

**Observaciones del Consejo Minero al proyecto de ley de reforma al Código de Aguas
bajo análisis en la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado
(Boletín 7543-12)**

Junio 2020

1. Introducción

El Consejo Minero ha expuesto en prácticamente todas las comisiones en las que se ha tramitado la reforma al Código de Aguas. Esto se debe a que el agua es esencial para los procesos mineros, no obstante el sector sólo consume el 3% del agua continental del país y ni siquiera en las regiones del norte su participación en el consumo es relevante, con la única excepción de Antofagasta, que a su vez es la región con la mayor sustitución de agua continental por agua de mar.

Las observaciones que planteamos en comisiones legislativas anteriores apuntaban a mejorar la claridad y precisión de las normas, apoyando los objetivos de priorizar el consumo humano, el saneamiento y la subsistencia, y de proteger las fuentes de agua, entre ellas los glaciares. Un tema particular para nuestro sector en el que hemos manifestado preocupación es el de las “aguas del minero”, que si bien está quedando con una norma perfectible, entendemos que está fuera de las materias que tiene contemplado revisar esta Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. Entre los temas que sí serían de interés de la Comisión está la extinción por no uso, respecto del cual hemos señalado en instancias legislativas previas que *“en caso de despejarse las dudas de constitucionalidad, no vemos problemas en que se establezca una extinción de derechos por no uso, manteniendo la objetividad en la calificación de no uso”*. Otra materia que sería de interés de esta Comisión es el otorgamiento de concesiones con plazos definidos y sobre ella nuestra preocupación no ha estado en la figura de la limitación temporal, sino en las reglas de renovación. Un tercer tema de debate serían los cambios de uso de derechos de agua y al respecto hemos hecho ver la necesidad de mantener una consistencia con el SEIA. Finalmente están las indemnizaciones ante la limitación al ejercicio de derechos de aprovechamiento en casos de sequía, frente a lo cual hemos sugerido mayor precisión en la norma.

Antes de entrar en materia es pertinente hacer un comentario general del proyecto de ley. Vemos con preocupación que en esta tramitación de más de 9 años no se haya logrado un consenso amplio sobre su contenido. Los debates han estado marcados por visiones con alta carga ideológica, más que por la búsqueda de mejoras en el funcionamiento del sistema regulatorio del agua, provenientes de diagnósticos fundados. Se echa de menos propuestas para aumentar el volumen de agua disponible en las cuencas, tales como nuevas fórmulas para impulsar la construcción de embalses y obras de trasvase de cuencas.

El debate excesivamente prolongado ha dado paso a reformas legales paralelas (Ley N°21.064) y cruces con otros proyectos de ley (glaciares, cambio climático, impulso a la inversión y

biodiversidad), con el riesgo de duplicaciones o inconsistencias normativas. También ha dado origen a un texto de reforma cada vez más complejo, que representará un serio desafío de comprensión y aplicación. A lo largo de la tramitación se han ido añadiendo adjetivos, criterios y normas de carácter programático que no contribuyen a dar claridad a regulados y reguladores. Es una ley de más de 300 artículos permanentes y 13 transitorios a la que se le suman una veintena de artículos e incisos y otros 17 artículos transitorios. Para dar una idea de la complejidad, el texto comparado con el que está trabajando la Comisión tiene 424 páginas. En suma, se trata de un enorme esfuerzo legislativo, principalmente para los mismos poderes colegisladores, pero además para los representantes de ONGs, academia, sectores productivos y sociedad civil que han participado en el debate, quienes tememos no se sentirán satisfechos cuando llegue el momento de aplicar esta compleja reforma.

En consistencia con lo anterior, nuestras sugerencias siguen apuntando a dar mayor claridad –a través de la simplificación más que el abultamiento del articulado– en las materias que la Comisión ha señalado serán objeto de su estudio y votación.

