



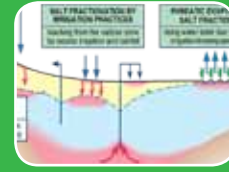
Visión de Alhsud:
El Código de Aguas
mirando al futuro

P. 2



Planificación y
gestión de las aguas
subterráneas

P. 6



Gestión integrada de
las aguas subterráneas
en cuencas

P. 20



VERTIENTE

NOVIEMBRE DE 2015, EDICIÓN N° 16

Gestión integrada de cuencas

Derechos de aprovechamiento de aguas:

Características actuales frente a los cambios propuestos al Código de Aguas



Gentileza: <http://www.h2o-abogados.com/>

Francisco Echeverría*

Ponencia realizada durante el Primer Taller de Capacitación 2015 de Alhsud "Derechos de aprovechamiento de aguas: Características actuales frente a los cambios propuestos al Código de Aguas"

* Francisco Echeverría Ellsworth es Director de ALHSUD Capítulo Chileno y ex Director General de Aguas, abogado de la PUC con más de 15 años de trayectoria en derecho de aguas y medio ambiente. En abril de 2011 fue nombrado Fiscal de la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas y en octubre de 2012 fue designado como Director General de Aguas, cargo que ejerció hasta abril de 2014. Actualmente es socio y consultor en H2o Abogados.

La situación actual en términos regulatorios se puede caracterizar en varias garantías, tales como la seguridad jurídica fundada en fuertes derechos de aprovechamiento protegidos con derecho de propiedad y perpetuidad; baja discrecionalidad administrativa; libre transferibilidad y derechos garantizables; fomento a las inversiones privadas; inexistencia de afectación a uso determinado; que los propios usuarios administran el recurso hídrico; y que los conflictos se resuelven a través de los Tribunales de Justicia.

Muchos de estos aspectos son los que impactan en el éxito del modelo, radicados en la posibilidad de utilización en usos de mayor valor; en mayor infraestructura; mayor eficiencia en el riego; mayor eficiencia en minería e industria; en el hecho de abastecer con agua potable y saneamiento a casi el 100% en zonas urbanas; en el desarrollo productivo, crecimiento

y aumento del PIB; en los derechos consuntivos utilizados en hidroelectricidad antes de consumirse; y en el hecho de que las problemáticas presentadas sean resueltas al interior de las Organizaciones de Usuarios.

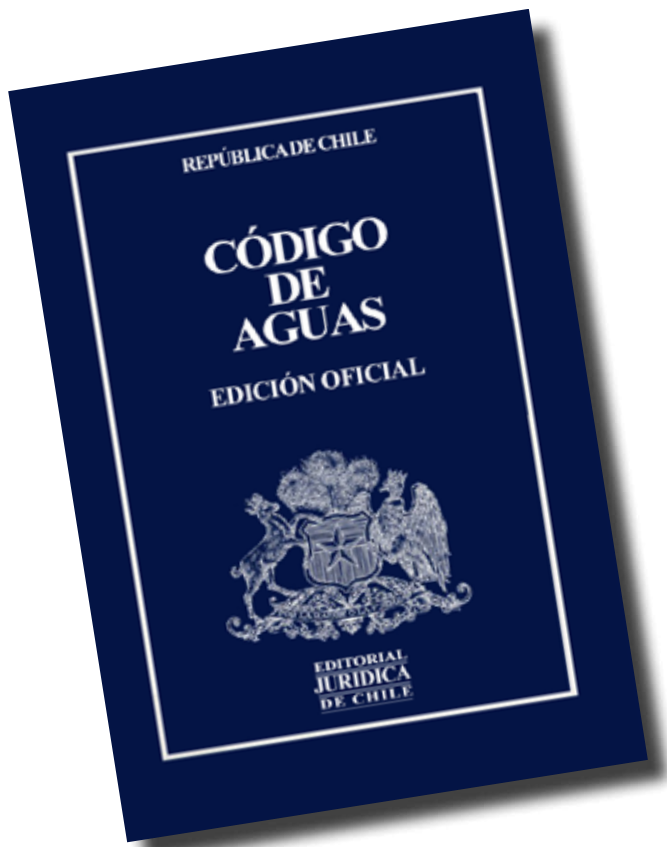
En este escenario, existen recomendaciones de mejoras sugeridas por el Banco Mundial, las cuales se resumen en los siguientes aspectos:

