

Análisis Proyecto de Ley Boletín 7543-12 que modifica el Código de Aguas

Matías Desmadryl L.

Profesor Derecho de Aguas

P. Universidad Católica de Chile

Universidad Finis Terrae

Universidad de Los Andes

Antecedentes previos

- Diagnóstico contiene problemas que no son materia de ley
- Reforma no solo no resuelve problemas, los agrava
- Algunos cambios son inconstitucionales
- La discusión debió partir en perfeccionamiento institucional y aumento presupuestario... Y no en una reforma que agrava las falencias actuales
- En cambio, las modificaciones van el sentido contrario:
 - Cambio de la naturaleza jurídica de los derechos
 - Caducidad
 - Prioridades de uso
 - Afectación de derechos existentes
 - Disminuye el rol de las Organizaciones de Usuarios de Aguas (Jtas. de Vigilancia, Asoc. de Canalistas, y Comunidades)
 - Aumento de los tiempos de tramitación ante la DGA

Estructura

- I. Diagnóstico de los problemas que enfrenta Chile en materia de aguas
- II. Cambios propuestos en Proyecto de Ley
- III. Reflexiones finales
 - I. Brecha entre diagnóstico y cambios propuestos
 - II. Falta de financiamiento de la reforma
 - III. Importantes impactos sobre la actividad económica e inversión

Estructura presentación

I. Diagnóstico de los problemas que enfrenta Chile en materia de aguas

Conclusión del Banco Mundial: marco jurídico vigente es adecuado para la gestión del recurso hídrico.

A pesar de ello, existen desafíos:

- Mejorar los sistemas de información y comunicación.
- Hacer la gestión del agua subterránea más sostenible.
- Integrar la gestión de cuencas y fomentar la participación de los grupos interesados.
- Mayor coordinación intra e inter sectorial.
- Fortalecer las organizaciones de usuarios.
- Fortalecer la DGA.
- Mejorar la resolución de los conflictos.
- Mejorar el registro público de los derechos de aguas.
- Mejorar la protección de los requerimientos hídricos para los ecosistemas y servicios asociados.
- Mejorar los mercados de aguas.
- Proteger los derechos de aguas de los grupos vulnerables.

Desafío en materia de institucionalidad

Perfeccionamiento Institucional sector de Recursos Hídricos

Mejoras utilizando el Marco Institucional actual vigente:

- Formulación de planes de desarrollo institucional.
- Desarrollo de capacidades institucionales (RH e infraestructura –sistemas de medición hidrometeorológica y de calidad de agua).
- Planes de financiamiento.
- Planes de fortalecimiento a las OUA y creación de federaciones de Juntas de Vigilancia
- Sistemas de intercambio y generación de información.
- Planes de coordinación interinstitucional.
- Mejora en los sistemas de auditoria.

Reordenamiento y/o ampliación de competencias mediante modificaciones legislativas menores sin crear nuevas instituciones:

- Fortalecimiento de las OUA.
- Transferir a la DGA todas las funciones relacionadas con el control de la calidad del agua.
- Fortalecimiento de la DGA

Desafío en materia de institucionalidad

Perfeccionamiento Institucional sector de Recursos Hídricos

Reordenamiento y/o ampliación de competencias mediante modificaciones legislativas menores sin crear nuevas instituciones:

