



ABRIL 2005
ISSN 0717-1536

**SERIE INFORME
ECONÓMICO
Nº 156**

**CÓDIGO DE AGUAS:
LOS EFECTOS DE LA REFORMA**

M. de la Luz Domper*

* Ingeniero comercial, mención Economía. Magíster en Economía Aplicada, Pontificia Universidad Católica de Chile. Investigadora del Programa Económico de Libertad y Desarrollo.

CÓDIGO DE AGUAS: LOS EFECTOS DE LA REFORMA

Resumen Ejecutivo

Luego de doce años de tramitación en el Congreso Nacional, se aprobó la reforma al Código de Aguas. En términos generales la norma aprobada es un ejemplo de control de daños. En efecto, tiene impactos significativamente distintos al proyecto original. Se preserva el derecho de propiedad y el libre intercambio de los derechos y se aminora, en parte, el efecto negativo de la patente por no uso.

Las principales reformas del texto recientemente aprobado son:

1.- Incorporación del Mecanismo de Remate

El perfeccionamiento y extensión del remate como mecanismo para asignar los derechos es la reforma más importante que introduce este proyecto. Este mecanismo permitirá que sea el sistema de precios quien asigne el derecho a quien más lo valora, evitando una decisión discrecional de la autoridad.

La reforma propuesta modifica el sistema de remate de la siguiente manera: se amplía el plazo para que aparezcan nuevos interesados en las mismas aguas de 30 días a 6 meses, con lo cual, si no hay disponibilidad para satisfacer toda la demanda se activa el remate.

En el caso de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales se establece que los remates serán abiertos, es decir puede participar cualquiera.

La reforma aprobada incluye la posibilidad de que se adjudiquen las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, vía remate cerrado, entre quienes las soliciten en el mismo plazo de 6 meses. Adicionalmente, se introduce el remate como mecanismo para asignar las solicitudes pendientes.

2.- Patente por No Uso

Desde el inicio de la discusión Libertad y Desarrollo se opuso a la incorporación de una patente por no uso, debido a que no es un buen mecanismo para incentivar el uso eficiente del recurso y tampoco asegura que los derechos se asignen finalmente a quien más lo valora, no logrando el objetivo de la autoridad al incorporarlo, que era evitar el acaparamiento del recurso y su especulación.

No obstante, luego de la discusión, se logró disminuir su efecto expropiatorio: inicialmente la patente representaba alrededor de un 13% de la inversión directa en el caso de derechos no consuntivos, y se redujo a un 3% a 4% aproximadamente. Esto se logró aumentando el período de tiempo durante el cual el tenedor podrá recuperar lo pagado como patente, descontándola del pago de otros impuestos. Es así como se acordó que dicho plazo no sea discriminatorio según región. Será de 6 años para derechos consuntivos y 8 años para derechos no consuntivos.

Adicionalmente, se logró mediante la introducción de nuevas exenciones. Como la posibilidad de que el Tribunal de la Competencia defina en qué cuencas hay competencia, y en ellas no se pagará patente por los derechos no utilizados. También se exime del pago de patente los derechos de agua exigidos por la Superintendencia de Servicios Sanitarios para el programa de inversiones de las sanitarias.

3.- Aguas Subterráneas

Se incorpora el remate para solicitudes de exploración de aguas subterráneas. Esta norma es positiva, ya que permite eliminar las colas que se producen en la actualidad para asignar este tipo de derechos.

En caso de alumbrar las aguas, se mantiene la preferencia para constituir derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y no procede el mecanismo de remate de ellos. En consecuencia, se está protegiendo el derecho de propiedad.

Se le otorga una nueva facultad a la DGA que puede ser utilizada discrecionalmente y con ello encarecer el recurso artificialmente. Se refiere a la posibilidad de que esta declare de oficio como área de restricción un determinado acuífero.

En la actualidad solo es posible declarar un acuífero como área de restricción a petición de un tercero.

Cabe señalar que no está claro para distintos especialistas cuándo un acuífero determinado está o no saturado.

4.- Atribuciones DGA y Presidente de la República En la etapa de tramitación final de este proyecto se logró limitar la facultad que se le otorgaba a la DGA de poder limitar el derecho de aprovechamiento solicitado o concederlo bajo características distintas, si no existe acuerdo entre la cantidad de agua solicitada, lo cual debe hacerse explícito en la memoria explicativa al momento de solicitar el derecho, y el uso que se le dará, según las prácticas habituales del país. En efecto, esta facultad no opera en caso de que los derechos de aprovechamiento se concedan vía remate.

Esta facultad implicaba otorgarle un gran poder discrecional a la DGA. A pesar de que se limita, se entiende que queda vigente para aquellos casos en que la concesión del derecho de aprovechamiento no se otorgue vía remate y en caso de que previamente se haya otorgado vía remate el derecho de aprovechamiento para explorar aguas subterráneas, no se entiende si se puede aplicar esta facultad al momento de conceder dicho derecho a quien alumbró las aguas.

Por otra parte, a pesar de que la reforma aprobada considera un vínculo entre cantidad de agua solicitada y uso, este solo es importante para la asignación inicial de los derechos (en caso de que no se concedan vía remate) y no afecta las transacciones posteriores. Otro elemento positivo de la reforma finalmente aprobada es que se elimina la facultad del Presidente para extinguir derechos por no pago de la patente.

Concluyendo, la tramitación de este proyecto de ley es un ejemplo del control de daños que se puede lograr siendo perseverante en los argumentos contra ciertas reformas. En efecto, la propuesta original de reforma era perniciosa en todo sentido, por cuanto dispo-

nía que los derechos de agua caducaban o se extinguían si no se utilizaban en un determinado periodo de tiempo. Esto representaba un verdadero atentado contra el derecho de propiedad. Finalmente, se logró reemplazar por el pago de una patente por no uso, la cual originalmente también tenía efectos altamente expropiatorios. A pesar de que encontramos que el establecimiento de esta patente es una vuelta atrás en materia de legislación de aguas, se lograron aminorar, en parte sus efectos negativos a través de las indicaciones presentadas.

Por otra parte, se logró acotar las mayores facultades que el proyecto original otorgaba a la DGA y se dejó en claro que el uso que se le de al derecho de agua no está vinculado a este, siendo posible su libre transferencia a otros usos más rentables. Finalmente, se logró fortalecer el mecanismo de remate, siendo la manera más eficiente de asignar este recurso.

Lo anterior no significa que la reforma aprobada sea óptima, sin embargo, es muchísimo mejor que la originalmente presentada.

INDICE

	Página
I. Introducción	7
II Funcionamiento del Mercado de Derechos de Agua	8
2.1. Funcionamiento del Mercado de Derechos de Aprovechamiento de Aguas	9
III. Situación de los Derechos de Aprovechamiento	15
3.1. Derechos de Aprovechamiento no Consuntivos	15
3.2. Derechos de Aprovechamiento Consuntivos	17
IV. Modificaciones al Código de Aguas	19
4.1. Primera sub-etapa (1992-1995)	20
4.2. Segunda sub-etapa (1996-1997)	23
4.3. Segunda Fase de la Discusión: Propuesta Final de Reforma	24
V. Conclusiones	38



I. INTRODUCCIÓN

Desde hace más de 10 años se discute en el Congreso Nacional el proyecto de ley que pretende modificar el Código de Aguas, el cual contiene distintas propuestas. La última de ellas, enviada por el Ejecutivo en julio de 1996, ya ha sido aprobada por el Senado, la Cámara de Diputados y la Comisión Mixta.

