



Los Errores en el Debate y la Verdadera Agenda en Materia de Aguas

Esta Reforma Constitucional es innecesaria, el Código Civil de 1857 reconoce que las aguas de nuestro país tienen carácter de bien nacional de uso público. Además, opera en Chile desde hace décadas un sistema de derechos de aprovechamiento de aguas que permite y asegura a pequeños agricultores, a la industria, minería y empresas sanitarias, que sus inversiones no sean expropiadas, otorgándoles un marco jurídico e institucional estable y confiable.

El Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet envió al Congreso una Reforma Constitucional en materia de aguas. Al revisar su contenido y los antecedentes que la acompañan puede constatar que contiene errores de diagnóstico de los verdaderos problemas que afectan esta área. De aprobarse, esta reforma perjudicaría a los pequeños agricultores.

La Reforma Constitucional Propuesta

La reforma que impulsó el último gobierno de la Concertación pretende darle reconocimiento constitucional a las aguas como bien nacional de uso público, cualquiera sea su estado (líquido, sólido o gaseoso).

La reforma permite también que a futuro se legisle de manera que el Estado pueda establecer limitaciones y obligaciones en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de agua. Eventualmente, podría incluso, legislarse respecto de su extinción. Adicionalmente, permite al Estado reservar caudales de aguas subterráneas y superficiales para asegurar la disponibilidad del recurso hídrico.

Lo primero que cabe cuestionar es la necesidad de esta reforma. El Código Civil de 1857 reconoce que las aguas de nuestro país tienen carácter de bien nacional de uso público. En consecuencia, el reconocimiento constitucional de las aguas no es necesario. En Chile opera desde hace décadas un sistema de derechos de aprovechamiento de aguas que permite y asegura a pequeños agricultores, a la industria, minería y empresas sanitarias, que sus inversiones no sean

expropiadas, otorgándoles un marco jurídico e institucional estable y confiable.

Entendemos entonces que el verdadero objetivo de la reforma constitucional propuesta, es devolverle algunas antiguas potestades a la administración pública, como son la posibilidad de extinguir y caducar derechos ya otorgados, y de regular la eventual pérdida de ellos por parte de su tenedor.

Consecuencias de la Reforma

Esta propuesta generará un importante daño para Chile:

- 1) Los principales usuarios de derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos¹ son los agricultores. Un 84,6% del uso consuntivo de los derechos de agua es para riego y 95% de estos usuarios son pequeños y medianos agricultores. Esta reforma podría dañar a alrededor de 300.000 agricultores.
- 2) Más del 70% de la capacidad hidroeléctrica del SIC (aproximadamente 3.500 MW) se ha desarrollado en los últimos 28 años, período en el cual ha estado vigente el actual Código de Aguas. En consecuencia, estaríamos arriesgando el futuro hidroeléctrico de Chile.
- 3) El sector minero, que utiliza un 4,5% de los derechos de agua consuntivos, se ha desarrollado fuertemente en los últimos 28 años: la inversión extranjera posterior a 1981 en el sector minero asciende a US\$ 22.500 millones aproximadamente.
- 4) Chile es un ejemplo a nivel mundial en términos de cobertura de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas servidas:
 - A nivel urbano, al 2008, la cobertura de agua potable era de 99,8% y la de alcantarillado era de 95,3%. En 1981, la cobertura de agua potable a nivel urbano era de 91,5% y la de alcantarillado era de 68,2%.
 -
 - En términos de tratamiento de aguas servidas, durante los últimos 20 años, desde 1989 al 2008, Chile avanzó de una cobertura de 8% a nivel nacional, a una de 82,6%.

Estas inversiones y los futuros desarrollos del sector sanitario se ven en riesgo si se debilita la institucionalidad de las aguas. Este sector utiliza alrededor de un 4,4% de los derechos de agua consuntivos.

La Verdadera Agenda en Materia de Aguas

1.- Mejorar la Información Respecto de las Transacciones de Derechos de Agua

Hoy existe la obligación para los Conservadores de Bienes Raíces de informar anualmente a la DGA todos los nuevos registros de derechos de aguas, lo cual incluye la compraventa de derechos. Se requiere mejorar la calidad de esta información ya que no se entrega completa, no se individualiza bien el derecho y no existe una estandarización de la información requerida. Además existen problemas con la velocidad de actualización de la misma y con su cobertura a nivel nacional, ya que sólo un 55,4% de los Conservadores de Bienes Raíces informa, en la RM informa un 58,3%ⁱⁱ.

La reforma constitucional propuesta creará problemas de inseguridad jurídica, ya que involucraría un cambio legal futuro que puede afectar los derechos constituidos. Esto afectaría negativamente a los pequeños y medianos agricultores, al sector sanitario, energético, minero e industrial de nuestro país.

Debiera generarse la tecnología para que una vez inscrito el derecho de aguas en el Conservador, éste quede automáticamente registrado en el Catastro Público de aguas.

