

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE TEMUCO

ESCUELA DE DERECHO



TESIS

**DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS Y SUS DESAFÍOS EN EL
NUEVO MILENIO.**

Profesor guía: Natalia Fernández Sepúlveda.

Alumnos: Sergio Pérez Nova.

César Sáez Neira.

Temuco, Diciembre de 2005.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	4
ABSTRACT.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
CAPITULO I.....	9
Evolución Histórica del Derecho de Aguas en el Ordenamiento Jurídico Chileno.....	9
1. Generalidades.....	9
2. La historia del derecho de aguas en Chile se puede dividir en las siguientes etapas..	10
2.1 Época Precolombina.....	10
2.2 Época de dominio Español.	11
2.3. Código Civil y disposiciones anteriores al Código de Aguas de 1951.....	12
2.4. Código de Aguas de 1951.	13
2.5. Código de Aguas de 1981.	14
CAPITULO II.....	15
Conceptos Básicos e Institucionalidad del Derecho de Aprovechamiento de Aguas.....	15
1. Derecho de Aguas.....	15
2. Derecho de Aprovechamiento de Aguas.....	16
2.1. Concepto.....	16
2.2. Naturaleza Jurídica.....	17
2.3. Características.....	18
2.4. Clasificación.....	18
2.5. Modo de adquirir el dominio.....	22

3. Organizaciones de Usuarios.....	27
4. Dirección general de aguas.	28
4.1. Generalidades.	28
4.2. Atribuciones y funciones.....	28
4.3. Director General de Aguas.....	29
CAPITULO III.....	30
Análisis de la nueva Ley N° 20.017.....	30
1. Generalidades.....	30
2. Problemas que pretende solucionar según el mensaje.....	30
3. Modificaciones que introduce la nueva Ley de Aguas N° 20.017.....	32
3.1. La administración que los organismos del Estado hacen del agua, en pro de optimizar su uso.....	32
3.2. El establecimiento de un sistema de cobro de Patente.....	33
3.3. Respecto del Modo de Adquirir el DAA por Acto de Autoridad.....	38
3.4. La protección del medio ambiente.....	40
3.5. Respecto de la resolución de los conflictos que puedan generarse.....	41
CAPITULO IV.....	42
Conclusión.....	42
BIBLIOGRAFÍA.....	46
ANEXO.....	48
1. Mercado de las Aguas.....	48
2. Génesis de la Ley 20.017.....	49
3. Críticas.....	55
4. Derecho Comparado.....	56

ABREVIATURAS

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LA REPUBLICA.....	CPR
CÓDIGO DE AGUAS.....	CA
CÓDIGO CIVIL.....	CC
CÓDIGO ORGÁNICO DE TRIBUNALES.....	COT
DECRETO CON FUERZA DE LEY.....	DFL
DECRETO LEY.....	DL
DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS.....	DAA
DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS.....	DGA
CONSERVADOR DE BIENES RAÍCES.....	CBR
ARTICULO.....	Art.

ABSTRACT

Las aguas constituyen un bien de primera necesidad para todo ser vivo, de ahí el afán del hombre por regular su utilización por medio de la concesión a los particulares del DAA.

A lo largo de esta tesis analizaremos el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico brinda a las aguas específicamente respecto del DAA, teniendo a la vista los factores que nos han llevado a tener la actual regulación y haciendo especial mención a la reciente modificación introducida por la ley 20.017, que pretende actualizar la normativa a las necesidades del nuevo milenio.

Derecho, Aguas, Derecho de Aprovechamiento, DAA, Nueva Ley de Aguas, Ley 20.017.

INTRODUCCIÓN

El Agua desde otrora ha sido un elemento de vital importancia, no sólo para el hombre sino para todo ser que pretenda subsistir en la faz de la tierra. Es por esto que a lo largo de la historia se ha manifestado el afán del hombre por acapararla y hacerla suya, cosa nada de fácil considerando que salvo; aguas detenidas en charcos o en grandes concentraciones naturales derivados de glaciaciones o movimientos telúricos, ésta es muy difícil de atesorar por encontrarse en constante movimiento, es así como algunos autores han llegado a sostener que el agua no es susceptible de dominio porque, las corrientes pasan ante nuestros ojos para no volver.

El tratamiento que se ha dado históricamente a las aguas, siempre va de la mano de las necesidades que han tenido las civilizaciones acorde a varios factores; el quantum del recurso hídrico y su distribución geográfica, periodos cíclicos de escasez, la inestabilidad del abastecimiento y la escasez derivada de las crecientes demandas de los particulares.

Sin duda es ésta última la de mayor trascendencia por las consecuencias que genera sobre la institucionalidad legal, económica, social y política de un Estado; prueba clara de ello es el levantamiento del pueblo boliviano frente a las transnacionales que controlaban el vital elemento y a su propio gobierno.

En nuestro país, a partir de 1980 se ha producido un aumento de las demandas sobre las aguas, debido principalmente al sostenido desarrollo económico, pero considerando que casi la totalidad de los DAA ya se encuentran concedidos y que se ha incrementado el interés de la sociedad por la protección del medio ambiente (lo que dice directa relación con el concepto de “Desarrollo Sustentable” que se ha transformado en uno de los pilares

de las políticas ambientales de los estados), se hizo imperioso una normativa que optimice la distribución y uso de las aguas.

Hace 24 años se introdujo en Chile un sistema de derecho transable de aguas, que si bien se caracterizaba por dar certeza jurídica a los titulares de los DAA, éste era gratuito a diferencia de lo que ocurre en derecho comparado, generando una serie de problemas sobre todo en el ámbito del regadío, ya que la gran mayoría de los DAA, alrededor del 60% pertenece a centrales hidroeléctricas (Endesa). Recientemente se ha introducido una modificación que pretende zanjar este problema, sin embargo, desde ya surgen críticas, y una serie de problemas que trataremos de dilucidar. Para esto, en el Primer Capítulo, partiremos con un análisis histórico del derecho de aguas en Chile desde la época precolombina hasta el Código de aguas de 1981. Para en un Segundo Capítulo estudiar someramente, los conceptos básicos e Institucionalidad que rigen del DAA. En el Tercer Capítulo nos adentraremos en la nueva ley de aguas, tomando como punto de partida los objetivos planteados por el Ejecutivo al Congreso, en el mensaje del proyecto, presentado en 1992; enseguida efectuaremos un estudio pormenorizado de cada uno de los puntos esenciales, que a nuestro entender, trata el cuerpo normativo, para cerrar con las conclusiones obtenidas en el Cuarto Capítulo.

