

UNA NOTA SOBRE LA CREACIÓN DE LA LEY CONSTITUCIONAL MINERA

JOSÉ PIÑERA ECHENIQUE

*Ex Ministro de Minería y
ex Ministro del Trabajo y Previsión Social*

PREÁMBULO

Desde el tiempo de los conquistadores españoles, la búsqueda de riqueza en Chile se dirigió hacia el suelo. Para algunos esto significó la exploración en busca de minerales valiosos escondidos bajo tierra: oro y plata, después salitre, y finalmente cobre. Para otros fue el cultivo de la tierra fértil que producía trigo, frutas y madera. Siglos más tarde, las principales exportaciones de Chile todavía provienen del suelo y la explotación de la tierra sigue siendo una importante fuente de riqueza.

Pero si la importancia económica de la tierra, incluido el subsuelo, es un asunto en que existe pleno acuerdo, la interrogante acerca de "cómo" debe generarse la riqueza ha sido, en Chile y en el mundo entero, un campo de batalla de grandes y opuestas doctrinas económicas y políticas.

A lo largo del siglo veinte, la humanidad sufrió el enfrentamiento, muchas veces marcado por el signo de la violencia, entre visiones contrapuestas acerca de la mejor forma de organizar la economía de un país. La historia demostró que la doctrina socialista que privilegia como motor del desarrollo al "Estado-empresario" en desmedro del derecho de propiedad privada, no solo no comprendió que el verdadero capital productivo es aquel que deriva su valor a través de la creatividad y diligencia de su propietario operando en mercados libres, sino que incluso comprometió las bases mismas de una sociedad libre.

En esta ocasión no puedo extenderme sobre la íntima, y poco enfatizada entre nosotros, asociación entre el derecho de propiedad y la libertad. Permítanme citar solo a uno de los más distinguidos firmantes de la Declaración de Independencia y de la Constitución de los Estados Unidos: "Desde el momento en que se acepta en una sociedad de que la propiedad no es sagrada como las leyes de Dios, y que no hay un imperativo legal ni de justicia pública de protegerla, comienza la anarquía y la tiranía. Si el "no debes desear los bienes del prójimo" y el "no robarás" no fueran mandamientos del Cielo, ellos deberían

hacerse preceptos inviolables en cada sociedad antes de que ella pueda ser civilizada y libre" (John Adams, "A Defense of the Constitution of the United States of America", 1787).

En Chile en la década del 60, los distintos gobiernos de la época creyeron que expropiando y reasignando la propiedad de la tierra, a través de la llamada Reforma Agraria, era posible redistribuir la riqueza. Aparte de sus otras y graves falencias, esa visión estaba basada en la errónea creencia de que la relación entre la gente y la riqueza es suficientemente arbitraria como para que el Estado pueda designar a su antojo a los dueños de la propiedad sin alterar el valor de esa riqueza.

Pero no solo debe tener la propiedad un dueño claro; el dueño debe tener la suficiente seguridad jurídica y política de modo que se interese por mantener bien, invertir y agregarle valor, en múltiples formas, a su propiedad.

Si el Estado puede disponer libremente de la propiedad privada, quitándole a unos y entregándole a otros, ni los ganadores ni los perdedores de ese ejercicio injusto del poder político –de ese "robo legalizado" como lo llamó Frederic Bastiat en su clásico ensayo "La Ley"– se sentirán lo suficientemente protegidos y seguros de su propiedad como para asumir riesgos, esforzar la creatividad e imaginación y asignar capitales para incrementar su valor.

Esa visión socialista se extendería a principios de los setenta al sector minero y terminaría en un ataque generalizado al derecho de propiedad, pilar de una sociedad libre. En efecto, la reforma constitucional de 1971 debilitó gravemente el derecho de propiedad minera en Chile, tal como lo hicieron las reformas de la Carta Fundamental en la década del 60 que posibilitaron la Reforma Agraria.

