

EL PROYECTO DE REFORMA DEL CÓDIGO DE AGUAS VISTO POR LA SONAMI

HERNÁN HOCHSCHILD ALESSANDRI

Presidente de la Sociedad Nacional de Minería

1.- Quisiera comenzar celebrando la realización de estas Terceras Jornadas de Derecho de Aguas, que ha sido uno de los bastiones más importantes en la profundización y toma de conciencia de un tema cada vez más relevante para nuestro país: la legislación de aguas.

Comentaremos a continuación la reforma al Código de Aguas que nuestro Senado debate por estos días.

Desde el inicio de su tramitación parlamentaria, el proyecto ha sido corregido sucesivas veces. La incipiente cultura hídrica existente en nuestro país a comienzos de esta década redundó en un proyecto de muy poca calidad conceptual y técnica. Sin calificar la intención de los autores, tal vez el único aporte del proceso de reforma al Código de Aguas sea habernos obligado a abrir un debate nacional sobre el tema, aumentando la profundidad del análisis y de los conocimientos sobre el derecho de aguas.

2.- La reforma pretende solucionar una serie de problemas que enfrenta la institucionalidad del agua hoy en día. Sin embargo, pese a haber coincidencia general en esas graves deficiencias y en la necesidad de solucionarlas, el proyecto no las aborda ni resuelve. Por el contrario, sólo tiende a agravarlas.

En momentos en que todo el país está pensando cómo hacer más dinámica su legislación y liderar las modernizaciones que hagan más atractiva nuestra economía, la reforma al Código de Aguas es un peligroso paso atrás. Todos sabemos que el desarrollo de un país requiere de reglas del juego estables y sólidas, con un sistema normativo y regulatorio sencillo, claro, con mínimas facultades discrecionales y con pleno respeto al derecho de propiedad. El proyecto del Código de Aguas es un claro retroceso en ese sentido y, por lo mismo, una muy mala señal sobre el futuro de nuestro país.

Por otro lado, el país debe tener en cuenta que el proyecto es rechazado categóricamente por todos los usuarios del agua del país. La Sociedad Nacional de Agricultura (SNA), la Sociedad Nacional de Minería (SONAMI), la Sociedad de Fomento Fabril (SOFOFA) y la Asociación de Canalistas de Chile rechazan el proyecto, en circunstancias que es precisamente a ellos a quienes la autoridad pretende beneficiar.

I.- ALGUNAS OBJECIONES CONCRETAS AL PROYECTO EN TRÁMITE

1.1.- Las sanciones al no uso.

Además del retroceso que significa esta modificación para el orden público económico de nuestro país, hay disposiciones concretas que nos parecen muy inconvenientes.

Por ejemplo, el proyecto ha llamado patente por no uso a una sanción que aplica en forma discrecional y administrativa por el director de la DGA.

De esta manera, el proyecto en tramitación introduce una significativa modificación en el concepto del derecho de dominio, constituyendo un precedente que posteriormente puede ser extendido a todo el sistema de propiedad (minero, inmobiliario, etc.). Hasta ahora, cada titular de derechos intenta optimizar su beneficio, según su racionalidad y según las posibilidades que ofrece el mercado. Luego de la reforma, el ejercicio de las facultades del dominio de usar y gozar los derechos de agua, se vuelve obligatorio.

Lamentablemente, sistemas como el que se propone se han aplicado antes en materias mineras (amparo por el trabajo), dejando como lección que lejos de lograrse una utilización más racional de los

recursos, producen incómodas situaciones de corrupción, ineficacia, abusos administrativos y resquicios legales. Por ello, no resulta conveniente que una reforma legal tan importante se construya sobre la base de un sistema probadamente fracasado.

1.2.- Falta de consistencia entre las normas mismas del proyecto y entre ellas y otras leyes vigentes que regulan las aguas.

En el proyecto, no se ve una adecuada consistencia e integración entre las diferentes normativas legales que tienen relación con las aguas, cuya dispersión excede con mucho el articulado del Código que se modifica.

Un ejemplo de ello son las aguas mineras, es decir, los derechos de aprovechamiento establecidos por el solo ministerio de la ley en el Código de Minería (generalmente subterráneas) y en la misma legislación de aguas, o las establecidas en la nueva ley de energía geotérmica. En efecto, no sabemos cómo se compatibilizarán esos derechos con la nueva normativa.

Asimismo, el proyecto considera la constitución de derechos sobre los embalses, legitimando una mala práctica permitida por la legislación anterior, pues nadie discute que las aguas embalsadas son aguas que ya tienen dueño, y que la obra de ingeniería construida sólo permite utilizar en forma más racional. Dar derechos de propiedad sobre bienes ajenos, significa derechamente expropiar sin indemnizar.