Además incluimos un Anexo, donde incorporamos cuatro temas de suma relevancia para tener a la vista al momento de enfrentar la lectura de esta tesis; Primero, echamos un vistazo al “Mercado de las Aguas”, tema de vital importancia para entender una de las principales causas que motivaron la dictación de la nueva ley, esto es la circulación de los DAA; Segundo, un resumen de toda la tramitación que tuvo la ley en el Congreso, donde se aprecia el profundo estudio y discusión de que fue objeto, por 13 años aproximadamente; Tercero, críticas que han efectuado autores, incluso antes de la dictación de la ley; Cuarto,

con el objeto de ver el tratamiento que se da a las aguas en otras legislaciones incluimos “Derecho Comparado”.

Con todos los tópicos mencionados esperamos entregar, a todo interesado, un panorama general de la regulación que nuestro ordenamiento jurídico brinda a las aguas y de cómo es que llegamos a ésta. Sobre todo en lo relativo a la concesión que el Estado hace de ella a los particulares, por medio del DAA, a la luz de la normativa recién incorporada, entregando una visión crítica que permita dislumbrar los desafíos que aún quedan por delante.

CAPITULO I

EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL DERECHO DE AGUAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO CHILENO.

1. Generalidades.

Tomando en consideración la complejidad del desarrollo histórico del derecho de aguas, es que el análisis de la génesis de nuestro cuerpo normativo se transforma en un presupuesto básico para comprender mejor la situación actual. Pese a ello parece conveniente antes, precisar el concepto de agua y su naturaleza jurídica. El concepto de agua no ha sido definido por nuestro legislador, pero podemos señalar que es un: “Cuerpo formado por la combinación de un volumen de oxígeno, y dos de hidrógeno, liquido, inodoro, insípido, en pequeña cantidad incoloro y verdoso en grandes masas, que refracta la luz, disuelve muchas substancias, se solidifica por el frió, se evapora por el calor y, mas o menos puro, forma la lluvia, las fuentes, los ríos y los mares”¹.

Al derecho le interesan las cosas en cuanto son susceptibles de apropiación y de radicarse en ellas derechos subjetivos, recibiendo en este caso el nombre de bienes; la Doctrina y la Jurisprudencia no dudaban en cuanto a la naturaleza jurídica de las aguas invocando el Art. 565 del CC que clasifica las cosas en corporales e incorporales, siendo ambas especies susceptibles de calificarse como muebles o inmuebles, por lo tanto relacionando estos conceptos, las aguas son cosas corporales ya que tienen existencia física susceptible de percibirse por los sentidos, además constituyen un caso típico de bienes muebles que pueden transportarse de un lugar a otro; sin embargo al mismo tiempo constituyen

¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

inmuebles por destinación cuando están sujetas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble². Pero esto que era solo teoría fue resuelto con la dictación de la Ley N° 2.139 del 9 de noviembre de 1908, sobre Asociación de Canalistas, al establecer que el agua es un bien mueble siempre que se le considere con independencia del inmueble cuyo riego, fin industrial o necesidades este destinada, es decir siempre que se considere aisladamente, asimismo es inmueble cuando se la considere como parte integrante o accesorio de un inmueble; esta postura es acogida por el Art. 2 del CA de 1951, por la reforma del año 67-69, y finalmente contemplada por el Art. 4 de nuestro actual Código³.

2. La historia del derecho de aguas en Chile se puede dividir en las siguientes etapas.

2.1 Época Precolombina.

Los primeros antecedentes se remontan a la cultura Incaica, la cual se extendió hasta las proximidades del río Maule, existía una institución denominada “El Ayllu” consistente en un sistema colectivista o de comunidad agraria. El Inca era el dueño supremo de las tierras y de las aguas, después de cada conquista territorial. El empadronamiento de las tierras y su distribución, las aguas, la construcción de las acequias y otros derechos y obligaciones, se distribuían entre todos siguiendo un método riguroso. Dado el contenido colectivista que se tenía de la propiedad, resultaba un sistema comunitario sobre las aguas con un derecho de uso común a todos los hombres, no se consideraba entonces la posibilidad de dominio

² PARADA BARRERA, Guillermo Andrés. *El derecho de Aprovechamiento de Aguas*. Primera Edición. Santiago de Chile: Editorial Congreso, 2000, p. 59-67.

³ GUZMÁN ALCALDE, Alberto; RAVERA HERRERA, Ernesto. *Estudio de las Aguas en el Derecho Chileno*. Segunda Edición Corregida. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Congreso, 1998, p. 31.

particular de las aguas, para radicarse en el patrimonio del indígena. Al estar fuera del comercio humano, queda excluida toda posesión con miras a adquirirla por prescripción⁴.

2.2 *Época de dominio Español.*

Con la llegada de los españoles en 1492, todo el sistema existente se vio modificado por el Derecho Español que tenía una fuerte mezcla de Derecho Musulmán y Derecho Romano.