Con el objetivo de nacionalizar la Gran Minería del cobre sin el pago de una compensación íntegra, se cambió la tradicional fórmula del Código Civil y del Código de Minería que establecía que, si bien las minas eran propiedad del Estado, el minero podía disponer de ellas "como dueño", y se introdujo el concepto de que el

Estado tenía el dominio "*absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible*" de todas las minas. Aunque un artículo transitorio de esa reforma constitucional estableció que, mientras no se dictara el nuevo Código de Minería, los mineros no nacionalizados seguirían regidos por el Código de 1932 gozando de las prerrogativas del propietario privado, se dejó una verdadera "espada de Damocles" pendiendo sobre las reglas del juego que regulaban a toda la minería.

Después del cambio de gobierno ocurrido en 1973 se mantuvo esta situación a la espera de una nueva Carta Fundamental, que se confiaba volvería a la tradicional fórmula sobre propiedad minera. Sin embargo, un inesperado y confuso conflicto al interior del gobierno de la época culminó en que, para sorpresa de muchos, la Constitución de 1980 mantuvo la incertidumbre sobre los derechos mineros, aunque con algunas diferencias que serían de importancia para la solución del problema.

Conocido el texto constitucional, se paralizó la inversión privada, especialmente la extranjera, en exploración y explotación minera, y se generó un fuerte debate nacional. En ese debate incluso se propuso que se reformara, a través de lo que habría sido un inusual e impredecible "plebiscito minero", la Constitución recién aprobada, o que se utilizara por primera vez el discutible y peligroso mecanismo de dictar una ley interpretativa de ella.

EL DESAFÍO

Por lo tanto, a fines de 1980 el país enfrentaba el gravísimo problema de la incertidumbre acerca de la naturaleza de los derechos de propiedad en el sector quizás más rico de la economía chilena, y de una serie de propuestas que amenazaban debilitar la legitimidad y estabilidad de la nueva Carta Fundamental, pieza clave para el pleno retorno a un sistema democrático de elección de autoridades políticas.

Para resolver esta situación fui nombrado Ministro de Minería el 29 de diciembre de 1980, una vez aprobada el 4 de noviembre de ese año la trascendental Reforma Previsional. El desafío, entonces, que enfrentaba ese Año Nuevo era elaborar una Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras que regiría los derechos de propiedad en ese crítico sector, obtener su aprobación por el Poder Legislativo, lograr el debido asentimiento del Tribunal Constitucional, convencer de su racionalidad a los empresarios mineros nacionales y extranjeros, y persuadir a la ciudadanía de que se habían protegido los intereses nacionales, todo ello sin alterar ni

debilitar la Constitución de la República recién aprobada por un plebiscito nacional.

Desde el primer momento actué bajo la hipótesis de que las exigencias para hacer realidad la inversión privada eran bastante más realistas y concretas que las disquisiciones doctrinales en que estaban empantanados diversos participantes en el debate jurídico-político sobre el tema. Lo que realmente importaba a los que tomaban decisiones de inversión en este campo era cuál sería la fortaleza del derecho de concesión, y especialmente los criterios de indemnización en caso de expropiación, asuntos que deberían ser clarificados en una ley orgánica constitucional.

Por otra parte, me declaré de inmediato ajeno al apasionado debate existente sobre la propiedad de Codelco, la gigantesca empresa estatal dueña de los yacimientos que producen alrededor del 85% del cobre chileno y una altísima proporción de los ingresos de divisas del país, por considerarlo en ese momento prematuro, inconveniente y poco realista. Jamás habría sido partidario de la creación de una Codelco o empresa estatal similar, pero una vez que existía, intentar privatizarla durante un gobierno de naturaleza excepcional, especialmente dado el origen de esta Corporación y su entonces gravitación cuasi monopólica en el sector minero, habría dado origen a una verdadera "guerra santa".