La propuesta introduce un costo, en forma de una patente por no uso, a quienes detenten derechos de aprovechamiento de aguas y no los utilicen. A pesar de que se logró introducir esta carga, se aminoraron, en parte, sus efectos negativos. El argumento en el cual se basa dicha propuesta radica en el supuesto de que los derechos de aprovechamiento de agua transables que existen en la actualidad no logran una asignación eficiente del recurso, por cuanto algunos propietarios prefieren no utilizar dichos recursos, acapararlos, y especular con su precio.

El presente trabajo se inicia describiendo cómo ha sido el funcionamiento y desarrollo del mercado de las aguas con la normativa vigente que data de 1981. Luego se presenta la historia del proyecto de ley de reforma al Código de Aguas y finalmente, se analizan las principales reformas que introduce este proyecto que está próximo a convertirse en Ley.

II. FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE DERECHOS DE AGUA

La legislación chilena sobre aguas, vigente desde 1981, ha permitido un gran desarrollo en todas las actividades que son intensivas en el uso de este recurso, sin que se hayan producido cuellos de botella en su disponibilidad. Es así como sectores intensivos en su uso, como son la agricultura, el hidroeléctrico, el minero y el sanitario han experimentado un auge sin precedentes que ha significado una gran demanda sobre el recurso agua, que ha podido ser satisfecha sin problemas mediante una asignación óptima, sin tener que realizar inversiones excesivas, como ocurre en aquellas situaciones en que algún recurso se subutiliza.

La legislación vigente se basa en la asignación a perpetuidad de la propiedad de los derechos de aprovechamiento y en su libre transferencia a precios de mercado. En consecuencia, es el mercado el que asigna el recurso agua. Esto introduce un incentivo a la mayor eficiencia en su aprovechamiento. El que utiliza el agua más eficientemente, se beneficia dando el agua ahorrada a usos más rentables o vendiendo aquellas partes de los derechos que no necesita en un mercado transparente que asegura el buen uso del recurso.

La normativa vigente se basa en los siguientes principios:

- Se asigna a perpetuidad el derecho de aprovechamiento de las aguas. Se da el dominio completo del derecho de aprovechamiento (uso, goce y disposición). Adicionalmente, contempla el mecanismo de remate para asignar el derecho entre dos o más competidores.
- Supone que la escasez y la transabilidad del recurso determinan precios que reflejan el costo de oportunidad que tiene cada uso alternativo del recurso.
- No se justifica la solicitud de un derecho de aprovechamiento, dado que reconoce que el mercado y sus condiciones son cambiantes. Tampoco exige que el derecho de aprovechamiento de asocie a un uso específi-

co, dado que la asignación por el mercado exige que exista flexibilidad.

- Crea la figura del derecho no consuntivo, el cual permite superponer los usos posibles del agua con la sola limitación de que los derechos no afecten a los anteriormente constituidos.
- Los usuarios administran organizadamente el recurso y el Estado solo mantiene la potestad administrativa.

Antes de la Reforma al Código de Aguas de 1981, los derechos de aprovechamiento no eran tales, sino meras “mercedes” otorgadas por el Estado, en un acto revocable, por lo que cualquiera que empleara eficientemente el recurso, no podía beneficiarse de su propia eficiencia, sino por el contrario, se arriesgaba a que la autoridad estimara que ya no necesitaba tanta agua y le redujera sus mercedes. Después de la reforma, en cambio, quien usa el agua con más eficiencia, puede beneficiarse sea dando al agua ahorrada otros usos rentables, o simplemente, vendiendo aquella parte de sus derechos que ya no necesite. Así se logró introducir un incentivo a la mayor eficiencia en el aprovechamiento del recurso hídrico.

2.1 FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

Chile cuenta con aproximadamente 30.000 m³ de agua por segundo. Históricamente, la Dirección General de Aguas (DGA) ha constituido 14.825 derechos de aprovechamiento. De ellos, aproximadamente, un 68% corresponden a derechos de agua superficiales y el resto a derechos de agua subterráneos.

Por otra parte, en la actualidad, la Dirección de Aguas posee información de más de 240.000 usuarios, lo cual abarca más de 1.000.000 de hás. de riego para 22.800 kms. de canales y 6.800 bocatomas.

Existen pocos estudios sobre las transacciones de derechos en Chile y, tal como se señala en un análisis del Banco Mundial¹, las comparaciones entre ellos son limitadas, ya que se basan en información diferente. En dicho análisis se resumen los resultados de los estudios, cuyas principales conclusiones se detallan a continuación:

En primer lugar, del estudio de Bauer² (1993) presentan datos sobre transacciones realizadas en Los Ángeles, según información disponible en el Registro de Aguas de dicha ciudad. Para el período 1980-1991 encuentran que el 25% de las transacciones de agua realizadas fueron independientes del dominio de la tierra. Por último, señalan que este estudio entrega información promedio sobre las ventas anuales de derechos de agua, las cuales alcanzarían a 12 ventas anuales para un área de riego de 65.000 hás. En general, concluyen que la frecuencia de transacciones es relativamente baja.

El segundo estudio analizado por los autores es el de Hearne³ (1994), el cual entrega información sobre transacciones de derechos de agua realizadas, básicamente, en el río Maipo, el río Elqui y en el río Limarí. Es así como se encuentra que en el caso de la primera sección del Maipo, las transacciones durante los últimos ocho años fue baja entre campesinos, no obstante, se registran algunas transacciones de derechos de agua por parte de EMOS (Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias), que requiere contar con un mayor número de derechos al año 2020 para satisfacer la demanda de la población. Asimismo, en el río Elqui también se registran transacciones de compra de derechos por parte de la compañía ESSCO (Empresa de Servicios Sanitarios de Coquimbo, S.A.). Esta compañía compró aproximadamente el 28% de los derechos de agua que utiliza (292 derechos). El precio pagado por derecho fue de entre US\$ 1.100 - US\$ 2.500. Asimismo, el estudio

¹ Véase "The Market for Water Rights in Chile", Mónica Ríos y Jorge Quiroz, en World Bank Technical Paper 285, 1995 y en Cuadernos de Economía 97, Diciembre 1995, Pontificia Universidad Católica de Chile.

² Bauer, Carl J. (1993) "Derechos de Propiedad y el Mercado en una Institucionalidad Neoliberal: Efectos e Implicancias del Código Chileno de Aguas de 1981". Documento para Discusión.

³ Hearne, Robert R., agosto 18, 1994. "Water Allocation and Water Markets in Chile". Borrador.

entrega resultados de transacciones entre campesinos, empresas comerciales e inmobiliarias. Habrían existido 47 transacciones permanentes entre 1986-1993, las que involucran aproximadamente 712 derechos (equivalentes en un año bueno a 712 lts/seg). Finalmente, el análisis señala que el mercado en el río Limarí es bastante activo. Anualmente se transfieren 9,2 millones de metros cúbicos de agua. El precio promedio sería de entre 3.000 y 4.500 dólares por derecho equivalente a un volumen anual promedio de 4.500 m3 de agua.

Por último, los autores señalan cuáles son las ganancias netas que se obtienen de estas transacciones, según el estudio de Hearne. En el caso del río Elqui las ganancias netas promedio (de vendedores y compradores) alcanzan a US\$ 2.459 por derecho (considera un costo de transacción de US\$56 por derecho). En el caso del río Limarí las ganancias netas promedio (de vendedores y compradores) alcanzan a US\$ 1,62 por m3/anual (considera un costo de transacción de US\$ 0,04 por m3/anual).

El tercer estudio analizado por los autores es el de Gazmuri y Rosegrant⁴ (1994) quienes presentan información sobre transacciones de derechos realizadas entre abril de 1993 y abril de 1994, en los Registros de Agua de Santiago, Chillán y Bulnes. Los resultados obtenidos indican que las transacciones en Chillán y Bulnes alcanzan a 72 y 91, respectivamente y solo serían entre campesinos. En Santiago, el total de transacciones era de 587, en las cuales el volumen total de agua involucrada era 720 lt /seg. Tal como indican los autores, este volumen equivale al agua necesaria para regar 360 hás. en esa zona del país.

