

JUNTA DE VIGILANCIA DEL RIO MAIPO

AVDA. LUIS THAYER OJEDA 0115, OF.306 – 3er. PISO

PROVIDENCIA - SANTIAGO

FONOS: (02) 3339315 - 2329119

juntavigilancia@tie.cl

Santiago 3 de noviembre de 2014

Señor Diputado
Don Luis Lemus Aracena
Presidente
Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación
Cámara de Diputados
Congreso Nacional de Chile
Presente

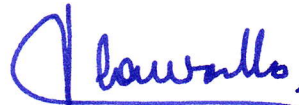
Ref: Observaciones a la Indicación
Sustitutiva que reforma el Código de aguas

De mi consideración:

En reunión realizada por la Comisión de la Cámara de Diputados que Ud. preside, efectuada el día miércoles 22 de octubre, cuya invitación aprovecho de agradecer a Ud. una vez más, adquirí el compromiso de dar a conocer a esa Comisión la opinión tanto mía como de esta Junta de Vigilancia, en relación con el Proyecto de Ley de la referencia. En efecto, debido al corto plazo con que contamos para exponer un análisis más completo de dicho proyecto, no fue posible realizarlo el mismo día, por lo que preferí enviar a Ud. en los días siguientes un documento que lo contenga.

En razón de lo anterior me es grato adjuntar a Ud. el documento mencionado.

Sin otro particular, lo saluda atentamente,



Javier Carvalho de Saint Quentin
Ingeniero Civil
Juez de Aguas del Río Maipo

OBSERVACIONES DE LA JUNTA DE VIGILANCIA DEL RÍO
MAIPO, PRIMERA SECCIÓN A LA INDICACIÓN
SUSTITUTIVA AL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL
CÓDIGO DE AGUAS Nº 459-362 (BOLETÍN 7543-2012)

Tabla de contenido

1. Respecto a los derechos de aprovechamiento constituidos bajo la vigencia del actual Código de Aguas.....	3
1.1. Limitaciones y restricciones al ejercicio de los DAA antiguos que, en virtud de la Indicación, se disponen en razón del interés público.....	4
1.1.1. Hipótesis del artículo 17 de la Indicación: para aquellos casos de los cauces naturales que no son administrados por una Organización de Usuarios (Artículo Único Primero N°8 de la Indicación).	4
1.1.2. Hipótesis del artículo 62 de la Indicación: Este artículo dispone: “Si la explotación de aguas subterráneas produce una degradación del acuífero o parte del mismo, al punto que afecte su sustentabilidad, la Dirección General de Aguas podrá limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, en la zona degradada, a prorrata de ellos, de conformidad a sus atribuciones legales.”	5
1.1.3. Hipótesis del artículo 314 de la indicación. Regula aquellos casos de cauces naturales en los que es declarada la zona de escasez y existe una Junta de Vigilancia constituida.....	6
1.2. Caducidad de los DAA antiguos.	6
1.3. Derogación de antiguos inciso 1º y 2º del artículo 6º.....	7
2. Cuestión de viabilidad Constitucional respecto de los DAA antiguos.	9
3. Derechos de Aprovechamiento de Aguas Nuevos (DAA nuevos).	10
3.1. Cambio de naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento de aguas: De un derecho real pasaría ser una concesión.....	11
3.2. Las concesiones de DAA se otorgarán en función del interés público, cuya aplicación queda entregada a la Administración.....	11
3.3. Caducidad de los nuevos DAA.	12
4. Otras observaciones al articulado.	13
4.1. En el nuevo artículo 5º bis (artículo Único, número 3) :.....	13
4.2. Nuevo artículo 5º ter que dispone:	13
4.3. En el nuevo inciso 2º que se introduce al artículo 63 (Artículo Único número 15 de la indicación)	14
4.4. Nuevo texto del artículo 68. (Artículo Único Número 18).....	14
4.5. Nuevo artículo Único, número 38, que modifica el inciso 1º del artículo 151, estableciendo en la Ley el uso del Datum WGS 84.	14
4.6. Artículo Único, número 41 de la indicación que modifica el artículo 189.....	14
5. Propuestas de la Indicación con las que sí está de acuerdo esta Junta de Vigilancia. .	15
6. Materias que quedaron fuera de la Indicación y que debiesen ser reguladas.	15
7. Conclusiones.	17