En España, al descubrirse América, pese al matrimonio de los Reyes Católicos, Castilla mantuvo su personalidad jurídica y política, por ende su propio cuerpo normativo, debido a esto y a que fue Isabel y no Fernando quién patrocinó los viajes, los territorios fueron incorporados a la Corona de Castilla siendo su normativa la que tuvo un impacto directo sobre el nuevo continente, que carecía de una estructura política propia; sin embargo como consecuencia de las diferencias sociales, económicas, políticas y geográficas surgió la necesidad de dictar una nueva normativa para hacer frente a situaciones desconocidas. Fue así como la primera fuente, en los casos que existía, era el Derecho Indiano⁵, aplicándose supletoriamente la normativa de Castilla⁶, por esto no debe de extrañar que los conceptos jurídicos aplicados fueran variados y en ocasiones confusos. Fue sólo hasta 1680, que esta situación varió en parte, cuando se terminó el proyecto de coordinación de las leyes indias que se llamó: “Recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias”. Asimismo la legislación

⁴ STEWART, Daniel L. *El Derecho de Aguas en Chile Algunos. Aspectos de su Historia y El Caso del Valle Illapel*: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

⁵ Conformado por preceptos dictados especialmente para los territorios de las Indias Occidentales por los órganos gubernamentales: El Rey, El Real y Supremo Consejo de las Indias, La Casa de Contratación y por las Autoridades Locales

⁶ Formadas principalmente por: El Fuero Juzgo, El Fuero Viejo de Castilla, El Fuero Real, El Ordenamiento de Alcalá de Henares y el Código de las Siete Partidas.

de Indias siempre estuvo en continuo mejoramiento que terminó justo con el Imperio Colonial Español⁷.

En el análisis de las doctrinas del derecho de aguas chileno se puede apreciar que durante la mayor parte del periodo posterior a la Edad Media, dos doctrinas diferentes coexistieron. La primera concebía las aguas corrientes como cosas, que pertenecen a la nación toda para uso general y publico. La segunda planteaba que las aguas corrientes podían por ley y de hecho, apropiarse e ingresar a dominio privado. Así cuando las Indias fueron incorporadas a la Corona de Castilla, por una parte se otorgaron permisos reales para enajenar las tierras y las aguas de la Corona en los territorios recientemente descubiertos, aparentemente con todos los derechos de la propiedad privada, mientras por otro lado, al principio de la colonización, la Corona declaró que el agua era de propiedad pública, para el uso tanto de españoles como de indígenas.

2.3. Código Civil y disposiciones anteriores al Código de Aguas de 1951.

En 1955 se dictó el CC Chileno, la monumental obra de Don Andrés Bello, que en esta materia de aguas se inspiró en el CC de Cerdeña de 1819, que comenzaría a regir el 1° de enero de 1857, según señala su artículo final, al entrar en vigencia derogó, aún en la parte que no fueran contrarias a él, las leyes preexistentes, sobre todas las materias que en el se tratan. El legislador en este tema no quiso estructurar un sistema legal rígido y detallista, sino que se limitó a establecer las bases, reservando la reglamentación pormenorizada a ordenamientos especiales, debido a que por las curiosidades de nuestra geografía no podrán

⁷ STEWART, Daniel L. *El Derecho de Aguas en Chile. Algunos Aspectos de su Historia y El Caso del Valle Illapel...*

ser iguales en todas las zonas, así lo manifestó el mensaje presidencial que presentó el Código al Congreso con fecha 22 de noviembre de 1855.

De este modo nuestro CC, en su libro II, contiene diversas normas que se relacionan con las aguas, específicamente en sus títulos III y XI, artículos 595, 596, 603,605, 822, 823, 828, 833, 841 y 879. Como lo señala el mensaje, durante la vigencia de estas normas del Código, se dictaron una cantidad de otras disposiciones que regulaban diversas situaciones de carácter particular.

Luego de esta nutrida legislación, el 9 de noviembre de 1908 se dictó la ley N° 2.139, la primera sobre Asociaciones de Canalistas, que terminó con una larga cadena de discusiones doctrinarias acerca de la naturaleza jurídica del agua, y algunos problemas relativos a aprovechamiento comunes. Esta fue la ley que regló el tema hasta que en 1951 se dictara nuestro primer CA⁸.

2.4. Código de Aguas de 1951.

En 1948 se promulgó la Ley N° 8.944, que contenía el primer CA, sin embargo su vigencia fue suspendida hasta el 28 de Mayo de 1951, año en que se fijó el texto definitivo del CA, con la ley N° 9.909, disponiendo que entraría a regir un año después, el 1° de Abril de 1952. Este se mantuvo sin modificación alguna, hasta que en 1967 se dictó la Ley de Reforma Agraria N° 16.640 que modificó el sistema de propiedad sobre las aguas pasando de un sistema mixto⁹, a uno de carácter publicista¹⁰, donde a todos los titulares de un DAA ya constituido se les expropio, otorgándoles la posibilidad de utilizar las aguas, pero sin la

⁸ GUZMÁN ALCALDE, Alberto; RAVERA HERRERA, Ernesto. *Estudio de las Aguas en el Derecho Chileno...*, p. 19.

⁹ Coexisten las aguas de dominio público y de dominio privado, sujetas a regimenes jurídicos diversos.

¹⁰ Las aguas son bienes fiscales y no cabe la apropiabilidad por parte de los particulares.

facultad de transferir su derecho sobre ellas, con lo que el DAA deja de ser comerciable. Sin embargo, solo el año 1969 se dictó el Decreto N° 162, del Ministerio de Justicia, que contiene el texto sistematizado del CA, y por esta razón es que los autores se refieren a este cuerpo legal como el Código del 67-69¹¹.

2.5. Código de Aguas de 1981.

En 1979, se dictó el DL N° 2.603, publicado el 23 de Abril de 1979, que introduce modificaciones en que se aprecia una visión global en la regulación de las aguas. Al artículo primero del DL se le dió rango constitucional, porque modificó el Acta Constitucional N° 3 y estableció que los derechos constituidos sobre las aguas en conformidad a la ley otorgarán la propiedad de ellos. Tal disposición fue recogida por la CPR, en el Art. 19 N° 24, inciso final.¹²

En el artículo segundo del decreto se facultó al Presidente de la Republica para dictar las normas del Régimen General de Aguas, reemplazando a las del Código del 51.

El 29 de Octubre de 1981, se publico en el Diario Oficial el DFL N° 1.112 que estableció el nuevo texto del CA, actualmente vigente y que será objeto de nuestro estudio a lo largo del desarrollo de la investigación.