En este caso, las transacciones registradas se producen entre campesinos (el 76%), entre campesinos y empresas sanitarias (el 85%) y entre campesinos y empresas mineras (el 2%). Sin embargo, el mayor porcentaje de agua transada se da en transacciones entre campesinos (el 94%); entre campesinos y empresas sanitarias solo se transa el 3% del volumen total de agua involucrada y entre campesinos y empresas mineras solo alcanza al 1% del volumen total de agua involucrada. El valor de los derechos de agua

⁴ Gazmuri S., Renato y Mark W. Rosegrant, agosto 1994. "Chilean Water Policy: The Role of Water Rights, Institutions and Markets". Borrador.

también varía. Así, los derechos transados entre campesinos, que involucraron 677 lt/seg. se valorizaron en US\$ 500 (US\$ 0,738 lt/seg.); los derechos transados entre campesinos y empresas sanitarias involucraron 22 lt/seg. y se valorizaron en US\$ 950 (US\$ 43,18 lt/seg.), en tanto los derechos transados entre campesinos y empresas mineras involucraron 7 lt/seg. valorizándose en US\$ 950 (US\$ 135,71 lt/seg.).

Adicionalmente, los autores señalan que las transacciones temporales de derechos de agua (arriendos de los derechos por un período definido de tiempo) son más frecuentes. Así señalan que ESSAT (Empresa Sanitaria de Tarapacá S.A.) arrienda pozos a los campesinos para proveer de agua a la ciudad de Arica. El precio mensual promedio cancelado a ellos era de US\$ 5.000. Según el estudio de Gazmuri y Rosegrant, el precio de arriendo de derechos de agua por tres meses en las cercanías del río Limarí era de aproximadamente US\$ 90-120 ltr/seg. durante los períodos de baja disponibilidad.

El estudio más reciente sobre transacciones de derechos de agua o transacciones llamadas permanentes y transacciones de caudales de agua en el mercado spot es de O. Cristi, Vicuña S., T. de Azevedo L., Baltar A., (2000). Esta investigación analiza el comportamiento del mercado del agua en la cuenca del Limarí, la cual se compone de 65.000 hás. de tierra irrigada. Esta cuenca cuenta con tres embalses interconectados, que conforman el Sistema Paloma: Embalse Cogotí, Recoleta y el Paloma. El estudio analiza las transacciones producidas en las cuatro principales⁵, de seis, organizaciones de usuarios o asociaciones de regantes, para el período 1981 al 2000.

El estudio concluye que el mercado permanente de derechos de agua está bastante desarrollado. Durante el período 1980-2000 el porcentaje de derechos de agua reasignados en cada asociación e independientemente de la tierra, fluctuó con un mínimo de casi 20% y un máximo de casi 50%. En todas las asociaciones en conjunto, desde que se aprobó el Código de Aguas en 1981 hasta el año

⁵ Las cuatro principales asociaciones de regantes son: Junta de Vigilancia del Río Limarí y sus Afluentes (JVRL), Asociación de Canalistas del Canal Camarico (ACCC), Asociación de Canalistas del Embalse Recoleta (ACER) y Asociación de Canalistas del Embalse Cogotí (ACEC).

2000, se han registrado más de 27% de traspasos de acciones en el mercado permanente.

A su vez, el alza de los precios indica que el mercado es capaz de reflejar la mayor escasez relativa del agua. Durante el período 1986-2000 los precios de las acciones de agua han experimentado aumentos reales que van desde un 41% hasta un 240%, según la asociación.

El mercado spot de agua es dinámico. Para la temporada 1999-2000, el volumen de traspasos recibidos por las cuatro asociaciones en estudio alcanzó a 24.189.000 m³, un 7% del total de agua asignada a esas asociaciones. Esta cifra alcanzó a un 16% para la temporada 95-96, de mayor sequía. Al interior de cada asociación hay regantes con distintos cultivos y retornos marginales para el agua. Esto genera traspasos internos entre agricultores que poseen menor rentabilidad hacia aquellos que poseen una mayor rentabilidad. Para la temporada 1999-2000, el volumen total de traspasos internos alcanzó a 26.633.000 m³, un 8% del total de agua asignada a esas asociaciones en dicha temporada.

Dos serían los motivos que explican esta participación activa tanto en el mercado spot y como en el mercado permanente. El primero es un motivo de estabilización, que busca cubrir la falta de agua en temporadas de sequía, y el segundo, un motivo estructural, que pretende aumentar el promedio de agua disponible, tanto para temporadas normales, como para las de sequía (Howitt, 1996).

Como conclusión podemos afirmar que no son muy numerosos los estudios que permitan hacer un análisis acabado de cómo ha operado el mercado de los derechos de agua. No obstante, los resultados entregados muestran que efectivamente existen transacciones de estos derechos entre campesinos y entre estos y algunas empresas, las cuales se realizan a través del mercado y el sistema de precios.

Las transacciones entre agricultores no han sido numerosas. Una posible explicación a su bajo número es que en la actualidad el sector agrícola paga implícitamente un impuesto por la posesión de derechos de aguas, impuesto que no se elimina al venderlos. Por ejemplo, si comparamos el valor de la contribución (impuesto territorial) de una hectárea de secano con otra de riego de similar ubi-



cación, se observa que la diferencia en que esta última supera a aquella corresponde al valor del agua. Este impuesto es independiente de la cantidad de agua que beneficia al predio.

Tal como señalan los autores, cabe destacar que no es adecuado evaluar la efectividad del sistema aplicado de acuerdo al número de transacciones de derechos de agua que se efectúan, ya que si la distribución original de estos se acerca al óptimo, no debiera observarse un mayor número de transacciones posteriores.

III. SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO

3.1 DERECHOS DE APROVECHAMIENTO NO CONSUNTIVOS⁶

Los recursos hídricos existentes a nivel nacional, según el balance hídrico de la DGA, se expresan en términos de caudales anuales y son representativos del promedio de un período estadístico de 30 años. A continuación, se presenta la disponibilidad de recursos por región. Cabe señalar que estos recursos pueden ser utilizados sucesivamente a lo largo de los cauces.

A nivel nacional el caudal total disponible es de 29.105 m³/seg. Excluyendo la XII Región, dado que no se prevé que desempeñe un papel importante en términos de generación de energía en el mediano y largo plazo, el caudal total es de 18.981 m³/seg. Un 93,9% de este caudal se concentra en las regiones VII a XI.

Dado que un 62,6% de los recursos de la XI Región (6.340m³/seg) se generan en pequeñas cuencas costeras o en el sector insular, el caudal medio anual de interés económico de la XI Región al norte es de 12.641 m³/seg.

Por su parte, el potencial hidroeléctrico total del país, se ha estimado, según estudios de ENDESA y de la DGA, en alrededor de 28.000 MW , lo que significa contar con un caudal máximo de diseño de 23.000 m³/seg.

Dado lo anterior, el Informe de la Comisión de Obras Públicas del Senado (Boletín 876-09) señala que los recursos hidroléctricos estimados que son efectivamente utilizables en el país (de la XI Región al norte) alcanzan como máximo a un caudal del orden de 30.000 m³/seg.

En el cuadro N° 1 se muestra la situación de los derechos no consuntivos en el país (de la XI región al norte).

⁶ Véase Informe de la Dirección General de Aguas de Agosto 1996, entregado a la Comisión de Obras Públicas del Senado.

