

MINUTA 69
2ª revisión de disposiciones resueltas por mayoría
Boletín 7543-12 Proyecto de ley de reforma al Código de Aguas

La Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento encargó a los asesores externos para la tramitación de esta iniciativa de ley, que revisara con los senadores de la minoría (RN-UDI), aquellos incisos donde no hubo unanimidad, a fin de evaluar si dicha minoría estaba disponible para cambiar su voto y respaldar a la mayoría o, previo a ciertas ediciones, proponer una nueva redacción para ser discutida y sancionada en dicha Comisión.

Toda vez que ya existían varias votaciones unánimes, se volvió a debatir artículos tales como el 6, 6 bis, 17 y 314, evaluando su consistencia o coherencia con las votaciones unánimes. En dichas reuniones participó el senador Galilea, en representación de los dos senadores de la minoría. Las 4 sesiones de trabajo se pueden sintetizar del siguiente modo:

A.- Falta de acuerdo:

A.1.- No hubo acuerdo para trasladar el inciso 1 de la primera disposición transitoria (que señala que los derechos antiguos son indefinidos y no temporales) al Art. 6° nuevo (que señala la temporalidad). Esta discusión fue más política que de técnica jurídica, pero hizo sentido que esa propuesta no se discutió por la Comisión ni fue objeto de votación. El Gobierno podría presentar una indicación sobre este punto, cuando se abra un nuevo plazo de indicaciones, luego de votarse en general.

A.2.- Tampoco hubo acuerdo sobre modificar el Art. 17 inciso 4, referido a que la DGA podría modificar el régimen de reparto de un río seccionado, de cumplirse ciertas condiciones. Hizo sentido que se discuta en una comisión técnica si el proyecto vuelve a ellas, luego de votarse en general.

B.- Acuerdo para votar unánimemente incisos que se votaron 3-2 con reserva de constitucionalidad, sin cambiar su redacción:

Se trata de las siguientes disposiciones que son de la esencia del proyecto de ley (temporalidad y extinción) y que se habían votado 3x2, contando varias de ellas con reserva de constitucionalidad, ya sea de los senadores Allamand y Pérez, como de los senadores Ebensperger y Galilea.

Artículo 6°, incisos 1 y 3 (en el inciso 2 se acordó suprimir una oración, tal como se verá más abajo)

#1 El derecho de aprovechamiento 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. El derecho de aprovechamiento se origina en virtud de una concesión, de acuerdo a las normas del presente Código o por el solo ministerio de la ley.

Mayoría de votos 3x2. A favor: H.S. Araya, De Urresti y Huenchumilla. En contra los H.S. Ebensperger y Galilea.

#3 La duración del derecho de aprovechamiento se prorrogará automática y sucesivamente, a menos que la Dirección General de Aguas acredite el no uso efectivo del recurso. De constatarse por el Servicio una afectación a la sustentabilidad de la fuente, se aplicará lo dispuesto en los artículos 17 y 62, según corresponda. Esta prórroga se hará efectiva en la parte utilizada de las aguas en consideración a lo dispuesto en el artículo 129 bis 9 inciso primero y a los criterios de sustentabilidad de la fuente de abastecimiento, sin que pueda exceder el plazo establecido en el inciso anterior.

Mayoría de votos 3x2. A favor: H.S. Araya, De Urresti y Huenchumilla. En contra los H.S. Ebensperger y Galilea.

Artículo 6 bis, incisos 1 y 3:

#1 Los derechos de aprovechamiento se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del recurso en los términos dispuestos en el artículo 129 bis 9. En el caso de los derechos de aprovechamiento 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 derechos de aprovechamiento afectos al pago de patente por no uso, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 129 bis 7. A este procedimiento de extinción se le aplicará lo dispuesto en el artículo 134 bis.

Mayoría de votos. 3 x 2. A favor Senadores Araya, De Urresti y Huenchumilla. En contra, Ebensperger y Galilea.

#3 Asimismo, la Dirección General de Aguas, a petición del titular del derecho de aprovechamiento, podrá suspender este plazo hasta por un máximo de cuatro años cuando, respecto de la construcción de las obras necesarias para la

utilización del recurso, se encuentre pendiente la obtención de una resolución de calificación ambiental, exista una orden de no innovar dictada en algún litigio pendiente ante la justicia ordinaria, o se hallen en curso otras tramitaciones que requieran autorizaciones administrativas. Lo dispuesto en este inciso regirá en la medida que en dichas solicitudes se encuentre debidamente justificada la necesidad de la suspensión, y siempre que se acredite por parte del titular la realización de gestiones, actos u obras de modo sistemático, ininterrumpido y permanente, destinadas a aprovechar el recurso hídrico en los términos contenidos en la solicitud del derecho.

[Mayoría de votos. 3 x 2. A favor Senadores Araya, De Urresti y Huenchumilla. En contra, Ebensperger y Galilea].

