

INFORME

MATERIA: Propuesta de Indicaciones a Modificaciones Relevantes Boletín 7543-12

El presente informe tiene por objeto determinar los efectos más significativos que se siguen presentando en la Indicación Sustitutiva al Proyecto de Reforma al Código de Aguas, presentada por el ejecutivo el día 8 de octubre de 2014.

Por lo anterior, se ahondará en términos específicos en cada una de las normas cuya modificación conlleva impactos en el sector productivo, estableciéndose al mismo tiempo, y en forma inmediata, las enmiendas necesarias que configuren la correspondiente solución, que por lo general presentarán como fin, en la mayor parte de los casos, reducir los campos de discrecionalidad de la Administración en el ámbito del interés general del país.

1) *Discrecionalidad Administrativa:*

La Indicación Sustitutiva presentada por el ejecutivo el día 8 de octubre de 2014, contiene una serie de disposiciones que, amparadas en la premisa que es necesario otorgar al Estado mayores atribuciones en materia de gestión de recursos hídricos, representan potestades discrecionales entregadas a la función pública, y que pueden eventualmente afectar el desarrollo de todo tipo de proyectos.

Dentro de ese ámbito tenemos las siguientes indicaciones despachadas con fecha 20 de octubre de 2015 por la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación:

a) Nuevo inciso 2º Artículo 6º: *“El período de duración del derecho de aprovechamiento que se origina en una concesión no podrá ser superior a 30 años, de conformidad a los criterios de disponibilidad y sustentabilidad de la fuente de abastecimiento y/o del acuífero, según sea el caso. La duración mínima del derecho de aprovechamiento de aguas no podrá ser inferior a veinte años, en el caso de aquellos que tengan el carácter de no consuntivos. La duración del derecho de aprovechamiento se prorrogará, a menos que la Dirección General de Aguas acredite el no uso efectivo del recurso o se cambie la finalidad para el cual fue destinado originalmente. Esta se hará efectiva en la parte utilizada de las aguas y en consideración a los criterios de disponibilidad y/o sustentabilidad de la fuente de abastecimiento.*

Esta prórroga no podrá exceder el plazo establecido en este inciso.”. Se establece que la duración de la concesión para los derechos de aprovechamiento podrá ser de hasta 30 años y para los no consuntivos, mínimo 20 años y hasta 30 años. Lo anterior dependerá de los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento o sustentabilidad del acuífero.

Dentro de aquel orden de ideas, la Dirección General de Aguas (en adelante DGA) quedará con un poder discrecional, ya que se indica que éste Servicio determinará en bases a sus criterios cuál es la duración de las concesiones. No se establecen requisitos, parámetros o reglas que permitan saber a qué atenerse. Se debe recordar además, que la facultad de constituir derechos

de aprovechamiento de aguas se encuentra delegada en cada uno de los directores regionales de la DGA. Así, se está dotando a 15 funcionarios distintos, de poderes sin limitación para determinar cuál es el plazo en que se otorgan las concesiones.

A continuación, el señalado nuevo inciso 2º dispone que la duración del derecho se prorrogará siempre, a menos que la DGA acredite el no uso efectivo del recurso y la prórroga solo se hará efectiva en la parte utilizada de las aguas.

Nuevamente estamos en presencia de una facultad discrecional. No se establece cómo se acreditará el uso efectivo de las aguas o la parte efectivamente utilizada de ellas. ¿Qué ocurre si se otorga una concesión por 20 años y se utiliza totalmente los primeros 5 años, los siguientes 3 años no se utiliza, los siguientes 2 años se utiliza la mitad y los 10 años restantes la totalidad nuevamente? ¿Se promediarán los caudales utilizados? ¿Cómo se determina lo efectivamente utilizado?

A mayor abundamiento, en el artículo 6º bis nuevo que se incorpora a continuación en la indicación sustitutiva, se establece una regla para la acreditación del uso efectivo del recurso, en el siguiente tenor:

“Los derechos de aprovechamiento se extinguirán si su titular no hace un uso efectivo del recurso. En el caso de los derechos de aprovechamiento consuntivos dicho plazo será de cuatro años, y en el caso de aquellos de carácter no consuntivos será de ocho años, en ambos casos contado desde su otorgamiento. La acreditación del uso efectivo del recurso se realizará demostrando, por parte del concesionario, la construcción de las obras señaladas en el inciso primero del artículo 129 bis 9.