OBSERVACIONES DE LA JUNTA DE VIGILANCIA DEL RÍO MAIPO, PRIMERA SECCIÓN A LA INDICACIÓN SUSTITUTIVA AL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS
Nº 459-362 (BOLETÍN 7543-2012)

1. Respecto a los derechos de aprovechamiento constituidos bajo la vigencia del actual Código de Aguas.

La Indicación Sustitutiva 459-362 (en adelante la Indicación) regula la aplicación de la normativa propuesta a los Derechos de Aprovechamiento de Aguas constituidos con anterioridad a su entrada en vigencia (DAA antiguos en adelante) en su artículo Primero Transitorio, que establece:

“Los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de esta ley, seguirán estando vigentes.

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.”

Asimismo, la situación de los DAA antiguos debe concordarse con lo establecido en el artículo único de la Indicación número 4) de la Indicación, que señala:

4) Sustitúyense los incisos primero y segundo del artículo 6° por los siguientes:

“Artículo 6°.- El derecho de aprovechamiento recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas, de conformidad a las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código. Este derecho se origina en virtud de una concesión o por el solo ministerio de la ley.

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 de la fuente de abastecimiento o de sustentabilidad 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 siempre se prorrogará, a menos que la Dirección General de Aguas acredite el no uso efectivo del recurso. La prórroga sólo se hará efectiva en la parte utilizada de las aguas.”.

De estas normas es posible inferir lo siguiente:

- En su ejercicio, los derechos antiguos quedarán sujetos a nuevas limitaciones y restricciones, que en función del interés público establece la Indicación.
- A *contrario sensu* de lo establecido en la parte final del nuevo artículo Primero Transitorio la caducidad por no uso establecida en el nuevo artículo 129 bis cuatro es aplicable a los DAA antiguos, con excepción de los derechos no consuntivos constituidos de la Región XI a XV, ambas incluidas, los que permanecerán estando vigentes, pese a no ser utilizados.
- Finalmente, al ser sustituido el inciso segundo del artículo 6º del actual Código de Aguas, se deroga por la vía legal la facultad de disponer, usar y gozar del DAA mismo.

A continuación se pasa a analizar estas tres conclusiones.

1.1. Limitaciones y restricciones al ejercicio de los DAA antiguos que, en virtud de la Indicación, se disponen en razón del interés público.

El proyecto de ley **no define qué es el interés público**, concepto de por sí amplio y cambiante según los intereses del gobierno de turno. Sin perjuicio de la falta de certeza y discrecionalidad funcionaria que esto supone – y que será analizada más adelante – en esta parte del análisis se supondrá que lo sería aquél que persigue asegurar las “*funciones del agua*” – definidas en la indicación¹ - en el orden que establece la misma en su artículo 5º bis, esto es: funciones de subsistencia, funciones ecosistémicas y funciones productivas.

Los casos de limitación de los DAA antiguos se establecen en tres hipótesis:

1.1.1. Hipótesis del artículo 17 de la Indicación: para aquellos casos de los cauces naturales que no son administrados por una Organización de Usuarios (Artículo Único Primero N°8 de la Indicación).

De acuerdo a la Indicación, en estos casos, y si “*la explotación de aguas superficiales por algunos usuarios ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la DGA, de oficio o*

¹ Artículo Único de la Indicación, Número 3: Art 5º bis: Las aguas pueden cumplir diversas funciones, tales como la de subsistencia, que garantiza el uso para el consumo humano y el saneamiento; la de preservación ecosistémica; o las productivas. Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano y el saneamiento, tanto en el otorgamiento, como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.

a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos”.

Hasta aquí no hay innovación, puesto que lo anterior es una repetición de lo que ya establece el artículo 299 letra d)², artículo 315³, en concordancia con el artículo 17 del CA.⁴ Este caso pone de manifiesto la falta de necesidad de muchas de las normas propuestas, puesto que varias de las problemáticas que se plantean tienen solución con las herramientas que ofrece el Código vigente.

El cambio viene dado por lo que se establece en el nuevo artículo 5º bis inciso segundo, contenido en el Artículo Único de la Indicación en su numeral tercero que dispone:

“La Dirección General de Aguas se sujetará a la prelación dispuesta en el inciso primero (subsistencia, ecosistema, producción)”⁵ cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 17, 62 y 314 del éste Código”

1.1.2.Hipótesis del artículo 62 de la Indicación: Este artículo dispone: “Si la explotación de aguas subterráneas produce una degradación del acuífero o parte del mismo, al punto que afecte su sustentabilidad, la Dirección General de Aguas podrá limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, en la zona degradada, a prorrata de ellos, de conformidad a sus atribuciones legales.”

