

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2017



CENTRO DE DERECHOS
HUMANOS **udp**

FACULTAD DE DERECHO

Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales;
Tomás Vial Solar (editor general) / Informe anual sobre Derechos Humanos en Chile
2017

Santiago de Chile: la universidad: Centro de Derechos Humanos, Facultad de
Derecho de la universidad, 2017, 1ª edición, p. 472, 15 x 23 cm.

Dewey: 341.4810983

Cutter: In38

Colección Derecho

Incluye presentación de los Dres. Tomás Vial Solar y Lidia Casas Becerra
directora del Centro de Derechos Humanos de la universidad, notas al pie de página
y biografías de los autores del informe 2017.

Materias:

Chile. Derechos Humanos.
Derecho al agua potable. Chile.
Empresas, aspectos sociales.
Derechos del niño. Chile
Personas LGTBI. Aspectos jurídicos.
Inmigrantes, situación jurídica.
Multiculturalismo, Chile.
Derechos de pueblos indígenas.
Identidad cultural. Chile.
Privacidad.
Control de la policía.
Derecho de acceso a la justicia.

INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS EN CHILE 2017

©VV.AA.

©Ediciones Universidad Diego Portales, 2017

Primera edición: noviembre de 2017

ISBN 978-956-314-392-8

Universidad Diego Portales
Facultad de Derecho
Av. República 105
Teléfono (56-22) 676 2601
Santiago de Chile
www.derecho.udp.cl

Editor general: Tomás Vial

Edición: Vicente Parrini

Diseño: Marisol González

Impreso en Chile por Salesianos Impresores S.A.



Licencia Creative Commons: Reconocimiento – No comercial – Compartir igual: Los artículos de este libro se distribuyen bajo una Licencia Creative Commons. Pueden ser reproducidos, distribuidos y exhibidos bajo la condición de reconocer a los autores / las autoras y mantener esta licencia para las obras derivadas.

Las opiniones, análisis, conclusiones o recomendaciones expresadas en los artículos corresponden a las y los autores.

DERECHO AL AGUA, EMERGENCIAS Y RESPONSABILIDADES DEL ESTADO Y DE LAS EMPRESAS SANITARIAS¹²

- 1 Capítulo redactado por Macarena Contreras y Judith Schönsteiner.
- 2 El presente capítulo se enmarca en la investigación del Proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11150853.

SÍNTESIS

La falta de prevención en la garantía del derecho humano al agua potable ha significado, en los últimos años, cortes significativos de ese servicio para los usuarios. A la luz de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos y de los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre empresas y derechos humanos, de 2011, esta investigación pretende analizar en qué medida el Estado de Chile logra darles cumplimiento y, en este sentido, garantizar el derecho al agua potable en situaciones de emergencias. Esto es especialmente relevante en un contexto en el que –en teoría– la obligación de garantizar el derecho está repartida entre una Superintendencia y la empresa estatal, ECONSSA S.A. Debido al carácter económico, naturalmente monopolístico, que envuelve a la industria de agua potable, es fundamental que la normativa, la fiscalización, el acceso a la justicia y las instituciones relacionadas con su abastecimiento a la población, propendan a que las empresas concesionarias de este recurso, estatales y privadas, den cumplimiento a sus planes de inversión. En el presente estudio se muestra cómo la falta de prevención de futuros riesgos y desastres, la escasa fiscalización a las empresas, las multas que no constituyen un real incentivo de cumplir, el reducido acceso a la justicia y la reparación ante los cortes de agua y, en consecuencia, el incumplimiento de los estándares internacionales, traen como resultado la carencia de este imprescindible recurso y la vulneración por parte del Estado de su obligación de velar por un derecho trascendental –al agua potable– para el disfrute de otros derechos, como el derecho a la salud y o la educación.

INTRODUCCIÓN³

En los últimos años, hemos visto cómo en varias situaciones –de índole natural como los aluviones o por otros motivos como la ruptura de una matriz en Providencia–⁴ se afecta seriamente el suministro de agua potable. Los aluviones en la cordillera y en la precordillera, causados por intensas lluvias, durante y también fuera de las estaciones usuales, han llegado a volverse rutinarios. Desde el 2010, se han producido numerosos acontecimientos naturales, que se intensifican con los fenómenos climáticos de El Niño y de La Niña. Chañaral ha sido asolado por estos aluviones, al igual que diversas comunidades, por segunda vez en el lapso de un año y otras localidades han quedado aisladas por varios días. Entre el 2010 y el 2015, en todo el territorio nacional hubo 154.184 cortes de agua no programados, por un total de 26.761 días, afectando en promedio a 354 clientes por cada uno de los 154.184 cortes,⁵ principalmente a causa de la imposibilidad de seguir procesando las aguas superficiales de los ríos cuando adquieren un alto grado de turbiedad.

Lo anterior se suma a la amenaza al recurso hídrico de consumo humano provocada por las sequías, que se generan a raíz del cambio climático y la sobreexplotación de los recursos hídricos, especialmente en los territorios del centro y norte del país. Además, estamos ante una

- 3 Las autoras agradecen el valiosísimo apoyo de Marco Silva y Carlos Miranda, ayudantes del Proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11150853, en relación al rol de las empresas estatales. Además, agradecemos los aportes de Valentina Fuentes, ayudante del *Informe* y apreciamos los muy oportunos comentarios de Óscar Recabarren, Pablo Soto, Matías Guiloff y Rafael Mery a una versión anterior de ese texto. Los errores que puedan existir en el artículo son, obviamente, de nuestra responsabilidad.
- 4 La Superintendencia de Servicios Sanitarios culminó con la investigación respecto a este hecho y formulará cargos por la rotura de la matriz, la SISS imputó a la empresa la entrega de información manifiestamente errónea y el incumplimiento de instrucciones. Véase en los comunicados de prensa de la Superintendencia, 04 de agosto de 2017. Disponible en: <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-16636.html>
- 5 Véanse, SISS, Informes de Gestión 2010-2015, disponibles en www.siss.cl. No incluye datos de los cortes de Aguas Chañar del año 2015 ya que la SISS excluyó estos datos de su balance.

sobreexplotación y una seria afectación de las napas subterráneas y superficiales incluso en el sur de Chile.⁶

Parte de este problema quedó en evidencia en el *Informe 2013*, donde analizamos la situación de escasez hídrica en la provincia de Petorca. Recientemente, un fallo de la Corte Suprema estableció que una serie de derechos provisorios de aguas no podían ser otorgados por afectar derechos definitivos de otros, incluyendo pequeños agricultores de la Quinta Región interior.⁷ En total, solo un 6% de los derechos de aguas a nivel nacional han sido otorgados para la producción de agua potable.⁸ El 73% de las aguas dulces se usan para la agricultura, y el 13% en la minería.⁹

También debemos mencionar, como parte del contexto, la actual regulación de los recursos hídricos, especialmente el Código de Aguas, que no permite la priorización del consumo humano, ni siquiera en una situación de emergencia ni de una escasez momentánea o constante.¹⁰ Además, existe una desigualdad considerable en el consumo de agua potable: en el período 2007-2008, la mayor cantidad se utiliza en las comunas de Colina, Horcón, Las Condes, Pirque, San Antonio, San José de Maipo, Vitacura y Zapallar.¹¹ Durán observa, a partir de los mismos antecedentes y cruzándolos con datos de pobreza, que a mayor pobreza, mayor dificultad de acceso al agua potable, a pesar de la casi universal conectividad al suministro en el país.¹²

Más allá de la necesaria pregunta sobre si estos aluviones deberían ser razón para enmendar los planos reguladores sobre áreas aptas para vivienda e industria, y si ciertas localidades frecuentemente afectadas debieran ser reubicadas –que no contestaremos en este trabajo– surge una interrogante clave en relación al suministro de agua potable a corto, mediano y largo plazo. Así, en 2015, Caldés, ex gerente general de ECONSSA Chile S.A., identificó como uno de los factores claves para el “futuro de la industria [sanitaria]” que “[l]a escasez hídrica que

6 Véase DGA, Atlas del Agua, Chile 2016, p. 74, disponible en <http://www.dga.cl/atlasde-lagua/Paginas/default.aspx>.

7 CS, 3 de mayo de 2017. Véase también, Ciper Chile.cl: “Corte Suprema zanjó polémica disputa por derechos de agua en Petorca”, 4 de mayo 2017.

8 Véase datos en Plan Estratégico de Recursos Hídricos, p. 17.

9 *Ibíd.*

10 Véase para todos los puntos, Matías Guiloff, *Informe 2013*; Óscar Recabarren, “El Derecho de Aguas Chileno desde la óptica del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Medio Ambiente”, *Revista de Derecho Ambiental FIMA*, 2015, p. 109.

11 SISS, Mapas de consumo (datos de 2007/2008), disponible en <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-9097.html>.

12 Gustavo Durán, “Agua y pobreza en Santiago de Chile. Morfología de la inequidad en la distribución del consumo domiciliario de agua potable”, *Revista Latinoamericana de Estudios Urbano Regionales EURE*, vol. 41, no 124, 2015, pp. 225-246. Especialmente, pp. 232 y 237, confirmando los resultados con cifras del 2009. No pudimos obtener cifras más recientes.

se instaló en el país está afectando los sistemas de producción de agua en el norte y centro del territorio nacional, presionando el marco normativo y las tarifas, pero por sobre todo puede colocar en riesgo el abastecimiento de agua potable de la comunidad. Lo anterior [y otros factores] dejan al descubierto que el modelo requiere de algunos ajustes de adaptabilidad al nuevo entorno, y la industria debe ser más activa y elaborar propuestas para el nuevo ciclo. Este no es solo un tema que corresponde al regulador.”¹³ Caldés extraña una mirada a largo plazo de la industria y del regulador, así como inversión en I+D (investigación y desarrollo científico) para enfrentar estos desafíos y, más bien, constata por parte de esos actores “autocomplacencia e inmovilismo”.¹⁴

Parte de tal “autocomplacencia” se puede considerar el intento de las sanitarias de alegar la hipótesis de fuerza mayor. La única situación en la que se podría discutir la pertinencia de la hipótesis son los 13 días de corte de suministro ocasionados por el daño directo que generó un aluvión en una estación de procesamiento de agua en Ovalle cuando bajaba por el cauce del río Elqui.¹⁵ Es el único caso que, según la definición de debida diligencia del derecho internacional, podría parcialmente enmarcarse en la figura de fuerza mayor (véase sección 1.4). Incluso *ese* evento climático no fue considerado fuerza mayor por la SISS.

Las situaciones de emergencia –considérese solamente lo ocurrido en el Perú en 2017–¹⁶ muestran que los fenómenos climáticos relacionados van “avanzando” hacia el sur y, por tanto, son un factor de riesgo inminente para Chile. Estas situaciones amenazan el derecho al agua potable a pesar de una cobertura a nivel nacional de ese recurso de 99.8%, y de alcantarillado en un 100%.¹⁷ Ante ellas y frente a posibles situaciones como la contaminación masiva (accidental o intencional) de aguas que se usan para generar el suministro de agua potable, surge la pregunta respecto a si el sistema de servicios de agua potable y servicios sanitarios en Chile es capaz de prevenir violaciones al derecho al agua como lo define el derecho internacional de los derechos humanos. Esto es aún más grave en lugares cubiertos por el sistema de agua

13 Gabriel Caldés, *La Industria Sanitaria en Chile de cara al siglo 21*, Santiago, RIL Editores, 2015, p. 21.

14 Caldés 2015, *op. cit.*, p. 94-95.

15 Cámara de Diputados, *Informe de la Comisión Especial Investigadora acerca del rol de la Superintendencia de Servicios Sanitarios y de la Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A. (ECONSSA), respecto de los problemas generados por la empresa Aguas del Valle en el tratamiento y distribución de agua potable en la Región de Coquimbo*, 2 de enero de 2016, p. 57.

16 Véase INDECI Perú, Resumen de Temporada de Lluvias diciembre 2016-junio 2017, disponible en <http://www.indeci.gob.pe/emergencias.php?item=MjE0NQ>.

17 Según datos recogidos en Plan Estratégico Recursos Hídricos, p. 17. La faltante cobertura se concentra en áreas rurales semiconcentradas, afectando a 195.000 personas, lo que corresponde en estas áreas a una cobertura de solo 2%.

potable rural, ya que las cooperativas no tienen la capacidad de reaccionar – en cuanto a recursos y tecnología – a tales situaciones. En la presente investigación, sin embargo, nos enfocaremos en el agua potable urbana, sin perjuicio de que el derecho al agua potable y saneamiento, sin discriminación, es aplicable tanto al campo como a la ciudad.

En este contexto, es menester destacar que el derecho internacional de los derechos humanos no solo se enfoca en la compensación de los daños generados y en el acceso a la justicia, sino especialmente, en la *prevención* de las situaciones que afecten los derechos humanos. Este deber de prevención es particularmente relevante en relación a la protección del contenido básico o núcleo del derecho al agua¹⁸ y será también el enfoque de esta contribución.

Ciertamente, los casos de supuesta fuerza mayor que generan cortes en el servicio no son el único problema con relación al derecho al agua potable. Especialmente, la contaminación permitida del agua potable con metales pesados y arsénico –por contenido natural o generada por la actividad minera o industrial– merece un debate, ya que, en las ciudades del norte de Chile, solamente un 37,3% de los habitantes considera que la calidad del agua no afecta a la salud, mientras un 42,8% de los encuestados por la SISS sí piensa que la afecta.¹⁹

Además, es menester analizar las tarifas del agua potable como también el sistema de agua potable rural. Debido a las serias deficiencias que presenta el sistema tarifario del agua y particularmente, su abastecimiento rural,²⁰ este capítulo los abordará someramente. Aspectos como el sistema de aguas servidas, y la eficacia del control de RILES o la contaminación del agua potable generada por el uso de pesticidas y plaguicidas en el sector agrícola, aunque fueron considerados temas fundamentales del debate, no se podrán tratar en esta contribución.

18 Martin Scheinin, "Core Rights and Obligations", en: Dinah Shelton, (ed.), *The Oxford Handbook of International Human Rights Law*, OUP 2013, pp. 527-540. La obligación de prevención es un principio del derecho ambiental, vinculado íntimamente con el derecho al agua potable; véase, por ejemplo, Philippe Sands y otros, *Principles of Environmental Law*, Cambridge University Press, 2012, p. 200-202.

19 Notas 6 y 7 expresan "satisfacción", notas menos de 4, "insatisfacción"; véase SISS, Encuesta de Satisfacción de Clientes 2015, disponible en http://www.siss.gov.cl/577/articulos-16237_est_percep.pdf.

20 Solo mencionar que en la región de Atacama las tarifas del agua potable en concesiones de ECONSSA S.A. hubieran subido entre el 41 y 62% en 2016 si el Estado no hubiera asumido la financiación de obras de mejoramiento como una planta desalinizadora. Sin estudiar la situación mayormente, se puede decir que el Estado asumió su deber de garantizar el derecho al agua potable ante la imposibilidad de que lo hagan los privados. Véase ECONSSA Chile S.A., Memoria 2016, p. 26. Según Caldés 2015, *op. cit.*, p.121, con una priorización del agua de consumo humano, esta medida no hubiera sido necesaria.

METODOLOGÍA

La investigación se basa en métodos socio-jurídicos, identificados en las respectivas secciones. Como en Chile existen distintas formas a través de las cuales el Estado busca cumplir con su obligación de proveer agua potable a la población, la selección de casos se hizo considerando criterios que persiguen el afán de cubrir esta diversidad con la mayor fidelidad posible. Es por ello que, para el análisis detallado del sistema de provisión de agua potable en Chile, se seleccionaron distintos tipos de empresas, según régimen de fiscalización y supervisión y, finalmente, si existieran varias empresas de un mismo tipo, según tamaño, privilegiando las empresas con más clientes.

En este sentido, la muestra de empresas estudiadas incluye a ECONSSA S.A., como empresa estatal con funciones de fiscalización; Aguas del Valle S.A. y Aguas Chañar S.A., por los acontecimientos de aluviones en la IV región. En las regiones en las que ECONSSA S.A. no opera –Región Metropolitana, VII y X región– se seleccionaron las proveedoras más grandes: Aguas Andinas S.A. y ESSAL S.A., que será tratada como filial de Aguas Andinas. En la mayoría de las empresas sanitarias, el Estado es accionista minoritario con un máximo de 5% de las acciones a nombre de la CORFO; las implicancias jurídicas de esta participación se analizarán más abajo. Por último, mencionamos brevemente las Cooperativas de Agua Potable Rural, debido a su particular modo organizacional y por recibir colaboración técnica principalmente en el marco de la responsabilidad social empresarial de parte de grandes empresas.

La información se ha obtenido desde las páginas web de los actores involucrados, mediante entrevistas²¹ y solicitudes de acceso a la información pública.

Este capítulo procede de la siguiente forma: en la segunda sección –a continuación de esta introducción– se resumirán los estándares del derecho internacional de los derechos humanos en la materia. Luego se revisará someramente el marco legal (sección 3), incluyendo un breve resumen de los cambios que introduciría la reforma al Código de Aguas al sistema de agua potable y sanitario, y las políticas públicas para reaccionar ante emergencias así como el marco de fiscalización y acceso a la justicia con relación al derecho al agua potable. En seguida, se describen los distintos regímenes de servicios de agua potable y sanitarios en Chile que han sido creados mediante diferentes sistemas

21 Solicitudes de entrevistas a Aguas Andinas, ECONSSA, Andess, todas sin respuesta al 10 de julio de 2017. Las solicitudes fueron enviadas a distintos funcionarios / empleados, y reiteradas por lo menos dos veces, indicando que la negativa de otorgar una entrevista iba ser registrada en la investigación.

de privatización a través de concesiones, con una limitada facultad por parte del Estado de influenciar la conformación de los directorios de las empresas privadas, mediante una participación de un 1% que le otorga derechos de accionista minoritario (sección 4).

La descripción de ese sistema permitirá un análisis de sus distintos aspectos desde una perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. En definitiva, el objeto de esta investigación es, entonces, analizar la capacidad del Estado de garantizar efectivamente el derecho al agua, previniendo, según los estándares de debida diligencia aplicables, su afectación.

1. EL DERECHO AL AGUA EN EL DERECHO INTERNACIONAL²²

El derecho al agua potable y saneamiento ha sido reconocido por primera vez explícitamente en la Observación General N.º 15 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en 2002.²³ Esta Observación General se basa en los artículos 11 y 12 del PIDESC, donde se hace referencia al agua, pero sin conferir un estatus de derecho autónomo. Al crear un Relator Especial sobre el Derecho al Agua en 2008, el Consejo de Derechos Humanos se hizo cargo de ese reconocimiento internacional. En 2010, finalmente, la Asamblea General de Naciones Unidas adoptó la Resolución 64/292 que reconoce la existencia del derecho al agua y saneamiento.²⁴ Así, el derecho humano al agua fue reconocido directamente por los Estados, mientras en la Observación General N.º 15 se había desarrollado su alcance y contenido, en virtud de la función del Comité de proveer la “interpretación autoritativa” del PIDESC.²⁵

22 Véase, por ejemplo, Silvia Bertazzo, “La Tutela del Acceso al Agua Potable en el Derecho Internacional”, *Revista de Derecho, Coquimbo*, Año 22, N.º2, 2015, pp. 55-92, y Gonzalo Aguilar Cavallo, “The Human Right to Water and Sanitation: Going Beyond Corporate Social Responsibility”, *Utrecht Journal of International and European Law*, 29(76), 2013, pp. 39–64, y Gonzalo Aguilar Cavallo, “The Human Right to Water and Sanitation: From Political Commitments to Customary Rule?”, 3 *Pace Int’l L. Rev. Online Companion* 136 (2012).

23 Sobre estándares de *soft-law* en relación al derecho al agua potable, véase Takele Soboka, *The extraterritorial application of the human right to water in Africa*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 46 y ss.

24 Asamblea General de la ONU, A/RES/64/292 of July 28, 2010. 122 Estados votaron a favor, ninguno en contra. Se registraron 41 abstenciones, véase <https://www.un.org/press/en/2010/ga10967.doc.htm>.

25 Alexander Orakhelashvili, *The Interpretation of Acts and Rules in Public International Law*, Oxford / New York, Oxford University Press, 2008, p. 515.