*La contabilización de los plazos indicados en el inciso primero se suspenderá mientras dure la tramitación de los permisos necesarios para construir las obras a que se refiere el inciso anterior y que deban ser otorgados por la Dirección General de Aguas y o la Dirección de Obras Hidráulicas. **Dicha suspensión no podrá exceder de 4 años.***

Asimismo, la autoridad, a petición del titular del derecho de aprovechamiento, podrá suspender este plazo hasta por un máximo de 4 años cuando, respecto de la construcción de las obras necesarias para la utilización del recurso, se encuentre pendiente la obtención de una resolución de calificación ambiental, exista una orden de no innovar dictada en algún litigio pendiente ante la justicia ordinaria, o se hallen en curso otras tramitaciones que requieran autorizaciones administrativas.

Lo dispuesto en el inciso anterior y este regirá en la medida que en dichas solicitudes se encuentre debidamente justificada la necesidad de la suspensión, y siempre que se acredite por parte del titular la realización de gestiones, actos u obras de modo sistemático, ininterrumpido y permanente, destinados a aprovechar el recurso hídrico en los términos contenidos en la solicitud del derecho.

Del mismo modo caducarán los derechos de aprovechamiento si son utilizados para un fin diverso para el que fueron otorgados, salvo que dicho cambio de uso haya sido autorizado por la autoridad competente.”. (Lo destacado es nuestro)

Como podemos observar, se trata de un caso totalmente distinto al del nuevo inciso 2° del artículo 6° anteriormente analizado. El nuevo artículo 6° bis dice relación con la caducidad de los derechos de aprovechamiento que no se utilizan y la acreditación del uso que corresponde a los titulares. El nuevo inciso 2° del artículo 6°, por su parte, trataba de la prórroga del derecho de aprovechamiento y la acreditación del no uso que corresponde a la DGA.

Asimismo, en el primer caso no se establece cómo se acredita el uso efectivo, a diferencia de lo que se establece a continuación, en que el uso efectivo se asimila a la construcción de las obras necesarias para ejercer el derecho.

En relación con lo anterior, no debemos olvidar que por ejemplo el mercado hidroeléctrico es dinámico y constantemente se estarán renunciando, prorrogando, extinguiendo y constituyendo derechos, lo que hará muy compleja la administración de los distintos derechos de aprovechamiento existentes, en cuanto a sus plazos, efectividad de uso, posibles caducidades, suspensiones, etc.

En este mismo sentido, el establecer que los derechos de aprovechamiento no podrán tener una duración mayor a 30 años no tiene justificación, ya que en el mismo Proyecto de Ley (en adelante PL) se está consagrando a reglón seguido la extinción del derecho en el caso de no utilizarlo (no construcción de las obras). **Por lo tanto, en la práctica los derechos duran 4 u 8 años si no se construyen las obras.**

Asimismo, no parece adecuado establecer que los derechos se asignen para un fin determinado y su cambio de uso se sujete a la autorización de la autoridad so pena de caducidad.

A mayor abundamiento, el PL dispone que la concesión siempre se prorrogará a menos que se acredite el no uso, pero en dicho caso el derecho de aprovechamiento nunca debió haber llegado al año 30, ya que antes debió haber sido extinguido.

En la práctica, al establecerse la extinción para los derechos de agua “antiguos” y para las nuevas concesiones, se está estableciendo una duración que es lo que el actual Gobierno busca; esto es, que no existan derechos de aprovechamiento sin limitación en cuanto al tiempo de otorgamiento. De esta manera, un derecho de aprovechamiento no consuntivo por ejemplo que no cuente con las obras y que no haya iniciado la tramitación de los permisos correspondientes tendrá una duración de 8 años y no de hasta 30 años.

En consecuencia, de mantener un plazo de duración de las concesiones de hasta 30 años, nos encontraríamos ante una doble limitación: limitación en el tiempo y sanción de extinción, lo cual podría afectar las inversiones.

Dentro de aquel orden de ideas, si se están estableciendo extinciones para los derechos concedidos y nuevos, no parece razonable ni económicamente justificado, establecer dos tipos de derechos, unos sujetos a plazo, los nuevos, y otros no, los concedidos.

En virtud de lo anterior podrían generarse trabas en el financiamiento para los derechos temporales nuevos, ya que serían de inferior calidad jurídica.

En consecuencia, se debe proponer eliminar la temporalidad, fundado en el hecho que en la práctica la sanción de extinción va a ser que los derechos duren 4 u 8 años si no se construyen las obras, y de esa manera acotar la inseguridad económica y jurídica que se pueda generar 30 años después con la evaluación de la prórroga del derecho.

Dentro de aquel orden de ideas, también se debe abordar el hecho que el inciso 4° del artículo 6° bis, cuando establece la posibilidad de suspender el plazo de consolidación de las obras por 4 años, no resulta armónico con el artículo del 129 bis N° 4 y 5 del Código de Aguas, que señalan que el plazo de extinción del derecho se suspenderá por ***“todo el tiempo que dure la tramitación de los permisos necesarios para construir las obras que deban ser otorgados por la Dirección General de Aguas y/o la Dirección de Obras Hidráulicas”***, no estableciéndose como plazo fatal de tramitación de los permisos de construcción de obras de captación, el de 4 años.