Autoridades de la propia DGA han señalado públicamente que a través de la reforma han buscado dar a la autoridad una facultad legal que le permita traspasar derechos de agua de aquellas empresas que tienen más derechos que los que necesitan, a aquellas empresas que tienen menos derechos que los que necesitan. Esa manera de planificar y distribuir los derechos de propiedad no contribuye a generar el clima de confianza necesario para la inversión y el crecimiento económico y es incompatible con una economía de mercado.

Por otro lado, que la mora en el uso que debe darse al recurso empiece a producirse desde el instante mismo de constituido el derecho, hace inevitable no caer en las sanciones por no uso, muchas veces, incluso por la demora de las propias reparticiones del Estado.

En efecto, antes de utilizar los derechos, el titular deberá constituir algunas servidumbres, como también construir estanques y ductos, aprobar las normativas ambientales –dentro de ellas el Estudio de Impacto Ambiental– así como numerosos permisos sectoriales, judiciales y contractuales, los que generalmente toman algún tiempo.

Además, todos sabemos que para utilizar los derechos de agua se debe construir una planta de tratamiento, una represa o una faena agrícola o industrial, tiempo en que necesariamente no se utilizarán los derechos. Ello resulta inexplicable, salvo que la autoridad pretenda que se construya la represa y luego se intenten conseguir los derechos que ella requiere.

Incluso podría darse la situación en que luego de conseguidos todos los permisos y autorizaciones pertinentes, la autoridad deniegue un derecho solicitado, por estar comprometido el desarrollo de una cuenca, o el interés regional, todos conceptos vagos, de difícil aplicación y técnicamente muy discutibles. A este grave precedente que incorpora el proyecto de aguas, se ha llamado la disponibilidad política del recurso.

Y resulta evidente que ninguna empresa hará campañas millonarias de alumbramiento de aguas subterráneas, por ejemplo, si corre el riesgo que sus descubrimientos le sean negados y adjudicados luego a cualquier tercero.

1.3.- La vinculación a un uso y la memoria descriptiva.

Además, el hecho de vincular los derechos de aprovechamiento a un uso, y más aún, a un uso determinado –mediante la exigencia de una memoria explicativa para la solicitud de nuevos derechos–, no sólo perjudica la confidencialidad necesaria en muchos tipos de proyectos, sino que también desfavorece la innovación tecnológica y la reutilización del recurso.

Por otro lado, la facultad de negar o limitar la constitución de ciertos derechos de aguas por parte de la DGA, por estimar que no se requieren para el proyecto solicitado, traslada el derecho a elegir la tecnología y los recursos que son necesarios para implementar un proyecto, de la órbita particular a la estatal, con todos los costos y pérdida de confianza que ello puede significar para nuestro país.

Esta vaga vinculación a un uso determinado de las aguas concedidas desconoce el carácter abstracto del derecho de aprovechamiento, pues no queda claro si quien consigue un derecho para un determinado uso puede enajenarlo al día siguiente o cambiarlo a un uso más productivo. Por el contrario, si esta memoria tendrá un uso únicamente ilustrativo, como se ha señalado, no se aprecia la necesidad de su existencia.

Por otro lado, esta reforma puede significar numerosos conflictos administrativos y judiciales, los cuales, unidos a la incertidumbre inherente a un sistema donde prevalece la discrecionalidad administrativa, desincentivarán las nuevas inversiones para el alumbramiento de recursos subterráneos y la adopción de tecnologías para el mejor aprovechamiento, que tanto han beneficiado al país en los últimos años.

Por ejemplo, parecería absurdo implementar un sistema de riego que permita ahorrar agua, si ello puede significar la concesión de menores derechos que los solicitados, o bien la presión para renunciar a los derechos que se utilizan, pagar una multa, o exponerse a la cancelación por decreto. Ninguno de estos riesgos se corren si no se realiza la inversión para aprovechar mejor el agua.

También es necesario recalcar que el debilitamiento del derecho significará una grave lesión a la capacidad crediticia de los titulares de derechos de agua, principalmente a los pequeños y medianos empresarios mineros, agrícolas e industriales, ya que difícilmente sus derechos serán aceptados como garantías.

Esta reforma incluso alcanzará a los acreedores que actualmente tienen garantizados sus créditos con hipotecas sobre derechos de agua, garantías que luego de la reforma podrían incluso desaparecer, dejando desamparados y sin alternativas a los acreedores. Ello, incluso perjudicará a los acreedores generales, que con la transformación de este derecho real en un mero permiso administrativo –precario y coyuntural– verán menoscabado su derecho de prenda general.

Otro inconveniente es el curioso tratamiento tributario que en el proyecto se da a la patente o multa por no uso.

