

La Reforma al Sector Minero de Chile

José Piñera

A lo largo del siglo XX, la humanidad sufrió el enfrentamiento, muchas veces marcado por el signo de la violencia, entre visiones radicalmente contrapuestas acerca de la mejor forma de organizar la economía y la sociedad.

Al final quedó demostrado que el socialismo, que privilegia como motor del desarrollo al “Estado-empresario” en desmedro del derecho de la propiedad privada, fracasó en el plano económico al desconocer que el verdadero capital productivo es aquel que deriva su valor a través de la creatividad y diligencia de su propietario operando en mercados libres, y en plano político al comprometer las bases de una sociedad libre.

En esta ocasión no puedo extenderme sobre la íntima asociación entre el derecho de propiedad y la libertad. Permítame citar a uno de los más distinguidos firmantes de la Declaración de la Independencia y de la Constitución de los Estados Unidos: “Desde el momento en que se acepta en una sociedad de que la propiedad privada no es sagrada como las leyes de Dios, y que no hay un imperativo legal ni de justicia pública de protegerla, comienza la anarquía y la tiranía. Si el ‘no debes desear los bienes del prójimo’ y el ‘no robarás’ no fueran mandamientos del Cielo, ellos debieran hacerse preceptos inviolables en cada sociedad antes de que ella pueda ser civilizada y libre.” (John Adams, *A Defense of the Constitution of the United States of America*, 1787).

De la Reforma Agraria a la Confiscación Minera

En Chile en la década de los sesenta, importantes sectores, posiblemente con las mejores intenciones, creyeron que expropiando y reasignando la propiedad de la tierra, a través de la llamada Reforma Agraria, era posible redistribuir la riqueza. Aparte de sus otras y graves falencias, esa visión de cuño socialista estaba basada en la errónea creencia de que la relación entre la gente y la riqueza es suficientemente arbitraria como para que el Estado pueda designar a su antojo a los dueños de la propiedad sin alterar el valor de esa riqueza.

Pero no solo debe tener la propiedad un dueño claro para que de verdad constituya “riqueza”. Ese dueño debe tener la suficiente seguridad jurídica y política de modo que se interese por mantener, invertir y agregarle valor, en múltiples formas, a su propiedad.

Si el Estado puede disponer libremente de la propiedad privada, quitándole a unos y agregándole a otros, no los ganadores ni lo perdedores de ese ejercicio injusto del poder político—de ese “robo legalizado” como lo llamó Frédéric Bastiat en su clásico ensayo *La Ley*—se sentirán lo suficientemente protegidos y seguros de su propiedad como para asumir riesgos, esforzar la creatividad e imaginación y asignar capitales para incrementar su valor. Habrá cambios de propiedad, pero se habrá destruido riqueza.

José Piñera es ex ministro de Trabajo y Previsión Social en Chile y co-presidente del Proyecto para la Privatización de la Seguridad Social del Cato Institute. Conferencia dictada el 28 de octubre de 2002 en las Quintas Jornadas de Derecho Minero de la Universidad Católica de Chile, dedicadas a celebrar los veinte años de la ley orgánica constitucional sobre concesiones mineras y publicada en el libro *Fundamentos de la Ley Constitucional Minera* (Ograma S.A., 2002).

El paradigma socialista detrás de la Reforma Agraria comenzó a extenderse afines de la década de los sesenta al sector minero, creando una dinámica que concluyó en un ataque generalizado al derecho de propiedad. La Reforma Constitucional de 1971 debilitó gravemente el derecho de propiedad minera en Chile, tal como lo hicieron las reformas de la Carta Fundamental en la década de los sesenta que posibilitaron la Reforma Agraria.

