

EVOLUCIÓN Y ESTADO ACTUAL DE LA TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE AGUAS

SERGIO ROMERO P.
Senador de la República

1. EL PROYECTO COMENZÓ EN 1992 COMO REIVINDICACIÓN IDEOLÓGICA

Si había una observación de fondo, para los proponentes y defensores tempranos del Proyecto, esta era fundamentalmente ideológica. Esto es entendible si se tiene presente que se vivían los primeros años de cambio de un régimen que no fue precisamente neutral en términos de ideología económico social. En otras palabras, se quería volver atrás, más que por un real convencimiento y certeza de la existencia de problemas y sus causas, por una razón reivindicativa.

En el plano jurídico, se presentaba como “recuperación de la calidad de bien nacional de uso público del agua” (que, ciertamente, nunca ha perdido), pero que significaba, en términos más económicos –bajo la interpretación del gobierno de la época– la activa participación del Estado/Administración en la planificación y asignación del recurso agua. Vale decir, no se aceptaba la existencia de un mercado de aguas, propiamente tal.

Con el transcurso del tiempo, y a medida que fueron apareciendo estudios sobre el tema (en especial los de carácter económico) y foros de intercambio de opinión, el lenguaje del oficialismo y, hasta cierto punto, algunas de sus proposiciones, fueron morigerándose¹. Se reconoció, al menos en el discurso, el fundamental y benéfico papel de un mercado de derechos de agua.

2. ESTADO ACTUAL DE TRAMITACIÓN DEL PROYECTO DE LEY SOBRE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO DE AGUAS

El Proyecto se encuentra en el Senado en segundo trámite constitucional. Ya se evacuaron los informes de la Comisión de Constitución, Legislación y Justicia, de la Comisión de Obras Públicas y de la Comisión de Hacienda. Hace un par de semanas se cerró por tercera vez el plazo para hacer indicaciones, las cuales en total suman más de doscientas. El Proyecto se encuentra actualmente sin urgencia. Cualquiera interesado puede acceder al sitio web del Senado (senado.cl) y encontrar el detalle cronológico de la tramitación del Proyecto, además de archivos que contienen el texto de los informes de las comisiones. Hemos intentado que exista la mayor transparencia posible en la generación de las leyes. Pienso que esto podría imitarse por el Ejecutivo en el ejercicio de su potestad reglamentaria. Sería sumamente beneficioso que pudiera tenerse acceso al proceso de génesis de muchas normas reglamentarias de gran importancia.

I. EJE CENTRAL DE LA DISCUSIÓN: COSTOS EN LA ASIGNACIÓN INICIAL DE DERECHOS Y EN LA CONSERVACIÓN DE LOS MISMOS Y SU IMPLICANCIA EN EL FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE AGUAS

Partiendo del supuesto de que todos conocen en mayor o menor medida el Proyecto, me permitiré “ir al grano” y repasar sucintamente los puntos más controvertidos del mismo.

Los gobiernos de la Concertación estiman que el mercado de derechos de aprovechamiento no ha funcionado bien debido a *carencias normativas*. Sostienen que el actual sistema no provee los incentivos adecuados para una correcta asignación y administración del recurso.

¹ Ver a este respecto Vergara Blanco, Alejandro: “Las Aguas como Bien Público (No Estatal) y lo Privado en el Derecho Chileno: Evolución Legislativa y su Proyecto de Reforma”, en Embid Irujo, Antonio (director): *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y Modernización en el Inicio del Tercer Milenio*; Tomo I, Universidad de Zaragoza, Civitas, 2002. En este artículo, el profesor Vergara realiza un interesante y documentado análisis sobre los distintos estados del Proyecto desde una perspectiva de la tensión entre lo público y lo privado, y de cómo ha cambiado la posición del Ejecutivo sobre la materia.