¹¹ PARADA BARRERA, Guillermo Andrés. *El derecho de Aprovechamiento de Aguas...*,p. 84-86.

¹² “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

CAPITULO II

CONCEPTOS BÁSICOS E INSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS.

1. Derecho de Aguas.

Antes de proceder, a analizar el derecho de las aguas, debemos resolver si las aguas son susceptibles de dominio.

Hace muchas décadas, que se arrastra una discusión doctrinaria, si estas son o no susceptibles de propiedad.

Una parte de la doctrina señalaba que, salvo las aguas detenidas, ósea las de menos importancia, las demás no eran susceptible de dominio, en consecuencia es imposible constituir sobre ellas un dominio real, como el que tenemos sobre un inmueble.

Otros autores en cambio, contradicen la posición anterior, afirmando que las aguas, son objeto de un dominio especial. Sin embargo, tal discusión doctrinaria se encuentra resuelta, al establecer el CA de 1981, en su Art. 5 que: “Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código”.

Relacionando este Art. 5 con el Art. 1 del CA, y estos con el Art. 585 del CC, podemos concluir que las aguas son de dos clases:

A. Aquellas susceptibles de dominio: De este primer grupo forman parte todas las aguas terrestres, como los ríos y los lagos; constituyendo bienes nacionales de uso público.

B. Aquellas no susceptibles de dominio: Estas corresponden a las aguas, que son comunes a todos los hombres, como el alta mar, porque el uso de esta corresponde a la humanidad, no admitiendo la posibilidad de constituir sobre ellas derecho de propiedad.

Consecuencialmente, las aguas ubicadas dentro del territorio de Chile que son bienes nacionales de uso público son susceptibles de dominio, pero su único titular es el Estado. Se quiso de este modo, y al igual que en materia minera, otorgar al Estado el dominio exclusivo de todas las aguas, otorgando a los particulares sólo el DAA de ellas.

Si bien, las aguas son bienes nacionales de uso público y por consiguiente de dominio exclusivo del Estado, no excluye la concesión a los particulares del derecho real de aprovechamiento de aguas, que pasa a ser definido en el artículo 6.¹³

2. Derecho de Aprovechamiento de Aguas.

2.1. Concepto.

Corresponde a: “una autorización que permite al titular de ésta extraer en forma exclusiva de una determinada fuente natural un cierto volumen o caudal de agua, en un punto específico de dicha fuente, para usar de ellas, existiendo esta autorización en forma independiente de una efectiva extracción del agua, siendo oponible a terceras personas e incluso al Estado, debido a su carácter de derecho real, protegida por acciones de la misma naturaleza y, además, amparada en el estatuto de la propiedad privada común y garantizada su protección por la propia Constitución Política de la República”¹⁴.

¹³ “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”

¹⁴ PARADA BARRERA, Guillermo Andrés. *El derecho de Aprovechamiento de Aguas...*, P. 213.

2.2. *Naturaleza Jurídica.*

Antiguamente, se discutió en doctrina, acerca de la naturaleza jurídica de este uso de los bienes nacionales de uso público, tal discusión alcanzó gran relevancia antes que el Código de 1951, definiera el DAA. Había autores que sostenían, que el derecho de aprovechamiento era una especie de usufructo sobre un bien nacional de uso público, en cambio otros sostenían, que se trataba de una especie de derecho de uso y por último, hay quienes incluso señalaron que nos encontrábamos frente a una servidumbre.

Ya esta controversia se da por enteramente superada, con la definición del CA de 1981, muy similar a la que contenía el Código de 1951 y que repitió el Código de 1967-69, al señalar que el DAA es un derecho real específico, esto es, de aquellos que se tienen sobre una cosa sin respecto a determinada persona, como los define el Art. 577 del CC. Este derecho recae sobre las aguas y consiste específicamente en el uso y goce de estas, ya que el dominio es exclusivo del Estado y en ninguna instancia el titular del DAA podrá disponer de las aguas. En relación a lo que hemos señalado, y a la luz del artículo 6 del Código de 1981 debemos distinguir dos derechos, primero un derecho de dominio originario cuyo único titular es el Estado, y otro derecho real, que es el DAA, cuyo titular podrá sólo gozar y usar de las aguas mas no disponer de ellas, ya que esta adolecería de objeto ilícito¹⁵.

Además el titular del DAA, puede usar, gozar y disponer de su DAA, puesto que tiene el derecho de propiedad sobre el¹⁶, pero no así sobre las aguas, ya que el dominio sobre ellas corresponde sólo a el Estado.

¹⁵ Art. 585 en relación con el Art. 1466 del CC.

¹⁶ Art. 583 del CC.

2.3. Características.

Dentro de las características que consideramos más importantes, podemos señalar las siguientes:

- A. Es un derecho real.
- B. Por regla general es un derecho real mueble por naturaleza, pero si el agua está destinada al beneficio de un inmueble, se reputaran inmuebles¹⁷.
- C. Es de libre disposición¹⁸.
- D. Recae sobre un bien nacional de uso público¹⁹.
- E. Se extingue por las causas y en la forma establecida en el derecho común²⁰.
- F. Está protegido por las acciones posesorias, por la reivindicatoria, recurso de protección, amparo judicial y las demás acciones generales del derecho común.

2.4. Clasificación.

El CA, en su Art. 12, clasifica el DAA, y dice “Los derechos de aprovechamiento son consuntivos o no consuntivos; de ejercicio permanente o eventual; continuo, discontinuo o alternado entre varias personas”, como se puede apreciar, el Código efectúa tres clasificaciones del derecho de aprovechamiento de aguas:

2.4.1. Según la forma de uso de las aguas, el DAA se clasifica en *consuntivos* y *no consuntivos*.

A. *Derechos consuntivos*.

¹⁷ Art. 4 en relación con el Art. 580 del CC.

¹⁸ Art. 15 del CA.

¹⁹ Art. 5 y 6 del CA.

²⁰ Art. 129 del CA.

Dice el Art. 13 del CA, que es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad. Sin embargo, esta disposición hay que complementarla con el Art. 313²¹, del mismo Código.