Cuadro N° 1: Situación Derechos No consuntivos

Total utilizable estimado	30.000 m3/seg	100%
Derechos en ejercicio	1.699 m3/seg	5.7%
Derechos constituidos sin uso	11.203 m3/seg	37.3%
Derechos constituidos en trámite	38.509 m3/seg	128%
TOTAL	51.509 m3/seg	171%

Según el cuadro N°1, solo el 43% de los derechos no consuntivos utilizables están asignados y un 128% corresponde a derechos solicitados y en trámite.

De los derechos asignados, (12.902 m3/seg) un 13% están siendo utilizado, lo cual corresponde a un 5,7% de los derechos utilizables y un 37,3% de los derechos utilizables y ya constituidos que no están siendo usados. Adicionalmente, en el cuadro N° 2 se presentan los derechos de uso no consuntivo en ejercicio y sin uso para cada región de nuestro país. Como se observa la mayor cantidad de derechos no consuntivos otorgados y sin uso se concentran en las regiones IV, VIII, X, XI. Asimismo, en estas regiones se encuentra la mayor cantidad de derechos solicitados en trámite.

Los derechos solicitados en trámite incluyen duplicidades, las que deberán resolverse vía remate si se trata de las mismas aguas, o bien, en algunos casos será inviable la constitución de dichos derechos. Por esta razón supera el máximo utilizable.

Cuadro N° 2: Uso No Consuntivo del Agua por Región (m3/seg)

REGIONES	EN EJERCICIO	CONST. S/USO	SOLIC. EN TRAMITE	TOTAL REGIONAL
I	-	-	9,900	9,900
II	0,362	-	-	0,362
III	2,300	1,875	-	4,175
IV	2,000	33,110	35,500	70,610
V	40,000	10,120	72,300	122,420
RM	133,500	57,800	498,950	690,250
VI	457,500	458,950	83,133	999,683
VII	602,200	567,230	3.611,409	4.780,839
VIII	152,660	1.069,169	11.657,450	12.879,275
IX	28,930	255,210	2.797,996	3.082,136
X	216,600	5.103,256	10.700,993	16.065,849
XI	17,700	3.646,347	9.040,88	12.704,926
XII	-	-	-	-
TOTAL	1.698,852	11.203,062	38.508,511	51.410,425

3.2 DERECHOS DE APROVECHAMIENTO CONSUNTIVOS⁷

Para las zonas norte, centro y sur del país, los antecedentes de derechos consuntivos no utilizados serían: (Ver cuadro N° 3)

⁷ Véase Informe de la Dirección General de Aguas de Agosto 1996, entregado a la Comisión de Obras Públicas del Senado.

Cuadro N° 3: Derechos Consuntivos No Utilizados

ZONA	CAUDAL DERECHOS NO USADOS (M3/SEG)
I REGIÓN -RM	1
VI REGIÓN - IX REGIÓN	100
X REGIÓN - XII REGIÓN	30

IV. MODIFICACIONES AL CÓDIGO DE AGUAS

El origen de la propuesta de reforma al Código de Aguas radica en el diagnóstico que realiza el Ejecutivo, el cual reconoce un problema de especulación de los propietarios de los derechos de aprovechamiento de aguas.

Es así como la proposición del Ejecutivo pretende solucionar “una falla estructural, cual es favorecer la constitución de derechos de aprovechamiento que no se utilizan – y para los cuales no se prevé un uso productivo ni siquiera en el largo plazo-, y que impiden que otros interesados en utilizar dichas aguas lo puedan hacer, constituyéndose en importantes barreras de entrada a diversos mercados (por ejemplo, inmobiliario, hidroeléctrico y agrícola). Esta situación se explica porque en el presente los derechos originales son otorgados gratuitamente por el Estado a los particulares que los solicitan; quien pretende derechos de agua no debe justificar la cantidad solicitada; la conservación de los derechos en el tiempo no tiene costo efectivo alguno, y, por último, no existe obligación para sus titulares de usar las aguas”⁸.

La tramitación de este proyecto reconoce varias épocas. La primera época de la fase legislativa del proyecto de Ley (1992-1997), tiene dos sub-etapas: en la primera (1992-1995), se mantiene un discurso “duro” respecto del sistema legal anterior, llegándose a afirmar por el Ejecutivo que en la legislación de aguas de 1981 existía la “situación anómala” de una “transferencia de riqueza a los particulares de un bien nacional de uso público”. Así se postula un proyecto de Ley excesivo, que incorporaba caducidades a los de derechos de aguas “no utilizados”.

En la segunda etapa de esta primera fase legislativa (1996-1997), ante una polémica pública generalizada, el Ejecutivo se ve obligado a echar pie atrás, y altera su proposición: elimina las caducidades e incorpora una “patente” (“tarificación”), solo a aquellos cuyos titulares no usen las aguas. Se incorporan también variadas materias

⁸ Véase editorial del Diario El Mercurio del 6 de mayo 2003, de Humberto Peña, Director General de Aguas.

conectadas con las aguas y nuevas exigencias para solicitar derechos, lo que es avalado a fines de 1997 por una sentencia del Tribunal Constitucional.

La segunda fase (1998-2005) de la discusión política del proyecto de Ley de modificaciones al Código de Aguas cambia el tono, y el Ejecutivo se manifiesta de un modo diferente, reconociendo al mercado como un mecanismo adecuado para la reasignación de los derechos de aguas; y como un aspecto positivo la protección de estos, su libertad de transferencia y la flexibilidad en cuanto al cambio de uso que resulta de la legislación vigente. No obstante, persiste en su deseo de establecer mayores regulaciones en el área, y lograr la aprobación de una patente por el no uso que regula y limita así la reasignación, y proponer mecanismos que limiten el acceso a nuevos derechos que regulan y limitan la asignación, aspecto este último que ha sido reforzado, en cuanto a sus posibilidades jurídicas, dentro de la institucionalidad constitucional vigente, por una sentencia del Tribunal Constitucional.⁹

4.1 PRIMERA SUB-ETAPA (1992-1995)

En diciembre de 1992, el Ejecutivo, aduciendo problemas de acaparamiento y especulación de derechos, envió un proyecto de ley que modificaba el Código de Aguas y cuyo aspecto más pernicioso consistía en introducir nuevamente la extinción de los derechos de aprovechamiento no utilizados en un plazo de cinco años o en el que se hubiere establecido en la concesión y, para el llamado Norte Grande. Además se vinculaba el derecho de aprovechamiento a un solo uso.

El proyecto proponía solucionar el problema de la existencia de usuarios que, habiendo obtenido derechos de aprovechamiento, deciden no utilizar las aguas y esperar a que otro las requiriera, lo que les daría la posibilidad de negociarlas a un precio muy superior al costo de obtenerlas, ya que, en principio, la constitución no tiene

⁹ Vergara Blanco, Alejandro. "Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma". Ponencia en Jornadas de Derecho de Agua, Santiago. 2001, Pág. 27.

costos si no hay otros interesados (excepto costas del procedimiento, publicaciones, etc.).

Para solucionar esta situación, el Ejecutivo propuso establecer los siguientes regímenes de aguas, distintos según ubicación territorial de la fuente:

- a) Al norte del río Salado, el III Región. En este caso la proposición consistió en vincular el uso del agua a un determinado destino, señalado en el acto constitutivo. Si se dejaba de cumplir el destino se extinguía (sin indemnización) el derecho de aprovechamiento y la autoridad (DGA) podía otorgarlo nuevamente.
- b) Al sur del río Vodudahue, se propuso que no fuera necesario señalar el punto de captación de las aguas para constituir servidumbre de abrevadero.
- c) En el centro del país regían las normas generales, las que modificaban con efectos amplios que afectaban, asimismo, al régimen del norte del río Salado y al sur del Vodudahue.

