

Mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile: el desafío de mejorar la reasignación del recurso

Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales.

AUTOR:

GERMAN ECHEVERRÍA RAMÍREZ

PROFESOR GUÍA: GUSTAVO MANRÍQUEZ LOBOS

SANTIAGO, MARZO 2000

Texto completo NO publicado por no contar con autorización escrita de los autores

INDICE .	1
INTRODUCCION .	5

INDICE

INTRODUCCIÓN

CAPITULO I: NATURALEZA JURIDICA DEL AGUA

Dominio de las Aguas

Aprovechamiento Económico de un Bien Nacional de Uso Público

Evolución en el Empleo de las Aguas

CAPITULO II: ASIGNACION Y REASIGNACION DEL AGUA

Criterios Para Asignar un Bien Escaso

Entre el Manejo Central del Recurso y la Mano Invisible del Mercado:

Experiencias Internacionales

Formas del Derecho de Aprovechamiento: La Primera Asignación del Recurso

Cuando ya Casi no Queda Agua Para Asignar

Sistemas Vigentes de Asignación Originaria del Agua

La Reasignación y Adquisición del Derecho de Aprovechamiento de Aguas por Transferencia

CAPITULO III: MERCADO DE LAS AGUAS

El Desafío de Enfrentar la Escasez Relativa del Agua

Cuando se Produce la Mejor Asignación y Reasignación Posible del Agua

El Camino que nos Conduce al Óptimo Empleo Social del Agua

¿Es el Mercado la Respuesta al Óptimo Uso Social del Agua?

Características Básicas de los Mercados de Agua

1-Definición de Derechos

2-Mercado de acceso y propiedad del agua

3-Cuatro tipos fundamentales de mercado

4-Reconocimiento de derechos

5-Disociación de tierra y agua

6-Organización del mercado

Antecedentes del Origen del Mercado de las Aguas en Chile

Características del Sistema de Libre Transferencia de Derechos de Aprovechamiento de Aguas

Funcionamiento del Mercado en Chile

CAPITULO IV: PERFECCIONAMIENTO DE LOS MERCADOS DE DERECHOS DE AGUA

Los Temores que Despiertan los Mercados de Aguas

1-Poder de mercado en la comercialización del agua

2-Mercados estrechos

3-Especulación

4-Acaparamiento

5-Asimetría de información

6-Costos de transacción v/s escasez relativa

7-Daños a terceros

8-Resolución de conflictos

Obstáculos Para un Mejor Funcionamiento de un Mercado de Aguas en Chile

1-Reducido número de transacciones

2-Perjuicio a terceros y derrames

3-Obstáculos de certeza jurídica. Definición de derechos

a-Derechos consuetudinarios

b-Definición de las características de los derechos en la ley

4-Conflictos entre usuarios por ventas de derechos consuetudinarios no bien definidos

5-Problemas de información

6-Obstáculos administrativos

7-Degradación de la calidad de las aguas

8-Especulación y acaparamiento de derechos no consuntivos

9-El acaparamiento y especulación de los derechos consuntivos

10-Falta de un valor o precio del no uso del recurso

CAPITULO V: DEBATE LEGISLATIVO EN TORNO A LA REFORMA DEL CÓDIGO DE AGUAS E IMPACTO EN EL MODELO DE MERCADO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS.

Un Remedio que Puede Ser Peor que la Enfermedad

Establecimiento del Pago de una Patente por la no Utilización de las Aguas

Facultades de la Autoridad Administrativa Para la Concesión de Nuevos

Derechos de Aprovechamiento de Aguas

Pérdida de las Ventajas de la Actual Institucionalidad

Costos y Beneficios de Justificar el Uso de las Aguas

Presunciones de Uso Efectivo de las Aguas: Riesgos de Fraudes

Intrusión Administrativa en la Autonomía Empresarial

Los Peligros de Volver al Pasado

Los Reparos del Mundo Gremial

Un Ejemplo Acerca de Cómo Desincentivar Inversiones

Debilitamiento de los Derechos Privados y Mayores Potestades Exorbitantes

Para la Administración

La Intervención del Consejo Regional

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

INTRODUCCION

Es un hecho notorio que la demanda por agua es creciente en países en proceso de desarrollo económico. En Chile los principales usos productivos del recurso están asociados a la agricultura, la generación hidroeléctrica, el abastecimiento de agua potable, la industria y también actividades como la minería.

Frente a este escenario, la pregunta que surge es cómo se debe reasignar el recurso entre los sectores que compiten por el mismo, especialmente si se considera que ya prácticamente no queda agua sobre la cual constituir derechos originarios de aprovechamiento, pues las concesiones sobre el recurso ya están otorgadas sobre casi la totalidad del agua hasta ahora disponible en el país.

Y ante esa interrogante, se plantean básicamente dos grandes formas para reasignarla. Una a cargo del Estado y donde en términos generales la autoridad administrativa central es la que decide la forma como se usa y distribuye el agua bajo un criterio de intervención global e integrada de todo el sistema hidrológico del país. Otra, que sostiene que ese papel debe encargarse al mercado, pues al ser el recurso hídrico un elemento natural relativamente escaso, no puede ser tratado como un bien gratuito y, por eso, es el precio el que debe reflejar su abundancia y escasez con el propósito de que sean la oferta y la demanda las que decidan el uso socialmente más conveniente del agua.

Esta segunda opción fue adoptada por el actual Código de Aguas de 1981. Dicho cuerpo normativo se inspira en la creación de derechos de propiedad no sobre el agua misma, sino sobre el uso de la misma, para de esa forma facilitar por todos los medios el

ordenado funcionamiento del mercado.