1.4.- 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 compra o expropiación por causa de utilidad pública.

Sin embargo, queremos señalar que sin un cambio cultural que permita que nuestra población aprecie el valor arquetípico y en cierto modo sagrado del agua para la sicología humana, las normas de resguardo no producirán beneficios en nuestra calidad de vida. Los pueblos y culturas que han poetizado y divinizado las aguas son, a diferencia de nosotros, culturas donde el agua es escasa y vital para el desarrollo de la vida.

II.- RESQUICIOS LEGALES ENTREGADOS POR LA LEY QUE LA HACEN INAPLICABLE

Paradójicamente, para quienes pueden pagar una buena asesoría, la propia ley entregará mecanismos para burlar muchos de sus efectos, como por ejemplo:

- 1.- La utilización de disfraces geotérmicos y mineros para explotar aguas;
- 2.- La atomización de los derechos de un titular en cuotas iguales o inferiores a las exentas;
- 3.- La realización de obras de captación ficticias, para acceder a la presunción de uso y evitar con certeza la multa por no uso, cualesquiera que estas sean, sin que sea necesaria su aprobación técnica, y aunque no se busque la efectiva utilización del recurso;
- 4.- La presentación de solicitudes de derechos de aprovechamiento con memorias descriptivas que reflejen una situación distinta a la real, para no sufrir negativas o rebajas a los caudales solicitados por parte de la DGA, o para no dar a conocer un proyecto estratégico;
- 5.- La promoción de sanciones a titulares de derechos de aprovechamiento, por parte de terceros interesados, ya sea para obtenerlo a un mejor precio o a través de un procedimiento ejecutivo;

6.- Los traspasos sucesivos de derechos de agua para eludir las multas y su progresión (la sanción es personal y no real);

7.- Las sucesivas promesas, pactos de retroventa, arriendos, y demás actos jurídicos tendientes a ocultar los traspasos, presumir el uso, o imputar a terceros la no utilización del recurso.

Estas prácticas, por sólo mencionar algunas, significarán que además del alto porcentaje de las aguas que actualmente se usa en forma irregular, se sustraerán del control administrativo más y más derechos, perjudicando el cuidado ambiental, fomentando el derroche y disminuyendo en forma importante la información oficial existente. Pero inevitablemente, el riesgo de la discrecionalidad, y de los abusos funcionarios y de terceros, incentiva prácticas poco deseables de simulación y fraude a la ley.

Evidentemente, innovaciones como la anterior no contribuyen a lograr los fines buscados por el Ejecutivo, y lejos de mejorar el proyecto, causarán más conflictos y problemas a futuro. Y no se ve el objeto de implementar mecanismos tan complejos, para no terminar produciendo ninguno de los objetos que dicen buscarse. En efecto, al tenor de la reforma, pareciera que a nuestro Estado le da lo mismo usar o no el agua si pueden cumplirse los resquicios señalados.

Algunos dicen que esta reforma será letra muerta, porque nunca logrará implementarse, y ya nos hemos habituado a la situación actual. Pero un sistema legal que funcionará en base a resquicios, que favorece y premia los fraudes y las simulaciones en forma tan expresa, no es la forma en que debe construirse un país moderno y civilizado.

Es necesario recalcar que el proyecto de reforma no sólo alcanza los nuevos derechos sino también a los ya constituidos, lo que además de ser una alteración sustancial al derecho de propiedad, significará a los titulares de estos daños patrimoniales significativos.

III.- LA LEGISLACIÓN ACTUAL NO SE HA IMPLEMENTADO ADECUADAMENTE

A estas alturas, todo el país tiene conciencia de que gran parte de las razones por las cuales no ha funcionado adecuadamente ni el mercado ni el régimen de las aguas, se debe a una insuficiente implementación de la legislación vigente. Y ello se ha atribuido a que la Dirección General de Aguas no ha sido capaz de asegurar la transparencia en el mercado ni en la administración de un recurso tan importante para la vida de un país.

Basta con preguntarle a cualquiera persona que haya tenido trato con la Dirección General de Aguas cuál es su opinión del servicio, sobre todo en el norte del país. En la primera región, por ejemplo, hay sólo funcionarios de la Dirección General de Aguas.

Por tal razón, parece temerario intentar una reforma altamente compleja, con muchas facultades discrecionales, en circunstancias que hoy la Dirección General de Aguas no tiene ni los recursos ni la capacidad para cumplir la actual normativa. Uno de los problemas más graves en el enfoque del proyecto, es la falta de realismo práctico y jurídico de sus disposiciones.