1.1. Alcance y contenido del derecho²⁶

La Observación General de 2002 desarrolla el contenido y alcance del derecho, siguiendo la estructura básica de observaciones generales anteriores, y también la estructura de obligaciones que había derivado para otros DESC. Define obligaciones estatales generales, y algunas básicas de cumplimiento inmediato que son independientes de la disponibilidad de recursos económicos.²⁷ En cuanto al contenido, el derecho implica que el agua debe estar físicamente accesible; ser de calidad y culturalmente aceptable; estar en un lugar donde la seguridad física de las personas puede ser garantizada²⁸ y a un precio que no comprometa la capacidad de las personas de adquirir otros servicios básicos.²⁹ La OG también indica que el derecho debiera ser justiciable.³⁰

Mientras el carácter independiente del derecho al agua se ha criticado, hay buenos argumentos para confirmar esta autonomía.³¹ Incluso si se reconociera solamente el carácter subsidiario del derecho al agua, el contenido definido en la observación general es inevitablemente obligatorio para los Estados, ya que se extiende, en base al PIDESC, a la obligación de respetar, proteger y garantizar. El Comité explica al respecto: “La obligación de cumplir exige que los Estados Partes adopten las medidas necesarias para el pleno ejercicio del derecho al agua. Esta obligación comprende, entre otras cosas, la necesidad de reconocer en grado suficiente este derecho en el ordenamiento político y jurídico nacional, de preferencia mediante la aplicación de las leyes; adoptar una estrategia y un plan de acción nacionales en materia de recursos hídricos para el ejercicio de este derecho; velar por que el agua sea asequible para todos; y facilitar un acceso mayor y sostenible al agua, en particular en las zonas rurales y las zonas urbanas desfavorecidas.”³²

En cuanto al derecho a vivir en un medioambiente sano, el Estado necesita disponer de un sistema jurídico y de políticas públicas que permitan prevenir la contaminación de fuentes de agua potable;³³

26 Véase también secciones de estándares en Guiloff, *Informe 2013, op. cit.* y Recabarren 2015, *op. cit.*, p. 109, así como en Óscar Recabarren, “El estándar del derecho de aguas desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos y del medio ambiente”, *Estudios Constitucionales*, año 14, N°2, 2016, pp. 305-346.

27 Véase Martin Liber, “International Legal Discourse on the Human Right to Water and Sanitation from the Latin American Point of View”, *Inter-American and European Human Rights Journal*, 4(2011), 1/2, pp. 136-154.

28 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 15, El Derecho al Agua (Art. 11 y 12 del PIDESC), 2002, E/C.12/2002/11, párr. 12.

29 *Ibid.*, párr. 27.

30 Comité DESC, *op. cit.*, párr. 55.

31 Véase Soboka, *op. cit.*, capítulo 2.

32 *Ibid.*, párr. 26.

33 *Ibid.*, párr. 26.

protegerla contra el uso excesivo para otros fines;³⁴ definir la prioridad de su uso para el consumo personal;³⁵ asegurar su distribución no-discriminatoria entre la población³⁶ y “establecer mecanismos de socorro de emergencia”.³⁷ El derecho al agua potable y saneamiento está vinculado íntimamente a los derechos a la salud, a la vida y a un medio ambiente sano.³⁸ Los Estados deben adoptar un plan de realización completa del derecho al agua potable y saneamiento³⁹ y garantizar el derecho a la participación en su elaboración.⁴⁰

Sobre la prevención, los Estados deben regular el uso del agua potable de acuerdo a las obligaciones establecidas en el derecho internacional y resumidas en los párrafos anteriores; tomar todas las medidas legislativas y administrativas necesarias para lograr la prevención de la afectación del derecho al agua, ya sea por terceros, por los propios proveedores, o por acontecimientos naturales que son predecibles o cuyos efectos se pueden prevenir o mitigar.⁴¹ Las afectaciones más graves deben ser impedidas con disuasivos eficaces. En este sentido, las obligaciones de prevención se relacionan principalmente con las de debida diligencia del Estado y abarcan también la debida diligencia estatal en la fiscalización de quienes podrían estar violando el derecho al agua potable, y en proveer acceso eficaz a la justicia para las personas naturales que vean sus derechos vulnerados.⁴²

Además, las Directrices de la Subcomisión de Derechos Humanos del 2005, documento de *soft-law* emitido por una comisión de expertos de la ONU que pueden complementar la interpretación autoritativa del Comité DESC, reiteran que “los Estados debieran dar prioridad a entregar agua potable y saneamiento a los servicios e instituciones que están al servicio de grupos vulnerables, tales como escuelas, hospitales, prisiones y campamentos de refugiados”.⁴³ Además, debieran aprobar e implementar legislación que proteja el acceso de las personas a sus fuentes tradicionales de agua en áreas rurales.⁴⁴ En esta misma línea,

34 *Ibid.*, párr. 8, 28, 44b.

35 *Ibid.*, párr. 6.

36 International Water Courses Convention, Art. 10.2; Comité DESC, OG 15, párr. 6. Véase también Soboka, *op. cit.*, p. 53.

37 Comité DESC, *op. cit.*, párr. 44(c).v.

38 *Ibid.*, párr. 12(c), 13-15.

39 *Ibid.*, párr. 10.

40 Subcomisión de Derechos Humanos, Directrices sobre la realización del derecho al agua potable y saneamiento, Informe del Relator Especial Hadji Guissé, 2005, E/CN.4/Sub.2/2005/25, párr. 2.3(e).

41 *Mutatis mutandis*, Corte IDH, caso *Hacienda Brasil Verde contra Brasil*, sentencia de 20 de octubre de 2016.

42 Véase Cecilia Medina, *The American Convention on Human Rights*, Intersentia, 2016.

43 Subcomisión 2005, *op. cit.*, párr. 3.3.

44 Véase Subcomisión 2005, *op. cit.*, párr. 3.4.

la Subcomisión de Derechos Humanos señala que los Estados deberían adoptar medidas para prevenir el consumo excesivo y promover el uso eficiente del recurso, por ejemplo, mediante la educación pública, la diseminación de tecnologías apropiadas de ahorro de agua y, si es necesario, también medidas de restricción al uso del agua, siempre respetando el mínimo definido por el derecho internacional de los derechos humanos para el uso personal. En este sentido, el derecho al agua potable debería ser ejercido de manera sustentable para las generaciones presentes y futuras.⁴⁵

En relación al deber de protección, respecto a las empresas estatales, el Comité DESC señaló, además, que los Estados deberían dar pasos para prevenir que sus propios ciudadanos y empresas violen el derecho al agua de individuos y comunidades en otros países.⁴⁶

En cuanto a los servicios de agua potable que los Estados hayan decidido licitar o cuya administración está de otra forma entregada a terceros, el Comité DESC indica: “Cuando los servicios de suministro de agua (como las redes de canalización, las cisternas y los accesos a ríos y pozos) sean explotados o estén controlados por terceros, los Estados Partes deben impedirles que menoscaben el acceso físico en condiciones de igualdad y a un costo razonable a recursos de agua suficientes, salubres y aceptables. Para impedir esos abusos debe establecerse un sistema regulador eficaz de conformidad con el Pacto y la presente Observación general, que prevea una supervisión independiente, una auténtica participación pública y la imposición de multas por incumplimiento.”⁴⁷

El Comité hace hincapié en la obligación de no discriminación en relación al acceso al agua potable, reflejando así la cláusula recogida en el Art. 2 PIDESC. El acceso al agua potable limpia sin discriminación se encuentra mencionado, también, en el artículo 14.2(h) de la Convención CEDAW y en el artículo 24.2(c) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Asimismo, se consagra en el Art. 28.2(a) de la Convención sobre Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta misma Convención indica en su artículo 11 una norma específica sobre situaciones de emergencia, relevante para esta investigación: “Los Estados Partes adoptarán, en virtud de las responsabilidades que les corresponden con arreglo al derecho internacional, y en concreto el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos, todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad y la protección de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo, incluidas situaciones de conflicto armado, emergencias humanitarias y desastres naturales.”

45 Véase Subcomisión 2005, *op. cit.*, párr. 4.2 y 4.4.

46 Comité DESC, *op. cit.*, párr. 33.

47 *Ibid.*, párr. 24.

Es importante recalcar en este contexto que gran parte del derecho humano al agua no está sujeto a la progresividad, sino que –según el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General N.º 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud mental y física– constituye una obligación básica de cumplimiento inmediato.⁴⁸ Además, no se permite regresividad en relación a los DESC, y menos aún en cuanto a sus obligaciones inmediatas o “núcleo”.

En la reciente Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Mayores, ratificada por Chile, se reconoce el derecho al agua, indirectamente, como parte del derecho a vivir en un medio ambiente sano: “Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros.” (Art. 25).

Finalmente, en la Agenda 2030 sobre Objetivos de Desarrollo Sustentable con la que Chile se comprometió en el marco de las Naciones Unidas, el Objetivo 6 está directamente relacionado con el derecho al agua potable y saneamiento y proporciona una base internacional de políticas públicas para la garantía de este derecho. El Objetivo apunta a “garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos” e incluye dos metas relevantes para esta investigación: la eficiencia en la utilización de los recursos hídricos y “proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos”, para así, hasta el 2030, “lograr el acceso universal y equitativo al agua potable, a un precio asequible para todos”.⁴⁹

1.2. Responsabilidad de las empresas estatales

Las acciones y omisiones de las empresas estatales generan responsabilidad internacional del Estado en la medida que: a) cumplen una función gubernamental, por ejemplo, de regulación o fiscalización o b) están controladas por órganos estatales.⁵⁰

Los Principios Rectores de Naciones Unidas sobre Empresas y

48 Comité DESC OG N.º 14, párr. 43.

49 Objetivos de Desarrollo Sostenible, Objetivo 6, Garantizar la disponibilidad de agua y su gestión sostenible y el saneamiento para todos, disponible en <http://www.un.org/sustainabledevelopment/es/water-and-sanitation/>.

50 No podemos profundizar en este tema. Ver sobre la argumentación jurídica, Schönsteiner, Draft on Attribution, MPIL, 1 de diciembre de 2016, proyecto con financiamiento de Fondecyt de Iniciación N.º 11150853. Ver generalmente, Mikko Rajavuori, “How Should States Own? Heinisch v Germany and the Emergence of Human Rights Sensitive State Ownership”, *EJIL* Vol 26 N.º 3, 2015, pp.727-746; y en general, Jonas Dereje, *Staatsnahe Unternehmen. Die Zurechnungsproblematik im Internationalen Investitionsrecht und weiteren Bereichen des Völkerrechts*, Nomos, 2015.

Derechos Humanos (en adelante PR), son un instrumento de *soft-law* adoptado por el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, que también hace alusión a algunas obligaciones estatales en virtud de los tratados que han ratificado los países. En cambio, el Informe sobre Empresas Estatales del Grupo de Trabajo de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos reconoce que solamente las empresas del Estado tendrían la función “ejemplar” de mostrar cómo cumplir con el segundo pilar de los PR. Mientras esta interpretación merece su crítica desde el derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado,⁵¹ confirma que el estatus de las empresas estatales no es simplemente el mismo que el de las empresas privadas.

A la vez, el Principio 4 parece ir más allá de lo reconocido por el derecho de responsabilidad internacional del Estado cuando se refiere al criterio de “propiedad” como un factor relevante en relación a la creación de responsabilidades. El Principio Rector 4 indica: “Los Estados deben adoptar medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos de crédito a la exportación y los organismos de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, la debida diligencia en materia de derechos humanos.”

Es importante destacar que los PR en este sentido, y tal como señalamos, solo representan *soft-law*, y que las obligaciones jurídicas internacionales de los Estados derivan de las obligaciones convencionales y del derecho consuetudinario sobre atribuibilidad de responsabilidad internacional del Estado.

Sin embargo, no es solo el Principio Rector 4 el que se refiere explícitamente a las empresas estatales. Lo hace también el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que considera que existe una obligación de las empresas estatales y no solamente una responsabilidad de actuar ejemplar. Así, la Observación General 15 es más explícita y exigente en establecer que debe “abstenerse (...) de inmiscuirse arbitrariamente en los sistemas consuetudinarios o tradicionales de distribución del agua, de reducir o contaminar ilícitamente el agua, por ejemplo, con desechos procedentes de instalaciones pertenecientes al Estado”.⁵²

Cuando se trate de la prestación de servicios básicos tercerizados, el derecho internacional de los derechos humanos es muy claro en asignar la responsabilidad al Estado mismo; el PRS nuevamente es más vago en indicar que “Los Estados deben ejercer una supervisión adecuada con vistas a cumplir sus obligaciones internacionales de derechos humanos

51 Véase Schönsteiner *Informe* 2016.

52 Comité DESC, op. cit., párr. 21.

cuando contratan los servicios de empresas, o promulgan leyes a tal nivel, que puedan tener un impacto sobre el disfrute de los derechos humanos.”

1.3. Responsabilidad de las empresas privadas (Pilar II de los Principios Rectores)

Las responsabilidades empresariales están reconocidas como obligaciones en el derecho internacional. Este capítulo no se dedicará a discutir la crítica a esta realidad jurídica, a pesar de encontrarla acertada, considerando que organismos que gozan de un sinnúmero de derechos a nivel internacional deberían también aceptar las correspondientes obligaciones.⁵³

Lo establecido respecto a las obligaciones estatales indirectas –en relación a privados o terceros– sobre el derecho al agua potable y saneamiento está resumido, por ejemplo, en la Observación General 15 del Comité DESC: “A fin de crear un clima propicio al ejercicio de este derecho, los Estados partes deberán adoptar las medidas apropiadas para cerciorarse de que, al desarrollar sus actividades, el sector de la empresa privada y la sociedad civil conozcan y tengan en cuenta la importancia del derecho al agua.”⁵⁴ Más allá de esta obligación de debida diligencia del Estado, los PR reconocen una responsabilidad (no justiciable, no vinculante) de las mismas empresas en relación a los derechos humanos. Deben “respetar” los derechos humanos⁵⁵ y tratar de “prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.”⁵⁶

Así, las empresas debieran establecer un compromiso político a favor de los derechos humanos, adoptado “al más alto nivel” en la empresa.⁵⁷ Además, deben contar con un sistema que asegure el respeto de la debida diligencia empresarial, esto es, un proceso continuo que incluye “una evaluación del impacto real y potencial de las actividades sobre los derechos humanos, la integración de las conclusiones, y la actuación al respecto; el seguimiento de las respuestas y la comunicación de la forma en que se hace frente a las consecuencias negativas.”⁵⁸ La debida diligencia y las demás responsabilidades empresariales se extienden también hacia el derecho al agua potable y saneamiento, ya que este derecho se debe considerar parte de la Carta de Derechos Humanos.⁵⁹

53 Véase contribuciones en Jernej Letnar y Tara Van Ho (eds.), *Human Rights and Business: Direct Corporate Accountability for Human Rights*, Wolf Legal Publishers, 2015.

54 Comité DESC, *op. cit.*, párr. 49.

55 Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos, Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos, 2011, Principio Rector 11.

56 *Ibíd.*, Principio Rector 13.

57 *Ibíd.*, Principio Rector 16.

58 *Ibíd.*, Principio Rector 17.

59 Se consideran parte de esta Carta, la DUDH, el PIDESC y el PIDCP. Véase, también, Principio Rector 12.

Se entiende que las empresas deben prevenir las violaciones a los derechos humanos considerando la “capacidad de influencia” que tienen para “prevenir las consecuencias negativas”.⁶⁰ El comentario puntualiza, en relación a lo último, que “[u]na empresa que contribuya o pueda contribuir a generar consecuencias negativas sobre los derechos humanos debe tomar las medidas necesarias para poner fin o prevenir esa situación y ejercer su influencia para mitigar en la mayor medida posible otras consecuencias. Se considera que tiene influencia la empresa que sea capaz de modificar las prácticas perjudiciales de una entidad que provoque un daño.”⁶¹ Esto abarca también, tal como establecen claramente las Directrices de la OCDE para Empresas Multinacionales, temas de tráfico de influencia y corrupción.⁶² El Comentario a los Principios Rectores establece por su parte que “[l]os procedimientos de reparación deben ser imparciales y estar protegidos contra toda forma de corrupción o intento político o de otro tipo de influir en su resultado.”⁶³

En lo concreto, esta responsabilidad (que existe más allá de todas las obligaciones legales que las empresas sanitarias puedan tener en función del derecho nacional, y que son las que el Estado debe implementar para no violar sus obligaciones convencionales internacionales) es de las empresas, y se extiende a sus contratistas y sus cadenas de suministro.⁶⁴

Finalmente, el Estado debe garantizar el acceso a la información pública. El sector sanitario, por comercializar un bien que es fundamental para garantizar un derecho, está íntimamente relacionado con el interés público.⁶⁵

1.4. Fuerza mayor en el derecho internacional de los derechos humanos

Según el derecho internacional público, la fuerza mayor se refiere “a una fuerza irresistible o un acontecimiento imprevisto, ajenos al control del Estado, que hacen materialmente imposible, en las circunstancias del caso, cumplir con la obligación” internacional del Estado.⁶⁶ La interpretación de la cláusula es estricta, y en ningún caso el evento puede haber sido causado por el Estado que alega fuerza mayor, ni tampoco haber contribuido de forma alguna a su ocurrencia.

Deja incólume la obligación de debida diligencia que incluye la prevención del daño a los derechos humanos. Esta obligación se basa en el

60 Principio Rector 19.

61 Comentario al Principio Rector 19.

62 Véase OCDE, Directrices para Empresas Multinacionales, versión revisada del 2011.

63 Principio Rector 25.

64 Principio Rector 19.

65 Grupo de Trabajo del Protocolo San Salvador considera que toda la información relacionada con el cumplimiento del derecho, se debe considerar *per definitionem*, información pública; ver GTPSS, Indicadores de Progreso para la Medición de Derechos Contemplados en el Protocolo de San Salvador, párr. 18.

66 Comisión de Derecho Internacional, Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad Internacional del Estado del 2001, Art. 23.

conocimiento —o lo que debiera haber sabido el Estado— sobre los riesgos al goce de los derechos, y la adopción de todas las medidas razonables para enfrentar estos riesgos. En este mismo sentido, ha razonado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso *Öneriyildiz contra Turquía*. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido la obligación de debida diligencia del Estado ante acciones u omisiones de privados en el caso *Ximenes López contra Brasil*, aplicando estándares de responsabilidad internacional del Estado según el artículo 5 del Proyecto de Artículos, porque se trataba de servicios públicos privatizados. Aplicado al tema de esta investigación, el estándar de debida diligencia requiere que el Estado garantice el servicio que realice el derecho, de tal manera que sea conforme a sus obligaciones en virtud del PIDESC. No puede alegar falta de conocimiento para excusarse de no haber actuado diligentemente. Debe, por tanto, crear un sistema que le permita estar al tanto de los riesgos y posibles violaciones, tal como si fuera un servicio directo del Estado. Al mismo tiempo, en virtud de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos (PR 17), las empresas deben contar con un marco de derechos humanos y aplicar un enfoque preventivo y de debida diligencia que incluye la identificación y remediación de los riesgos a los derechos humanos, y la transparencia al respecto. La creación de este marco les permitirá también identificar cuáles serían las hipótesis reales de fuerza mayor y cuáles son los riesgos que deben evitar o mitigar en sus operaciones.

2. EL SISTEMA DE AGUA POTABLE EN CHILE

La primera observación que llama la atención es la dispersión de los actores políticos que en nuestro país están involucrados en temas de agua dulce. No hay un ministerio o una entidad coordinadora, sino varios ministerios ocupados de la materia —Ministerio de Obras Públicas, Ministerio de Agricultura, Ministerio de Medioambiente— que aún no disponen de una coordinación clara para este tema. Las políticas nacionales y estrategias nacionales sobre el asunto son de reciente data y aún no han logrado una visión integrada de los recursos hídricos desde el Estado. Esto tiene como consecuencia la ya mencionada falta de visión a largo plazo en materia de agua potable, además de la debilidad ante presiones particulares de ciertas industrias o actores con poder de influenciar las políticas públicas.

Las empresas sanitarias en Chile cumplen un rol fundamental en la sociedad, ya que están a cargo del abastecimiento de agua potable para todas y todos los habitantes del país.⁶⁷ Las empresas estatales y

67 DFL 382. Ley General de Servicios Sanitarios, Artículo 5 inc. 2.

municipales cubren un 4.3% de los servicios de agua potable, mientras las empresas privadas tienen, en total, un 95,7% del mercado. El 23% de la totalidad de clientes obtiene agua potable por parte de empresas privadas que operan, en comodato, una concesión administrada por una empresa estatal, ECONSSA Chile S.A. Las concesiones de Concepción, Valdivia, y Santiago (VIII, X, y RM) son las más antiguas y son directas, lo que implica que las empresas concesionarias son dueñas de los derechos de aguas relacionadas con la concesión. La creación de ECONSSA Chile S.A. con la figura de comodato responde a la preocupación del Estado por resguardar el patrimonio estatal.⁶⁸ Este objetivo debió compatibilizarse con “que los contratos de transferencias [de ECONSSA Chile S.A.] fueron concebidos para promover la posibilidad de que las empresas privadas se interesaran en la tarea de producción, distribución y tratamientos del agua.”⁶⁹

Por otro lado, las empresas sanitarias no solo responden a la necesidad del consumo de agua potable, sino que también, en su gran mayoría, cubren el rol de recolección, tratamiento y disposición de las aguas servidas.⁷⁰ Finalmente, varias de ellas se dedican a negocios asociados no regulados, como la venta de aguas servidas, o el aprovechamiento múltiple de aguas como consta en el convenio de Aguas Andinas con AES Gener, donde las aguas del río Maipo servirían para la generación eléctrica y, posteriormente, para el abastecimiento de agua potable de la Región Metropolitana.⁷¹ Estos negocios no regulados son la principal opción de crecimiento de las empresas, ya que el mercado del agua potable llegó principalmente a su máxima extensión, al alcanzar el casi 100% de cobertura. Consultada sobre la posibilidad de usos múltiples que se podrían dar a la misma agua, particularmente entre la generación de la energía eléctrica y la provisión de agua potable, la SISS respondió: “Son condiciones muy particulares las que se deben cumplir para llevarla a cabo, y estas no son necesariamente extrapolables a lo largo del país, y con menor probabilidad en las localidades del centro y norte de Chile, que es donde se detectan los mayores problemas de escasez del recurso hídrico.”⁷²

68 Informe de la Comisión Especial Investigadora acerca del Rol de la Superintendencia de Servicios Sanitarios y de la Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A. (Econssa) respecto de los Problemas Generados por la Empresa Aguas del Valle en el Tratamiento y Distribución de Agua Potable en la Región de Coquimbo, 12 de enero de 2016, p. 10.