Lo anterior, desde el plano del ordenamiento lógico del Código de Aguas constituye un absurdo, debiendo aplicarse el principio general del derecho, que establece que “Donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición”.

Asimismo, a la luz de lo reiterada que es la hipótesis que las obras no se puedan construir a raíz de la existencia de solicitudes de traslados del ejercicio del derecho de aprovechamiento pendientes ante la DGA, se deben considerar también la posibilidad de la suspensión del plazo de construcción en casos calificados de aquella especie por parte de aquel Servicio. Por ejemplo, traslados que no puedan autorizarse por encontrarse pendientes estudios, recursos judiciales, etc. De hecho en el río Maipo hay traslados en tramitación que llevan pendientes 10 años y que no han podido resolverse por distintas razones.

Lo anterior, debido a que por ejemplo, para presentar la solicitud de permiso de construcción de bocatoma (artículo 151 y siguientes del Código de Aguas), la Dirección General de Aguas exige contar con los puntos de los derechos de aprovechamiento que se ejercerán, ajustados a la obra de captación para lo cual se requiere tramitar una solicitud de traslado.

En consecuencia, mientras no se obtenga el traslado no podrá presentarse la solicitud de construcción y por lo tanto, no podrá operar la suspensión del plazo de extinción.

En definitiva, el plazo de suspensión de la caducidad del derecho por 4 años solamente, no obedece a un análisis empírico de todos los tiempos y situaciones que podrían facultar al particular a solicitarla, sino que obedece mas bien a una aproximación teórica, razón por la cual se debe solicitar el no establecimiento de aquel máximo y solo condicionarla a la tramitación real de los permisos necesarios siempre y cuando la demora en su obtención no se deba a causas imputables al propio titular.

Por último, el siguiente ejemplo refleja el nivel de discrecionalidad que se incorpora con la modificación en los términos planteados: Muchas veces la construcción de las obras necesarias para ejercer un derecho, demoran un tiempo por una serie de circunstancias ajenas al interesado (financiamiento, servidumbres, etc.) ¿Qué ocurriría si un Director Regional determina otorgar

un derecho que viene primero en la lista de prelación que no tiene las obras y sabe que a continuación viene otro que si cuenta con ellas, pero solo existe disponibilidad para solo uno de ellos?. En este caso podría suceder que el funcionario otorgara una concesión por 2 años al primero por ejemplo, sabiendo que no podrá ejercerse el derecho, con lo que se extinguiría, dejando la vía libre para la constitución del siguiente en el listado de prelación, otorgándose en la práctica, el poder a la Autoridad para los efectos de “modelar” las prelaciónes.

Esto último se evitaría eliminando la temporalidad de las nuevas concesiones o reglamentando adecuadamente cómo se determinará el plazo de duración de los nuevos derechos que se constituyan.

Efectos en la inversión:

Por otra parte, y volviendo al análisis del nuevo artículo 6º, se debe subrayar especialmente que el limitar el período de otorgamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas tiene efectos claros en la inversión como externalidad económica, sobre todos los sectores productivos en general. Las obras sustantivas de largo plazo para la acumulación y conducción aguas (embalses, canales de riego, etc.), hoy muy necesarias considerando la necesidad de extender las áreas de riego y para dar un uso más eficiente a un recurso escaso, requieren financiamiento con respaldo patrimonial, lo cual exige incrementar el valor de la tierra. La tierra, sin garantía de agua por el período que duran los proyectos de inversión, no valen lo suficiente como para avalar dichas inversiones.

En efecto, la agricultura tiene dos “negocios” asociados: el primero que tiene que ver con la cosecha y el segundo representa un negocio inmobiliario que considera el valor de la tierra en el tiempo. Los agricultores consiguen financiamiento en el sistema financiero para obras de inversión mayores avalando con la tierra. Si la tierra no tiene agua, vale menos y las obras de inversión se encarecen o se inviabilizan.

La misma lógica anterior opera para industrias tales como la minería o la hidroelectricidad. La incerteza jurídica de los derechos de agua asociados, así como la limitación del plazo de otorgamiento, tienen un efecto directo en proyectos con horizonte de duración sobre los 50 años.

En síntesis, en la práctica se ha establecido una doble extinción de los derechos de aprovechamiento (por no construcción de las obras y por el límite máximo de temporalidad).

Propuesta de Modificación:

En consecuencia, se sugiere eliminar el nuevo Artículo 6º bis, y refundir parcialmente aquella norma únicamente en un artículo 6º con el siguiente tenor:

“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, de conformidad a las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código.

