



**COMENTARIOS A LAS INDICACIONES SUSTITUTIVAS
AL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS
BOLETÍN N° 7453 – 12 – ENVIADAS POR EL PODER EJECUTIVO
EL DÍA 8 DE SEPTIEMBRE Y RECIBIDA EL DÍA 10
DE OCTUBRE DE 2014**

**Fernando Peralta Toro
Presidente
CONFEDERACIÓN DE CANALISTAS DE CHILE**



COMENTARIOS A LAS INDICACIONES SUSTITUTIVAS AL
PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS
BOLETÍN N° 7453 – 12 – ENVIADAS POR EL PODER EJECUTIVO
EL DÍA 8 DE SEPTIEMBRE Y RECIBIDA EL DÍA 10 DE OCTUBRE DE 2014

1° - **LA EXPOSICIÓN DE MOTIVOS** consta de 3 páginas e incluye la descripción de 10 modificaciones al Código de Aguas.

- Las indicaciones para sustituir el texto del proyecto de ley incluyen 51 modificaciones a diversos artículos del actual Código y cuatro artículos transitorios.

2° - **ENTRE LOS MOTIVOS MÁS IMPORTANTES EL TEXTO SEÑALA:**

- Asegurar el abastecimiento de agua para el consumo humano
- Déficit de recarga de los acuíferos provocado por las actuales condiciones de explotación.
- Uso ineficiente del agua en relación al resto de los países de la OCDE.
- La declaración de bien nacional de uso público del agua es letra muerta.
- La administración carece de las facultades necesarias para la constitución y limitación de los D.A.A.

3° - **LAS MODIFICACIONES SE REFIEREN A:**

- Constituir derechos temporales por períodos determinados prorrogables sujetos al “*uso efectivo*” del recurso, según criterios de la D.G.A.
- Limitar el ejercicio del D.A.A en función del interés público.
- Establecer la prioridad del uso del agua en consumo humano.
- Constituir reservas de agua por el Estado



- Facultar a los Comités de A.P.R constituir D.A.A.
- Prohibir el otorgamiento de D.A.A en parques nacionales y reservas de región virgen.
- Otorgar facultades a la D.G.A para exigir a los dueños de D.A.A la instalación de equipos de medición y su transmisión a la autoridad.
- Eximir del pago de patente por no uso del agua a las A.P.R.
- Modificar el sistema de remates de D.A.A por no pago de patente.
- Otorgar un plazo perentorio a los actuales dueños de derechos de agua para su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces.

4°.- COMENTARIOS DE ORDEN GENERAL

1°.- De la exposición de motivos y su comparación con las 51 indicaciones se puede comentar lo siguiente: Algunos de los motivos se refieren a proponer modificaciones al Código de Aguas de temas que ya se encuentran contenidos en el Código actual, tales como:

- Asegurar el abastecimiento para consumo humano. Los artículos N° 314 (zona de escasez) artículo N° 27 (expropiación) entregan facultades a la administración para resolver todos los problemas de abastecimiento en relación con los derechos de agua.
- Déficit de recarga de acuífero. Los artículos N° 62, 63, 64, 65, 66, 67 y 68 (prorrata, zona de prohibición, alzamiento prohibición, área de restricción y comunidad de agua, derechos provisionales, recarga artificial, transformación de provisionales a definitivos, instalación de elementos de medidas). Estos artículos establecen las medidas actuales dentro del Código de Aguas que permiten actuar.
- Uso ineficiente del agua en relación a países OCDE. La eficiencia es una función de la capacidad de inversión en tecnificación y esto de la rentabilidad de la agricultura. En Chile de las 1.200.000 hás bajo riego hay 400.000 hás con riego tecnificado de alta eficiencia y el proceso continúa con actuación público-privada.
- Declaración de bien nacional de uso público del agua es letra muerta. Todo esto es mejorable, pero la actual situación ha permitido el desarrollo social, acceso a la propiedad de los chilenos, desarrollo económico, exportación de productos mineros, agrícolas y forestales. Estabilización del sector rural.



Si el cambio que viene se refiere a eliminar el derecho de propiedad como bien raíz, en lo que se refiere a los derechos de aprovechamientos de agua permanentes, consuntivos y continuos, se va a provocar una pérdida de capital de los más de 300.000 dueños de derechos de aprovechamiento de agua del sector agrícola, la gran mayoría con propiedades menores de 10 Hás. Asimismo se disminuirán el capital de las empresas mineras, de los agricultores de riego,

de las empresas sanitarias y de algunas industrias, esto además repercutirá en el valor de las acciones y la rentabilidad de las A.F.P.

Desde otro punto de vista, que puede ser el más importante, las Organizaciones de Usuarios de Agua (Juntas de Vigilancia, Asociaciones de Canalistas y Comunidades de Aguas etc.) que cumplen una función de gran relevancia en la distribución de agua a cada usuario, se sustentan en el derecho de aprovechamiento de aguas, en caso este no exista, se desintegra su razón de ser. Finalmente, el país no sabe como se va a reemplazar la actual estructura legal y administrativa relativa al recurso hídrico, por lo que los anuncios hasta el momento crean confusión y desconfianza lo cual no ayuda al debido diálogo y la sana convivencia. Las Organizaciones de Usuarios del Agua representan una organización privada que cumple funciones públicas, cuya constitución, operación, función, atribuciones y deberes se encuentran establecidas en los artículos N° 186 al N° 293 del Código de Aguas ambos inclusive y datan del siglo XIX.

- La administración carece de facultades para la constitución y limitación de los Derechos de Aprovechamiento de Agua

Para graficar las facultades que hoy tiene, se pueden analizar los artículos:

- Artículo N° 22 al N° 29: Sobre Constitución del Derecho de Aprovechamiento.
- N° 59 al N° 68: Sobre Aguas Subterráneas
- Artículo N° 112 al N° 122 bis: Registro de las Aguas, Inscripción de los Derechos de Aprovechamiento de Agua e Inventario del Recurso
- Artículo N° 129 bis 1: Caudal Ecológico
- Artículo N° 129 bis 2: Paralizar las Obras en Cauces Naturales
- Artículo N° 129 bis 3: Red de Estaciones de Control Cantidad y Calidad de Agua, Superficiales y Subterráneas)
- Artículo N° 129 bis 4: Patente por no Uso de Derechos de Aprovechamiento de Agua No Consuntivo



- Artículo N° 129 bis 5: Derechos de Aprovechamiento de Agua Consuntivos
- Artículo N° 129 bis 6: Derechos de Aprovechamiento de Agua Eventual
- Artículo N° 129 bis 7: Cobro de Patente por No Uso
- Artículo N° 129 bis 8: Determinar Derechos de Aprovechamiento de Agua No Usados
- Artículo N° 129 bis 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18: Cobranza Judicial y Remate de los Derechos de Aprovechamiento de Agua.
- Artículos N° 130 al N° 172: Adquisición y Ejercicio de los Derechos de Aprovechamiento de Agua.
- Artículos N° 298 al N° 315: Atribuciones y Funciones de la D.G.A.

5° - LOS 51 CAMBIOS ESPECÍFICOS DEL CÓDIGO DE AGUAS SE REFIERE A:

5.1.- Reemplazo de epígrafe del Título II del Libro Primero del Código de Aguas por “Aprovechamiento de las aguas” en vez de “Del dominio y aprovechamiento de las aguas” que tiene actualmente.

Comentario: Se atenta contra el actual Derecho de Aprovechamiento de Agua, al eliminar de él la palabra *Dominio*, lo cual requiere de un cambio constitucional.

5.2.- Reemplazo del inciso 1° del artículo 5°, indicando expresamente que el dominio y uso de las aguas pertenece a todos los habitantes de la nación.

Comentario: Al indicar que el dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación, se contradice con la situación actual de los Derechos de Aprovechamiento de Agua.

5.3.- Se agregan al artículo 5° los artículos 5° bis, 5° ter., 5° quater y 5° quinquia los que establecen que:

- Las aguas cumplen funciones de subsistencia, preservación, ecosistémica y productivas.
- El uso para consumo humano es prioritario siempre.
- El Estado puede constituir reservas de aguas para consumo humano.



- El Estado puede otorgar concesiones de uso de las aguas reservadas las cuales no serán transferibles y son caducables
- Otorgar permiso transitorio de extracción de aguas hasta por 12 l/s para A.P.R.