Artículo 314 (Decreto de escasez hídrica), incisos 1, 3, 5 y 7:

#1. El Presidente de la República, a petición y con informe de la Dirección General de Aguas, podrá declarar zonas de escasez hídrica ante una situación de severa sequía por un período máximo de un año, prorrogable sucesivamente, previo informe de la Dirección General de Aguas, para cada período de prórroga.

Votación mayoría de 3 votos (Ebensperger, De Urresti y Huenchumilla) y 1 abstención (Galilea).

#3. Declarada la zona de escasez hídrica, con el objeto de reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía, especialmente para garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia, de conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 5 bis, la Dirección General de Aguas podrá exigir, para estos efectos, a la o las Juntas de Vigilancia respectivas, la presentación de un acuerdo de redistribución, dentro del plazo de quince días corridos contado desde la declaratoria de escasez. Este acuerdo, deberá contener las condiciones técnicas mínimas y las obligaciones y limitaciones que aseguren que, en la redistribución de las aguas, entre todos los usuarios de la cuenca, prevalezcan los usos para el **consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia**, precaviendo la comisión de faltas graves o abusos.

Votación mayoría de 3 votos (Araya, De Urresti y Huenchumilla) y 2 abstenciones (Ebensperger y Galilea).

#5. Con todo, aquellas asociaciones de canalistas o comunidades de aguas que, al interior de sus redes de distribución, abastezcan a prestadores de servicios sanitarios, deberán adoptar las medidas necesarias para que, con la dotación que le corresponda por la aplicación del acuerdo de distribución, dichos prestadores reciban el caudal o los volúmenes requeridos para garantizar el consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia.

Mayoría 3 votos (HS Araya, De Urresti y Huenchumilla) y 1 abstención (HS Ebensperger).

#7 Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección General de Aguas podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas, destinadas con preferencia a los usos de consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia y la ejecución de las obras en los cauces necesarias para ello desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas, sin sujeción a las normas establecidas en el Título I del Libro Segundo y sin la limitación del caudal ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1. Las autorizaciones que se otorguen en virtud de este inciso estarán vigentes mientras esté en vigor el decreto de escasez respectivo.

- 3 votos a favor (HS De Urresti, Galilea y Huenchumilla) y 1 abstención (Ebensperger).

C.- Acuerdo para votar por unanimidad incisos sancionados por mayoría, con ciertas ediciones:

Artículo 6°, inciso 2: En este inciso hubo reserva de constitucionalidad de los 4 senadores (Allamand, Pérez, Galilea y Ebensperger) por infracción al Art. 19 N° 3 de la Constitución (Igualdad ante la ley), al plantearse que habría una discriminación contra los titulares de derechos consuntivos en su duración, ya que para los derechos no consuntivos se establecía un mínimo de 20 años. En un principio, el Gobierno insistió en que ese mínimo de 20 años corriera también para los derechos consuntivos. Finalmente, se acordó recoger nuestra propuesta de no asegurar un mínimo de 20 años ni para uno ni para otros, ya que la norma establece que estos DAA se otorgarán por 30 años, pudiendo ser menos por causa justificada y fundada. Se acuerda eliminar lo tarjado (la eliminación de esta discriminación positiva para las hidroeléctricas fue celebrada por Chile Sustentable en nuestras conversaciones):

#2 El derecho de aprovechamiento que se origina en una concesión será de treinta años, el cual 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 derecho de aprovechamiento deba otorgarse por un plazo menor, deberá justificar dicha decisión por resolución fundada. ~~Con todo, 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.~~

Mayoría de votos 3x2. A favor: H.S. Araya, De Urresti y Huenchumilla. En contra los H.S. Ebensperger y Galilea.

Artículo 314, incisos 8 y 9:

8. Para efectos del proceso de fijación de tarifas establecido en el decreto con fuerza de ley N° 70, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, se considerará que las aguas entregadas en virtud del presente artículo son aportes de terceros y tienen un costo igual a cero.

Mayoría de votos 3 (Araya, De Urresti y Huenchumilla) y 1 abstención (Ebensperger).

Se trata de inciso complejo. Sobre ello, Chile Sustentable manifestó su desconocimiento para argumentar sobre la conveniencia de mantenerlo, editarlo o suprimirlo. En su oportunidad fue una propuesta de la SISS, organismo que hoy lo considera deficiente y sostiene que el Código de Aguas no es el cuerpo legal para tratar tarifas y que los legisladores pueden, de acordarlo de ese modo, agregarlo en una disposición varia del proyecto que modifique el DFL 70, evitando, de ese modo, que existan disposiciones contradictorias

En la Mesa de trabajo se planteó tanto la idea de suprimir este inciso y, en su defecto, modificarlo. La redacción votada se refiere a “aguas entregadas en virtud del presente artículo”, sin embargo, en virtud de este artículo 314 no se entregan aguas, sino que a los servicios sanitarios rurales y urbanos se les beneficia con un mejor prorrateo de las aguas sobre las que ya tienen derecho (se les reduce menos que al resto).