1. Mejorar los sistemas de información y comunicación.
2. Proteger los derechos de agua de los grupos vulnerables.
3. Mejorar la protección de los requerimientos hídricos para los ecosistemas.
4. Mejorar el mercado.
5. Mantener la seguridad hídrica de los derechos de aguas.
6. Seguir avanzando en el uso efectivo de los derechos de aguas.
7. Hacer la gestión del agua subterránea más sostenible.

8. Profundizar en las medidas de mejora en calidad del agua.
9. Mejorar del registro público de los DAA.
10. Fortalecer a la DGA.
11. Fortalecer las organizaciones de usuarios.
12. Disminuir la alta fragmentación de instituciones vinculadas a la gestión.
13. Avanzar hacia un manejo integrado de cuencas.
14. Mejorar la resolución de conflictos.

Modificaciones propuestas en 2014

El artículo primero transitorio proyecto de ley señala que "los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos antes de la publicación de esta ley, seguirán estando vigentes. Sin perjuicio de lo anterior, el ejercicio de dichos derechos estarán sujetos a las limitaciones y restricciones que, en virtud de esta ley, se disponen en razón del interés público. La caducidad de los derechos de aprovechamiento



“Con la reforma se pretende establecer que las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación.”

to dispuesta en el artículo 6° bis creado por esta ley, sólo se aplicará a los derechos de aprovechamiento constituidos a partir de la entrada en vigencia de la misma”.

Frente a esto, con la reforma se pretende modificar el punto hasta establecer que *“las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación”*.

En este sentido, vale comentar que se privilegia el interés público por sobre el particular. Y al subordinar la constitución del derecho de aprovechamiento de aguas al interés público, se establece un proceso de publicación, que puede compro-

meter ciertos derechos y principios constitucionales, así como la economía de mercado. Esto, en la medida de que se supone que actualmente la acción del Estado es “necesariamente subsidiaria y extraordinaria” en un contexto de liberalización y competencia.

Ponderación estatal del interés público

El Estado, al momento de asignar el derecho de aprovechamiento, deberá entonces ponderar aquellos intereses públicos –y principios constitucionales– en juego, orientándose en virtud de la modificación propuesta a la consecución de los intereses generales.

La Constitución chilena, en su cláusula constitucio-

nal de servicialidad, señala que el fin del Estado es propender al bien común, el que podría ser entendido –para los efectos de esta reforma– como integrado por los “intereses generales”.

Prelación de usos

El artículo 5 bis establece que *“las aguas pueden cumplir diversas funciones, tales como la de subsistencia, que garantiza el uso para el consumo humano y el saneamiento; la de preservación ecosistémica; o las productivas. Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano y el saneamiento, tanto en el otorgamiento, como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento. La Dirección General de Aguas se sujetará a*

la prelación dispuesta en el inciso primero cuando disponga la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento o la redistribución de las aguas, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 17, 62 y 314 de este Código.”

En consecuencia, se privilegia al sector sanitario y al agua potable rural, no sólo en la concesión de los derechos de aprovechamientos futuros, sino también, en la limitación por las razones legales que correspondan, de los derechos otorgados.

En ese plano, se deben analizar las validaciones constitucionales paralelas que deben acompañar a la reforma, en el entendido que, si lo que se pretende

es interferir a nivel estatal para los efectos de privilegiar una determinada área económica, se deben resolver y justificar lo mejor posible, desde el punto de vista dogmático, el privilegio al sector económico determinado, para los efectos de no colisionar con la igualdad ante la ley y proscripción de la discriminación económica arbitraria por parte del Estado, tutelados constitucionalmente.

Modificación del pilar fundamental del sistema

Según lo establecido en el artículo 6 del Código de Aguas: *“El derecho de aprovechamiento es un **derecho real** que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”.*

Con la reforma a éste, en tanto, se pretende modificarlo de la siguiente manera: *“El derecho de aprovechamiento recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce **temporal** de ellas, de conformidad a las reglas, requisitos y **limitaciones** que prescribe este Código. Este derecho*

“El período de duración del derecho de aprovechamiento que se origina en una concesión no podrá ser superior a 30 años, de conformidad a los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento o de sustentabilidad del acuífero, según sea el caso.”

