

LIBERTAD



DESARROLLO

**Mitos en Torno al Agua:
los Reales Problemas en Materia de
Aguas y sus Posibles Soluciones**

María de la Luz Domper R.

27 octubre 2009

mdomper@lyd.com

Mito 1: “El Mercado de Aguas no Funciona”

- Los conservadores de bienes raíces tienen la obligación de informar a la DGA las transacciones de agua.
- En la página web de la DGA hay información hasta mediados de 2008. Aproximadamente informa un 58% del total de conservadores.
- Según estimaciones de la UDD en el año 2007 se realizaron un total de 7.539 transacciones de compra venta (sin contar herencias o sucesiones), y hasta mediados del año 2008, 4.862 transacciones.

MERCADO DE DERECHOS EN CHILE:

Porcentaje de los Conservadores de Bienes Raíces considerados en la Base de datos de la DGA 2005-2008

<i>Porcentaje de conservadores considerados en la base de datos de la DGA</i>	
Región	Porcentaje
I Región de Tarapacá	100.0%
II Región de Antofagasta	42.9%
III de Atacama	37.5%
IV de Coquimbo	69.2%
V Región de Valparaíso	72.0%
Región Metropolitana de Santiago	66.7%
VI Región del Libertador	69.2%
VII Región del Maule	64.3%
VIII Región del Biobío	50.0%
IX Region de la Araucanía	50.0%
X Región de Los Lagos	92.3%
XI Región de Aisén del General Carlos Ibáñez del Campo	40.0%
XII Región de Magallanes y de la	20.0%
XIV Región de los Ríos	14.3%
XV Región de Arica y Parinacota	0.0%
Promedio total	58.2%

Fuente: Proyecto Mercado Electrónico Para el Agua, INNOVA, DGA, UDD, PUC, ANDESS, SONAMI, BOLSA DE PRODUCTOS DE CHILE

MERCADO DE DERECHOS EN CHILE: Número de Transacciones por Año 2005-2008

<i>Numero de transacciones por año y región</i>				
Región	2005	2006	2007	2008
I	111	179	199	79
II	47	17	105	32
III	5	8	2	-
IV	639	626	465	186
V	777	847	759	441
VI	587	625	285	338
VII	1,106	1,677	1,505	493
VIII	545	745	892	371
IX	129	181	47	105
X	24	67	27	-
XI	-	8	2	2
XII	4	3	4	-
RM	935	1,638	1,240	807
Total	6914	8627	7539	4862

Fuente: Proyecto Mercado Electrónico Para el Agua, INNOVA, DGA, UDD, PUC, ANDESS, SONAMI, BOLSA DE PRODUCTOS DE CHILE

MERCADO DE DERECHOS EN CHILE:

Monto de Transacciones por Año

2005-2008

<i>Monto de transacciones por año y región (UF)</i>				
Región	2005	2006	2007	2008*
I	14,197	26,672	23,867	19,509
II	24,182	16,095	76,219	30,491
III	3	1,227	153	
IV	182,884	152,784	94,961	52,249
V	311,738	317,842	287,314	197,198
VI	237,851	328,306	135,420	124,353
VII	327,136	426,110	433,721	103,024
VIII	112,467	135,890	153,831	48,976
IX	34,756	20,600	4,234	27,310
X	7,864	21,507	19,957	
XI		2,634	598	15
XII	7,875	17	32	
RM	397,030	738,253	522,983	260,951
Total	1,659,988	2,189,942	1,755,294	864,075

* sólo parte del 2008

Fuente: Proyecto Mercado Electrónico Para el Agua, INNOVA, DGA, UDD, PUC, ANDESS, SONAMI, BOLSA DE PRODUCTOS DE CHILE

MERCADO DE DERECHOS EN CHILE:

Transacciones según tipo de Derechos

2005-2008

*Transacciones totales según tipo de derechos.
Años 2005-2008*

Región	Subterráneos	Superficial
I	38	530
II	13	188
III	7	8
IV	77	1,839
V	378	2,440
VI	148	1,685
VII	122	4,652
VIII	48	2,466
IX	12	449
X	4	114
XI	2	10
XII		11
RM	679	3,925
Total	1,528	18,317

Fuente: Proyecto Mercado Electrónico Para el Agua, INNOVA, DGA, UDD, PUC, ANDESS, SONAMI, BOLSA DE PRODUCTOS DE CHILE

Mito 2: “Existe guerra por el agua”

- No existe guerra por el agua gracias a que existen los derechos de aprovechamiento de las aguas que permiten “usar, gozar y disponer” de ellas en determinadas actividades productivas.
- No estamos en el “far west” (excepto la situación que viven los regantes).
- El problema es que hoy hay “derechos reales” y “derechos de papel”. Lo cual puede generar una guerra por el agua.

Derechos Efectivos y Derechos de Papel

- Los derechos de efectivos surgen por una mala asignación del recurso por parte de la DGA:
- La DGA ha aplicado los “factores de uso” (art.147 bis), los cuales establecen una proporción de uso anual (volumen anual de agua), dependiendo de la actividad productiva, inferior al derecho de papel o nominal.
- Esto se aplica en solicitudes de traslado. El problema es que, en algunos casos, el excedente se ha otorgado a otros interesados.
- Si todos usaran el derecho que tienen según su valor de papel o nominal, podríamos tener una “guerra de agua”.

Tabla Equivalencias entre Caudales de Agua y Usos

Se aplica a requerimientos de agua para:

- Consumo de agua potable
- Riego
- Minería metálica
- Minería no metálica
- Turismo
- Acuicultura
- Industria de alimentos
- Industria Textiles y cuero
- Industria de la madera
- Industria de papel y celulosa
- Industria Química y farmacéutica
- Industria de cemento, vidrio y cerámica
- Industria de producción de metales
- Fabricación de productos metálicos, maquinaria y equipos
- Centrales hidroeléctricas

Decreto 743 del 10 nov 2005

Requerimiento para Agua para Acuicultura	Valor	Unidad
Producción de Salmónidos	500.000	m3/ton
Producción de Trucha Arcoiris	300.000	m3/ton
Producción de Bagre	8.000	m3/ton
Producción de Camarón de Río	30.000	m3/ton
Producción de Langosta de Agua Dulce	70.000	m3/ton

Requerimiento para Agua de Riego

a) Fuentes Superficiales	Valor	Unidad
Demanda de agua para riego	2,5	l/s/ha
b) Fuentes Subterráneas		
Demanda de agua para riego	15000	m3/año/ha

Se afecta el derecho de propiedad...

- Mediante los factores de uso se está afectando el derecho de propiedad de manera encubierta...
- En efecto, al trasladar el derecho se “recorta” o se “poda” su uso.
- La facultad de aplicar factores de uso existe, para constituir el derecho, y sólo en aquellos casos en que éste no se adjudica vía remate.

Mito 3: “Existe Concentración en el Mercado de las Aguas”

Titularidad de los Derechos de Aguas no Consuntivos en Chile

EMPRESA	Concedidos (m3/seg)		Solicitados (m3/seg)	
ENDESA	4414	29%	861	6%
COLBÚN	4034	27%	888	7%
HIDROAYSÉN	3032	20%	-	-
OTROS	3645	24%	11737	87%
TOTAL	15125	100%	13486	100%

Fuente: Resolución 22/2007, Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

La concentración puede ser eficiente...

- Existe concentración en el mercado de derechos no consuntivos..., y el TDLC se ha pronunciado al respecto.
- No obstante, NO hay concentración en la propiedad de los derechos de agua CONSUNTIVOS, por la naturaleza misma de la actividad agrícola.
- En la actividad agrícola, si se diera concentración de derechos ésta podría incluso ser positivo dado que hay sinergias y eficiencias en la aplicación del riego por aspersión en predios de mayor tamaño. Para ello también tendría que existir concentración en la propiedad de la tierra.