Comentario: Si bien siempre se ha preferido el uso de agua para consumo poblacional establecido en los artículos N° 27 y N° 314 del Código de Aguas, se agregan funciones no bien definidas, por lo que se requiere una clara especificación del alcance de cada uno de ellas.

5.4.- Reemplazo de los incisos 1° y 2° del artículo 6° que hoy indica que ***“El derecho de aprovechamiento de agua es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas y que el derecho de aprovechamiento de agua es de dominio de su titular quien puede usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”***.

Esto es reemplazado por un nuevo artículo 6° que indica que el ***“Derecho de aprovechamiento de agua recae sobre las aguas y consiste en uso y goce temporal de ellas y se origina en virtud de una “concesión”, fija plazo de duración de hasta 30 años, prorrogable por la D.G.A si se constata su “uso efectivo”***”

Comentario: El reemplazo de este artículo cambia la naturaleza del derecho de propiedad eliminando su carácter de derecho real y lo deja supeditado a su *“uso efectivo”* lo que requiere cambio constitucional.

5.5.- Se intercala un artículo 6° bis, que otorga la facultad de caducar derechos por el sólo ministerio de La Ley, si el titular no hace ***“uso efectivo”*** del derecho dentro de 4 años para los D.P.C.C y de 8 años para los D.N.C.P.C.C. El concesionario deberá acreditar el uso efectivo mediante la construcción de las obras según artículo N° 129 bis 9.

Comentario Introduce el concepto de *“uso efectivo”* y caducidad a los 4 u 8 años para los derechos nuevos. Lo que requiere su análisis constitucional. En todo caso debe especificarse que solo se trataría de los nuevos derechos.

5.6.- Se agrega un inciso al artículo 7° que indica que los nuevos derechos de aprovechamiento de aguas superficiales se constituirán de acuerdo a las variaciones mensuales del caudal.

Comentario: Los nuevos derechos se fijarán en forma mensual, lo que sólo afectará a los ríos desde Malleco al sur porque en el resto del país están todos concedidos. Quedando el país dividido en dos sectores desde el punto de vista de la legislación, sin especificar la razón y objeto de ello. Además la infraestructura de reparto de agua para este caso, es totalmente diferente a la actual y se requiere analizar la forma de hacerlo.



5.7.- Se modifica el artículo 15° eliminando las referencias a “*El dominio*” del derecho de aprovechamiento por el “*uso y goce*” y en vez de “*libre disposición*” coloca la palabra “*ejercicio*”.

Comentario: Se elimina el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de agua, lo que es inconstitucional.

5.8.- Se agregan los incisos 2° y 3° al artículo N° 17. Este artículo establece la distribución a prorrata del agua entre los tenedores de D.A.A cuando la fuente no contenga la cantidad suficiente. El cambio propuesto establece que la D.G.A actuará de oficio para establecer la prorrata cuando “*no exista organizaciones de usuarios constituida*” o cuando “*la explotación de aguas superficiales ocasione perjuicio a otros titulares de los D.A.A*”

Comentario: La realidad chilena indica que en todos los ríos que se requiere ir a la prorrata existe organización de usuarios de hecho o de derecho. Es importante, efectuar un diagnóstico real del tema. En el caso de los perjuicios a terceros no corresponde la actuación de la D.G.A, sino que de la justicia en sus cauces establecidos.

5.9.- Se reemplazan el epígrafe del título III del Libro I en vez de “*Adquisición del derecho de aprovechamiento de agua*”, se coloca “*La constitución del derecho de aprovechamiento de agua*”

Comentario: Esto cambia a la naturaleza de derecho. Lo que es inconstitucional.

5.10.- Se modifica el artículo N° 20 (Aguas del minero) en vez de reconocer propiedad por el sólo ministerio de la ley se pone la frase “*se reconoce el uso y goce sobre dichas aguas*”.

5.11.- En el artículo N° 37 se cambia la palabra el “*dueño*” por el “*titular*”.

Comentario: Cambia la naturaleza del derecho. Lo que es inconstitucional.

5.12.- Se agrega un inciso 2° al artículo N° 38 con la obligación para el dueño de un derecho de aprovechamiento de agua o las organizaciones de usuarios del agua en caso de canales, para poner dispositivos de medida y transmisión de datos.

Comentario: Se traspasa al usuario una obligación estatal, la que más adelante le impone multa por incumplimiento. Se sugiere establecer acuerdos y trabajo en conjunto como se está haciendo hasta ahora.



5.13.- Se modifica el artículo N° 43 reemplazando la palabra dueño por titular.

5.14.- Se modifica el artículo N° 62 (referido a la prorrata del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas) en su primer inciso que hoy indica las condiciones para establecer la prorrata en “*perjuicio a terceros*” por la causal de “*producir degradación del acuífero*” que afecte la “*sustentabilidad*”. Esta afección se produciría cuando se constata un descenso sostenido de los niveles freáticos.

Comentario: La palabra “*degradación*” no está definida en relación al acuífero, además el descenso sostenido de niveles estáticos deben limitarse a un tiempo en función de la zona del país y su hidrología. Además esta facultad debe recaer en las Comunidades de Agua Subterránea, como parte de su quehacer.

5.15.- Se modifica el artículo N° 63 agregando un nuevo inciso que indica que el cambio de punto de captación de los derechos de aprovechamiento de agua subterránea en zona de prohibición quedará condicionada al resultado de un modelo hidrogeológico calibrado, que será presentado por el solicitante.

Comentario: Dejar en la ley la obligación del uso de una herramienta específica, es contrario a la pluralidad de métodos y evolución de la ciencia. Se propone eliminar el agregado.

5.16.- Se modifica el artículo N° 65 en su inciso 3° agregando una frase entre la palabra precedente y el punto aparte que dice “*y la limitación a los cambios del punto de captación de acuerdo al inciso 2° del artículo N° 63*”

Comentario: Es una condición muy onerosa para el solicitante, ese conocimiento debe provenir del Estado a través de la D.G.A.

5.17.- Se modifica el inciso 1° del artículo N° 17, aumentando de cinco a quince años el plazo para solicitar el paso de derecho provisional a definitivo en caso de aguas subterráneas y se agrega la condición de que la fuente natural (acuífero) no se encuentre en situación crítica.

Comentario: Sin comentarios

5.18.- Se sustituye el artículo N° 68, ampliando la exigencia de instalación de sistemas de medidas a caudales y niveles freáticos y un sistema de transmisión de datos. Establece multa por incumplimiento entre 10 y 400 UTM (Unidad Tributaria Mensual).



Comentario: Se traspasa al usuario una obligación estatal, la que más adelante le impone multa por incumplimiento. Se sugiere establecer acuerdos público privados por la obtención y transmisión de la información.

5.19.- Reemplácese en el inciso 1° del artículo N° 96 la palabra “dueño” por “titular” referido a los derechos de aprovechamiento.

Comentario: Cambia la naturaleza del derecho. Lo que es inconstitucional.

5.20.- En el artículo N° 97 incisos 1°, 2° y 5° se reemplaza “dueño” por “titular”.

Comentario: Cambia la naturaleza del derecho. Lo que es inconstitucional.

5.21.- Se deroga el artículo N° 115 que indica “*El dueño de un derecho de aprovechamiento de agua que extraiga sus aguas de una corriente natural independiente de otro derecho y que haya sido incluido en la respectiva Junta de Vigilancia podrá inscribir este derecho en el Conservador de Bienes Raíces, mediante certificado de la D.G.A*”

Comentario: No se entiende la ventaja de derogar el artículo toda vez que debe ser certificado por la D.G.A. Además la inclusión en la Junta de Vigilancia, implica la aprobación de la D.G.A en el proceso de revisión de los estatutos.

5.22.- Se cambia en el número 1 del artículo N° 119 la palabra “dueño” por “titular”.

Comentario: Cambia la naturaleza del derecho, lo que es inconstitucional.

5.23.- Se modifica el artículo N° 129 eliminando la frase “*el dominio sobre*” quedando como sigue: “*Los derechos de aprovechamiento se extinguen por la renuncia señalada en el inciso tercero del artículo 6° y además por las causas y las formas establecidas en el derecho común*”.

Comentario: Modifica y anula el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de agua. Lo que es inconstitucional.