Preferí abrir el camino a una presencia privada preponderante en la producción de cobre chileno a través de una legislación que alentara la creación de nuevas riquezas, al descubrimiento y la explotación de escondidos yacimientos, dejando la decisión sobre la propiedad de Codelco, o de sus distintos yacimientos, a los resultados de un transparente y serio debate nacional una vez instalado un Congreso de elección democrática.

EL "NUDO GORDIANO"

Siempre he creído que identificar correctamente un problema es ya haber dado un paso decisivo para su solución. El "nudo minero" era, a mi juicio, la indemnización justa en caso de expropiación de la concesión de explotación. Para los inversionistas privados este aspecto era de gran importancia dada la historia de confiscaciones en los países con recursos naturales, y especialmente la experiencia de 1971 en Chile en que se produjo una expropiación confiscatoria de las propiedades de varias empresas extranjeras involucradas en la llamada "Gran Minería del Cobre".

En la discusión del tema primaban, en ese momento, posiciones tan irreconciliables como

erradas. Por una parte, se argumentaba que la indemnización debía equivaler al monto invertido, siendo una aproximación de este el valor libro de las instalaciones y equipos. Este criterio no incorpora para nada las perspectivas económicas de la concesión. Así puede dar lugar a una indemnización excesiva si se trata de una mala inversión, e insuficiente si se ha descubierto un mineral valioso. Este último caso es especialmente importante en la minería, donde una de las actividades claves es precisamente la exploración. Generalmente se invierten cuantiosos recursos en esa actividad, hasta que se descubre un yacimiento que compensa los gastos de exploración por años e incluso realizados en varios países. Si se expropia el producto de la exploración afortunada, y no se paga el costo de las exploraciones desafortunadas –en cuyo caso el Estado se transforma en el único explorador minero asumiendo las utilidades y pérdidas de esta labor de altísimo riesgo– se desincentiva totalmente esta actividad. Se puede concluir entonces que el criterio de indemnizar según el valor libro de los activos, sin considerar el valor del descubrimiento, es errado y constituiría un grave obstáculo al desarrollo dinámico de la minería privada.

Por otra parte, algunos sostenían que la indemnización justa en caso de expropiación de una concesión de explotación debía equivaler al valor total de las reservas *in situ* del mineral, es decir, al número de toneladas de mineral multiplicadas por el precio de este. Una variante algo más realista deducía de ese valor los costos de extracción. Es claro que ambas fórmulas envuelven una clara sobrevaloración del valor de la concesión al no considerar elementos tales como el valor tiempo del dinero, las inversiones y reinversiones necesarias para la operación, el factor riesgo, etc.

LA “ESPADA CONCEPTUAL”

Tras un intenso mes de enero dedicado –siete días a la semana y dieciséis horas al día– al estudio de variados textos jurídicos actuales e históricos, y a escuchar y sopesar con mente abierta las opiniones de todas las personas que querían aportar algo en este tema, y tras un mes de febrero procesando toda esta información y reflexionando “lejos del mundanal ruido” frente al energizante Océano Pacífico, llegué a la conclusión de que el nudo gordiano que estaba ahogando a la minería chilena no podía “desamarrarse”. Era preciso cortarlo con un solo golpe de “espada conceptual”.

Esa “espada” la descubrí en un concepto y una fórmula lógica de la ciencia económica que,

a mi juicio, era plenamente compatible con la filosofía global de la Carta Fundamental, una vez definido el derecho de concesión vigoroso que ella permitía. Se trata del concepto de valorización de un bien o una empresa según la conocida fórmula del *Valor Presente de los flujos netos de caja*, valor que en un mercado competitivo y transparente corresponde al valor comercial de ese bien o empresa.

La racionalidad detrás de este criterio es sencilla. Un activo –una empresa industrial, agrícola o minera– vale en la medida que puede generar utilidades positivas en el futuro, suponiendo, para simplificar, que estas son el único flujo de caja. Así un edificio de estacionamientos en el Polo Sur no vale casi nada, cualquiera haya sido su costo de construcción, mientras que un local comercial en la mejor esquina del centro de Santiago vale mucho más que la inversión hecha en él. Pero esas utilidades no pueden simplemente sumarse, ya que se obtendrán en distintos momentos en el tiempo, por lo cual deben descontarse con la tasa de interés relevante para traerlas al presente y poder sumarlas. Ese es el concepto fundamental detrás de esta fórmula.