1. *Supuestos problemas relativos a la asignación originaria de derechos.*

A) *Medida propuesta:* Justificación del cuánto y el para qué al momento de solicitar derechos de aprovechamiento de aguas.

a. *Fundamento.* El objetivo buscado por el proyecto no es otro que evitar que se pidan todas las aguas disponibles, en ocasiones ríos completos, sin que ello tenga relación alguna con el proyecto que se desea ejecutar. El Ejecutivo pregunta si se quiere mantener un sistema en el cual una persona puede pedir cualquier caudal.

b. *Motivación.* Adicionalmente, molesta la gratuidad, la especulación y lo que se considera una fuente de riqueza injusta.

Se pretende remediar lo que se estima como un aprovechamiento en virtud de la supuesta carencia de valor o costo al momento de adquisición, unido a la ausencia de certeza respecto de si se usará realmente.

c. *Forma de implementación.*

i. Con relación al *cuánto*. Los que apoyan esta iniciativa sostienen que el criterio de la DGA se basaría en el uso de coeficientes técnicos sobre la relación entre caudal y uso (determinar cuánta agua se necesita para cada uso), lo cual, desde el punto de vista de la ingeniería (plantean ellos), sería muy simple.

ii. Referente al *para qué*. Se requeriría la presentación de memorias explicativas de proyectos para solicitar derechos.

a. Crítica 1: Se estaría otorgando un importante espacio de discreción, sumamente difícil de ejercer. Habría que entrar en una casuística muy compleja de manejar (ej.: ¿se considera que no utiliza sus derechos de agua quien quiere tener una reserva de agua para precaverse ante la eventualidad futura de una sequía?).

b. Crítica 2: Como lo plantean algunos académicos², "exigir a quienes soliciten derechos que definan su uso, la tecnología y otros, constituye un componente muy negativo del proyecto, toda vez que amarra a futuro y hace mucho menos transable el derecho". No todo es planificable en forma previa. Los negocios son mucho más dinámicos e imprevisibles³.

c. Crítica 3: Difícil y costosa fiscalización.

d. Crítica 4: La supuesta falencia del Código de Aguas a este respecto ha perdido cierta relevancia en virtud de que, según el mismo Gobierno, el recurso –en su gran mayoría– ya está otorgado.

e. Crítica 5: No es enteramente certero plantear –al menos en teoría– que no existe un sistema de precio o valor en la adquisición de derechos de aprovechamiento. Partamos primero de la base que, de acuerdo a la actual normativa, no se debiera poder otorgar derechos si no hay disponibilidad. Cuando no hay interesados por nuevos derechos no se cobra por la adquisición (la actual ley infiere que de ser valorado el recurso, habrían más interesados). Por el contrario, cuando hay más de un interesado por nuevos derechos, estos se asignan vía remate, teniéndose que pagar, por ende, un precio. Sin perjuicio de esta argumentación teórica, acepto que las señales que da el mercado son dudosas (agua gratis porque es abundante). En todo caso, creo que la propuesta no va en la dirección correcta.

B) *Contrapropuesta:* me pregunto si no sería más conveniente estudiar un sistema de adquisición de derechos de aprovechamiento que privilegie el *otorgamiento vía remate* (periódico y debidamente publicitado), eliminando la posibilidad de solicitar individualmente derechos en cualquier tiempo y forma.

– Entiendo que esta es una idea que, estando presente en la época de la dictación del Código de Aguas de 1981, no prosperó suficientemente.

– En otros sectores, la asignación de derechos o bienes escasos se hace vía licitación o remate. Ver, por ejemplo, el sector de telecomunicaciones.

– Te aseguras de que exista un valor concreto por los derechos otorgados. En la medida propuesta por el Ejecutivo no se aborda, en cambio, el tema de la gratuidad.

gía constante, algo así como una matriz de insumo-producto, y que esto es algo que se rigidiza en el tiempo. Apoyando esta visión estaría el hecho de que el avance tecnológico es tan rápido que todos estos coeficientes de uso de agua van a estar variando en forma imposible de predecir de parte de la autoridad y, por lo tanto, habrá muchas equivocaciones, además de generar una enorme burocracia. Se teme que esto signifique sumar más instancias regulatorias de autorización para el derecho de hacer actividades emprendedoras, lo que puede terminar ahogando muchas iniciativas.

