



Derechos de agua

Consecuencias económicas y sociales de su expropiación

Carlos J. Ponce, Ph.D en economía, Universidad de California Los Ángeles, académico FEN-UAH, Director Departamento de Economía, FEN-UAH.
Eduardo Saavedra, Ph.D en economía, Universidad de Cornell, académico FEN-UAH, Decano (i) FEN-UAH.
Javier Tapia, Ph.D en derecho, University College London.¹



El pleno de la Convención Constitucional aprobó recientemente dos incisos del artículo 18 de la nueva carta magna que, de ser aprobada por la ciudadanía, establece que “*Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho de propiedad en todas sus especies y sobre toda clase de bienes, salvo aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todas las personas y los que la Constitución o la ley declaren inapropiables*”. Agrega que “*Corresponderá a la ley determinar el modo de adquirir la propiedad, su contenido, límites y deberes, conforme con su función social y ecológica*”. De igual manera, acerca de la expropiación de derechos de propiedad, finalmente se propuso en el artículo 20 de nuestra Constitución que “*Nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de una ley que autorice la expropiación por una causa de utilidad pública de interés general declarado por el legislador*”.

Es importante señalar que estos artículos son el fruto de propuestas bastante más extremas que fueron discutidas en el seno de la Comisión de Medio Ambiente, Derechos de la Natura-

leza, Bienes Naturales Comunes y Modelo Económico, como las que hablaban de caducidad de los derechos de aprovechamiento de agua, sin indemnización alguna e incluían a varios sectores productivos incluyendo los

(1) Los autores han escrito varias minutas en este y otros temas discutidos al interior de la Convención Constitucional que impactan al sistema sanitario chileno, las que fueron encargadas por la empresa Aguas Andinas. Sin embargo, las opiniones y propuestas discutidas son de nuestra exclusiva responsabilidad y no necesariamente representan los puntos de vista de dicha empresa ni de las instituciones en que trabajamos.

derechos de las empresas sanitarias.

A pesar de haberse suavizado el articulado aprobado, como comparado con el que emanó en los primeros borradores de la comisión que los propuso, los derechos de aprovechamiento de aguas no se encontrarían garantizados, lo que no sólo pone en alerta a las empresas que los utilizan con fines productivos (agricultura o minería, por ejemplo), sino que impone un riesgo mayor al sector que precisamente tiene como fin proveer de agua potable y servicios de saneamiento a la población.

Es importante mencionar que la gestión del agua en Chile ha sido un éxito, jugando un rol esencial no sólo en el desarrollo económico del país sino también en la mejora de las condiciones de vida de la población debido a los elevados niveles de acceso a agua potable y saneamiento en las zonas urbanas. De acuerdo con el informe de agosto del año 2021 del Banco Mundial, la cobertura urbana de agua potable alcanza un 99,9% a nivel nacional, la de alcantarillado un 96,7% y la de tratamiento de aguas servidas un 99,9%.² El desarrollo de estos servicios ha contribuido de manera definitiva a la disminución de muertes y enfermedades derivadas de la calidad de agua, saneamiento e higiene fundamentalmente en menores cinco años. La cobertura urbana de estos servicios es en Chile comparable a los de los países desarrollados y muy por encima al de todos los demás países de América Latina.³

Garantizar la importancia de los derechos de aprovechamiento de agua es crucial para asegurar a la población el acceso al agua y la adecuada cobertura y confiabilidad de los servicios de agua y saneamiento. Las posibles consecuencias de poner en riesgos la seguridad de contar con estos derechos por parte de empresas sanitarias, cuyo objetivo es proveer agua potable y alcantarillado precisamente para el consumo humano, tiene consecuencias que son importantes de se-

ñalar. Una pregunta obvia es, entonces, si es posible que este buen desempeño global de nuestro sistema sanitario pueda sostenerse de carecer las empresas de los derechos de aprovechamiento de aguas respectivos. La respuesta es que poner en riesgo su permanencia trae consecuencias que serán finalmente pagadas por los usuarios, precisamente a quienes se supone que se desea proteger.

Derechos de agua desde una perspectiva histórica

El primer código de aguas en Chile, de 1951, permitía concesiones temporales para el uso del agua y garantizaba la perpetuidad de estos derechos cuando se demostraba que las inversiones en canales de irrigación, tranques u otros habían sido realizadas en tiempo y forma. Un cambio radical a la normativa ocurrió en 1969 al declarar el agua como un bien de uso público, cuyos derechos no se podían comercializar y se abrió la posibilidad de ser expropiados sin compensación alguna. El sistema de derechos de agua actualmente vigente se estableció en el Código de Aguas de 1981, el cual ha sufrido diversas modificaciones más bien puntuales

a lo largo del tiempo. Este código establece que el agua es un bien nacional que puede ser utilizado privadamente a través de derechos de aprovechamiento otorgados por el Estado, con uso y goce de quién sea su tenedor.