69 Juan Latorre, Presidente del Directorio ECONSSA Chile S.A. en Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación, Periodo legislativo 2014 – 2018, Acta de la sesión ordinaria N° 102, de la 363a Legislatura, 12 de abril de 2017.

70 El tratamiento de aguas servidas no es objeto del presente estudio, solo en cuanto puede constituir un riesgo para la provisión de agua potable, por ejemplo, después de eventos de contaminación masiva por RILES.

71 Comisión Investigadora, p. 84.

72 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

2.1. Marco regulatorio general del agua potable en Chile

Todas las empresas sanitarias se rigen por el mismo marco regulatorio, sin importar su propiedad o constitución, donde presentan considerables diferencias. Como esta investigación está especialmente interesada en establecer la capacidad del sistema de garantizar el derecho humano al agua en situaciones de emergencia, también se revisará, dentro del marco regulatorio, las funciones de la ONEMI y de otras entidades gubernamentales que reaccionan en caso de emergencias, así como la coordinación entre las distintas instituciones públicas y privadas para estos efectos. Finalmente, se consideran las políticas públicas relevantes, en especial, las relacionadas a los recursos hídricos, riesgos y desastres, y de cambio climático.

2.1.1. Marco legal actual

La Constitución chilena no reconoce el derecho al agua potable y al saneamiento. Más bien, a nivel legislativo, y protegido por el derecho a la propiedad privada consagrado en el Art. 19 inciso 24° de la Constitución, se protegen “derechos de aguas” que están constituidos solamente por criterios de propiedad sobre una cierta fuente de agua dulce. En sus inicios, estos derechos fueron otorgados gratuitamente a quienes primero los inscribieron.⁷³ A pesar de lo anterior, por su carácter de mercado monopólico, el abastecimiento de agua potable (y el saneamiento que no es objeto de esta investigación) es una materia que se encuentra ampliamente regulada en la legislación chilena, aunque no lo sea en los parámetros del derecho humano al agua, como se mostrará en este capítulo.

En efecto, las empresas que entregan el servicio de agua potable y alcantarillado, funcionan siempre y a causa de un sistema de concesiones por territorio como un mercado monopólico con bandas de tarifas previamente acordadas entre el regulador y la concesionaria,⁷⁴ y se rigen en cuanto a su constitución por el derecho privado, ya que prácticamente todas son sociedades anónimas abiertas.⁷⁵ Gran parte del sistema está basado en la premisa jurídica de que los derechos de aguas que otorga el Código de Aguas son gratuitos y cedidos de manera indefinida y sin condicionamiento respecto al uso que se da al agua.⁷⁶ El artículo 147 bis inc. 3° de este Código, “faculta al Presidente de la República para denegar parcialmente una petición de derecho de aprovechamiento cuando sea necesario reservar los recursos hídricos

73 Recabarren 2015, *op. cit.*, p. 116 y 117.

74 Sean estas empresas estatales, con participación del Estado o, como en la mayoría de los casos, privadas.

75 Artículo 2, Ley 18.046.

76 Excepción son las empresas operadoras de concesiones de ECONSSA S.A., que reciben los derechos de agua en comodato, por tanto, permanecen en el Estado. Véase sección 4.1.

para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener agua. Pudiendo igualmente denegar las solicitudes de derechos de aprovechamiento de uso no consuntivo, cuando concurren circunstancias excepcionales y de interés nacional”.⁷⁷ La Dirección General de Aguas tiene la facultad similar de rechazar el otorgamiento parcial de los derechos si los caudales solicitados están “manifiestamente” fuera de equivalencia con el uso que se les pretende dar (Artículo 147 bis inc. 2º). No obstante, la norma no opera respecto a derechos otorgados con anterioridad⁷⁸ y, por tanto, la capacidad del Estado de tener acceso al agua en situaciones de emergencia es precaria.

Las distintas empresas sanitarias están sujetas a la normativa sanitaria sin distinción,⁷⁹ es decir, a las normas sobre cómo producir el agua potable, sobre el régimen de concesiones, sobre la fiscalización por parte de la SISS, y las relaciones de las concesionarias entre sí y con el Estado y los usuarios, respectivamente.⁸⁰ El Reglamento especifica normas sobre los Planes de Desarrollo obligatorios que las empresas deben presentar, definiendo las inversiones que harán en materia de desarrollo de infraestructura y tecnología; autocontrol y fiscalización en materia de calidad del agua potable y los subsidios de agua potable. Sin embargo, no define con precisión la mirada estratégica que estos planes deben tener. Este aspecto queda sujeto a la definición de protocolos internos de la SISS. Este marco normativo es el resultado de un proceso de privatización casi completo del mercado del agua potable, que se suma a la privatización de los derechos de aguas a partir del año 1981⁸¹ y que fue desarrollada a través de la SISS, creada por la Ley 18.902.

En tanto, la Ley 18.885, de 1990, faculta expresamente al Estado, a través de la Corporación de Fomento de la Producción, en adelante CORFO, y al Fisco, a desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado, para lo cual se dispone de sociedades anónimas (Art. 1 Ley 18.885). Después de establecer tres concesiones directas, con la respectiva pérdida de los derechos de aguas, el Estado cambió de modelo de privatización y creó una empresa estatal que daría en comodato los derechos de aguas y las instalaciones sanitarias, además de cobrar por la concesión.⁸² De acuerdo con el artículo 2⁸³

77 Recabarren 2015, *op. cit.*, p. 113.

78 *Ibid.*

79 Ley General de Servicios Sanitarios, Artículo 4.

80 Ley General de Servicios Sanitarios, Artículo 1.

81 Caldés 2015, *op. cit.*, pp. 21 y ss.

82 Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, Antecedentes generales, p. 10.

83 Ley 18.885 Artículo 2. El objeto de estas sociedades sería producir y distribuir agua potable, recolectar, tratar y disponer aguas servidas, y realizar las demás prestaciones relacionadas con dichas actividades en la forma y condiciones establecidas en los decretos con fuerza de ley N°s. 382 y 70, ambos del año 1988, del Ministerio de Obras Públicas.

de la normativa se crearon once empresas sanitarias estatales. Dichas empresas son las sucesoras legales del Servicio Nacional de Obras Sanitarias⁸⁴ y, en la constitución de cada una de estas empresas en sociedades anónimas, fue el Fisco de Chile el que a través de la representación de tesorería contaría con una participación de un 1% dejando el 99% restante a la CORFO.⁸⁵ Además, la Ley 18.885 permitió al Estado la creación de sociedades anónimas abiertas privadas para constituir las empresas de servicios sanitarios. Siendo sociedades anónimas abiertas, las empresas sanitarias serán obligadas –por la Ley sobre sociedades Anónimas, Ley 18.046,⁸⁶ como también por el DL 3.538 de 1980–,⁸⁷ a entregar la información requerida a la Superintendencia de Valores y Seguros y quedarán sometidas a su fiscalización.

Sin poder profundizar en esta temática aquí, el marco legislativo se complementa por la Ley de Tarifas de Servicios Sanitarios, DFL N° 70 del Ministerio de Obras Públicas, que regula la normativa principal con respecto al régimen tarifario aplicado a las empresas sanitarias. Lo más relevante es que estas tarifas se encuentran preestablecidas por períodos de cinco años, dentro de rangos predefinidos que toman en cuenta una serie de factores y se aprueban por la SISS.⁸⁸ El proceso de negociación de las tarifas es completamente confidencial, incluso los funcionarios de la SISS que no están directamente involucrados no manejan antecedentes de ello;⁸⁹ aunque se escuche al respectivo Consejo de la Sociedad Civil de la SISS en la elaboración de los términos de referencia, este no tiene acceso a toda la documentación, y no incide en cómo se cumplen estos términos de referencia en la negociación definitiva de la tarifa.⁹⁰ Esta falta de transparencia viola el aspecto participativo y de acceso a la información en relación al derecho humano al agua potable.

Para usuarios de menores recursos económicos, existe un subsidio al agua potable que se regula en la Ley de Subsidio al pago del consumo de agua potable y servicio de alcantarillado (Ley N.º 18.778 de 1989).⁹¹ No solo lo reciben familias que participan de Chile Solidario o programas similares, sino cualquier familia que gaste más del 3% de sus

84 Ley 18.885, Artículo 3.

85 Ley 18.885, Artículo 4.

86 Ley 18.046, Artículo 2. inc. 4º.

87 Decreto Ley 3.538, Artículo 3.

88 Véase también DFL. 453. Aprueba el Reglamento del DFL. 70 de 1988, del Ministerio de Obras Públicas, que establece la fijación de tarifas de servicios de agua potable y alcantarillado.

89 Comisión Investigadora, representante ANFUSSA, p. 89.

90 Entrevista Fernando Barcells, Director de Chile Ciudadano, 1 de junio de 2017.

91 Véase también el Reglamento de la Ley de Subsidio (DS del Ministerio de Hacienda N° 195/1998).

ingresos en agua potable.⁹² El Estado, en este sentido, se hace cargo de la obligación general que garantiza el acceso al derecho sin discriminación por el nivel de ingreso. Los municipios, además, son responsables de proporcionar el agua potable a los campamentos (Art. 52 DFL 382).

Finalmente, el Código de Aguas es relevante en cuanto proporciona la normativa sobre otorgamiento de derechos de aguas, que son necesarios inscribir para poder explotar una concesión de agua potable. Además, es la ley la que genera el contexto en el que opera el derecho al agua, ya que define los usos y derechos de quienes compiten con el consumo humano, especialmente, en situación de escasez o estrés hídrico. En Chile, el agua es un “bien nacional de uso público”, pero los derechos de aguas no conllevan costo o tarifa para quienes los detentan, o sea, para quienes directamente tienen derechos de aguas, este recurso es gratis. Es cierto que el proceso de privatización, en principio, no es contrario a lo que dispone el derecho internacional de los derechos humanos. Incluso, podría contribuir al cumplimiento con el derecho al agua potable si el Estado decidiera –como en Chile– operar a través de una alianza público-privada. Sin embargo, tal privatización y la correspondiente regulación se consideraría violación en el momento en que el derecho humano al agua potable se vea mermado.⁹³ Como mostraremos en la sección siguiente, este es el caso de Chile en la actualidad.

2.1.2. Propuesta de Reforma al Código de Aguas

Aunque se esté llevando a cabo una reforma a la regulación, como veremos, hoy nos vemos enfrentados a graves problemas que surgen de la normativa vigente, visto desde una perspectiva de derechos humanos: en la actualidad el Código permite “el libre ejercicio de los derechos de aguas, estableciendo plena libertad para el uso del agua a la que se tiene derecho”,⁹⁴ es decir, quien posea el derecho no requiere justificar el objetivo o la finalidad que le dará al recurso.

Es contraria al derecho internacional esta falta de prioridades de uso que se acentúa porque “al efectuarse una transferencia de derechos de aguas, no es necesario que el actual propietario mantenga el uso al cual

92 Véase <http://chilebeneficios.cl/subsidio-de-agua-potable/>. Sin embargo, esta regla no se encontró plasmada en la Ley 18.778 sobre Subsidios de Agua Potable, ni en la página del SISS. Véase <http://www.siss.gob.cl/577/w3-propertyvalue-3556.html>. Decreto Exento N°30 de 17, enero 2013, del Ministerio de Hacienda. La información en las páginas de municipios y SMAPA coincide en relación de esta información sobre el 3%.

93 Naciones Unidas. A/RES/70/169 Asamblea General, *Los derechos humanos al agua potable y el saneamiento*. Resolución aprobada el 17 de diciembre de 2015. Párr. 5 letra d).

94 María Ignacia Sandoval, “Ausencia de la regulación de usos prioritarios de las aguas en Chile: propuesta de modificación legal al Código de Aguas desde una perspectiva comparada”, *Justicia Ambiental. Revista de Derecho Ambiental de la ONG FIMA*, Santiago 2015, p. 138.

se destinaba el agua”.⁹⁵ Es notable que el Código de Aguas de 1951 sí contemplara una prioridad para el uso humano del agua dulce. Tal como se plantea, es posible afirmar que la asignación de este recurso se encuentra determinada por el mercado.⁹⁶ Lo anterior se observa a través de la normativa, específicamente si se efectúa “una interpretación armónica de los artículos 22⁹⁷ y 140 del Código de Aguas [se desprende de ellos que] la autoridad –en este caso, la Dirección General de Aguas– deberá constituir el derecho de aprovechamiento de aguas siempre que exista disponibilidad del recurso y que no afecten los derechos de terceros, indiferente del tipo de uso que se pretenda dar al recurso”.⁹⁸ La DGA no tiene la requerida discrecionalidad para rechazar una solicitud, ni siquiera por razones de interés público o para proteger un derecho humano, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 147bis del Código de Aguas.

Reconociendo el problema,⁹⁹ el proyecto de reforma al Código de Aguas cambiaría la normativa con respecto al derecho de aprovechamiento, toda vez que se busca asegurar el agua para el consumo humano, incluyendo el saneamiento y el caudal ecológico.¹⁰⁰ Se contempla la modificación del art. 5, letra b) del Código, agregando un nuevo inciso, el cual señalaría que “para estos efectos, se entenderá por 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 las actividades productivas”.¹⁰¹ El debate en el Congreso ha sido arduo y aún no se sabe si estas disposiciones se aprueban. En las últimas indicaciones del Gobierno al proyecto, del 12 de abril de 2017, la definición de prioridades del uso de aguas quedaría establecida como sigue: “Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, tanto en el otorgamiento como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento. La autoridad deberá siempre velar por la armonía y el equilibrio entre la función de preservación ecosistémica y la función productiva que cumplen las aguas.”¹⁰²

Las justificaciones o fundamentos de la presente modificación recaen en que, tal como ha sido reconocido de manera internacional,¹⁰³

95 *Ibíd.*

96 Guilloff, *Informe 2013, op. cit.*, p. 268.

97 Código de Aguas, Artículo 22.

98 Guilloff, *Informe 2013, op. cit.*, p. 268.

99 Informe de la Comisión de Hacienda recaído en el Proyecto de Ley que reforma el Código de Aguas. Boletín 7543/12, p. 5.

100 Ministerio de Medio Ambiente, Reglamento para la determinación del Caudal Ecológico Mínimo, 22 de mayo de 2012.

101 Informe de la Comisión de Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural recaído en el proyecto de Ley que reforma el Código de Aguas. Boletín 7543/12, p. 109.

102 Boletín 7543/12, artículo 5bis, indicaciones 12 de abril de 2017.

103 Véase Resolución Asamblea General 64/292, 2010, *op. cit.*

el acceso al agua potable es un derecho y como tal ha de ser reconocido por las disposiciones internas de nuestro país, y en este sentido parece no ser una enmienda tan controvertida como otras.¹⁰⁴ Los elementos restantes de la reforma no se pueden profundizar en esta oportunidad.

2.1.3. Fuerza mayor

Como el enfoque de esta investigación es el goce del derecho al agua potable en situaciones de emergencia, evaluaremos brevemente la normativa aplicable sobre fuerza mayor. En el derecho chileno, el criterio de fuerza mayor (o “caso fortuito”) no es muy distinto que en el derecho internacional general. Se considera dado cuando exista “el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público”.¹⁰⁵ Sin embargo, para servicios públicos –y, por tanto, también servicios privatizados– según el artículo 5º de la LGSS, se interpretan de manera restrictiva las causales de fuerza mayor.¹⁰⁶ Así, en la cuenta pública ante el parlamento, el 1 de junio de 2017, la Presidenta de la República indicó que no es fuerza mayor lo que está pasando en relación a los cortes de agua potable por aluviones y turbiedad de los ríos, porque “no podemos predecir las catástrofes naturales, pero sí podemos estar preparados para enfrentarlas. Y esta es una tarea del Estado, pero en la que las personas pueden ayudar (...)”.¹⁰⁷ La SISS especificó: “Por la naturaleza misma del servicio público sanitario, donde existe una empresa altamente tecnificada a cargo de la ejecución, reparación y reposición permanente de la infraestructura sanitaria, los hechos que pueden ser calificados como fuerza mayor son más bien escasos y poco habituales.”¹⁰⁸ Un solo argumento de caso fortuito había sido acogido por la SISS: trabajos por un tercero que ocurrieron en terreno de un tercero privado, donde la empresa sanitaria no pudo acceder para prevenir o mitigar inmediatamente. Se nota, entonces,

104 Véase Boletín N° 7543-12, proyecto de ley, mensaje del 17 de marzo de 2011, párr. 4.3. Véanse intervenciones de diputados y diputadas en debate de primer trámite constitucional, 22 de noviembre 2016, disponible en <http://www.camara.cl/pdf.aspx?prmID=12203%20&prmTIPO=TEXTOSESION>. Véase, también, varios panelistas en Seminario CLAPES UC, enero 2017, confirman que Proyecto de Ley se inspira (discursivamente y en el contenido) en el derecho humano al agua potable y saneamiento.

105 Código Civil, Artículo 45.

106 Agradecemos esta observación a Pablo Soto.

107 Presidencia, Discurso de la Cuarta Cuenta Pública de la Presidenta Michelle Bachelet, 1 de junio de 2017, disponible en www.presidencia.cl.

108 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

que la hipótesis está interpretada de manera restrictiva.¹⁰⁹ Las sanitarias deberían evitar costos de litigio administrativo y prescindir de cuestionar cada decisión con recursos y en tribunales, para resguardar los recursos del fiscalizador.

Es la SISS la entidad encargada de determinar si efectivamente hubo fuerza mayor cuando lo alegue una empresa sanitaria para justificar su incumplimiento de la continuidad de servicio.¹¹⁰ La SISS rechazó el argumento de caso fortuito también en el caso de un aluvión que bajara dentro del cauce del río Elqui en 2015.¹¹¹ La existencia de aluviones y aludes en nuestro clima y geología es completamente previsible y se deben tomar todas las medidas adecuadas y razonables para proteger la infraestructura sanitaria de ellos, además de proveer fuentes alternativas de agua cruda durante estos fenómenos meteorológicos (turbiedad del agua). Así, el Superintendente de Servicios Sanitarios explicó después de los cortes masivos en abril de 2017: “Esto no es fuerza mayor, es un evento de la naturaleza que se repite en el tiempo. Las empresas concesionarias de servicios sanitarios de todo el país deben responder con los estándares de profesionalismo que la ley les exige y, a su vez, estas deben informar veraz y oportunamente al organismo que los regula y fiscaliza, en este caso la SISS, sobre su plan operativo para eventos de alta turbiedad, estableciendo su plan de monitoreo en los puntos altos de la cuenca, principalmente, antes que se pase del estado de normalidad al de alerta.”¹¹²

Solo se podría imaginar la excusa de fuerza mayor si las instalaciones alternativas (estanques, pozos, norias), a pesar de la necesaria debida diligencia en relación a su ubicación y protección, fueran afectadas ellas mismas por un aluvión.

Para la carencia de agua cruda, la Ley de Servicios Sanitarios establece una norma específica sobre el caso de fuerza mayor, indicando en su artículo 35 que: “En el evento de que la falta de provisión de agua cruda se debiera a fuerza mayor, y los concesionarios fueren obligados a suscribir contratos de provisión de la misma, se establecerán nuevas tarifas que incorporen el efecto del mayor costo, si éste existiere.” Una vez que la fuerza mayor se superara, volverán a regir las tarifas anteriores. Si no se

109 Véase, por ejemplo, SISS, Res. Ex. 2580-2016 (ESSAL), 3648-2015 (ESVAL), 3764-2013 (Aguas Andinas), 3863-2011 (ESSBIO), 4423-2011 (Aguas Altiplano), 543-2015 (Aguas Andinas), 826-2011 (Aguas Altiplano), 1758-2012 (ESSBIO), 1994-2016 (Aguas Andinas), 2244-2011 (ESVAL), 4847-2014 (ESVAL), Véase también Rol: 90-2008, 29/08/2008.

110 Reglamento Arts. 97, 99, 110; Art. 122 atención en emergencias, Art. 125 entrega de agua por comuna. LGSS Art. 35, cuando se afecte continuidad del servicio deben entregarse los antecedentes a la SISS.