En este caso el presupuesto para que pueda intervenir la DGA ya no es el perjuicio de los otros usuarios – como actualmente lo establece el CA -, sino que la **degradación del acuífero que amenace su sustentabilidad**. Ocurrida esta degradación, la DGA podrá limitar el ejercicio de los derechos a prorrata de ellos, cuestión que ya está en la legislación actual. Sin embargo, nuevamente, por expresa disposición del artículo 5º bis

2 Art. 299 letra d) del CA: “La Dirección General de Aguas tendrá las atribuciones y funciones que este Código le confiere, y, en especial, las siguientes: d) En el caso de que no existan Juntas de Vigilancia legalmente constituidas, impedir que se extraigan aguas de los mismos cauces sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda. Para estos efectos, podrá requerir el auxilio de la fuerza pública en los términos establecidos en el artículo 138 de éste Código.”

3 Artículo 315 del CA: En las corrientes naturales o en los cauces artificiales en que aún no se hayan constituido organizaciones de usuarios, de acuerdo con las disposiciones de este Código, la Dirección General de Aguas podrá, a petición de parte, hacerse cargo de la distribución en zonas declaradas de escasez.

⁴ Art 17 del CA: “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”

⁵ El paréntesis es nuestro.

inciso segundo de la Indicación, la DGA se sujetará a la prelación dispuesta en el inciso primero (subsistencia, ecosistema y producción) cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas.

En este artículo nada se dice si en ese acuífero existe una Organización de Usuarios constituida. En el caso de haberla, habrá un claro caso de superposición de competencias.

1.1.3. Hipótesis del artículo 314 de la indicación. Regula aquellos casos de cauces naturales en los que es declarada la zona de escasez y existe una Junta de Vigilancia constituida.

En éstos casos la DGA podrá:

- a. Redistribuir las aguas existentes en los cauces para reducir al mínimo los daños derivados de la sequía.
- b. Para ello, **suspenderá** (imperativamente) las atribuciones de las Juntas de Vigilancia, como también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez.
- c. Hecho lo anterior, la DGA hará una redistribución de las aguas asegurando la función de subsistencia.
- d. Asimismo, por expresa disposición del artículo 5º bis, la DGA se sujetará a la prelación dispuesta en el inciso primero de ese artículo (subsistencia, ecosistema, producción) cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas.
- e. Conforme a la norma propuesta, los efectos ocasionados con la redistribución, no darán derecho a indemnización alguna.
- f. La intervención estatal en los cauces podrá ser indefinida en el tiempo, dado el decreto de escasez que a este respecto dicte el Presidente de la República tendrá una duración de un año, prorrogable cuantas veces la autoridad lo estime necesario.

1.2. Caducidad de los DAA antiguos.

Contrariamente a o que se ha sostenido, que la caducidad sólo afectará a los Derechos de Aprovechamiento nuevos (DAA nuevos), esto es a los constituidos con posterioridad a la entrada en vigencia de la nueva normativa, la Indicación también la establece para los DAA antiguos que no estén siendo utilizados, con las excepciones que se señalan más adelante.

De acuerdo a la modificación propuesta al artículo 129 bis cuatro, contenida en el numeral 25 del artículo Único de la Indicación, **se establece la caducidad de los derechos antiguos por el sólo ministerio de la ley** cuando sus titulares lleven más de 14 años pagando patente por no uso, para el caso de los no consuntivos y 12 años para el caso de los consuntivos, sin haber construido las obras de captación y restitución, según sea el caso. **Se dejan fuera de esta sanción de caducidad a los derechos constituidos en las Regiones XI, XII, XIII, XIV y XV.** Cabe señalar que precisamente en las Regiones XI y XIII es donde más existe acaparamiento de derechos de aprovechamiento no consuntivos, problema que ha sido recurrentemente invocado como fundamento para introducir un cambio en la legislación vigente. Desde ya, dejamos constancia que para esta Junta de Vigilancia esta diferenciación es impresentable, puesto que no soluciona uno de los ejes fundamentales de los conflictos del agua en Chile, cual es el monopolio y acaparamiento en las XI, XII y XIII región. La situación de los derechos no consuntivos en estas regiones se ha traducido en una barrera de entrada al mercado de generación y riego para todos aquellos terceros interesados en realizar emprendimientos agrícolas o hidroeléctricos, y prácticamente ha “bloqueado” los principales ríos de esas regiones para cualquier otros usos.

