

Regoda

20 años del Código de Aguas de Chile

Humberto Peña Torrealba

RESUMEN: El código de aguas de Chile de 1981, ha sido motivo de permanente interés y análisis tanto dentro de Chile como en el exterior, por su orientación marcadamente neoliberal y la incorporación, por primera vez en Latinoamérica, de mecanismos de mercado en la asignación de los recursos hídricos.

En el trabajo, se evalúan los resultados de la aplicación práctica de dicha legislación por más de 20 años, a partir de la experiencia directa de la Administración. En este sentido, muchos análisis tienen un carácter descriptivo y no pretenden “demostrar” lo que es el resultado de la casuística adquirida en el trabajo cotidiano. Por lo mismo, en este caso la validez del mensaje y su interés, si lo tiene, es inseparable de quién lo emite.

El desarrollo del documento se hace desde la perspectiva de los objetivos que tuvieron presente los creadores de la legislación, los cuales se pueden sintetizar en : la generación de derechos de aprovechamiento “sólidos”, la creación de mercados, y la reducción del rol del Estado (“estatismo”).

A este respecto se concluye que la existencia de derechos de aprovechamiento con una alta seguridad jurídica ha tenido una positiva influencia en el mejoramiento de la eficiencia de aprovechamiento. Por su parte la idea de incorporar mecanismos de mercado en la asignación de derechos originales a nuevos interesados, prácticamente no ha operado, generando un proceso de carácter especulativo que actualmente se trata de corregir con una reforma legal. Por el contrario, el uso del mercado como mecanismo de reasignación de los derechos existentes, en general se considera exitoso y ha permitido la transferencia de derechos a las nuevas demandas en un marco de acuerdo social y eficiencia económica.

En relación con la reducción del papel de la Administración, se estima que ello ha sido, en general, negativo, en especial en lo referente a la regulación del funcionamiento de las organizaciones de usuarios, al control de la entrega de de-

ABSTRACT: The Chile Water Code, dating from 1981, has been a subject of permanent interest and analysis, both in Chile and abroad, because of its markedly neoliberal orientation and the inclusion, for the first time in Latin America, of market mechanisms in assigning water resources.

In this study, the results of the practical application of this law for over 20 years are evaluated, based on the direct experience of the Administration. Many of the analyses for this purpose have a descriptive character, and are not intended to “demonstrate” what are the results of the collection of cases acquired in daily work. Equally, in this case the validity of the message and its usefulness, if any, cannot be distinguished from the one who issues it.

The paper is developed from the perspective of the objectives that those who created the law had in mind, and can be summarized as: generating “solid” development rights, creating markets and reducing the role of the State (“statism”).

In this regard it is concluded that the existence of legally very secure development rights has had a positive influence on improving the efficiency of development. On the one hand, the idea of incorporating market mechanisms to assign original rights to new interested parties practically did not operate, generating a speculative process which one is now trying to correct by legal reform. On the other, the use of the market as a mechanism to reassign the existing rights is generally considered successful, and has allowed transferring rights to the new demands within the framework of a social agreement and economic efficiency.

As to the reducing the role of the Administration, it is estimated that this has generally been negative, especially as regards the regulation of functioning of user organizations, control of granting development rights to private

rechos de aprovechamiento a los particulares y a la planificación indicativa del recurso hídrico.

Finalmente, el análisis realizado muestra que existen materias en el Código de Aguas de 1981 que se corresponden perfectamente con la cultura prevaleciente en la sociedad y que entregan soluciones adecuadas y eficientes a los desafíos del sector hídrico. Dichas materias se aplican diariamente de manera fluida y sin contratiempos. Sin embargo, existen otras que claramente están en contradicción con dichas creencias y se percibe por la sociedad que no resuelven los problemas, lo cual conduce a situaciones de conflicto social e introducen elevados costos al funcionamiento del sistema institucional.

PALABRAS-CLAVE: Código de aguas, Chile, visión.

persons and indicative planning of the water resource.

Finally, the analysis performed shows that there are issues in the 1981 Water Code that correspond perfectly to the code prevailing in society and that deliver adequate and efficient solutions to the water sector challenges. Such matters are applied daily without problems. However, there are others that are clearly in contradiction with these beliefs, and society perceives that they do not solve the problems, which leads to situations of social conflict and introduces high costs into the functioning of the institutional system.

KEY-WORDS: Water code, Chile, vision.

INTRODUCCIÓN

Hace 20 años, en el marco de un gobierno autoritario que inauguraba una nueva Constitución Política buscando la refundación del país dentro de un esquema ideológico y económico neoliberal, se dictó el Código de Aguas de 1981.

Consistentemente con la orientación general del régimen, esta nueva legislación de aguas tenía como propósito, en palabras de uno de sus principales inspiradores (Buchi, 1993): "crear derechos sólidos de propiedad, no sobre el agua misma sino sobre el uso de las aguas, y facilitar por todos los medios el funcionamiento ordenado del mercado", ya que "el problema va a persistir mientras no se deje funcionar al mercado, para lo cual es fundamental previamente ir al reconocimiento cabal de los derechos de propiedad en el sector y de las reglas del mercado. Porque en definitiva el problema se reduce a eso, no obstante que la palabra propiedad sea todavía una palabra maldita en muchos campos. El propio gobierno militar no se atrevió a usar la palabra directamente... Se habla de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, no de propiedad de las aguas. El temor es absurdo. La propiedad es de lejos el sistema que mejor resguarda la función social y la correcta asignación de los recursos. Eso se acepta en las áreas más institucionalizadas y con mayor tradición privatista. Pero se rechaza en las menos formales, que es donde el

Estado tiene mayor gravitación. A menor tradición, mayor estatismo, Buchi, 1993"¹.