111 Gerente general Aguas del Valle en Comisión Investigadora, p. 57.

112 Véase SISS, Superintendente Ronaldo Bruna, <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-15724.html>.

determina fuerza mayor en un cierto caso, no se podrán ajustar las tarifas a menos que sea dentro del proceso tarifario quinquenal.

Lo que es necesario, sin embargo, desde un punto de vista de derechos humanos, es que las decisiones de la SISS en materia de fuerza mayor sean efectivamente razonadas y fundamentadas.¹¹³

La SISS se debería regir por el estándar de derecho internacional de los derechos humanos cuando determine si proceden multas y sanciones a las sanitarias por falta de prevención de cortes de suministro, siempre que se trate de una violación al derecho humano al agua. En todo caso, las construcciones de instalaciones de captación y tratamiento de agua cruda superficial deben instalarse, en cuanto sea posible, en áreas fuera del camino usual de los aluviones. Para estos efectos, las autoridades correspondientes deben entregar información actualizada a la SISS y al público general, en virtud del derecho a la información pública en materia de derechos sociales.

2.2. Políticas públicas relacionadas con el agua potable y el manejo de riesgos y desastres

En relación al enfoque específico de esta investigación, a saber –la capacidad del Estado de garantizar el derecho al agua en situaciones de emergencia– es necesario analizar también el marco de políticas públicas aplicable a situaciones de riesgo de desastres. Como Chile ha suscrito el Marco de Sendai para la Reducción de Riesgo de Desastres (2015-2030),¹¹⁴ se ha empezado a adecuar el marco de políticas públicas a ese acuerdo internacional. Esta sección resume las principales herramientas políticas e institucionales de prevención y reacción a desastres y su aplicabilidad al sector de agua potable. Se apreciará que el enfoque preventivo que existe en materia de construcción antisísmica –la más eficaz del mundo– no encuentra su símil en la política de prevención en relación al abastecimiento de la población con agua potable.

Se mostrará que la mayor brecha de cumplimiento con el derecho humano al agua potable es –además de la falta de reconocimiento constitucional– la falta de reconocimiento legislativo y político del derecho humano al agua y la falta de un enfoque de derechos humanos en las mismas políticas que permitirían el cumplimiento eficaz del derecho al agua potable.

113 Derecho a un fallo razonado, artículo 8.1 CADH. Esta interpretación no desconoce la controversia de derecho administrativo sobre el punto, pero exige decisiones razonadas cada vez que un derecho humano esté involucrado.

114 El Marco de Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030 es un compromiso internacional adoptado en el marco de las Naciones Unidas por la tercera Conferencia Mundial de las Naciones Unidas celebrada en Sendai (Japón), en relación a políticas públicas en materia de reacciones a emergencias y desastres. Documento disponible en https://www.unisdr.org/files/43291_spanishsendaiframeworkfordisasters.pdf.

2.1.4. Pérdida de veto sobre la venta de derechos de aguas afectos a las concesiones directas

Un punto muy crítico parece ser la falta de visión a largo plazo que tuvo el Estado en el momento de vender las primeras concesiones de agua potable, a saber, las que hoy están en manos de Aguas Andinas, ESVAL, y ESSAL. Así, y a través de su participación como accionista minoritario, el Estado vía CORFO posee un 5% de las acciones de Aguas Andinas (y otras empresas privadas del sector), todas correspondientes a la llamada serie B. Por disposición de los estatutos de la(s) empresa(s),¹¹⁵ solo deben reunir un quórum menor a las demás acciones con derecho a voto en caso de aprobar o vetar la venta o alguna limitación al dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas o de las concesiones sanitarias. Así, con la mayoría absoluta de las acciones de la serie B se podría impedir la venta o limitación de los derechos de aguas; usualmente, es necesario una mayoría de 75% de los accionistas. Esta medida parecería garantizar un mínimo resguardo de los derechos de aguas relacionados a una concesión de agua potable.

Sin embargo, cuando las acciones de la serie B se conviertan en acciones de la serie A, lo que ocurre por venta, en casos como ESVAL, o por expiración automática después de 50 años de vigencia de la concesión, como en el caso de Aguas Andinas, la CORFO, y con ella el Estado de Chile, ya no tendrían posibilidad alguna de vetar la venta de los derechos de aguas correspondientes a la concesión. Dicho de otra manera, el Estado estará adecuando los derechos de aguas de las concesionarias directas a los derechos de aguas de la industria agrícola y minera, privándose de su capacidad regulatoria para cumplir con sus obligaciones internacionales de derechos humanos, a menos que lo pueda hacer a futuro a través de una modificación en la ley.

Esta figura contractual constituye una violación grave al deber de garantizar el derecho al agua potable, ya que, en ese entonces, ya no será posible impedir que las concesiones sanitarias se queden “secas” y que el agua cruda para la elaboración de agua potable se deba comprar a otros actores a precios elevados. La normativa actual solamente consigna que la empresa debe “poseer” los derechos de aguas a su nombre, pero no que las deba usar para efectos de la producción de agua potable. Ya en la situación actual de escasez hídrica nos encontramos con que el costo de compra de aguas crudas por parte de Aguas del Valle

115 Estatutos de Aguas Andinas, adoptados en su última versión el 21 de octubre 2013, disponible en http://www.svs.cl/institucional/mercados/reporte_sajac/Sistema/paginas/mostrar_archivo.php?documento=txr_2013100102957.pdf. Estatutos Refundidos de ESVAL, reformados el 31 de agosto 2016, disponible en <http://www.svs.cl/institucional/mercados/entidad.php?mercado=V&rut=76000739&grupo=&tipoentidad=RVEMI&row=AAAUVUAbfAAAxAAS&vig=VI&control=svs&pestanian=5>.

a regantes, quienes poseen los derechos de aguas de manera gratuita, fue de 1.750 pesos por metro cúbico en 2015, mientras la tarifa fijada entre 2010 y 2015 que la empresa podía cobrar a sus clientes era de 282 pesos.¹¹⁶ Eventualmente, incluso las personas deberán comprar agua potable por fuera de la regulación tarifaria de la Ley de Servicios Sanitarios, como ha ocurrido en Ovalle o Illapel en situaciones de emergencia, donde los costos *diarios* por familia ascendieron, según el alcalde de Ovalle en su declaración ante la Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados del 2015, hasta 25.000 pesos.¹¹⁷

Ciertamente, la regulación sanitaria dispone que los derechos de aguas son “bienes afectos” a la concesión y no podrían ser vendidos en forma independiente (sin vender también la concesión al mismo comprador), el Estado quedará en 2049 solamente con una herramienta (la ley) para garantizar el acceso al agua potable en la Región Metropolitana. Considerando el problema de la captura del Estado,¹¹⁸ –la captura de la agenda ejecutiva y/o legislativa, a veces incluso judicial– por intereses privados, ya sea mediante lobby o métodos ilícitos, este escenario constituye un riesgo a largo plazo para la garantía del derecho humano al agua.

Por estas razones el Estado chileno se ha puesto, en el proceso de privatización del agua potable, en una situación en la que eventualmente será muy complejo cumplir con la obligación de debida diligencia y prevención en la garantía de este derecho. Chile es uno de los países con mayores reservas de aguas dulces del planeta, pero arriesga no poder garantizar el derecho al agua potable a su propia población. El peligro es que se produzca un aumento artificial del precio del agua, de la misma manera que está ocurriendo hoy en relación a los territorios de pueblos indígenas que el Estado compra a privados, donde, según constatamos en el *Informe 2014*, existe una sobrevaloración del precio de la hectárea de más de 800%. Es urgente que este problema sea abordado de una manera integral, considerando factores jurídicos y empíricos a largo plazo. No tomar las correspondientes medidas de prevención de acuerdo con las obligaciones de debida diligencia en el derecho internacional de los derechos humanos, constituiría una violación grave del PIDESC y del derecho internacional. Priorizar el uso humano a través de una reforma del Código de Aguas, e idealmente en la Constitución, es tan solo una de las medidas imprescindibles para estos efectos.

116 Gerente General Aguas del Valle en Comisión Investigadora, p. 56.

117 Alcalde de Ovalle en Comisión Investigadora, p. 76.

118 Véase por ejemplo, Francisco Durand, *Extractive Industries and Political Capture. Effects on Institutions, Equality, and the Environment*, Oxfam Perú, 2016.

2.2.1. Política Nacional para los Recursos Hídricos 2015 (Ministerio del Interior) y Estrategia Nacional 2012-2015 de Recursos Hídricos (Ministerio de Obras Públicas)

Mientras la política sobre emergencias es escueta en relación al abastecimiento con agua potable y, además, está recién en el levantamiento de datos y propuestas de herramientas para enfrentar los respectivos riesgos, existe una Política Nacional para los Recursos Hídricos¹¹⁹ acompañada por una Estrategia Nacional de Recursos Hídricos a mediano plazo (2012-2015) que identifican medidas concretas sobre agua potable, principalmente, en relación a la equidad de acceso en zonas rurales.¹²⁰ Estos instrumentos de política pública toman en cuenta el abastecimiento con agua potable. En su cuenta pública del 1 de junio, la presidenta Michelle Bachelet resumió que “hemos aumentado en 50% la construcción de sistemas de Agua Potable Rural. En estos tres años, con 195 sistemas gestionados directamente por las comunidades, hemos dado alivio a más de 41 mil familias en el campo. Al finalizar el gobierno habremos abastecido de agua potable a casi 250 mil personas, es decir, al equivalente de una ciudad como Rancagua”.¹²¹ Para concentrarnos en nuestra temática central, no analizaremos aquí si la calidad y asequibilidad del servicio corresponde realmente a un cumplimiento con el derecho humano al agua potable.

A pesar de identificar el agua potable como uno de los enfoques de la Política Nacional,¹²² no encarga la prevención de su afectación a ningún órgano en específico. Sin embargo, hace énfasis en la necesidad de ahorrar el agua potable como parte de la Política Nacional para los Recursos Hídricos: “En línea con la eficiencia que debe imperar en la gestión del agua, es prioritario disminuir los consumos y minimizar las pérdidas de agua potable que no logra ser distribuida a los clientes debido a filtraciones, roturas de redes y demás deficiencias técnicas que se producen en las redes públicas de abastecimiento y recolección.”¹²³ Este objetivo, se asocia con medidas concretas en la Estrategia Nacional.¹²⁴ Las medidas de ahorro de agua deberían aplicarse, ciertamente, para los otros sectores que usan agua dulce, en especial, el sector agrícola que registra el 73% del uso consuntivo en Chile, y el sector minero con

119 Ministerio del Interior, Política Nacional para los Recursos Hídricos 2015, disponible en http://www.interior.gob.cl/media/2015/04/recursos_hidricos.pdf.

120 MOP, Estrategia Nacional de Recursos Hídricos 2012-2015, disponible en http://www.mop.cl/Documents/ENRH_2013_OK.pdf.

121 Véase Discurso de la Presidenta Bachelet, 1 de junio de 2017, disponible en www.presidencia.cl.

122 Política Nacional Recursos Hídricos, *op. cit.*, p. 69.

123 Estrategia Nacional Recursos Hídricos, *op. cit.*, p. 17 y 36.

124 *Ibid.*, p. 26.

un 9%,¹²⁵ que ya ha tomado una serie de medidas.¹²⁶ Según el Atlas del Agua Chile 2016, el uso de agua por parte de la agricultura incluyendo los derechos no consuntivos es aún mayor: “Del total de agua disponible en el territorio nacional, se estima que el 82% es utilizado por el sector Agropecuario, un 7% por el área Industrial,¹²⁷ un 3% en la Minería y un 8% es utilizado para los servicios de Agua Potable y Saneamiento.”¹²⁸ Quienes son propietarios de los derechos de aguas, no pagan por ellos, ya que sus derechos se generaron mediante inscripción gratuita según el Código de Aguas. En el caso de la agricultura, tampoco pagan un impuesto específico como el royalty minero.

Los incentivos de ahorro de agua dulce deben diseñarse de tal forma que efectivamente convenga ahorrar en el recurso y que puedan ser fiscalizados. En este momento, la pérdida de derechos de aguas en caso de no uso produce contra incentivos al ahorro del agua. Mientras la SISS ha iniciado una campaña para el consumo responsable (voluntario) del agua potable,¹²⁹ los mayores consumidores de agua dulce no han aplicado aún tales medidas.

La Política Nacional para los Recursos Hídricos toma en cuenta las amenazas y riesgos creados por el cambio climático, los fenómenos meteorológicos y la escasez hídrica. No obstante, sus propuestas parecen carecer de efectividad ante la estructura del Código de Aguas que no permite priorizar el uso del agua potable en función del interés público, ni afectar derechos de propiedad que en primera instancia se entregaron de manera gratuita, pero ahora, su expropiación o afectación debería indemnizarse a precio de mercado bajo la hipótesis de escasez del recurso y la correspondiente posibilidad de especulación de precios. Además, carece de medidas claras para el sector agrícola, que es donde más agua dulce se consume. En ese sector hay que distinguir entre la agricultura de subsistencia, la que satisface, por un lado, el derecho a la alimentación consagrado en el artículo 11 PIDESC y la seguridad alimenticia nacional y, por el otro, la exportación de alimentos para fines comerciales o la agricultura con fines energéticos. En el presente capítulo, no podemos profundizar esta ponderación y quedará pendiente para una investigación futura.

125 *Ibid.*, p. 13.

126 Véase, por ejemplo, <http://www.consejominero.cl/ambitos-estrategicos/recursos-hidricos/>.

127 Con derechos de aguas propios. El consumo (en metros cúbicos) por clientes de las sanitarias (comerciales e industriales) no está informado por la SISS, solo la cantidad de clientes de este tipo, véase Informe de Gestión 2015, p. 38.

128 Véase Atlas del Agua Chile 2016, p. 8.

129 SISS, Campaña para el consumo responsable, disponible en <http://www.siss.cl/577/w3-propertyvalue-3685.html>. La campaña no da recomendaciones prácticas / técnicas de cómo reducir el consumo, solo recomendaciones en la duración de uso.

En cuanto a los riesgos que representa el cambio climático para Chile, ha existido un Plan de Acción Nacional sobre Cambio Climático 2008-2012 a cargo del Ministerio del Medioambiente, pero aún no ha sido renovado. El correspondiente Plan de Adaptación al Cambio Climático sobre Recursos Hídricos está recién en etapa de estudio de vulnerabilidad.¹³⁰ La Política Nacional de Recursos Hídricos parte de la premisa de que existe una creciente escasez hídrica en el territorio nacional. Se ha elaborado, en 2016, una Línea Base sobre el Clima Comunal, incluyendo temperaturas y precipitaciones, con proyección hasta el 2050.¹³¹

En términos de institucionalidad, la Estrategia Nacional hace suya una conclusión de un informe de la OCDE del 2011 que establece que Chile es el país con la mayor dispersión institucional para la gestión del agua dulce, lo que genera problemas considerables de coordinación, fiscalización y administración.¹³²

2.2.2. Política nacional y Plan Estratégico Nacional para la Gestión del Riesgo de Desastres

La SISS participa de la Plataforma Nacional para la Reducción del Riesgo de Desastres, “apoyando específicamente en las materias relacionadas con el Capítulo 4 de la Política Nacional de la Gestión de Riesgo de Desastres” y en lo que se refiere a la identificación y caracterización de los riesgos principales.¹³³ Ni la Política Nacional ni el Plan Estratégico Nacional mencionan al suministro de agua potable como uno de los riesgos para el país, a pesar del rol clave de este recurso para el funcionamiento de la sociedad y la supervivencia de las personas. Solo la Política y la Estrategia Nacionales para los Recursos Hídricos se refieren al agua potable (ver 2.2.1.).

La ONEMI, criticada masivamente por su desempeño después del terremoto del 2010 y nuevamente durante y después de los incendios forestales del 2017,¹³⁴ está a cargo de coordinar la ejecución de la Política Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, y también el Sistema Nacional de Protección Civil. Esto le da facultades en una situación de emergencia, según el artículo 67 del DFL 382; sin embargo, no tiene potestades específicas en lo que se refiere a la prevención de la afectación

130 Véase MMA, <http://www.mma.gob.cl/1304/w3-article-54769.html>.

131 Véase MMA, http://portal.mma.gob.cl/wp-content/doc/Clima-Comunal_Informe_Final_29_08_2016-web.pdf.

132 Estrategia Nacional de Recursos Hídricos, *op. cit.*, p. 29.

133 SISS, solicitud de información, refiriéndose a Plan Estratégico Nacional para la Gestión de Riesgos de Desastres, secciones 4.3.1 y 4.3.2, pp. 119-120.

134 Véase Proyecto de Ley para reemplazar la ONEMI por un Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias, Boletín 7550-06, indicación sustitutiva 16-12-2014 que crea el Servicio Nacional de Gestión de Riesgos y Emergencias.

del acceso al derecho humano al agua potable, a menos que la declaración de un estado de emergencia general, local o nacional le faculte para aquello. En relación a emergencias específicamente relacionadas con el agua, estas facultades radican en la DGA que puede declarar el estado de escasez hídrica, por un período máximo de 6 meses no prorrogables.¹³⁵

Después de los cortes de agua por razones meteorológicas, la ONE-MI, la Intendencia de la Región Metropolitana y Aguas Andinas han adoptado, el 14 de junio de 2017, un protocolo de alerta preventiva (verde), amarilla y roja que permitirá clasificar con mayor anticipación los riesgos y tomar las medidas preventivas indicadas.¹³⁶

Sin embargo, y a pesar de la facultad que en este sentido otorga la Ley General de Servicios Sanitarios a la SISS, en su artículo 47, no se ha creado la interconectividad de las redes de agua potable, por ejemplo, entre pequeñas empresas del Gran Santiago,¹³⁷ lo que impide reaccionar rápidamente a cortes de agua debiendo recurrir a fuentes de agua más resistentes a ciertas emergencias, como son las napas subterráneas en reemplazo del abastecimiento por camiones aljibe. Esto sin perjuicio del apoyo que las municipalidades –que “sirven como alternativa de abastecimiento ante una contingencia”¹³⁸– reciben en forma de donación de parte de la Municipalidad de Maipú, vía camiones aljibe proporcionados o llenados por SMAPA Maipú.¹³⁹

Según la Superintendencia, “no se [han registrado] casos en los cuales se haya visto en riesgo el suministro alternativo de agua potable por escasez del recurso.”¹⁴⁰

2.3. Fiscalización y acceso a la Justicia

Son múltiples actores los que intervienen en la fiscalización de las empresas sanitarias. La Superintendencia de Valores y Seguros actúa como fiscalizadora si se trata de sociedades anónimas abiertas; la Dirección General de Aguas en relación a la constitución y el respeto de los derechos de aguas, y en lo que respecta la construcción de obras; la Superintendencia de Servicios Sanitarios para la fiscalización de calidad, tarifas, suministro, y planes de desarrollo de las empresas y el

135 Véase para vigencia de tales declaraciones al 31 de mayo, <http://www.dga.cl/administracionrecursoshidricos/decretosZonasEscasez/Paginas/default.aspx>, y http://www.dga.cl/DGADocumentos/Decretos_vigentes.jpeg.

136 Las autoras no han podido obtener la versión original del protocolo. Véase http://www.intendenciametropolitana.gov.cl/n11589_15-06-2017.html.

137 Entrevista Fernando Barcells, 1 de junio de 2017.

138 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

139 Entrevista SMAPA Maipú, gerente general, 19 de junio de 2017.

140 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

SERNAC para la protección de los derechos de los consumidores.¹⁴¹ Adicionalmente, para fiscalizar a las empresas estatales y el servicio municipal, la Contraloría de la República tiene competencias. A pesar de esto, se argumenta que la fiscalización es débil, principalmente a causa de la falta de recursos económicos para visitas en terreno y la falta de independencia de la SISS.¹⁴² En relación a ciertos aspectos del sector sanitario, tienen además competencias de sanción la Superintendencia de Medioambiente, la DGA, la Dirección de Obras Hidráulicas, y las Seremis de Salud, con algunos mecanismos de coordinación. Además, donde existen, los tribunales ambientales tienen facultades en relación a las evaluaciones de impacto ambiental de la infraestructura sanitaria.

2.3.1. La Superintendencia de Servicios Sanitarios y otros fiscalizadores administrativos

La principal competencia fiscalizadora la tiene la ya mencionada Superintendencia de Servicios Sanitarios, cuyas funciones refieren a (i) la fiscalización de los prestadores de servicios sanitarios; (ii) al cumplimiento de las normas relativas a servicios sanitarios y (iii) al control de los residuos líquidos industriales que se encuentren vinculados a las prestaciones o servicios de las empresas sanitarias, pudiendo al efecto, de oficio o a petición de cualquier interesado, inspeccionar las obras de infraestructura sanitaria que se efectúen por las prestadoras, tomando conocimiento de los estudios que le sirven de base.¹⁴³ Su presupuesto correspondía, en 2015, a 600 pesos por habitante.