Actualmente se tramita en el Congreso Nacional un proyecto de ley que nuevamente despierta debate sobre el modo más conveniente de aprovechar este recurso escaso. Es así como se discute la extinción del derecho de aprovechamiento por no uso de las aguas y la justificación del uso del recurso ante el Director General de Aguas, quien puede otorgar el derecho o no hacerlo, puede imponer plazos, limitaciones, prohibiciones o condiciones para su uso, o bien, puede otorgar el derecho sólo parcialmente.

En el fondo se postula un aumento de la participación del Estado en la asignación, reasignación y control del uso de las aguas, otorgándole mayores atribuciones y nuevas facultades a través de la Dirección General de Aguas (DGA).

Lo anterior no es indiferente para los agentes económicos, pues su eventual materialización influirá en proyectos de inversión y negocios o empresas productivas que requieren de este recurso que jurídicamente es un bien nacional de uso público. Se debe tener presente que en la actualidad y posiblemente en el futuro aumentarán los procesos de cambio en el uso de la tierra. Tal como ya se observa y donde, por ejemplo, superficies agrícolas se destinan a proyectos urbanos, lo cual requiere reasignar con la mayor flexibilidad y eficiencia el agua.

En un informe del Colegio de Ingenieros de Chile se sostiene que la proposición de otorgar nuevas facultades a la DGA en la constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas, se traduce en proporcionar a dicho órgano del Estado un poder discrecional que puede producir grandes limitaciones a los privados interesados en desarrollar actividades económicas que hacen uso de las aguas.

Claro que al mercado también se le formulan observaciones desde diversos sectores. Sin embargo, muchas de las críticas que se le formulan tampoco se resuelven en la práctica con un manejo administrativamente centralizado, especialmente si se piensa en cómo reasignar con eficiencia el recurso.

Sus posibles soluciones son las siguientes:

1-Problemas vinculados a los llamados flujos de retorno. En realidad no es un problema, porque el mercado mejora el empleo del recurso y los regantes aguas abajo no tienen derechos sobre los flujos de retorno y, por eso, el uso de estos flujos es de naturaleza eventual.

2-Problemas con los Derechos Consuetudinarios: Se originan conflictos entre quienes perciben flujos de retorno y los agricultores que quieren vender sus derechos consuetudinarios. El problema según algunos autores se debería a un mal diseño de los derechos de aprovechamiento.

3-Contaminación de las Aguas: Se sostiene que la polución de las aguas no es imputable al régimen de libre transferencia de derechos de agua, pues también se produce e incluso con mayor fuerza en los modelos de asignación del recurso por vía de la autoridad administrativa.

4-Costos de Infraestructura: Se sostiene que los costos en infraestructura son costos inevitables; es decir corresponden a una obligación contraída por las características particulares del agua y estos costos se deben pagar cualquiera que sea el sistema de

asignación y reasignación de los derechos de aprovechamiento de agua, de manera que son inevitables y no se trata de un costo exclusivo del mercado de aguas. Entre las soluciones para evitarlos o al menos reducirlos se plantean fórmulas novedosas como por ejemplo constitución de derechos reales de servidumbre destinados a facilitar la entrega material del recurso.

5-Falta de Información: Se sostiene que otro de los problemas del actual mercado de derechos de aprovechamiento de aguas es la falta de información, que impide que los poseedores de los derechos de aprovechamiento tomen decisiones económicamente eficientes y se vuelve difícil valorarlos. Estas críticas están lejos de ser resueltas por los sistemas de planificación centralizados y lo que realmente se requiere es facilitar la expresión de las fuerzas del mercado, con el propósito de que comprador y vendedor libre y espontáneamente alcancen acuerdo respecto de la cosa y precio objetos del contrato.

6-Costos de Transacción Evitables: Se relacionan con los costos de investigación de ofertas y solicitudes que deben realizar vendedores y compradores. Frente a estas críticas se indica que ellos son un costo de oportunidad relacionado con la conveniencia de celebrar o no un contrato de compraventa de los derechos de aprovechamiento y en un mercado libre esos costos son inmediatamente asumidos por los privados, en cambio en los sistemas centralizados la autoridad pública es mucho más lenta para asumirlos.

7-Especulación y Acaparamiento: En el caso del acaparamiento de los derechos no consuntivos por parte de empresas hidroeléctricas, ellos más que buscar la especulación persigue un fin estratégico de desarrollo empresarial, pues no quieren exponerse al riesgo de no contar con ellos a futuro o bien evitar una compra futura a altos precios que disminuya la rentabilidad de los proyectos. Sin embargo, el tema de la especulación en este punto es controvertido y muy discutible, porque hay antecedentes que indicarían que la hidroelectricidad no necesariamente será la fuente energética más barata del país y eso cambia absolutamente el escenario.

En el caso de los derechos consuntivos se pueden presentar dos situaciones. En zonas de escasez de agua el precio del recurso será significativo y, por lo tanto, el costo de oportunidad de guardarlo con fines especulativos es muy alto y poco conveniente para su propietario, quien naturalmente buscará darle un uso rentable.

En las zonas de abundancia, en cambio, ese costo de oportunidad es bajo y ahí puede producirse eventualmente especulación, aunque todo hace prever que esa situación está variando y se revertirá producto de la mayor demanda por usos productivos del agua. De todas formas la especulación no es mala en sí misma, porque no es más que una inversión con riesgo y lo que realmente es negativo es cuando la especulación va asociada a un monopolio que permite manipular los precios y el mercado, de manera que lo que se debe combatir es el poder monopólico y no la especulación.