

PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS  
(Boletín N° 7.543-12)

OBSERVACIONES DEL CONSEJO MINERO ANTE LA COMISIÓN DE AGRICULTURA DEL SENADO  
6 de mayo de 2019

## INTRODUCCIÓN

- En junio de 2018 expusimos ante esta Comisión por el mismo proyecto de ley. En dicha oportunidad señalamos que compartíamos que se estableciera una prioridad para el uso del agua en favor del consumo humano y el saneamiento, así como varias otras disposiciones del proyecto que venía tramitándose. También sostuvimos que estimábamos positivos los anuncios del Gobierno sobre el envío de indicaciones destinadas a reafirmar la certeza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA).
- En aspectos específicos del texto que en junio de 2018 estaba en tramitación, hicimos observaciones sobre la regulación a las aguas del minero, el nuevo régimen de DAA con duración limitada, restricciones al cambio de uso de DAA, limitaciones retroactivas a los DAA y aplicación de caudal ecológico mínimo al traslado del ejercicio de DAA. También hicimos observaciones sobre la protección de glaciares.
- En esta oportunidad nos referiremos a la indicación sustitutiva enviada por el Ejecutivo. En términos generales se evidencia un cambio de énfasis, desde un proyecto de ley que en su tramitación fue enfocándose en el régimen de propiedad de los DAA, hacia una indicación sustitutiva que da mayor preponderancia a la gestión hídrica. Así, por ejemplo, la indicación deja de lado la idea de cambiar los DAA indefinidos por DAA entregados a un plazo máximo de 30 años y sujetos a caducidad, aunque persevera en el aumento de las patentes por no uso, al establecer que sigan duplicándose cada 5 años en vez de estabilizarse en el año 11. Un aspecto que claramente recoge la indicación del proyecto en tramitación es el interés por priorizar el uso del agua para consumo humano.
- A nuestro juicio, a diferencia del proyecto que venía tramitándose, donde no se percibía con claridad el diagnóstico de los problemas y su vínculo con las soluciones propuestas, en la indicación sustitutiva esto se logra de mejor forma, sin que ello signifique que estemos de acuerdo en todas las propuestas.
- En nuestras observaciones que presentamos a continuación nos referiremos, primero, al mandato más explícito que recibe la DGA para velar por la sustentabilidad de los recursos hídricos. Luego haremos observaciones a dos aspectos asociados a minería: aguas del minero y glaciares. Posteriormente daremos nuestras observaciones a modificaciones que estimamos pertinente revisar y terminaremos refiriéndonos a temas omitidos en la indicación sustitutiva.

## MAYOR PROTECCIÓN A LA SUSTENTABILIDAD DE LOS RECURSOS HÍDRICOS

- En la indicación sustitutiva se aprecia un particular interés en que se hagan aplicables las normas sobre sustentabilidad de los recursos hídricos, sobre todo en el caso de las aguas subterráneas. De acuerdo a la expresión de motivos que acompaña a la indicación, se *“busca que la aplicación de medidas y acciones para velar por la sustentabilidad de los acuíferos sean mandatorias para la DGA, y que se sustenten en argumentos técnicos y sin discrecionalidad.”*
- Lo anterior se ve reflejado en los cambios a artículos e introducción de otros nuevos, desde el 59 al 64 bis, donde destacamos la creación de un Panel de Expertos a cargo de hacer recomendaciones técnicas a la DGA.
- Estimamos que esto es fundamental. Muchos de los problemas de sobreexplotación de recursos hídricos se explican porque la DGA, teniendo las atribuciones para limitar la asignación y el ejercicio de DAA, no las ha aplicado a cabalidad, presumiblemente porque resultan políticamente conflictivos.
- También en la línea de proteger la sustentabilidad de los recursos hídricos, la indicación crea DAA con fines no extractivos (art. 129 bis 1A) e introduce un factor de racionalización en la asignación de nuevos DAA, a través de remates a todo evento (art. 142).