Mito 4: La ley del Mono fue una buena solución...

- El objetivo del art. 4º transitorio (presentado por el Senador Ominami y el Ejecutivo) era permitir se regularizaran los derechos de pequeños agricultores (Indap), mediante la constitución de derechos de agua subterránea de forma simplificada.
- Los caudales a constituir eran de hasta 2lt/seg (1ª Región a la RM), y 4lt/seg (resto de las regiones).
- Requisito: que las captaciones se hubieren construido antes del 30 junio del 2004.

Las consecuencias son nefastas...

- Se presentaron 52.583 solicitudes de constitución de derechos de agua subterránea (150 m³/seg).
- Un 27% son solicitudes de pequeños agricultores Indap y 1,5% son solicitudes de comunidades indígenas (aprox. 15.000 en total). Los otros 2/3, ¿de quién son?.
- La DGA señala que es imposible constituir estos derechos sin afectar solicitudes ya otorgadas; muchas de las solicitudes están en áreas saturadas y de constituirse, se produciría la saturación y sobreexplotación de los acuíferos.

Se trata de una mala política pública...

- El art. 4º transitorio se salta todo el debido proceso de constitución de estos derechos: no se verifica exista disponibilidad del recurso, ni que éste no afecte a 3º previamente constituidos.
- El gobierno presentó un proyecto de ley, que actualmente está en discusión en el Congreso Nacional (Boletín 6681-01).
- Este prohíbe a la DGA constituir derechos de aguas en las zonas que indica. (excepto para Indap y comunidades indígenas).

Se trata de una mala política pública...

- El proyecto de ley puede afectar el derecho de propiedad... se trata de 37.583 solicitudes afectas a la prohibición.
- Bajo el argumento de que las aguas escasean se prohíbe la constitución del derecho.
- Los beneficiarios que cumplen con los requisitos y que solicitaron dichos derechos de acuerdo a la ley, tienen el derecho personal de exigir que la DGA constituya el derecho (no son dueños del derecho), y mediante este proyecto de ley se les quita este derecho sin indemnización.

Se trata de una mala política pública...

- Quedan muchas dudas:
 - ¿Quiénes con los que se quedan sin poder constituir el derecho?;
 - ¿Qué sucede con los derechos ya constituidos de esta manera? (no se debieran tocar)

Finalmente: ¿quién paga el costo político de este error de política pública?

Mito 5: Se requiere una reforma constitucional en materia de aguas...

- El Ejecutivo ha anunciado que enviará al Congreso Nacional una reforma que dará reconocimiento constitucional a las aguas como bien nacional de uso público, cualquiera sea su estado (líquido, sólido o gaseoso).
- Este reconocimiento constitucional no es necesario, puesto que desde el Código Civil de 1857, que las aguas tienen el carácter de bien nacional de uso público.

La Reforma Constitucional y la posibilidad de caducar el derecho

- La reforma también permite que a futuro se legisle de manera que el Estado pueda caducar una concesión de derechos de aprovechamiento de agua que previamente había otorgado de manera indefinida y que pueda regular la eventual pérdida de ellos por parte de quien los ostente.
- Pareciera ser que este es el verdadero objetivo de la reforma. Esta es la novedad: se le quiere devolver antiguas potestades a la administración pública.

No se justifican las nuevas potestades para la administración pública...

- La posibilidad de caducar el derecho de aguas responde al problema que ha surgido por el no pago de la “patente por no uso”.
- El código de aguas vigente señala que en este caso deben rematarse dichos derechos.
- El proceso de remate se ha tornado burocrático y largo por distintos motivos, uno de los cuales es que los derechos muchas veces no están expresados en vol/seg sino que en acciones.
- Entonces simplifiquemos el procedimiento y solucionemos el problema...

¿Qué se ha dicho respecto de la caducidad del derecho...?

