

REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS: PRINCIPALES CAMBIOS Y DESAFÍOS

- Tras casi 11 años de tramitación legislativa, el Congreso Nacional, con apoyo transversal, despachó el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas. La reforma introduce cambios significativos en relación a la normativa vigente. El reconocimiento expreso del derecho humano al agua y saneamiento, la priorización del consumo humano, la temporalidad de los derechos de aprovechamiento y su extinción por no uso, son algunos ejemplos.
- Sin perjuicio de varias modificaciones positivas, hay algunos aspectos que no quedaron bien resueltos. Por ejemplo, la temporalidad de los derechos de aprovechamiento, así como las limitaciones que se establecen a los mismos pueden desincentivar el óptimo aprovechamiento del recurso hídrico.
- Además, existen múltiples desafíos que requieren más bien una solución de gestión e institucional, como ocurre con el abastecimiento de agua potable en áreas rurales o respecto al fenómeno de sequía que atraviesa nuestro país. En paralelo, también habrá que estar atentos a la discusión sobre la regulación del agua en la nueva Constitución.

Tras casi once años de tramitación legislativa, el Congreso Nacional aprobó el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas (Boletín N°7543-12), estando pendiente su promulgación por parte del Ejecutivo. Cabe recordar que el proyecto se originó en una moción parlamentaria ingresada en marzo de 2011, pero fue recién el año 2014, tras el ingreso de una indicación sustitutiva de la ex Presidenta Bachelet, que se agiliza su tramitación. En enero de 2019, y estando el proyecto en segundo trámite en el Senado, el Presidente Sebastián Piñera formuló nuevas indicaciones¹. Desde entonces y tras casi tres años de debate parlamentario, una Comisión Mixta zanjó las diferencias entre la Cámara de Diputados y el Senado, elaborando un informe que fue respaldado transversalmente por ambas Cámaras².

¹ Ver Libertad y Desarrollo, Temas Públicos N°1400-1 y 1403-2.

² La Cámara de Diputados aprobó el informe de la Comisión Mixta por 129 votos a favor, mientras que el Senado lo respaldó por unanimidad.

PRINCIPALES MODIFICACIONES

En términos generales, el proyecto aprobado viene a introducir importantes modificaciones en relación a la normativa vigente. A continuación, relevamos algunas de ellas:

1. Limitaciones al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA) en función del interés público. La reforma aprobada reconoce que las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. Asimismo, que, en función del interés público, se constituirán DAA, los cuales podrán ser limitados en su ejercicio. Para estos efectos, se entenderán comprendidas bajo el interés público las acciones que ejecute la autoridad para resguardar el consumo humano y el saneamiento, la preservación ecosistémica, la disponibilidad de las aguas, la sustentabilidad acuífera, y en general, aquellas destinadas a promover un equilibrio entre eficiencia y seguridad en los usos productivos de las aguas.

2. Reconocimiento expreso del derecho humano al agua y de diversas funciones del agua, con prioridad en el consumo humano. El texto aprobado consagra que el acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado. Asimismo, establece que las aguas cumplen diversas funciones, principalmente las de subsistencia, que incluyen el uso para el consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia; las de preservación ecosistémica, y las productivas, estableciéndose, además, que siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y saneamiento tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas. A mayor abundamiento, la autoridad deberá siempre velar por la armonía y equilibrio entre la función de preservación y la función productiva que cumplen las aguas.

Respecto al derecho humano al agua, cabe hacer presente que actualmente está siendo objeto de debate en la Convención Constitucional (CC). En ese sentido, la norma aprobada por la reforma al Código de Aguas, que acota este derecho al agua potable y saneamiento, en línea con lo propuesto por los instrumentos internacionales, puede servir de base para dicha discusión. Adicionalmente, es importante tener en consideración que la Relatoría Especial de Naciones Unidas ha enfatizado que el carácter de derecho humano no implica que el suministro de agua sea gratuito y tampoco exige que el servicio de agua potable y saneamiento se provea únicamente por organismos estatales o públicos³. Sin perjuicio de lo anterior, su

³ Centro UC Derecho y Gestión de Aguas. “Aguas y nueva Constitución. Perspectivas y Propuestas” (octubre 2021), p. 15.

consagración a nivel legal en y la eventual nueva Constitución no conlleva necesariamente una mejor cobertura y calidad del agua potable. Bajo el ordenamiento jurídico vigente, y sin perjuicio de falencias y desafíos pendientes en relación a las áreas rurales, Chile ha alcanzado importantes niveles de cobertura y calidad de saneamiento y abastecimiento de agua potable para consumo humano⁴.