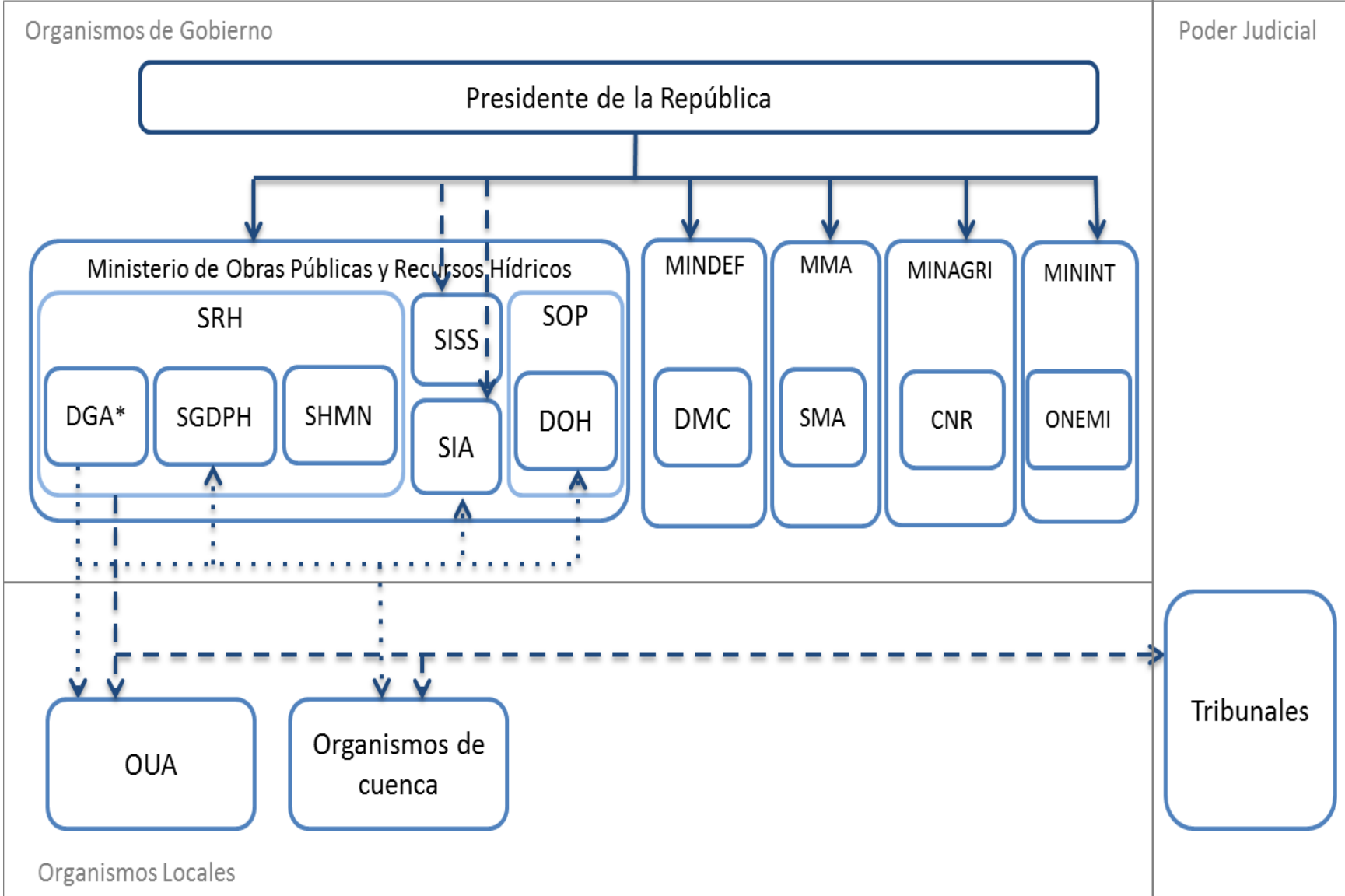
- Elaboración de reglamentos y normas para complementar el marco legal existente.
- Extensión y fortalecimiento de las funciones ejercidas por otras instituciones
- Fortalecer el CPA, poner plazos fatales al perfeccionamiento de los DAA.

Posible creación de nuevas instituciones y/o reordenamiento de funciones:

- Subsecretaría de Recursos Hídricos incorporando funciones de varias instituciones actuales.
- Comisión Nacional de Aguas, en MMA.
- Creación de una Superintendencia de aguas (fiscalización de derechos y obligaciones de los usuarios/stakeholders y fomento a los OUAs).
- Creación de Consejos de Recursos Hídricos por Cuenca.
- Servicio Hidro-meteorológico Nacional.

Mapa de posible nuevo diseño institucional

Colaboración Banco Mundial: Subsecretaría de Recursos Hídricos



Nueva Institucionalidad

Colaboración Banco Mundial

Segunda Etapa: Preparación del Plan de Desarrollo Institucional de los Recursos Hídricos de Chile

Fase 1: Acciones para la mejora institucional

Enfocado en:

- Recursos humanos de la DGA y su gestión
- Financiamiento necesario para la gestión de los recursos hídricos
- Sistema de información sobre los recursos hídricos
- Coordinación inter-institucional

Marzo 2014

Fase 2: Desarrollo de la arquitectura de la futura institucionalidad

Julio 2014

¿ EN QUE SE ENCUENTRA EL PERFECCIONAMIENTO INSTITUCIONAL... ?