El objetivo que se ha propuesto este trabajo es evaluar los resultados del nuevo código, considerando la experiencia práctica que ha tenido la administración en su aplicación concreta desde su vigencia. Cabe destacar que por ello es el resultado de una reflexión sobre la casuística acumulada y no pretende "demostrar" determinadas conclusiones. De acuerdo a lo anterior, resulta inevitable que su posible valor se relacione fuertemente con su carácter descriptivo y testimonial. Sin perjuicio de lo anterior, en las referencias se incluyen análisis más detallados e información estadística de muchas de las materias desarrolladas.

Intentando resumir, en este análisis no se considerarán temas hoy día muy relevantes, pero que no estuvieron en la mira de quienes promovieron esta nueva legislación, como son, por ejemplo, el medioambiental, la gestión integrada de recursos hídricos, las aguas subterráneas y el manejo de los cauces. Esta tarea quedará pendiente para futuros estudios.

De este modo, el análisis se centrará en los tres elementos orientadores del nuevo Código:

¹ Hernán Buchi, Ex Ministro de Hacienda

- ▣ La generación de derechos de aprovechamiento “sólidos”.
- ▣ La creación de mercados, y
- ▣ La reducción del rol del Estado (“estatismo”).

Aunque estos elementos están estrechamente relacionados, para un mejor ordenamiento serán tratados en forma sucesiva. Asimismo, la evaluación de estas innovaciones se hará desde los objetivos explícitos que se plantearon al proponerlas, es decir desde criterios de eficacia económica y social, dejando de lado otras aproximaciones posibles y válidas como pudieran ser las medioambientales, de participación, visión integrada, u otras.

Finalmente, cabe destacar que, al evaluar un sistema legal desde la perspectiva de sus resultados, se está considerando no sólo la coherencia de su articulado, sino que también confrontando la estructura legal con una realidad social compleja, la cual incluye, entre otras, prácticas e ideas dominantes, instituciones y contexto económico, todos los cuales determinan en gran medida los resultados finales de la concepción teórica. En este sentido, junto con identificar los méritos de la estructura legal instaurada, nos proponemos identificar sus fallas, incluyendo en éstas tanto las atribuibles al sistema mismo, como al mercado y al Estado.

LA SEGURIDAD JURÍDICA Y EL AGUA COMO BIEN AUTÓNOMO: DERECHOS DE PROPIEDAD SÓLIDOS

El objetivo de generar derechos de propiedad sólidos sobre los usos de agua se expresó, en primer lugar, en la propia constitución política de 1980 (art.19 N°24, inciso final), que estableció que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgan a sus titulares la propiedad sobre ellos”. Asimismo, en el nuevo Código se eliminó toda posibilidad de caducar por parte de la administración los derechos de agua, suprimiéndose toda norma que pudiera debilitar la propiedad sobre los mismos, en especial las potestades de la autoridad que pudieran afectarla. Ejemplo de esto último era la posibilidad de declarar área de racionalización y suspender los derechos existen-

tes (art. 35 C.A. 1967), o restringir los usos más o menos libremente durante los períodos de sequía (art. 332). Adicionalmente, la nueva legislación reinstauró la obligación de registro de los derechos de agua ante los Conservadores de Bienes Raíces, como forma de asegurar la titularidad de los derechos (art. 309); estableció normas para regularizar los derechos no inscritos (art. 1 y 2 de las disposiciones transitorias); fijó criterios y presunciones para la determinación de las características de los derechos antiguos (art. 309, 312 y 313); y entregó a los usuarios la propiedad de las infraestructuras de distribución de las aguas (art. 202 y 212).

Así, hoy en Chile los derechos a hacer uso de agua, derechos de aprovechamiento, pueden ser caracterizados de la siguiente forma:

- a) Son derechos reales, por cuanto así lo dispone expresamente el artículo 6° del Código de Aguas, definiéndolo como aquel que “recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas”. También dicho artículo señala que este derecho “es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”. Finalmente, cabe señalar que el Código Civil define los “derechos reales” como aquellos que se tienen “sobre una cosa sin respecto a determinada persona”.
- b) Es un derecho real mueble por naturaleza, pero si las aguas están destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble se reputarán inmuebles. En la práctica el derecho de aprovechamiento es, en la inmensa mayoría de los casos, lo que en doctrina se denomina inmuebles por destinación.
- c) Recae sobre un bien nacional de uso público como lo es el agua.
- d) Se expresa en volumen por unidad de tiempo, esto es, litros por segundo, metros cúbicos por año, etc..
- e) Es un derecho principal, por cuanto tiene una vida jurídica independiente y no se encuentra subordinado a otro.
- f) El derecho de aprovechamiento puede hipotecarse. Al respecto, el Código de Aguas dispone que los derechos de apro-

vechamiento inscritos pueden ser hipotecados independientemente del inmueble al cual su propietario los tuviere destinados, y que los no inscritos sólo podrán hipotecarse conjuntamente con dicho inmueble. Asimismo, el ordenamiento establece que la hipoteca de los derechos de aprovechamiento deberá otorgarse por escritura pública e inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

- g) Puede ser embargado u objeto de medidas precautorias.
- h) Su uso o ejercicio no es obligatorio, por lo que, en otras palabras, no existe obligación de construir las obras necesarias para aprovechar el agua a la que se tiene derecho. En definitiva, no existe obligación de utilizar el recurso hídrico de que da cuenta el derecho de aprovechamiento.
- i) No está asociado a usos específicos para el agua. El recurso hídrico de que da cuenta el derecho puede ser utilizado en cualquier destino. Esto es, principalmente, lo que permite la “libre transacción de los derechos de agua”, dando nacimiento a lo que se conoce como “mercado de (derechos de) aguas”.
- j) No pueden ser caducados por la autoridad, en ningún caso, salvo expropiación.
- k) Comprende la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo.
- l) Conlleva la facultad de imponer las servidumbres necesarias para su ejercicio, sin perjuicio de las indemnizaciones que correspondan.
- m) La constitución originaria de los derechos de aprovechamiento es gratuita.

Estas modificaciones, junto con establecer las bases para la operación de un mercado, buscaban generar incentivos para el mejoramiento de la eficiencia en el aprovechamiento, cuestión que redundaría en beneficio de los propios titulares de derechos.