Aspectos fiscalizados: los planes de desarrollo y la continuidad del servicio

La SISS es competente para sancionar a las empresas sanitarias que no cumplen con las normas sobre calidad de agua, suministro (las últimas de forma paralela a los reportes de las sanitarias y de manera secreta),¹⁴⁴ cobro a los usuarios, y también si incumplen los planes de desarrollo

141 Sobre el cambio del cliente al consumidor en la industria sanitaria, véase Caldés, *op. cit.*, pp. 99-102.

142 Entrevista Fernando Barcells, 1 de junio de 2017. La debilidad de los organismos fiscalizadores sectoriales es un problema transversal, especialmente en cuanto a su dotación de recursos, las facultades de imponer multas y sanciones que eficazmente incentiven el cumplimiento de la norma, y la independencia de los organismos de las industrias. Véase Schönsteiner y otros, Conclusiones y Recomendaciones, Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos 2016, p. 78, disponible en www.derechoshumanos.udp.cl.

143 Artículo 2, Ley 18.902. Crea la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Sobre la delimitación de los ámbitos de fiscalización y aplicación de sanciones en lo relativo a los RILES de la SISS y de la Superintendencia de Medio Ambiente, se sugiere ver dictamen N° 25.248 de 2012, de Contraloría General de la República.

144 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

comprometidos cada 15 años. Para estos planes, deben dejar garantías del 5% del monto de inversión comprometida en planes de desarrollo, vía instrumentos financieros o seguros;¹⁴⁵ una cantidad que se debe considerar claramente insuficiente. Además, en 2012 la SISS empezó a exigir a las empresas sanitarias planes de emergencia.¹⁴⁶ Para el “fortalecimiento de la coordinación fina” entre las empresas y el Sistema Nacional de Protección Civil coordinado por la ONEMI, se instalaron Mesas de Trabajo Regionales.¹⁴⁷ Las iniciativas “Plan de invierno” y “Plan de verano”,¹⁴⁸ hasta la fecha, no han incorporado fiscalizaciones preventivas en relación a los efectos de las intensas lluvias sobre el suministro de agua potable; pero sí fiscalizan alcantarillado contra rebalses en invierno y suministro de agua potable afectado por sequía en verano.¹⁴⁹

Las sanciones que la SISS impone se determinan según gravedad de las consecuencias y reiteración de los incidentes, y pueden implicar hasta la caducidad de la concesión. Esta situación ha ocurrido, hasta ahora, dos veces (Los Molles en 2012 y Aguacor en 2003).¹⁵⁰ En el caso de la sanitaria Los Molles, el decreto indica que “tiene también como fundamento que el prestador no ha constituido las garantías que resguardan el fiel cumplimiento del programa de desarrollo y de las condiciones de prestación de los servicios públicos sanitarios, que adquirió— por el solo ministerio de la ley y ha mostrado una actitud de desacato ante los más diversos requerimientos que le ha efectuado la entidad fiscalizadora.”¹⁵¹

En el caso del sector sanitario, los planes de desarrollo y su fiscalización son la única herramienta —junto a las instrucciones directas de la SISS a invertir ante eventos como sequía o aluviones— que existiría, hasta la fecha, para obligar a las empresas a enfrentar riesgos reales y conocidos con un enfoque preventivo. Son las empresas las que proponen la inversión en este ámbito y deben publicar anualmente lo efectivamente invertido. La SISS puede solicitar correcciones a los planes antes de aprobarlos, y multar por su incumplimiento. Sin embargo, como se argumentará más adelante, se puede observar que las multas

145 Art. 38 ss, Reglamento SISS.

146 Oficio SISS N° 1982 de 2012. Véase también, anteriormente, Oficio SISS N° 1241/05. ORD. N° 2409/07.

147 SISS, Respuesta a solicitud de información del 8 de abril de 2017, AM011T0000852.

148 Plan de invierno contiene medidas en relación a la obstrucción del alcantarillado de aguas servidas; Plan de Verano medidas contra la sequía. Ambos planes se fiscalizan. Véase también www.siss.cl.

149 Véase www.siss.cl.

150 MOP, Decreto 662 del 2 de septiembre de 2003, considerando c y d, y MOP, Decreto 176, 31 de julio de 2012, disponibles en <https://goo.gl/zuw3Mv>.

151 *Ibid.*, considerando 8.

asociadas a estas medidas son insuficientes como para constituir un real incentivo de cumplimiento con los planes de desarrollo. En cuanto a los informes anuales, se debe dar cuenta del atraso de ejecución por el año anterior y los años previos.¹⁵² Solo se pueden pedir ajustes (reducción de inversión y obras) en relación al año siguiente y a cambios en las circunstancias, fundamentados, previa toma razón de la Contraloría.¹⁵³

En octubre de 2016, SISS realizó por primera vez una consulta pública sobre el borrador de la Guía técnica para la elaboración de los Programas de Desarrollo.¹⁵⁴ El documento explicita criterios técnicos para el diagnóstico y prefactibilidad, y es considerablemente más detallado que el anterior. Sin embargo, no contempla un estudio pormenorizado de riesgos a mediano y largo plazo, sino que se basa en el estado (antigüedad) de la infraestructura y la fluctuación esperada de la demanda.¹⁵⁵ El documento definitivo no está aún disponible.¹⁵⁶ No considera, no obstante, criterios sobre las situaciones en las que la SISS podría autorizar prórrogas en la ejecución de los planes, o incluso, modificaciones técnicas que implican una baja en la calidad de la inversión. No hemos podido conseguir las resoluciones de autorización de cambios en la ejecución de los planes inicialmente propuestos. Siendo la eficiencia costo-demanda el principal criterio para el diseño de los planes de desarrollo,¹⁵⁷ falta espacio para consideraciones de sustentabilidad y prevención de violaciones de derechos humanos.

Además de las medidas relacionadas con los planes de desarrollo, la SISS puede ordenar acciones adicionales, como ha ocurrido, por ejemplo, en relación a la situación de la sequía, siempre que “la modificación no represente un daño emergente para el prestador”.¹⁵⁸ Así, según información obtenida en entrevista con la SISS, “desde el punto de vista preventivo, a través del artículo 122° del D.S. MOP N.° 1199 del año 2005 y del Oficio Ord. SISS N.° 3459 del año 2008, la SISS ha exigido a las empresas sanitarias la elaboración de procedimientos especiales que permitan atender con prontitud y en forma permanente las emergencias. Esto se traduce en la exigencia de contar con un Plan

152 Véase criterios de reportes anuales, en http://www.siss.cl/577/articles-7827_recurso_14.pdf.

153 Véase Ord. SISS N° 2774 del 8 de noviembre de 1999, http://www.siss.cl/577/articles-7827_of1132_15.pdf.

154 Véase <http://www.siss.cl/577/w3-article-15776.html>. La guía está en este momento siendo trabajada por una mesa técnica, conformada por quienes participaron del proceso de consulta pública. Véase Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

155 Borrador del 5 de octubre de 2016, véase http://www.siss.cl/appsiss/form2/articles-15776_guia_pd.pdf.

156 La versión disponible es del 2009, véase http://www.siss.gob.cl/577/articles-4833_recurso_1.pdf.

157 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

158 Véase Artículo 58 inciso 1° del D.F.L. MOP N°382/88.

de Emergencias, que reúna las condiciones que han sido impuestas por la SISS.”

Para el año 2017, la SISS ha comprometido en su Plan de Gestión distintas medidas que podrían generar una mejora en relación a los puntos planteados en esta sección. Así, por ejemplo, “reformular[á] los procesos de investigación y sanción”; y “aplicar[á] nuevos criterios en el análisis de los Planes de Desarrollo (...) con el objetivo de disminuir los cortes de suministro”.¹⁵⁹

Sanciones en la práctica

En cuanto al ejercicio de la competencia fiscalizadora de la SISS, la Cámara de Diputados ha generado un debate importante a través de su Comisión Investigadora a ECONSSA Chile, en relación a los cortes de suministro y medidas de mitigación en 2015 en Ovalle (IV región).

Se puede constatar que las multas monetarias más altas son aquellas que se contemplan ante el incumplimiento de los planes de desarrollo, las cuales pueden llegar hasta 10.000 UTA.¹⁶⁰ El monto corresponde, a junio de 2017, a 5.608,8 millones de pesos.¹⁶¹ La gran mayoría de las multas que impone la SISS, sin embargo, son por la calidad del servicio (alrededor del 80%),¹⁶² con rangos que fluctúan entre 1 y 50 UTA. La SISS determina el monto de la multa “prudencialmente en consideración a la cantidad de usuarios afectados y la gravedad de la infracción” (Art. 11, último inciso, Ley SISS). Además, para los Planes de Desarrollo, considera incumplimiento si el Plan se queda bajo un 70% de la ejecución planificada; si al año siguiente aún reporta el atraso, se vuelve a multar.¹⁶³ La discrecionalidad se extiende también a la decisión de imponer o no la sanción, sin embargo, no tiene posibilidad de ajustar las multas al tamaño o las utilidades de la empresa, mientras que sí puede aumentarlas en caso de incumplimiento reiterativo.

Si seguimos a Soto (2016) y Guiloff y Soto (2015) en esta materia, deben existir distintas herramientas para que el fiscalizador logre el cumplimiento con la normativa y no un reiterativo pago de la multa que podría beneficiar las arcas del Fisco, pero no llevar al comportamiento deseado. Desde una perspectiva de los derechos humanos, especialmente desde su enfoque preventivo, esta característica del

159 SISS, Balance de Gestión Integral 2016, p. 47, disponible en http://www.siss.cl/577/articles-16505_recurso_1.pdf.

160 Artículo 11, Ley 18.902.

161 Véase datos de SII, disponibles en <http://www.sii.cl/pagina/valores/utm/utm2017.htm>.

162 Véase www.siss.cl.

163 Comisión Investigadora, Sección IV. Institucionalidad, Superintendenta (s), p. 27.

sistema de fiscalización es clave. Si el fiscalizado se muestra colaborativo, serán las herramientas de persuasión las más indicadas, mostrando, sin embargo, la resolución firme de aplicar multas escalonadas y hasta drásticas en caso de incumplimiento.¹⁶⁴ Además, el fiscalizador debería también poder ponderar el impacto que tiene una sanción a la empresa –dependiendo de su tamaño en caso de microempresas, pequeñas y medianas empresas,¹⁶⁵ y de acuerdo a su capacidad de pago.¹⁶⁶ Según Soto, la normativa ambiental –a pesar de ser la más reciente y moderna en Chile– no contempla la probabilidad de ser detectado como infractor de la norma, como uno de los factores para establecer las multas.¹⁶⁷

Finalmente, el fiscalizador debería también poder tomar en cuenta que los fiscalizados cumplen con la normativa por distintas razones.¹⁶⁸

La SISS, a diferencia de la SMA,¹⁶⁹ no ha incorporado criterios de fiscalización que sean escalonados en este sentido.¹⁷⁰ Diferenciando el comportamiento de las empresas y la eficacia de las sanciones para obtener el resultado deseado –calidad y continuidad del servicio–, se puede observar que surgen distintas preocupaciones e inconsistencias que en seguida tratamos de mapear.

En la realidad, las multas impuestas por la SISS nunca han llegado al máximo que autoriza la ley. Es comprensible que, para mantener el efecto disuasivo, la SISS no defina la hipótesis bajo la cual estaría dispuesta a imponer la multa máxima. Sin embargo, según el sentido común, cuesta imaginar la catástrofe que debería ocurrir –en una lógica de mínima proporcionalidad– para que la SISS imponga tal multa. Los montos de las multas impuestas hasta ahora –con cortes de suministro de hasta 13 días– llegan máximo a un 8% de la multa máxima.

164 Matías Guiloff y Pablo Soto, "Sanciones administrativas, discrecionalidad y revisión judicial: Una mirada desde la regulación responsiva", en Juan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez y Francisco Pinilla (coords.), *La Nueva justicia ambiental*, Thomson Reuters 2015, pp. 101-124.

165 Discutido en Pablo Soto, "Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental", en *Revista Ius et Praxis*, Año 22, N°2 2016, pp. 189-226.

166 *Ibíd.*, p. 387. Se debería considerar aparte, la empresa que por mala administración se ha colocado en una situación en la que no puede ni cumplir la obligación, ni pagar la multa que correspondería.

167 *Ibíd.*, p. 401. Para la industria sanitaria y, especialmente, el agua potable, existen menos unidades fiscalizadas que en el sector ambiental. Además, el sector sanitario se basa fundamentalmente en la obligatoriedad de los auto-reportes sanitarios para las inspecciones.

168 Guiloff y Soto 2015, *op. cit.*, p. 105-106.

169 Véase debate y conclusiones en Comisión Investigadora, p. 111. Véase, en particular, para una discusión sobre discrecionalidad versus transparencia del actuar fiscalizador, Soto 2016, *op. cit.*, p. 389-390.

170 Comisión Investigadora, Sección IV. Institucionalidad, Superintendenta (s), p. 69.

Así, el monto *total* de multas en *toda* la industria en el primer trimestre de 2017 ascendió a 2.256 UTA, correspondiente a un 22,6% de la multa máxima que está a disposición de la SISS para sancionar una sola infracción contra los Planes de Desarrollo en *una sola* empresa (10.000 UTA). En 2016, el total de multas a la totalidad de las empresas sanitarias ascendió solo a 9.865 UTA,¹⁷¹ a pesar de los reiterados cortes de suministro a partir del 2013 y los problemas de calidad del agua potable (alrededor de un 80% de las multas corresponden a problemas con la calidad del servicio).¹⁷²

Las multas mayores impuestas por incumplimiento de la continuidad del servicio y por faltas en la ejecución correcta de los Planes de Desarrollo, han sido contra Aguas del Valle (que hasta 2011, operó sin mayores niveles de multas)¹⁷³ y, recientemente, contra Aguas Chañar. Además, en situaciones similares de emergencia que son de nuestro interés, las mayores sanciones impuestas fueron las siguientes:

Tabla 1 Multas impuestas a la industria sanitaria en 2016

Empresa	Multa	Situación que generó la infracción
Aguas Cordillera	230 UTA	Deficiencias en la calidad y continuidad del servicio de agua potable comuna de Lo Barnechea sector de El Arrayán, abril 2016.
Aguas Cordillera	230 UTA	Cortes por turbiedad río Mapocho, abril 2016.
Aguas del Valle	950 UTA	Deficiencias en la calidad y continuidad del servicio de agua potable, en la ciudad de La Serena y Ovalle, turbiedad ríos Elqui y Limarí, julio 2015.
Aguas Andinas	810 UTA	Deficiencias en la calidad y continuidad del servicio de agua potable en 29 comunas del Gran Santiago, turbiedad río Maipo, abril 2016.
Aguas del Valle	408 UTA	Incumplimiento de su Programa de Desarrollo comprometido para el 2013, e incumplimiento de obras rezagadas anteriores al periodo 2013- 2016.
Toda la industria	9.865 UTA	Todas las multas impuestas en 2016, sin informar posibles rebajas por apelación (usualmente, falladas 2-4 años posterior a la imposición de la multa).
Multa máxima autorizada por evento	10.000 UTA	Nunca impuesta.

SISS, *Boletín de Sanciones 2016*

171 Eso corresponde a un aumento en un 34% en comparación con el 2015, cuando se había aplicado un monto total de 7362 UTA a empresas sanitarias. SISS, *Boletín de Sanciones 2015*.

172 SISS, *Informe de Gestión 2015*.

173 Comisión Investigadora, tabla, pp. 70-71.

Incluso si la SISS impusiera la multa máxima a alguna empresa concesionaria u operadora del sector sanitario, el monto suele quedar por debajo de lo debido en inversión: así, por ejemplo, Aguas Chañar pagó 1029 UTA en multas en el año 2016,¹⁷⁴ y 334 UTA en el año 2015 (la suma corresponde a 719,7 millones de pesos en dos años),¹⁷⁵ pero dejó sin ejecutar inversiones por 35.123,7 millones de pesos en solamente 2015.¹⁷⁶

Un sistema que multa menos –aquí, significativamente menos– que la ganancia o el ahorro en inversiones obtenido mediante la conducta infractora, no es eficaz a menos que tenga una sanción creíble, no pecuniaria y adicional a disposición;¹⁷⁷ en este caso, la real posibilidad de caducar una concesión. En cuanto a las concesiones de ECONSSA, no existe esta amenaza creíble, ya que la terminación de los contratos es muy compleja, y la caducidad de la concesión de ECONSSA significaría que el Estado perdería parte de los últimos derechos de aguas de los que aún dispone (ver sección 3.1.).

Tabla 2 Multas vs. inversiones programadas

Empresa	Multas (2015-2016)	Inversiones sin ejecutar en 2015 (% de inversión comprometida)	Inversión comprometida	Porcentaje de inversión comprometida
Aguas Chañar	719,7 millones \$	35.123,7 millones \$ (81%)	43.380 millones \$	1,7%
Aguas del Valle	2046,7 millones \$ ¹	582 millones \$ (6%)	9.610,8 millones \$	21,3%
Aguas Andinas	1377 millones \$ ²	205,8 millones \$ (1%)	34.324,3 millones \$	4%

Elaboración propia a partir de datos de la SISS.

La SISS puede aplicar una duplicación de las multas si se trata de casos reiterativos.¹⁷⁸ Sin embargo, no hemos podido verificar cómo, en la práctica, la SISS usa su discrecionalidad al respecto. No queda claro, según las fuentes consultadas, si la SISS sigue el hábito

174 Véase http://www.siss.gob.cl/577/articles-16533_recurso_1.pdf.

175 http://www.siss.gob.cl/577/articles-11852_recurso_1.pdf.

176 Estas cifras se obtuvieron multiplicando la población abastecida informada en SISS, Informe de Gestión 2015, p. 41 (285.000 personas), por la inversión real por habitante informada en el informe sobre ejecución de planes de desarrollo 2015 (0.5UF), y la inversión no ejecutada por habitante en 2015 (4.91UF). UF promedio del 2015 corresponde a 25.100 de pesos. Véase Informe Gestión 2015, p. 81.

177 Véase para un fundamento teórico: Soto, Informe 2016, pp. 374-408 y la literatura allí discutida.

178 Comisión Investigadora, página 72.

—problemático—¹⁷⁹ de la SMA, de hacer público a inicios de cada año el plan de fiscalización.¹⁸⁰

Es imprescindible, desde la perspectiva del derecho humano al agua, que la SISS proporcione cifras fácilmente accesibles sobre las multas finales recaudadas en cada evento trasgresor de la normativa, para transparentar de qué manera ejerce su rol fiscalizador. Además, debería dar cuenta de las indemnizaciones efectivamente realizadas a los clientes, a pesar de no tener facultad de seguimiento de su pago.

Igualmente, según Fernando Barcells, se habría instalado la práctica de conversar a puerta cerrada sobre las mejoras de fallas que constituyen incumplimiento en vez de proceder con la aplicación de sanciones. No se haría pública la existencia de estas fallas, ni tampoco los resultados de las conversaciones. Mientras, en principio, los mecanismos de incentivos consensuados de subsanación de las fallas en lugar de la inmediata aplicación de multas pueden surtir efectos y mejorar el cumplimiento,¹⁸¹ la forma encubierta en que se desarrolla este mecanismo, combinado con la desigualdad de información y de poder, conlleva un riesgo considerable de incumplimiento con el derecho humano al agua. No pudimos directamente obtener confirmación de esta observación por parte de las empresas sanitarias o la SISS.¹⁸²

Además, los problemas que existen a pesar de la posibilidad de prevención sugieren que el mecanismo confidencial *de facto* no es eficaz para la protección del derecho. No pudimos establecer, por falta de información, si esto se debe a cómo la SISS conduce estas conversaciones, o si es la existencia misma de un mecanismo que prescinde de sanciones la que impide el cumplimiento. Además, desde la perspectiva de derechos humanos que busca asegurar el piso mínimo del goce del derecho al agua, parece que focalizar la fiscalización de quienes están “bajo la media de la industria”¹⁸³ es ciertamente un criterio posible y más o menos imparcial, pero arriesga un *race to the bottom* en el caso de que no estuvieran otras medidas inequívocas en plazo. Además, sorprende que la SISS “expresa molestia” a través de comunicados ante eventuales incumplimientos sin informar explícitamente si, al mismo tiempo, ha ejercido sus facultades para iniciar procesos de sanción o no.¹⁸⁴ Puede

179 Sobre el factor de secreto o sorpresa en la fiscalización para mantener el efecto de disuasión, véase Soto 2016, *op. cit.*, p. 390.

180 Sobre el problema, ver Araya, Schönsteiner, Soto, Varas, Estudio Línea Base, 2016, p. 72.

181 Véase sobre la así llamada “estrategia responsiva”, Soto 2016, *op. cit.*, p. 403ss.

182 Solicitudes de entrevistas a Aguas Andinas, ECONSSA, Andess, todas sin respuesta al 10 de julio de 2017. Las solicitudes fueron enviadas a distintos funcionarios / empleados, y se reiteraron por lo menos dos veces, advirtiendo que la negativa de otorgar una entrevista iba ser registrada en la investigación.