2. Análisis y recomendaciones

De acuerdo al seguimiento que hemos hecho del debate en la Comisión, los temas de interés estarían principalmente en los artículos 6° y 6° bis del proyecto, más una norma de indemnizaciones del artículo 314. Para abordar dichas materias utilizaremos dos criterios mencionados por los expertos que han expuesto ante el Congreso y que parecieran generar consenso respecto a su utilidad para dirimir las cuestiones de constitucionalidad: las limitaciones al acceso y al ejercicio de la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento (DAA) se justifican en la medida que sean *razonables y previsibles*.

2.1 Otorgamiento de DAA

El nuevo inciso segundo del artículo 6° señala que los DAA originados en una concesión se otorgarán por 30 años de conformidad con los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento y/o de sustentabilidad del acuífero, y de hacerlo por un plazo menor, la autoridad deberá fundar su decisión. El problema con esta norma es que las reglas de otorgamiento de un DAA ya están en el artículo 147 bis, el que si bien también alude a los criterios de disponibilidad y sustentabilidad, incluye otros adicionales.

Para las fuentes superficiales, el inciso cuarto del artículo 147 bis establece: “*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*”.

Para aguas subterráneas, el inciso quinto del artículo 147 bis dispone: “*procederá la constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas, siempre que la explotación del respectivo acuífero sea la apropiada para su sustentabilidad, conservación y protección en el largo plazo*”. Como se aprecia, esto excede el solo criterio de “sustentabilidad” del artículo 6°, sin que

se entienda la implicancia o el aporte de tener además los criterios de “conservación y protección en el largo plazo”.

Así, vemos que existen dos normas distintas e imprecisas sobre algo tan esencial para el derecho de propiedad como es el acceso a la titularidad de un DAA, sin una conexión explícita entre ambas, lo que introduce una relevante incertidumbre sobre cuál debe aplicarse, impidiendo que la regla sea *previsible*.

Nuestra sugerencia es modificar el inciso segundo del artículo 6° para aclarar que los DAA se otorgarán por 30 años, de acuerdo a los criterios establecidos en el artículo 147 bis, y de hacerlo por un plazo menor la DGA deberá fundar su decisión en esos mismos criterios. Además, recomendamos modificar el artículo 147 bis, dejando para las aguas subterráneas solo el criterio de “sustentabilidad”, eliminando los criterios de “conservación y protección en el largo plazo”.

2.2 Prórroga de DAA

El artículo 6° en su nuevo inciso tercero establece que la duración de un DAA se prorrogará, a menos que la DGA acredite el no uso efectivo del recurso. Hasta acá está todo claro porque incluso se especifica que el criterio de no uso es el del artículo 129 bis 9 (existencia de obras). El problema surge porque adicionalmente se estipula que la prórroga se dará en consideración a “*los criterios de sustentabilidad de la fuente de abastecimiento*”, dando a entender que la prórroga de un DAA podría ser evaluada por la DGA tal como si se tratara de un nuevo DAA y por lo tanto con una importante probabilidad de no otorgarla. Con esto se debilitaría enormemente la certeza sobre la titularidad de un DAA al acercarse el plazo por el que fue otorgado y desaparecería el incentivo a nuevas inversiones que dependen de la disponibilidad de agua. Además, evaluar una prórroga como si se tratara de un nuevo DAA es contradictorio con un DAA otorgado originalmente a 30 años, pues si así fue es porque la DGA no pudo justificar otorgarlo por un plazo menor, reconociendo condiciones para que sea de duración indefinida (que no es lo mismo que perpetuo, tal como se muestra a continuación).

Para que los límites a la duración de un DAA sean *razonables* y *previsibles*, nuestras recomendaciones son: (a) si el DAA fue anteriormente otorgado a 30 años, la única condición para prorrogarlo debería ser que se encuentre en uso, y los criterios de disponibilidad y sustentabilidad del artículo 147 bis determinarían si se justifica que la prórroga sea por un nuevo período de menos de 30 años; (b) si el DAA fue anteriormente otorgado por menos de 30 años, además de verificar que se encuentre en uso, la decisión de prorrogarlo debería ser equivalente a la asignación de un nuevo DAA, siempre con los criterios de artículo 147 bis.