B. *Derechos no consuntivos.*

De acuerdo al Art. 14 del CA, es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho.

El inciso 2º de este artículo dispone que la extracción o restitución de las aguas se hará siempre en forma que no perjudique los derechos de terceros constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, sustancia, oportunidad de uso y demás particularidades. Es decir este inciso contiene una protección de los derechos de terceros, que se hallen constituidos sobre las mismas aguas en que se otorgo un DAA no consuntivo.

El Art. 15 del CA contiene un principio básico en estos derechos y es que el dominio del DAA no consuntivo no implica, salvo convención expresa entre las partes, restricción a la libre disposición de los derechos consuntivos. Constituyen ejemplos de estos, la utilización del agua para la producción de energía hidroeléctrica, la utilización en la acuicultura, etc.

2.4.2. Según la abundancia o escasez del recurso, los derechos de aprovechamiento pueden ser *permanentes o eventuales*.

Antes de proceder a su análisis es necesario señalar, que la permanencia o eventualidad está referida al ejercicio mismo del DAA, ósea, a la posibilidad efectiva de extraer aguas para

²¹ “Para los efectos del artículo 13 se reputan derechos de aprovechamiento consuntivo:

1. Los que emanen de mercedes concedidas por autoridad competente sin obligación de restituir las aguas;
2. Los reconocidos con esta calidad por sentencia ejecutoriada, y
3. Los derechos ejercidos con la calidad de consuntivos durante cinco años, sin contradicciones de terceros”.

ser utilizadas, aclaración que es menester señalar, toda vez que el DAA no puede ser jamás eventual en su existencia sino que permanente.

A. Derechos de ejercicio permanente.

Son de acuerdo al Art. 16 y 17 del CA, los que se otorguen con dicha calidad en fuentes de abastecimiento no agotadas, en conformidad a las disposiciones del CA, así como los que tengan esta calidad con anterioridad a la promulgación de éste lo que faculta para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, en cuyo caso el caudal se distribuirá en partes iguales. Los demás son de ejercicio eventual. Sin embargo, estas normas deben ser complementadas con al del Art. 312 del mismo Código.

Todos los derechos de ejercicio permanente participan en el reparto del caudal de un río, por escaso que este sea; los eventuales pueden tomar agua, siempre que sobre, después que todos los permanentes tomen la totalidad de las aguas a que tienen derecho.

B. Derechos de ejercicio eventual.

Son todos aquellos que sólo facultan al titular para usar las aguas en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante, después de abastecidos los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente²².

El ejercicio de los derechos eventuales queda subordinado al ejercicio preferente de los derechos de igual naturaleza otorgados con anterioridad²³, de la misma manera como los derechos no consuntivos quedan supeditados al ejercicio de los consuntivos. Esta norma también debe ser complementada con el Art. 311 del CA. Además no pueden ser objeto de derecho de ejercicio eventual las aguas lacustres o embalsadas.

²² Art. 8 inciso 10 del CA.

²³ Art. 18 inciso Final del CA.

2.4.3. Según la habilitación para el ejercicio en el tiempo, también son clasificados en derechos de ejercicio *continuo*, *discontinuo* y *alternado*.

A. *Derecho de ejercicio continuo*.

Son aquellos que permiten usar el agua en forma ininterrumpida durante las veinticuatro horas del día²⁴.

Si el acto de constitución del DAA no expresa otra cosa, se entenderá que su ejercicio es continuo. Se trata de una presunción simplemente legal contenida en el Art. 24 del CA, que viene a complementar el Art. 19 del mismo Código.

Los derechos de ejercicio continuo, permiten a su titular, el ejercicio de la autorización para extraer aguas durante todos los días del año, las 24 horas del día.

B. *Derechos de ejercicio discontinuo*.

Permiten usar el agua durante períodos determinados. Así, por ejemplo, son DAA de ejercicio discontinuo aquellos que permiten extraer aguas durante 6 horas al día, 4 meses al año.

Si se trata de un derecho de ejercicio discontinuo, las aguas sólo podrán usarse, en la forma y tiempo fijado en el acto de constitución del mismo, en virtud del Art. 24 del CA, el que determinará si el derecho puede ser ejercido, por ejemplo, entre los meses de Marzo a Julio.

C. *Derechos de ejercicio alternado*.

Son aquellos en que el uso del agua se distribuye entre dos o más personas que se turnan sucesivamente²⁵.

Importan la posibilidad de usar las aguas sólo durante un período determinado, de modo tal que, luego de ser utilizadas por un usuario corresponde que otro, u otros titulares de

²⁴ Art. 19 inciso 1º del CA.

²⁵ Art. 19 del CA.

derechos alternados puedan usar las aguas en el período inmediatamente posterior.

El principal rasgo del derecho de ejercicio alternado es que implica que dos o más usuarios de aguas deben compartir entre sí el mismo caudal, de modo que uno las aprovechará primero y otro después, y así sucesivamente, configurando un verdadero uso cíclico.

2.5. Modo de adquirir el dominio.

Llegado a este punto, debemos distinguir entre la adquisición Originaria (Asignación o Primera Asignación) de un DAA, y lo que es la Reasignación de DAA.

La primera puede ser por medio de un Acto autoridad, por la Ley o por Prescripción, aunque la doctrina mayoritaria no considera a ésta última como apta, para adquirir Originariamente el derecho, ya que plantear que se constituye en forma originaria es incurrir en redundancia (por lo que no nos referiremos a ella).

La segunda se efectúa con arreglo a las disposiciones del CC salvo, en cuanto estén modificada por el CA, por tanto aquí encontramos; la Tradición Prescripción, Sucesión por Causa de Muerte, Ocupación y la Accesión²⁶.

A continuación efectuaremos un análisis de cada uno de los modos de adquirir poniendo énfasis en los dos mas trascendentes para nuestro estudio, que son la Tradición y el Acto de Autoridad.