Los derechos de aprovechamiento se extinguirán si su titular no hace un uso efectivo del recurso. En el caso de los derechos de aprovechamiento consuntivos dicho plazo será de cuatro años, y en el caso de aquellos de carácter no consuntivos será de ocho años, en ambos casos contado desde su otorgamiento.

La acreditación del uso efectivo del recurso se realizará demostrando, por parte del titular del derecho de aprovechamiento, la construcción de las obras señaladas en el inciso primero del artículo 129 bis 9.

La contabilización de los plazos de extinción del derecho de aprovechamiento se suspenderá mientras dure la tramitación de los permisos necesarios para construir las obras a que se refiere el inciso anterior y que deban ser otorgados por la Dirección General de Aguas y o la Dirección de Obras Hidráulicas. Las solicitudes de traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento y las de cambio de punto de captación del mismo, que permitan ejercer el derecho en las obras señaladas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, no quedarán comprendidas en la referida suspensión, salvo en aquellos casos calificados por resolución fundada de la Dirección General de Aguas, que justifiquen la suspensión en atención a la imposibilidad de resolver prontamente las referidas solicitudes.

Asimismo, la autoridad, a petición del titular del derecho de aprovechamiento, podrá suspender este plazo respecto de la construcción de las obras necesarias para la utilización del recurso, cuando se encuentre pendiente la obtención de una resolución de calificación ambiental, exista una orden de no innovar dictada en algún litigio pendiente ante la justicia ordinaria, o se hallen en curso otras tramitaciones que requieran autorizaciones administrativas. Lo dispuesto en el inciso anterior y este regirá en la medida que en dichas solicitudes se encuentre debidamente justificada la necesidad de la suspensión, y siempre que se acredite por parte del titular la realización de gestiones, actos u obras de modo sistemático, ininterrumpido y permanente, destinados a aprovechar el recurso hídrico en los términos contenidos en la solicitud del derecho.”.

A mayor abundamiento, la propuesta de fusionar el artículo 6° y 6° bis, ha eliminado el concepto de concesionario del inciso 2° del artículo 6° bis (pues no estaríamos ahora ante un derecho temporal) y la alusión concreta al final del inciso 3° de aquella norma al plazo límite de suspensión (el cual ahora sería por todo el tiempo de tramitación de los permisos asociados a la construcción de la obra de captación).

Asimismo, hemos agregado la posibilidad que la suspensión de la extinción del derecho tenga lugar durante la tramitación del traslado de su ejercicio en casos calificados, para los efectos que aquella modificación sea aceptada y discutida de manera más flexible con los legisladores.

Por otro lado, tampoco consideraremos en la fusión de los artículos en estudio, al inciso final del artículo 6° bis que señala: *“Del mismo modo caducarán los derechos de aprovechamiento si*

son utilizados para un fin diverso para el que fueron otorgados, salvo que dicho cambio de uso haya sido autorizado por la autoridad competente.”.

Lo anterior, debido a que el inciso precitado atenta contra el uso hidroeléctrico de los derechos consuntivos dentro de los canales de riego, situación que se expresa frecuentemente en la operación de centrales de paso. Además, no tiene lógica dentro de la estructura de la reforma, ya que se busca extinguir derechos que no se ocupen y no aquellos que se utilizan en fines lícitos.

b) Nueva letra e) del N° 1 del artículo 129 bis 4 (derechos no consuntivos):

*“El titular de un derecho de aprovechamiento constituido con anterioridad a la publicación de esta ley que no haya construido las obras descritas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, habiendo transcurrido ocho años contados desde dicha fecha de publicación, quedará afecto a la extinción de su derecho de aprovechamiento en aquella parte no efectivamente utilizada, de conformidad a las disposiciones y a las suspensiones señaladas en el artículo 6° bis y sujeto al procedimiento descrito en el artículo 134 bis. Sin perjuicio de los plazos de las suspensiones establecidos en el artículo 6° bis, la contabilización del plazo para abrir el expediente administrativo de extinción del derecho, se suspenderá por todo el tiempo que dure la tramitación de los permisos necesarios para construir las obras que deban ser otorgados por la Dirección General de Aguas y/o la Dirección de Obras Hidráulicas. **Las solicitudes de traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento y las de cambio de punto de captación del mismo, no quedarán comprendidas en la referida suspensión.**”.* (Lo destacado es nuestro).

En atención a lo señalado anteriormente en este informe, creemos que igualmente se deben comprender en casos calificados por la DGA, las solicitudes de traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento en la hipótesis de suspensión.

Propuesta de Modificación:

En consecuencia, se sugiere modificar la Indicación asociada a la letra e) del numeral 1) del artículo 129 bis 4, para los efectos de señalar lo siguiente al final de aquella disposición:

“Las solicitudes de traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento y las de cambio de punto de captación del mismo, que permitan ejercer el derecho en las obras señaladas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, no quedarán comprendidas en la referida suspensión, salvo en aquellos casos calificados por resolución fundada de la Dirección General de Aguas, que justifiquen la suspensión en atención a la imposibilidad de resolver prontamente las referidas solicitudes.”