2.3 Límites al ejercicio de DAA

El nuevo inciso quinto del artículo 6° establece: “*de existir riesgo de que su aprovechamiento pueda generar una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae o, en caso de que este riesgo se haya materializado, la Dirección podrá limitar o suspender su ejercicio*”. Vemos dos problemas con este inciso.

- No se entiende cómo convive con los artículos 17 y 62. El artículo 17 señala que cuando la fuente de abastecimiento no contiene la cantidad suficiente para satisfacer los DAA en su integridad, el caudal se distribuirá en partes alícuotas. El artículo 62 opera en el mismo sentido para aguas subterráneas, al señalar que si su explotación produce una degradación del acuífero al punto que afecte su sustentabilidad, la DGA deberá limitar el ejercicio de los DAA, a prorrata de ellos. Estos dos artículos son los que habitualmente se han usado en caso de falta de agua en ríos y acuíferos, y parten de la base de que ningún DAA en particular es responsable de la falta de agua, sino que es un fenómeno colectivo de menor disponibilidad en relación a los DAA otorgados, siendo apropiado reducir las extracciones de todos en forma proporcional. En cambio, el nuevo inciso quinto del artículo 6° le atribuye a un DAA en particular la falta de agua y consecuentemente a él se le limitaría la extracción. Dado que en la práctica es imposible determinar qué DAA es el responsable de la falta de agua, no se sabe cómo la DGA podría aplicar esta norma, convirtiéndola en una limitación *imprevisible* al ejercicio de la propiedad de un DAA. Esa limitación tampoco sería *razonable* porque ya existen otras normas (artículos 17 y 62) que permiten restringir el ejercicio de los DAA ante la falta de agua.
- Observamos el mismo problema de imprecisión en los criterios que hemos señalado en párrafos anteriores. No se sabe si cuando el nuevo inciso quinto del artículo 6° se refiere a un riesgo de generar una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial, o una materialización de ese riesgo, debe entenderse lo mismo o algo distinto de los artículos 17 y 62 cuando se refieren, respectivamente, a una insuficiencia de la fuente de abastecimiento para satisfacer los DAA y a una degradación del acuífero al punto que afecte su sustentabilidad. Estimamos que algo sensible como la limitación al ejercicio de DAA debería estar sujeta a reglas más claras.

El nuevo inciso sexto del mismo artículo 6° introduce una complicación adicional. Señala que para ponderar el riesgo de que el ejercicio de un DAA pueda generar una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial, se considerará especialmente el resguardo de las funciones de subsistencia, consumo humano, saneamiento y preservación ecosistémica, “*de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5° bis*”. Pero resulta que el artículo 5 bis es claro al priorizar el uso del agua para el consumo humano, de subsistencia y saneamiento, y en ningún caso prioriza la preservación ecosistémica. De hecho, su inciso cuarto señala que “*la autoridad deberá siempre velar por la armonía y el equilibrio entre la función de preservación ecosistémica y la función productiva que cumplen las aguas*”. Entonces, del inciso sexto del artículo 6° no se sabría si al limitar el ejercicio de un DAA la DGA tiene que considerar la preservación ecosistémica con prioridad frente al uso del agua para funciones productivas, o ambas con la misma importancia.

En suma, vemos varias imprecisiones en los nuevos incisos quinto y sexto del artículo 6°, que no aportan limitaciones *razonables* y *previsibles* al ejercicio de DAA por sobre las que ya ofrecen los artículos 17 y 62, de modo que recomendamos no incluir en la reforma dichos incisos nuevos del artículo 6°.

2.4 Límites al cambio de uso

Los primeros cuatro incisos del nuevo artículo 6° bis abordan la extinción por no uso, respecto de lo cual no vemos problemas de imprecisión, más allá de las preferencias que unos y otros puedan tener frente a una norma de este tipo. A su vez, el inciso quinto establece la obligación de informar los cambios de uso de DAA, lo que tampoco nos merece reparos.

Nuestras observaciones están en el inciso sexto, que faculta a la DGA a limitar o suspender el ejercicio de un DAA si constata que el cambio de uso produce una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae.