- Respecto de los derechos ya concedidos, el ex Presidente, Sr. Ricardo Lagos, en su calidad de Ministro de OOPP, sostuvo:
- **“Los márgenes de maniobra son mínimos, porque no procede introducir a posteriori que el no uso conduce a la caducidad. Cuando se otorgó el derecho, no se estableció como condición su uso. Si con posterioridad el legislador establece que, para conservarlo hay que utilizarlo, se afectan derechos adquiridos, lo que implica una expropiación.”**

(Informe de la Comisión Especial Legislativa encargada del estudio de Régimen Jurídico de las Aguas sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas. Boletín N° 876-09, del 18 de marzo de 1997).

¿Qué se ha dicho respecto de la caducidad del derecho...?

- El señor Pablo Jaeger, en su calidad de Abogado Jefe del Departamento de Aguas, señaló: “originalmente, se incluían ambos instrumentos, la caducidad por el no uso y la patente. En el interior del Ejecutivo, se llegó a la conclusión de que los dos instrumentos eran constitucionalmente incompatibles. Las patentes pretenden amparar a la persona que no está usando las aguas de que, mientras la paga, ese derecho no se le puede quitar. No es posible gravar un mismo hecho jurídico -el no uso- a través de dos mecanismos distintos, la patente y la extinción”. (Informe de la Comisión Especial Legislativa encargada del estudio de Régimen Jurídico de las Aguas sobre el Proyecto de Ley que modifica el Código de Aguas. Boletín N° 876-09, del 18 de marzo de 1997).

La caducidad merece reparos constitucionales...

- Debido a que la perpetuidad es un atributo esencial del derecho de propiedad.
- Si se pierde este atributo, pasa a ser sólo un derecho de usufructo y no de dominio.

Mito 6: El código de aguas vigente no genera los incentivos adecuados...

- Entre 1981 – 2008 (28 años) se ha producido el 80.7% del cobre total producido en los últimos 59 años (1950 – 2008).
- La inversión extranjera en el sector minero posterior a 1981, asciende a aproximadamente US\$ 22.500 millones.
- El 71% de la capacidad hidroeléctrica instalada en el SIC al 2008 (4.909,7 MW) corresponde a inversiones realizadas en centrales hidroeléctricas entre 1981 y el 2008. (aprox. 3.500 MW). Lo cual equivale a US\$ 5.250 millones en inversión.

Mito 7: El Mecanismo de Remate es una buena forma de recaudar recursos (error conceptual)

- **Condiciones para aplicar el remate:**
 - “Existan 2 o más solicitudes sobre las mismas aguas
 - Y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos” (art 142), y
 - Existe agua disponible para la constitución de nuevos derechos.
 - Aguas superficiales: el plazo para presentar una solicitud sobre las mismas aguas es de 6 meses y el remate es abierto.
 - Aguas subterráneas: el plazo para presentar una solicitud sobre las mismas aguas es de 6 meses y el remate es cerrado.

Criterio económico del remate...

- Se usa como forma de asignar el recurso escaso a quien más lo valora..., que es quien tiene el proyecto más eficiente.
- No es una forma de recaudación de recursos para el Fisco.
- Generalmente el remate se asigna a quien paga el mayor precio “al contado”.

Ha cambiado su aplicación...

- Caso Río Manso: La DGA llamó a remate porque originalmente (año 80) habían dos interesados por las mismas aguas... Sin embargo, una vez aprobada la reforma al código sólo existía un interesado en dichas aguas... ¿debía aplicarse el mecanismo de remate si no existía competencia entre solicitantes en ese momento? (Contraloría dijo que NO, dado que debía haber disputa de los derechos...) ¿se usó el remate como una forma de recaudar recursos?
- Se han asignado derechos en remates con pagos en cuotas... ¿qué sucede si el adjudicatario no paga la 2ª ó 3ª cuota?- entonces NO se asignó el derecho a quien más lo valora.

¿Procede aplicar el remate?