2.- Facilitar el Funcionamiento del Mercado

Para ello se requiere:

- a) Agilizar el trámite de traslado del punto de captación. Actualmente la DGA es responsable de autorizar el traslado o cambio de punto de captación de las aguas, ya sean superficiales o subterráneas. Este trámite demora alrededor de un año, por lo que es preciso disminuir los tiempos de tramitación ya que entorpecen, en la práctica, las transacciones de derechos. Incluso se podría traspasar esta facultad a las Asociaciones de Usuarios.
- b) Que la DGA agilice la entrega de derechos a quienes los han solicitado.
- c) Un diagnóstico más detallado de los recursos de agua disponibles a lo largo de Chile.
- d) Mejorar la definición del derecho de propiedad: crear una política que incentive el traspaso a litros/segundo de los derechos expresados en proporción del caudal (acciones) de un río o de regadores.

3.- Mayor Fiscalización

Se requiere fiscalizar las extracciones ilegales de agua. Lamentablemente la DGA no cuenta con los recursos ni el personal para realizar esta fiscalización, por ello se propone que sean las Asociaciones de Usuarios del agua quienes se dediquen a esta labor. Ello requiere que se incentive su constitución legal.

4.- Concesionar la Distribución y el Transporte del Agua

Se requiere estudiar el tema de distribución y transporte de aguas. El sistema vigente carece de la flexibilidad necesaria para que opere el mercado. El sistema más habitual se basa en marcos partidoresⁱⁱⁱ. El problema es que las transacciones a veces implican modificar estos marcos, a fin de lograr la entrega de la nueva cantidad de agua al comprador. Modificarlos tiene un costo y eso limita o entorpece el funcionamiento del mercado. Adicionalmente, existen pérdidas importantes por conducción del agua. Por ejemplo, en cuencas de la IV región, esas pérdidas son mayores al 30% del total del agua distribuida. Hasta ahora estas pérdidas se han tratado de manejar mediante subsidios para mejorar esos canales. A estos subsidios postulan las asociaciones de canalistas. El efecto que ha tenido esta política es muy insuficiente y la mejora de canales se ha realizado a un ritmo lento. Una mejor solución es estudiar la posibilidad de concesionar al sector privado y a las asociaciones de canalistas la mantención y construcción de dichos canales.

5.- Implementar un Sistema de Participación Público Privada en Materia de Obras de Embalses de Menor Tamaño

6.- Solucionar los Problemas de Gestión

En la actualidad hay problemas de gestión que impiden el desarrollo de remates de derechos por no pago de la patente debido al no uso. El Código de Aguas vigente señala que en este caso deben rematarse dichos derechos. Sin embargo, el proceso se ha tornado burocrático y extremadamente largo por distintos motivos, como lo es el hecho de que los derechos muchas veces no están expresados en volumen por segundo, sino que en acciones.

En consecuencia, el problema de los remates de derechos por no pago de la patente se soluciona, por una parte, mejorando la definición del derecho de propiedad, lo cual es clave para que funcione el mercado, y por otra, simplificando el procedimiento.

7.- Problemas con las Asociaciones de Canalistas

En la actualidad existe una situación de entorpecimiento en el ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas para riego. Este problema radica en que hay quienes no se asocian voluntariamente a las asociaciones de canalistas, pero como existe la obligación de participar en subsidio, se produce la constitución judicial de ellas. En consecuencia, entran por defecto y en la realidad no son colaboradores de ellas. En la práctica afectan el funcionamiento de las asociaciones de canalistas.

Lamentablemente en la actualidad el amparo judicial ha fracasado porque los jueces letrados no son el tribunal apto para ver estos temas.

Es clave avanzar en lograr que se constituyan las Asociaciones de Canalistas y las Juntas de Vigilancia, ya que ellas pueden resolver muchos conflictos, lo que inclusive, en la práctica, ya hacen. Alternativamente, se podría estudiar si conviene o no crear Tribunales de Agua, como los que funcionan en Valencia, España. Se trata de tribunales especiales (3 miembros), de carácter arbitral, de juicios orales y con jurisdicción especial (podrían ser por región).

8.- Solucionar el Problema de Copiapó

En el norte de Chile, específicamente en la III Región, hay problemas de abastecimiento de agua. En su momento, la autoridad administrativa concedió más derechos de aprovechamiento de aguas que los recursos disponibles. Ello no generó problemas hasta ahora, debido a que con la aprobación de la reforma al Código de Aguas de 2005 que introduce una "patente por no uso" de los derechos de agua, se incentivó el uso de los derechos previamente concedidos. Esto se llevó a cabo con el fin de no pagar la patente, con lo cual, si no se toman medidas para solucionar el problema, el recurso agua presentará una seria amenaza de agotamiento en el mediano plazo. En efecto, según un estudio reciente (Estudio Golder, julio 2006), el déficit alcanzaría a 56 millones de m³/año. Respecto a esto, existen propuestas de solución y no se requiere legislar para ello: el actual Código de Aguas permite que ante escasez del recurso, todos los derechos de aprovechamiento de esa zona disminuyan en forma proporcional. Otras opciones de solución son alternativas que ya se han comenzado a estudiar como la instalación de plantas desalinizadoras de agua, fomento a las inversiones, programas de riego por avión, etc.