5.24.- Se modifica el artículo N° 129 bis 2 sobre paralización de obras por la D.G.A en el inciso 1° reglón tercero quedando como sigue: “*en los cauces naturales de agua corrientes o detenidas que afectaran la cantidad o la calidad de éstas que no cuenten*”. Se agregan dos incisos con los números 2° y 3°. “*No podrán otorgarse derechos de aprovechamiento de agua en las áreas protegidas declaradas parques nacionales y reservas de regiones vírgenes*”.



“En otras categorías de áreas protegidas, tales como reservas nacionales, santuarios de la naturaleza, monumentos naturales y humedales de importancia internacional, los derechos de aprovechamiento de agua deben guardar consistencia con el objeto de la categoría del área protegida y con su respectivo plan de manejo, circunstancia que será determinada previo informe del Servicio de Biodiversidad del Áreas Protegidas. Lo anterior es sin perjuicio del acceso libre y común al recurso hídrico que no comparte una utilización de carácter extractiva de conformidad a las normas de policía y vigilancia en vigor”.

5.25.- Se modifica el artículo N° 129 bis 4 referido a derechos de aprovechamiento de agua no consuntivo, en diversos numerales y letras que se refieren al factor multiplicador de la patente por no uso, en función del tiempo transcurrido, llegando a multiplicarse por cuatro entre los años undécimo y duodécimo y por 8 entre los años decimotercero y decimocuarto respectivamente. Se establece la caducidad del derecho sí después de 14 años no hay un uso del derecho de aprovechamiento de agua. El plazo se inicia el 1° de enero de 2006, y en caso de que su constitución sea posterior a dicha fecha se contará a partir desde la fecha de su constitución.

5.26.- Se modifica el artículo N° 129 bis 5 referido a los derechos de aprovechamiento de agua permanentes y consuntivos en un mismo tenor del artículo N° 129 bis 4, solo que la caducidad por el solo ministerio de la ley opera a partir de transcurridos 12 años sin que construya las obras del artículo N° 129 bis 9.

5.27.- Se modifica el artículo N° 129 bis 9 que establece excepciones al pago de la patente aclarando que para los derechos de aprovechamiento de agua no consuntivos, se debe tener asimismo construida las obras de devolución. Se agrega además la excepción de los derechos de aprovechamiento de agua correspondientes a Agua Potable Rural.

5.28.- Se modifica el artículo N° 129 bis 14 referente a la notificación de encontrarse en mora.

5.29.- Se modifica en el artículo N° 129 bis 15 la frase ***“las publicaciones señaladas en el artículo anterior”*** por ***“la notificación y requerimiento de pago”***.

5.30.- Se modifica el artículo N° 129 bis 16 que se refiere a la oposición a la ejecución por parte del deudor.

5.31.- Se modifica el artículo N° 129 bis 17, en el sentido de exceptuar al Fisco de los plazos fatales cuando éste actué como adjudicatario.



5.32.- Se modifica el artículo N° 142 agregando un inciso que indica que ***“El procedimiento de remate de que dan cuenta los artículos anterior no puede aplicarse en los casos en que las solicitudes presentadas se refieren a los usos de la función de subsistencia.***

5.33.- Se modifica el artículo N° 147 bis artículo 3° referente a reservar el recurso para abastecimiento de la población de acuerdo a lo siguiente:

a) *Sustituyese el inciso tercero, por el siguiente:*

“Asimismo, cuando sea necesario reservar el recurso para satisfacer los usos de la función de subsistencia o para fines de preservación ecosistémica, de conformidad al artículo 5° bis, el Presidente de la República podrá, mediante decreto fundado, previo informe de la Dirección General de Aguas, reservar el recurso hídrico. Igualmente, por circunstancias excepcionales y de interés nacional, podrá disponer la denegación parcial o total de solicitudes de derechos de aprovechamiento, sean estas para usos consuntivos o no consuntivos. Este decreto se publicará por una solo vez en el Diario Oficial, el día primero o quince de cada mes, o el primer día hábil inmediately siguiente si aquellos fueran feriados.

Esta facultad se ejercerá por el Ministro de Obras Públicas, quien firmará el respectivo decreto “Por orden del Presidente”.

5.34.- Se modifica el artículo N° 147 ter ampliando la posibilidad de que el peticionario podrá reclamar si se ve afectado por un Decreto del Presidente de la República no sólo cuando hay denegación parcial de una petición de derechos de aprovechamiento de agua sino también de una denegación total.

5.35.- Se agrega un artículo nuevo, 147 cuater a continuación del 147 ter que faculta al Presidente de la República para constituir derechos de aprovechamiento aun cuando no exista disponibilidad, con las limitaciones al artículo N° 5 quinquies. Se requiere informe de la D.G.A y solo para garantizar subsistencia.

Comentario: Esta disposición debe tener límites y condiciones porque promueve que los que están obligados a realizar el suministro descansen en que el Estado les proporcionará en forma gratuita los derechos de agua, sin hacer ningún esfuerzo para ello, favoreciendo a una empresa con fines de lucro.

5.36.- Se modifica el artículo N° 149 referente al contenido de la resolución de la constitución del derecho solo en un tema de redacción. Se agregan dos puntos 6 y 7 nuevos y los actuales 6 y 7 pasan a ser 8 y 9.



El nuevo punto 6 dice *“El uso específico, como el dispuesto para el caso de las concesiones sobre aguas reservadas”*. El nuevo punto 7 dice *“La extensión temporal del derecho de aprovechamiento”*.

Se deroga el inciso final que decía *“sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo N° 147 bis, el derecho de aprovechamiento constituido de conformidad al presente artículo, no quedará en modo alguno condicionado a un determinado uso y su titular o los sucesores en el dominio a cualquier título podrán destinarlo a los fines que estimen pertinente”*.

Comentario: La fijación del derecho de aprovechamiento para un uso específico, debe ser reanalizada cuidadosamente, frente a un diagnóstico objetivo de la realidad nacional. La actual situación en Chile ha demostrado que en el caso de Copiapó la superficie regada aumentó considerablemente a la par que el desarrollo minero. En el oasis de Calama en el río Loa, la disminución de superficie regada se debe principalmente a efectos de rentabilidad de los cultivos.

Se propone mantener el inciso final del artículo N° 147 bis.

5.37.- Se modifica el inciso primero del artículo N° 150, que se refiere a la inscripción de la resolución que otorga el derecho de aprovechamiento de agua, agregando al final del inciso la frase *“dentro del plazo de 60 días contados desde el otorgamiento del derecho, bajo apercibimiento de la caducidad del mismo”*

Comentario: Si esto se aplica a los derechos de aprovechamiento de agua existente, se eliminaría gran cantidad de derechos de aprovechamiento de agua en uso, se crea un gran problema social y económico. Se debe especificar que esta nueva medida solo sería aplicable a los nuevos derechos.

5.38.- Se modifica el artículo N° 151, sobre solicitud de construcción de bocatoma agregando la exigencia de referir las obras en *“Coordenadas UTM Datum WGS84 Huso 19”*. Se reemplaza además la frase *“El dominio de los derechos de aprovechamiento de agua”* por la frase *“El derecho del particular para usar y gozar de las aguas”*.

Comentario: Se propone mantener la frase *“El dominio de los derechos de aprovechamiento de agua”*.



5.39.- Se agrega un inciso segundo nuevo al artículo N° 158, referente a la solicitud de cambio de fuente de abastecimiento. ***“Si la solicitud se refiere al cambio de fuente de abastecimiento de una cuenca a otra, la Dirección General de Aguas antes de resolver, deberá evaluar el interés público comprometido en dicho traslado de derechos, en virtud del inciso segundo del artículo 5°”.***

Comentario: Se requiere especificar las atribuciones de la D.G.A y definir lo que se entiende por interés público, para evitar arbitrariedades.

5.40.- Se modifica el artículo N° 159 agregando los incisos segundo y tercero que dicen ***“Además, la Dirección General de Aguas deberá evaluar el interés público comprometido por la solicitud en la nueva fuente, en virtud del inciso segundo del artículo 5°.***

En el caso de las aguas residuales de los ríos o cauces naturales en su tramo inmediatamente anterior a su desembocadura en el mar, la Dirección General de Aguas podrá autorizar o disponer el traslado a otras cuencas de los recursos hídricos disponibles, debiendo considerar un caudal ecológico hasta la total desembocadura del río o cauce, en el mar”.

Comentario: En el inciso 2° agregado se debe especificar lo que se entiende por interés público para lograr la transparencia de las actuaciones de la D.G.A.

