, Bienes Nacionales, etc. Así, es imposible utilizar el agua desde que se adquiere el derecho, y muchas veces la causa de la multa por el no uso será, paradójicamente, la propia demora de las autoridades del Estado en otorgar las autorizaciones y permisos requeridos.

Es así como se pueden gastar enormes cantidades de tiempo y dinero para tramitar y aprobar un estudio de impacto ambiental con sus respectivos permisos sectoriales. Y después de todas las autorizaciones, el "señor de las aguas" podrá denegar la concesión del derecho de aprovechamiento que se requiere, haciendo fracasar el proyecto.

Con estas circunstancias es poco probable pensar que los actores productivos del país se sientan estimulados a desarrollar inversiones que impliquen el recurso hídrico. Creemos, por tanto, que esta reforma solo provocará incertidumbre en la minería, disminuyendo nuestra competitividad como país y aumentando nuestros costos.

Decíamos que la minería ha realizado grandes aportes para el descubrimiento de aguas del norte del país. Y con el uso de modernas tecnologías, reciclaje y una gran conciencia social, ha disminuido el uso de aguas de 3,5 a 0,5 metros cúbicos por tonelada en promedio.

Gracias a esto, el agua existente para las comunidades del norte del país ha aumentado en forma considerable.

Lamentablemente, esta reforma impedirá que estos aportes de la minería nacional al mejoramiento de la calidad de vida de las comunidades del norte del país se sigan realizando en el futuro.

En el último tiempo, conscientes de la escasez del recurso y del debilitamiento de su institucionalidad legal, los mineros hemos propiciado los tratados de integración minera con Argentina y Bolivia, donde se considera la utilización en Chile de recursos hídricos que tienen su fuente al otro lado de la frontera.

Cabe temer que el restringir y debilitar los derechos de agua en Chile, hará artificialmente más valiosos y más atractivos los derechos de agua extranjeros sobre los nacionales.

#### REFLEXIÓN FINAL

Por último, señores asistentes, creemos que este proyecto se encuentra irremediablemente condenado al fracaso.

Por mucho que se introduzcan mejoras y se parchen las falencias más erráticas del proyecto (por ejemplo, que se modifiquen los aspectos

que hacen inconstitucional el proyecto; que se reduzca la progresiva multa por no uso; que se regulen o limiten las inmensas facultades discrecionales de la DGA y del Presidente de la República, o que establezcan criterios más razonables para determinar el momento y la forma del no uso que generará la multa), esta reforma está tan mal enfocada, que no podrá ser aplicada en el país.

Así, en caso que el proyecto sea promulgado como ley, prevemos que el corto plazo aumentará la informalidad, la corrupción y el mal uso del recurso hídrico.

Y como nuestro país no puede vivir sin usar aguas, las autoridades encargadas de lograr el bien común se verán en la obligación de volver a reformar la ley en forma urgente, amén de transformarla en letra muerta y dejar de aplicarla, enterrando en ambos casos el proyecto que ahora se discute.

Quisiera terminar con una sola idea: el sistema de las aguas puede y debe ser perfeccionado, pero las mejoras que verdaderamente se necesitan van por otro camino y no requieren necesariamente de una modificación legal.