1.3.Derogación de antiguos inciso 1º y 2º del artículo 6º.

El artículo 6 del CA, en sus incisos 1º y 2º disponen:

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

El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad con la ley.”

Conforme a lo anterior, por disposición legal se deroga la característica de derecho real del DAA, y se quita además al titular la facultad de disponer, usar y gozar de él (que es distinto a las aguas mismas).

Conforme a lo señalado, en los puntos 1.1, 1.2 y 1.3, de prosperar la indicación, tenemos que el contenido y alcance en el ejercicio de los DDA antiguos ya no será el mismo, conforme se resume en el paralelo que viene a continuación:

	DAA antiguo bajo actual Código	DAA antiguo bajo normas de la Indicación
Objeto	Uso y Goce de las Aguas	Uso y Goce de las Aguas
Alcances	Usar, Gozar y Disponer de él	No se podrá usar gozar y disponer de él
Duración	Indefinido	Indefinido
Dotación en caso de que la fuente no alcance a satisfacerlos.	Se prorratean (artículo 17)	Se prorratean.
Limitaciones en el ejercicio en razón del interés público	<p>No habiendo acuerdo entre los usuarios, la DGA podrá hacer la redistribución, reduciendo al mínimo los daños de la sequía.</p> <p>La DGA podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto sin necesidad de constituir nuevos derechos.</p> <p>Todo titular que reciba menor proporción de aguas de lo que le corresponde, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco.</p>	<p>La DGA suspenderá las funciones de la Juntas de Vigilancia y los seccionamientos</p> <p>La DGA se sujetará a la prelación dispuesta en el inciso primero de ese artículo (subsistencia, ecosistema, producción) cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas.</p> <p>Los efectos ocasionados con la redistribución, no darán derecho a indemnización alguna.</p>

Duración a la limitación al ejercicio de los derechos	Seis meses, no prorrogables.	Un año, prorrogable indefinidamente.
Caducidad	No Caducable	Si Caducables, con excepción de los derechos no consuntivos constituidos de la XI a XV región, ambas incluidas.

2. Cuestión de viabilidad Constitucional respecto de los DAA antiguos.

A la luz de la Constitución Política del Estado (CPE en adelante) la propuesta del ejecutivo resulta inviable respecto de los DAA antiguos, puesto que limita en forma sustancial y esencial el ejercicio y goce de estos, particularmente en los nuevos artículos 6 y 314. En efecto, el nuevo artículo 6 dispone que el DAA dejará de ser un Derecho Real y su titular no tendrá la facultad de disponer, usar y gozar de él; y el 314 establece una limitación al ejercicio ilimitada en el tiempo y sin derecho a ser indemnizado, lo que en la práctica se traduce en una verdadera confiscación.

En efecto, la CPE garantiza a todas las personas: *“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales.”* Y agrega: *“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”* (artículo 19 N° 24).

Dicho lo anterior, la cuestión central aquí es la siguiente: ¿puede una ley modificar en su esencia los derechos constituidos en conformidad con la ley anterior, y que se encuentran garantizados por el artículo 19° de la CPE?

La respuesta está dada por el artículo 19° número 26 de la CPE, que consagra el principio de la Confianza Legítima:

“La Constitución asegura a todas las personas:...26°. La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la constitución regulen o complementen las garantías que esta establece (art.19° n° 24) o que las limiten en los casos que ella lo autoriza, **no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio.”**

Y aquí la segunda pregunta: ¿Constituye la Indicación del Ejecutivo una limitación a los

DAA antiguos en su esencia, estableciendo condiciones que impiden su libre ejercicio?. Y la respuesta debe ser necesariamente afirmativa puesto que los particulares, de detentar un DAA que sólo podía ser limitado en forma acotada, siempre con derecho a ser indemnizado, pasarán a detentar un DAA que puede ser limitado por tiempo indefinido, sin derecho a ser resarcido, estando su situación sujeta al parecer funcionario de si se cumple o no con el “*interés público*”, concepto indefinido, cuyo contenido dependerá del criterio de la administración de turno.