- Tal como está planteado este inciso sexto, no se sabe qué razones asociadas al cambio de uso justificarían limitar o suspender el ejercicio de un DAA. En la discusión del proyecto se ha hecho ver que algunos cambios de uso llevan a aumentos en la intensidad de explotación de un DAA (no es lo mismo extraer 10 litros por segundo 8 horas al día que 12 horas al día). Pero también ha estado presente una crítica al cambio de uso en sí, a partir de opiniones contrarias a la transferibilidad de DAA. En nuestra opinión, para asegurar que la facultad de limitar el ejercicio de un DAA se basa en una causa *razonable*, se debería aclarar que ella se puede ejercer previa constatación de un aumento en la intensidad de explotación respecto al uso que tenía anteriormente.
- Precisar la facultad de la DGA es relevante para preservar la posibilidad de cambiar el uso del agua hacia actividades donde es más productiva. La incertidumbre para los titulares de DAA frente a una discrecionalidad excesiva de la DGA impediría realizar inversiones en actividades productivas que requieren agua y sólo pueden acceder a ella cambiando el uso de DAA existentes, ante el hecho cada vez más habitual de indisponibilidad de nuevos DAA.
- Por otra parte, el inciso sexto no sólo permite limitar sino también suspender el ejercicio de un DAA, lo que puede dar origen a una carga desproporcionada frente al fenómeno de aumento de intensidad de explotación antes descrito. Así, vemos adecuado precisar la facultad de la DGA para que sólo pueda limitar el ejercicio de un DAA hasta dejarlo con las mismas condiciones de explotación que tenía antes del cambio de uso.

En concreto, de acuerdo a lo anterior recomendamos modificar el inciso sexto del artículo 6° bis, aclarando que se faculta a la DGA a limitar el ejercicio de un DAA si constata que el cambio de uso produce un aumento en la intensidad de aprovechamiento y a raíz de ello una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae. Además, aclarar que esa limitación no podrá menoscabar las condiciones de explotación que tenía el DAA antes del cambio de uso.

2.5 Indemnizaciones bajo escenarios de sequía

El artículo 314, con los cambios que se le están introduciendo, establece que en caso de sequía la DGA podrá exigir a las Juntas de Vigilancia presentar acuerdos de redistribución de agua entre los

usuarios de la cuenca, prevaleciendo los usos para el consumo humano, de subsistencia y el saneamiento. En caso de ineficacia de las Juntas, la DGA podrá redistribuir directamente.

El texto vigente del Código añade que si producto de la redistribución un titular de DAA recibe menor proporción de aguas que la que le correspondería, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco. Al respecto, la reforma modifica el nuevo inciso noveno señalando que *“no tendrán derecho a esta indemnización quienes recibieren una menor proporción de agua a consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en los incisos cuarto y sexto de este artículo”*. El inciso cuarto se refiere al caso en que hay acuerdo en las Juntas de Vigilancia y el sexto al caso en que la DGA debe redistribuir directamente por ineficacia de las Juntas.

La inclusión de casos que no dan origen a indemnización ha provocado un debate con distintos argumentos, incluyendo el de la improcedencia total de indemnizar cuando el Estado ha entregado en forma gratuita los DAA. No compartimos este argumento porque lo que se indemnizaría es el daño patrimonial efectivo de una limitación al ejercicio de un DAA, el que puede estar asociado a actividades productivas que requirieron inversiones y respecto de las cuales se espera un retorno económico. Es decir, se podrá discutir el monto concreto de la indemnización y el haber pagado o no por un DAA puede entrar en el cálculo, pero si algunos tipos de limitación al ejercicio de un DAA generan daño patrimonial a quienes invirtieron en actividades productivas que utilizan el agua, no vemos razones para descartar de plano la indemnización.

Entrando al análisis de los casos específicos que no darían derecho a indemnización, a nuestro juicio el que tiene sustento es cuando los titulares de DAA reciben una menor proporción de agua por la redistribución para asegurar el consumo humano, de subsistencia y el saneamiento. Una justificación de simple coherencia para esto es que los artículos 17 y 62 que limitan las extracciones ante la falta de agua, también contemplan la priorización del consumo humano, de subsistencia y el saneamiento, sin derecho a indemnización, porque se ha entendido como una carga regulatoria asociada a la función social del agua.