*se origina en virtud de una **concesión** o por el solo ministerio de la ley”.*

*“El período de duración del derecho de aprovechamiento que se origina en una concesión **no podrá ser superior a 30 años, de conformidad a los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento o de sustentabilidad del acuífero, según sea el caso. La duración mínima del derecho de aprovechamiento de aguas no podrá ser inferior a veinte años, en el caso de aquellos que tengan el carácter de no consuntivos. La duración del derecho de aprovechamiento siempre se prorrogará, a menos que la Dirección General de Aguas acredite el no uso efectivo del recurso. La prórroga sólo se hará efectiva en la parte utilizada de las aguas”.***

Así, bajo este escenario, se elimina la calidad de dueño, la calidad de derecho real, la facultad de disponer y la posibilidad de usar las aguas en cualquier fin lícito.

Además, el agua deja de ser un *commodity*. Entendiendo este aspecto, que implica que a través de la reforma el agua pierda dicha característica, en el estudio de la misma, se deben incorporar elementos propios del análisis económico del derecho, el cual se expresa constitucionalmente en el concepto del orden público económico y, a nivel específico, en el cuestionamiento general de los costos de transacción en materia hídrica.

Finalmente, lo que la reforma está realizando de manera intuitiva, es cuestionar el

Teorema de Coase, pilar del análisis económico del derecho, el cual señala que *“en la ausencia de costes de transacción y negocios, siempre es posible llegar a un acuerdo entre las partes afectadas por la externalidad, de forma que la asignación de recursos sea óptima y esto independientemente de quien tenga los derechos de propiedad”.*

Análisis económico del derecho de aguas

La indicación sustitutiva se sostiene en el diseño de un presupuesto, según el cual, el actual marco normativo no fue capaz de abordar la externalidad negativa de agotamiento de las fuentes de abastecimiento provocado por la explotación de los particulares, dando lugar –como reacción– a una mayor intervención administrativa, puesto que no existía acuerdo entre las partes afectadas por aquella externalidad, específicamente en los sectores sanitario, medio ambiental y de agricultura y minería.

Sin perjuicio de lo anterior, Ronald Coase, al preguntarse sobre las prelaciónes entre sectores, cuestiona el hecho de si se debe elegir el producto de una empresa sacrificando la producción de otro bien. Considera, además, que debe tenerse en cuenta lo que se consi-

que y lo que se deja de obtener, dado que el problema puede solucionarse a través de la negociación privada, siempre que existan garantías como información completa disponible, correcta definición de los derechos de propiedad y ausencia de costes de transacción. Estas tres garantías, precisamente, se ajustan a las recomendaciones realizadas por el Banco Mundial.

“El problema puede solucionarse a través de la negociación privada, siempre que existan garantías, tales como el acceso a información completa disponible, correcta definición de los derechos de propiedad y ausencia de costes de transacción.”

Interés público versus orden público económico

Los principios y garantías constitucionales que componen el orden público económico están plasmados en los artículos 19 y 20 de la Carta Fundamental, destacando principalmente la libertad para desarrollar cualquier actividad económica; la proscripción de la discriminación económica arbitraria por parte del estado en materia económica (19 N° 22); la libertad para adquirir el dominio (19 N° 23); el derecho de propiedad (19 N° 24); y la protección de los derechos constitucionales en su esencia (19 N° 26).

El concepto de interés público, más allá de su función social o bien común, viene a constituir el catalizador de la reforma para los efectos de justificar las limitaciones propuestas al ejercicio de los derechos

de aprovechamiento y fortalecer la intervención de Estado durante toda la existencia de éste.

En cuanto a las limitaciones y restricciones dispuestas en razón del interés público, el actual artículo 62 del Código de Aguas señala que *“si la explotación de aguas subterráneas por algunos usuarios ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos”*.