En el inciso 3° agregado se requiere especificar que se entiende por aguas residuales, habida cuenta que gran parte de dicho caudal corresponde a derrames de caudales que tienen derechos de aprovechamiento, los que se deben considerar y respetar.

5.41.- Modifica artículo N° 189 sobre documentos que se presentan en comparendo sobre existencia de comunidades de aguas. En el inciso 1° se elimina la frase ***“o antecedente”*** quedando como sigue: ***“En el comparendo a que se refiere el artículo anterior los interesados harán valer los títulos que sirvan para establecer sus derechos en el agua o la obra común. A falta de acuerdo el juez resolverá sin más antecedentes que los acompañados”.***

Comentario: No se entiende la razón de eliminar la palabra ***“antecedentes”*** del artículo N° 189. Hay muchos casos de uso ancestrales en que no existen títulos formales y se debe analizar la validez de los antecedentes.

5.42.- En el artículo N° 197 se sustituye la palabra ***“dueños”*** por ***“titulares”***

Comentario: Mantener la palabra ***“dueños”*** y no cambiar por ***“titular”***



5.43.- En el artículo N° 201 se sustituye la palabra “*dueños*” por “*titulares*”.

Comentario: Mantener la palabra “*dueños*” y no cambiar por “*titular*”

5.44.- En el artículo N° 250 se sustituye la palabra “*dueños*” por “*titulares*”.

Comentario: Mantener la palabra “*dueños*” y no cambiar por “*titular*”

5.45.- En el artículo N° 260 se sustituye la palabra “*dueños*” por “*titulares*”.

Comentario: Mantener la palabra “*dueños*” y no cambiar por “*titular*”

5.46.- En el artículo N° 262 se sustituye la palabra “*dueños*” por “*titulares*”.

Comentario: Mantener la palabra “*dueños*” y no cambiar por “*titular*”

5.47.- Se modifica el artículo N° 299 referente a las atribuciones y funciones de la D.G.A.

Se cambia el inciso segundo letra b) por el siguiente que dice “*Investigar y medir el recurso*” por el siguiente: “*Investigar y medir el recurso y monitorear tanto su calidad como su cantidad, en atención a la conservación y protección de las aguas*”.

El numeral 1 de la letra b) se cambia por el siguiente: “*Mantener y operar el servicio hidrométrico nacional y publicar la información correspondiente, el que incluye tanto mediciones de cantidad y calidad de aguas*”.

En la letra c) se modifica por el siguiente: “*Ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público, impedir denunciar o sancionar la afección a la cantidad y calidad de éstas, de conformidad al inciso primero del artículo N° 129 bis 2, los artículos N° 171 y siguiente e impedir que en estos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin autorización previa del servicio o autoridad que corresponda aprobar su construcción o autorizar su devolución o modificación*”.

Comentario: Se propone compatibilizar el contenido del artículo N° 299 con los artículos N° 68 y N° 309 en que se multa a los privados por no medir los caudales empleados. Hay una dualidad de funciones.

5.48.- En artículo N° 303 se reemplaza la palabra “*dueños*” por “*titulares*”.

Comentario: Mantener la palabra “*dueños*” y no cambiar por “*titular*”



5.49.- Se agrega a continuación del artículo N° 307 un artículo nuevo denominado, artículo N° 307 bis que indica ***“La Dirección General de Aguas podrá exigir la instalación de sistemas de medidas de caudales extraídos, del caudal ecológico contemplado en el artículo 129 bis del presente Código y un sistema de transmisión de la información que se obtenga, de conformidad a las normas que establezca el Servicio, a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales u organizaciones de usuarios que extraigan aguas directamente desde cauces naturales de uso público. Además, en el caso de los derechos no consuntivos, esta exigencia se aplicará también en la obra de restitución.*”**

Dicho sistema deberá permitir que se obtenga y transmita a la Dirección General de Aguas la información indispensable para el control y medición del caudal instantáneo, efectivamente extraído y, en los usos no consuntivos, restituido, desde la fuente natural.

Ante el incumplimiento de las medidas a que se refiere el inciso anterior, la Dirección General de Aguas impondrá una multa entre diez y cuatrocientas Unidades Tributarias Mensuales, atendiendo a los volúmenes autorizados a extraer y según se trate de la no instalación de dichos sistemas o de la falta de entrega de la información, en ambos casos en la forma solicitada”.

Comentario: Se propone compatibilizar el contenido del artículo N° 299 con los artículos N° 68 y N° 309 en que se multa a los privados por no medir los caudales empleados. Hay una dualidad de funciones.

5.50.- Se modifica el artículo N° 314 sobre disposiciones generales, referido a la declaración de zonas de escasez. En el inciso primero se modifica el período máximo de seis meses por ***“un período máximo de un año prorrogable por un período igual o menor”.***

En el inciso tercero se reemplaza por el siguiente: ***“b) Declarada la zona de escasez, la Dirección General de Aguas, podrá redistribuir las aguas existentes en las fuentes naturales para reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía. Para ello, suspenderá las atribuciones de las Juntas de Vigilancia, como también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez”.***

Se agregan dos incisos nuevos cuarto y quinto, pasando los actuales cuarto, quinto, sexto, séptimo y octavo a ser: sexto, séptimo, octavo, noveno y décimo. Inciso cuarto nuevo:

***“Sin perjuicio de la redistribución anterior, y para el caso que se acredite existir graves carencias para suplir los usos de la función de subsistencia, de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5° bis, la Dirección General de Aguas podrá redistribuir las aguas existentes en las fuentes naturales, procurando satisfacer íntegramente dichos requerimientos, por sobre los demás usos.*”**



Las autorizaciones que se otorguen en virtud mientras esté en vigor el decreto de escasez respectivo.

Los efectos ocasionados con la redistribución, no darán derecho a indemnización alguna”.

El inciso 4º que paso a ser sexto se cambia por el siguiente: *“Una vez declarada la zona de escasez y por el mismo período señalado en el inciso primero de este artículo, la Dirección General de Aguas podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas y destinarlas preferentemente a los usos de la función de subsistencia, desde cualquier punto, sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de agua y sin la limitación del caudal ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1. También podrá otorgar cualquiera de las autorizaciones señaladas en el título I del Libro Segundo de este Código”.*

Se deroga el inciso 7º que estableció *“Todo aquel Titular de Derecho que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco”.*

Comentario: Se propone mantener la redacción actual del artículo, por cuanto no es conveniente para la convivencia nacional establecer la potestad de la D.G.A para redistribuir las aguas en épocas de escasez, sin previamente procurar el acuerdo de los usuarios. La historia de las sequías de los últimos años, han demostrado fehacientemente la capacidad de las Organizaciones de Usuarios para administrar las aguas en las épocas de sequía.

Si en cambio se otorga poder amplio a la D.G.A para redistribuir las aguas en cualquier parte una vez declarada la zona de escasez, se coarta una buena actuación de las Organizaciones de Usuarios y se reemplaza por algo que no se sabe como operará.

Se propone mantener el derecho a indemnización por los afectados, por considerarse de justicia y por lo tanto no derogar el inciso 7º del artículo N° 314.

5.51.- Se deroga el artículo Quinto Transitorio que permite inscribir en el Conservador de Bienes Raíces los derechos de aprovechamiento de agua correspondiente a los dueños de parcelas del sector reformado.

Comentario: El actual artículo 5º Transitorio es el que permite al sector reformado por la Reforma Agraria, inscribir su derecho de aprovechamiento de aguas en el Conservador de Bienes Raíces. En los 1.000 predios expropiados en el país, y redistribuirlos en parcelas, hay un estudio de los títulos del antiguo fundo expropiado y de la división de los derechos del predio entre las diferentes parcelas.



Esto es un trabajo de gran valor que no se puede perder, porque representa el único camino que tienen actualmente los parceleros para inscribir sus títulos de derechos de aprovechamiento de aguas.

Se propone mantener el artículo 5° Transitorio.

5.52.- Artículo Primero Transitorio.- *Los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de esta ley, seguirán estando vigente.*

Sin perjuicio de lo anterior, el ejercicio de dichos derechos estará sujeto a las limitaciones y restricciones que, en virtud de esta ley, se disponen en razón del interés público. La caducidad de los derechos de aprovechamiento dispuesta en el artículo 6° bis creado por esta ley, sólo se aplicará a los derechos de aprovechamiento constituidos a partir de la entrada en vigencia de la misma.