9.- Diseñar Nuevos Mecanismos de Mercado

Deben estudiarse, entre otros, mecanismos de mercado que permitan solucionar los conflictos entre los agricultores y las generadoras eléctricas. Asimismo, debieran implementarse mecanismos de mercado para resguardar el caudal ecológico.

10.- Analizar el Impacto que ha Tenido la Aplicación de los Factores de Uso

La DGA ha aplicado los denominados factores de uso, con lo cual se ha producido una diferencia entre los derechos nominales o de papel y los derechos reales, lo cual afecta la definición del derecho de aprovechamiento de aguas. El aplicar los factores de uso y el uso previsible del recurso^{iv} en el momento de la constitución del mismo, conducen a un mayor uso del recurso y hacen que el derecho nominal o de papel sea mayor al derecho real que tiene el propietario.

Se requiere un análisis de impacto sobre la utilización de factores de uso, por parte de la DGA, a la hora de realizar balances hídricos y de otorgar derechos.

La verdadera agenda en materia de aguas debiera contemplar: mejorar la información disponible respecto a las transacciones de derechos; facilitar el funcionamiento de su mercado; mejorar la fiscalización; concesionar la distribución y el transporte del agua; implementar un sistema de concesión de embalses y solucionar los problemas de gestión y de las asociaciones de canalistas, entre otros.

11.- El TDLC debiera Evaluar los Posibles Problemas de Concentración de los Derechos de Agua

Uno de los principales argumentos que ha existido a favor de la mayor intervención de la autoridad administrativa en la asignación del recurso agua, y que dio origen a la patente por no uso, dice relación con la posible existencia de concentración en la propiedad de los derechos de agua, lo cual afecta la entrada al mercado.

El organismo más adecuado para evaluar si hay o no concentración en un mercado y si dicha concentración representa o no una barrera de entrada al mismo, es el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, el

cual se ha pronunciado ya al respecto^v. Esto es más eficiente que el establecimiento de la posibilidad de caducar el derecho o la patente por no uso del recurso.

Norma Innecesaria

La facultad que incluye la Reforma Constitucional de reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar la disponibilidad del recurso hídrico, es innecesaria ya que el Código vigente permite al Estado reservar un caudal ecológico mínimo en los nuevos derechos que se constituyan. Se destina un porcentaje del caudal de la fuente de aguas superficiales para preservar y proteger la naturaleza y el medio ambiente (la ley establece un máximo de 20% el cual puede ampliarse en algunos casos al 40% del caudal medio).

Adicionalmente, el Código de Aguas vigente establece la posibilidad de que el Estado intervenga el recurso en casos de sequía. Es así como el artículo 314 del Código permite que el Presidente de la República, a petición o con informe de la DGA, pueda, en épocas de extraordinaria de sequía, declarar zonas de escasez por períodos máximos de seis meses, no prorrogables. En estos casos, y si no hay acuerdo de los usuarios para redistribuir las aguas, la DGA puede intervenir

en los cauces naturales de uso público, incluidos los canales que capten aguas de él, para reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía. Para ello puede suspender las atribuciones de las juntas de vigilancia.

En estos casos el Código contempla una indemnización a la cual tendrán acceso todos los titulares de derechos que reciban menor proporción de aguas que la correspondiente en conformidad a las disponibilidades existentes.

Finalmente, si el objetivo de esta reforma es intervenir las cuencas con el fin de reservar dicho recurso para otros usos, ya existe con la normativa vigente una solución a dicho punto: el Estado puede solicitar derechos de aprovechamiento como cualquier entidad o persona privada y participar en los remates respectivos.

Conclusión

Lamentablemente, la Reforma Constitucional propuesta permite la intervención por parte de la autoridad administrativa en la gestión de un recurso que es fundamental para la vida humana: el agua. De aprobarse, afectaría la gestión de los privados, principalmente de los pequeños y medianos agricultores, mientras nada asegura que la intervención estatal incentive un uso y aprovechamiento más eficiente y sustentable del recurso. Por el contrario, numerosos ejemplos en la historia de Chile demuestran lo contrario.

ⁱ El derecho consuntivo se refiere al derecho de consumo de aguas, sin que puedan reutilizarse superficialmente.

ⁱⁱ Habría que diagnosticar en qué medida se trata de Conservadores que no informan porque no tienen movimiento.

ⁱⁱⁱ Hay excepciones como el Limarí.

^{iv} Modificación introducida al Código de Aguas por la Ley Nº 20.017 de Mayo del 2005.

^v Véase, Resolución Nº 22 del 2007, Resolución Nº 30 del 2009 y Sentencia Nº 86 del 2009, del Tribunal de Defensa de la libre Competencia, en la página web: www.tdlc.cl