

DOCTRINA ESTUDIOS NOTAS Y COMENTARIOS

SOBRE LA CONTAMINACION DE LAS AGUAS (*)

ALEJANDRO VERGARA BLANCO
Doctor en Derecho
Profesor de la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica de Chile

Sumario: Introducción. I. El principio "quien contamina, paga". II. Medidas económicas para el pago. III. La experiencia española. La Ley de Aguas de 1985 y el canon de vertidos. IV. La situación chilena. Conclusiones.

INTRODUCCION

En el presente trabajo expondremos, brevemente, el contenido del principio que se ha denominado "quien contamina, paga"; las medidas que, desde el punto de vista económico, es posible adoptar a su respecto, y la experiencia española, país en que se ha concretado en su Ley de Aguas de 1985, a través del canon de vertidos. Y, finalmente, veremos el contraste de la situación chilena, de lo que obtendremos algunas conclusiones que podrían ser de valor.

No nos detendremos en el problema de la intervención pública frente al mercado

(Vid. *Pigou vs. Coase*, por un lado, y la *Public Choice: Buchanan, Tullock*, por otro lado), sino sólo en los aspectos legales, y también jurídicos (pues la ley es un mero producto político de un momento determinado; la que puede o no puede introducir en su articulado el avance de la ciencia jurídica, o puede o no puede responder a las necesidades del Hombre).

Advertimos, desde ya, que nuestro trabajo está referido exclusivamente a la contaminación de las aguas. Obviamente, *mutatis mutandi*, el principio es aplicable a otras formas de contaminación.

I. EL PRINCIPIO "QUIEN CONTAMINA, PAGA"

Cualquier tipo de vertido en las aguas o en los acuíferos produce daños innegables. Basta pensar en la gran cantidad de agentes de contaminación: las aguas servidas de las ciudades; los residuos industriales; los relaves mineros; los desperdicios domésticos; los fertilizantes y pesticidas, en fin los basurales, que degradan el medio ambiente a través de la contaminación de las aguas. Las consecuencias de este daño son de sobra conocidas, y no es necesario insistir aquí sobre ello.

Pero esta contaminación produce costos que alguien debe pagar (equipos depuradores, medidores, etc.). Una posibilidad es que lo haga la comunidad, fundándose en la evidencia —se dice— que la contaminación produce, normalmente, un beneficio generalizado, pues es la fuente de desarrollo económico y de bien-

(*) Trabajo presentado en el "Tercer encuentro científico sobre el medio ambiente", organizado por CIPMA (Concepción, agosto de 1989); véase *Ponencias*, 1, pp. 436-445. Véase, además, del autor: *Contaminación y derecho*, en *El Mercurio* (25 septiembre 1989) p. A-2.

estar de la colectividad. Pero ello no es así, pues el beneficio normalmente redundará a favor del contaminador, pues éste estará eludiendo el costo de las instalaciones de depuración. En ese sentido, estaría recibiendo una especie de subvención, y, en estos casos, precisamente, debe imperar el principio de la "no subvención". Por lo demás, en una economía de libre mercado, se perturba la libre competencia y se fomenta la contaminación, indirectamente.

La otra posibilidad, hoy ampliamente aceptada, es la procedencia del principio "quien contamina, paga". ¿Qué significa este principio? Desde un punto de vista negativo, no significa que, pagando, se pueda efectuar cualquier contaminación, sino que hay vertidos que quedarán siempre absolutamente prohibidos.

Positivamente, lo que implica este principio es que "el vertido, autorizado en virtud de que el balance de ventajas y desventajas arroja un saldo positivo a favor de la actividad contaminadora, provoca unos costos internos que la Ley debe tratar de internalizar, incorporándolos a las funciones de producción o de consumo del sujeto contaminador; al quedar el coste de la contaminación incluido en la función de producción de la empresa, con repercusión económica, en su caso, en el precio de venta, se consigue, asimismo, que el consumidor de bienes cuya producción genere contaminación pague con ello como lógica contrapartida del beneficio recibido de la contaminación, que de esta forma también queda internalizado". (1)

Por último, tampoco quiere decir este principio que el contaminador va a pagar siempre, por cualquier contaminación que

ocacione, o por todos los daños que ocasione. Sólo se hace responsable al contaminador de controlar la contaminación hasta el nivel que fije el ordenamiento jurídico.