Con el objetivo de estatizar cuatro grandes yacimientos de cobre, propiedad de empresas norteamericanas, sin el pago de una compensación íntegra, en 1971 el Congreso cambió la tradicional fórmula del Código Civil y del Código de Minería que establecía que, si bien las minas eran propiedad del Estado, el minero podía disponer de ellas “como dueño,” y se introdujo el concepto de que el Estado tenía el dominio “absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible” de todas las minas. Aunque un artículo de esa reforma constitucional estableció que, transitoriamente, los demás mineros seguirían gozando de las prerrogativas del propietario privado, se dejó una verdadera “espada de Damocles” pendiendo sobre las reglas del juego que regulaban a toda la minería.

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

Aprobado el texto constitucional, se generó un fuerte debate en el cual se propuso que se reformara la Constitución, a través de lo que habría sido un inusual “plebiscito minero” o que se utilizara por primera vez el mecanismo de dictar una ley interpretativa de ella.

Por lo tanto, a fines de 1980 el país enfrentaba dos graves problemas: la incertidumbre acerca de la naturaleza de los derechos de propiedad en el sector minero, y una situación que podía llegar a debilitar la legitimidad de la nueva Carta Fundamental, la cual había establecido la arquitectura de la futura democracia así como los plazos y condiciones para la elección de las autoridades políticas del país.

Para resolver esta crisis, el Presidente de la República me nombró Ministro de Minería el 29 de diciembre de 1980, una vez lograda la aprobación el 4 de noviembre de ese año de la Reforma Previsional que creó el sistema de las Administradoras de Fondos de Pensiones.

El desafío para 1981 era elaborar una legislación de rango constitucional que asegurara derechos sólidos de propiedad en el emblemático y potencialmente rico sector minero, obtener su aprobación tanto del Presidente de la República como del Poder Legislativo, lograr el debido asentimiento del Tribunal Constitucional que exigía la Carta Fundamental, convencer de su racionalidad a los empresarios nacionales y extranjeros, y persuadir a la ciudadanía de que se habían protegido los intereses nacionales, todo ello sin alterar ni debilitar la legitimidad de la Constitución de la República recién aprobada por un plebiscito nacional.

El Nudo Gordiano

Adquirí muy pronto la convicción de que las exigencias para hacer realidad la inversión privada eran bastante más realistas y concretas que las disquisiciones doctrinales en que estaban empantanados diversos participantes en el debate jurídico-político sobre el tema. Lo que realmente importaba a los que tomaban decisiones de inversión en este campo era cual sería la fortaleza del derecho de concesión, y especialmente los criterios de indemnización en caso de expropiación.

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

Lo más importante era abrir el camino a una presencia privada preponderante en la producción de cobre y otros minerales a través de una legislación de rango constitucional que alentare el descubrimiento de escondidos yacimientos y la ampliación de los existentes, creando así nuevas riquezas, y dejando la decisión sobre la propiedad privada de Codelco a los resultados de un transparente y serio debate nacional una vez instalado un Congreso de elección democrática.

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

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

Por otra parte, se sostenía que la indemnización justa en caso de expropiación de una concesión de explotación debía equivaler al valor total de las reservas *in situ* del mineral, es decir, al número de toneladas de mineral multiplicadas por el precio de éste, deducidos los costos de extracción. Esa fórmula no sólo puede significar una clara sobrevaloración del valor de la concesión al no considerar elementos tales como el valor tiempo del dinero, las inversiones y reinversiones necesarias para la operación, el valor riesgo, etc., sino además era difícilmente compatible con el texto constitucional.

Tras un intenso mes de enero de 1981 dedicado al estudio de los más variados textos jurídicos actuales e históricos, y a escuchar y sopesar con mente abierta las opiniones de todas las personas que querían aportar algo en este tema, y tras un mes de febrero procesando toda esa información y reflexionando “lejos del mundanal ruido,” llegué a la conclusión de que el nudo gordiano que estaba ahogando a la minería chilena no podía “desamarrarse.” Era preciso cortarlo.