Es importante destacar que estas transformaciones, aún cuando pudieran parecer en primera instancia como un cambio radical, en

aquellas zonas con larga tradición de riego reflejaban ideas ampliamente aceptadas y con raíces en los Códigos y normativas anteriores. Además, estas nuevas normas iniciaron su actuación en un escenario donde los derechos existentes tenían una amplia legitimación social, situación que no se presenta en aquellas zonas sin tradición agrícola, donde se generan nuevos derechos de agua que pueden enfrentar serias resistencias y baja aceptación social.

En el marco descrito, los resultados observables de la aplicación del nuevo Código han sido exitosos y concordantes con lo previsto, en especial en aquellas zonas donde el agua es un recurso muy escaso y, por tanto, de alto valor. En efecto, por ejemplo, resulta fácil constatar el elevado grado de eficiencia de aprovechamiento del agua que ha alcanzado el sector minero; la eficiencia a nivel predial alcanzada en el uso agrícola en los valles del norte chico; y las cuantiosas inversiones realizadas por el sector privado para el alumbramiento de aguas subterráneas.

Existen además otras situaciones, producidas por las innovaciones, que merecen un comentario. Una de ellas es la aplicación del nuevo Código en zonas donde predominan las culturas aymaras y atacameñas. En ellas existe la concepción del agua como un bien comunitario, adscrita a la tierra, enraizada profundamente en su cosmovisión. Aunque claramente no se previó así originalmente, la nueva ley de aguas, complementada con la moderna legislación indígena, llevó a la consolidación de la propiedad de los derechos de agua en las comunidades indígenas y no en los usuarios individuales.

Otro aspecto a considerar se refiere a las consecuencias que la “fortaleza” de los derechos de agua tiene en la gestión de los recursos hídricos durante los períodos de sequía. La experiencia al respecto muestra las ventajas de que los usuarios asuman directamente la responsabilidad de sus decisiones de abastecimiento durante dichos períodos críticos. Esto se pudo comprobar en la sequía que afectó a buena parte de la zona central durante los años 1995/96 y 1998/99, la cual fue resuelta de buena manera con una mínima intervención estatal, si se la compara con el manejo de la sequía del año 1968 (aunque es preciso reco-

nocer que los medios técnicos, financieros y humanos en ambas oportunidades cambiaron sustancialmente). No obstante lo anterior, también es necesario reconocer que la normativa aplicable en estas emergencias, en su afán de dar solidez a los derechos individuales, introduce restricciones que, en la práctica, la hacen ser sobrepasada, imponiéndose el carácter social del fenómeno, generándose acuerdos al margen del texto legal. En efecto, es frecuente que en esas circunstancias las organizaciones asuman la representación de los usuarios, llegando a acuerdos que, en rigor, sólo podrían suscribir los titulares individuales de los derechos. Así, se han suscrito acuerdos que permiten limitar el ejercicio de algunos derechos; compensaciones económicas para las organizaciones; y, otras formas de gestión comunitaria no previstas en la legislación.

Finalmente, cabe señalar que la gestión de la infraestructura de captación y distribución de propiedad de las organizaciones dista mucho de ser la esperada. En efecto, aunque se trata de bienes de propiedad de los particulares de suma importancia para la producción, se observa una notoria falta de inversión privada en su mantención y desarrollo, de modo tal que son numerosas las obras que han debido ser atendidas por programas especiales de origen estatal. En esta materia, no cabe duda que existe un claro retraso, y que el traspaso de la propiedad de estos bienes comunes a los particulares no ha sido un estímulo suficiente para mejorar su conservación y operación, lo que frecuentemente contrasta con la eficiencia alcanzada a nivel predial.

LA CREACIÓN DE MERCADOS (TRANSFERIBILIDAD)

Diversos estudios han abordado en detalle la operación del mercado de derechos de agua en Chile, analizando sus beneficios, las limitaciones para su funcionamiento y los problemas de diversa índole que pudiera generar, no siendo el propósito de este trabajo entrar en dicho análisis, sin perjuicio de dar una visión general de nuestros puntos de vista al respecto.

En primer término, es importante destacar que la legislación de aguas previó dos áreas donde el mercado iba a desempeñar un papel

crucial: a) en la asignación original de los derechos de agua, a través de la incorporación del mecanismo de remate para resolver cuando hubieran dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no existiera suficiente disponibilidad para todas ellas, y b) en la reasignación de las aguas entre particulares.

Desarrollo de un mercado para la asignación de los derechos de agua originales.

Con relación a este tema, después de 20 años de aplicación del Código, no puede haber duda respecto de la ineficacia del remate como mecanismo de decisión respecto de la asignación de los derechos originales, ya que en la práctica se ha comprobado que los supuestos para el mismo no alcanzan al uno por mil de las solicitudes y, en consecuencia, no ha existido otra limitación para la asignación de nuevos derechos que la disponibilidad física del recurso y la no afectación de los derechos de terceros. De acuerdo a la lógica del Código, esta realidad significaría que esos recursos hídricos (prácticamente la totalidad de lo concedido a partir de 1981), no tendrían mayor valor, dado que existió solo un interesado por ellos, cuestión absurda e irreal. En fin, la forma de asignación original de los derechos ha tenido consecuencias extraordinariamente negativas, favoreciendo procesos de restricción de la libre competencia y una distorsión completa en el funcionamiento de diversos mercados (en el punto 4 se desarrolla más ampliamente esta afirmación).

Ahora bien, intentando explicar las causas de este fallo en la legislación, es posible afirmar que ellas están vinculadas básicamente con problemas de información. En efecto, es irreal e ilusorio suponer que los potenciales interesados en las aguas que está solicitando otro para sí, van a revisar a lo menos dos veces al mes las nuevas peticiones que se publiquen en los periódicos y, además, sean capaces de determinar si las condiciones de escasez, es decir de oferta y demanda de recursos hídricos, las cuales en ocasiones exigen evaluaciones a nivel de cuencas de miles de kilómetros cuadrados, pueden afectar el desarrollo de su negocio en algún futuro.