Tales normas generales consistían en establecer que constituía una causal de caducidad del derecho de aprovechamiento, el hecho de no haberse utilizado las aguas durante 5 años o en el plazo que se hubiere establecido en la concesión, sin especificar desde cuándo se contaban dichos 5 años: si desde la constitución del derecho, o desde la interrupción del uso en cualquier tiempo posterior.

Adicionalmente, se proponían nuevas normas respecto de las organizaciones de usuarios tendientes a crear corporaciones administradoras de cuencas hidrográficas, constituidas por representantes de distintos sectores, que se superponen a las otras instituciones que agrupan a los interesados en el uso de las aguas (asociaciones de canalistas, juntas de vigilancia y comunidades de agua).

Finalmente, se propusieron normas sobre conservación del recurso y los cauces (representativas, en general, de las preocupaciones por la protección del medio ambiente). Esta iniciativa legal fue duramente criticada, recibiendo el Parlamento observaciones y suge-

rencias, que terminaron un año más tarde, en el envío, por parte del Ejecutivo, de una nueva proposición modificatoria.

En la indicación formulada por el Presidente de la República en septiembre de 1993, se acogió la idea de establecer una patente para los derechos ya concedidos y no utilizados, pero se insistió, para las concesiones de derechos en trámite y futuros en la extinción de ellos. La propuesta contenía lo siguiente:

- Se establecía una patente de pago anual por no uso que distinguía entre derechos consuntivos y no consuntivos y que gravaba a los derechos consuntivos en el pasado (desde cualquier fecha) y que no hubieren sido utilizados hasta la fecha. Ninguna de las patentes propuestas por el Ejecutivo podía descontarse o imputarse al pago de otros impuestos o gastos.
- Se modificaban las normas para las administradoras de cuencas hidrográficas, en el sentido de prescribir que el sector público y municipal representaría un 40% de los votos de la asamblea, mientras que los usuarios el 36%, y un 24% para los demás partícipes no estatales que tuvieran “interés” en los asuntos de la cuenca¹⁰.
- Se reemplazaba al Director de Aguas por el “juez competente” como órgano que debe declarar la extinción del derecho de aprovechamiento en el caso de que las aguas no fueren utilizadas durante 5 años.

Debe destacarse que la indicación presentada mantenía inalterable las demás proposiciones del proyecto original, esto es, que las solicitudes de derechos de aprovechamiento que se constituyeran en el futuro, debían indicar el uso que tendrían las aguas (sector norte) y el plazo en el que se utilizarían. Si no se cumplía el uso o no se usaban dentro de 5 años, se producía la caducidad del derecho de aprovechamiento.

¹⁰ Por ejemplo, las organizaciones no gubernamentales (ONG).

4.2 SEGUNDA SUB-ETAPA (1996-1997)

El 4 de julio de 1996, el Presidente de la República envió al Congreso Nacional una segunda propuesta que modifica el actual Código de Aguas. Esta propuesta tenía la ventaja de no plantear la extinción para las concesiones de derechos en trámite y futuros, de no cumplirse su uso; sin embargo, presentaba graves problemas, por lo cual constituía una verdadera vuelta atrás en materia de legislación de aguas.

Efectivamente, con el fin de dar solución legal a los problemas operativos, esta propuesta retrocedía al devolverle a la autoridad administrativa el rol asignador del recurso, limitando la acción del mercado en esa función. Básicamente, el proyecto planteaba lo siguiente:

- Modificaba los requisitos para las futuras solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, estableciendo la necesidad de justificar la cantidad solicitada y el uso o destino que se le daría. Se establecía además la posibilidad de renuncia y extinción del derecho.
- Otorgaba amplias facultades a la DGA para, mediante resolución fundada, denegar o limitar las solicitudes de derechos, en múltiples casos. Estaba facultada, además, para establecer en el acto de la constitución especificaciones técnicas, condiciones, plazos, prohibiciones u otras modalidades y limitaciones que afecten al derecho.
- Establecía una patente de alto valor, con el fin de obligar al uso del derecho o si esto no era posible, a su devolución. Esa patente gravaba solo a los derechos existentes o futuros, cuyas aguas no estaban siendo utilizadas en todo o parte del derecho. La patente aumentaba de forma progresiva según el tiempo por el cual se prolongaba la no utilización de las aguas y se consideraba un procedimiento de recuperación parcial de los pagos efectuados, una vez desarrolladas las obras de aprovechamiento. El Director General de Aguas determinaba los derechos de aprovechamiento, cuyas aguas no estaban siendo utilizadas total y parcialmente de acuerdo a informes técnicos.

4.3 SEGUNDA FASE DE LA DISCUSIÓN: PROPUESTA FINAL DE REFORMA

Durante los últimos años, el Ejecutivo envió una serie de indicaciones tendientes a mejorar el proyecto. En este sentido, la normativa aprobada es muy diferente, y tiene impactos significativamente distintos a la propuesta original.

En términos generales, se aminora el efecto negativo de la patente por no uso, al reducir su monto y establecer exenciones; por otra parte, se acotan algunas atribuciones discrecionales que el proyecto original otorgaba a la DGA. No obstante, todavía persiste un cierto grado de discrecionalidad administrativa, que si se mal utiliza podría generar una escasez aparente y encarecer artificialmente el recurso. Esto podría afectar específicamente el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, como se explica más adelante.

Dentro de las principales reformas introducidas y acuerdos logrados, se encuentran:

1. Privilegio del remate como mecanismo de asignación de derechos de aprovechamiento de aguas.
2. Modificaciones al mecanismo de pago de patentes por no uso.
3. Modificación referente a derechos de aguas subterráneas.
4. Regularización de pequeñas solicitudes de agua (Ley del Mono).
5. Caudal ecológico mínimo.
6. Nuevo registro.
7. Nuevas facultades de la DGA.
8. Derechos pendientes.
9. Otras modificaciones.

4.3.1. Remate como mecanismo de asignación de derechos de aprovechamiento de aguas

El Código de Aguas vigente establece que si dos o más personas solicitan los mismos derechos de aguas superficiales, y no hay disponibilidad para satisfacer la demanda de ambas, estas deben asignarse vía remate (entre ambas).

La reforma propuesta respeta este principio con dos modificaciones: se amplía el plazo para que aparezcan nuevos interesados en las mismas aguas de 30 días a 6 meses¹¹, con lo cual, si no hay disponibilidad para satisfacer toda la demanda se activa el remate.

En el caso de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales se establece que los remates serán abiertos; es decir, puede participar cualquiera¹².

La reforma aprobada incluye la posibilidad de que se adjudiquen las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, vía remate cerrado, entre quienes las soliciten en el mismo plazo de 6 meses¹³.

Adicionalmente, se introduce el remate como mecanismo para asignar las solicitudes pendientes¹⁴. No obstante ser este un importante avance, no se logró incorporar un plazo en la ley para que la Dirección de Aguas los asigne.

El perfeccionamiento y extensión del remate como mecanismo para asignar los derechos es el acuerdo más importante que se logró. A pesar que el Código actual permite asignar vía remate las solicitudes de derechos de agua superficiales, en la práctica no se había llevado a cabo masivamente como mecanismo de asignación. Este mecanismo permitirá que sea el sistema de precios el que asigne el derecho a quien más lo valora, evitando una decisión discrecional de la autoridad.

¹¹ Véase Art. 142.

¹² Véase Art. 144.

¹³ Véase Art. 144.

¹⁴ Véase Art. 1° Transitorio

4.3.2. Patente por No Uso

En estricto rigor, debe aclararse que en realidad se trata de una patente por no tener obras suficientes para captar el agua respecto de la cual se tiene derecho de aprovechamiento.