Lo anterior sin mencionar que los titulares de DAA de detentar un derecho real que podían transar, permutar, arrendar, hipotecar, etc, ahora estarán impedidos de ello; puesto que por la vía legal se les privará de los elementos esenciales del dominio que les garantiza la CPE, cuales son disponer, usar y gozar de su derecho (que es una cuestión distinta al agua).

A lo anterior cabe agregar lo dispuesto en el artículo 19 N°24 inciso tercero:

*“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, **del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.** El expropiado podrá reclamar de la legalidad del acto expropiatorio ante los tribunales ordinarios y **tendrá siempre derecho a indemnización por el daño patrimonial efectivamente causado, la que se fijará de común acuerdo o en sentencia dictada conforme a derecho por dichos tribunales.**”*

En los casos de la indicación recientemente analizados, se priva a los titulares de los elementos esenciales del dominio sobre sus DAA y se establecen hipótesis de privación sobre el bien sobre el cual recaen los DAA (el agua). Todo ello sin autorizar expresamente la expropiación y sin derecho por parte de los afectados a ser indemnizados por el daño patrimonial efectivamente causado, constituyendo desde el punto de vista jurídico, una verdadera confiscación contraria a la CPE vigente.

Finalmente cabe señalar en este epígrafe, que la actual institucionalidad sí ha funcionado precisamente en la ciudad de Santiago, que es donde se concentra la mayor cantidad de habitantes del país. En efecto, los usuarios de la Junta de Vigilancia del Río Maipo sí han llegado a acuerdos en el seno de su Directorio, de modo tal de asegurar el abastecimiento de agua potable del Gran Santiago.

3. Derechos de Aprovechamiento de Aguas Nuevos (DAA nuevos).

De acuerdo con la Indicación los DAA se originarán en una concesión que se otorgará en

función del interés público, serán temporales y caducables.

Al respecto, cabe hacer los siguientes comentarios:

3.1. Cambio de naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento de aguas: De un derecho real pasaría ser una concesión.

A este respecto la Indicación dispone un cambio que desde el punto de vista jurídico es irrelevante y que desconoce cuál es la naturaleza jurídica de una concesión. En efecto dispone la Indicación en el nuevo artículo 6º:

*“El derecho de aprovechamiento recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas, de conformidad a las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código. Este derecho **se origina en virtud de una concesión** o por el solo ministerio de la ley.”*

Al respecto nadie discute que el DAA, tanto antiguos como nuevos sean una concesión en virtud de la cual el Estado (denominado concedente) faculta al particular (llamado concesionario) para que administre y explote en su provecho en forma regular y continua bienes del dominio público o servicios públicos en vista de satisfacer un interés colectivo.

El punto está en que tanto la doctrina como la jurisprudencia de los Estados modernos están contestes en que la **concesión es un derecho real, que se ejerce sobre una cosa** (el agua) sin respecto de determinada persona. Conforme a lo anterior, no se entiende el sentido de la modificación, salvo en la parte que dice que esta concesión se otorgará en función del “*interés público*” y que se pasa a analizar a continuación.

3.2. Las concesiones de DAA se otorgarán en función del interés público, cuya aplicación queda entregada a la Administración.

En esta parte hacemos nuestra la opinión de la SNA la que señala al respecto: (el interés público es) “*concepto abstracto, indeterminado, indefinido, difuso y por ello, eminentemente ideológico al cual se someterán el otorgamiento de la concesión, su uso y administración por el concesionario, sus limitaciones y restricciones y su caducidad o término.*”

Se supone que este concepto de “interés público” debería ser el crisol o resumidero de principios, fines y objetivos de tipo político y/o jurídico que construyen el destino con que se sueña para una nación pero, en este caso, es una Nación representada por el Estado o más bien por sus gobernantes y es allí donde cobra importancia su carácter ideológico

pues este concepto se presta y se ha prestado siempre, para la manipulación y la arbitrariedad de la autoridad máxime si ésta tiene una clara vocación estatista.

Finalmente, debe señalarse que la aplicación del “interés público” o del “interés nacional” contemplado en la Constitución, jamás podrá ser entregada por una ley al órgano administrativo pues ello implicaría transformar a esa entidad en el dueño absoluto de las normas legales y con ello eliminar toda garantía de objetividad, imparcialidad e incluso la garantía de honestidad en sus actuaciones.”