Ahora bien, la aplicación al caso de la concesión minera de explotación requería que el derecho de concesión involucrara el derecho a explotar y “continuar” explotando la mina, y así lo establecimos en la Ley Constitucional Minera. Cabe destacar que la fórmula del Valor Presente se puede utilizar sea el plazo indefinido o no, y que, con una tasa de interés real positiva y de magnitud moderada, el Valor Presente de un flujo de monto constante prácticamente no varía si el plazo es 50 años o mil años.

Es claro que la expropiación priva al propietario de la concesión de la explotación futura, y de los flujos de caja consiguientes. Entonces el daño patrimonial efectivamente causado al expropiar la concesión equivale al Valor Presente de los flujos netos de caja que ella podría generar. Es preciso enfatizar que la indemnización debe equivaler a este Valor Presente, y no a la suma de este y el valor libro de las instalaciones. Al indemnizar entonces según este criterio, se está pagando el valor de mercado o valor comercial del derecho de concesión.

Para completar la definición de las reglas del juego en la minería, dar coherencia a esta solución al problema de la indemnización justa, y asegurar la aprobación del Tribunal Constitucional a un concepto jamás antes (y creo que en ningún país del mundo) incluido en una legislación de rango constitucional, era preciso definir, con rigor geométrico, dos asuntos claves: a) la naturaleza del derecho de concesión que se establecería en la ley constitucional; y, b) las condi-

ciones bajo las cuales el titular mantendría dentro de su patrimonio este derecho de concesión.

LA LEY CONSTITUCIONAL MINERA

Para concretar esta visión en la Ley Orgánica Constitucional que la misma Carta Fundamental exigía para completar la definición de los derechos mineros, organicé un equipo reducido pero de excelencia, con colaboradores que ya habían demostrado su valía en las dos grandes modernizaciones que realizamos en el Ministerio del Trabajo y Previsión Social (el Plan Laboral y la Reforma Previsional). Ellos fueron el economista Rodrigo Alamos Montero, el ingeniero Hernán Büchi Buc y el abogado Arturo Marín Vicuña.

La fórmula que diseñamos configuró una concesión con los atributos jurídicos necesarios para garantizar al inversionista privado y resguardar el interés nacional. La denominamos la "concesión plena" y ella:

- a) *está protegida por el derecho de propiedad.* Lo cual significó referirla enteramente a las normas que garantizan el dominio privado. De esto se deduce, por una parte, que el titular puede libremente usar, gozar y disponer de la concesión a su entera voluntad, vale decir, vender, hipotecar, dar en garantía, transmitir hereditariamente, etc., y, por otra parte, que no puede ser privado de ella, sino por expropiación. Todo el desarrollo y su eventual término caen dentro de la órbita de la autonomía privada, por lo que es oponible, incluso al Estado, transfiriéndose toda discusión a los tribunales de justicia;
- b) *la eventual expropiación solo puede hacerse con una justa indemnización.* Consecuencia de la propiedad de ella, la indemnización por expropiación, pagada al contado según exige otra norma clave de la Constitución del 80, debe comprender el valor de la totalidad del daño patrimonial efectivamente causado, el cual equivale en el caso de la concesión de explotación al Valor Presente de los flujos futuros de caja que ella puede generar. A falta de acuerdo entre las partes, serán los tribunales de justicia, previa consulta a peritos, los que tendrán que determinar este valor;
- c) *permite la operación racional de una mina.* El concesionario es libre para realizar la explotación de la mina conforme a sus propias tecnologías, ritmos, procesos, y planes de producción, los que estarán determinados por los imperativos de un siempre cambiante y complejo mercado internacional. Esta ad-

ministración de la mina no está sujeta a controles ni a obligaciones impuestas por el gobierno de turno, los que se prestan a erróneas imposiciones o a tentadoras oportunidades para la corrupción;