Los derechos de agua otorgados a las empresas sanitarias en Chile fueron mayoritariamente adquiridos por éstas en los procesos de privatización vía licitación pública y abierta. Dada la competencia que hubo por adquirir dichas empresas, nada hace pensar que los nuevos propietarios hayan pagado menos que el valor actual de los beneficios que esperaban obtener por la explotación del servicio sanitario. En el propio proceso de enajenación de estas empresas se establecieron limitaciones muy fuertes para la venta de estos a terceros, prácticamente cerrando cualquier opción de especular con el recurso hídrico, limitaciones que se encuentran establecidas en los estatutos de estas empresas.

Al momento de su adquisición, a las empresas sanitarias privatizadas les fueron traspasados derechos de aprovechamiento de aguas de diferentes fuentes (subterrá-



(2) Banco Mundial, "El Agua en Chile. Elementos de Desarrollo y Resiliencia", agosto de 2021.

(3) Sin embargo, es importante señalar que, como bien describe el informe del Banco Mundial, Chile tiene aún problemas y desafíos no menores en el manejo y la provisión de agua en zonas rurales.

neas, superficiales, fluviales o embalses). Tales derechos representan el grueso de los derechos de agua que estas empresas poseen en la actualidad, como por ejemplo el 85% de estos derechos que posee Aguas Andinas le fueron otorgados con la privatización de la empresa, y solo un 15% los ha adquirido en las últimas dos décadas.

Finalmente, los derechos de agua necesarios para producir agua potable de manera eficiente son considerados por la regulación sectorial como una inversión permanente de las empresas sanitarias. En efecto, las tarifas reguladas cada cinco años garantizan que los ingresos de las empresas modelo sean exactamente iguales a sus costos medios de largo plazo. En particular, estos últimos incluyen el costo anual del valor económico de los derechos de agua que la empresa modelo requiere para transformar agua cruda en agua potable, y así entregarla a sus clientes regulados⁴.

Reflexiones sobre la expropiación de los derechos del agua en el sector sanitario

Para entender los efectos de la expropiación, es necesario primero comprender la naturaleza de un derecho de propiedad. Un



derecho de propiedad es la habilidad (esperada) de un individuo a usar un activo. Demsetz (1967) define a los derechos de propiedad como una institución social que genera incentivos para el uso eficiente del activo, para su mantención y la inversión óptima en el mismo⁵. Usualmente, estos derechos están legalmente protegidos y sus poseedores pueden entonces validar los mismos a través del sistema judicial.

¿Cuáles son entonces los alcances de expropiar los derechos de agua otorgados a

empresas sanitarias, cuyo fin final es el consumo humano? Ciertamente, expropiar estos activos tiene alcances de corto, mediano y largo plazo, y abarcan consecuencias de tipo financiero, el servicio que se entrega a los usuarios y, en definitiva, al país. Las consecuencias financieras son inmediatas, tanto para los dueños de las empresas, pero, más importante aún, para los trabajadores chilenos y el fisco. El primer aspecto es bien simple: la expropiación llevará a una caída abrupta del patrimonio de estas empresas que a su vez derivará en un empeoramiento de la clasificación de riesgos de estas. La caída de esta clasificación llevará desafortunadamente a una caída en el valor de los Fondos de Pensiones que han invertido en bonos de deuda de las empresas sanitarias. El resultado es fácil de anticipar: pensiones más bajas que impactan de manera inmediata a quienes se están jubilando y, de manera diferida, a todos los trabajadores afiliados al sistema de pensiones.

El segundo impacto financiero es también inmediato. Las empresas sanitarias afectadas van a recurrir a los tribunales en busca de indemnizaciones compensatorias por los derechos expropiados. Más aún, las empresas de capitales extranjeros están amparadas en convenios de inversiones

Las consecuencias económicas y sociales de expropiar los derechos de agua que poseen las empresas sanitarias son de tipo financiero, preferentemente contra los trabajadores y los beneficiarios del gasto público que se verá mermado por el pago de indemnizaciones a los dueños de los derechos de agua expropiados; sobre los consumidores de agua potable y servicios de saneamiento que verán como cae la calidad y la confiabilidad de estos servicios; y sobre el país en su conjunto, al producirse una pérdida de reputación que impactará en la certeza jurídica que perciben los inversionistas en sectores caracterizados por inversiones enormes, específicas y de larga durabilidad"

(4) Las empresas sanitarias reales tienen también clientes no regulados, siendo excluidos del dimensionamiento de la empresa modelo de modo que sus costos no sean pagados por los clientes regulados. Con todo, su participación dentro de los ingresos de la empresa sanitaria es muy menor comparado con los ingresos por clientes regulados.