183 Superintendente en Comisión Investigadora, p. 65.

184 Véase <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-16461.html>.

significar un uso eficiente de los recursos económicos y humanos de los que dispone el implementar incentivos blandos basados en la reputación de la empresa, pero esa estrategia no debería utilizarse en casos más graves o reiterados de afectación al derecho humano al agua, para no perder su credibilidad como sancionador eficaz. Finalmente, es importantísima también la independencia de quienes elaboren y documenten la evidencia en los procesos de fiscalización; por ejemplo, los laboratorios.¹⁸⁵ La SISS debe asegurar que la información que fundamenta sus decisiones sea fidedigna y creíble también a los ojos de la ciudadanía.

Además de estar sujetas a la fiscalización de la SISS, todas las empresas sanitarias, ya sean estatales, sociedades con participación del Estado, como también privadas (siempre que estén constituidas como señala la ley) se encuentran bajo la supervisión de la Superintendencia de Valores y Seguros, de acuerdo con el Decreto Ley 3538¹⁸⁶ y la Ley 18.046.¹⁸⁷ Ese organismo se encuentra facultado para ejercer la supervigilancia de las empresas sanitarias constituidas como sociedades anónimas abiertas y en este sentido, contribuye, indirectamente, al derecho a la información pública en relación a ciertos aspectos de la gestión de las sanitarias. Además, en virtud de la Ley N.º 20.285 sobre acceso a la información pública, “Ley de Transparencia”, todas las empresas públicas están obligadas a entregar la información completa respecto al ejercicio de la actividad que realizan, en este caso del servicio sanitario, la cual deberá estar al alcance de todas y todos, tal como señala dicha legislación.¹⁸⁸ Sin embargo, no están sujetas a la transparencia pasiva, aunque ECONSSA Chile haya respondido nuestras solicitudes al respecto.

2.3.2. Indemnización y acciones en tribunales

El acceso a la justicia y a la reparación es parte integral del derecho humano al agua, tal como se ha establecido en la sección 2. En Chile, nos encontramos con considerables fallas estructurales que impiden aún que se cumpla este aspecto del derecho.

La compensación de usuarios aún no está regulada como un asunto específico –lo que sí sucede en el sector eléctrico–, y en este momento solo se rige por la Ley de Protección del Consumidor. Los clientes que quisieran demandar por indemnización, deben hacerlo en el Juzgado de Policía Local sin necesidad de contar con la representación de un abogado. Sin embargo, se debe hacer personalmente, por escrito, y en el

185 Acta Cámara 12 de abril, consulta diputada Girardi. Véase también sobre laboratorios acreditados, Comisión Investigadora, pp. 61-62.

186 Artículo 3, Decreto Ley 3.538.

187 Artículo 2, Ley 18.046.

188 Artículo 2 y 5, Ley 20.285 sobre acceso a la información pública.

Juzgado de Policía Local de la jurisdicción donde se contrató el servicio. Aunque se considere abusiva cualquier cláusula que fije el domicilio en una ciudad distinta a la de la prestación del servicio, la interposición personal de la demanda significa, por lo menos, pérdida de ingresos.¹⁸⁹

El SERNAC puede asumir representación en mediaciones colectivas, y lo ha hecho, por ejemplo, en la IV región después de los cortes masivos del 2015¹⁹⁰ y, coordinadamente con la SISS, en la Región Metropolitana después de los cortes en 2017 (véase sección 3.3.3). Se está tramitando una ley sobre compensaciones en caso de corte de suministro, un tipo de normativa que ya existe, por ejemplo, en el sector eléctrico y exime al cliente de llevar los casos de corte de suministro ante los tribunales civiles para obtener compensación.¹⁹¹

2.3.3. EL SERNAC

Según la Corte Suprema en un fallo de 2010 (Pozo Almonte), es el SERNAC y no la SISS la entidad que debe ver asuntos de indemnización de perjuicios causados por empresas sanitarias, ya que la Ley de Servicios Sanitarios no faculta a la SISS al respecto.¹⁹² Uno de los pocos acuerdos de compensación que se han concluido entre SERNAC y empresas sanitarias (en este caso, Agua Andinas) surgió a partir de un corte de agua potable en 2013.¹⁹³ Dos acuerdos extrajudiciales fueron oficiados y concluidos en relación a violaciones a los derechos de los consumidores por parte de Aguas del Valle, en 2011 y 2015.¹⁹⁴ Los procedimientos por demandas colectivas se terminan mediante conciliación o avenimiento,¹⁹⁵ demorándose, sin embargo, entre 2 a 3 años aproximadamente. En aquellos procedimientos en los que no hay acuerdo de las partes, el tiempo requerido para una solución puede ser aún mayor. Por ejemplo, una demanda contra Aguas Araucanía, interpuesta el 12 de abril de 2011, aún no contaba con sentencia de

189 Agradecemos este punto a Francisca Barrientos y Pablo Ulloa.

190 Informe Comisión Investigadora, p. 58.

191 Boletín 2357-09, Proyecto de ley sobre normas sobre compensaciones a usuarios de servicios de distribución de agua potable en caso de interrupciones o suspensiones no autorizadas o no comunicadas previamente a ellos, última gestión de tramitación 2014. En el sector eléctrico, rige en cambio la Ley 18.410, que crea la SEC y regula las compensaciones automáticas en su artículo 16B.

192 CS, Rol 301-2010, Juzgado de Policía Local de Pozo Almonte con Superintendencia de Servicios Sanitarios, 10 de marzo de 2010, p. 4, párrafo 2 y 3, según artículo 11 letra A) de la Ley N° 18.902.

193 Aguas Andinas, Resumen HE Aguas Andinas al 31 de diciembre de 2013.

194 Informe Comisión Investigadora, p. 58. Véase, además, Rol 2150-2016, 2° Juzgado de Letras de La Serena.

195 Véase, especialmente, Roles 3889-2011, con Aguas del Altiplano. 2° Juzgado de Letras de Iquique; 25125-2011, con ESSAL, Juzgado de Letras de Río Negro; 3531-2011, con Aguas del Valle, 2° Juzgado de Letras de La Serena; 1344-2012, con ESVAL, 2° Juzgado Civil de Viña del Mar; 4837-2013, con Aguas de Antofagasta, 4° Juzgado Civil de Antofagasta.

primera instancia el 7 de abril de 2017.¹⁹⁶ En este ámbito, en todo caso, se observan contiendas de competencia entre órganos del Estado.¹⁹⁷

Por los cortes en la RM en abril 2017, SISS y SERNAC gestionaron una colaboración para obtener indemnización para 42.000 clientes de forma colectiva.¹⁹⁸ La implementación de los acuerdos no está controlada, porque el SERNAC carece de competencia al respecto. Por tanto, se ignora la eficacia de la compensación. La complejidad del cálculo del cobro (meses con tarifas estándar y otros meses de compensación en relación al consumo real) dificultan la posibilidad del mismo consumidor de verificar el efectivo cumplimiento de la indemnización. También podría dificultar el acceso a la reparación del hecho de que el SERNAC solo puede actuar en relación a un reclamo de consumidores una vez interpuesto el reclamo ante la SISS; tampoco tiene facultades de fiscalización propiamente tales, sino solo puede solicitar información. Por los cortes de agua de 2017, tal como a otros en el pasado, se aplicaron multas oficiadas por el SERNAC.¹⁹⁹ Las multas se impusieron debido a que “durante la emergencia no se encontraban en operación los Pozos de Renca y Providencia, ni tampoco, previo a los cortes de suministro, la ampliación de la planta de tratamiento de agua potable Complejo Vizcachas, además de encontrarse en uso parcial los sondeos La Pintana Etapa II”. A esto se sumó la falta de implementación de mejoras y monitoreo en función de las alertas tempranas de la autoridad sobre situaciones de “turbiedad extrema” requeridos por la SISS en 2013.²⁰⁰ Es importante hacer notar, sin embargo, que el SERNAC según sus facultades actuales, no puede proporcionar un acceso suficiente a la reparación, ya que sus competencias se agotan en la mediación y en las solicitudes de información.

2.3.4. La Contraloría General de la República

La Cámara de Diputados envió a la Contraloría el oficio N.º 12517 de 2016, que contiene el informe de la Comisión Especial Investigadora acerca del rol de la SISS y ECONSSA, respecto de problemas causados por Aguas del Valle en el tratamiento y distribución de agua potable

196 Rol 2433-2011, 2º Juzgado Civil de Temuco.

197 Agradecemos esta observación sobre una versión anterior de la investigación a Francisca Barrientos.

198 SERNAC, <http://www.sernac.cl/sernac-oficio-a-aguas-andinas-por-corte-de-agua-que-afecto-a-diversas-comunas-de-la-region-metropoli/>, en el mismo sentido, SISS, <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-15724.html> y <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-15668.html>.

199 Véase <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-15724.html>.

200 SISS, Plan Operativo para Eventos de Alta Turbiedad con Resultado de Corte masivo de Agua Potable; véase Comunicado de Prensa <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-15701.html>.

en la Región de Coquimbo. El informe constata deficiencias de fiscalización por parte de la SISS, y a raíz de los mismos hechos podrían recaer responsabilidades en ECONSSA dado su rol de “garante del cumplimiento del contrato de transferencia del derecho de explotación de concesiones sanitarias de diciembre del año 2003”. Se solicitó a Contraloría determinar si corresponde iniciar una investigación para establecer eventuales responsabilidades administrativas de funcionarios de la SISS por las deficiencias de fiscalización y sanción respecto de Aguas del Valle, y también sobre la pertinencia de ejercer las responsabilidades respectivas de los directores y empleados de ECONSSA, por los mismos hechos, teniendo en cuenta el rol de garante que asumió como continuadora de la Empresa de Servicios Sanitarios de Coquimbo.²⁰¹

Respecto de la SISS, la Contraloría indicó que no tenía la facultad de examinar los hechos particulares que originen procedimientos sancionatorios de la SISS y su calificación técnica. Tal rol correspondería a la Administración del Estado, basándose en jurisprudencia previa,²⁰² señalando, asimismo, la Contraloría, que considerará los antecedentes cuando desarrolle las auditorías en la SISS durante el año 2017. Respecto de ECONSSA, determinó que por encontrarse sujeta a su facultad de fiscalización como “sociedad del Estado”, consagrada en el artículo 16 inciso 2° de la ley 10.336 (que señala la sujeción de “las empresas, sociedades o entidades públicas o privadas en que el Estado o sus empresas, sociedades o instituciones centralizadas o descentralizadas tengan aportes de capital mayoritario o en igual proporción, o, en las mismas condiciones, representación o participación”), iniciaría una investigación especial por las situaciones a las que alude el informe de la Comisión Especial Investigadora de la Cámara de Diputados, sumado a una referencia anterior al inciso final del artículo 32 del DFL 382 de 1988, donde se dispone la responsabilidad de la empresa que explota la concesión (en este caso Aguas del Valle) y de la empresa titular de la concesión (en este caso ECONSSA). El resultado de esta investigación aún se desconoce.

2.3.5. Derecho Penal en casos de emergencia y especulación

A pesar de la penalización de algunos aspectos de la especulación con servicios básicos en el artículo 285 del Código Penal, este requiere “medios fraudulentos” y, por ejemplo, en el caso de las farmacias, fue rechazada su aplicación por la Corte Suprema. Además, las disposiciones sobre especulación en el artículo 5 de la Ley 16.282 solo aplican en casos de sismos o catástrofes.²⁰³ Estas disposiciones no parecen suficientes

201 CGR, Dictamen: 83133-2016, Fecha: 16-11-2016.

202 Véanse, CGR, dictámenes N° 22.726 de 2003, 63.697 de 2011, y 33.414 de 2012 y 54.579 de 2012.

203 Gracias a Jaime Couso por sus observaciones en esta materia.

en el escenario que se identificó arriba. Así, el derecho humano al agua se arriesga a la posibilidad de especulación de precios sin la posibilidad de intervención del Estado (a menos que adopte, a tiempo, medidas adicionales que no permitan que los propietarios demanden al Estado por afectación a la propiedad privada por expectativa de ganancias).

2.4. Acceso a la información

Es importante evaluar también las condiciones de acceso a la información en relación con el sector sanitario. Por ejemplo, es problemático que la SISS, al parecer, solo publique casos judicializados que fueron decididos a su favor. Aunque hay que reconocer que un 95% de sus sanciones son confirmadas en la justicia, y solo entre un 4 y un 5% se decide con una rebaja en la cantidad de la multa. El problema, aunque no de gran escala, es grave porque representa una falta de acceso, fácil y amigable, a la información pública. La SISS podría convertir la sección de su página sobre sanciones en tribunales, en una plataforma interactiva para remediar este problema. Además, debería facilitar el uso de la página web, proveer información técnica, de manera accesible para el público en general, y cruzar la información con la que proporcionan otros servicios relevantes, por ejemplo, el SEA.

Pero aún más grave, es que existe una considerable falta de transparencia sobre las negociaciones tarifarias y sobre las propuestas y enmiendas a los planes de desarrollo, especialmente, sobre la evaluación por parte de la SISS de la calidad de la inversión que efectuó una empresa. La SISS solo informa sobre el monto ejecutado. Cierta información adicional está disponible en el Informe de la Comisión Investigadora, pero ella está lejos de ser sistemática y completa. Toda esta información debería ser pública, al igual que los dictámenes en los que la SISS absuelve del pago de multas, por vincularse con el monitoreo de la implementación de un derecho humano. Además, queda pendiente de determinar en otra investigación y con mayor detalle, qué información correspondería proporcionar respecto a los sectores que compiten por el uso del agua, especialmente el sector agrícola que no dispone de regulación al respecto.

3. LAS EMPRESAS SANITARIAS

Aunque las sanitarias se rigen por la misma normativa, y son igualmente fiscalizadas por parte de la SISS, existen considerables diferencias entre empresas privadas que obtuvieron, durante el proceso de privatización del agua potable en Chile, una concesión directa –en las regiones X, VII y parte de la Región Metropolitana– y las

otras que son operadoras de contratos administrados por ECONSSA S.A., una empresa estatal que administra las concesiones de las demás regiones. En estos casos, al sistema de fiscalización por derecho administrativo y derecho de sociedades, se suma una fiscalización directa adicional en virtud del contrato de operación. Además, en el caso de estas empresas operadoras, los derechos de aguas solamente se entregan en comodato, no en posesión como es el caso para Aguas Andinas y sus sucursales.

Por otro lado, existen situaciones particulares como en el caso de un servicio municipal de agua potable, dos empresas estatales de suministro de agua potable y las cooperativas rurales de agua potable.²⁰⁴ A la luz de los ejemplos seleccionados, se mostrarán distintos problemas, incumplimientos y riesgos que presenta el sistema de servicios sanitarios hoy, en relación al abastecimiento de la población con agua potable.

3.1. ECONSSA S.A.: empresa estatal con funciones de fiscalización

La Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A., en adelante ECONSSA,²⁰⁵ constituida en 1990, es una sociedad cuya estructura de propiedad se divide entre la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO), que posee un 99%, y el Fisco de Chile, que detenta el 1% restante. Es una sociedad del Estado,²⁰⁶ es decir, se trata de una empresa constituida producto de una autorización por parte de una ley de quórum calificado, conforme a lo dispuesto por el artículo 19 N°21 de la Constitución. A pesar de ser de propiedad estatal, se rige en principio por derecho privado.²⁰⁷ Forma parte del Sistema de Empresas Públicas de Chile y por tanto se rige por sus directivas y Código de gestión corporativa.²⁰⁸ Esas empresas no contemplan un enfoque de derechos humanos.²⁰⁹

Como resultado de un proceso de fusión de las empresas sanitarias del Estado, desarrollado desde 2001 hasta diciembre de 2004, pasaron a ser privadas y quedaron establecidas a través de una relación

204 Véase sobre el proceso histórico de la privatización del agua en Chile, Caldés 2015, *op. cit.*, pp. 21 ss.

205 Información en SVS, disponible en <http://www.svs.cl/institucional/mercados/entidad.php?mercado=O&rut=96579410&grupo=&tipoentidad=RGEIN&row=AABbBQABwA AAAasAAE&vig=VI&control=svs&pestanía=47>.

206 Contraloría General de la República, Dictamen 83133/16.

207 Patricio Latorre, "Las sociedades estatales en el ordenamiento jurídico chileno: Naturaleza, límites y control de sus actividades", *Revista de derecho* (Valparaíso), n. 30, 2008, pp. 225-226.

208 Véase Código SEP, disponible en www.sepchile.cl.

209 Véase Schönsteiner y otros, Conclusiones y Recomendaciones, Estudio Línea Base sobre Empresas y Derechos Humanos en Chile, pp. 60-61.

contractual con ECONSSA.²¹⁰ Sus utilidades se entregan al Estado.²¹¹ La empresa tiene un directorio de cinco miembros –dos de ellos mujeres– y 12 funcionarios en 2015.²¹²

3.1.1. ECONSSA Chile S.A. y sus principales funciones

Dentro de sus funciones principales, se encuentra la supervisión y administración de nueve contratos de concesión en distintas regiones del país, mediante los cuales entregó en comodato por 30 años a los operadores privados señalados lo siguiente: la infraestructura sanitaria, las concesiones y los derechos de aguas correspondientes.²¹³ Las empresas operadoras deben pagar por explotar la concesión;²¹⁴ cobro que no se realiza a las empresas sanitarias de las tres regiones no regidas por este sistema, por haber sido licitadas anteriormente, y con pérdida del patrimonio estatal (Aguas Andinas, ESSAL –que corresponde a una sucursal de Aguas Andinas– y las demás sanitarias de las tres mentadas regiones).²¹⁵

Los contratos establecen, además, una obligación de información de la empresa operadora a ECONSSA S.A., sobre asuntos como pagos por indemnizaciones de expropiaciones y constituciones de derechos de aprovechamiento de aguas (cláusula 24^a) y de informar contratos con partes relacionadas (cláusula 28^a), así como de la mantención de un catastro de instalaciones y de los planos de los programas de desarrollo (cláusula 29^a). ECONSSA también mantiene el correspondiente derecho de visitar y supervisar las instalaciones de las empresas operadoras (cláusula 50^a). ECONSSA, además, puede solicitar información a la SISS sobre las empresas operadoras. En este sentido, el control a través de ECONSSA parecería más exigente que el que ejerce la SISS sobre concesionarias directas, ya que en los contratos de concesión se

210 ECONSSA CHILE. Empresa Concesionaria de Servicios Sanitarios S.A., Estados financieros individuales Resumidos. Al 31 de diciembre de 2011 y 2010. Pág. 4. Disponible en: http://elmostrador.cl/c_avisos/imagenes/Econssa%2004%2004%2012%20EEFF%203.pdf.

211 Entre 2013 y 2015, ECONSSA reporta una baja de 84% en sus utilidades, de 9.866.303 mil \$ en 2013 a 1.547.457 mil \$ en 2015. Ver <http://www.econssachile.cl/Aportes-Entregados-por-la-Empresa.aspx>, pero también, Informe Comisión Investigadora, sección III.iii.2. La cifra del 2016 aún no estuvo disponible al 20 de junio de 2017.

212 16 en 2017, véase <http://www.econssachile.cl/informacion-del-Personal.aspx>. Sin embargo, no se indica si alguna de estas personas trabaja *part-time*.

213 Véase, por ejemplo, contrato entre [Aguas de Coquimbo] y Aguas del Valle S.A., administrado por ECONSSA S.A., cláusula 21. No nos referimos en este trabajo al hecho de que ECONSSA S.A. es responsable del servicio de tratamiento y disposición de aguas servidas en la ciudad de Antofagasta, función que lleva a cabo mediante un contrato BOT de gestión con inversión suscrito con la empresa SEMBCORP Aguas del Norte S.A. (ex BAYESA S.A.)

214 Contrato Aguas del Valle, cláusula 51^a, pago por 6000UF anuales, que sube a 12000UF en los últimos dos años del contrato.

215 Informe Comisión Investigadora, ministro de Obras Públicas, Alberto Undurraga, sección IV. Institucionalidad, p. 23.

disponen cláusulas penales que funcionan en forma independiente de aquellas que la SISS pueda imponer en el uso de sus facultades, en el caso de que la empresa que opere la concesión de titularidad de ECONSSA no cumpla con sus obligaciones, que se aseguran mediante la emisión de boletas de garantía.²¹⁶

Otras sanciones, tales como la terminación de los contratos, se disponen en casos más extremos, como, por ejemplo, la insolvencia de la empresa operadora, la disolución de la misma, o la caducidad de la concesión por hechos del operador, incluso en caso de un actuar negligente, o de omisiones.²¹⁷ La caducidad de la concesión es decidida por el Presidente de la República, basándose en un informe emitido por la SISS, la que deberá hacerse cargo de la concesión mediante administrador provisional que reemplace aquella caducada.²¹⁸ El presidente del Directorio de ECONSSA indicó que el Estado no podría participar en el remate de la concesión una vez que se le quitara a una operadora actual.²¹⁹

El control adicional que posee ECONSSA sobre estos operadores privados, no obstante ser justiciable, no está investido de la misma transparencia que la fiscalización de la SISS, ya que la jurisdicción sobre los contratos fue entregada a la Cámara de Comercio de Santiago, cuyo sistema de arbitrajes es confidencial. Por tanto, no podemos saber si efectivamente ECONSSA está cumpliendo con su obligación de fiscalizar el cumplimiento de los contratos. Además, la idea de terminación del contrato parece muy lejana si se consideran las cláusulas estrictas de incumplimiento que se pactaron al momento en que se otorgó la concesión. La transgresión al contrato debe ser grave y, en principio, parece muy difícil que se configure la gravedad de un quebrantamiento en este tipo de contratos, ya que conforme a lo dispuesto en los mismos debería haber por parte del operador privado un incumplimiento en todas las áreas de concesión de la empresa y no solo en algunas.²²⁰ Sin perjuicio de lo anterior, parecen existir diversas alternativas en las disposiciones generales del derecho civil que permitirían solicitar la terminación de los contratos. Sin poder profundizar en este tema, consideramos que el Estado le debe una respuesta a la ciudadanía ante la pregunta de por qué no se consideran estas alternativas.