- Otro caso:
- Si las partes interesadas llegan a un acuerdo sobre cómo repartirse las aguas ...
¿debe existir remate?
- No debiera, dado que no existe conflicto y las aguas alcanzan para ambos solicitantes.

Otros Problemas: Unidad de Medida

- Se debe expresar en lts/seg cada una de las acciones.
- No es fácil y dado que funciona en base a convenciones de las asociaciones de canalistas o de las comunidades de agua, una acción del mismo río puede tener dimensiones distintas dependiendo de la convención aplicada.
- Afecta también el traslado de los derechos de agua (cambio de punto de captación). Para hacer este trámite hay que tener registrado el derecho en el Catastro Público de Aguas. Esto es simple cuando existe sólo un dueño del derecho, pero cuando hay 5.000 regantes o más miembros de una comunidad de aguas es muy costoso.
- Afecta el remate por no pago de la patente por no uso.

Problema: las asociaciones de canalistas no funcionan

- Existe una situación de entorpecimiento en el ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas para riego. Esta es una situación especial de far west.
- Este problema radica en que hay quienes no se asocian voluntariamente en las comunidades de agua (o asoc. de canalistas), pero existe la obligación de participar en subsidio, si se produce la constitución judicial de ellas.
- En consecuencia, entran por defecto y no son colaboradores de ellas. En la práctica afectan el funcionamiento de las asociaciones de canalistas.

Problema: las asociaciones de canalistas no funcionan

- Lamentablemente en la actualidad el amparo judicial ha fracasado porque los jueces letrados NO son el tribunal apto para ver estos temas, los cuales implican, por ejemplo, visitas a terreno (para la inspección ocular), y muchas veces no tienen tiempo para llevarlas a cabo.

Solución: crear Tribunales de Agua

- Se propone 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).
- Se trata de Tribunales que resuelven problemas y conflictos prácticos en el ejercicio del derecho (no respecto del dominio del mismo).
- La autoridad podría hacerse parte en el juicio, a través del Director Provincial de Aguas, para representar el interés público.

POSIBLES SOLUCIONES...

Problema: Unidad de Medida

- Solución:
 - Crear una política que incentive que los derechos expresados en proporción del caudal (acciones) se traspasen a lts/seg.
 - La solución del problema de los remates de derechos por no pago de la patente, pasa por identificar los problemas que se están produciendo y darle solución a esos problemas.

Mejor Información sobre el funcionamiento del mercado

- **Mayor Velocidad:** para actualizar la información (de los conservadores) sobre transacciones en la página web de la DGA.
- **Mayor Cobertura:** a nivel nacional sólo un 58% de ellos informa (en la RM sólo un 67% de los conservadores informa). Habría que diagnosticar en qué medida se trata de Conservadores que no informan porque no tienen movimiento.
- **Mejor Calidad:** la información no se entrega completa, no se individualiza bien el derecho. Debiera estandarizarse la información requerida.

Conclusiones...

- El gobierno está abriendo una discusión que se cerró en su momento y está usando los mismos argumentos (Entrevista Ministro Bitar La Tercera, 26 octubre 2009):
 - Uso inteligente de los derechos: ¿es el Estado quien mejor puede determinar el uso eficiente de los derechos? No, tenemos el ejemplo del Transantiago.
 - Especulación: para eso se creó al Patente por No Uso (¿acaso no sirve para dicho fin?)
 - Concentración: en los derechos no consuntivos el TDLC se ha pronunciado al respecto y esta discusión no amerita para los consuntivos.

Conclusiones...

- Con la Reforma Constitucional propuesta No se solucionan los problemas reales existentes y se crea inseguridad jurídica, ya que la reforma constitucional involucra un cambio legal futuro que puede afectar los derechos constituidos.
- Los reales problemas son de mala especificidad de los derechos de agua antiguos y de que se otorgaron derechos donde y cuando no se debía.
- Todo lo cual indica que ha habido una mala aplicación del Código.

Muchas gracias...