Por último, para efectos de armonía en las disposiciones, se propone realizar la misma modificación respecto del artículo 129 bis 5, el cual se refiere a derechos de aprovechamiento consuntivos.

c) Indicación que sustituye los incisos tercero y cuarto del artículo 147 bis por los siguientes:

Inciso 3º:

“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 5º ter, 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 sola vez en el Diario Oficial, el día primero o quince de cada mes, o el primer día hábil inmediatamente siguiente si aquéllos fueran feriados. Esta facultad se ejercerá por el Ministro de Obras Públicas, quien firmará el respectivo decreto “Por orden del Presidente”.

La reserva para la preservación ecosistémica nos parece muy amplia y puede dar lugar a discrecionalidad administrativa. Además, desde el punto de vista de las competencias, no resulta ajustado al principio de legalidad que la DGA, sin informe de, por ejemplo el SAG, CONAF, Ministerio de Medio Ambiente, u otros organismos públicos sectoriales, sea la única opinión vinculante con respecto a un concepto tan genérico como el de “*preservación ecosistémica*”.

Dentro de aquel orden de ideas, la reserva ecosistémica puede ser utilizada por los grupos radicalizados de carácter ambientalista para impedir o presionar por la no constitución de derechos de aprovechamiento en las diversas cuencas del país, puesto que el recurso agua, siempre tiene una implicancia ecosistémica.

Inciso 4º:

“Si no existe disponibilidad para otorgar los derechos de aprovechamiento en la forma solicitada, el Director General de Aguas podrá hacerlo en la cantidad o con características diferentes, pudiendo, incluso, denegar total o parcialmente las solicitudes respectivas, según corresponda.”.

Esta modificación representa la entrega de facultades discrecionales de graves consecuencias para la integridad de la gestión de los recursos hídricos.

El antiguo inciso 4º (actualmente vigente), dispone que si no existe la disponibilidad solicitada, el Director General de Aguas podía constituir el derecho en cantidad o con características distintas a las solicitadas, previa aceptación del interesado. De esta manera, si no se contaba con su consentimiento podía denegarse la solicitud. Esta instancia permitía tener un intercambio técnico que justificara las posturas de la Administración y los solicitantes.

Con la modificación propuesta se señala que en caso de no existir la disponibilidad en los términos solicitados, el Director General de Aguas por sí y ante sí, puede hacerlo en cantidad y características distintas, pudiendo incluso denegar total o parcialmente las solicitudes.

De esta manera, los quince Directores Regionales de Aguas debido a que la facultad de constituir derechos de aprovechamiento se encuentra delegada, pasan a tener poderes supremos para constituir o denegar derechos de aprovechamiento sin considerar ninguna limitación ni requisitos.

En la gran mayoría de los casos lo que se solicita no se encuentra disponible en los términos indicados, ya que es la DGA quién realiza los estudios técnicos con sus propios criterios y lo hace después que se presentó la solicitud. De esta manera, muy pocas veces va a coincidir lo solicitado con lo que la DGA va a determinar como disponible. De esta manera, de no mediar una modificación en este aspecto, el Director Regional podría sin tener ninguna limitación al respecto, otorgar los derechos en las calidades y cantidades que estime, pudiendo denegar total o parcialmente las solicitudes.

Propuesta de Modificación:

En consecuencia se sugiere modificar la Indicación que sustituye los incisos tercero y cuarto del artículo 147 bis, para los efectos de señalar lo siguiente:

Inciso 3º:

*“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 5º ter, el Presidente de la República podrá, mediante decreto fundado, **a proposición del Consejo de Ministros, señalado en el artículo 71 de la Ley Nº 19.300, Sobre Bases Generales del Medio Ambiente**, 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 sola vez en el Diario Oficial, el día primero o quince de cada mes, o el primer día hábil inmediatamente siguiente si aquéllos fueran feriados. Esta facultad se ejercerá por el Ministro de Obras Públicas, quien firmará el respectivo decreto “Por orden del Presidente”.*

Aquella modificación sería compatible con la función del Consejo de Ministros, establecida en la letra a) de la Ley Nº 19.300, que indica *“Proponer al Presidente de la República las políticas para el manejo, uso y aprovechamiento sustentables de los recursos naturales renovables”*, cuestión que tal como lo señalamos, no solo debe ser resorte de la DGA sino que de todos los Ministros sectoriales, incluyendo al de Energía, lo cual, en cierta medida, proveería de cierta representación del sector en la decisión.