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

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

Ahora bien, la aplicación al caso de la concesión minera requería que el derecho de concesión involucrara el derecho a explotar y “continuar” explotando la mina, y así lo establecimos. Como la expropiación priva al propietario de la concesión de la explotación futura, y de los flujos de caja consiguientes, el daño patrimonial efectivamente causado al expropiar la concesión equivale al Valor Presente de los flujos netos de caja que ella podría generar.

Para completar la definición de las reglas del juego en la minería, dar coherencia a esta solución al problema de la indemnización justa, y asegurar la aprobación del tribunal Constitucional a un concepto jamás antes (y creo que en ningún país del mundo) incluido en una legislación de rango constitucional, era preciso definir, con rigor geométrico, dos asuntos claves: a) la naturaleza del derecho de concesión que se establecería en la ley constitucional; y, b) las condiciones bajo las cuales el titular mantendría dentro de su patrimonio este derecho de concesión.

La Ley Constitucional Minera

Para concretar esta visión sobre la propiedad minera, convoqué a varios miembros de mi anterior equipo en el Ministerio del Trabajo y Previsión Social (el Plan Laboral y la Reforma Previsional). Ellos fueron el ingeniero comercial Rodrigo Alamos Montero, el ingeniero civil en minas Hernán Büchi Buc y el abogado Arturo Marín Vicuña.

Tras estudiar todas las opciones y escenarios posibles, incluidas distintas variantes de leyes interpretativas de la Constitución, decidimos que el instrumento legal óptimo era la Ley Orgánica Constitucional que la misma Carta Constitucional exigía para completar la definición de los derechos mineros.

La concesión minera que diseñamos en la ley constitucional tiene todos los atributos jurídicos necesarios para garantizar al inversionista privado y también para resguardar el interés nacional. La denominamos la “concesión plena,” y ella:

a) está protegida por el derecho de propiedad. Lo cual significó referirla enteramente a las normas que garantizan el dominio privado. De esto se deduce, por una parte, que el titular puede libremente usar, gozar y disponer de la concesión a su entera voluntad, vale decir, vender, hipotecar, dar en garantía, transmitir hereditariamente, etc., y, por otra parte, que no puede ser privado de ella, sino por expropiación;

b) la eventual expropiación sólo puede hacerse con una justa indemnización.

Consecuencia de la propiedad de ella, la indemnización por expropiación, pagada al contado según exige otra norma clave de la Constitución del 80, debe comprender el valor de la totalidad del daño patrimonial efectivamente causado, el cual equivale en el caso de la concesión de explotación al Valor Presente de los flujos futuros de caja que ella puede generar;

c) permite la operación racional de una mina. El concesionario no está sujeto a un arbitrario “amparo por trabajo,” sino que es libre para realizar la explotación de la mina conforme a sus propias tecnologías, ritmos, procesos, y planes de producción, los que estarán determinados por los imperativos de un siempre cambiante y complejo mercado internacional. La administración de la mina entonces no está sujeta a controles ni a obligaciones impuestas por el gobierno de turno, los que se prestan a erróneas imposiciones o a tentadoras oportunidades para la corrupción;

d) es un derecho de duración indefinida. No tiene plazo determinado que fije su término y su conservación sólo depende del cumplimiento de la obligación de amparo, que consiste en el pago de una patente anual. El plazo indefinido era importante para evitar la posible politización del proceso de otorgamiento de un nuevo plazo a un yacimiento en operación, y para eliminar los incentivos “perversos” en la operación del yacimiento en los años anteriores al vencimiento del plazo original;

e) no depende del poder político. Su nacimiento, subsistencia y extinción están entregados al Poder Judicial, esto es, a una autoridad distinta del Poder Legislativo y Ejecutivo del Estado. La concesión se origina en un procedimiento judicial, en el cual el juez sólo reconoce la existencia del derecho que otorga el descubrimiento.

El 13 de agosto de 1981 sometí el proyecto de Ley Constitucional Minera a un completo Informe conceptual al Presidente de la República. Ese Informe se publicó íntegro en diciembre de ese año en mi libro *Fundamentos de Ley Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras* (Editorial Jurídica, 1981).