Perfeccionamiento Institucional sector de Recursos Hídricos

El trabajo realizado por el Banco Mundial concluye que es necesario el fortalecimiento de la institucionalidad vigente tanto a nivel nacional como a nivel local mediante las siguientes actividades:

- (i) mejoramiento de la atención oportuna de solicitudes de terceros,
- (ii) formulación de un Plan de Financiamiento de Mediano y Largo Plazo para la Gestión de los Recursos Hídricos,
- (iii) desarrollo de la capacidad existente de recursos humanos,
- (iv) fortalecimiento de las OUA,
- (v) fortalecimiento de la coordinación ínter institucional,
- (vi) mejoramiento de la fiscalización,
- (vii) fortalecimiento de los mecanismos y sistemas para generar datos y compartir información,
- (viii) fortalecimiento del Catastro Público de Aguas (CPA)

PREGUNTA: El proyecto de ley aborda los desafíos que tiene Chile en materia de recursos hídricos ?

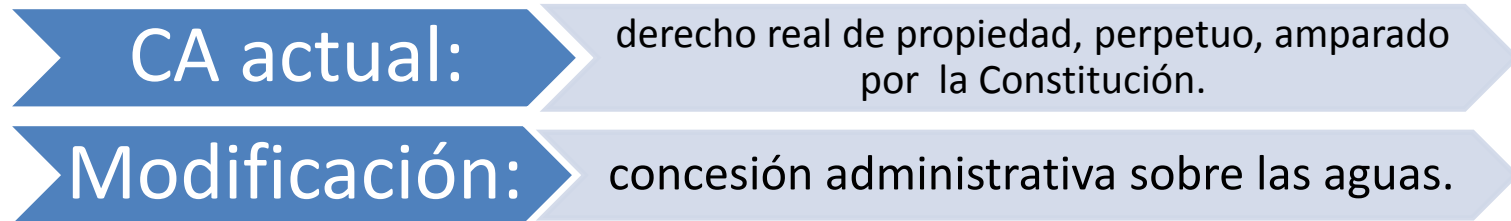
...sin embargo

PRINCIPALES TEMÁTICAS QUE INCLUYE EL PROYECTO:

- I. Modificación de la naturaleza jurídica del DAA (requiere mayores recursos)
- II. Caducidad/pérdida de los DAA (requiere mayores recursos)
- III. Restricciones al ejercicio de los DAA (requiere mayores recursos)
- IV. Limitaciones en la constitución de un DAA (requiere mayores recursos)
- V. Aguas del minero
- VI. Modificaciones al procedimiento de cobro de patentes por no uso.
- VII. Modificación a la facultad de la DGA de declarar zona de escasez (requiere mayores recursos)
- VIII. Fortalecimiento DGA (requiere mayores recursos)
- IX. Afectación DAA regularizables (requiere mayores recursos)
- X. Aplicación de caudal ecológico mínimo a derechos antiguos (requiere mayores recursos)

I. MODIFICACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DAA.

- Derecho real de propiedad v/s concesión.



- Temporalidad del DAA.
 - Concesiones se otorgan por un plazo determinado: plazo 30 años, prorrogables. **(requiere mayores recursos)**
 - Gran discrecionalidad en plazo de la concesión (art. 6 “resolución fundada”)
- Interés público
 - Los DAA se constituirán en función del interés público. **(requiere mayores recursos)**
 - Gran discrecionalidad (art. 5 “interés público”)

I. MODIFICACIÓN DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL DAA.

- Función del agua – DAA.
Categorización de los usos



- Prelación de usos.
Usos prioritarios del agua, deben prevalecer tanto en la constitución como en la limitación del ejercicio del DAA (requiere mayores recursos)

II . CADUCIDAD/PÉRDIDA DEL DAA.

- Pérdida por falta de uso de los DAA: 4 años DAA-C y 8 años DAA-NC.

(NUEVA ATRIBUCIÓN DGA = MAYORES RECURSOS).

Plazos se suspenderán durante la tramitación de permisos necesarios para construir obras, que deban ser otorgados por la DGA y/o la DOH

(solicitudes de traslado y cambio de punto de captación no suspenderán el plazo).

- Los tiempos de tramitación, en ocasiones, son muy superiores a los 4 y 8 años, respectivamente
- El traslado de DAA, trámite previo a la autorización de obras, puede tomar más de 10 años de tramitación. **EL TRASLADO NO SUSPENDE EL PLAZO**
- Caducidad por uso del DAA en un fin diverso para el que fueron otorgados, salvo autorización previa de la “autoridad competente”:
 - quién es la “autoridad competente” ?
 - afectará a derechos existentes ?
 - cuál es el sentido económico y práctico de la norma ?