2.5.1. Adquisición Originaria.

A. Acto de Autoridad.

Constituye el modo de adquirir por excelencia, otorgado por la DGA, en base a un procedimiento administrativo contenido en el CA, previa solicitud del interesado, constitución que se hace a través de un acto administrativo o Resolución dictada por la

²⁶ PARADA BARRERA, Guillermo Andrés. *El derecho de Aprovechamiento de Aguas...*,p. 277-280.

DGA a nombre del Director General. Adquiriéndose el derecho a título gratuito, ya que no se requiere pagar por ella, tanto para su concesión como para mantener subsistente el derecho. Cumplidos los supuestos legales y habiendo disponibilidad de caudal, sin existir oposición de terceros, la DGA esta obligada a constituirlo, ya que carece de facultades para negarlo.

Según dispone el Art. 23 del CA la constitución del DAA, se sujetará a lo dispuesto por el párrafo 2º, Título I del Libro II del mismo, específicamente los artículos 140 a 150 y las normas comunes del párrafo 1º del Título ya citado.

A.1 Requisitos:

- Disponibilidad de caudal.
- Legalmente procedente (que no existan oposiciones pendientes).
- No afecte derechos de terceros.

Verificados estos elementos la DGA debe conceder el derecho.

A.2 Procedimiento de Concesión:

Se inicia por la solicitud que se presenta ante la DGA, del lugar donde se ubique la bocatoma o captación subterránea, si no existe oficina de la DGA, la solicitud se presenta en la Gobernación respectiva²⁷. Ésta debe cumplir con los requisitos del Art. 140 del CA, y los gastos en que incurra el interesado en la solicitud serán de su cargo, mientras que las medidas que adopte de oficio la DGA, serán a cuenta de ella.

Presentada la solicitud la DGA debe autorizar las publicaciones que exige el Art. 131 del CA, cuando se afecte o pueda afectarse a terceros, a costa del solicitante y dentro del plazo

²⁷ Art. 130 del CA.

fatal de 30 días contados desde la presentación de la solicitud²⁸; el jefe de la oficina de la DGA o de la Gobernación podrá disponer la notificación personal de quienes se vean afectados. Publicada la solicitud los terceros afectados pueden oponerse a ella dentro de los 30 días desde la publicación o notificación.

Si no se presentan oposiciones y existe disponibilidad del recurso se concederá el derecho. Por el contrario, si se presentan oposiciones, dentro del quinto día de recibida la oposición, se le dará traslado al solicitante por un plazo de 15 días.

Transcurridos 30 días de la contestación de la oposición, o del vencimiento del plazo para oponerse, ya señalado, la Autoridad podrá mediante resolución fundada solicitar aclaraciones, inspecciones oculares o informes para mejor resolver, para luego emitir un informe técnico y dictar resolución fundada que resuelva el asunto, dentro de un plazo de 4 meses a partir del vencimiento de los 30 días desde la contestación de la oposición.

Cuando la oposición se verifica por provocar un perjuicio a terceros o por tener éstos un mejor derecho, la DGA se debe pronunciar por medio de una resolución, pero; cuando hay solicitudes simultáneas e independientes sobre las mismas aguas, o cuando en el procedimiento de constitución un tercero se opone pidiendo las mismas aguas y no hay caudal suficiente, el problema se resuelve por medio de un remate cuya regulación esta contenida en los artículos 142 a 147 del CA.

La resolución que concede el DAA al solicitante debe reunir los requisitos del Art. 149 del CA, y se sujetará al trámite de la toma de razón por la Contraloría General de la Republica, para luego reducirse a escritura publica suscrita por el interesado y un funcionario de la DGA, procediendo a inscribir una copia en el Registro de Propiedad de Aguas del CBR competente.

²⁸ Art. 141 del CA.

Las resoluciones que dicte el Director General de Aguas o por sus dependientes son susceptibles de recurso de reposición dentro del plazo de 30 días contados desde la notificación de la resolución. Las resoluciones que dicte la DGA son susceptibles de recurso de reclamación ante la Corte de Apelaciones dentro del mismo plazo, ambos recursos no suspenderán el cumplimiento de la resolución, salvo orden expresa²⁹.

Cabe mencionar que existen situaciones especiales en donde es el Presidente de la Republica, quien esta facultado para conceder el derecho³⁰.

B. Ley.

Aquí es la propia ley la que concede a un particular el DAA de un determinado cause basado en circunstancias fácticas, que el legislador hipotéticamente deduce. Son las características físicas y el entorno en el que se encuentran las aguas, lo que hace procedente este modo, ya que la ley presume la necesidad que tiene el propietario ribereño de utilizar las aguas. Se trata por lo tanto de una especie de propiedad del DAA, sujeta a una permanente condición resolutoria, es decir a la mantención de condiciones objetivas.

2.5.2 Reasignación.

A. Tradición

Después del acto de autoridad es el modo mas importante, debido a que es el más recurrido y en virtud de él se manifiesta jurídicamente el principio “Libertad de transferencia de los derechos de aprovechamiento de aguas”.

Para determinar la forma como efectuar la tradición, hay que distinguir entre el DAA que se encuentra inscrito y el que no lo está, careciendo de importancia el carácter mueble o

²⁹ PARADA BARRERA, Guillermo Andrés. *El derecho de Aprovechamiento de Aguas...*,p. 281-290.

³⁰ Art. 148 del CA.

inmueble que se le atribuya a las aguas³¹.

A.1. Tradición de los derechos de aprovechamiento inscritos.

Aquí se aplican las disposiciones relativas a la posesión inscrita de los bienes raíces, siempre considerando la especial naturaleza de este derecho y de las aguas.

La forma de efectuar la tradición se realiza, por la inscripción del título, que debe constar por escritura pública ya que constituye una solemnidad del acto, en el Registro de Propiedad de Aguas del CBR; así como la tradición de los derechos reales constituidos sobre ellos mediante la inscripción de su título en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas.

A.2. Tradición de los derechos de aprovechamiento no inscritos.