3. Temporalidad de los nuevos DAA. Una de las materias más controvertidas durante la tramitación legislativa de la reforma fue la duración y características de los DAA. Conforme al texto aprobado por el Congreso Nacional (nuevo artículo 6°), el DAA es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas, de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código. Dicho derecho se origina en virtud de una concesión, tendrá una duración de treinta años y se concederá de conformidad con los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento y/o de sustentabilidad del acuífero, según corresponda. En caso que la autoridad considere que el DAA deba otorgarse por un plazo menor, deberá justificar dicha decisión por resolución fundada. La duración del DAA se prorrogará por el solo ministerio de la ley y sucesivamente, a menos que la Dirección General de Aguas (DGA) acredite, mediante una resolución fundada, el no uso efectivo del recurso o que existe una afectación a la sustentabilidad de la fuente que no ha podido ser superada⁵.

Al respecto, y tal como hemos señalado en publicaciones anteriores, sin perjuicio de la prórroga automática que contempla el proyecto, la norma aprobada viene a debilitar el derecho de propiedad sobre los DAA. Lo anterior, por cuanto la Dirección General de Aguas (DGA) podría determinar el “no uso efectivo del recurso” o que “existe una afectación a la sustentabilidad de la fuente que no ha podido ser superada” para que no se prorrogue su duración, aspectos que pueden abrir cierto espacio a la discrecionalidad. En ese sentido, la certeza jurídica, y en especial, la duración indefinida de los DAA, han sido factores clave para promover inversiones en

⁴ Ver Libertad y Desarrollo, Reseña Constitucional N°1512, 20 de enero de 2022, “Derecho Humano al Agua”, pp. 7-8.

⁵ Nuevo artículo 6° inciso quinto: “De existir riesgo de que el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas pueda generar una grave afectación al acuífero o a la fuente superficial de donde se extrae o, en caso de que este riesgo se haya materializado, la Dirección General de Aguas aplicará lo dispuesto en los artículos 17 y 62, según corresponda. En caso de persistir esta situación, suspenderá el ejercicio de todos aquellos derechos que provocan el riesgo o afectación, lo cual, en el caso de los derechos que se encuentren en situación de ser objeto de prórroga, deberá ser considerado en la ponderación a que se refiere el inciso tercero, a objeto de determinar la continuidad, incluso pudiendo ser esta parcial”.

sectores de gran potencial para el crecimiento del país que dependen de manera importante del uso del recurso hídrico. A mayor abundamiento, consideramos que limitar los DAA no es necesariamente la solución a los problemas de abastecimiento hídrico, lo que pasa en gran parte por una mejor gestión del recurso.

4. Extinción por no uso de DAA. Relacionado con el punto anterior, la reforma contempla la extinción de los DAA. En efecto, la norma aprobada dispone que los DAA se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del recurso en los términos dispuestos en el artículo 129 bis 9°, el que se refiere y define a las obras de captación tanto de las aguas subterráneas, como superficiales, las que deberán ser suficientes y aptas para la efectiva utilización de las aguas, capaces de permitir su captación o alumbramiento, y su restitución al cauce, en el caso de los DAA no consuntivos. En el caso de los derechos consuntivos, el plazo de extinción será de cinco años, y en el caso de aquellos de carácter no consuntivos será de diez años. Estos plazos de extinción comenzarán a correr desde la publicación de la resolución que los incluya por primera vez en el listado de DAA afectos al pago de patente por no uso. Como se indicará más adelante, estos DAA también podrían caducar por su no inscripción dentro del plazo de 18 meses desde la publicación de la ley, en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces.

Adicionalmente, se establece que todo cambio de uso de un DAA -esto es, aquel que se realice entre distintas actividades productivas tales como la agropecuaria, la minería, la industria o la generación eléctrica, entre otras- deberá ser informado a la DGA en los términos que ésta disponga. El incumplimiento de este deber de informar será sancionado con una multa.

Por último, la reforma aprobada establece las reglas del procedimiento de extinción. Al respecto, la DGA, anualmente, dictará una resolución con el listado de los DAA, cuyos titulares no han hecho uso efectivo del recurso, que deberá publicarse en el sitio web institucional. Dicha resolución se notificará al titular, por carta certificada dirigida a su domicilio, en caso que se cuente con esa información, o al correo electrónico registrado, además de que deberá publicarse en el Diario Oficial⁶. El titular afectado tendrá 30 días, contados desde dicha publicación, para oponerse a dicho procedimiento, aportando toda la prueba que considere necesaria y pertinente para acreditar el uso efectivo del recurso, el que podrá prorrogarse por otros 30 días más. Vencido el plazo o su prórroga, la DGA podrá solicitar aclaraciones, decretar inspecciones oculares, pedir informes o realizar cualquier otra diligencia para mejor resolver. Completadas las diligencias, el funcionario a cargo del procedimiento tendrá

⁶ Esta redacción constituye una mejora en aras de asegurar el derecho al debido proceso en relación al proyecto aprobado por la Cámara de Diputados, en primer trámite, que contemplaba notificación por avisos.