Se propuso su supresión, pero no se hizo entrega de una minuta técnica de la SISS que lo fundara. Habrá que escuchar al Ejecutivo.

#9 Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco. No tendrán derecho a esta indemnización quienes recibieren una menor proporción de agua a consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en los incisos cuarto y sexto de este artículo.

Mayoría de votos 3 x 2.

Lo subrayado es lo que se agregó en el proyecto de ley. La primera oración sin subrayar corresponde a la disposición vigente del Código de Aguas.

A mi juicio, **el inciso 9 del proyecto es deficiente** porque:

- a) No es explícito en señalar que un titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería, de conformidad a las disponibilidades existentes, pueda accionar contra una Junta de Vigilancia, la Asociación de Canalistas o la Comunidad de Aguas (todos organismos privados), en el caso de que con dolo o por negligencia, hayan beneficiado a unos titulares de derechos a costa de otros. En ese caso, con esta redacción solo podrían reclamar contra el Fisco (sin perjuicio de que por aplicación supletoria de las leyes civiles podría intentar accionar contra esos organismos). Es por ello que proponemos eliminar de la primera oración el “por el Fisco”, dejando que, en general, tendrá derecho a demandar en tribunales.
- b) La excepción, de que no tendrán derecho a reclamar ante los tribunales una indemnización, tal como está redactada, puede tener problemas de constitucionalidad y además es poco práctica. Primero, es obvio que nunca podrían demandar indemnización del Fisco en el caso del inciso 4, toda vez que estaríamos frente a un acuerdo de reparto de la Junta de Vigilancia en situación de escasez, el que tiene el respaldo técnico de la DGA. ¿Por qué alguien podría demandar al Fisco por un acuerdo de privados, donde a consecuencia de ese acuerdo o de una acción

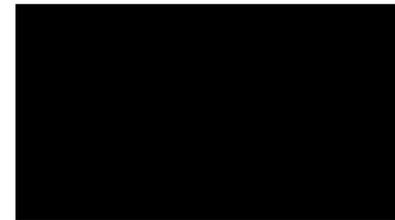
dolosa o negligente del celador de una bocatoma, un titular recibiese menos de lo que le correspondería? Peor aún, ¿por qué se exceptúa el inciso 4° y no el inciso 5°?. Extraña discriminación que atenta contra la igualdad ante la ley, toda vez que de hecho es más relevante el inciso 5° que el 4°, ya que el 4° se refiere a un acuerdo de la Junta de Vigilancia, mientras el 5 trata sobre la aplicación del acuerdo por parte de las poderosas asociaciones de canalistas. De aprobarse tal como está el texto, alguien podría pedir ser indemnizado por el Fisco porque una asociación de canalistas no implementó adecuadamente el acuerdo y no respetó los caudales preferenciales para una APR, por ejemplo.

- c) En el caso de que la DGA ordene el cumplimiento de las medidas que las Juntas no acordaron como debían o porque suspenda sus atribuciones para realizar directamente la redistribución de las aguas superficiales y/o subterráneas disponibles en la fuente, existen dos situaciones diferentes: 1) los titulares reciben menos aguas que la que les tocaría en un reparto proporcional porque se ha privilegiado el derecho humano de acceso a agua potable, saneamiento o el uso doméstico. Este es la verdadera razón de la norma y nunca podría solicitarse indemnización alguna; 2) reciben menos aguas porque la empresa que la DGA contrató para el reparto, por negligencia o por sobornos, favoreció a unos sobre otros. En este caso nos parece obvio que el afectado intente la vía judicial y la DGA siempre podrá repetir contra la empresa que estuvo a cargo de levantar y bajar barreras de las bocatomas.

En virtud de lo anterior, se propuso la siguiente redacción para este inciso (que fue conversada previo a la redacción de esta Minuta, con Chile Sustentable, entendiéndose todos los argumentos expuestos), que privilegia el resguardo de los usos preferenciales en todos los casos, incluyendo aquellos en que el reparto corresponda a las asociaciones de canalistas y comunidades de aguas, que hoy no se incluyen en la redacción, e incluyendo también la posibilidad explícita de que se pueda accionar en contra de las Organizaciones de Usuarios de Aguas y no solo contra el Fisco:

“Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado. Tendrán derecho a ser indemnizado por el Fisco aquellos titulares que reciban una menor proporción de aguas que la que les correspondería, de aplicarse por la Dirección General de Aguas las atribuciones que se le confiere en el inciso 6. En ambos casos, no corresponderá indemnización alguna si dicha menor proporción fuese a consecuencia de la priorización del consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia, en los términos que señala este artículo.”

Santiago, 30 de mayo de 2021



Carlos Estévez Valencia