A su vez, estimamos que sí tendrían derecho a indemnización los titulares que reciben de la DGA una menor proporción de agua comparada con la de otros titulares que no son beneficiarios de la priorización por consumo humano, de subsistencia y el saneamiento.

Como puede verse, esta distinción de casos con y sin derecho a indemnización no coincide con el proyecto de ley, que propone no dar derecho a indemnización en las situaciones de los incisos cuarto y sexto del artículo 314, esto es, cuando hay acuerdo en las Juntas de Vigilancia y cuando la DGA redistribuye directamente el agua por ineficacia de las Juntas.

En definitiva, estimamos que la forma más clara de abordar el tema no es haciendo referencia a otros incisos del artículo 314, sino con una modificación al mismo inciso vigente sobre derecho a indemnización, que con la reforma pasa a ser el noveno, dejándolo de la siguiente forma: *“Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, excluidas las que se redistribuyan para asegurar el*

consumo humano, de subsistencia y el saneamiento, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco.”

3. Resumen

Durante la tramitación de la reforma al Código de Aguas hemos tenido la oportunidad de participar en distintas comisiones legislativas de ambas cámaras, entregando observaciones para mejorar la claridad y precisión de las normas, alineadas con los objetivos de priorizar el consumo humano, el saneamiento y la subsistencia, y de proteger las fuentes de agua, entre ellas los glaciares.

De igual forma hemos querido aportar nuestras observaciones a la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado, en las materias concretas que están bajo análisis con foco en la constitucionalidad.

Con ese marco acotado y sin cuestionar los cambios doctrinarios que plantea el proyecto de ley, nuestras observaciones, tal como en las instancias legislativas anteriores, se traducen en sugerencias que buscan dar mayor claridad y precisión a las normas. A continuación se resumen esas sugerencias al texto que está revisado la aludida Comisión:

- Para el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas (DAA), recomendamos modificar el inciso segundo del artículo 6°, especificando que los DAA se otorgarán por 30 años de acuerdo a los criterios establecidos en el artículo 147 bis, y de hacerlo por un plazo menor la DGA deberá fundar su decisión en esos mismos criterios. Además sugerimos modificar el artículo 147 bis, dejando para las aguas subterráneas sólo el criterio de “sustentabilidad”, eliminando los criterios de “conservación y protección en el largo plazo”.
- Para la prórroga de DAA, nuestras recomendaciones son: (a) si el DAA fue anteriormente otorgado a 30 años, la condición para prorrogar debería ser que se encuentre en uso y los criterios de disponibilidad o sustentabilidad del artículo 147 bis deberían determinar si se justifica que la prórroga sea por un nuevo período de menos de 30 años; (b) si el DAA fue anteriormente otorgado por menos de 30 años, además de verificar que se encuentre en uso, la decisión de prorrogarlo debería ser equivalente a la asignación de una nuevo DAA, siempre con los criterios de artículo 147 bis.
- Para los límites al ejercicio de DAA, proponemos no considerar los nuevos incisos quinto y sexto del artículo 6°, dada la mayor robustez que ofrecen los artículos 17 y 62 sobre reducción a prorrata en caso de falta de agua para satisfacer los DAA.
- Para los límites al cambio de uso de DAA, recomendamos modificar el inciso sexto del artículo 6° bis, aclarando que se faculta a la DGA a limitar el ejercicio de un DAA si constata que el cambio de uso produce un aumento en la intensidad de aprovechamiento y a raíz de ello una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae. Además, aclarar que esa limitación no podrá menoscabar las condiciones de explotación que tenía el DAA antes del cambio de uso.

- Finalmente, para las indemnizaciones bajo escenarios de sequía, estimamos que la mayor claridad se logra modificando el que ahora pasa a ser el noveno inciso, con un texto que señale que tendrán derecho a ser indemnizados los titulares de DAA que reciban menor proporción de aguas que la que les correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, excluidas las que se redistribuyan para asegurar el consumo humano, de subsistencia y el saneamiento.