Aquí se presentan dificultades debido a que no es obligatoria la inscripción, lo que genera incertidumbre de cómo realizar la tradición. La tradición se hará en forma simbólica, pero sin estar ligada a una inscripción; por lo tanto la forma de efectuarla dice relación con la actitud del tradente y el adquirente, donde el título debe constar por escritura pública, en que el tradente deberá otorgar la aprehensión de la cosa, pero como no es posible aprehender los derechos, el tradente permitirá que el adquirente realice el contenido del derecho, es decir, que ejercite el DAA de distintas formas, como son por ejemplo, cerrar él sus bocatomas y abrir las del adquirente, o las entregas de las llaves de las compuertas, etc.

B. Prescripción Adquisitiva.

La prescripción procede cuando se adquiere un DAA ya existente por haberse poseído, durante un lapso de tiempo, provocando la pérdida del derecho a su titular anterior y la adquisición de éste por parte del poseedor.

³¹ PARADA BARRERA, Guillermo Andrés. *El derecho de Aprovechamiento de Aguas...*, p. 307-312.

C. Sucesión por causa de muerte.

Se aplican las mismas normas del CC en virtud de lo dispuesto en el Art. 21 del CA.

D. Ocupación y Accesión.

Al respecto cabe señalar que la mayoría de los autores los rechazan como modo de adquirir el DAA, ya que no son aptos debido a la especial característica de ser cosa incorporal, por lo que no es posible encontrar un derecho abandonado para que una persona pueda aprehenderlo materialmente y porque el DAA es un bien en si independiente y principal, por lo que tampoco es accesorio a un predio, como se desprende del Art. 317 del CA.

3. Organizaciones de Usuarios.

Estamos frente a una organización de usuarios, cuando dos o mas personas tienen un DAA de un mismo canal, embalse o aprovechan las aguas de un mismo acuífero³².

El CA establece 3 clases de organizaciones de usuarios:

Las Comunidades de Aguas, las Asociaciones de Canalistas y las Juntas de Vigilancia.

Siendo el objetivo principal de estas Comunidades, la de tomar las aguas de un mismo caudal matriz, para repartirla entre los titulares de derechos.

³² Art. 186 del CA.

4. Dirección General de Aguas.

4.1. Generalidades.

La DGA es un servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas, creado por la Ley N° 16.640 de 1967, (Ley de Reforma Agraria). El Jefe Superior de este servicio se denomina Director General de Aguas, es de la exclusiva confianza del Presidente de la República.

Esta regulado fundamentalmente por el CA, Libro Tercero, título II, artículos 298 y siguientes, además de otras normas pertinentes, como Reglamentos y Resoluciones.

4.2. Atribuciones y funciones.

En general están contenidas en el Art. 299 del CA. Dentro de las funciones de la DGA podemos destacar las siguientes:

A. Planificar el desarrollo del recurso hídrico en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento.

B. Constituir DAA.

D. Propender a la coordinación de los programas de investigación que corresponda a las entidades del sector público, así como de las privadas que realicen esos trabajos con financiamiento parcial del Estado.

E. Investigar y medir el recurso.

4.3. Director General de Aguas.

Es el jefe superior de esta institución y el representante legal de la DGA³³, tiene obligaciones y atribuciones³⁴, de las cuales podemos mencionar las siguientes:

- A. Dictar las normas e instrucciones internas que sean necesarias para la correcta aplicación de las leyes y de los reglamentos que sean de su competencia.
- B. Dirigir, coordinar y fiscalizar la labor de la DGA.
- C. Dictar las resoluciones que corresponda sobre las materias que las leyes encomienden específicamente a los jefes superiores de servicios;
- D. Actuar en representación del Fisco y celebrar actos y contratos en cumplimiento de las funciones que le corresponden a la DGA; en específico comprar y vender materiales y bienes muebles, aceptar donaciones; en general, ejecutar todos los actos y contratos necesarios para el cumplimiento de los objetivos que la ley le encomienda a la DGA.
- E. Adoptar las medidas que sean conducentes al adecuado funcionamiento técnico y administrativo del servicio.

³³ Art. 302 del CA.

³⁴ Art. 300 del CA.

CAPITULO III

ANÁLISIS DE LA NUEVA LEY N° 20.017.

1. Generalidades.

Luego de aproximadamente 13 años de tramitación, el Presidente Ricardo Lagos Escobar promulgo la ley 20.017, publicada el 16 de Junio del presente año, que modifica el CA. Según dijera el mismo Presidente, ésta permitirá un uso sustentable, eficiente y justo de los recursos hídricos del país. Además señaló que, a partir de la entrada en vigencia, habrá “un acceso competitivo, transparente, al mercado de este recurso, se favorece la libre competencia y disminuyen las barreras de entrada. De esta manera también, digámoslo así, estamos eliminando las rentas obtenidas por el sólo hecho de haber sido más rápidos en reclamar el agua que pertenece a todos los chilenos”.

Cabe señalar que la ley tuvo una larga y ajetreada tramitación, debido a la falta de consenso que existía sobre el tema, cuestión principalmente producida, por la trascendencia que presentan las aguas, como recurso indispensable para la subsistencia humana. Esto unido a los intereses que estaban en juego, principalmente de grandes compañías, como es el caso de ENDESA³⁵.

2. Problemas que pretende solucionar, según el mensaje del proyecto de ley.

A. Las condiciones generales, de escasez y contaminación, que se acentúan en las zonas más áridas, estas requieren de normas legales eficaces para solucionar esas dificultades.

³⁵ Que posee cerca del 60% de los DAA.

B. La actual legislación adolece de excesiva permisividad y pasividad frente a la administración y conservación de este recurso escaso y finito, defectos que deben ser corregidos a la brevedad para evitar situaciones de crisis que, en definitiva, conduzcan a soluciones intempestivas y poco razonadas.

C. La acumulación de DAA en forma desmesurada sin que exista un uso actual o futuro previsible, sino únicamente la posibilidad de lucrar con ellos, por su obtención original gratuita, permite la solicitud y obtención ilimitada de recursos hídricos, con la sola condición de cumplir un procedimiento administrativo. Que en lo práctico, ha significado la existencia de una gran cantidad de concesiones, traducidas en derechos inscritos, que corresponden a un bien nacional de uso público (el agua), que no puede ser utilizado en proyectos productivos, salvo entendimiento económico con sus detentadores.