(NUEVA ATRIBUCIÓN = MAYORES RECURSOS).

- Caducidad por no reducir a escritura pública Resolución DGA que constituye el DAA (plazo de 6 meses).

II . CADUCIDAD/PÉRDIDA DEL DAA.

- La concesiones, no obstante estar sujetas a plazo, quedan expuestas a una enorme discrecionalidad: Ejemplo: **LA REVISIÓN PERMANENTE DE LAS CONCESIONES**
“Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, las concesiones podrán ser objeto de revisión si es que existiere riesgo de que su aprovechamiento pueda generar una grave afectación al acuífero o la fuente superficial de donde se extrae; en caso de que se afecte la función de subsistencia; o en caso que se contravenga lo señalado en el inciso segundo del artículo 14. Esta revisión será obligatoria en el caso de los derechos de aprovechamiento no consuntivos, con caudales superiores a 10 metros cúbicos por segundo” (inciso cuarto, art. 6).

La pregunta que corresponde hacer es: **para qué entonces existe la reducción a prorrata de los derechos, el SEIA, el caudal ecológico mínimo, las reservas ambientales, entre otras herramientas de que dispone la DGA, para ajustar el ejercicio de TODOS los derechos a la sustentabilidad de la fuente ??**

III. RESTRICCIONES AL EJERCICIO DE LOS DAA.

- **Reducción temporal de DAA subterráneas**

- Se puede decretar de oficio o a petición de parte.
- Puede afectar una parte o todo el acuífero.
- Se aplica prelación de usos. (NUEVA ATRIBUCIÓN DGA = MAYORES RECURSOS).

La herramienta es positiva, pero está mal diseñada

PREGUNTAS:

En dónde constará el uso asociado al derecho ?

Se va a privilegiar la “preservación ecosistémica” antes de la producción de alimentos, la energía, etc ?

Qué entenderemos por preservación ecosistémica ?

- **Prohibición de explotación de aguas subterráneas (art 67 inc. segundo).**

- Impedimento de usar DAA constituidos anteriormente que no se hayan explotado antes de declaración de zona de prohibición. (NUEVA ATRIBUCIÓN DGA = MAYORES RECURSOS).
- Vicios de inconstitucionalidad por afectar derechos existentes

III. RESTRICCIONES AL EJERCICIO DE LOS DAA.

- **Redistribución de aguas superficiales (art 17)**
 - En casos donde exista seccionamiento de ríos y Juntas de Vigilancia constituidas, “cualquiera que se sienta afectado” podrá pedir la redistribución de las aguas (NUEVA ATRIBUCIÓN DGA = MAYORES RECURSOS).
 - **Defectos de la norma propuesta:**
 - Esta medida afecta el derecho de propiedad, es inconstitucional
 - **Elimina** el rol que le corresponde a las Juntas de Vigilancia
 - Quién es el legitimado para pedirla (“cualquiera que se sienta afectado”)
 - Es contrario al seccionamiento que la misma DGA ha aplicado
 - No fija criterios ni requisitos.
 - Revisar aplicación del art. 314.
- **Cambio de fuente de abastecimiento (art 158)**
 - Grave error: el cambio de fuente no es entre cuencas distintas, eso es un NUEVO DERECHO.
 - Se condiciona al “interés público”.
- **Reducción temporal de DAA superficiales (art. 17 y 314)**
 - Buena medida.
 - Precisar la aplicación de prelación de uso (NUEVA ATRIBUCIÓN DGA = MAYORES RECURSOS).

IV. LIMITACIONES EN LA CONSTITUCIÓN DE UN DAA.

- Se amplía la discrecionalidad: conceptos indeterminados que permiten denegar una concesión por cualquier causa.
- En función del “interés público” (art 5 inc. tercero): **(NUEVA ATRIBUCIÓN DGA = MAYORES RECURSOS)**.
 - “Para estos efectos, se entenderá por interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera y las actividades productivas”.
 - Cómo se aplicará este requisito, si es que es un deber de la Autoridad cumplir en forma previa con la aplicación de la normativa (reservas, caudal ecológico, prohibición y restricción de acuíferos, etc.)
- Impedimento de constitución de DAA sobre glaciares: buena medida, pero innecesaria
- DAA afectos a un uso determinado:
 - Con esto se elimina el mercado.
 - Habrá una sub clasificación de “usos productivos” ?
 - Quién y bajo qué procedimiento la Autoridad deberá aprobar el cambio de uso (art 6 bis inc. 5)
 - Se debe precisar aplicación de la caducidad de concesiones otorgadas con cargo a una reserva vs concesiones “normales”.
- Prelación de usos afecta el otorgamiento y ejercicio.