Conforme a lo anterior, los DAA no se otorgarán en función de criterios objetivos como era el caso de los DAA antiguos o las Concesiones Mineras actuales, sino en función de un concepto cuyo contenido quedará entregado a la discreción funcionaria. De esta forma se sustrae la actuación administrativa de un control jurisdiccional efectivo por parte de los Tribunales de Justicia, los que al carecer de parámetros objetivos no podrán determinar en forma eficaz si se está o no ante una arbitrariedad administrativa. Lo anterior es aplicable a todos los casos en que la Indicación pone al “interés público” como presupuesto para cualquiera actuación administrativa; esto es:

- a. Artículo Único Número 2, letra b) que introduce un nuevo inciso 2º al artículo 5º;
- b. Artículo Único Número 35, que introduce el artículo 147 quáter;
- c. Artículo Único Número 39, que introduce un nuevo inciso 2º al artículo 154;
- d. Artículo Único Número 40 que introduce un nuevo inciso 2º y tercero al artículo 159.

3.3. Caducidad de los nuevos DAA.

El artículo 6º bis nuevo dispone:

*“Los derechos de aprovechamiento caducarán, por el solo ministerio de la ley, si su titular no hace un uso efectivo del recurso dentro del plazo que señala este Código. 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.”

El plazo dado por el legislador es excesivamente exiguo si se considera que las autorizaciones que debe dar la DGA a las obras hidráulicas duran por lo menos 8 años.

Nuevamente aquí nos encontramos con normas que no son realistas, y que no se hace cargo de una situación indesmentible que es que la DGA no a abasto con los deberes que ya tiene. No se entiende dar más atribuciones y facultades a esta organización si las

obligaciones que ya tiene no las cumple, y las que cumple lo hace con dificultad. Y no porque no quiera, sino porque no puede.

4. Otras observaciones al articulado.

4.1. En el nuevo artículo 5º bis (artículo Único, número 3) :

En este artículo se indica:

“Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano y el saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento”

Al respecto cabe preguntarse:

- ¿Qué comprende el consumo humano, quién lo define?
- ¿Lo que se busca garantizar es el acceso al agua potable y el saneamiento en los términos que lo señalan las Organismos de Derecho Internacional que lo limitan a 100 litros/hab./día⁶?
- El consumo humano ¿busca garantizar el normal funcionamiento de una empresa sanitaria?

4.2. Nuevo artículo 5º ter que dispone:

“Para asegurar el ejercicio de las funciones de subsistencia y de preservación ecosistémica, el Estado podrá constituir reservas de aguas disponibles, superficiales o subterráneas, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 147 bis de este Código.”

Al respecto no se entiende cuáles son las aguas disponibles. ¿Cómo se define cuáles son esta agua disponibles para constituir reservas?

⁶ Folleto Informativo Número 35 “El Derecho al Agua” página 9. Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, en conjunto con ONU Habitat y la Organización Mundial de la Salud.

4.3.En el nuevo inciso 2º que se introduce al artículo 63 (Artículo Único número 15 de la indicación)

“La autorización del cambio de punto de captación, de los derechos de aprovechamiento que queden comprendidos en la zona de prohibición, quedará condicionada al resultado del modelo hidrogeológico calibrado para la nueva situación que se genere a partir del cambio del punto de captación, el que deberá ser presentado por el solicitante y aprobado parcial o totalmente por la Dirección General de Aguas.”

Al respecto cabe señalar que un modelo hidrogeológico cuesta al menos 25 millones de pesos. Dado el alto costo se congelarán las solicitudes de traslado impidiendo con ello una utilización más eficiente del recurso.

4.4.Nuevo texto del artículo 68. (Artículo Único Número 18)

Se sugiere re redactar el inciso 2º. Es ambiguo y deja abierta la sanción, lo que infringe el principio de legalidad que debe imperar en el Derecho Administrativo Sancionatorio.

4.5.Nuevo artículo Único, numero 38, que modifica el inciso 1º del artículo 151, estableciendo en la Ley el uso del Datum WGS 84.

El Uso de un Datum en particular es materia de Reglamento, tal como consta en el actual Manual de Procedimientos de la DGA. Establecer por una ley un Datum específico podría dejar a la Administración de manos atadas frente a la aparición de nuevas tecnologías en el área de la Georreferenciación.

4.6.Artículo Único, número 41 de la indicación que modifica el artículo 189.