Comentario: Este artículo aclara que los derechos actuales no están afectos a caducidad por no uso. Sin embargo mantiene que el ejercicio de los derechos estará sujeto a las limitaciones y restricciones que en virtud de esta nueva ley se disponen en razón del interés público.

El análisis de las modificaciones propuestas, hacen que sea indispensable aclarar cuales son las razones de interés público que permitirán limitar o restringir el ejercicio de los actuales derechos de aprovechamiento. Esta frase que es genérica, no permite conocer las causales específicas, lo cual crea una incertidumbre en el ejercicio de un derecho de propiedad, lo que es contrario a la constitución.

5.53.- Artículo Segundo Transitorio.- *Los derechos de aprovechamiento constituidos con anterioridad a la publicación de esta ley, que no hubieren inscrito sus derechos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente, tendrán el plazo de seis meses para hacerlo, contado desde la entrada en vigencia de esta ley, bajo apercibimiento de caducidad de los mismos por el solo ministerio de la ley.*

Comentario: Este artículo se considera expropiatorio, por cuanto una gran cantidad de derechos permanentes, consuntivos y continuos que están en manos de propietarios provenientes de la Reforma Agraria no puede inscribir sus derechos de aprovechamiento en el Conservador de Bienes Raíces, porque estos están expresados en acciones y el Conservador tiene instrucciones de no inscribirlos en esa forma.

Este escollo no se ha resuelto en muchos años porque en este caso los derechos siempre se han otorgado en acciones, regadores o partes alícuotas, por ser propio de su naturaleza, aunque si bien es cierto se reconoce un caudal máximo solo para efectos referenciales.



El llamado perfeccionamiento de títulos es un error que afecta principalmente a los derechos permanentes, consuntivos y continuos que se usan mayoritariamente en agricultura. En este caso a nuestro juicio no existe tal imperfección y si se elimina este artículo se producirá un verdadero descalabro social y económico. Por lo tanto se propone reanalizar el objeto de este artículo, haciéndolo efectivo solo para los derechos de aprovechamiento no consuntivos, derechos eventuales y derechos de agua subterránea. Estos tres tipos de derechos, desde su constitución fueron expresados en litros por segundo o en unidades métricas por unidad de tiempo y al mismo tiempo la resolución especifica su carácter de permanente o eventual, continuo o discontinuo, consuntivo o no consuntivo. Si lo que se pretende es desestimular el acaparamiento y la especulación, el dictar este artículo para estos tres tipos de derecho, lo resolverá en gran medida, los problemas existentes de falta de pago de patente, uso de pozos, clandestinos y acaparamiento, puesto que estos problemas no se dan en los derechos permanentes consuntivos y continuos que se emplean en agricultura.

5.54.- Artículo Tercero Transitorio.- *Mientras no entre en funcionamiento el Servicio de Biodiversidad y Áreas Protegidas, el informe referido en el artículo 129 bis 2 del Código de Aguas será emitido por el Ministerio del Medio Ambiente.*

5.55.- Artículo Cuarto Transitorio.- *Solo podrán someterse al procedimiento descrito en el artículo segundo transitorio del Código de Aguas, las solicitudes de regularización que se hayan presentado dentro del plazo de un año contado desde la entrada en vigencia de esta ley”.*

Comentario: Este artículo merece un análisis para conocer la posibilidad material de que las solicitudes se presenten en el plazo de un año, atendiendo a las dificultades administrativas y económicas para ello.

6°.- OTROS COMENTARIOS SOBRE TEMAS QUE NO ESTÁN CONTENIDOS EN LAS INDICACIONES ANTERIORES NI EN LAS MODIFICACIONES ACTUALES

6.1.- Con el objeto de cumplir con el principio de unidad de la corriente y con el artículo N° 3 del Código de Aguas, es necesario que las Comunidades de Aguas Subterráneas estén integradas a las Juntas de Vigilancia y supeditadas a éstas. En caso contrario se generarán conflictos innecesarios.

6.2.- Se propone incluir en las Juntas de Vigilancia de cada río, a los servicios de Agua Potable Rural, por ser el organismo más idóneo para ocuparse de su funcionamiento y mantención.



6.3.- Se propone redactar un articulado relativo al manejo y protección de los cauces de los ríos, los que hoy se encuentran en terreno de nadie,

6.4.- Se hace imperioso redactar algunos artículos relativos a la concesión, situación y ejercicio de los derechos de agua subterránea desde el punto de vista del uso conjunto de las aguas superficiales y subterráneas, considerándolas como un solo recurso. Los caudales entregados en derechos de aprovechamiento, han sido establecidos bajo el conocimiento y calculo de las entradas a los acuíferos por infiltraciones desde los ríos, canales y predios. No obstante en la actualidad hay una fuerte inversión en aumento de eficiencia del uso del agua, lo que disminuiría drásticamente las recargas a los acuíferos, quedando con pocas infiltraciones desde el río, canales y predios. Ello implica reemplazar dicha recarga por recarga artificial para lo cual no es adecuado el esquema legal imperante.

6.5.- Se requiere establecer derechos de aprovechamiento específicos a nombre de organismos fiscales para satisfacer demandas medio ambientales, caudales ecológicos, funciones públicas, u otras. Ello redundaría en una transparencia general y evitaría gran cantidad de futuros conflictos.

Fernando Peralta Toro
Presidente
CONFEDERACIÓN DE CANALISTAS DE CHILE
Octubre, 2014



OBSERVACIONES Y PROPUESTAS A PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS

**Luis Simón Figueroa del Río
Abogado**



OBSERVACIONES Y PROPUESTAS A PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS.

Ese proyecto de ley está contenido en la indicación sustitutiva 459-362 de 8 de septiembre de 2014 – Boletín 7543-12 de la Cámara de Diputados.

Esta indicación sustitutiva del proyecto de ley que reforma el Código de Aguas tiene tres partes, la primera trata de los motivos, razones o fundamentos de la reforma, la segunda enumera lo que denomina principales reformas y las explica, y la tercera contiene los artículos de ley propiamente tales.

Comentaremos los motivos para legislar y haremos propuestas.

PRIMERO

Esos motivos los analizaremos en sí mismos y en relación con lo esencial de la reforma.

Damos por entendido que los destinatarios de este documento conocen la indicación sustitutiva.

- a) En cuanto a que *“Las constantes sequías que se han experimentado en vastas zonas del mundo han puesto de manifiesto no sólo la fragilidad del sistema hídrico, sino también, de los sistemas normativos que regulan las aguas y la obligación de tomar las medidas necesarias para poder asegurar el abastecimiento de agua para el consumo humano”*

No hay fragilidad del sistema normativo chileno que regula las aguas terrestres o continentales. Ese régimen está precisamente organizado en función de la escasez y las sequías, que conformaron en distintas etapas de nuestra historia la firmeza y lo esencial de nuestra legislación; por ejemplo los tipos de ejercicio de los derechos de aprovechamiento en permanentes, eventuales, continuos, discontinuos, alternados y



consuntivos o no consuntivos, que son el resultado de una búsqueda histórica para el máximo aprovechamiento de un recurso escaso. Lo mismo va para el reparto o distribución que las organizaciones de usuarios efectúan en escasez, entregando materialmente a quienes corresponde su porcentaje de agua en el caudal circunstancial común; ese todo y mucho más en un clima civilizado y de paz social, porque está anclado en la noche del tiempo, en elementos tan sólidos como la propiedad, las instituciones que la protegen y emanan de ella, y las fortalezas de la tradición y la sabia evolución, como luego veremos.

Terminar con la propiedad del derecho de aprovechamiento es precisamente hacer frágil lo que ahora es firme.

Esta primera motivación del proyecto de ley entonces es incorrecta, porque yerra en la apreciación jurídica y práctica del sistema normativo de las aguas terrestres.

Con todo creemos necesario agregar algo más.