Así, con la reforma se pretende reemplazarlo de la siguiente manera: *“Si la explotación de aguas subterráneas produce una degradación del*

acuífero o parte del mismo, al punto que afecte su sustentabilidad, la Dirección General de Aguas podrá limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento, en la zona degradada, a prorrata de ellos, de conformidad a sus atribuciones legales”.

La sustentabilidad y degradación como límite al derecho de propiedad

Actualmente, para los efectos de limitar el ejercicio de un derecho debe existir un “perjuicio”, concepto de contenido patrimonial. En armonía con la actual Constitución, para los efectos de llegar a una situación de prorrato, a solicitud también de los particulares. En consecuencia, la situación de prorrato de los derechos de aprovechamiento venía

justificada desde el plano de varios derechos de propiedad, de un mismo valor, que colisionan entre sí.

Con la reforma, es el Estado el que limita los derechos de propiedad en aras de la sustentabilidad del acuífero. En la práctica, esta norma está incorporando una competencia ambiental fuera del SEIA, al intervenir en un conflicto de garantías constitucionales (la protección del medio ambiente y la propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas).

El artículo 19 N° 8 de la Constitución Política de la República señala que *“La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente”*. En consecuencia, la limitación debe contener todos sus elementos en la ley –para los efectos que pueda limitar el derecho de propiedad– y no puede remitir los contornos de tal limitación a regulaciones dictadas por la autoridad administrativa.

En razón de lo anterior, la reforma propuesta señala como parámetro de todos los acuíferos que *“se entenderá que se afecta la sustentabilidad del acuífero cuando con el volumen de extracción actual se produce un descenso sostenido de los niveles freáticos del*

Recuadro 1: Reseña histórica sobre la gestión de los recursos hídricos en Chile

Código de Aguas (1969)	Código de Aguas (1981)	Modificación al Código de Aguas (2005)
Privilegiaba la administración centralizada del gobierno en vez de la privada, con extensos poderes regulatorios.	Promueve fuertes derechos de aprovechamiento.	La asignación de derechos de agua sin límites ni restricciones dio origen a problemas de acumulación o especulación, generando barreras de entrada a competidores en ciertos mercados.
Los derechos perdieron la categoría de propiedad privada, pasando a ser concesiones administrativas.	Limitada regulación del Estado, encargándose básicamente de la asignación de los derechos. Durante el último tiempo se ha incrementado el rol fiscalizador, el cual siempre estuvo incorporado al Código de Aguas.	
Los derechos se regían por disposiciones administrativas y no por leyes civiles.	Se fortalece al Poder Judicial en la resolución de conflictos.	Trece años de discusión parlamentaria, reafirmando el modelo institucional vigente.
No se registraban como títulos inmobiliarios.	Se limitan las facultades discrecionales de la DGA.	
Áreas de racionalización del recurso, donde el gobierno podía reasignar derechos en función de estándares técnicos y criterios de planificación discrecionales.	Los derechos son definitivos, perpetuos, gratuitos y sin límite en el caudal solicitado.	Patente por no uso.
El gobierno resolvía los conflictos y se redujo el papel de los Tribunales.	Se consagra la inscripción de los derechos de agua en un registro especial.	Caudal Ecológico Mínimo.
Modelo tecnocrático de gestión de las aguas.	Los derechos de agua no están destinados a un uso específico.	"Ley del Mono" o regularización del 4º transitorio.
	Se otorgan facultades extraordinarias de redistribución de derechos en forma temporal, en caso de extraordinaria sequía.	Justificación del caudal solicitado para proyecto dado.
DL 2.603 (1969)	Ideario económico Código de Aguas (1981)	Remate de solicitudes en competencia en un período de 6 meses.
<ul style="list-style-type: none"> Restableció el mercado de derechos de agua, permitiendo que los derechos fueran transados libremente. 	<ul style="list-style-type: none"> Las reglas e instituciones legales debieran favorecer la operación de los mecanismos de mercado, tales como las negociaciones y transacciones privadas. Debieran minimizar las regulaciones estatales. 	
<ul style="list-style-type: none"> Crea incentivos a la inversión privada en infraestructura hídrica en lugar de inversiones estatales. 	<ul style="list-style-type: none"> Los mercados libres aumentan la eficiencia económica al asignar los recursos a sus usos más valiosos. 	
<ul style="list-style-type: none"> Al haber mayor eficiencia, los excesos de agua podían transferirse a usos más valiosos. 	<ul style="list-style-type: none"> La seguridad respecto de los derechos de propiedad estimula el crecimiento económico al promover incentivos para invertir capital y trabajo, ya que los propietarios tienen derecho al fruto de sus inversiones. 	
<ul style="list-style-type: none"> Fortaleció los derechos de agua, separándolos de la tierra. 		
<ul style="list-style-type: none"> Presume como dueño de los derechos a quienes los utilizaban, debido a la confusión que había provocado en el sistema la no inscripción de los derechos. 		