Desde el inicio de la discusión Libertad y Desarrollo se opuso a la incorporación de una patente por no uso, debido a que no es un buen mecanismo para incentivar el uso eficiente del recurso y tampoco asegura que los derechos se asignen finalmente a quien más lo valora, ni logra el objetivo de la autoridad al incorporarlo, que era evitar el acaparamiento del recurso y su especulación.

No obstante, luego de la discusión se logró disminuir su efecto expropiatorio: inicialmente la patente representaba alrededor de un 13% de la inversión directa en el caso de derechos no consuntivos, y se redujo a un 3% a 4%, aproximadamente. Esto se logró aumentando el período de tiempo durante el cual el tenedor podrá recuperar lo pagado como patente, descontándola del pago de otros impuestos. También se acordó que dicho plazo no sea discriminatorio según región. Será de 6 años para derechos consuntivos y 8 años para derechos no consuntivos.

La patente quedó definida de la siguiente manera:

- Derechos no consuntivos¹⁵: 0,22 UTM*Q*H en la zona austral y 0,33 UTM*Q*H en el resto del país.
- Derechos consuntivos¹⁶:
 - Regiones I a RM: 1,6 UTM por cada l/s
 - Regiones VI a IX: 0,2 UTM por cada l/s
 - Regiones X a XII: 0,1 UTM por cada l/s

En ambos casos entre los años 6º a 10º la patente se multiplica por el factor 2 y desde el año 11º en adelante por el factor 4. En el caso de derechos **no consuntivos**, una vez que se inicia el uso del

¹⁵ Véase Art. 129 bis 4.

¹⁶ Véase Art. 129 bis 5

agua, habrá devolución por las patentes por no uso pagadas en los últimos 8 años, cualquiera sea el valor de $Q \cdot H$ ¹⁷.

En el caso de los derechos de aguas **consuntivos**, habrá devolución por los derechos pagados en los 6 años anteriores¹⁸.

Se dejó claro que el derecho a devolución corresponde al total pagado, y por lo tanto, la parte no deducida de impuestos en un año se traspasará al siguiente.

Se incorpora el valor mínimo de H igual a 10.

Adicionalmente, el efecto distorsionador de la patente se aminora mediante la introducción de nuevas exenciones. Quedan exentos del pago de patente por no uso:

- Los derechos eventuales de propiedad fiscal¹⁹.
- Algunos derechos según monto de agua solicitado²⁰.
- No podrán considerarse como sujetos al pago de la patente por no uso los derechos de aprovechamiento permanente que, por decisión de la organización de usuarios correspondiente, hubieren estado sujetos a turno o reparto proporcional²¹. La totalidad o una parte de los derechos de aprovechamiento que son administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenios que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

Para hacer efectiva dicha exención se acordó que las organizaciones de usuarios o un particular que forme parte de una organización de usuarios solicite al Tribunal de la Competencia, previo informe de la DGA, que defina que en el área señalada hay competencia. Una cuenca declarada competitiva puede dejar de serlo, y para estos efec-

¹⁷ Véase Art. 129 bis 21.

¹⁸ Véase Art. 129 bis 21.

¹⁹ Véase Art. 129 bis 6.

²⁰ Véase Art. 129 bis 4, bis 5, bis 6.

²¹ Véase Art. 129 bis 9.

tos cualquiera de las partes puede acudir al Tribunal de la Competencia²².

- Finalmente, se exime del pago de patente por no uso a los derechos de agua exigidos por la SISS para el programa de inversiones de las sanitarias²³.
- Adicionalmente, se suspende el pago de la patente cuando la construcción de obras de captación haya sido determinada por orden de un Tribunal.

El proyecto de ley establece que un 75% del producto neto de las patentes y de lo recaudado en los remates de derechos de aprovechamiento será distribuido, entre las regiones y comunas del país de la siguiente manera²⁴.

El 65% del producto neto y de la recaudación del remate se incorporará a la cuota del Fondo Nacional de Desarrollo Regional (FNDR) que anualmente corresponda, en el Presupuesto Nacional, a la región donde tenga su oficio el Conservador de Bienes Raíces en cuyo registro se encuentren inscritos los derechos de aprovechamiento.

El 10% restante se distribuirá proporcionalmente a la superficie de las cuencas de las respectivas comunas donde sea competente el Conservador de Bienes Raíces en cuyo Registro se encuentren inscritos los derechos de aprovechamiento.

El proyecto de ley especifica²⁵ cómo se determinará, y qué proporción le corresponde a cada región o comuna beneficiada. Asimismo, se establece que en la Ley de Presupuesto se detallará lo que le corresponde a cada región y municipio.

Si el titular de un derecho de aprovechamiento no paga la patente, una vez transcurrido el plazo correspondiente, se procederá a rematar dicho derecho. La ejecución de este remate será por vía judi-

²² Véase Art. 129 bis 9.

²³ Véase Art. 129 bis 9, inciso séptimo.

²⁴ Véase Art. 129 bis 19.

²⁵ Véase Art. 129 bis 19, inciso segundo.

cial, previo procedimiento, y solo podrá hacerse efectiva sobre la parte no utilizada del respectivo derecho de aprovechamiento²⁶.

Si procede el remate, se establece que antes del 1 de junio de cada año, el Tesorero General de la República enviará a los juzgados competentes la nómina de los derechos de aprovechamiento, cuya patente no haya sido pagada, especificando a su titular y el monto adeudado. El juez competente para conocer del procedimiento del remate será el de la comuna donde tenga su oficio el Conservador de Bienes Raíces, en cuyo registro se encuentren inscritos los derechos²⁷. Este será responsable de despachar un mandato de ejecución y embargo, sobre la parte no utilizada del derecho de aprovechamiento²⁸. El titular de los derechos de aprovechamiento podrá oponerse a la ejecución del remate dentro de un plazo de 30 días²⁹. Transcurrido el plazo sin que el deudor presente su oposición, o si este fuere rechazado, el juez dictará una resolución señalando día y hora para el remate, la que deberá publicarse, junto con la nómina de los derechos a subastar³⁰.

El mínimo de la subasta será el valor de las patentes adeudadas o el valor de la parte que corresponda, en caso de que se fraccione el derecho de aprovechamiento a rematar, y el titular tiene la posibilidad de liberar su derecho, pagando dicho valor más un treinta por ciento del mismo³¹.

Si se declara desierto el primer remate y no hay interesados en el segundo, los derechos serán asignados al Fisco. Este deberá renunciar a los derechos en un plazo máximo de 60 días, quedando dichas aguas francas o disponibles para ser solicitadas por otros interesados. Si transcurrido este plazo el Fisco no cumple con la obligación de renunciar a tales derechos, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, renunciar a ellos en representación del Fisco, quedando las aguas francas, una vez que dicha renuncia sea inscri-

²⁶ Véase art. 129 bis 11.

²⁷ Véase Art. 129 bis 12.

²⁸ Véase Art. 129 bis 13.

²⁹ Véase Art. 129 bis 15.

³⁰ Véase Art. 129 bis 16

³¹ Véase Art, 129 bis 16, inciso sexto.

ta en el Registro de Aguas del conservador de Bienes Raíces correspondiente³².

4.3.3. Aguas Subterráneas

Se incorpora el remate para solicitudes de exploración de aguas subterráneas³³. Esta norma es positiva. Permite eliminar las colas que se producen en la actualidad para asignar este tipo de derechos.

En caso de alumbrar las aguas, quien las alumbre mantiene la preferencia para constituir derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y no procede el mecanismo de remate de ellos³⁴. En consecuencia, se está protegiendo el derecho de propiedad e incentivando la actividad de alumbramiento de aguas subterráneas.

Se otorga la posibilidad a la DGA para que declare de oficio como área de restricción un determinado acuífero³⁵. En la actualidad solo es posible declarar un acuífero como área de restricción, y comenzar a otorgar derechos de aprovechamiento provisionales (duran 5 años y posteriormente si no hay afectados son permanentes), a petición de un tercero.