## AGUAS DEL MINERO

- A través de cambios al artículo 56 y la incorporación de nuevos artículos 56 bis y ter, la indicación busca modificar la norma sobre aguas del minero.
- En particular, el nuevo artículo 56 ter establece la obligación de informar las extracciones de aguas halladas en las labores desarrolladas por titulares de pertenencias mineras. No tenemos mayor problema con lo anterior, pues de hecho ya se informan a Cochilco y a la SMA para sus funciones de fiscalización de las RCA.
- Esta obligación de informar ya venía en el proyecto en tramitación, aunque en las últimas versiones se había añadido la obligación de informar *“las actividades que justifican la necesidad del agua”*, que podía llegar a interpretarse como una obligación de justificar las extracciones de agua, lo que abría un inapropiado espacio de discrecionalidad, ya que no se señalaban los criterios para resolver qué se entendería por una necesidad justificable.
- La indicación del Ejecutivo también toma del proyecto en tramitación el resguardo para que las extracciones de aguas del minero no pongan en peligro la sustentabilidad de los acuíferos o los derechos de terceros, para lo cual se faculta a la DGA a fijar limitaciones.
- Estamos de acuerdo con el objetivo resguardado, pero nos preocupa el tipo de limitaciones que pueda fijar la DGA. Dado que habitualmente las aguas del minero deben extraerse para no afectar la seguridad y continuidad operacional en rajos y túneles, es importante que las limitaciones que fije la DGA estén debidamente justificadas y permita a las faenas mineras proponer soluciones alternativas. Por ejemplo, de ser necesario para no poner en riesgo la sustentabilidad de los acuíferos o los derechos de terceros, la DGA podría permitir, tal como ya lo hacen varias RCA vigentes, que ante mayores extracciones de aguas del minero la faena reduzca sus extracciones de otros puntos asociados a DAA. También se podría dar la opción de extraer las aguas del minero y recargar el acuífero en otros puntos.

## PROTECCIÓN DE GLACIARES

- Sabido es que se están tramitando proyectos de ley sobre protección de glaciares, frente a lo cual el Consejo Minero ha señalado estar de acuerdo con el objetivo de protección, pero ha señalado que el instrumento adecuado no es la prohibición absoluta aplicada sobre definiciones amplias de glaciar que no se condicen con la opinión científica.
- A nuestro juicio, una protección adecuada de los glaciares se logra a través de: (i) el conocimiento y la investigación científica; (ii) su condición de bien nacional de uso público y la prohibición de constituir derechos de aprovechamiento en ellos; (iii) la obligación de ingresar al SEIA para cualquier proyecto que impacte glaciares; (iv) las normas sobre protección de la biodiversidad y áreas protegidas.
- Algunos de estos instrumentos de protección están plenamente operativos y otros en vías de estarlo.
- La indicación del Ejecutivo toma del proyecto en tramitación la prohibición de constituir derechos de aprovechamiento en ellos (art. 5). Entendemos que no persiste, además, en definirlos como bienes nacionales de uso público, porque eso ya está consagrado en la ley, desde el momento que el glaciar está formado por agua congelada.
- La indicación también propone que en el artículo 129 bis 3, la red de control de cantidad y calidad del agua de la DGA incluya a los glaciares. En el mismo sentido va el número 5 del nuevo artículo 293 ter sobre planes estratégicos por cuenca, al contemplar un programa quinquenal para la mantención e implementación de una red de monitoreo de calidad de los glaciares. Finalmente, al artículo 299 sobre atribuciones y funciones de la DGA se le añade la de mantener y operar la red de monitoreo e inventario de glaciares y nieves, con obligación de publicar esa información.
- Estamos de acuerdo con todas estas propuestas de la indicación.