acuífero, que se hará irreversible si no se reduce dicho volumen de extracción”.

Limitaciones y restricciones dispuestas en razón del interés público

Se establecen dos tipos de caducidades: Derechos nuevos que no se hayan usado en 4 años (consuntivos) y 8 años (no consuntivos), con plazo desde su otorgamiento a partir de la vigencia de esta ley. Además, derechos antiguos que no se hayan usado en 12 años (consuntivos) y 14 años (no consuntivos), con plazo desde el 1 de enero de 2006 o desde la fecha de su constitución si es posterior.

¿Existe la caducidad sobre los derechos reales inscritos? Si entendemos que en este caso nos encontramos ante una sanción sobre los derechos constituidos al amparo del Código de Aguas de 1981 y no ante las concesiones administrativas actualmente propuestas, se debe subrayar que la caducidad no constituye una de las formas de extinguir o perder la propiedad sobre las cosas, aplicándose en estos casos la prescripción.

Además, los derechos de agua actualmente constituidos no representan, tal como es el caso de las RCAs,

“El concepto de interés público, más allá de su función social o bien común, viene a constituir el catalizador de la reforma para los efectos de justificar las limitaciones propuestas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.”

“autorizaciones de funcionamiento u operación”, en los cuales si un determinado acto no se realiza, se levante como pertinente la sanción de la caducidad.

La caducidad

Para la doctrina del derecho civil se ha entendido que la caducidad “afecta a derechos que la ley concede con vida **ya limitada de antemano**, por lo que se extinguirán totalmente cuando haya transcurrido el plazo que les ha sido impuesto de manera taxativa” (José Puig Brutau).

En el ámbito de la reforma, igualmente, estas caducidades post- concesionales, pueden conllevar a una paradoja jurídica puesto que la misma indicación las excluye expresamente al señalar en el artículo 129 del

Código de Aguas, que “los derechos de aprovechamiento se extinguen por la renuncia señalada en el inciso tercero del artículo 6º y, además, por las causas y en las formas establecidas en el **derecho común**”.

Facultad discrecional ofertas de caudal

El actual inc 4º del artículo 147 bis del Código de Aguas señala que “*si en razón de la disponibilidad de agua no es posible constituir el derecho de aprovechamiento en las condiciones solicitadas, el Director General de Aguas podrá hacerlo en cantidad o con características diferentes, siempre que conste el **consentimiento del interesado***”.

Con la reforma, lo anterior se pretende modificar de la siguiente manera:

“Si no existe disponibilidad para otorgar los derechos de aprovechamiento en la forma solicitada, el Director General de Aguas podrá hacerlo en la cantidad o con características diferentes, pudiendo, incluso, **denegar total o parcialmente las solicitudes respectivas**”.

Zona de escasez

El actual inc. 3 artículo 314 del Código de Aguas señala que “*declarada la zona de escasez, y **no habiendo acuerdo de los usuarios para redistribuir las aguas, la Dirección General de Aguas podrá hacerlo respecto de las disponibles en las fuentes naturales, para reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía. Podrá, para ello, suspender las atribuciones de las Juntas de Vigilancia, como también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez***”.

Con la reforma, este punto se modificaría, quedando establecido de la siguiente manera: “*Declarada la zona de escasez, la Dirección General de Aguas, podrá redistribuir las aguas existentes en las fuentes naturales para reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía...*” (sin derecho a ser indemnizados). ☺