Esta nueva facultad que se le otorga a la DGA puede ser utilizada discrecionalmente y con ello encarecer el recurso artificialmente. Cabe señalar que no está claro para distintos especialistas cuándo un acuífero determinado está o no saturado.

Adicionalmente, como se señaló, se incorpora la posibilidad de que exista remate de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas si existen dos o más interesados sobre las mismas y no hay disponibilidad para ambos³⁶. En este caso, el remate será cerrado entre los solicitantes, debido a las inversiones previas que hay que

³² Véase Art. 129 bis 16, inciso décimo.

³³ Véase Art. 58, inciso Segundo Nuevo.

³⁴ Véase Art. 58 bis.

³⁵ Véase Art. 65, inciso Segundo.

³⁶ Véase Art. 60 y artículo 144.

realizar. Esta modificación es positiva. En la actualidad, si dos personas piden un mismo derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas y han hecho las inversiones necesarias, no es posible asignar el recurso “vía mercado” entre ambos, lo cual sí se logra con la modificación propuesta.

4.3.4. Regularización de pequeñas solicitudes de agua (“Ley del Mono”)

Se incorpora un procedimiento simplificado para regularizar las solicitudes menores a 2 lts/seg en trámite, presentadas antes del 2000, para aguas superficiales y subterráneas. Se rebajan las exigencias de disponibilidad; esta se da por hecho³⁷.

Por otra parte, también se incorpora un procedimiento simplificado para constituir derechos de aprovechamiento permanentes sobre aguas subterráneas en captaciones o pozos que hayan sido construidos antes del 30 de junio del 2004, y cuyos derechos no hayan sido solicitados. Se establece que para las regiones I a RM, ambas inclusive, se constituirán derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas por un caudal de hasta 2 litros por segundo. Para las regiones VI a XII, se constituirán derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas por un caudal de hasta 4 litros por segundo. Dichas solicitudes podrán ser presentadas hasta seis meses después de la entrada en vigencia de la ley³⁸. En estos casos, se presume que el recurso está disponible y se establece un procedimiento simplificado de constitución del derecho.

Las mismas normas se exigen a los Comités de Agua Potable Rural (APR), pero se les requiere personalidad jurídica y no se le aplican los límites de caudal establecidos en el inciso primero del artículo 4° transitorio³⁹.

³⁷ Véase Art. 3° transitorio.

³⁸ Véase Art. 4° transitorio.

³⁹ Véase Art. 6° transitorio.

4.3.5. Caudal Ecológico Mínimo

En el proyecto de ley presentado por el Ejecutivo se señala la necesidad de conservar y preservar un caudal ecológico mínimo⁴⁰, objetivo que no se alcanzaría con el Código de Aguas vigente. Dicha responsabilidad se le otorga a la Dirección General de Aguas, organismo que deberá velar por la conservación de este caudal ecológico mínimo. Para ello deberá definir un caudal ecológico mínimo, el cual no podrá ser superior al 20% del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial.

El caudal ecológico mínimo solo es válido para nuevas solicitudes de derechos de aprovechamiento.

Se le otorga una facultad al Presidente de la República para que pueda, mediante decreto fundado, fijar caudales ecológicos mínimos diferentes, sin atenerse a la limitación del 20%, siempre que no afecte derechos de aprovechamiento existentes y previo informe favorable de la COREMA respectiva. En este caso, el caudal ecológico mínimo no podrá ser superior al 40% del caudal medio.

Asimismo, se establece que para casos de sequía o escasez, la DGA podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y sin la limitación del caudal ecológico mínimo⁴¹.

4.3.6. Nuevo Registro

El proyecto de ley establece que en el Catastro Público de Aguas existirá un nuevo registro que llevará la DGA, denominado Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Agua y otro denominado Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Agua No Inscritos en los Registros de Agua de los Conservadores de

⁴⁰ Véase Art. 129 bis 1.

⁴¹ Véase Art. 314.

Bienes Raíces Susceptibles de Regularización, para efectos de definir los derechos asignados no utilizados⁴².

Para elaborar dichos registros se obliga a los notarios y Conservadores de Bienes raíces a entregar la información a la DGA sobre las inscripciones y demás actos que se relacionen con los derechos de aprovechamiento de aguas y organizaciones de usuarios de agua en un plazo de 30 días. Sin perjuicio de ello, los titulares de los derechos tienen la obligación de inscribirlos en este nuevo registro. Con relación a los derechos de aprovechamiento de aguas no inscritos, no se podrá realizar respecto a ellos ningún acto ante la DGA, Superintendencia de Servicios Sanitarios y Comisión Nacional de Riego. También se obliga a las organizaciones de usuarios a informar sobre todas las mutaciones de dominio de los derechos de aprovechamiento.

No obstante, se deja claro que este registro no constituye propiedad. Se especifica que debe ser sobre las mutaciones de dominio de derechos de aprovechamiento no inscritos en los registros de agua de los Conservadores, ya que de lo contrario, puede ser que se duplique información y que se obligue a informar arriendos u otras transacciones menores.

4.3.7. Nuevas Facultades para la DGA y para el Presidente de la República

Se establecen nuevas facultades para la Dirección General de Aguas, quien podrá:

- (i) Eexigir la restitución al cauce natural de las aguas provenientes de obras de recuperación de terrenos húmedos o pantanosos si dichas obras perjudican a terceros.⁴³
- (ii) Ordenar la inmediata paralización de las obras o labores que se ejecuten en los cauces naturales de aguas corrientes o detenidas que no cuenten con la autori-

⁴² Véase Art. 122.

⁴³ Véase Art. 129 bis.

zación competente y puedan ocasionar perjuicios a terceros⁴⁴. Es decir se amplían sus facultades de vigilancia.

- (iii) Considerar medidas mitigatorias apropiadas en aquellas autorizaciones referidas a modificaciones o nuevas obras en cauces naturales que puedan significar una disminución en la recarga natural de los acuíferos, o por el contrario, denegar dichas autorizaciones⁴⁵.
- (iv) Limitar el derecho de aprovechamiento solicitado o concederlo bajo características distintas, si no existe equivalencia entre la cantidad de agua solicitada y el uso que se le dará, según las prácticas habituales del país. Esta facultad no se aplica si el derecho de aprovechamiento se asigna vía remate⁴⁶.
- (v) Impedir que se extraiga agua de los mismos cauces sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda, en el caso que no existan juntas de vigilancia legalmente constituidas. Para estos efectos, podrá requerir el auxilio de la fuerza pública⁴⁷.
- (vi) Supervigilar el funcionamiento de las organizaciones de usuarios, según lo dispuesto en el Código⁴⁸.

Asimismo, el Presidente de la República podrá disponer la denegación parcial de una petición de derecho de aprovechamiento cuando sea necesario reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua, o bien, tratándose de solicitudes de derechos no consuntivos y por circunstancias excepcionales y de interés nacional⁴⁹. El afectado por un decreto del Presidente

⁴⁴ Céase Art. 129 bis 2, inciso primero.

⁴⁵ Véase Art. 129 bis 2, inciso segundo.

⁴⁶ Véase Art. 147 bis.

⁴⁷ Véase las modificaciones al artículo 299.

⁴⁸ Véase las modificaciones al artículo 299.

⁴⁹ Véase Art. 147 bis, inciso tercero.

que disponga la denegación parcial de una petición de derecho de aprovechamiento podrá reclamar ante la Corte de Apelaciones de Santiago dentro de 30 días contado desde la fecha de su publicación⁵⁰.

4.3.8. Derechos Pendientes

Desde hace años que se han solicitado derechos de agua y la DGA no los ha otorgado como corresponde de acuerdo al Código, lo que ha generado una “cola” de demandantes.