La conclusión es obvia: en esta materia, el Estado debe cumplir plenamente su rol

subsidiario y el mercado por sí sólo no es suficiente.

Es de interés recordar que además de la figura del remate aplicada a solicitudes que presentan por propia iniciativa los particulares, el Código previó la posibilidad de una actuación proactiva por parte de la Administración, consistente en el ofrecimiento de derechos en remate abierto de recursos disponibles que no hubieran sido solicitados (art. 146). Esta alternativa nunca ha sido utilizada, posiblemente por que la dinámica privada en relación con la solicitud de derechos superó largamente la capacidad de la Administración de organizar una actividad de esta naturaleza, que supone una concepción clara del desarrollo futuro de las cuencas.

Desarrollo del mercado para la reasignación de derechos que ya estaban otorgados.

En lo que se refiere al tema de la reasignación de las aguas ya otorgadas, el nuevo Código, al establecer la libre transferencia de los derechos de aprovechamiento, así como la independencia del derecho de un uso específico, estableció las bases para que la reasignación de las aguas entre los diversos usos se efectuara a través del mercado, dejando atrás sistemas centralizados, como lo era la declaración de áreas de racionalización.

Es importante tener presente que esta opción se dio en un contexto en el cual la libre transferencia entre titulares de derechos ya había existido en legislaciones anteriores, y que además en buena parte del país los derechos ya estaban constituidos, surgiendo en consecuencia la necesidad ineludible de establecer un sistema de reasignación que permitiera abrir un espacio al abastecimiento de las nuevas demandas, ambas condiciones objetivas que facilitaban el éxito de una iniciativa de esta naturaleza en el país.

En este escenario, no cabe duda que el mecanismo de mercado ha sido adecuado para producir una transferencia de aguas hacia demandas fuertemente crecientes y que presentan un alto beneficio social y económico. Ese es el caso de las nuevas demandas domésticas, mineras e industriales ubicadas de Santiago al norte. Un reflejo de lo señalado es el hecho de

que todas las empresas sanitarias de Santiago al norte tienen abiertos poderes compradores de derechos de agua. Los vendedores han sido típicamente usuarios marginales de agua o inclusive derechos sin uso, ello originado en la expansión de las ciudades u otras circunstancias.

Asimismo, en períodos de sequía la libre transferencia se ha mostrado como un procedimiento eficaz para radicar, aunque sea transitoriamente, los recursos disponibles en aquellos usos más rentables, esto cuando existen obras de infraestructura que reducen la incertidumbre hidrológica y sistemas de distribución flexibles. Un caso emblemático en este sentido lo constituye el sistema Paloma, en la IV Región del país, el cual es un ejemplo muy puro de operación de un mercado con gran actividad y con una elevada sensibilidad de los precios a las condiciones de escasez.

Ahora bien, en contraste con lo que se observa en las transacciones desde el sector agrícola hacia otros usos consuntivos, al interior del sector agrícola los ejemplos de transferencias, independientes de la tierra, entre agricultores con explotaciones intensivas, son muy escasas. De este modo, en general, la actividad del mercado es muy reducida. Por ejemplo, análisis realizados en el valle del Elqui muestran que el total de las transferencias ha comprometido menos del 3% de los derechos, de los cuales un 90% correspondían a derechos sin uso o utilizados sólo marginalmente (Harne y Easter, 1995).

Como resultado de lo anterior, se puede concluir que, contrariamente a lo previsto por sus inspiradores, el interés en transferir excedentes mediante el mercado no ha sido un mecanismo inductor de una mayor eficiencia en el uso del agua en el sector agrícola, siendo en cambio muy importante en este aspecto las garantías dadas a la propiedad (como se señaló en el punto2).

Las principales causas que explican esta baja actividad del mercado en muchas zonas son: la ausencia de una escasez efectiva de recursos hídricos y/o la existencia de fuentes alternativas (aguas subterráneas); los altos costos de transacción, debidos principalmente a la rigidez de las infraestructuras de distribución; y, la incertidumbre hidrológica asociada a los

derechos de agua, lo cual conduce a que los usuarios consideren el exceso de disponibilidad como una forma de seguro para los períodos de sequía.

Por otra parte, un elemento indispensable para el funcionamiento de un mercado, es disponer de un sistema registral de la propiedad y procedimientos que permitan la inscripción adecuada de los derechos existentes. En este sentido existen en la legislación diversas normas que se orientan a ese propósito (art. 20-21, 55, 111-112, 114-121). Sin embargo, existe bastante consenso en que una limitación importante para alcanzar un mercado más activo, es la ausencia de bases de datos adecuadas. Desde esta perspectiva el diseño concebido en el Código presenta diversos vacíos, entre los cuales se destacan los siguientes:

- ☒ Existen procedimientos para regularizar e inscribir los derechos de agua, pero no hay plazos para que ello se haga efectivo, de modo que después de 20 años, una parte muy importante de ellos permanecen sin inscripción en el registro de aguas de los Conservadores de Bienes Raíces.
- ☒ No se establece la obligación a los Conservadores de Bienes Raíces de informar a la Administración acerca de los cambios del registro, lo que hace imposible llevar un registro administrativo actualizado. Esto se está proponiendo cambiar en la modificación del Código en curso.

En esta materia, sin embargo, el Código de 1981 contiene un artículo de gran interés, como es el que crea el Catastro Público de Aguas (art. 122), el cual constituye la base para generar un registro administrativo de las aguas y todos los aspectos relacionados con su gestión. Sin embargo, sorprendentemente, sólo en 1998 se dictó el reglamento que permitió su puesta en marcha. De este modo, dicho catastro, incluyendo las modificaciones legales propuestas, puede constituirse en un elemento fundamental para agilizar y hacer más informado y transparente el funcionamiento del mercado de derechos de aprovechamiento de aguas.