² Gómez-Lobo, Andrés y Paredes, Ricardo: "Mercado de Derechos de Agua: Reflexiones sobre el Proyecto de Modificación al Código de Aguas", en *Estudios Públicos*, 82 (otoño 2001).

³ En la Comisión de Hacienda se han recibido documentos que sostienen que ello requiere una tecnolo-

2. *Supuesto problema del valor o costo de conservación de los derechos de agua.*

El Proyecto parte del supuesto de que no existe costo en la conservación de derechos, lo que redundaría en un pobre estímulo para el dinamismo del mercado. El predicamento del Gobierno es que como no existe costo para mantener derechos de aprovechamiento de aguas (unido, además, a que puede que la adquisición haya sido gratis), los actuales tenedores no se deshacen de sus derechos.

A) *Medida propuesta: Patente por no uso.*

- a. Objetivo: (i) La iniciativa legal pretende incentivar el uso de los recursos hídricos por quienes realmente los requieren para fines productivos, incorporando un costo a los actuales tenedores. De este modo, se verán obligados a evaluar la conveniencia económica de mantener los derechos sin uso, pagando patente; darle un uso productivo o, finalmente, desprenderse de los mismos, por renuncia o transacción con terceros. (ii) Sin perjuicio de lo anterior, no se acepta la actual situación de Endesa (a la que se le acusa de acaparamiento y de acaparamiento anti-competitivo).
- b. Crítica (1): Sin perjuicio de si el titular de un derecho de agua ha pagado o no dinero por la adquisición del derecho (se supone que sí lo ha hecho en caso de transferencia o remate), para él sí tendrá un costo mantener el agua en su poder, particularmente si no la usa. En efecto, se trata de un costo implícito (lo cual no por ello deja de ser un costo) consistente en el valor que se podría obtener en caso que se vendan o dispongan para otra cosa. Este costo se conoce, también, como costo alternativo o de oportunidad.
- c. Crítica (2): Este cobro constituiría un incentivo al mal uso del elemento. Si me castigan por no ocuparla, entonces dejo "la llave abierta". No tendría, por ejemplo, ningún incentivo para introducir el uso de tecnología para optimizar el uso del recurso.
- d. Crítica (3): Los abusos anticompetitivos no son materias pertinentes de ser resueltas por este Código, sino que más bien corresponden a las instituciones antimonopolios resolverlo. De hecho, se ha mejorado significativamente la potencialidad para que estas funcionen adecuadamente.
- e. Crítica (4): La propuesta abre espacios de discrecionalidad para la DGA sumamente difíciles de ejercer.
 - i. ¿Qué se entiende por "no uso"?

- ii. Además, hay que reconocer que existe una mala experiencia histórica.
- iii. Aunque pueda parecer injusto, la existencia de espacios de discreción está asociado a riesgo de corrupción⁴.

B) *Contrapropuesta: ¿patente por tener derechos?*

- a. Sin perjuicio de considerar el supuesto del Gobierno como débil, si se quiere hacer más evidente el costo de mantención del recurso (de forma de estimular las transferencias) se ha pensado que tal vez es mejor cobrar una patente por el solo hecho de ser titular de un derecho de agua, sin distinguir entre su uso o no uso.
- b. El Gobierno ha expresado que resulta una proposición atractiva, pero que advierte elementos que dificultan la fácil y próxima implementación, los cuales parecen sensatos. De hecho sigue una lógica argumental muy similar a la utilizada por nosotros para oponernos a algunas de sus propuestas (pone el énfasis en aspectos no siempre considerados en las iniciativas del ejecutivo, como son los costos y dificultades de implementación y fiscalización).