En cuanto a las sequías corrientes o las extremas, ellas se abordan antes que se produzcan, y el Estado tiene bastante que hacer al respecto, pero antes, no durante el drama, porque su oportunidad ya pasó. Y para actuar antes tiene importantes facultades a desarrollar a través de la Dirección de Obras Hidráulicas y la Comisión Nacional de Riego; el trabajo consiste básicamente en invertir en obras. No hay "fragilidad" en la legislación, lo que puede ocurrir son comportamientos tardíos. Los usuarios de las aguas, concededores y sufrientes de la escasez y sus periodos, toman medidas para hacerla menos gravosa, en la medida de sus posibilidades, pero siempre amparados en la seguridad y certeza de la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento, esto es la propiedad sobre el mismo, que ha facilitado, por el sistema de precios, incorporar las tecnologías más modernas que prueban su eficacia con los buenísimos resultados habidos. Regresando a los deberes del Estado su intervención debe ser oportuna y cuidadosa, porque cuando se equivoca el problema se agrava. Las intervenciones súbitas del Estado en sequía en la práctica no han sido exitosas, solamente han servido para vestir a la administración de preocupada y



eficiente. La explicación es que cuando asume el Estado la distribución de un río, se olvida que no solo es un asunto difícil en sí mismo, sino que exige conocimiento práctico del río, lo que no se improvisa, por lo que las intervenciones han derivado en pérdida de parte de la poca agua disponible.

La normativa vigente ha hecho posible multiplicar el uso de la misma agua.

Tanto que ya se comenta que es posible lograr que el país sea una potencia agroalimentaria¹, sin limitar el abastecimiento de agua a la minería, a la industria y desde luego a la demanda de agua potable. Eso demuestra que el sistema normativo de aguas terrestres no está en crisis y permite hacer muchísimo más.

Respecto del abastecimiento de agua potable el país da cabal cumplimiento a la observación general N° 15 propuesta por el Relator Especial en Ginebra en noviembre de 2002, en el Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos Sociales y Culturales. En efecto, en los sectores urbanos las empresas prestadoras de los servicios públicos de producción de agua potable se adelantan a las necesidades, ejecutando sus previsores planes de inversión aprobados por la Superintendencia respectiva, desenvolviéndose cómodamente en el sistema de precios, que hace que el valor del agua sea el real y por ende se cuide, sin perjuicio del subsidio Estatal a los que no tienen recursos para pagar la tarifa de agua potable. Este procedimiento ha colocado a Chile en esta materia al nivel de los países desarrollados. Debemos evitar desnaturalizarlo eliminando la propiedad del derecho de

¹ INE. CAMBIOS ESTRUCTURALES EN LA AGRICULTURA CHILENA. ANÁLISIS INTERCENSAL 1976-1997- 2007. N° 42, Pág. 54.

“Los resultados de los últimos tres censos agropecuarios, realizados por el Instituto Nacional de Estadísticas, reflejan la evolución que ha experimentado el país, en materias políticas y económicas. En este marco los avances tecnológicos han cambiado profundamente la estructura productiva del sector, potenciando su desarrollo y permitiendo que Chile ocupe un lugar importante dentro del mercado mundial de alimentos. Por otra parte, los altos estándares de exigencia de los mercados internacionales impulsado continuas mejoras en sus procesos productivos.”



aprovechamiento y otorgando al Estado facultades que pueden afectar un mecanismo que ha sido eficiente, desalentando o desviando la inversión de las empresas sanitarias.

En noviembre de 2009, el Ministro de Obras Públicas Sergio Bitar calificaba como "un orgullo para Chile" el premio otorgado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Fundación FEMSA a la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS), por el que se le reconoció el éxito del programa de gestión y reformas del sector sanitario desde los años 90 en materia de agua potable y saneamiento.

El Ministro Bitar señaló en esa oportunidad: *"Es un orgullo para Chile recibir este premio por tener un sector correctamente regulado, donde el Estado, a través de una Superintendencia fuerte, regula y fiscaliza el servicio de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas servidas. Felicito a los funcionarios y funcionarias de la Superintendencia de Servicios Sanitarios y a las empresas del sector por la labor que realizan por el bien de la población."*

Entre los logros que se le reconocieron en el año 2009 a la gestión del sector sanitario chileno figuran: cobertura de agua potable de 99,8% de la población; cobertura de alcantarillado de 95,3% de la población; cobertura de tratamiento de aguas servidas de 16,7%, en 1998, a 82,6%, en 2008. Se destacó en esa oportunidad que con la construcción de la última planta de tratamiento de aguas servidas para Santiago, se alcanzaría el 98% en 2011.

Hoy, en el año 2014, nos podemos hacer orgullosamente la siguiente pregunta ¿En qué superamos al Reino Unido, Suiza e incluso Alemania?, en que Chile a partir del año 2012 es el país que más trata sus aguas residuales domiciliarias urbanas y tiene una cobertura que es récord mundial: el 100%. La cobertura total del tratamiento de las aguas servidas ha sido fruto de una política de largo plazo, que ha atravesado gobiernos de variado signo. Este logro tiene varios efectos:

- Mayor ahorro en salud, debido a que disminuye el tifus, la hepatitis, el cólera y las enfermedades gastrointestinales en general. Por cada dólar invertido en depurar las aguas servidas, el país se ahorra otros U\$ 2,5 en salud.



- Frutas, verduras y hortalizas que se producen en Chile son más limpias.
- Al alcanzar Chile estándares mundiales en materia de depuración de sus aguas servidas, ha podido firmar una serie de tratados de libre comercio sin riesgo de dumping ambiental.
- Se recuperan playas y ríos para el turismo. Nuestros visitantes extranjeros no sufren de las típicas enfermedades de países en desarrollo.

Las tarifas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas servidas en Chile son más bajas que en la mayoría de los países desarrollados. Por ejemplo esas tarifas en Santiago son más bajas que en Oslo, Berlín, Sydney, Copenhage, Ottawa, París, Londres, Ciudad de México, Washington D.C., Madrid, Estocolmo, Montevideo, Atenas, Ciudad del Cabo, Moscú y Roma.

El agua potable rural requiere una legislación coherente con lo que ha sido exitoso en lo urbano. Puede perfeccionarse el tipo de organización que preste ese servicio en lo rural, como asimismo los tipos de contratos para que esa entidad prestadora del servicio pueda acceder al agua cruda con probabilidades de excedencia acorde con la realidad de la oferta, complementando el déficit con inversiones reforzadas con el subsidio legalmente existente. Está en trámite legal en la Cámara de Diputados, desde octubre de 2009, el proyecto de ley N° 882/SEC/09 relativo al agua potable rural; y proponemos colocar en él la atención y energía legislativa para esta importante materia, pero de ninguna manera por carencias aisladas y superables hacer frágil un sistema normativo que ha probado sus bondades.

El sistema legal vigente ha sido eficaz de asignar el recurso agua, reconocido como escaso, a lo más rentable y atender las demandas de agua potable, por lo que no requiere una modificación en lo sustantivo, sin perjuicio de los perfeccionamientos que el tiempo de su aplicación haga presente.

“Las constantes sequías”, que son el motivo de ley que estamos comentando, no justifica eliminar la propiedad del derecho de



aprovechamiento, tampoco justifica darle más atribuciones al Estado. En cuanto al abastecimiento de agua potable nadie discute su importancia, sin embargo no se puede, no se debe desconocer el estado actual de Chile en la satisfacción de esa básica necesidad.

Parte importante de la fortaleza de la normativa vigente es que la constante reasignación del recurso aguas se materializa equilibradamente, de manera que las mutaciones no afectan a terceros, por eso nos llama la atención que se proponga otorgar al Estado la facultad de reasignar el agua en extrema sequía sin indemnizar a la persona a quién se la priva del agua. Esa reasignación forzosa no puede hacerse sino que en razón de un interés general, por un motivo que la Nación toda no puede sino que considerar justo y conveniente, pero el costo de esa medida, atendido la razón o motivo de ella, tiene que ser soportado necesariamente por la misma Nación toda, no por una persona aislada; esa medida que en sí misma es un error en el plano de lo justo, se agrava porque al afectado le agrega un daño adicional al que ya tenía por la sequía.

En síntesis, el primer motivo del proyecto de ley desconoce la realidad Chilena en materia del uso de las aguas terrestres y de él no se desprende la necesidad de suprimir la propiedad del derecho de aprovechamiento ni agregar facultades al Estado.

b) En Cuanto a que *“Esta realidad (las constantes sequías) que no es ajena a nuestro país, se suma al problema de la recarga y comportamiento de los acuíferos frente a las actuales condiciones de explotación.”*

La recarga artificial de acuíferos no es un problema, es un hacer, en el que lo público y privado se mancomunan. El Código actual desde su inicio se refiere a esa recarga y en ello fue enriquecido en 2005. Suprimir la propiedad del derecho de aprovechamiento no ayuda para que haya recarga. Al respecto es importante revisar las exigencias reglamentarias que encarecen inútilmente ese trabajo.