216 Contrato Aguas del Valle y ECONSSA.

217 Memoria ECONSSA 2016, p. 40.

218 Ha ocurrido una sola vez, en relación a Los Molles, ver Acta 12 de abril de 2017.

219 Acta Comisión Cámara 12 de abril de 2017.

220 Véase por ejemplo, Contrato Aguas Chañar, cláusula 55c. Véase también argumento de Fernando Barcells, <http://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2017/04/22/es-hora-de-que-las-instituciones-respondan/>. Los primeros contratos de operación contienen cláusulas más favorables a la terminación del contrato en caso de incumplimiento, véase por ejemplo, Contrato Aguas Nuevo Sur, Región del Maule, cláusula 55.

Hemos solicitado información sobre si ECONSSA S.A. ha iniciado procedimientos en la Cámara de Comercio de Santiago, a quien se encargó la jurisdicción de los nueve contratos de operación, para actuar respecto al incumplimiento por parte de las empresas operadoras. Sin embargo, no obtuvimos respuesta.²²¹

Finalmente, en cuanto a la prevención y riesgos como la escasez hídrica, “en el último trimestre de 2014, se redefinió el plan estratégico para el período 2015-2020, que amplía el rol de ECONSSA, en el sentido de asumir un rol más activo para contribuir en la solución de los temas referidos a la escasez hídrica que enfrenta el país y estudie y proponga cambios al marco normativo del sector sanitario nacional”.²²² Estos planes estratégicos de las empresas estatales no son vinculantes, tal como no lo son para ninguna empresa privada.

La SISS indica que trata a ECONSSA de la misma manera que a todas las otras concesionarias; no hay diferencia en la normativa aplicable ni en el tipo de fiscalización.²²³

3.1.2. El rol de ECONSSA Chile S.A. en relación con Aguas Chañar

Ejemplificando el rol híbrido de ECONSSA S.A. como parte administradora de un contrato y, al mismo tiempo, fiscalizadora con facultades parciales, el descontento ciudadano –en relación con Aguas Chañar y su deficiente servicio en el abastecimiento de agua potable en la región de Atacama–²²⁴ se volvió a demostrar el 28 de mayo de 2017, cuando los habitantes de Caldera marcharon para exigir que ECONSSA S.A. emplace a Aguas Chañar a fin de que cumpla con sus obligaciones.²²⁵ Un mes antes, los habitantes también lograron iniciar una acción ante el SERNAC.²²⁶ El 15 de abril de 2017, la Comisión del Senado estuvo analizando el caso.²²⁷ Los alcaldes de la región habían solicitado al ministerio, a ECONSSA y a la SISS, caducar el contrato con Aguas

221 Los procesos de arbitraje en la CCS están sujetos a confidencialidad. Sin embargo, tampoco pudimos obtener datos agregados sobre la materia.

222 Véase SEP Chile, disponible en: http://www.sepchile.cl/empresas-sep/servicios/econssa-sa/?no_cache=1

223 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

224 Véase por ejemplo, El Noticiero de Huasco.cl: “Provoste: ‘Econssa debe tomar la decisión de terminar el contrato con una empresa que ha sido abusiva con la ciudadanía’”, febrero de 2017, denuncia por Intendente de Atacama, <https://goreatacama.gob.cl/2017/02/miguel-vargas-expuso-preocupacion-a-econssa-por-la-falla-reiterada-en-el-suministro-de-agua-potable-en-comunas-de-la-region/>.

225 Véase, por ejemplo, <http://www.caldera.cl/2017/calderinos-marcharon-contra-aguas-chañar/>.

226 Atacama Noticias.cl: “Sernac acoge demanda colectiva encabezada por alcalde Raúl Salas contra Aguas Chañar”, 11 de abril 2017.

227 Soy Chile.cl: “Comisión del Senado analizó denuncias contra Aguas Chañar”, 15 de abril de 2017.

Chañar por incumplimiento.²²⁸ La SISS indicó que solamente tiene competencia sobre el contrato en una sola ocasión: cuando se realiza la verificación de criterios formales que establece la ley en el momento de aprobar una concesión (en este caso, ocurrió en 2004).²²⁹

Ya en 2015, los alcaldes y la empresa habían acordado un plan de acción frente a los cortes de suministro que, sin embargo, no se ha cumplido.²³⁰ La SISS ha exigido a Aguas Chañar inversiones más altas que a cualquiera de las operadoras o concesionarias. Sin embargo, según datos publicados por la SISS, la empresa solo ha ejecutado un 19% de estas inversiones.²³¹ Según ECONSSA, Aguas Chañar tuvo que adoptar medidas para compensar la escasez de agua en relación a los derechos que tiene en comodato, y compra agua a los canalistas de su área de operación (50 litros por segundo), para satisfacer la demanda ante la escasez hídrica en la región.²³² ECONSSA no informa a qué precio Aguas Chañar está comprando el agua. En la memoria, no se hace mención a la insatisfacción de los clientes de Aguas Chañar; solamente se reportan las multas anuales que fueron impuestas a la empresa.

El presidente de ECONSSA Chile S.A. explicó ante la Cámara de Diputados, el 12 de abril de 2017, que solo existen cuatro causales para terminar el contrato con una operadora, y estas son exigentes. Además, una caducidad sería dañina para el Estado.²³³ La SISS dejó claro ante la Cámara que no tiene facultad alguna de intervenir en el contrato entre ECONSSA Chile y Aguas del Valle (u otra operadora); su única facultad es —en casos extremos— decretar la caducidad de la concesión de ECONSSA Chile. Sin embargo, es la SISS la que debe asegurar la continuidad del servicio. Desde una perspectiva de derecho internacional de los derechos humanos, la institucionalidad y repartición de responsabilidades para la garantía del derecho está a la discreción del Estado, sin embargo, este debe actuar de manera coordinada y garantizar el goce efectivo del derecho. Esta coordinación y garantía eficaz está ausente en relación a Aguas Chañar.

En mayo de 2017, el superintendente de Servicios Sanitarios se reunió con la empresa Aguas Chañar para “instruir un paquete de medidas a corto, mediano y largo plazo” en relación al plan de desarrollo de la empresa, y designó fiscalizadores especiales para “determinar

228 Véase sobre iniciativa de 5 alcaldes de solicitar salida de Aguas Chañar a ECONSSA, Revista Aqua.cl: “Presidente de Econssa comprometió reunión para discutir sobre Aguas Chañar”, 11 de abril de 2017.

229 Entrevista SISS, por escrito, 3 de julio de 2017.

230 <http://www.futurorenovable.cl/alcaldes-de-la-provincia-del-huasco-se-reunen-con-aguas-chanar-y-acuerdan-plan-de-accion-frente-a-cortes-de-suministro/>.

231 Disponibles en <http://www.siss.gob.cl/577/w3-propertyvalue-3526.html>.

232 Memoria ECONSSA 2016, p. 27.

233 Véase Acta Cámara 12 de abril de 2017.

responsabilidades” frente a cortes continuos de servicio y problemas con la calidad del agua en Freirina.²³⁴ Estas medidas deberán probar su eficacia, y no eximen a ECONSSA de la suya. En definitiva, ninguna de estas acciones puede lograr, jurídicamente hablando, la terminación del contrato de la operadora. La redacción de los contratos tipo con ECONSSA dificulta enormemente la terminación anticipada de los contratos que fueron firmados por 30 años –de los cuales han solamente transcurrido 13 a 16 años, hasta la fecha –lo anterior, independiente de las disposiciones generales del derecho privado identificadas arriba.

A pesar de los acontecimientos analizados, ECONSSA indicó en su Memoria 2016 que no hay incumplimientos contractuales que reportar en relación a las empresas operadoras.²³⁵ Esto confirma la ausencia de consciencia o voluntad de la concesionaria de considerar el derecho contractual para lograr la calidad y continuidad de servicio en las concesiones de la III y IV región que presentan situaciones críticas.

3.2. Aguas del Valle, una operadora de ECONSSA Chile S.A.

Aguas del Valle, operadora de la concesión de agua potable y servicios sanitarios de la IV región, ha sido el foco de la crítica a ECONSSA Chile S.A. y la SISS por problemas similares a los de Aguas Chañar en años anteriores. En 2015, la situación de Aguas del Valle fue objeto de una Comisión Investigadora de la Cámara de Diputados, que abarcaba también las declaraciones de Aguas del Valle como operadora de concesión de ECONSSA Chile S.A. en la IV región, y el actuar de las distintas entidades públicas en relación a la situación del suministro de agua potable en la IV región.

La empresa sanitaria Aguas del Valle, es una sociedad anónima cerrada que tiene como objetivo principal la producción y posterior distribución del agua potable; y también es responsable por la disposición de aguas servidas²³⁶ en gran parte de la IV Región de Chile. A diciembre del año 2016, la estructura societaria de Aguas del Valle se encontraba compuesta por: ESVAL S.A. con un 99,0% y Servicios Sanitarios Las Vegas con un 1%.²³⁷ En tanto, la empresa ESVAL, sociedad anónima abierta y mayor accionista de Aguas del Valle, es propiedad de Inversiones OTPPB Chile II Limitada, empresa que posee un 94,19% de las acciones. CORFO, por su parte, detenta un 5% de las acciones totales.²³⁸ Como propietario casi exclusivo de ESVAL, ESSBIO y Nuevo Sur, el fondo de pensiones de los profesores de Ottawa (OTPPB) es dueño del

234 Véase <http://www.siss.gob.cl/577/w3-article-16526.html>.

235 Memoria ECONSSA 2016, p. 26.

236 Memoria Anual 2016 Aguas del Valle. p. 16.

237 *Ibíd.*, p. 9.

238 *Ibíd.*, p. 13.

31% del mercado de agua potable en Chile²³⁹ y, según palabras de sus representantes, ocupa una estrategia de inversión no solo financiera, sino también de responsabilidad ambiental, social y de gobierno corporativo.²⁴⁰ Los derechos de CORFO como accionista estatal y sus implicancias se analizaron arriba (sección 2.1.4.).

Según ECONSSA, Aguas del Valle invirtió 35 mil millones de pesos en “gasto e inversión adicional al Plan de Desarrollo”, en medidas relacionadas con la escasez hídrica. ECONSSA está estudiando “soluciones de largo plazo para su discusión con el operador y la SISS, para definir la conveniencia de incorporar [medidas relacionadas con la escasez hídrica] en los planes de desarrollo de cada concesión.”²⁴¹ Considerando que las sequías se vienen produciendo desde hace 10 años con sistematicidad, no se explica por qué esta medida no fue tomada anteriormente. Esto a lo mejor podría evitar que las empresas tengan que invertir en el arriendo de derechos de aguas. Por ejemplo, Aguas del Valle reporta que tuvo que pagar 318 millones de pesos en arriendo de derechos de aguas, además de la compra de agua cruda a los regantes por precios casi 6 veces mayor que la tarifa establecida. Si constituye una infracción adicional o más bien una medida de mitigación proporcionar agua corriente (no potable) para el uso sanitario en situaciones de emergencia, es un asunto hoy en discusión.

Un tercio de la inversión en infraestructura es fuera del Plan de Desarrollo, por el Plan Sequía.²⁴² Por ejemplo, la construcción de norias permitió dar continuidad de servicio a pesar de otro sistema frontal con aluviones en octubre de 2015. Por parte de las autoridades, se priorizan los servicios vulnerables como hospitales, jardines infantiles, cárceles, hogares de NNA y ancianos.²⁴³ Esta priorización está conforme con el derecho internacional de los derechos humanos, y debería también reflejarse en las políticas públicas sobre recursos hídricos, manejo de riesgos y desastres, especialmente en relación a las personas con discapacidad. Con motivo de la reiteración de situaciones de turbiedad en julio de 2015, se procedió a la instalación de mesas preventivas con la empresa. Se podría actuar en protección de infraestructura contra daños por escombros y basura, efectuando la debida limpieza de los lechos de los ríos durante las sequías. En 2015, se optó por no caducar la concesión de la IV región (Aguas del Valle) y enviar los antecedentes

239 Superintendente en Comisión Investigadora, p. 17 y 62.

240 Véase OTPPB, Our principled approach, disponible en <https://www.otpp.com/investments/responsible-investing/our-principled-approach>. Véase también, *ibíd.*, Principles and Practice, disponible en <https://www.otpp.com/investments/responsible-investing/our-principled-approach/principles-and-practice>.

241 Memoria ECONSSA 2016, p. 27.

242 Superintendente en Comisión Investigadora, p. 64.

243 Intendente IV región en Comisión Investigadora, p. 52.

de la Comisión Investigadora a la Contraloría y al Consejo de Defensa del Estado. Este último organismo no actuó al respecto; la Contraloría inició una investigación en relación a ECONSSA Chile S.A., careciendo de facultades en lo que se refiere a la SISS (véase sección 3.3.5). La empresa Aguas del Valle ha sido objeto de una investigación especial por parte de la SISS.²⁴⁴ Considerando globalmente el Informe de la Comisión Investigadora, se puede establecer que ni los órganos del Estado, ni la empresa estatal, ni la empresa operadora cumplieron con la debida diligencia que debieran haber aplicado en la situación. Se extraña una visión de mediano y largo plazo para la prevención de riesgos al derecho humano al agua, entre todos los actores del sector.

Como las empresas también tienen responsabilidades directas en el derecho internacional –especialmente, si sus dueños son inversionistas extranjeros– también reportamos iniciativas que van más allá del cumplimiento con la normativa, y analizamos en qué medida reducen o mitigan el impacto en derechos humanos del negocio, y en qué medida, por tanto, adoptan un enfoque de derechos humanos (véase sección 2.3). Aguas del Valle plantea que “está comprometida con los principios de la Carta Universal de los Derechos Humanos y la Declaración de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), relativa a los Principios y Derechos Fundamentales en el Trabajo”.²⁴⁵ Aunque señala no tener una política de procedimientos formales en materia de derechos humanos, dice cumplir con las disposiciones chilenas toda vez que existe una preocupación por los derechos de los trabajadores y sus convenios colectivos, además de señalar que consagran la libertad de asociación junto a la no discriminación. Todo lo anterior es posible encontrarlo en el Código de Ética de la empresa.²⁴⁶

Aunque no cuente con mecanismos de debida diligencia en materia de derechos humanos, la empresa Aguas del Valle sí posee iniciativas de responsabilidad social empresarial como, por ejemplo, el programa “Agua sana, vida sana” que consiste en “una serie de áreas de intervención, tales como educación, salud, puntos de información de obras a domicilio, diálogo y participación con la comunidad, así como intervenciones en situaciones de crisis, entre otras, (...) para, entre otras cosas, reforzar el uso racional del recurso y así evitar su derroche”.²⁴⁷ También existen aportes en materia de desarrollo regional, como el servicio de asesoría y asistencia a los comités de Agua Potable Rural de la región (véase sección 4.4).²⁴⁸

244 Véase <http://www.siss.cl/577/w3-article-16568.html>.

245 Reporte de Sostenibilidad 2015 Aguas del Valle. p. 67.

246 *Ibid.*

247 *Ibid.*, p. 93.

248 *Ibid.*, p. 98.

3.3. Aguas Andinas S.A.

En un comienzo, la Región Metropolitana era abastecida de agua potable por la Empresa de Agua Potable de Santiago, creada en el año 1861. En el siglo XX, se iniciaron proyectos de inversión en infraestructura que tenían como fin la búsqueda de mayores fuentes de agua, por ejemplo, el Acueducto Laguna Negra, de 87 kilómetros de extensión (1917); Planta Las Vizcachas (1946) y, en 1967, el Embalse El Yeso. En 1977, la empresa de Aguas de Santiago cambió su nombre a Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias (EMOS) y se transformó en una sociedad anónima filial de CORFO que en 1999 fue privatizada. El 51,2 % de su propiedad fue adquirida por la sociedad Inversiones Aguas Metropolitanas Ltda., conformada por el Grupo Agbar (50%), y por una de las mayores empresas sanitarias del mundo actualmente, Suez (50%).²⁴⁹

En el 2000 se construye la planta de Tratamiento de Aguas Servidas El Trebal, y la compañía adquiere el 100% de Aguas Cordillera y el 50% de Aguas Manquehue. Un año después, cambia de nombre a Aguas Andinas S.A. Además, se inicia la construcción de La Farfana. En el año 2002, Aguas Andinas S.A. adquirió el 50% restante de Aguas Manquehue y en 2008 realizó la adquisición del 53,5% de la propiedad y toma de control de la Empresa de Servicios Sanitarios de Los Lagos (ESSAL). Además, se fusionó con las filiales Aguas Cordillera y Aguas Los Domínicos.²⁵⁰ Finalmente en el año 2011, se creó la filial de Aguas Maipo y la Corporación de Fomento de la Producción (CORFO) vendió la mayoría de las acciones que poseía en Aguas Andinas, conservando solo el 5% de sus títulos.²⁵¹ Con esto, Aguas Andinas S.A. —y, a través de ella, Suez S.A.— se constituyó como líder del mercado de agua potable en Chile,²⁵² solo en concesiones directas (no es operadora en ninguno de los contratos con ECONSSA Chile S.A.), y, por tanto, además de concesionaria, Aguas Andinas es dueña de los respectivos derechos de aguas, con ciertas limitaciones sobre su uso hasta el año 2049.

El abastecimiento de agua potable en la Región Metropolitana depende principalmente de aguas superficiales del río Maipo y del río

249 Memoria Anual 2016. Aguas Andinas p. 20.

250 *Ibid.*

251 La estructura actual de los accionistas es, por tanto, la siguiente: 1. Inversiones Aguas Metropolitanas S.A., 50,10% de la propiedad. 2. Banco de Chile por cuenta de terceros no residentes, 11,60%. 3. Banco Itaú por cuenta de inversionistas extranjeros, 10,11%. 4. CORFO, 5,00%. 5. Banco Santander por cuenta de inversionistas extranjeros, 3,85%. 6. Banchile Corredores de Bolsa S.A., 1,68%. 7. Corpbanca Corredores de Bolsa S.A., 1,59%. 8. Asociación de Canalistas Sociedad del Canal de Maipo, 1,15%. 9. Bethia S.A., 0,98%. 10. Larraín Vial S.A. Corredora de Bolsa, 0,98%. 11. BCI Corredores de Bolsa S.A., 0,93%. 12. Euroamérica Corredora de Bolsa S.A., 0,68%. 13. Otros accionistas (1618), 11,33%. 14. Otros accionistas (26), 0,03%.

252 Memoria Anual 2016, Aguas Andinas, p. 20. Véase también: Informe de Gestión de la Superintendencia de Servicios Sanitarios 2015, p. 28.

Mapocho. El riesgo principal de abastecimiento lo constituye, por ende, la turbiedad del agua en situaciones de lluvias abundantes o aluviones. Las soluciones se basan en estanques de agua para asegurar la autonomía del suministro, y en la interconectividad de redes con otras concesionarias que tienen acceso a fuentes de agua en napas subterráneas que no se afectan por las lluvias, que las empresas podrían incluso gestionar sin la instrucción de la SISS.²⁵³

Hasta el año 2015, Aguas Andinas –según cifras entregadas por la SISS– cumplió en un 99% con sus Planes de Desarrollo.²⁵⁴ Contrastando esta cifra con datos de conocimiento público y confirmados en entrevistas, llama la atención por qué los estanques de Pirque –que darían una autonomía de suministro al gran Santiago por 32 horas– no se han construido desde el 2008. Desde 2015, están en revisión del SEA, según pudimos apreciar en base a la información pública en la página del organismo público, lo que corresponde al tiempo de demora de cualquier otro proyecto. El pronunciamiento del SEA se espera para septiembre de 2017.²⁵⁵ La empresa ha señalado que la tramitación de una evaluación de impacto ambiental retrasaría el cumplimiento con el Plan de Desarrollo. Ignoramos por qué Aguas Andinas no solicitó antes la evaluación de impacto ambiental, considerando que la medida ya se había comprometido en 2008.²⁵⁶

Dentro de las iniciativas en materia de Responsabilidad Social que posee Aguas Andinas, revisaremos aquellas cuya consecuencia directa podría aportar a mejoras medioambientales, uso responsable por parte de los consumidores y, por tanto, eventualmente, al goce del derecho humano al agua sin discriminación. Sin embargo, no pudimos corroborar el impacto de las iniciativas, ni tampoco si responden implícitamente a un enfoque de derechos humanos, porque la empresa no accedió a la entrevista solicitada.