Este principio tiene acogida, hoy en día, como *recomendación* (2) a los estados miembros de la CEE, la que no obstante su carácter no vinculante, ha sido acogida por sus legislaciones, bajo diferentes modalidades.

Nosotros revisaremos aquí, sólo, la experiencia española al respecto, pues es la que conocemos más de cerca.

II. MEDIDAS ECONOMICAS PARA EL "PAGO"

El "pago" que el contaminador efectúe por el daño causado al medio ambiente puede llevarse a cabo a través de diversas medidas económicas. Veremos algunas de ellas, señalando, al final, la más conveniente.

a) Multas e indemnizaciones

Las sanciones pecuniarias son un importante instrumento contra los vertidos contaminantes hechos sin autorización, sin previa depuración y en los casos absolutamente prohibidos. Se trata de una sanción administrativa por la realización de un hecho ilícito (por lo tanto, no se trata de un tributo). También el infractor debiera indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la pureza de las aguas. Al reunirse multa e indemnización se contribuye efectivamente a la lucha contra la contaminación. (3)

(2) Véase *Recomendación 75/436/Euratom*, CECA, CEE, de 3 de marzo de 1973, sobre imputación de costes a intervención de los poderes públicos en materia de medio ambiente.

(3) Vid. *infra* lo que señalaremos respecto de la Ley Nº 3.133, sobre neutralización de los residuos provenientes de establecimientos industriales, de 1916, que contempla sólo la multa.

(1) Cfr.: Toledo Jaudenes, Julio, y otros, *Comentarios a la Ley de Aguas*, Madrid, Civitas, 1988; antes en su: *El principio "quien contamina, paga" y el canon de vertidos*, en: *Revista de Administración Pública* 112 (1987) p. 299, a quien seguimos en esta exposición.

b) *Ventajas económico-financieras*

Es posible conceder subvenciones y beneficios tributarios, así como acceso a crédito oficial en condiciones especiales de plazo e intereses, a favor de las entidades que realicen inversiones en investigación de métodos y sistemas de vigilancia, depuración y corrección de la contaminación.

Si bien ello es más que razonable en un país en desarrollo, ello no es lo más adecuado, y puede llegar a ser contraproducente. Además, significa una excepción al principio "quien contamina, paga" (sólo podríamos pensar en una posibilidad de rebaja a un canon de vertidos, el que señalamos al final).

c) *Fianzas y seguros*

Puede ser importante el establecimiento de fianzas previas, en garantía del cumplimiento de obligaciones en materia de prevención, disminución o supresión de la contaminación.

También puede pensarse en el establecimiento del denominado seguro ambiental; así se asegura que los eventuales daños y perjuicios ambientales, serán efectivamente indemnizados y reparados.

d) *Certificados de uso del ambiente*

Según una ya antigua propuesta (no implantada por ningún país), la Administración podría determinar el máximo de contaminación y emitir un volumen total de "certificados de uso del ambiente" equivalente a ese nivel. Estos certificados son títulos negociables, cuya posesión confiere el derecho a contaminar en la cuantía por ellos establecida. Si bien puede este sistema, a través del mercado, asignar mejor los recursos, se corre el grave riesgo que el mercado fuerce la emisión de nuevos certificados, con el empeoramiento progresivo del medio (4).

(4) Cfr., la exposición y crítica de Toledo Jaudenes (n. 1), p. 310. Por otra parte, incluso

Además, con este sistema no se incentiva el desarrollo de mejoras tecnológicas.

e) *Tributos*

Es opinión general, doctrinariamente, que el medio económico más justo y eficiente contra la contaminación es la imposición de un tributo por unidad contaminante. En legislación comparada (como el caso español, que revisaremos en seguida) se le denomina canon de vertidos. Es altamente ventajosa esta solución, pues no se ajusta la cuantía de la cuota a la capacidad económica de los sujetos pasivos y se impone una normativa atenta al coste provocado por la actividad contaminante, al tiempo que facilita la justificación de la afectación del tributo al fin concreto de la protección y mejora del medio receptor. (5)

Continuación Nota (4)

en Chile, recientemente (vid.: *El Mercurio*, 11 junio 1989, B, p. 1, y otros lugares) se está hablando (respecto de la contaminación ambiental) de unos pretendidos "derechos de emisión", figura jurídica extraña y, en sí misma, contradictoria, pues no es posible otorgar "derechos" para vulnerar una garantía constitucional: el derecho a vivir en un ambiente libre de contaminación (Cfr. *Constitución*, art. 19 N° 8) y el deber del Estado es precisamente "velar para que este derecho no sea afectado" (ídem); el otorgar estos "privilegios" para contaminar, sin la consideración de la depuración y corrección de la contaminación, incita a una peligrosa tendencia a contaminar. Esto se agrava aún más cuando se vincula esos "derechos" con las garantías de propiedad (pues, serían negociables). Así, podrían existir propietarios de derechos a contaminar, lo que no se compadece con la lógica constitucional ni con el sentido común. Nosotros proponemos, al final, otra solución, quizás más adecuada, y más acorde con los instrumentos que maneja la ciencia del derecho.