- c) En cuanto a que *“En relación con los demás países de la OCDE, Chile se encuentra muy atrasado en la adopción de las normas necesarias para enfrentar esta realidad y que permitan al Estado asegurar el abastecimiento de agua a la población, a la vez que darle un uso eficiente de las mismas.”*

Esa afirmación no es efectiva, por el contrario, como se expuso en a) el país está muy adelantado en abastecer de agua potable a su población. Que países de la OCDE tengan normativas diferentes a las nuestras no nos obliga a introducir en Chile las de ellos, lo que importa son los resultados, y, a propósito del motivo a) del proyectos hemos visto que ha sido exitosa nuestra legislación para todos los usos, incluyendo el abastecimiento de agua potable, y todo ello teniendo en cuenta de las dificultades de nuestra especialísima geografía, con enormes montañas muy cerca del mar.

- d) En cuanto a que *“Nuestra legislación, desde muy temprano, ha considerado que “las aguas son bienes nacionales de uso público”. Sin embargo, no es concebible que esta declaración sea letra muerta: es necesario dotarla de un contenido sustantivo.”*

El concepto de *“bien nacional de uso público”* corresponde a la clasificación que el Código Civil hace de los bienes y de ella no deriva la manera o el criterio para asignar los recursos escasos. El bien que corresponde a la dicha clasificación, cualquiera que sea, puede ser usado por todos sin que ninguno excluya a otros, como las veredas. El agua terrestre es de uso público mientras está en el río o lago, etc., para navegar, nadar, pescar deportivamente u otros usos de esa naturaleza. Pero para producir bienes y servicios es necesario sacarla del río o lago, y una vez sacada, el que la saca hace un uso exclusivo y excluyente del agua. Ello ocurre exactamente igual, se tenga propiedad o no de la facultad o derecho para sacarla del río o lago. Tal es así que con la modificación que se propone en el proyecto, esto es que no se tenga propiedad del derecho a sacar agua del río, de la misma manera el agua sacada se usará en forma exclusiva y excluyente. Con la diferencia que con la propiedad de esa facultad el recurso escaso se destina a lo más rentable, colaborando eficazmente al crecimiento económico que lleva de la mano beneficios sociales de todo tipo.



Con propiedad y sin propiedad del derecho a sacar agua la situación es la misma. Jurídicamente lo que ocurre, en ambos casos, es una desafectación del carácter de uso público, como también ocurre con el Quiosco de diarios de la vereda. Como se puede apreciar el argumento del bien nacional de uso público lleva al absurdo que el agua no podría sacarse, nunca, del río o lago.

Agreguemos que la propiedad sobre la facultad para sacar agua del río o lago ha existido desde siempre en Chile, salvo durante el paréntesis que va desde 1967 a 1979 o sea de solo 12 años. El cambio en ese período no fue por una clasificación jurídica de los bienes, sino por razones de asignación del recurso, que se intentó no fuera por la ágil movilidad de los precios sino que por planificación a nivel central.

Del contenido del proyecto de ley emana que la razón de suprimir la propiedad del derecho de aprovechamiento es para hacerlo caducable; pero, ahora se comienza honestamente por el no uso, pero mañana será por iniciativas estatales de cualquier orden; no se dura un siempre en el poder político. Por eso es fundamental la garantía constitucional de la propiedad de esa facultad de sacar agua.

No olvidemos que se trata de un recurso escaso y el control estatal de su uso le permite manejar la economía y restringir la libertad de emprender. Este proyecto de ley no está en esa línea, pero abierto el cauce el agua escure, así también pasa con los afanes circunstanciales en la política. Para el caso de Chile, que no es el del este norteamericano o de los pueblos que recorren el Nilo o el Volga, la propiedad del derecho de aprovechamiento y la libertad de su uso aseguran la libertad económica, sin la cual no hay libertad política; es por eso que el Pacto de Derechos Económicos Sociales y Culturales de las Naciones Unidas exige que esos derechos se logren en libertad económica y política. La garantía constitucional a la que nos estamos refiriendo no daña, y claramente da seguridades que pasado mañana no habrá intentos políticos que alteren esas libertades. Las organizaciones de usuarios de agua de Chile piden encarecidamente reflexión en esta materia. Más adelante se propondrá medias que satisfagan las inquietudes del proyecto en orden a la tenencia de derechos de agua que no se usen y a evitar que se eluda el pago de la patente por no uso.

Luis Simón Figueroa del Río simonfigueroa@figueroaasociados.cl Página 8 de 15



De regreso al motivo del bien nacional de uso público, es preciso reconocer que es un concepto que no impide que exista derecho a sacar agua de un río o lago, independientemente que respecto de ese derecho se tenga o no tenga propiedad.

- e) En cuanto a que *“La regulación de los recursos hídricos requiere de un cambio que intensifique el régimen público de las aguas, reforzando las facultades de la Administración en la constitución y limitación de los derechos de aprovechamiento; y dando cabida, protegiendo y priorizando los usos de la función de subsistencia.”*

No se discute que el agua dulce en Chile es un recurso relativamente escaso por lo que el interés público consiste en que: 1. Se destine el agua a lo más rentable y, abastecer la demanda de agua potable, y 2. Haya una constante mutación en la aplicación de tecnologías para aumentar rendimientos, y se multiplique la oferta del agua.

En cuanto a lo primero, más arriba hemos dejado constancia del éxito de la normativa vigente, sin perjuicio de perfeccionamientos que necesite el abastecimiento de agua potable en lo rural, y de algunos otros de carácter administrativo que demoran las inversiones.

Respecto de lo segundo, el sistema de precios ha obligado a incorporar constantemente tecnologías nuevas y el éxito en esta materia ha sido asombroso; la oferta de agua se mejora con embalses superficiales y recarga artificial de acuíferos.

El Estado para esas actividades tiene facultades legales suficientes, no requiere otras, ni menos para limitar los derechos de aprovechamiento; de alguna manera las restricciones frenan o desvían indebidamente el emprendimiento.

El Estado en el uso de sus facultades existentes en ocasiones ha intervenido de manera contraria al interés público, disminuyendo la oferta de agua, como ha ocurrido con las reservas estatales de agua o la constitución de derechos de agua a servicios públicos; pasan décadas sin usarse esas aguas, yéndose al mar, y contabilizándose como ocupadas, es decir no disponibles para constituir nuevos derechos de aprovechamiento.



En nuestro derecho el empleo de las aguas está enmarcado por las normas ambientales, el caudal ecológico y el perjuicio a terceros, institución presente en todo trámite administrativo que requiera autorización previa y en la constitución de nuevos derechos, son asuntos de bien común en los que el Estado ya tiene un rol preeminente ¿cuál es la razón para que se “intensifique”?

Es necesario tener mucho cuidado con esas mayores facultades que se quiere dar al Estado incluso cuando se trate de “protegiendo y priorizando los usos de la función de subsistencia”, teniendo en cuenta que con las leyes existentes ante la necesidad de agua potable el país ha sido exitoso, y en lo que todavía hay escollos, en lo rural, hay solución con las normas actuales. Aunque sea reiterativo no podemos perder de vista la premisa que estamos frente a un recurso escaso y, por consiguiente, las intervenciones fuera de sistema traen trastornos no queridos. La habilidad del Estado y de los usuarios, cada uno en lo suyo, está en tomar sabias medidas preventivas para cuando ese recurso se hace más escaso y el Estado tiene ya importantes atribuciones.

f) En cuanto a que *“Con el objeto de subsanar este gran déficit regulatorio, la presente modificación al Código de aguas busca, por una parte, actualizar la legislación chilena equiparándola al nivel de las legislaciones de otros países de la OCDE y, por la otra, responder a las necesidades propias de nuestro país. Las principales modificaciones que se introducen son las siguientes:”*

No hay tal déficit regulatorio. Lo hemos ido dejando de manifiesto. La asignación del recurso escaso ha sido exitosa, está cumplida también con éxito el abastecimiento urbano de agua potable y para mejorar ese abastecimiento en lo rural hay en trámite legislativo un proyecto de ley.

Lo que hay que hacer son correcciones a ciertos asuntos que en la aplicación de la ley se han ido desfigurando o necesitan aclaración.