Se entiende que esta modificación busca eliminar la posibilidad de lograr una inscripción conservatoria mediante la formalización de una Organización de Usuarios. Al respecto cabe señalar, que si bien esta Junta comparte la finalidad de la modificación, no se soluciona con ello otro problema mayor y que no ha sido considerado. Este problema consiste en las dobles que se generan a partir de la inscripción estatutaria de estas comunidades u Organizaciones de Usuarios en los Conservadores. En efecto, en la generalidad de los Conservadores se tiene que estas inscripciones estatutarias constituyen títulos en si mismos, y con cargo a éstas – y no a la inscripción anterior de los derechos- comienza a efectuar transferencias. Dicha situación se ha traducido en un grave problema de dobles inscripciones.

4.7.Respecto a lo establecido en el nuevo artículo 62 que señala:

“Se entenderá que se afecta la sustentabilidad del acuífero cuando con el volumen de extracción actual se produce un descenso sostenido de los niveles freáticos del acuífero, que se hará irreversible si no se reduce dicho volumen de extracción.”

La situación de irreversibilidad señalada en la Indicación para el caso descrito de descenso sostenido de los niveles freáticos, es una situación de carácter geológico muy difícil de determinar, prácticamente imposible de hacerlo *“a priori”* y por añadidura requiere de condiciones físicas y geotécnicas del acuífero que prácticamente no se dan en Chile. Luego se estima innecesario legislar a este respecto.

Errores en el concepto pueden llevar a situaciones de superposición a las atribuciones otorgadas a las Comunidades de Aguas subterráneas.

5. Propuestas de la Indicación con las que sí está de acuerdo esta Junta de Vigilancia.

Esta Junta de Vigilancia está de acuerdo con todo lo que diga relación con la protección de glaciares, el fortalecimiento de la DGA en orden a exigir mediciones – en cuanto de la calidad y cantidad - de las extracciones; protección de acuíferos subterráneos; desincentivo de la especulación y acaparamiento; fortalecimiento de los Comités de Agua Potable Rural.

6. Materias que quedaron fuera de la Indicación y que debiesen ser reguladas.

En concepto de esta Junta de Vigilancia, quedaron fuera de esta iniciativa importantes materias que no sólo abarcan al Código de Aguas.

En efecto del análisis de los Conflictos del Agua que recurrentemente se levantan, puede advertirse que existen 5 ejes de problemas que requieren ser urgentemente abordados. Atendido que estos ejes exceden el análisis de esta Iniciativa, sólo serán enunciados:

- a. Graves problemas que se advierten en la tramitación de proyectos de diversa índole en el Servicio de Impacto ambiental, en los que se encuentra comprometido – entre varios más - el recurso agua. En estos casos puede apreciarse muchas veces un Estado capturado que no exige líneas bases realistas, y las consecuentes mitigaciones al medio ambiente.
- b. Acaparamiento del recurso, en que la Fiscalía Nacional Económica no es capaz de abordarlos por falta de personal especializado.

- c. Ministerio Público, que en virtud del principio de oportunidad procesal, archiva la mayoría de las denuncias de robo de aguas que se le presenta. Ello nuevamente obedece a una autoridad sobrepasada con lo que le exige la institucionalidad.
- d. Constitución de derechos de aguas en vegas y bofedales por parte de la DGA, no obstante estar prohibido.
- e. Conflictos entre usuarios consuntivos y no consuntivos, en que estos últimos se niegan, en la mayoría de los casos, a reconocer la jurisdicción de las Juntas de Vigilancia, de modo tal de sustraerse a su control. En la mayor parte de los casos, estos conflictos terminan siendo resueltos en tribunales.

Finalmente, respecto a la Indicación propiamente tal se extraña normas que fortalezcan a las Juntas de Vigilancia, ente encargado por ley de la administración de las aguas en los cauces naturales.

Entre las materias que debieran abordarse, está el problema recurrente en las Juntas poder controlar aquellas captaciones que se encuentran en la alta Cordillera. Para ello es necesario hacer grandes inversiones que requieren de la celebración con particulares de contratos servidumbres para la instalación de antenas y torres que permitan un control telemétrico. El problema radica en que la Junta, que cumple una función pública, debe consensuar con los dueños de los predios sirvientes la imposición de las servidumbres respectivas. Y si no concurre el acuerdo de éste último, no es posible imponer al Servidumbre, quedando la Junta de cumplir con una función que es de su esencia.