(5) Cfr. Toledo Jaudenes (n. 1) p. 314. Es diferente a las tasas el caso de las *redevances* francesas (caso al que no nos referiremos ahora). Vide: Auby, J.M., *La notion et l'institution des redevances pour service rendu*, en: *Revue de droit public*, (1985), 3, p. 804-811.

III. LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA. LA LEY DE AGUAS DE 1985 Y EL CANON DE VERTIDOS

No obstante que España, desde 1879, contaba con una modélica Ley de Aguas, en 1985 fue totalmente modificada por una nueva Ley de Aguas, entre cuyas prescripciones sobresale el novedoso sistema de vertidos y el canon que sobre ellos se establece.

Sucintamente, el sistema establecido desde 1985 es el siguiente:

- Toda actividad susceptible de provocar la contaminación o degradación del dominio público, público hidráulico y, en particular, el vertido de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales requiere *autorización* administrativa previa.

- Los vertidos autorizados se gravan con un *canon* destinado a la protección y mejora del medio receptor de cada *cuenca hidrográfica*.

- El importe de esta exacción será el resultado de multiplicar la carga contaminante del vertido, expresada en unidades de contaminación, por el valor que se asigne a la unidad (se entiende por *unidad de contaminación* un patrón convencional de medida, que se fijará reglamentariamente, referido a la carga contaminante producida por el vertido-tipo de aguas domésticas, correspondiente a 1.000 habitantes y al período de un año).

- El valor de la unidad de contaminación podrá ser distinto para los distintos ríos y tramos de un mismo río, y será periódicamente revisado.

- El canon será percibido por los *Organismos de Cuenca* y será destinado a las actuaciones de protección de la calidad de las aguas. (6)

(6) Vid.: arts. 92 y 105 Ley de Aguas, de 1985. Cfr.: Aranzadi, *Repertorio cronológico de legislación* (1985), 2, Nº 1981, p. 3862-3876.

Como lo ha aclarado posteriormente el *Tribunal Constitucional* español, "la creación de este tributo responde a la competencia del Estado sobre la legislación básica de medio ambiente, puesto que se trata de una opción esencial de la acción administrativa encaminada a la protección y mejora de la calidad de las aguas y demás recursos naturales integrados en el dominio público hidráulico". (7)

La *textura jurídica* de este canon de vertido es un tributo: la obligación está impuesta en la ley que reglamenta los elementos fundamentales de la misma: hecho imponible, sujeto activo y pasivo, y cuota tributaria.

a) En cuanto al *hecho imponible*, ello surge una vez autorizado el vertido. Antes de cualquier autorización, no sólo no procede la tasa, sino que se trata de una conducta ilícita.

b) En cuanto a los *sujetos* de canon. El Organismo de Cuenca es el sujeto activo del canon. El sujeto pasivo es el titular de la autorización de vertido; de donde surge que en ningún caso es posible imponer un tributo a la víctima de la contaminación.

c) No se contempla exención alguna.

d) En cuanto a la *cuota tributaria*. La imputación al contaminador de las consecuencias externas de sus vertidos que causan daños y perturbaciones es la razón del principio "quien contamina, paga"; no obstante, esta internalización de costos topa con la gran dificultad de fijar la cuota tributaria del canon.

De entre varias soluciones (8), en España se ha elegido un sistema basado

(7) Cfr. Tribunal Constitucional, Sentencia 227/1988, de 29 de noviembre, en: *Boletín Oficial del Estado* (Madrid, España), Nº 307, supl., 23 diciembre 1988, p. 34, c.2 (fundamento jurídico 28º, *in fine*).

(8) Existen los denominados sistemas británico (sumaalzada); francés (*redévances*: magnitud e intensidad del vertido); alemán (cuota de eficacia estimuladora).

en "unidades de contaminación" (vid. *supra*), consiguiéndose, así, repartir entre todos los titulares de autorizaciones de vertido el coste del programa de lucha contra la contaminación.