Respecto a equiparar la legislación chilena al nivel de las legislaciones de otros países, es un asunto de cuidado, porque podemos desmejorar. No hay obligación de copiar, menos cuando estamos en condiciones de ser copiados. Lo que importa es mirar los resultados que el país está teniendo en el uso de este recurso escaso y superar los problemas “verdaderos” que se constaten.



SEGUNDO

Propuestas para abordar las preocupaciones del Ejecutivo sin necesidad de suprimir la propiedad del derecho de aprovechamiento ni aumentar facultades al Estado.

1 En cuanto a la preocupación de que haya titulares de derechos de aprovechamiento que no usan el agua y otros que además eludan el pago de la patente por no uso.

A Proponemos reemplazar el pago de la patente por un impuesto al derecho de aprovechamiento como el impuesto territorial.

Esto significa que respecto de los predios rurales regados, que para los efectos del impuesto territorial el valor de tasación del predio comprende el casco y el agua, habrá que confeccionar roles separados, uno para el suelo como si fuera de seco, y otro para el derecho de aprovechamiento con cuyas aguas se riega ese suelo.

Inicialmente la tasación del valor de los derechos de aprovechamiento estará a lo que resulte de la separación de roles referida. Del 100% de la tasación actual de los predios para el impuesto territorial el SII tendrá que indicar cuál es el porcentaje relativo al suelo como si fuera de seco y la diferencia será la tasación del derecho de aprovechamiento.

La ley debe dejar establecido que la separación de roles no puede significar un aumento del pago de impuesto para el dueño del suelo.

Respecto de los derechos de aprovechamiento cuyas aguas se destinan a otros usos que no sean el riego, al inicio del nuevo sistema el valor de la tasación del derecho de aprovechamiento puede estimarse sobre lo que resulte para los derechos de aprovechamiento cuyas aguas se destinan a riego; sin perjuicio que la ley disponga que una vez establecidos los roles e iniciado el proceso que pone en marcha la documentación oficial de tasación, giro y pago del impuesto, el SII pueda revisar las tasaciones de los derechos cuyas aguas no se destinan a riego.

Este sistema tiene también otras ventajas:



- quedará confeccionado un rol completo de derechos de agua, que reemplazará al Catastro nacional de aguas, que tantos dolores de cabeza y demora de inversiones ha ocasionado;
- desalentará a los que solicitan derechos de aprovechamiento sin interés real en usar el agua, o para obtener un beneficio indebido;
- como se regirá, en lo que proceda, por las normas del impuesto territorial, el pago del impuesto queda, además, cuidado con las exigencias de esa ley, por ejemplo la vigilancia cotidiana de notarios y conservadores.

Se deroga todo lo referente al pago de la patente por no uso y se configuran las normas transitorias pertinentes.

B Mientras no opere el impuesto al derecho de aprovechamiento a que nos hemos referido en la letra anterior, es necesario dar solución al no pago de la patente por no uso con el expediente de no inscribir el derecho de aprovechamiento en el registro de propiedad de aguas del Conservador pertinente.

Proponemos una norma que disponga que pasados 6 meses, por ejemplo, contados desde que esté afinado el procedimiento administrativo de constitución del derecho de aprovechamiento, en términos que pueda reducirse a escritura pública la resolución constitutiva, y ello no se haya materializado, o bien habiéndose realizado no se haya inscrito en el registro de propiedad de aguas el derecho de aprovechamiento constituido, contado el plazo desde la fecha de esa escritura, se presume de derecho que el titular pertinente renuncia a los derechos que a su favor emanan de la resolución constitutiva, o de la reducción a escritura pública, y que, también por el ministerio de la ley, da por terminado el procedimiento, sin que pueda en el mismo formularse peticiones.

La presunción de derecho significa que *“es inadmisibles la prueba contraria, supuestos los antecedentes o circunstancias.”*

Esta renuncia para que opere no requiere que se deje constancia en el expediente de haberse cumplido el plazo, sin perjuicio que para el orden administrativo así se haga.



Es evidente que no se presume la renuncia si existen las obras para captar y utilizar las aguas. De esta manera se evita la norma del proyecto de ley que somete a la presión de inscribir su derecho a los muchos pequeños propietarios rurales que por diversas razones no los tienen inscritos, pero usan de siempre el agua.

El problema se soluciona dentro del sistema de propiedad.

C También proponemos, sin perjuicio del impuesto territorial, o el pago de la patente mientras esa institución no se reemplace por el impuesto, que la ley disponga que se presume renuncia al derecho de aprovechamiento si pasado el plazo que se fije no está instalado o construido lo necesario para la extracción y uso de las aguas. En este caso no se trata de una presunción de derecho y el plazo que se fije se interrumpe desde que se solicita las autorizaciones ambientales, sectoriales u otras obligatorias para la materialización de las obras u otras como concesión de cauce, traslado del lugar de ejercicio del derecho, cambio de fuente. Serían dos tipos de plazos, uno establecido en la ley y otro contenido en la resolución constitutiva del derecho de aprovechamiento a petición del interesado.

Esta presunción de renuncia debiera establecerse solamente para los derechos que se constituyan desde la vigencia de la nueva ley.

2 Algunas proposiciones.

A La decisión que limite o prive a alguien del agua que le corresponde debe ser suscrita por el jefe del servicio pertinente dejando constancia de las justificaciones de la medida, siendo insuficiente que se diga que se toma por razones de interés público.

Lo que comprende el interés público no puede estar entregado a la facultad discrecional del Jefe de Servicio pertinente, por lo que debe estar claramente señalado en la ley a qué se refiere, de manera que pueda reclamarse ante los Tribunales si la medida se adopta fuera del sentido y alcance de ese interés público.



El o los terceros menoscabados deben ser indemnizados y el daño debe determinarse de acuerdo a los padrones de la responsabilidad extracontractual, que es de aplicación general en nuestro derecho. Un interés público no puede soportarlo una, algunas o muchas personas, es necesariamente de cargo de la Nación toda.

Si no hay acuerdo el o los afectados podrán demandar al Fisco de Chile.

Con todo, no estamos de acuerdo que esa enorme facultad se otorgue a alguna agencia del Estado.

B Proponemos legislar que cuando se decida negar la solicitud de un derecho de aprovechamiento porque no hay aguas disponibles, y en la contabilidad de las que las tienen ocupadas hay reservas estatales o derechos de agua del Fisco, y esas aguas no se usan, el solicitante afectado tenga derecho a que se le constituya su derecho aprovechamiento con cargo a los caudales reservados o pertenecientes al Fisco, y sin limitaciones para su ejercicio.

C Proponemos legislar que cuando la Dirección General de Aguas resuelva denegar la petición de un derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas porque ha habido descenso del nivel freático, debe acreditar fehacientemente que ya no es posible profundizar los pozos existentes.

D Como para declarar área de restricción en materia de aguas subterráneas no hay certeza que nuevos derechos de aprovechamiento puedan ocasionar perjuicios, sino que solamente existe un “riesgo” de disminución del acuífero, proponemos se interprete el correcto sentido y alcance del artículo 65 del Código de Aguas, en el sentido de que no puede denegarse la constitución de un derecho en carácter de provisional, mientras no haya habido reclamos de perjuicios y se haya acreditado que efectivamente éstos se han producido.

TERCERO

En síntesis hemos hecho presente que los motivos o fundamentos para legislar no obedecen a la realidad nacional, no está en crisis la normativa



de aguas terrestres en Chile, ha estado dando plena satisfacción a las demandas de un país en crecimiento, no sólo en los afanes productivos de bienes y servicios sino que también en los requerimientos de agua potable.

Asimismo también hemos hecho ver que la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento ha sido beneficiosa, y que los objetivos centrales del proyecto, referidos a los casos de no uso del agua y a amparar la prestación de los servicios de agua potable, tienen solución dentro del sistema de propiedad; respecto del uso humano del agua, ha quedado demostrado por el alto porcentaje de abastecimiento que es un reconocido éxito nacional, y en cuanto a los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no se emplean hemos formulado concretas propuestas, también dentro del sistema de propiedad. En razón de ello hemos advertido que no se justifica terminar con la propiedad del derecho de aprovechamiento y que, por el contrario es un riesgo grave para el futuro del país derogar la garantía constitucional en la materia.

Nos reservamos para tratar en otro documento cada uno de los artículos del proyecto de ley que hemos comentado.

Santiago, 29 de octubre de 2014.



Luis Simón Figueroa del Río
Abogado