Inciso 4º:

En cuanto al inciso 4º de la norma en estudio, por las razones ya expuestas, este debe mantenerse sin alteraciones con respecto al texto actualmente vigente que señala:

“Si en razón de la disponibilidad de agua no es posible constituir el derecho de aprovechamiento en las condiciones solicitadas, el Director General de Aguas podrá hacerlo en cantidad o con características diferentes, siempre que conste el consentimiento del interesado. Así, por ejemplo, será posible constituirlo en calidad de eventual o discontinuo, habiendo sido solicitado como permanente o continuo.”.

d) Indicación referente a las Letras c) y e) del artículo 314: En esta indicación se establecen para el artículo 314, reglas para redistribuir las aguas disponibles en fuentes naturales en situaciones de escasez por extrema sequía. Se dispone que en la redistribución primará la función de subsistencia.

Sin embargo, lo grave es que se deroga el inciso 7º que disponía que todo aquel titular que reciba menor proporción de aguas que lo que le correspondería de conformidad a las reglas existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco.

De esta manera, lo que establecía esa disposición que se deja sin efecto, es un límite a la discrecionalidad, ya que si se redistribuían las aguas para beneficiar a alguien en específico que presenta también fines de lucro (sector sanitario por ejemplo), razón por la cual igualmente se debería indemnizar a los otros sectores económicos afectados.

Podría establecerse la no indemnización en casos de redistribución en que se priorice la función de subsistencia, pero solo asociado a los Comité de Agua Potable Rural o captaciones para la subsistencia fuera de área de concesión sanitaria.

Propuesta de Modificación:

En consecuencia se sugiere modificar la Indicación referente al nuevo inciso 5º, del artículo 314 que señala *“Los efectos ocasionados con la redistribución, no darán derecho a indemnización alguna”*, por lo siguiente:

Inciso 5º

“Los efectos ocasionados con la redistribución, no darán derecho a indemnización alguna, en el caso que aquella favorezca a un Comité de Agua Potable Rural o a extracciones para la función de subsistencia en aquellos sectores ubicados fuera de un área de concesión sanitaria.”

2) *Afectación al Derecho de Propiedad y a la Seguridad Jurídica:* a) Indicaciones que incorporan en el artículo 129 bis 1, la posibilidad de establecer un caudal ecológico mínimo a las solicitudes de traslados de ejercicios de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales o en la tramitación del permiso de construcción de obra hidráulica mayor, las cuales son del siguiente tenor:

“Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 129 bis 1:

a) En el inciso primero:

i) Reemplázase la frase “Al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, la Dirección General de Aguas”, por la siguiente: “Respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados y por otorgar por la Dirección General de Aguas, ésta”;

ii) Elimínese la frase “el cual sólo afectará a los nuevos derechos que se constituyan,”.

b) Suprímase en el inciso tercero la frase “, no pudiendo afectar derechos de aprovechamiento existentes”.

c) *Incorpórese el siguiente inciso final:*

“Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, la Dirección General de Aguas siempre podrá establecer un caudal ecológico mínimo a las solicitudes de traslados de ejercicios de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales. Podrá, a su vez, establecer un caudal ecológico superior al mínimo establecido al momento de la constitución del o los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales en aquellos casos en que estos se aprovechen en las obras a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 294.”.

Como se puede observar, se está eliminando del artículo la prohibición que existía de no imponer el caudal ecológico a los derechos constituidos, junto con establecer taxativamente la facultad de poder hacerlo con ocasión del procedimiento de traslado del derecho de aprovechamiento, una de las hipótesis más comunes durante el desarrollo de un proyecto para los efectos de ajustar los puntos de captación al lugar de construcción de las obras de captación.

Dentro de aquel orden de ideas, debemos subrayar siempre con fuerza en los procesos de negociación de la Reforma que no se pueden afectar derechos ya constituidos. En el caso previamente analizado de la extinción, puede que exista una justificación, que es la sanción por el no uso y acaparamiento de los derechos, sin embargo en este caso se está afectando flagrantemente el derecho de propiedad y la seguridad jurídica.

En consecuencia, de persistir la Indicación tal como se encuentra actualmente formulada, no va a ser posible evaluar proyectos con certeza puesto que no existirá control del particular sobre el caudal que corresponde al derecho ya otorgado, el cual podría ser restringido durante el proceso de traslado del ejercicio.

Por lo tanto, más que una propuesta de modificación en este caso, se sugiere la eliminación completa de la Indicación.

b) Indicaciones que modifican la explotación de aguas subterráneas en zonas de prohibición.

En el inciso 2º del artículo 67 se establece *“De conformidad con lo dispuesto en el artículo 63, al declarar una zona de prohibición de nuevas explotaciones, la Dirección General de Aguas no podrá constituir nuevos derechos de aprovechamiento, ya sean definitivos o provisionales, y **deberá prohibir cualquier nueva explotación de derechos o de aquella parte de los mismos que no se hubiesen explotado con anterioridad a dicha declaración.**”* (lo destacado es nuestro).