Hoy es imposible determinar las falencias legales que existirían si se aplicara cabalmente la legislación existente. Los problemas que existen son más del funcionamiento y capacidad de la Dirección General de Aguas que del Código de Aguas, que las autoridades nunca han implementado correctamente.

Frente al burocrático, ineficiente y paralizante accionará de la Dirección General de Aguas, y a la falta de información necesaria para crear un verdadero mercado de las aguas, la informalidad en el uso del agua constituye una conducta económica racional. Para la ciencia económica es axiomático que mientras mayores sean los beneficios e incentivos que un sistema dé por la informalidad y la falta de control, mayor informalidad habrá.

Obviamente, en este escenario difícilmente existirá la posibilidad de fiscalización y control por parte de la DGA, ni menos de implementar un mercado de las aguas.

Ante esa situación, parece evidente que antes de discutir e implementar un cambio legislativo de esta magnitud, se dote a la DGA de los recursos que le permitan cumplir adecuadamente con las leyes vigentes, evitando las situaciones de injusticia y mal uso del recurso que hoy se producen. Sólo después que las leyes se cumplan, y no antes, se podrá saber efectivamente qué es realmente necesario reformar y qué aspectos de la ley conviene modificar.

IV.- CONSENSO Y NECESIDAD DE UNA MESA DEL AGUA

Nadie puede dudar que el objetivo del Derecho de Aguas debe ser posibilitar un mejor uso de un recurso que cada vez es más demandado, y que es necesario para desarrollar adecuadamente casi todo tipo de actividad humana.

Existiendo esta comunidad de intereses, el primer paso lógico que debiéramos dar para encontrar una solución a los problemas, debiera consistir en identificar las causas, utilizando para ello un criterio pragmático, desideologizado y de interés general. Por eso creemos en la propuesta de una Mesa del Agua.

Lamentablemente, en el proyecto no se aprecia ninguna relación efectiva entre las razones para propiciar la reforma y su texto expreso.

Por el contrario, muchos de los problemas más graves del sistema de las aguas no son abordados, pudiendo preverse la generación de problemas nuevos que agudizarán los ya existentes.

Ello perjudicará en todas las actividades que requieren agua, es decir, a casi todo el país.

A pesar del avanzado estado actual del Proyecto de Reformas al Código de Aguas, el país necesita analizar los problemas que se han planteado con la actual institucionalidad, e identificar las posibles soluciones con un criterio técnico y pragmático.

Siendo consistentes con nuestro planteamiento de respeto al bien común y racionalidad, hemos sostenido que para promover la mejor utilización del recurso y evitar las peticiones especulativas y el acaparamiento, sería conveniente reformar la actual obtención y mantención gratuita de un derecho de aprovechamiento de aguas dentro del patrimonio de una persona, puesto que actualmente el uso o no uso de éste no significa ningún costo directo para el beneficiario (sólo un costo alternativo). Evidentemente, ello no es armónico con el resto de la legislación y no favorece su uso.

Y creemos que lo más simple y efectivo para corregir esta situación sería aplicar al derecho de las aguas el mismo régimen aplicable a los demás derechos reales inmuebles en nuestra legislación, mecanismo que ha funcionado con éxito, por ejemplo, en los derechos reales sobre predios superficiales y en la propiedad minera. Es decir, una verdadera contribución de las aguas.

Junto con ello, para desincentivar las peticiones especulativas de derechos de agua, podría ser la aplicación de una tasa o patente de solicitud, similar a la existente en las concesiones mineras. Esta modificación tendría además el propósito de solventar los gastos administrativos en que debe incurrir la DGA para otorgar un derecho.

También somos partidarios de otras reformas, como de regular los usos consuntivos y no consuntivos, ampliar la facultad para conceder derechos eventuales, y regular adecuadamente los caudales subterráneos. Esta propuesta es consistente con el resto del ordenamiento jurídico, a la vez que realista y pragmática.

Los autores del proyecto dicen que valoran y comparten las reformas que los usuarios del agua hemos propuesto. Pero han dicho que ellas deben sumarse a la reforma actual, lo que nos parece absurdo e imposible.

Como conclusión, queremos señalar que algunas de las disposiciones aparentemente bien fundamentadas y de apariencia inocua, pueden en la práctica perjudicar la institucionalidad económica de nuestro país y para implementar el mercado en uno de los recursos estratégicos más importantes.

La DGA es la institución encargada de aplicar la ley, y no de promover y gestionar sus modificaciones. Los problemas-país deben ser resueltos en conjunto con todo el país y no en contra el país, o al menos, en contra de todos los usuarios del agua del país.

Por eso, creemos que antes de seguir con la tramitación del proyecto, se debe citar a una mesa del agua para que en forma rápida permita dar soluciones a los problemas que hoy enfrenta el sistema de aguas.