En síntesis, visto el proceso en perspectiva, su mayor beneficio ha sido la forma fluida y armónica en que se han podido transferir recursos de agua, generalmente subutilizados, hacia

aprovechamientos con mayores beneficios, proceso que habría sido con seguridad extraordinariamente conflictivo e ineficiente si se hubiera operado con un sistema centralizado.

Finalmente cabe destacar que el acelerado agotamiento de las posibilidades de abastecer las nuevas demandas, mediante la explotación de recursos hídricos que no estaban asignados, como es el caso de las aguas subterráneas, hace previsible que en los próximos años una importante activación del mercado ya que la principal alternativa de abastecimiento de las nuevas demandas será la adquisición de derechos, en especial de derechos de agua subterráneas, a otros usuarios. En esta disyuntiva, no cabe duda que habrá quienes busquen presionar al Estado para que constituya nuevos derechos, aunque no exista disponibilidad del recurso (lo que equivaldría a una versión moderna de las emisiones inorgánicas que en el pasado autorizaba el Banco Central), accediendo de ese modo a recursos nominales pero sin respaldo, todo en perjuicio de los titulares con derechos anteriores. Justamente es este el tema central de la reciente polémica pública respecto de las aguas subterráneas.

Externalidades asociadas a las transferencias de derechos de aguas.

A diferencia de lo que se observa en otras partes del mundo, el diseño (y vigencia práctica) del mercado de aguas en Chile se caracterizó por la falta de preocupación por los eventuales problemas de acaparamiento de derechos y por las externalidades negativas asociadas a las transferencias de los mismos. A continuación se hace una breve relación del comportamiento práctico que se observa en esta materia, centrada en los siguientes puntos:

(a) Monopolización de derechos

Con relación a esta materia conviene señalar que, en general, no se han observado procesos de concentración originados en los mecanismos de mercado, esto es, a través de la adquisición de derechos existentes, como sí ha sucedido debido a la forma de asignación original de los derechos.

(b) Caudales de retorno

El análisis de las consecuencias que tienen sobre los caudales de retorno las transacciones entre particulares es de la mayor importancia, en especial porque en gran parte del país las aguas se utilizan sucesivamente (hasta 5 veces) a lo largo del curso de los ríos, en las llamadas secciones, aprovechando las percolaciones y derrames de los terrenos regados aguas arriba, aún cuando legalmente no exista obligación de generar estos flujos de retorno. Evidentemente, en la base de este problema está la inadecuada forma de definir los derechos consuntivos, (por lo demás difícilmente se podría haber concebido otra manera de definirlos, considerando la forma en que históricamente se han asignado las aguas en el país y las dificultades prácticas de intentar otras opciones), ya que se confunde el caudal derivado en la bocatoma con el caudal efectivamente consumido por el usuario, el cual frecuentemente no representa ni el 30% del valor anterior. Un ejemplo de la forma como este tema ha sido abordado en otros países, lo ofrece la operación del poder comprador abierto por el Estado de California durante la sequía de inicios de los años 90. En ese caso, las compras eran evaluadas a partir del consumo efectivo del vendedor ("agua real"), determinado a través de una auditoría técnica, e inclusive existía un diferencial entre los precios de compra y venta equivalente al costo de revertir las externalidades negativas sobre el medioambiente (Macaulay, 1996).

En el caso de Chile, en general los usuarios no han manifestado una preocupación especial por el tema, ya sea porque las transacciones han sido poco numerosas, porque los efectos no son inmediatos y evidentes para un usuario cualquiera, o porque no se han hecho estudios hidrológicos en profundidad para evaluar el tema. Sin embargo, en algunas cuencas del norte chico cuyos usuarios han tomado conciencia del riesgo, han discurrido una solución al margen de las normativas contenidas en el Código: simplemente las Juntas de Vigilancia han introducido factores de corrección al cambio de los derechos de agua de un punto a otro, lo cual ha sido aceptado por sus miembros. En este caso, nuevamente estamos en presencia de dinámicas que se desarrollan al margen de las normativas y que se muestran

efectivas, ello evidentemente mientras no surgen opiniones distintas decididas a hacer valer los derechos que le asigna el texto legal. No obstante lo anterior, queda la duda acerca de los impactos que efectivamente se han producido y que pudieran no haber sido evaluados por la falta de investigaciones hidrológicas sobre el tema.

(c) Sistemas de riego

En algunas zonas han surgido problemas en la administración de los sistemas de riego, originados en las transacciones de derechos. En efecto, las ventas han generado conflictos entre los compradores (nuevos dueños) que desean extraer las aguas en otro punto del río y el resto de los usuarios del canal de origen de los derechos, ya que se generan serios problemas de operación cuando un canal queda sobredimensionado respecto de los caudales efectivamente conducidos (situación frecuente en el norte del país). Asimismo, se han presentado conflictos en la administración de los sistemas de riego en el norte del país por una inadecuada definición de las características de los derechos transados.

(d) Externalidades ambientales

En general, en la mayor parte del país no se han detectado impactos ni se han desarrollado situaciones de conflicto en el ámbito ambiental debidas directamente a la transferencia de derechos de agua. Sin embargo, es necesario destacar las movilizaciones sociales que se han producido al comprobarse la paulatina desaparición de las actividades agrícolas en oasis ubicados en el desierto de Atacama (Calama, Quillagua), lo que contradice en cierta medida la vocación estratégica de las comunidades locales. En estos casos resulta evidente las limitaciones de la legislación de aguas vigente, para abrir espacios a la solución armónica de este tipo de conflictos.

REDUCCIÓN DEL ROL DE LA ADMINISTRACIÓN

Uno de los elementos claves de la reforma del 81, fue la reducción al máximo del rol de la Administración en materia de aguas, traspas-

sando funciones al mercado, a las organizaciones de usuarios y a los tribunales de justicia. Al respecto, los principales cambios se relacionan con: la constitución de los derechos originales; las labores de fiscalización de las organizaciones de usuarios y de resolución de conflictos; y, las tareas de planificación y gestión de los recursos hídricos. A continuación analizaremos separadamente las nuevas ideas incorporadas y la experiencia práctica de su aplicación, en cada uno de estos tres temas.