Es por ello que se propone establecer la facultad para las Juntas de Vigilancia para imponer las Servidumbre de Ocupación y Transito que sean necesarias para el cumplimiento de función de control en la extracción de caudales. Ello, sin perjuicio de las indemnizaciones a que haya lugar, cuyo monto deberá ser regulado por el Juez competente en caso de no haber acuerdo entre las partes a ese respecto.

Asimismo, se propone regular la extracción de áridos, problema recurrente en los cauces, y que estos dejen de ser de resorte de las Municipalidades, las que – en muchos casos – han permitido la extracción ilimitada de áridos sin considerar el daño al ecosistema del río y a las obras hidráulicas y viales que se encuentran emplazadas en el cauce. Se propone además dotar a la Dirección General de Obras Hidráulicas (DOH) de facultades reales de fiscalización y control, pudiendo paralizar e impedir faenas de extracción de áridos.

Lo mismo se propone en materia de Riles (Residuos Industriales líquidos) en que es necesario legislar de modo tal de coordinar la acción de la DGA con los Servicios de Salud y la Superintendencia de Servicio Sanitarios, todos Servicios con competencia en la materia.

7. Conclusiones.

7.1. La indicación es una confiscación disimulada respecto de los DAA antiguos, contraria a la CPE.

7.2. Respectos de los DAA nuevos, su concesión está entregada a la discrecionalidad funcionaria, quedando a la administración el arbitrio de definir qué es “interés público” contribuyendo con ello a la falta de certeza jurídica, indispensable en cualquier Estado de Derecho.

7.3. Se debilita a las Organizaciones de Usuarios, particularmente a las Juntas de Vigilancia. Ello en razón de que el Estado podrá intervenir cauces en forma indefinida, sin indemnización a los afectados. Ello deja la puerta abierta a que sea el Estado que controle y distribuya permanentemente los recursos de un cauce sometido a “Decreto de escasez” sin sujetarse a los derechos establecidos., quedando su distribución enteramente en manos de la autoridad interventora del cauce. Todo ello sin establecer controles jurisdiccionales que sean una contrapartida al actuar funcionario.

7.4. Existen en la Indicación reiteración de normas que ya existen en el Código, como es el caso del artículo 315, en concordancia con el artículo 299 letra b) y 17 del Código.

7.5. No se observa un fortalecimiento real de la DGA (en cuanto a número de personal y presupuesto) para terminar con la situación de que muchos de sus deberes no los cumple y los que cumple lo hace con dificultad. En la mayor parte de los casos en que no alcanza a cumplir con sus deberes a tiempo se debe a falta de recursos que debe proveerle el Estado. Se presenta por lo tanto en este Proyecto de Ley un contrasentido: por un lado no se provee a dicho Servicio Público de mayores recursos y por otro lado se multiplican sus atribuciones, entregándole muchas más responsabilidades que las que tenía. Ello indudablemente terminará por bloquear a este Servicio del Estado.

7.6. Existe una clara discriminación en la caducidad de los DAA no consuntivos antiguos al excepcionar de esta sanción a las Regiones donde más se da el acaparamiento de este tipo de derechos, esto es la Región de Aysen y Metropolitana.

7.7. Se dejan fuera importantes materias como lo es la reformulación del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, el fortalecimiento de la Fiscalía Nacional Económica, y el fortalecimiento del Ministerio Público en estas materias.

7.8. Sin perjuicio de lo anterior, existen diversas normas de la Propuesta del Ejecutivo con lo que esta Junta sí está de acuerdo, como lo es la protección de glaciares, fortalecimiento de la institucionalidad para evitar el acaparamiento, fortalecimiento de la DGA para monitorear las extracciones y la calidad de las aguas, entre otras.

7.9. Conforme al punto anterior, nuestro interés es dejar presente que también hay materias que no han sido abordadas como es el caso de una definición más clara en relación con la administración de los cauces que impida, entre otros ejemplos,

sobreexplotación de áridos que está conduciendo a muchos de nuestros cauces naturales a procesos permanentes de degradación de su lecho. De igual modo se requiere, para facilitar la labor de las Juntas de Vigilancia en los procesos de medición y transmisión de parámetros que se encuentran exigidas en la Indicación Sustitutiva, facultades legales para imponer servidumbres de ocupación y paso, que permitan instalar elementos de transmisión de datos.

Santiago, 3 de noviembre de 2014.