## MODIFICACIONES QUE SUGERIMOS REVISAR

- Como señalamos en la introducción, si bien estimamos que la indicación sustitutiva hace un buen vínculo entre el diagnóstico de los problemas y las propuestas de mejoras en la gestión hídrica, no coincidimos con todas ellas.
- Ya mencionamos que se aprecia un particular interés en que se hagan aplicables las normas sobre sustentabilidad de los recursos hídricos, sobre todo en el caso de las aguas subterráneas. Sin embargo, echamos de menos una preocupación equivalente para las aguas superficiales. Al respecto, el texto que venía tramitándose contenía un cambio al artículo 17, estableciendo que cuando no exista una junta de vigilancia que ejerza la debida jurisdicción, si la explotación de las aguas superficiales por algunos usuarios ocasiona perjuicios a los otros titulares de derechos (porque no hay agua suficiente para todos), la DGA, de oficio o a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos. Estimamos que este cambio al artículo 17 era pertinente, por lo que sugerimos su reincorporación.
- Quizás una explicación para que el Ejecutivo haya omitido ese cambio al artículo 17 es su propuesta de cambio al artículo 314 referido a situaciones de sequía extraordinaria. La norma vigente establece para estas situaciones la declaración de zonas de escasez por períodos

máximos de seis meses, no prorrogables, lo que entre otras cosas habilita a la DGA a redistribuir el agua disponible. En el proyecto en tramitación se mantenía el alcance de corto plazo de la medida, cambiando los seis meses por un año, prorrogable por un período igual o menor. En cambio, la indicación sustitutiva propone que en la declaración de escasez se establezcan las condiciones para la vigencia de la medida, dando a entender que podría aplicar por un plazo extenso e incluso hacerse permanente. Es decir, la indicación sustitutiva parece confundir una situación excepcional y transitoria, que es la esencia del artículo 314, con una situación que puede ser más permanente o recurrente, como la del artículo 17.

- Nuestra sugerencia es mantener la distinción entre situaciones de sequía excepcional (art. 314) y situaciones más habituales o incluso permanentes en que no hay agua superficial suficiente para todos los titulares de DAA (art. 17), de modo que en estas últimas la DGA actúe de oficio para reducir a prorrata el ejercicio de los DAA, cuando las juntas de vigilancia no ejerzan su función.
- Por otra parte, la indicación propone formalizar por ley la Comisión Interministerial de Recursos Hídricos (art. 293 undecies). Al leer que en la expresión de motivos se alude al estudio del Banco Mundial de 2013 que identificó 102 funciones sobre gestión del agua a cargo de 43 servicios distintos, se podría pensar que viene un cambio institucional de una envergadura equivalente al problema. Sin embargo, en concreto la Comisión Interministerial se limita a coordinar programas, aprobar los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos y pronunciarse frente a un caso particular de discrepancia entre el Panel de Expertos y la DGA.
- Para ayudar a resolver la dispersión institucional es necesario que la Comisión Interministerial sea una instancia efectiva para dar coherencia a las decisiones cotidianas de los organismos públicos con atribuciones en materia hídrica.

#### TEMAS OMITIDOS

- Hay tres temas que echamos de menos en esta indicación sustitutiva: relación entre la aplicación del Código de Aguas y el SEIA, consideración de los efectos del cambio climático y creación de la Subsecretaría del Agua. Veamos los tres a continuación.
- Ya señalamos nuestro apoyo a que la indicación sustitutiva haga efectivamente aplicables las normas sobre resguardo a la sustentabilidad de los recursos hídricos, basadas en la limitación de las extracciones de agua a prorrata de todos los DAA. Sin embargo, tal como se desprende de la indicación del Ejecutivo, hoy dicha regla no se aplica con suficiente celo, dando origen a una sobreexplotación de recursos hídricos. Ante este escenario, por años la autoridad ha optado por cargar la mano a quienes se someten al SEIA, restringiendo en esa instancia la extracción de aguas del titular respectivo, aun cuando la escasez no sea de su responsabilidad, sino el resultado del desbalance agregado entre oferta y demanda hídrica. Así, sugerimos aclarar normativamente que en el SEIA no cabe imponer restricciones a las extracciones de agua de los titulares que se someten a él, sino que deben aplicarse, cuando corresponda, las normas de reducción a prorrata para todos los titulares de DAA (entre ellos quienes se someten al SEIA).
- En el mensaje que acompaña a la indicación del Ejecutivo se menciona seis veces la relevancia del cambio climático, pero en el articulado propuesto no aparece ni una sola vez. A nuestro juicio esta omisión debe ser corregida, asignándole expresamente a la DGA la obligación de considerar el cambio climático cada vez que proyecte la disponibilidad de agua de una fuente,

con las eventuales consecuencias en la activación de las restricciones a la extracción de agua de acuerdo a las reglas del Código. En otras palabras y relacionado con el comentario del punto anterior, no debiera esperarse que en el SEIA se restrinja la extracción de agua de un titular a partir de las proyecciones del efecto del cambio climático, sino que debiera operar el instrumental del Código de Aguas, en que la DGA (con las recomendaciones del Panel Expertos) determina esas proyecciones y actúa en consecuencia.