30 días para emitir un informe técnico y propondrá un pronunciamiento al Director General de Aguas. El Director, por resolución fundada, resolverá el expediente de extinción de un DAA, pronunciándose única y exclusivamente sobre si procede o no la extinción. Contra dicha resolución, que, además de notificarse al afectado, deberá publicarse también en el sitio web institucional, procederán los recursos de reconsideración y reclamación, regulados en los artículos 136 y 137 del Código de Aguas (CA), los que suspenderán, por su interposición, los efectos del acto recurrido.

5. Aguas del Minero. Otra novedad incorporada por la reforma es en relación a las denominadas “Aguas del Minero”. En efecto, el proyecto aprobado dispone que las aguas halladas por los concesionarios mineros en las labores de exploración y de explotación minera podrán ser utilizadas por estos en la medida que sean necesarias para las faenas de explotación y sean informadas para su registro, dentro de 90 días corridos desde su hallazgo, a la Dirección General de Aguas, indicando su ubicación y volumen por unidad de tiempo y las actividades que justifican dicha necesidad. En caso de haber aguas sobrantes, igualmente deberán informarlas. El uso y goce de estas aguas se extinguirá por el cierre de la faena minera, por la caducidad o extinción de la concesión minera, porque dejen de ser necesarias para esa faena o porque se destinen a un uso distinto.

Adicionalmente, el uso y goce de estas aguas no podrá poner en peligro la sustentabilidad de los acuíferos o los derechos de terceros. En caso que se verifique una grave afectación de los acuíferos o a los derechos de terceros a consecuencia de estos aprovechamientos, la DGA limitará su uso.

Al respecto, es importante señalar que esta obligación de informar también rige para los titulares de pertenencias mineras y de concesiones mineras de exploración que estuvieren actualmente utilizando las aguas halladas en virtud de sus labores mineras, quienes tendrán un plazo de 15 meses contados desde la entrada en vigencia de esta ley, para informar a la DGA los volúmenes extraídos, con la forma y requisitos señalados previamente.

6. Modificaciones en materia de Patentes por No Uso (PNU). La reforma aprobada también introduce modificaciones en orden a incrementar las PNU. Así, por ejemplo, mientras el Código actual contempla que, tratándose de los DAA no consuntivos⁷, y

⁷ El artículo 129 bis 4° actual del Código de Aguas dispone que, tratándose de los derechos de aprovechamiento no consuntivos, en los primeros cinco años, la patente será equivalente, en UTM, al valor resultante de la siguiente operación aritmética: Valor anual de la patente en UTM = 0.33 X Q X H. El factor Q corresponderá al caudal medio no utilizado expresado en metros cúbicos por segundo, y el factor H, al desnivel entre los puntos de captación y de restitución expresado en metros. Luego, la norma contempla que, entre

consuntivos, desde el año 11° en adelante, la patente se multiplicará por el factor 4, la reforma aprobada plantea que entre los años 11° y 15° inclusive, la patente se multiplicará por el factor 4, y en los quinquenios siguientes su monto se calculará duplicando el factor anterior y así sucesivamente. De esta manera, se pretende duplicar las patentes cada cinco años en forma indefinida, lo que constituye un aumento significativo en relación a lo que existe actualmente. Dicho incremento puede afectar a sectores que requieren períodos de no uso para iniciativas con inversiones de largo plazo que pretenden usar el agua, como ocurre, por ejemplo, con el sector hidroeléctrico.

Adicionalmente, el proyecto de ley introduce nuevos casos de exenciones respecto al pago de la PNU. Así, estarán exentos del pago de la patente aquellos DAA inscritos a nombre de un comité u otra asociación de agua potable rural o de servicios sanitarios rurales, según corresponda; aquellos derechos que posean las empresas de servicios públicos sanitarios y que se encuentren afectos a su respectiva concesión hasta la fecha que, conforme a su programa de desarrollo, deben comenzar a utilizarse; aquellos DAA de los que sean titulares comunidades agrícolas; aquellos DAA destinados a fines no extractivos (fines de conservación ambiental, o para el desarrollo de un proyecto de turismo sustentable, recreacional o deportivo); aquellos DAA de ejercicio eventual, cualquiera sea su caudal, que sean de propiedad fiscal; y aquellos de los que sean titulares indígenas o comunidades indígenas.

Finalmente, y además del incremento del monto de las patentes, se contempla la posibilidad de extinción del DAA por no uso, si se cumplen los plazos indicados anteriormente.

7. Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en cuencas. Se establece que cada cuenca del país deberá contar con un Plan Estratégico de Recursos Hídricos tendiente a propiciar la seguridad hídrica en el contexto de las restricciones asociadas al cambio climático, el cual será público y deberá ser actualizado cada diez años o menos. Dicho plan deberá considerar diversos aspectos, tales como un balance hídrico que considere los derechos constituidos y usos susceptibles de regularización; un plan de recuperación de los acuíferos cuya sustentabilidad se encuentre afectada; un plan para hacer frente a las necesidades futuras de recursos hídricos con preferencia en el consumo humano, etc. Un reglamento del Ministerio de Obras Públicas (MOP) establecerá el procedimiento y requisitos específicos para confeccionar estos planes. Asimismo, se crea un Fondo para la Investigación, Innovación y Educación en Recursos Hídricos, dependiente del MOP, y que se ejecutará a través de la DGA, el

los años 6° y 10° inclusive, la patente se multiplicará por el factor 2; y desde el año undécimo en adelante, por el factor 4.

cual estará destinado a financiar las investigaciones necesarias para la adopción de medidas para la gestión de recursos hídricos y elaboración de los referidos planes.

8. Vigencia de los DAA reconocidos o constituidos con anterioridad y procedimiento de regularización. Los DAA reconocidos o constituidos antes de la publicación de esta ley, así como aquellos usos regularizados por autoridad competente conforme a la legislación actual, continuarán estando vigentes. Estos derechos sólo se extinguen por no uso (cinco años para los DAA consuntivos y diez años para los no consuntivos), sin perjuicio de que a su vez caducan por su no inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces (CBR). En efecto, los DAA constituidos por acto de autoridad competente y que a la fecha de publicación de esta ley no estuvieren inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del CBR correspondiente, deberán ser inscritos, a petición de sus titulares, en un plazo máximo de 18 meses desde la publicación de la ley, bajo sanción de caducidad. Asimismo, aquellos titulares de DAA constituidos por acto de autoridad competente, con anterioridad a la publicación de esta ley, que estén inscritos en el respectivo registro del CBR, pero que no estén incluidos en el Catastro Público de Aguas que lleva la DGA, deberán acreditar dicha inscripción a la DGA, dentro del mismo plazo de 18 meses, bajo sanción de multa.

Tratándose de pequeños productores agrícolas, el plazo para inscribir será de cinco años. Asimismo, la reforma contempla que no estarán afectos a la causal de caducidad, los DAA otorgados a los servicios sanitarios rurales; a las comunidades agrícolas; a los propietarios de áreas protegidas que no utilicen los DAA con el objeto de mantener la función de preservación ecosistémica en dichas áreas protegidas; y a los indígenas o comunidades indígenas⁸. No obstante, sí le será aplicable a los casos anteriores las multas por no inscripción en el Catastro Público de Aguas, excepto en el caso de los indígenas y comunidades indígenas.

DESAFÍOS PENDIENTES

La reforma al Código de Aguas aprobada, que logró concitar apoyo en todos los sectores políticos, viene a responder, sin duda, a una nueva realidad que dice relación con la menor disponibilidad de agua en el país. En ese sentido, las modificaciones apuntan a otorgar mayor seguridad hídrica, priorizando el consumo humano, agua potable y saneamiento por sobre otros usos y a introducir medidas con el fin de incentivar el uso de los derechos constituidos, entre otras. Sin perjuicio de lo anterior, y de las expectativas que existen entorno a las nuevas modificaciones, hay

⁸ Se entiende por tales los regulados en el artículo 5º del Código de Aguas y aquellos considerados en los artículos 2º y 9º de la ley N°19.253, respectivamente.

que tener presente que muchas de las falencias y desafíos que existen hoy en la materia, en especial para enfrentar el fenómeno de la sequía en nuestro país, requieren más bien una mejor gestión del recurso hídrico y de una institucionalidad robusta y coordinada en la materia, que esté acorde con las nuevas exigencias. En ese sentido, algunos cambios, como por ejemplo, la temporalidad de los DAA o su extinción por no uso, no constituyen necesariamente un avance en orden a resolver la problemática de la escasez hídrica, sino que, por el contrario, pueden incluso ser un desincentivo al desarrollo de actividades que suponen un uso intensivo del recurso.

Adicionalmente, también hay que considerar que actualmente se discute en la Convención Constitucional sobre la regulación del agua en la nueva Constitución. En este sentido, habrá que ver si el nuevo texto constitucional recoge y se basa en elementos de la reforma aprobada, como lo relativo a la consagración del derecho humano al agua acotado al abastecimiento del agua potable y saneamiento, o bien, introduce un nuevo régimen y nuevos elementos o limitaciones sustantivas para el aprovechamiento del recurso que implicarán cambios significativos en el marco jurídico aplicable y en la gestión del mismo, con el consecuente impacto en la población.