- d) *es un derecho de duración indefinida.* No tiene plazo determinado que fije su término y su conservación solo depende del cumplimiento de la obligación de amparo, que consiste en el pago de una patente anual. El plazo indefinido era importante para evitar la posible politización del proceso de otorgamiento de un nuevo plazo a un yacimiento en operación, y para eliminar los incentivos "perversos" en la operación del yacimiento en los años anteriores al vencimiento del plazo original;
- e) *no depende del poder político.* Su nacimiento, subsistencia y extinción están entregados al Poder Judicial, esto es, a una autoridad distinta del Poder Legislativo y Ejecutivo del Estado. Desde ya, la misma Constitución establece que la concesión se origina en un procedimiento judicial, en el cual el juez solo reconoce la existencia del derecho que otorga el descubrimiento.

MISIÓN CUMPLIDA

El 13 de agosto de 1981 sometí el proyecto de Ley Constitucional Minera y un completo Informe conceptual al Presidente de la República. Ese Informe se publicó íntegro en diciembre del mismo año en el libro "Fundamentos de Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras" (Editorial Jurídica, 1981), junto con las dos sentencias del Tribunal Constitucional, una acerca de dos consultas puntuales y la otra sobre el texto integral.

El 1º de diciembre la Junta de Gobierno aprobó definitivamente la Ley Constitucional Minera, y ese fue el día en que consideré que mi misión en el ministerio estaba plenamente cumplida.

Al día siguiente informé al país del "hecho esencial" de la aprobación de esta importantísima ley. Unas semanas más tarde publiqué el libro ya señalado, dando así inicio, desde fuera del ministerio, a una labor educacional que utilizaron intensamente tanto la revista "Economía y Sociedad" como los medios masivos de comunicación, duró varios años, y finalmente prevaleció sobre críticas muy apasionadas e injustas, sin duda contaminadas por la situación política general del país.

Tras ser sometida entera al necesario "control de constitucionalidad" por el Tribunal Constitucional, y ser aprobada el 22 de diciembre por la unanimidad de sus miembros, lo que conside-

ré un éxito de particular importancia para su estabilidad futura, se publicó el 21 de enero de 1982 en el Diario Oficial como Ley N° 18.097.

Aunque por mandato de la Carta Fundamental, la Ley Constitucional Minera entró en vigencia cuando más tarde se publicó una ley ordinaria que reglamentó diversos aspectos procesales (el "Código de Minería"), sus efectos económicos fueron inmediatos. Como todas las características de la concesión —su naturaleza, los derechos, las obligaciones y la duración— están establecidas en la Ley Constitucional Minera, desde una perspectiva económica y empresarial comenzaron a producirse los efectos positivos de la ley (mayor exploración y explotación minera) desde el día mismo en que se anunció la aprobación de la ley.

Cabe enfatizar que una ley de esta naturaleza tiene una gran estabilidad, por cuanto la Carta Fundamental de 1980 establece que la modificación o derogación de una ley orgánica constitucional requiere un quórum de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio. Sin embargo, me parece un deber de justicia destacar que durante los tres gobiernos posteriores a aquel en que se dictó esta Ley, y pese a la campaña en su contra que sostuvieron en la década del 80 varios emblemáticos dirigentes políticos tradicionales, no se ha pretendido cambiar ni siquiera una coma de la Ley Constitucional Minera.

La Ley Constitucional Minera terminó, así, con más de una década de incertidumbre en los derechos de propiedad mineros en Chile, abriendo amplias perspectivas de inversión, empleo y progreso en un sector fundamental de la economía chilena.

Además le demostró al resto del mundo, y especialmente a muchos países subdesarrollados y a aquellos de Europa Central y del Este, que existen fórmulas para compatibilizar el "dominio subsidiario" del Estado sobre los recursos naturales que establecen muchas de sus Constituciones o leyes, con un sólido derecho de propiedad sobre una "concesión plena", abriendo así áreas enteras a la creación de nueva riqueza por el sector empresarial privado.