En conclusión, me queda la sensación de que se ha perdido mucha energía en el análisis de propuestas de reformas que no apuntan donde debieran, pero que, por otro lado (y esto sí justifica el esfuerzo), pueden ocasionar un daño o retroceso al funcionamiento de un mercado que, por lo menos, ha sacado nota azul.

II. EL BUEN FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS DEPENDE, MUCHO MÁS FUNDAMENTALMENTE, DE ASPECTOS DISTINTOS A LOS SUGERIDOS POR EL EJECUTIVO.

Las medidas tendientes a remover los obstáculos que limitan el potencial desarrollo del mercado de las aguas en nuestro país no dicen tanto relación con justificaciones de usos y patentes por no utilización (como se ha planteado), sino, principalmente, con: (1) mejorar la in-

⁴ Robert Klitgaard, en su obra "Controlling Corruption" (University of California Press, 1991), plantea en una ilustrativa ecuación el significado de Corrupción y sus elementos fundamentales: Corrupción = monopolio + discreción - transparencia.

formación; (2) mejorar las facilidades físicas –infraestructura–; (3) ampliar el mercado a aguas subterráneas.

- (1) En cuanto a la *mejora de información*, sería útil recolectar y facilitar el acceso a la información sobre los derechos disponibles, sus titulares, sobre los precios en que se están transando los derechos, sobre las características técnicas de las cuencas hídricas, sobre la demanda futura de agua, etc. Algunos puntos positivos, han sido los avances en la formación de un catastro público cada vez más completo.
- (2) Una de las cosas que posibilita un desarrollo más dinámico del mercado es que existan *obras físicas* que permitan recolectar y transportar el agua, en especial entre cuencas hidrográficas distintas.
- (3) El Proyecto aborda el tema de las *aguas subterráneas*, aspecto un poco olvidado en el actual Código.

Como puede apreciarse de los puntos 1 y 2, no debiera cometerse el error de pensar que las soluciones legislativas son las únicas.

Hay problemas, también, para los cuales el mercado no presenta un potencial de mejora que

lo haga susceptible de ser el único instrumento en el cual descansar. Me refiero a la regulación de la resolución de conflictos y al tema ambiental.

Con respecto a la *solución de conflictos*, cabe destacar los ocurridos entre los titulares de derechos consuntivos y no consuntivos⁵. Es posible que una *mejor definición de derechos*, particularmente los de uso no consuntivo, sea de ayuda. Asimismo, creo que el *uso turístico y ecológico* de las aguas merece ser tomado más en consideración. Este tipo de usos, cada vez más importantes desde el punto de vista de la percepción pública, no está suficientemente internalizado en el mercado. En este sentido, la *fijación de caudales ecológicos mínimos* parece ser una solución interesante. Quizás, una alternativa consista en que el Estado o algún organismo autónomo descentralizado posea derechos de agua, de modo de lograr el efecto de tener caudales ecológicos mínimos. No debiera desestimarse la *existencia de instancias prejudiciales de solución de conflictos*. Finalmente, creo que se debe evitar que los tribunales de justicia terminen asumiendo el rol de fijar políticas públicas sobre estos temas por la incapacidad del resto de las instituciones (particularmente políticas) de abordarlas clara y definidamente.

⁵ Muchas veces la fuente de conflicto radica en que el uso de derechos no consuntivos implica cierto grado de consumo, ya sea alterando el *timing* acorde al cual usuarios consuntivos les gustaría disponer del recurso, o en otros casos, precluyendo derechamente la posibilidad de ejercer derechos consuntivos. Algunas veces, por el contrario, el problema se produce por el ejercicio de derechos consuntivos los cuales pueden afectar el legítimo interés de terceras personas susceptibles de ser calificadas como usuarios no consuntivos localizados más abajo en la cuenca, como ha ocurrido con organizaciones de turismo o ecológicas. (Estas personas reclaman por funciones diferentes del recurso agua, como puede ser la recreación o la no contaminación).