La primera de estas iniciativas corresponde al Servicio de Gestión de Crisis y Resiliencia de las Organizaciones (SeCRO),²⁵⁷ en la cual Aguas Andinas ha impulsado la creación de un mecanismo cuya función principal es agrupar a diversas empresas que figuran como líderes

253 Las iniciativas coordinadas por órganos del Estado, en las que participa la empresa, se describieron arriba.

254 Datos disponibles en <http://www.siss.gob.cl/577/w3-propertyvalue-3526.html>.

255 Véase SEA, http://seia.sea.gob.cl/expediente/ficha/fichaPrincipal.php?modo=ficha&id_expediente=2131743627.

256 Véase Barcells, Fernando, <http://ciperchile.cl/2016/05/02/aguas-andinas-us10-millonnes-han-pagado-los-santiaguinos-por-obras-que-debian-evitar-el-corte-de-agua/>. No pudimos confirmar esta información con Aguas Andinas porque no nos concedió entrevista para elaborar esta investigación.

257 Colaboran además en SeCRO, Abertis Autopistas, Copec, Telefónica, CGE, Metrogas, Transbank, GNL Quintero, véase Memoria Anual 2016. Aguas Andinas p. 61.

en sustentabilidad para la acción coordinada y conjunta en gestión de crisis, y compartir buenas prácticas al respecto. Con lo anterior se busca “anticipar, prevenir y minimizar los efectos de las emergencias que se enfrenten de toda índole”.²⁵⁸ Esta iniciativa se ha coordinado con la ONEMI, tal como otra sobre “continuidad del servicio” que también abarca la coordinación con los municipios y la SISS.²⁵⁹

Además, Aguas Andinas reporta el proyecto “economía circular” que busca el “uso y producción de recursos renovables y la preservación del medio ambiente, mediante acciones que permitan reducir, reutilizar y reciclar los recursos”, a través de un proyecto piloto de vehículos eléctricos, un plan de eficiencia energética y la proyección de las condiciones climáticas de la cuenca.²⁶⁰

Por último, se encuentra la capacitación constante realizada por la empresa Aguas Andinas a sus trabajadores, la “Escuela del Agua” que, conforme a su memoria anual, “busca potenciar y formar a los trabajadores de todos los niveles de Aguas Andinas y filiales sobre las nuevas tendencias del sector, como sustentabilidad, economía circular, eficiencia hidráulica y energética, entre otros, dando solución a las necesidades de desarrollo de los trabajadores y trabajadoras del sector sanitario”.²⁶¹

3.4. Cooperativas y Comités de Agua Potable (Agua Potable Rural)²⁶²

A diferencia del sistema urbano, el sistema rural funciona a través de “las Asociaciones de Agua Potable Rural (APR) en Chile, [las cuales] se han estructurado en base a dos modalidades: los Comités de Agua Potable Rural y las Cooperativas de Agua Potable Rural, cuyo funcionamiento se sustenta en la organización social de sus beneficiarios, y bajo diferentes modelos de administración que incluyen criterios sociales y solidarios en beneficio de toda la comunidad”.²⁶³ A pesar de la reciente

258 *Ibid.*, p. 61.

259 *Ibid.*, p. 62.

260 *Ibid.*, p. 62. La empresa también cuenta con una iniciativa de igualdad de género para sus trabajadores/as, véase Memoria Anual 2016 Aguas Andinas S.A., p. 70.

261 *Ibid.*, p. 67.

262 Revisar también Chloé Nicolás-Artero, “Las organizaciones comunitarias de agua potable rural en América Latina: Un ejemplo de economía sustantiva”, *Polis* (online) 2016, vol. 15, N° 45, pp. 165-189. Véase también Gabriel Caldés, *La Industria Sanitaria en Chile de cara al siglo XXI*, Santiago, Ril Editores, pp. 139 y ss.

263 Ley 20.998, promulgada el 6 de febrero de 2016. Regula los Servicios Sanitarios Rurales; DFL 5: 25 de septiembre de 2013. Ley General de las Cooperativas; Decreto 735. Promulgación 7 de noviembre de 1969. reglamento de los servicios de agua destinados al consumo humano; Decreto 58. Fecha de promulgación 9 de enero de 1997. Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley N.º 19.418, sobre juntas de vecinos y demás organizaciones comunitarias; Decreto 101. Fecha de promulgación: 7 de abril de 2004. Aprueba reglamento de la Ley General de Cooperativas; además es aplicable la Ley 20.500. Fecha de promulgación: 4 de febrero de 2011, sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública.

adopción de regulación (2016), es el sector cuyo abastecimiento constituye una de las mayores preocupaciones del Estado en materia de agua potable, como se evidencia en la Política de Recursos Hídricos (véase sección 3.2.1). El sistema de APR se desarrolló desde 1964 con recursos estatales, pero también con el apoyo financiero del Banco Interamericano de Desarrollo (BID).²⁶⁴ Posteriormente y ya por los años 70 y 80, el Servicio Nacional de Obras Sanitarias, SENDOS, queda a la cabeza del proyecto, y genera modificaciones en las áreas administrativa, operacional, técnica y contable. Aunque dichas modificaciones quedaron en registros internos, no fueron recogidas en dictámenes.²⁶⁵ Actualmente, son aproximadamente 2.200.000 las personas que se abastecen a través del APR. En “localidades rurales concentradas cuenta con una cobertura de más de un 99%. Sin embargo, en localidades desconcentradas su cobertura es de solo un 2%. En resumen, la cobertura de agua potable en zonas rurales bordea el 73%, considerando el total de la población rural”.²⁶⁶ El desafío principal es la cobertura del tratamiento de aguas servidas y las garantías de calidad para el agua potable. La ejecución de las inversiones del Estado en infraestructura y asesoría técnica de los comités de APR se hace mayoritariamente —a pesar de tener facultades legales para obligar a las empresas a hacerlo dentro de sus contratos de concesión u operación— a través de convenios con la Dirección de Obras Hidráulicas del MOP (DOH). Aguas Andinas, por ejemplo, brinda “asesoría técnica, comunitaria, administrativa y financiera-contable a 261 organizaciones comunitarias localizadas en las regiones de Los Lagos, Los Ríos y Metropolitana”, en un convenio con la DOH.²⁶⁷ Entre las medidas que ha adoptado la empresa están las visitas a las comunidades, para orientarlas en la gestión del agua. Además, se han llevado a cabo jornadas de capacitación en las que participan tanto la comunidad como trabajadores de la empresa.²⁶⁸

Los Convenios de las empresas concesionarias u operadoras con la DOH, sobre asistencia técnica a las APR, no se deberían considerar iniciativas de RSE, ya que es una prestación de servicios contra pago por parte del Estado y, por tanto, parte del negocio de las empresas.²⁶⁹ Desde una perspectiva de derechos humanos, sin embargo, si se pudiera confirmar que se aplican las respectivas acciones afirmativas de no-discriminación, y el respeto al derecho humano al agua por parte de la

264 Cristián Villarroel, *Asociaciones Comunitarias de agua potable rural en Chile: diagnóstico y desafíos*, Chile Sustentable, 2012, Pp. 7 y 8. Véase también, Caldés 2015, op. cit., pp. 139 y 140.

265 *Ibíd.*

266 *Ibíd.*, p. 139.

267 Memorial anual 2016. Aguas Andinas p. 47.

268 *Ibíd.*

269 Comisión Investigadora 2015, p. 82.

empresa, se pueden considerar parte de una política aún no explícita de derechos humanos, ya que se contribuye a la accesibilidad y disponibilidad del derecho humano al agua sin discriminación. El Estado, al mismo tiempo, tendría que considerar si, según la capacidad de las empresas sanitarias, debería obligarlas a asumir su responsabilidad en las áreas colindantes a su concesión, tal como faculta la ley, ya que además de garantizar el derecho humano al agua potable y saneamiento, es responsable de la gestión eficaz de sus recursos y de poder así avanzar en relación al cumplimiento progresivo de todos los derechos económicos, sociales y culturales (Artículo 2.2 PIDESC).

3.5 Desafíos de la industria a la luz del derecho humano al agua potable

Como identificó Gabriel Caldés en 2015, la industria necesita primero abarcar una mirada de más largo plazo, incluyendo inversiones en I+D (investigación y desarrollo científico) para resolver los desafíos que se presentan en el abastecimiento de agua potable en un país que estará cada vez más afectado –en su zona centro-norte– por sequías y lluvias fuertes, fruto del cambio climático. Además, debemos agregar, se requiere este tipo de investigación en la agricultura, donde existe el mayor potencial de ahorro de agua dulce. Cabe añadir que, en este momento, ningún órgano –ni siquiera la SISS– puede ordenar la restricción de consumo de agua potable. Las declaraciones de escasez hídrica de la DGA solamente son operativas por seis meses. Las restricciones preventivas en caso de emergencia son completamente voluntarias y dependen de las y los consumidores de agua potable.

Además, la posibilidad de ahorro de agua potable –más allá de lo que el costo induzca– no está prevista tampoco en la reforma al Código de Aguas. La SISS explicó: “No habría cambios, porque si bien una eventual reforma podría establecer prioridad para el consumo humano, esta operaría a nivel de priorización de las fuentes para la producción de agua potable. En cuanto al agua potable, una vez producida, al tratarse a todos los clientes con el mismo criterio que consumen desde la red, no habría como distinguir los residenciales de aquellos que no lo sean.”²⁷⁰ Eso es problemático y deja espacio para la mejora en el sentido del uso sustentable y solidario del agua potable.

Segundo, debería hacerse cargo de las aguas no facturadas que se pierden por filtraciones en la red de agua potable, o por hurto. El experto considera que la cifra de pérdida (34% en 2014) era muy alta para un país con escasez hídrica, incluso si se toman en cuenta las aguas necesarias para el lavado de redes.²⁷¹ Los valores más altos de aguas

270 Véase SISS, Campaña para el consumo responsable, disponible en <http://www.siss.cl>

271 Caldés 2015, *op. cit.*, p. 104-105.

no facturadas son de SMAPA, con un 45,1% en 2014; los menores, de Aguas Magallanes con un 12,1%.²⁷²

Tercero, es necesario cuidar, mantener y abrir nuevas fuentes de agua cruda, sobre todo, a través de la reutilización rentable. En estos momentos, la agricultura se beneficia gratuitamente de aguas servidas tratadas, ya que no hay sistema que le devuelva al cliente de agua potable su inversión, a pesar de que haya pagado la factura para el tratamiento de las aguas servidas.²⁷³ La SISS ofició que las empresas sanitarias no eran dueñas de las aguas servidas, decisión confirmada por la Corte Suprema en 2011;²⁷⁴ sin embargo, la Contraloría dictaminó en 2013 en sentido contrario.²⁷⁵

Finalmente, los sectores económicos principales que dependen del agua dulce –agricultura, minería, industria e industria sanitaria– tienen responsabilidades bajo el derecho internacional, bajo los Principios Rectores, y también en relación al artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, de no incidir por vías lícitas ni ilícitas hacia una regulación que no garantice el derecho humano al agua potable y saneamiento. En este sentido, no solo es fundamental asegurar la autonomía de la SISS,²⁷⁶ sino también del Congreso y de los órganos del Ejecutivo. El Estado debe asegurar que –incluso a pesar de que tal presión o incidencia ocurriera– se adopte toda la regulación necesaria para proteger y garantizar los derechos humanos.

CONCLUSIONES

Analizando un servicio público privatizado, la atribución de la responsabilidad por violaciones al derecho humano al agua potable es al Estado, en virtud del artículo 5 del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado del 2001, aunque sean empresas (privadas o estatales) las que proveen el servicio. Por tanto, en la medida que la industria no se regula de acuerdo con los estándares internacionales, o que esta regulación no resulte en una garantía efectiva del derecho,

272 Caldés 2015, *op. cit.*, p. 106.

273 Muy claro en Caldés 2015, *op. cit.*, pp. 110-113.

274 Caldés 2015, *op. cit.*, p. 113. Véase especialmente, Ord. N° 2725 del 4 de julio de 2011. Junta de Vigilancia de la Última Sección del Río Mapocho, Asociación de Canalistas del Canal Bajo La Esperanza, Asociación Canal de Mallarauco con Superintendencia de Servicios Sanitarios: Corte Suprema, 17 de mayo de 2011 (Rol No 1419- 2009).

275 Entrevista con Francisco Donoso, 7 de junio de 2017. La entrevista fue concedida a título personal. Véase además, la publicación de Juan Pablo Díaz de Valdés, *Aguas servidas. Análisis jurídico de su dominio y uso*, en: Actas de Derecho de Aguas, N° 5 [2015] pp. 51-66. Véase también CGR, Dictamen No 35.169 (2013), 5 de junio de 2013.

276 En el mismo sentido, pero referido a su capacidad técnica y las negociaciones tarifarias, Caldés 2015, *op. cit.*, pp. 147-151.

estamos ante una violación. Reiterado esto, existen sin embargo algunas responsabilidades directas de las empresas en virtud de ser tales, según el Pilar II de los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre Empresas y Derechos Humanos.

1. Responsabilidades de las empresas de prestación de servicios

Las empresas deben, en todo momento, respetar el derecho humano al agua, en sus propias actividades –sean o no reguladas– y en su apoyo al sistema de agua potable rural. Esta responsabilidad incluye, primordialmente, la renuncia a ejercer presiones al regulador, fiscalizador o a los órganos políticos que podrían traducirse en una menor protección y garantía del derecho humano al agua potable.

Además, incluso más allá de lo que les exige la ley, deben prevenir violaciones al derecho humano al agua en su esfera de influencia. En este sentido, por ejemplo, deben adecuar su comprensión de “caso fortuito” a la jurisprudencia constante de los órganos administrativos y de los tribunales, para ahorrar costos de litigio al Estado. Deben también desarrollar soluciones a mediano y largo plazo para enfrentar el riesgo que el cambio climático con todas sus facetas significa para el derecho humano al agua potable. Para ECONSSA Chile S.A., estas responsabilidades son aún mayores por tratarse de una empresa estatal (PR 4), e implica, además, el uso diligente de sus derechos contractuales en relación a las distintas operadoras.

2. Violaciones a la obligación estatal de garantizar

La Convención Americana sobre Derechos Humanos establece el deber de adoptar disposiciones de derecho interno, sean estas legislativas o de otro carácter, que resguarden los derechos de las personas.²⁷⁷ En el ámbito de las empresas sanitarias y el derecho al agua potable, el Estado no escapa de dicha necesidad. En este contexto, es preocupante que la Constitución no reconozca el derecho al agua potable y saneamiento, y es imprescindible resguardar la prioridad de su uso para consumo humano a través de un cambio a la legislación, para poder resguardar el derecho humano al agua potable. Esto debería implicar la posibilidad de cubrir el derecho humano al agua en declaradas situaciones de escasez mediante compra a otros actores a un precio tarifado en virtud de una declaración de interés público, no a un precio de mercado de bien escaso que tiende a desvirtuarse en situaciones de monopolios o especulación.

Los derechos humanos, como se reconoció en la Declaración de Viena de 1993, son indivisibles e interdependientes (artículo 5). En nuestro caso de estudio, esto se demuestra especialmente cuando se ha

277 Artículo 2. Convención Americana sobre Derechos Humanos.

afectado el derecho a la educación al suspenderse las clases por falta de agua potable en situaciones de emergencia o se vulnera el derecho a la salud a raíz del uso de aguas grises no aptas para el riego, generando microbios dañinos en la cadena de alimentación humana.²⁷⁸ El Estado debe regular ese ámbito para incentivar correctamente la reutilización de las aguas y asegurar estándares de calidad mediante la fiscalización. En la misma dirección, corresponde también al Estado resguardar el derecho a vivir en un medioambiente sano. Sin embargo, en estos momentos, el Estado de Chile no cumple cabalmente con el deber de debida diligencia en lo que se refiere a la prevención de violaciones al derecho humano al agua potable. Especialmente, mostramos la falta de coordinación de las distintas políticas públicas e institucionalidades relacionadas con el manejo del agua dulce y las emergencias que solo recientemente se están integrando, aunque sin la presencia del Ministerio de Agricultura. Considerando que el 80% del agua en Chile se usa en la agricultura, esta ausencia es una grave falta a la debida diligencia por parte del Estado. A nivel de la institucionalidad fiscalizadora, generan preocupación las pocas garantías contra la “puerta giratoria” en la industria, ya que los tiempos de carencia son mínimos (3 meses a la salida del cargo, ningún período de carencia al ingresar) y no alcanzan ni siquiera para garantizar que una sanción administrativa pendiente se cierre antes de la posible vuelta de un ex funcionario de la SISS a una empresa del sector. Además, la SISS carece de criterios claros para evaluar la calidad y pertinencia de los Planes de Desarrollo de las empresas. Adicionalmente, el poder fiscalizador se encuentra reducido por no haber modernizado los criterios de sanciones a la luz de las nuevas superintendencias como la del Medioambiente. Aún no se ha adecuado la estructura y mandato de la SISS a los nuevos desafíos que pueda enfrentar.²⁷⁹

Las sanciones, al parecer, no logran asegurar el cumplimiento de las empresas que han incurrido en una espiral de infracciones por falta de prevención o por falta de debida diligencia en la gestión. Creemos que se podría mejorar este punto si las infracciones que tienen directa relación con las obligaciones básicas del derecho humano al agua tuvieran sanciones consecuentemente más altas, de acuerdo a las utilidades o a la cantidad de clientes de las empresas. La caducidad de una concesión o de un contrato de operación debe ser una real posibilidad de sanción; pero esto hoy no ocurre por la redacción de los contratos entre ECONSSA Chile S.A. y las empresas operadoras. Aunque hayamos propuesto soluciones de derecho contractual a la supuesta imposibilidad de terminar

278 Véase también Guiloff, en *Informe* 2013.

279 Véase también Caldés 2015, *op.cit.*, p. 149.

un contrato, consideramos necesario revisar la redacción misma del contrato y, además, la transparencia de los juicios arbitrales llevados adelante en esta área de eminente interés público. Adicionalmente, ECONSSA Chile S.A. debe aumentar su dotación si pretende ejercer una correcta fiscalización sobre los contratos. Mientras es en principio un correcto resguardo del derecho humano al agua potable el entregar infraestructura y derechos de aguas solamente en comodato –y, así, evitar el grave error en que se incurrió con las primeras privatizaciones en Concepción, Valdivia y el Gran Santiago, la terminación del contrato con una operadora que no cumple debe ser una posibilidad real.

Además, el Estado ha limitado peligrosamente su capacidad de incentivar las sanitarias y operadoras a proveer un servicio de agua potable de tal calidad que garantice el derecho humano al agua potable, especialmente, a través de la aceptación de cláusulas de terminación de los contratos de operación que son virtualmente imposibles de ejecutar; y al acceder a perder o renunciar a una fundamental herramienta contractual de control sobre los derechos de aguas de las concesiones directas a partir del 2049.

El acceso a la justicia se debilita por la falta de ayuda legal respecto de demandas judiciales en materia de consumo, del todo necesaria para tener posibilidades reales de ganar un caso, por lo menos a partir del nivel de apelación. Además, la falta de seguimiento a la implementación de acuerdos indemnizatorios colectivos que podría haber alcanzado el SERNAC, significa que no hay garantía eficaz del derecho a la reparación.

RECOMENDACIONES

Sobre Estado y empresas estatales

1. Aprobar el uso preferente del agua para consumo humano a nivel constitucional y recuperar la capacidad del Estado (*state capacity*) en relación a la garantía del derecho humano al agua potable, especialmente respecto a la independencia de la SISS y la pérdida de los derechos de accionista de la CORFO en las concesiones directas.
2. Coordinar una política pública integrada de recursos hídricos, incluyendo regulación de uso de los recursos hídricos en la agricultura con criterios de sustentabilidad y enfoque de derechos humanos.
3. Aplicar multas escalonadas al menos conforme a criterios equivalentes a aquellos que emplea la SMA, cuidando que, en todo caso, la sanción no sea menor a la utilidad o ahorro obtenido con la infracción y posibilitando, además, la terminación de contratos con ECONSSA Chile S.A. por incumplimiento grave (aunque sea puntual) de la empresa operadora.

4. Mejorar la transparencia en relación a arbitrajes ECONSSA Chile S.A., criterios de calidad –y su cumplimiento en relación a los Planes de Desarrollo– y negociaciones tarifarias.

Sobre empresas privadas

5. Las empresas deben buscar soluciones técnicas para diversificar fuentes de agua dulce por concesión, reutilizar las aguas para riego y mejorar interconectividad de redes de las concesionarias.
6. Deben renunciar a ejercer lobby, presiones o tráfico de influencia que impida la adopción e implementación de un marco regulatorio de las aguas tendiente a garantizar cabalmente el derecho humano al agua potable.