De acuerdo a la ley, la DGA, en su momento, debió conceder los derechos a quien los solicitó, estando disponibles, si no se hubiere presentado oposición dentro del plazo que da la ley (30 días). En caso contrario, es decir, si se hubiesen presentado otros demandantes del mismo derecho, la DGA debió llamar a remate y adjudicar dichas aguas.

Nada de ello se ha hecho, lo que significa que hay una cantidad de solicitudes pendientes, algunas de las cuales son por los mismos derechos de aprovechamiento solicitados en períodos diferentes.

Lo que propone el proyecto es a través de un artículo transitorio declarar que para estas solicitudes pendientes rigen las nuevas disposiciones de esta ley; es decir, que procede el mecanismo de remate para asignar la solicitudes pendientes, tanto para derechos de aprovechamiento de aguas superficiales como subterráneas, si existe más de un interesado⁵¹.

4.3.9. Otras Modificaciones

- Se elimina la facultad del Presidente para extinguir derechos por no pago de la patente.
- Se establece que los conflictos que surjan en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento podrán ser re-

⁵⁰ Véase Art. 147 ter.

⁵¹ Véase Art. 1° Transitorio.

sueltos por la junta de vigilancia conforme a la normativa vigente o por un árbitro arbitrador⁵².

- En situaciones de sequía, se otorgan nuevas atribuciones a la DGA (como la posibilidad de no respetar el caudal ecológico mínimo, suspender las atribuciones de las juntas de vigilancia o autorizar extracciones de aguas sin contar con los derechos previamente⁵³).
- Se le otorga personalidad jurídica a las comunidades de aguas⁵⁴.
- Se simplifican los trámites para constituir las juntas de vigilancia⁵⁵.
- Se incorporan los derechos sobre aguas subterráneas a las juntas de vigilancia⁵⁶.
- Al declarar zona de prohibición, se originará una comunidad de aguas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidos en ella, por el solo ministerio de la ley⁵⁷. En la actualidad esta facultad únicamente existe para las áreas de restricción.

4.3.10. Principal Desacuerdo

El principal desacuerdo que existió durante la etapa de tramitación final de este proyecto se debió a la facultad que se le otorga a la DGA de poder limitar el derecho de aprovechamiento solicitado o concederlo bajo características distintas, si no existe equivalencia entre la cantidad de agua solicitada, lo cual deberá hacerse explícito en la memoria explicativa al momento de solicitar el derecho, y el

⁵² Véase Art. 185 bis.

⁵³ Véase las modificaciones introducidas al artículo 314.

⁵⁴ Véase las modificaciones al artículo 196.

⁵⁵ Véase las modificaciones al artículo 263 y 269.

⁵⁶ Véase las modificaciones al artículo 263.

⁵⁷ Véase las modificaciones al artículo 63.

uso que se le dará, según las prácticas habituales del país. La tabla de relación entre cantidad de agua solicitada para cada uso, lo determinará un Consejo de Ministros. (Obras Públicas, Minería, Agricultura y Economía)⁵⁸.

A pesar de que este vínculo entre cantidad de agua solicitada y uso solo se considera para la asignación inicial y no afecta las transacciones posteriores, la facultad concedida representaba el otorgamiento de una gran discrecionalidad y poder a la DGA, facultad que podía aplicarse en desmedro del mecanismo de remate. Adicionalmente, esta facultad no cumplía ningún rol, ya que el acaparamiento no se evita con ella.

Finalmente, se logró modificar esta facultad, de tal manera que ella no opera en caso que los derechos de aprovechamiento se concedan vía remate. Con esta reforma se logra aminorar, en gran medida, su impacto negativo.

⁵⁸ Véase Art. 140 y 147 bis.

V. CONCLUSIÓN

El perfeccionamiento y extensión del remate como mecanismo para asignar los derechos es el acuerdo más importante que se logró en la tramitación de este proyecto de ley. A pesar de que el Código actual permite asignar vía remate las solicitudes de derechos de aguas superficiales, en la práctica no se había llevado a cabo masivamente como método de asignación. Este mecanismo permitirá que sea el sistema de precios el que asigne el derecho a quien más lo valora, evitando una decisión discrecional de la autoridad.

No obstante los avances en esta materia, persiste en las reformas introducidas un cierto grado de discrecionalidad administrativa que podría generar una escasez aparente y encarecer artificialmente el recurso. Específicamente, en lo que dice relación con la posibilidad de que la Dirección de Aguas declare de oficio áreas de restricción y así congelar el otorgamiento de nuevos derechos permanentes de aguas subterráneas, reemplazándolos por derechos de aprovechamiento provisionales, los que transcurridos 5 años pueden transformarse en permanentes.

Por otra parte, la patente por no uso que introduce esta reforma al Código vigente, no es un buen mecanismo para incentivar la utilización eficiente del recurso y tampoco asegura que los derechos se asignen finalmente a quien más los valora. No se logra tampoco el objetivo de la autoridad al incorporarlo, que fue evitar el acaparamiento del recurso y su especulación. Luego de la discusión, se logró disminuir el efecto expropiatorio de la patente: inicialmente la patente representaba alrededor de un 13% de la inversión directa para el caso de derechos no consuntivos y se redujo a un 3% a 4%, aproximadamente.

Dado lo anterior, podemos afirmar que esta reforma al Código de Aguas introduce tanto elementos positivos, como otros, a nuestro juicio, negativos para la asignación óptima del recurso y el desarrollo futuro de las actividades que lo utilizan como insumo.

VI. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Anderson Terry L. y Snyder Pamela. "Water Markets Priming The Invisible Pump", CATO Institute, Washington DC, 1997.
- Cristi O., Vicuña S., T. de Azevedo L., Baltar A., (2000) "Mercado de Agua para Irrigación: Una Aplicación al Sistema Paloma de la Cuenca del Limarí, Chile". World Bank-Netherlands Water Partnership Program (BNWPP) Trust Fund: TF024014.
- Código de Aguas, aprobado por el Decreto 1.195, del 21 de noviembre de 1996, del Ministerio de Justicia. Editorial Jurídica de Chile.
- Domper, María de la Luz, "El Mercado del Agua: su Evolución en Chile y la Experiencia Internacional", Serie Informe Económico Nr. 103, marzo 1999. Libertad y Desarrollo.
- Indicación del Ejecutivo, texto oficio 140-339, del 18 de diciembre de 1998.
- Resolución 186 del 11 de marzo de 1996, de la Dirección General de Aguas, publicada en el Diario Oficial el 15 de marzo de dicho año.
- Ríos, Mónica y Quiroz, Jorge. "The Market for Water Rights in Chile", en World Bank Technical Paper 285, 1995 y en Cuadernos de Economía 97, Diciembre 1995, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Rosegrant y Gazmuri, "Reforming Water Allocation Policy Through Markets in Tradable Water", en Cuadernos de Economía 97, Año 32, pp. 291-315 (diciembre 1995).
- Schiller, Erin. "The Oregon Water Trust", Private Conservation Case Study, Center for Private Conservation, November 1998.
- Serie Opinión Económica Número 83, "Análisis del Proyecto de Ley que Modifica el Código de Aguas", de Mercedes Cifuentes y Pablo Kangiser, noviembre de 1996, Libertad y Desarrollo.

Serie Informe Económico

Últimas publicaciones

- N° 153** **Gestiones Municipales Innovadoras**
Bettina Horst (editora)
Diciembre 2004
- N° 154** **Diagnóstico de Fortalezas y Debilidades Co-
munales**
Bettina Horst
Marzo 2005
- N° 155** **Un Análisis de las Privatizaciones**
Rafael Sánchez
Marzo 2005