La determinación exacta de la cuota tributaria es el resultado de un procedimiento que recorre estas etapas:

– evaluación de la carga contaminante del período de cuatro años;

– inversión prevista para ese período para las actuaciones de protección de la calidad de las aguas;

– la división del total de la inversión prevista por la carga contaminante (expresada en unidades de contaminación) del período determinará el valor de la unidad de contaminación. Este valor dura cuatro años (al comienzo de la vigencia de la ley –pues no habían transcurrido aún esos cuatro años– se fijó un valor transitorio para la unidad de contaminación). (9)

El pago del canon es anual.

IV. LA SITUACION CHILENA

La situación legal chilena dista mucho de algún reconocimiento del principio "quien contamina, paga". Sus medidas son abiertamente insuficientes, y se reducen a disposiciones preventivas, al establecimiento de multas, y a una dispersión de competencias administrativas, lo que sólo ayuda a agravar o a dilatar las soluciones. Así:

a) La Ley 3.133, de 1916, sobre neutralización de los residuos provenientes de establecimientos industriales, que establece la obligación de depurar los vertidos, so pena de multa. Su reglamento

somete los vertidos (y los sistemas de depuración) a autorización administrativa. No obstante, por lo dicho *supra*, esto es insuficiente, pues no incentiva el mejoramiento de la calidad de las aguas contaminadas.

Por lo demás, su práctica de más de 70 años así lo ha demostrado.

b) La dispersión normativa nos lleva al *Código Sanitario*, el que, por una parte, otorga competencias a las Municipalidades para la limpieza de las aguas (art. 11, f); y, por otra, otorga facultades al Servicio Nacional de Salud (y, ahora, a los Servicios de Salud), en cuanto a los residuos domésticos o industriales (art. 29, d) o, preventivamente, respecto de los proyectos de obras destinadas a la evacuación, tratamiento de aguas servidas, desagües o residuos industriales o mineros (art. 71, b).

En fin, facultades de intervención (art. 72) o de prohibición de uso (art. 75). Todo ello bajo sanción de multa.

¿Se contribuye, sistemáticamente, a una mejora de las condiciones de las aguas, como el principio estudiado propugna? Creemos que no. Sólo hay prevención y correcciones parciales.

c) El *Código de Aguas*, en fin, sólo establece prohibiciones: al restituir las aguas, no debe perjudicarse derechos de terceros en cuanto a su calidad y sustancia (art. 14); se prohíbe botar a los canales sustancias, basuras, desperdicios y otros objetos similares que alteren la calidad de las aguas (art. 92).

¿Y la contaminación? ¿Su pago? Nada de eso se establece, sistemáticamente, en este cuerpo normativo.

Contribuye a agravar el panorama la dispersión competencial, por lo que debería consagrarse el concepto de cuenca hidrográfica, con organismos encargados de administrar sus aguas.

(9) El art. 295.3 del Reglamento de la Ley de Aguas, fijó un valor de 500.000 pesetas, iniciales, para la unidad de contaminación (aprox. US\$ 4.500).

CONCLUSIONES

1º En virtud del principio "quien contamina, paga", aquellos agentes económicos que con su actividad contaminadora generan beneficios para sí, deben contribuir, a través del pago de tasas prefijadas, el costo de reducir la contaminación que producen.

2º De entre las medidas económicas posibles para obtener dicho pago (multas e indemnizaciones; subvenciones; fianzas y seguros; certificados de uso del ambiente y tributos), los tributos, bajo la forma de una tasa de vertidos, constituyen el instrumento más eficaz, en materia de aguas.

3º Es conveniente estudiar la conveniencia de darle un marco legal al principio "quien contamina, paga", para lo cual la

legislación debiera acoger, a lo menos, disposiciones que dispusieran:

a) la exigencia (por ley) de autorización previa para todo tipo de vertidos contaminantes, en las aguas;

b) un canon que grave todo vertido autorizado, el que estará destinado a la protección y mejora de cada cuenca hidrográfica;

c) un sistema de cálculo de dicho canon de vertido (emulando alguno de los existentes: británico; francés; alemán; español, o creando uno nuevo, acorde a las necesidades y posibilidades nacionales); y

d) la consagración legal del concepto de cuenca hidrográfica, y de organismos funcional y territorialmente descentralizados, con amplia competencia para su administración.