El párrafo destacado se trata de una expropiación encubierta, toda vez que se prohíbe el ejercicio de un derecho de aprovechamiento legítimamente otorgado, en función de no haberse estado ejerciendo al momento de decretarse una zona de prohibición.

Desde un punto de vista normativo, no tiene coherencia sujetar el ejercicio de un determinado derecho ya existente a la declaración de zona de prohibición, toda vez que esta institución lo que persigue es que no se otorguen nuevos derechos de aprovechamiento distintos de los ya concedidos, pero no persigue que los derechos ya constituidos sean afectados.

Lo lógico es que se utilice la institución de la reducción temporal del ejercicio de los derechos para solucionar problemas de disponibilidad o sustentabilidad en determinados sectores, pero no que se afecte el derecho de propiedad en forma tan abierta.

De prosperar esta indicación, la utilización de la herramienta de declaración de zona de prohibición podría traer consecuencias nefastas para nuestra economía y para la seguridad jurídica de las inversiones.

Por último, cualquier clase de impacto que se genere producto de la extracción de recursos hídricos es materia del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental y es en dicha instancia donde se deben establecer las medidas de mitigación, compensación o reparación que se hagan cargo de dichos efectos indeseados.

Por lo anterior, la propuesta es que se elimine la indicación relativa a ***prohibir cualquier nueva explotación de derechos o de aquella parte de los mismos que no se hubiesen explotado con anterioridad a dicha declaración.***

c) Indicaciones que modifican menciones esenciales del acto constitutivo de un derecho de aprovechamiento establecidas en el artículo 149, el cual establecía en su inciso final que el derecho de aprovechamiento 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 pertinentes, cuestión que con la Reforma derechamente se procede a eliminar.

Al eliminar la anterior prevención, que actualmente se contempla en el inciso final de la norma en estudio, no se sabe cuál es la intención del Ejecutivo. ¿Quiere que los derechos se destinen a un uso específico? ¿Qué sucede con los derechos de aprovechamiento anteriores? Eliminar esta disposición afecta el derecho de propiedad y afecta gravemente a los agricultores que utilizan sus derechos consuntivos para generar energía eléctrica antes de utilizar las aguas en el riego.

Entre otras cosas, la disposición que faculta a los agricultores para utilizar sus derechos con fines hidroeléctricos antes de consumirlos en riego, es la contenida en este inciso que se elimina, ya que se señala que los titulares de los derechos de aprovechamiento pueden destinarlos a los fines que estimen pertinentes.

En síntesis, esta indicación constituye un grave atentado a la seguridad jurídica y al derecho de propiedad.

Aquello se expresa, asimismo, cuando en la Indicación se establece como nueva mención del acto de constitución del derecho, en el reformado N° 6 del artículo 149: *“El uso específico, como el dispuesto para el caso de las concesiones sobre aguas reservadas.”*

Propuesta de Modificación:

En consecuencia, se sugiere modificar la referida Indicación para los efectos de indicar lo siguiente:

El reformado N° 6 del artículo 149 debe señalar: *“El uso específico para el caso de las concesiones sobre aguas reservadas y en aquellos casos en que la ley lo disponga expresamente”,* eliminándose en consecuencia la frase *“como el dispuesto.”*

Lo anterior permite acotar la inmovilización del uso.

Con respecto al nuevo inciso final de la norma que señala: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso final del artículo 6° bis, el derecho de aprovechamiento quedará condicionado a su uso en los casos en que la ley lo disponga expresamente.”*, aquel inciso ya no sería necesario a la luz del artículo 6 fusionado propuesto en el presente informe y por lo indicado precedentemente en la propuesta del nuevo N° 6 del artículo 149.

Finalmente, se propone restablecer el actual inciso final del artículo 149 que dispone que el derecho de aprovechamiento 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 pertinentes, salvo los casos en que expresamente lo disponga la ley, como es el de las aguas reservadas para fines de subsistencia.

3) *Indefiniciones:*

Existen una serie de nuevos conceptos en las modificaciones propuestas que no tienen definición, lo cual atenta contra la seguridad jurídica y a la vez, es fuente de discrecionalidad.

a) Actualmente el artículo 17 del Código de Aguas señala:

“Los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente facultan para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, en cuyo caso el caudal se distribuirá en partes alícuotas.”.

Mediante la indicación se le agregan los siguientes incisos segundo, tercero, cuarto y quinto:

“De existir junta de vigilancia, se aplicará lo dispuesto en los artículos 266, 274 y siguientes.