IV. LIMITACIONES EN LA CONSTITUCIÓN DE UN DAA.

- Se incorpora potestad a la DGA para denegar **sin expresión de causa** (art 147 bis inc. 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**”.
- Se amplía la facultad para efectuar reservas de aguas: **(NUEVA ATRIBUCIÓN DGA = MAYORES RECURSOS)**.
 - *“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””.*
- DAA subterráneos provisionales no podrán ser transformados en definitivos.
- Prohibición de otorgamiento de DAA en áreas protegidas Parques Nacionales y Reservas de Región Virgen.

V. AGUAS DEL MINERO

A partir de modificaciones propuestas por parlamentarios se modifican las aguas del minero (art. 56 inc. 2), estableciendo:

- **Obligación del minero de informar a la DGA**
- **Autorización previa de la DGA para su aprovechamiento**

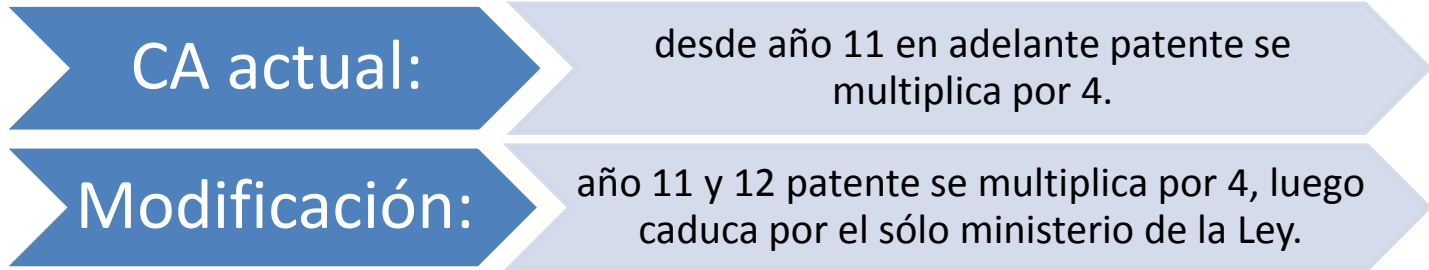
- **Problema inexistente:**
 - Actividad minera: 3% uso consuntivo a nivel nacional
 - Aguas del minero: -9% (del 3% nivel global)
 - En el SEIA se evalúa en detalle potenciales impactos por “aguas del minero”.
 - **Conclusión:** las “aguas del minero” no son la fuente de aguas de la minería.

- **Errores de la modificación:**
 - Sujetar el aprovechamiento de las “aguas del minero” a la autorización previa DGA podría acarrear serios problemas de seguridad y operacionales (derrumbes, contaminación de aguas, entre otros).
 - Los tiempos de respuesta de la DGA agravan lo anterior.
 - Esta eventual autorización previa de la DGA podría ir en contra de lo evaluado y aprobado ambientalmente (RCA, medidas de compensación/mitigación).
 - Cualquier nuevo análisis de sustentabilidad y afectación a derechos de terceros conlleva estudios complejos y costosos.

Qué pasará con la operación del proyecto minero mientras dure la evaluación que haga la DGA, si este análisis no solo no tiene plazo, sino es esperable pueda tomar meses o años??

VI. MODIFICACIÓN PROCEDIMIENTO COBRO PATENTES POR NO USO.

- Se aumentan los montos.



- Derechos constituidos con anterioridad a la ley, quedarán expuestos a su extinción luego de 4 u 8 años (DAA C – DAA NC) desde entrada en vigencia (art 129 bis 4).
- Plazos se suspenderán durante la tramitación de los permisos necesarios para construir las obras, que deban ser otorgados por la DGA y/o la DOH.
- Problemas:
 - El traslado de los derechos, trámite previo a la aprobación de obras, puede demorar largo tiempo (10 años o más, y no depende del solicitante).
 - Esta modificación no se ajusta a los tiempos de tramitación de proyectos de energía, grandes obras de riego, entre otros.