Constitución de derechos originales

Respecto de esta materia, ya hemos señalado el fracaso de incorporar conceptos de mercado en la asignación original, mediante el remate de los derechos cuando no existe suficiente agua para satisfacer las nuevas solicitudes. Nos queda analizar las consecuencias del abandono del procedimiento concesional que consideraba una asignación provisional y, sólo posteriormente, una vez construidas las obras, la entrega de un derecho definitivo. Esto último se debe relacionar con las siguientes características de la nueva legislación: el peticionario no tiene ninguna obligación de justificar la cantidad de agua pedida, ni de usar el caudal otorgado; el recurso se otorga en forma gratuita; y, finalmente, resulta obligatorio para la administración otorgar el derecho cuando existe disponibilidad de agua y no se afecta el derecho de terceros.

Una vez que entró en vigencia el nuevo Código, el sector que reaccionó con mayor rapidez solicitando derechos fue el hidroeléctrico, logrando constituir en los años 80 un considerable número de derechos no consuntivos, que en ocasiones comprometen cuencas enteras. Algo similar sucedió con grupos que tenían un buen nivel de información. Sin embargo, el sector sanitario, en poder del Estado, sólo en los 90 tomó plena conciencia del valor estratégico de los derechos de agua para su desarrollo, comenzando a crear unidades especializadas en el tema. Lo mismo sucedió con el Fisco en relación con la petición de derechos de agua para la construcción de grandes obras hidráulicas, ya que las políticas de gobierno de los 80 no consideraban la construcción de ese tipo de obras, lo que ha tenido como consecuencia que diversos proyectos de

carácter público han tenido dificultades para acceder a los derechos de aprovechamiento por solicitudes anteriores (ejemplo existen en las cuencas de los ríos Cautín, Maule, Mataquito, Aconcagua y otras). Asimismo, los sectores campesinos y las comunidades indígenas, carentes de información y apoyo, frecuentemente han descubierto recién en los últimos años que no disponen de derechos de agua permanentes para acceder a planes gubernamentales de desarrollo, como por ejemplo, la Ley de Fomento al Riego.

En resumen, como era previsible, el resultado del nuevo diseño significó: la proliferación de peticiones para tomar posición respecto de un bien estratégico como lo es el agua; la solicitud de grandes caudales (¡para qué pedir lo que se necesita si se puede pedir todo!); la generación de una escasez jurídica/formal pero no real del recurso en importantes zonas; la creación de obstáculos para el desarrollo de proyectos; y, la generación de barreras de entrada a determinados mercados, desincentivando la competencia en los mismos.

Las anteriores afirmaciones han sido documentadas profusamente, a partir de la experiencia práctica de la Dirección General de Aguas, a lo largo del debate en torno a la modificación del Código de Aguas. Sólo a modo de ejemplo, se puede señalar que:

- En relación con los usos no consuntivos, se han constituido derechos por más de 13.000 m³/s, siendo que actualmente apenas se utilizan del orden de 2.500 m³/s, situación que ha influido decisivamente en el desarrollo de las empresas del sector hidroeléctrico, según el testimonio de sus propios directivos.
- En relación con los usos consuntivos, en regiones donde no se habían constituido derechos de agua superficiales con anterioridad al actual Código, los derechos asignados bajo la nueva legislación sólo son utilizados efectivamente en cifras cercanas al 1% y sin embargo en numerosos cauces en la actualidad ya no se puede acceder a derechos de carácter permanente, por inexistencia de disponibilidad legal del recurso.

- ☒ En determinadas zonas la disputa por las aguas subterráneas, llevadas en ocasiones a los tribunales, tienen evidentemente como propósito el control del acceso a determinadas concesiones sanitarias.

En síntesis, paradójicamente, el procedimiento estructurado para favorecer el mercado, en la práctica ha significado la concesión de estancos (por cierto sin pago para el Estado) y una reducción de la competencia en distintos mercados.

No cabe duda que situaciones como las descritas, además de ser un claro desincentivo para el pleno aprovechamiento del potencial hídrico del país, resultan inaceptables para el ciudadano común, que asigna el agua un fuerte contenido social, tienen un impacto negativo desde la perspectiva de la equidad y contribuyen fuertemente a desprestigiar el conjunto de la legislación de aguas. Del mismo modo, son una demostración de la falta de consonancia entre la legislación de aguas y la naturaleza de los problemas que se presentan en la sociedad.

En este escenario, no resulta extraño que en las oficinas de la Dirección General de Aguas se deba tratar de explicar, en general con escaso éxito, que no es posible constituir derechos para un determinado proyecto de inversión, debido al compromiso de los caudales con derechos ya concedidos. La situación en determinados casos resulta aún más incomprensible para el peticionario, cuando se le indica que la solución consiste en negociar con el titular de un derecho que no está siendo utilizando y que pertenece a una persona ajena por completo a la zona.

Sin embargo, en ocasiones la situación resulta tan violenta, como cuando está en juego el agua potable de alguna población, que en definitiva se alcanza una solución entre las partes al margen de la legislación, a través de la intervención del poder político. Otro caso extremo se dio con relación a la constitución de un conjunto más de 10 derechos no consuntivos, los cuales comprometían caudales del orden de 14.000 m³/s y afectaban seriamente las condiciones de competencia del sector hidroeléctrico. En ese escenario, después de un proceso judicial iniciado por el peticionario, la Administración se vio en la necesidad de

denegar dichos derechos por atentar contra el orden económico, solicitando además un dictamen de los organismos antimonopolios. El conflicto, en definitiva, condujo a una recomendación a la Dirección General de Aguas por parte de la Comisión Preventiva Central Antimonopolios, en el sentido que se abstuviera de constituir nuevos derechos no consuntivos “mientras no exista un mecanismo legal y/o reglamentario que aseguren el buen uso de las aguas, a menos que se trate de proyectos específicos de interés general”.