- Una antigua aspiración es que la responsabilidad pública sobre los temas hídricos pase de la actual Dirección a una Subsecretaría del Agua, adquiriendo mayor relevancia dentro de la jerarquía institucional. Entendemos que puedan existir varias alternativas para lograr esa mayor jerarquía, donde la Subsecretaría es solo una de ellas, pero el hecho es que la indicación sustitutiva no hizo mención alguna al respecto. Sería deseable que el Ejecutivo aclare si con la formalización legal de la Comisión Interministerial y la creación del Panel de Expertos da por cumplida la necesidad de reforzamiento institucional, o bien si asume que esta materia queda pendiente para otra reforma.

## RESUMEN Y CONCLUSIONES

- La indicación sustitutiva enviada por el Ejecutivo propone un cambio de énfasis, desde un proyecto de ley que en su tramitación fue enfocándose en el régimen de propiedad de los DAA, hacia un texto que da mayor preponderancia a la gestión hídrica, sin dejar de lado la priorización del consumo humano.
- En la indicación sustitutiva se aprecia un particular interés en que se hagan aplicables las normas sobre sustentabilidad de los recursos hídricos, sobre todo en el caso de las aguas subterráneas. Estamos de acuerdo con esto, porque muchos de los problemas de sobreexplotación de recursos hídricos en el país se explican porque la DGA, teniendo las atribuciones para limitar la asignación y el ejercicio de DAA, no las ha aplicado a cabalidad.
- Apoyamos que se obligue a informar las extracciones de aguas del minero y que esas extracciones no pongan en peligro la sustentabilidad de los acuíferos ni los derechos de terceros. Sin embargo, dado que las aguas del minero habitualmente deben extraerse para no afectar la seguridad y continuidad operacional en rajos y túneles, es importante que las limitaciones que fije la DGA estén debidamente justificadas y permita a las faenas mineras proponer soluciones alternativas.
- Coincidimos con todas las propuestas del Ejecutivo en materia de protección de glaciares.
- Estimamos pertinente reincorporar del proyecto que venía tramitándose, la atribución para que la DGA, de oficio y en un rol subsidiario de las juntas de vigilancia, pueda establecer la reducción del ejercicio de DAA superficiales, a prorrata de ellos, cuando la explotación de las aguas superficiales por algunos usuarios ocasione perjuicios a otros titulares de derechos. Además sugerimos mantener la distinción entre estas medidas y aquellas aplicables a casos de sequía excepcional.
- Consideramos insuficiente el rol que se le asigna al Comité Interministerial de Recursos Hídricos para resolver la dispersión institucional que hace años hizo ver un estudio del Banco Mundial.
- Solicitamos aclarar normativamente que no cabe imponer restricciones a la extracción de agua a los titulares de proyectos cuando se someten al SEIA, sino que, ante la afectación de la sustentabilidad de una fuente hídrica, se deben aplicar las normas del Código de Aguas para

limitar la extracción de agua a prorrata de todos los DAA (entre cuyos titulares están quienes se someten al SEIA).

- Recomendamos que, para efectos de aplicar las restricciones a la extracción de agua de acuerdo a las reglas del Código, la DGA deba considerar los efectos del cambio climático en sus proyecciones sobre la disponibilidad de agua, en vez de esperar que ello sea considerado solo para los proyectos sometidos al SEIA.
- Ante la ausencia de una propuesta de fortalecimiento de la DGA o creación de una Subsecretaría del Agua, sería deseable que el Ejecutivo aclare si con la formalización legal de la Comisión Interministerial y la creación del Panel de Expertos da por cumplida la necesidad de cambios institucionales, o bien si asume que esta materia queda pendiente.