El primero de diciembre de 1981 la Junta de gobierno aprobó definitivamente la Ley Constitucional Minera. Al día siguiente, en el discurso con ocasión de la inauguración del mineral “El Indio,” en las alturas de la Cordillera de Los Andes y al interior del valle donde había nacido nuestra gran poetisa Gabriela Mistral, informé al país el “hecho esencial” de la aprobación de esta importantísima ley.

Tras ser sometida la ley entera al necesario “control de constitucionalidad” por el Tribunal Constitucional, y ser aprobada el 22 de diciembre por la unanimidad de sus miembros, veredicto de particular importancia para su estabilidad futura, se publicó el 21 de enero de 1982 en el *Diario Oficial* como Ley No 18.097.

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

Cabe enfatizar que una ley de esta naturaleza tiene una gran estabilidad, por cuanto la Carta fundamental establece que la modificación o derogación de una ley orgánica constitucional requiere un quórum de las cuatro séptimas partes de los diputados y senadores en ejercicio (ese

quórum era de tres quintos en la Constitución aprobada de 1980, pero fue reducido en la Reforma Constitucional de 1989).

Sin embargo, quiero destacar que durante los tres gobiernos posteriores a aquél en que se dictó esta Ley, y pese a la injusta campaña en su contra que sostuvieron en la década de los ochenta algunos emblemáticos dirigentes políticos tradicionales, no se ha pretendido cambiar ni siquiera una coma de la Ley Constitucional Minera.

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

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

La Llave del Tesoro

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

La Reforma Agraria y la Ley Constitucional Minera fueron dos respuestas distintas y contrapuestas a esa pregunta, cada una el producto de una diferente manera de ver el mundo, cada una parte de una estrategia global de desarrollo.

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

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

Los resultados han sido elocuentes. La llave del tesoro, en el caso minero, fue esta Ley Constitucional que, en el marco de una economía de libre mercado, permitió en los últimos 20 años casi quintuplicar la producción total de cobre, aumentar dieciséis veces su producción privada y transformar a Chile lejos en el productor más importante, llegando a representar el 35% de la producción mundial. Además, Chile ha llegado a ser el mayor productor de nitratos, yodo y litio, el segundo en molibdeno, el quinto en plata, y el decimotercero en oro.

Por primera vez, empresarios chilenos han invertido cuantiosos recursos en este sector, y el país ha recibido inversiones extranjeras directas en minería por la extraordinaria cantidad de \$16.000 millones.

Todo ello ha desarrollado riquezas dormidas, creado nuevos trabajos productivos, transferido valiosas tecnologías, aportado diversos tributos, y promovido una importante inversión indirecta en sectores proveedores de bienes y servicios, tales como energía, transporte, agua, puertos, caminos, viviendas, maquinaria e insumos varios.

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

En conclusión, dos visiones muy diferentes, cada una buscando definir cómo debe crearse la riqueza, dejaron sus huellas en Chile en los últimos cuarenta años.

La intensidad de ese conflicto fue un testimonio de la enormidad de las concepciones doctrinarias subyacentes. En este sentido, incluso los que rechazamos frontalmente el paradigma socialista que estuvo tras la Reforma Agraria y la Reforma Constitucional de 1971, no podemos dejar de reconocer, de pie sobre sus cenizas, el esfuerzo que desplegaron los que realizaron estas enormes obras de ingeniería política y económica, enormes tanto en sus consecuencias como en sus errores.

Al contribuir a hacer posibles tasas de crecimiento de la economía del 7% anual durante trece años, elevar el nivel de vida de todos los chilenos, consolidar el derecho de propiedad, y hacer innecesario un cambio inmediato o una interpretación discutible de la Carta Fundamental de 1980, la Ley Constitucional Minera también contribuyó decisivamente a consolidar un país próspero, una sociedad libre y un sistema político democrático.

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