Es decir, en estas situaciones la extrema liberalidad del procedimiento de asignación original, paradójicamente ha llevado, en la práctica, a entregar a la Administración poderes extremadamente amplios, en un caso, y, en otro, a la intervención política directa, soluciones por cierto completamente ajenas al espíritu de la legislación.

Finalmente, cabe destacar que una materia estrechamente vinculada a la constitución de los derechos originales, que sorprendentemente casi no tuvo atención en el nuevo articulado, es la definición y reglamentación del concepto de disponibilidad, el cual, a pesar de su importancia, no mereció sino un par de líneas. Esta determinación en la práctica es la única función trascendente que permaneció como responsabilidad exclusiva de la Administración. Este hecho, contradictorio con el espíritu del nuevo código, posiblemente refleja la escasa asesoría técnica de carácter hídrico que tuvo la comisión encargada de la reforma, o la dificultad para encontrar un procedimiento alternativo al cálculo de un “funcionario”.

Como era previsible, también han existido posiciones que han buscado relativizar esta facultad de la Administración de determinar los caudales disponibles, en especial con relación a la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas. En efecto, han aparecido alegatos en el sentido de que las aguas subterráneas son tan abundantes, y es tan difícil e incierta su determinación, que no resulta necesario que la Administración se preocupe de evaluar su disponibilidad a nivel de los acuíferos, dado que ello sería un atentado a las posibilidades de desarrollo del país. No está de más señalar que ello significa descono-

cer los instrumentos de que dispone la ingeniería, el nivel de conocimiento disponible en el país, la importancia que tiene el problema de la explotación de los acuíferos a nivel mundial y, finalmente, la amenaza que significa para el concepto mismo de propiedad una autoridad pública que genere derechos de aprovechamiento sobre aguas inexistentes.

Respecto del tema recién reseñado, debemos dejar constancia que, afortunadamente, una reciente sentencia del más alto tribunal de justicia del país ha respaldado la política e interpretación jurídica que desde siempre había mantenido la Administración en materia de gestión de las aguas subterráneas, y que había sido puesta en entredicho. Así, la Corte Suprema ha resuelto que la Dirección General de Aguas debe en el futuro, "al resolver sobre las solicitudes presentadas respecto de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, en sectores acuíferos en que existen derechos ya constituidos ..., verificar la disponibilidad jurídica de aguas a nivel de fuente o acuífero ..., y no limitarse a la constatación de la mera existencia física del recurso hídrico de que se trata".

Fiscalización de organizaciones de usuarios y resolución de conflictos

En esta materia, el nuevo Código restringió drásticamente el importante rol de tutelaje que entregaba a la Administración la legislación anterior (Peña, 2001), dejándole sólo algunas facultades, que se ejercen a petición de parte, referidas a comprobar la correcta distribución de las aguas y materias de índole económica (art.283 y 291). Temas como el cumplimiento de las normas referidas a la adecuada información a los miembros, el control de las elecciones y otros fueron eliminados. Del mismo modo, se terminó con un procedimiento de amparo administrativo de las aguas, cuando existían conflictos por alteraciones de la distribución de las aguas debido a acciones recientes, y se radicó esa facultad en los tribunales, incluso debilitando el rol de las organizaciones de usuarios en el tema.

La situación actual de las organizaciones de usuarios, salvo contadas excepciones, se caracteriza por una gran precariedad operativa, por

un incumplimiento generalizado de las normas mínimas de funcionamiento de cualquier organización y por una baja participación y transparencia (Peña, 2001), así como por una notoria falta de adecuación a las nuevas posibilidades y desafíos en la gestión de los recursos hídricos.

En este escenario, con frecuencia los usuarios recurren a la Dirección General de Aguas para que ejerza de hecho una labor de árbitro o para lograr acuerdos entre partes en conflicto, función no contemplada en la legislación vigente pero que corresponde, por una parte, a la necesidad de tener instancias de resolución anteriores a los tribunales y, por otra, a la tradicional imagen de imparcialidad que mantiene la autoridad pública.

Por otra parte, en las ocasiones que un usuario ha entrado en conflicto con la directiva de su organización, aún contando con un informe favorable de la Dirección General de Aguas y con resultados en el mismo sentido en los tribunales, ha sido prácticamente imposible revertir situaciones en plazos que sean adecuados a la naturaleza de los problemas planteados. Asimismo, las características de las acciones judiciales y la falta de preparación especializada de muchos jueces, transforma los juicios en un evento extremadamente impredecible, lento y de alto costo, contribuyendo todo ello a que los interesados eviten en lo posible recurrir a dicha instancia, en especial aquellos de menor poder económico.

De acuerdo a lo anterior, se visualiza la necesidad de iniciar una profunda reflexión acerca de las formas de resolución de conflictos consideradas en el Código, pensando en nuevas alternativas (v.gr.: tribunales especiales, sistema de arbitrajes, etc.), (Vergara, 1998), y del rol de fiscalización de la Administración con relación a las organizaciones de usuarios.

Cabe destacar que la no solución de estos problemas se traduce en ocasiones en una real restricción al ejercicio de la propiedad.

La planificación en materia de recursos hídricos

Durante los primeros 10 años de aplicación del nuevo código, el tema de la planificación estuvo completamente ausente, esto ya que se

entendía que la existencia de mecanismos de mercado y derechos de agua sólidos hacían innecesaria cualquier iniciativa en esa materia, aunque se tratara, como señala el código: “planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento” (art. 299 letra a). Respecto de esta disposición, se puede señalar que las visiones dominantes en el Gobierno de la época fueron más allá (ó más acá) que la propia ley, dejando su texto como letra muerta.

Esta situación cambió al asumir los Gobiernos democráticos, comenzando a realizarse estudios básicos orientados a configurar una visión de largo plazo del aprovechamiento de los recursos hídricos, en un contexto de acelerado crecimiento económico. Posteriormente, en forma paulatina, se reivindicó el rol del Estado en la gestación de las grandes obras de infraestructura hidráulica para el desarrollo del riego (la cual, en la práctica, había sido abandonada) y se comenzó a trabajar en una política de nacional de recursos hídricos.