VI. MODIFICACIÓN PROCEDIMIENTO COBRO PATENTES POR NO USO.

- Se deja exentos del pago de patentes a los Comités de Agua Potable Rural.
- Se facilita el trámite de cobranza que lleva a cabo Tesorería, y con ello se facilita la ejecución de los remates por no pago de la patente.

VI. MODIFICACIÓN A LA FACULTAD DE LA DGA DE DECLARAR ZONA DE ESCASEZ HÍDRICA (NUEVA ATRIBUCIÓN DGA = MAYORES RECURSOS).

- No es necesaria falta de acuerdo de usuarios para intervenir. Manifestación clara que **la reforma debilita a las Organizaciones de Usuarios**
- La DGA podrá suspender facultades de Juntas de Vigilancia y eliminar seccionamientos.
- Aplicación de prelación de usos.
- Se elimina derecho a indemnización.

VIII. FORTALECIMIENTO DE LA DGA (NUEVA ATRIBUCIÓN DGA = MAYORES RECURSOS)

- Facultad para exigir sistema de control de extracción de aguas y requerir información que se obtenga.
- Se medirán caudales y niveles freáticos.

IX. AFECTACIÓN DAA REGULARIZABLES (NUEVA ATRIBUCIÓN DGA = MAYORES RECURSOS).

- Se desnaturaliza la regularización como institución de reconocimiento de derechos de aprovechamiento de aguas, los cuales cuentan con reconocimiento constitucional: ya no son derechos, sino “*usos actuales de aguas*”
- Los derechos sujetos a regularización ascienden a cerca de 300.000 (ver Info. Bco Mundial 2011). Esto afectará en un 99% a los agricultores, los cuales representan un 80% del uso del agua en Chile.
- Ahora el procedimiento se llevará a cabo ante la DGA, por lo que el procedimiento judicial que se lleva a cabo ante los tribunales es remplazado por un procedimiento administrativo.
- Se sija un plazo de cinco años, contado desde la entrada en vigencia de la modificación, para la presentación de solicitudes de regularización de DAA.
- Los titulares de derechos que no hayan presentado la respectiva solicitud dentro del plazo señalado, perderán la posibilidad de hacerlo.

X. APLICACIÓN DE CAUDAL ECOLÓGICO MÍNIMO A DAA ANTIGUOS (NUEVA ATRIBUCIÓN DGA = MAYORES RECURSOS).

- Se aplicará el caudal ecológico mínimo a los DAA constituidos con anterioridad al 2002, en los siguientes casos:
 1. Traslado de un DAA;
 2. DAA superficiales que se aprovechen en base a una obra mayor (art 294 letras a, b, y c;
 3. DAA constituidos en áreas en que el Ministerio del Medio Ambiente informe que existe un ecosistema amenazado, degradado o un sitio prioritario y en las áreas declaradas bajo protección oficial de la biodiversidad.
- Se exceptúa de la aplicación del caudal ecológico mínimo a los pequeños productores agrícolas:
 - Por qué eximir solo a “pequeños productores agrícolas”
 - Cuál es la razón para esta distinción ? Qué pasará con los APR, usuarios indígenas, etc. ?

III. Reflexiones finales

- **Existen cambios positivos:** reducción a prorrata de derechos superficiales, prioridad de uso humano, cambios en sistema de cobro de patentes, mayores atribuciones DGA en control de extracciones de aguas en fuentes naturales superficiales y subterráneas.
- Sin embargo, los problemas que afectan el AGUA en Chile no son materia de ley: **ver Informe Banco Mundial**
- La preocupación está puesta en la constitución de los derechos/concesiones, cuando la disponibilidad es muy limitada: no tiene sentido.
- El gran déficit es dotar a la Autoridad de los recursos necesarios para cumplir con su rol, y el perfeccionamiento de la institucionalidad vigente
- Diversos cambios no se ajustan a la realidad, agravarán los problemas de tramitación existentes, y finalmente, impedirán inversión en sector agro industrial, energía hidroeléctrica, y minería.
- Se debilita fuertemente el rol de las Organizaciones de Usuarios: en su reemplazo, el Estado asume funciones que éstas han ejercido desde el siglo XIX
- Vicios de inconstitucionalidad en diversas normas que afectan derechos pre existentes.
- Existen numerosos conceptos indeterminados cuya aplicación generará una enorme falta de certeza jurídica
- Incertidumbre sobre el estatuto jurídico aplicable a derechos antiguos.
- Restringe – elimina el mercado de los DAA.
- Irretroactividad de diversas disposiciones legales.