(5) Demsetz, H., *Toward a theory of property rights*, *American Economic Review* 57, 347-359, 1967.

extranjeras, por lo que podrían concurrir al CIADI⁶. Dado que es muy probable que estas demandas sean exitosas, el costo fiscal para Chile no será menor. Los pagos por indemnizaciones deberán ser cubiertos mediante mayores impuestos o a través de una baja del gasto público. En ambos casos, serán los chilenos quienes solventen financieramente estos pagos. A modo ejemplar, sólo para el caso de Aguas Andinas y sus filiales, utilizando el valor del agua cruda en los mercados secundarios al año 2009, última oportunidad en que esta empresa actualizó dicho valor producto de la adopción de las nuevas normas contables IFRS, la empresa contabilizaba un patrimonio de 192 mil millones de pesos en derechos de agua a diciembre de 2021, esto es unos 240 millones de dólares al tipo de cambio actual. Ciertamente esta cifra queda corta al corroborar que los derechos de agua son cada vez más escasos producto de 15 años de sequías y su valor en el último decenio debe haberse incrementado significativamente.



Pero las expropiaciones no sólo traerán consecuencias financieras, sino que también producirán impactos negativos en la calidad del servicio comprometido y, finalmente en el propio consumo humano de agua que es lo que se ha pretendido proteger. ¿Por qué?

En nuestra opinión, el Artículo 18 propuesto para la nueva Constitución de Chile confunde dos tipos de bienes distintos. Un bien es el agua que viene dada por la naturaleza (agua cruda) mientras que el otro bien es el agua destinada al consumo humano. Estos dos tipos de agua son diferentes: el agua para consumir es un **bien final** mientras que el agua cruda es un **insumo** que se usa para producir el bien final. Esta diferencia es clave para entender el rol de los derechos de agua. En rigor, el agua cruda se transforma mediante un costoso proceso productivo en un bien de consumo final. El insumo se debe extraer (desde fuentes subterráneas, superficiales, etc.), tratar, transportar (de ser necesario) y distribuir. Por ejemplo, las inversiones en redes de tuberías tienen una vida económica útil de entre 50 a 100 años. La intensidad en el uso del capital, la longevidad de este y la presencia de economías de escala indican que la producción está dominada por elevados costos fijos. ¿Cómo y quién realizará, mantendrá y modernizará tales inversiones sin derechos de propiedad? Son justamente estos derechos los que generan incentivos que permiten llevar a cabo el proceso que convierte al agua cruda en un bien final.

Si suponemos, de manera razonable, que una entidad pública será la encargada de administrar tales derechos, y que no impedirá el uso de estos para la producción de agua potable, estaríamos entonces en presencia de una nueva institucionalidad caracterizada por una cadena de decisiones administrativas y burocráticas que impondrían nuevos

costos de transacción al proceso de producción para consumo humano. Si esta nueva institucionalidad fuera eficiente, el bien final tendría la misma calidad que los servicios de agua y saneamiento actuales, pero sería probablemente más costoso. Sin embargo, si esta nueva institucionalidad no fuera perfecta y las empresas sanitarias tuvieran problemas para contar con agua cruda en tiempo y magnitud requeridas, se verá afectada la calidad y la confiabilidad del servicio, producto de la menor disposición de agua cruda que aumenta los riesgos de corte del servicio de agua potable para la población.

La consecuencia esperada es entonces no sólo un Chile con menores niveles de inversión en el sector sanitario, sino además todas las inversiones que tienen las características de ser enormes, específicas y durables enfrentarán un mayor riesgo de invertir en Chile, y como consecuencia el país hipotecará de manera permanente una senda de más y mejor infraestructura que le caracteriza como el país de América Latina con los mejores estándares en estas materias. Todo lo cual impactará negativamente en el desarrollo económico y social de largo plazo del país⁷.

En suma, las consecuencias económicas de expropiar los derechos de agua que poseen las empresas sanitarias son de tipo financiero, preferentemente contra los trabajadores y los beneficiarios del gasto público que se verá mermado por el pago de indemnizaciones a los dueños de los derechos de agua expropiados; sobre los consumidores de agua potable y servicios de saneamiento que verán como cae la calidad y la confiabilidad de estos servicios; y el país en su conjunto, al producirse una pérdida de reputación que impactará en la certeza jurídica que perciben los inversionistas en sectores caracterizados por inversiones **específicas** y de larga durabilidad.

(6) Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, entidad ligada al Banco Mundial.

(7) De acuerdo con Banco Mundial, un indicador que caracteriza el desarrollo institucional de un país es la certeza jurídica. Chile ha liderado este ranking para América Latina desde que se crearon estos indicadores en 1996 con un nivel que lo sitúa en entre los percentiles 80 y 90 a nivel global, muy por encima que el indicador para la región que está en el percentil 50. <http://info.worldbank.org/governance/wgi/Home/Reports> En cuanto a la relación entre desarrollo institucional y crecimiento económico (condición sine qua non para el desarrollo económico) ésta es de larga discusión, como se ve en S. Knack y P. Keefer, *Institutions and Economic Performance: Cross-Country Tests Using Alternative Institutional Measures, Economics and Politics*, vol 7, N° 3, pág. 207-227, 1995.