Finalmente, hoy son evidentes las muestras de agotamiento de un sistema de gestión, que pretende resolver en forma aislada los distintos temas, y cuyo único mecanismo de negociación es el mercado, en un escenario de uso intensivo de los recursos y con externalidades negativas generalizadas de diversa índole. Considerando lo anterior, en la actualidad se observa que, en distintos actores, se está abriendo espacio, una visión más integrada de la gestión de los recursos hídricos, que aborda en forma combinada temas que los mecanismos de mercado por sí solos son incapaces de resolver, o que definitivamente no están considerados en los marcos legales. En este nuevo escenario, la Dirección General de Aguas ha venido realizando un esfuerzo para la formulación y validación de los llamados “planes directores para la gestión integrada de los recursos hídricos”, concebidos como un ejercicio de planificación indicativa y participativa, orientados a coordinar las funciones reguladoras y de promoción del Estado y a dar señales a los privados, todo con el propósito de maximizar el beneficio económico, social y ambiental del agua.

CONCLUSIÓN

Después de 20 años de vigencia del actual Código de Aguas, más allá del análisis de aspectos puntuales, cabe hacerse preguntas de fondo respecto de su capacidad de convocar los esfuerzos de la sociedad de manera coherente hacia el objetivo de maximizar los beneficios económicos, sociales y ambientales de la gestión de las aguas, es decir, si el Código hace posible la gobernabilidad del sector hídrico en la perspectiva del desarrollo sustentable del país.

En este sentido, el análisis realizado muestra que existen materias en su articulado que se corresponden perfectamente con la cultura prevaleciente en la sociedad y que entregan soluciones adecuadas y eficientes a los desafíos que se deben superar, en consecuencia, se desarrollan de manera fluida y sin contratiempos, pero existen otras que claramente están en conflicto con dichas creencias y no resuelven los problemas, lo cual conduce a situaciones de enfrentamiento. En el primer supuesto incluyó medidas como el fortalecimiento de la seguridad jurídica de los derechos. En el segundo, la forma cómo se constituyen originalmente tales derechos.

En términos generales, en opinión del autor, el gran mérito del Código del 81 fue incorporar y considerar en forma consistente la dimensión económica del recurso hídrico, incluyendo en ello la definición de derechos de propiedad y la libre transferencia de los derechos de aprovechamiento. Sin embargo, este esfuerzo en cierta medida no ha dado todos sus frutos, e inclusive ha generado conflictos innecesarios por ciertas deficiencias en su concepción original. Entre éstas se pueden citar la subvaloración de los problemas generados por la inevitable falta de conocimiento e información de los actuales y de los potenciales interesados en los recursos hídricos, así como el desconocimiento del rol subsidiario que es necesario que asuma el Estado, debido a la naturaleza especial de los problemas que presenta la gestión de los recursos hídricos.

La otra ausencia significativa en la concepción del Código de Aguas del año 1981, se refiere, a su extrema simplificación o, dicho de otra forma, la no adecuada consideración del recurso hídrico como un bien, además de eco-

nómico, como social, cultural y ambiental, con complejas interacciones que se generan a nivel de las cuencas, todo lo cual lleva a que no se hayan diseñado estructuras que permitan la gestión integrada de los recursos hídricos, manteniendo las ventajas de los incentivos de mercado.

Finalmente, es importante señalar que el tema hídrico no ha estado ajeno al prolongado debate que se ha dado en la sociedad chilena en torno al rol del Estado desde hace ya varias décadas. Debate que, tratándose del

agua, ha sido especialmente negativo, esto ya que ha generado posiciones muy antagónicas, en circunstancias que las lecciones de la historia y de la experiencia mundial llevan a la conclusión de que justamente es el agua un campo donde la cooperación público-privada es más necesaria y fructífera. Justamente quizás la clave para avanzar hacia una mejor gestión en el tema hídrico está en superar la cultura de la desconfianza entre los distintos actores, y su reemplazo por una cultura de la cooperación y la confianza.

Referencias

- BAUER, C.J. 1993. Los derechos de aguas y el mercado: efectos e implicancias del código de aguas chileno. **Revista de Derecho de Aguas**, Copiapó, v.4.
- BÜCHI, H. 1993. **La transformación económica de Chile**: del estatismo a la libertad económica. Santafé de Bogotá: Norma.
- HEARNE, R.R.; EASTER, K.W. 1995. **Water allocation and water markets**: an analysis of gains-from-trade in Chile. Washington: World Bank.
- INGENIEROS Y ECONOMISTAS CONSULTORES. 1996. **Análisis del mercado de recursos hídricos**. Santiago: Ministerio de Obras Públicas.
- MACAULAY, S. 1996. Lessons learned in management of water markets in scarcity or drought conditions. In: INTERNATIONAL SEMINAR ON WATER RESOURCE MANAGEMENT, 1996. Santiago: MOP-FAO.
- PEÑA, H. 2001. Desafíos a la organizaciones de usuarios en el siglo XXI. **Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales**, Santiago, v.3, n.2, p. 307-312, jul./sep.
- PEÑA, H. 1997. Water markets in Chile: what they are, how they have worked and what needs to be done to strengthen them? In: INTERNATIONAL CONFERENCE ON ENVIRONMENTALLY SUSTAINABLE DEVELOPMENT, 4., 1996, World Bank and George Washington University. **Rural well-being**: from vision to action. Washington: World Bank.
- PEÑA, H.; RETAMAL, U. 1992. Ventajas y limitaciones del mercado en la asignación de derechos de agua. In: ENCUESTRO CIENTÍFICO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE, 4., 1992, Valdivia. **Gestión ambiental**: desarrollo hoy sin arriesgar el mañana. Santiago: CIPMA.
- VERGARA, A. 1998. **Derecho de aguas**. Santiago: Editorial Jurídica de Chile. v.2.

Humberto Peña Torrealba Ingeniero, Director General de Aguas, Ministerio de Obras Públicas, Chile. humberto.pena@moptt.gov.cl