LA "LLAVE DEL TESORO"

Un gobierno o un estadista demuestra coherencia en su visión económica y política según como contesta una pregunta básica: ¿Cómo se crea riqueza? En otras palabras, ¿cuál es la "llave del tesoro"?

La Reforma Agraria y la Ley Constitucional Minera fueron dos respuestas distintas y contra-

puestas a esa pregunta, cada una el producto de una diferente manera de ver el mundo, cada una parte de una estrategia global de desarrollo.

Al crear verdaderos derechos de propiedad en el sector económico de mayor tamaño del país, y de mayor sensibilidad política, el mensaje que envió la Ley Constitucional Minera hacia los inversionistas nacionales y extranjeros fue que la propiedad privada en Chile era, desde ese momento, un derecho absolutamente seguro.

El proceso de apertura y liberalización del período 73-80 ya había demostrado el compromiso de la nueva estrategia de desarrollo con el realismo macroeconómico y la economía de libre mercado. Ahora se demostraría que la propiedad con dueño era capaz de producir una expansión sin precedentes del sector minero creando así riqueza en magnitudes excepcionales.

Los resultados han sido elocuentes. La llave del tesoro es la creación privada de riqueza, y en el caso minero, ella fue la Ley Constitucional Minera que permitió en los últimos 20 años casi quintuplicar la producción total de cobre, aumentar dieciséis veces su producción privada y transformar a Chile lejos en el productor mundial más importante, llegando a representar el 35% de la producción mundial. Además, Chile ha llegado a ser el mayor productor de nitratos, yodo y litio, el segundo en molibdeno, el quinto en plata, y el treceavo en oro. Por primera vez, empresarios chilenos han invertido miles de millones de dólares en este sector y el país ha recibido inversiones extranjeras por US\$ 16.000 millones. Todo ello ha desarrollado riquezas dormidas, creado nuevos trabajos productivos, transferido valiosas tecnologías, y, en último término, ha sido un elemento central en el logro de las tasas de crecimiento de 7% anual que tuvo la economía nacional por más de una década.

El concepto de que la propiedad es sagrada, reflejado con tanta intensidad, pese a las condiciones iniciales adversas, en la Ley Constitucional Minera, consolidó una visión que llevó lógicamente en los años siguientes a la privatización de las grandes empresas estatales, especialmente en las áreas de las telecomunicaciones y la energía, y en la década del 90 a extender este concepto al sector de infraestructura —carreteras, puertos, aeropuertos— que tradicionalmente eran parte de las llamadas "obras públicas" realizadas por el Estado.

En conclusión, dos visiones muy diferentes, cada una buscando definir cómo debe crearse la riqueza, dejaron sus huellas en Chile en los últimos cuarenta años. La intensidad de ese conflicto fue un testimonio de la enormidad de las concepciones doctrinarias subyacentes. En este sentido, incluso los que rechazamos frontalmen-

te la filosofía socialista que estuvo tras la Reforma Agraria y la Reforma constitucional minera de 1971, no podemos dejar de reconocer, de pie sobre sus cenizas, el esfuerzo que, posiblemente con las mejores intenciones, desplegaron los que realizaron estas enormes obras de ingeniería política y económica, enormes tanto en sus consecuencias como en sus errores.

Sin embargo, es un hecho irrefutable que la Ley Constitucional Minera y el modelo económico de libre mercado permitieron un desarrollo

explosivo de la minería privada en Chile, como se puede apreciar en el impresionante gráfico adjunto que bien podría titularse "el tesoro descubierto", y contribuyeron decisivamente a consolidar una sociedad libre.

Quisiera creer que se ha demostrado con este emprendimiento que la verdadera política no consiste, como se afirma, en "el arte de hacer lo posible", sino en "el arte de hacer posible lo que es necesario" para el progreso y la grandeza de un país.