Cuando no exista una junta de vigilancia que ejerza la debida jurisdicción y si la explotación de aguas superficiales por algunos usuarios ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, de oficio o a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos.

En aquellos casos en que dos o más juntas de vigilancia ejerzan jurisdicción en la totalidad de la fuente de abastecimiento, por encontrarse ésta seccionada, la Dirección General de Aguas podrá ordenar una redistribución de aguas entre las distintas secciones, cuando una de estas organizaciones se sienta perjudicada por las extracciones que otra realice y así lo solicite.

Esta medida podrá ser dejada sin efecto cuando los titulares de derechos de aprovechamiento lo soliciten o cuando, a juicio de dicha Dirección, hubieren cesado las causas que la originaron.”. (Lo destacado es nuestro).

En relación con lo anterior, se justifica que, para los efectos de que una Junta de Vigilancia que tenga como miembro una empresa Sanitaria no solicite la prorrata en absoluta posición de privilegio, teniendo en consideración lo dispuesto en el artículo 5 bis, en que se debe velar por satisfacer el consumo humano y la subsistencia, se debería precisar el concepto de “perjuicio” por parámetros objetivos, con el objeto de fundamentar aquella solicitud, eliminando en primer término de la norma la frase de cariz subjetivo “**se sienta** perjudicada” por “**sea** perjudicada”.

Dentro de otro orden de ideas, en estricto rigor no son las Juntas de Vigilancia quienes pueden ser perjudicadas por las extracción de otro titular (por regla general las organizaciones de usuarios no son dueñas de derechos de aguas ni presentan fines de lucro), sino que son los usuarios quienes la componen los susceptibles de ser afectados por un perjuicio, concepto este último de absoluto carácter patrimonial.

Lo anterior, queda de manifiesto en el inciso siguiente con el cual se cierra el artículo que señala “*Esta medida podrá ser dejada sin efecto **cuando los titulares de derechos de aprovechamiento lo soliciten** o cuando, a juicio de dicha Dirección, hubieren cesado las causas que la originaron.”*, dejando fuera la posibilidad que la Junta de Vigilancia que solicitó la redistribución por “sentirse afectada” de pie atrás con su solicitud, dejando entrever una falta de lógica en la redacción de la norma, olvidándose, asimismo, que la voluntad de la Organización de Usuarios se manifiesta a través de la asamblea.

Propuesta de Modificación:

En consecuencia se sugiere sustituir el inciso 4º del nuevo Artículo 17 por el siguiente:

*“En aquellos casos en que dos o más juntas de vigilancia ejerzan jurisdicción en la totalidad de la fuente de abastecimiento, por encontrarse ésta seccionada, la Dirección General de Aguas podrá ordenar una redistribución de aguas entre las distintas secciones, **cuando la mayoría absoluta de los miembros** de estas organizaciones sea perjudicado por las extracciones que los miembros de la otra realice y así lo solicite **mediante acuerdo adoptado en junta general extraordinaria**.”.*

Entendemos que aquellas correcciones, acotan que la posibilidad de redistribución se lleve a cabo de manera informal y abierta, favoreciendo a un solo usuario, y soluciona ciertos aspectos jurídicos en la redacción de la norma.

Conclusión.

La Indicación Sustitutiva, representa en general un cambio fundamental hacia el futuro en el sistema de otorgamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas, los cuales pasan a ser meras concesiones, perdiendo toda fortaleza y seguridad jurídica.

Por otro lado, si bien en apariencia los derechos de aprovechamiento constituidos con anterioridad se mantienen vigentes, el Estatuto Jurídico que los rige cambia por completo y se produce una desnaturalización de estos derechos.

Es posible que esta desnaturalización que se provoca solapadamente sobre los derechos vigentes de lugar a nuevas formas y decisiones discrecionales de la Administración, a la luz del nuevo régimen normativo propuesto, que incidan en la pérdida total de las facultades que el derecho actualmente presenta, impactando claramente en su condición de activo para el desarrollo de un determinado proyecto.

Los efectos en la inversión son significativos, tanto por la incerteza para llevar a cabo proyectos de mediano y largo plazo cuya actividad operacional requiera de agua, como por los efectos patrimoniales que implican derechos de aprovechamiento o “concesiones” limitadas en el tiempo, sujetos a la arbitrariedad que otorgan los plenos poderes con que se contarán los diferentes estamentos de la DGA.

Por lo anterior, entendemos que la modificaciones a la Reforma propuestas en el presente informe, apuntan a enmendar el camino, acotando los campos de discrecionalidad de la Administración, y condicionado la temporalidad de los derechos solo a una cuestión objetiva como es la construcción de la obra de captación, y no a las meras apreciaciones teóricas y subjetivas de la autoridad, en cuanto a los plazos en que un derecho real debe permanecer en el patrimonio de un titular.