D. La existencia de cauces naturales afectados por contaminación insoportable, esto debido fundamentalmente a las insuficientes normas, respecto a la conservación y protección de las aguas, con enfoques extremadamente parciales. Lo que implica, la semilla de conflictos que afectarán las bases mismas de nuestro medio ambiente, la salud y vida de las personas.

E. La falta de adecuación, al actual proceso de avance y desarrollo sostenido de los sectores agrícola, hidroeléctrico, industrial, minero y sanitario, que en gran medida se sustentan en el uso del agua y que son receptores de grandes inversiones nacionales y extranjeras, exigen seguridad jurídica en la utilización de los recursos hídricos. Esa seguridad no se consigue con normas que permiten situaciones abusivas, como las indicadas, sino con disposiciones legales justas y equilibradas, que conduzcan a un acceso equitativo a este preciado recurso natural, y que garanticen al mismo tiempo su utilización racional y su conservación.

3. Modificaciones que introduce la nueva Ley de Aguas N° 20.017.

En éste análisis nos referiremos a los aspectos, a nuestro juicio, más importantes que trata la nueva ley de aguas, no siendo la finalidad estudiar cada disposición en concreto, y que básicamente apuntan a nuestro entender en cinco direcciones:

3.1. La administración que los organismos del Estado hacen del agua, en pro de optimizar su uso.

Por medio de la entrega de nuevas facultades a la DGA³⁶ y estableciendo un sistema de comunicación con otros organismos Públicos que tienen un papel relevante como son El CBR, La Tesorería General de la República, Notarios Públicos, El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, La Superintendencia de Servicios Sanitarios, Comisión Nacional de Riego, etc. Al igual que con instituciones privadas como las Organizaciones de Usuarios³⁷, que permiten fiscalizar la constitución, titularidad y transferencia de los derechos sobre las aguas. Un claro ejemplo de ello es la implementación de un “Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas”³⁸, tanto de derechos Inscritos como No Inscritos susceptibles de regularización conforme al Art. 2 Transitorio del CA, que la DGA, debe mantener al día con la información que obtenga, entre otras fuentes, de copias autorizadas de escrituras publicas y de inscripciones relativas a la transferencia y constitución de DAA, que deben enviar los Notarios y CBR respectivos, dentro de los 30 días siguientes a la fecha del acto; así como también de informes específicos que ella solicite, quedando éstos en caso de incumplimiento, sujetos a las sanciones previstas en el Art. 440 del COT. Los titulares de un DAA deben inscribirlo en éste

³⁶ Art. 299 letra c, d, e del CA.

³⁷ Ver pagina 27.

³⁸ Art. 122 incisos 3 y siguientes del CA.

registro, de lo contrario no podrán realizar gestión alguna ante la DGA, la Superintendencia de Servicios Sanitarios y la Comisión Nacional de Riego. Similar obligación tienen las Organizaciones de Usuarios, que deben informar anualmente a la DGA de las mutaciones del dominio sobre los DAA y mientras no se de cumplimiento a ello, la DGA no recepcionará modificación estatutaria alguna, inclusive a petición de un interesado, se le aplicará una multa a la organización respectiva, hasta de 20 UTM³⁹.

3.2. El establecimiento de un sistema de cobro de Patente.

Incorporado en el nuevo título XI del Libro Primero, por el no uso o por la utilización parcial de un DAA: donde se distingue entre DAA de ejercicio Permanente, Consuntivo y No Consuntivo, y de ejercicio Eventual, Consuntivo y No Consuntivo⁴⁰.

A. Los derechos de ejercicio Permanente No Consuntivos quedarán afectos al pago, cuando los titulares del derecho no hayan construido las obras necesarias para la captación y restitución de las aguas, en toda la proporción no utilizada de sus respectivos caudales. Por lo que si se construyeron las obras de captación y restitución suficientes para el caudal solicitado no se debe pago de patente; si las obras son insuficientes o no se realizaron se deberá pagar por el caudal no utilizado⁴¹. Sin embargo quedarán exentos del pago de patente aquellos derechos cuyo volumen medio por unidad de tiempo, expresado en el acto de constitución, sea inferior a 100 litros por segundo entre la Primera Región y la Metropolitana, incluyéndose ambas, e inferior a 500 litros por segundo en las demás regiones⁴². Para establecer el monto a pagar se utiliza una fórmula expresada en UTM que considera tres factores: una constante (equivalente

³⁹ Art. 173 del CA.

⁴⁰ Ver clasificación en página 18 y siguientes.

⁴¹ Art. 129 bis 4 n° 1, en relación con Art. 129 bis 9 del CA.

⁴² Art. 129 bis 4 n° 4 del CA.

a 0.33 si el punto de captación se ubica de la Primera Región a la Décima con excepción de Palena y 0.22 de estar situado en la Undécima o Duodécima regiones incluida Palena), por el caudal medio no utilizado en metros cúbicos por segundo y por el desnivel entre los puntos de captación y restitución en metros; el resultado se multiplica por 2 entre el sexto y décimo año de uso parcial y por 4 a partir del undécimo⁴³.

B. En el caso de los derechos de ejercicio Permanente Consuntivos, están sus titulares obligados al pago cuando no han construido las obras necesarias para la captación de las aguas en toda la proporción no utilizada de sus respectivos caudales medios⁴⁴. Quedando exentos de pago aquellos derechos inferiores a 10 litros por segundo, en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas incluidas, y a 50 litros por segundo en las demás Regiones⁴⁵. Para obtener el monto sujeto a impuesto se utilizan dos factores: una constante (equivalente a 1.6 UTM si las aguas corresponden a cuencas hidrográficas situadas en las regiones Primera a Metropolitana, 0.2 UTM si se sitúan en las regiones Sexta a Novena o 0.1 UTM si pertenecen a la Décima, Undécima y Duodécima regiones), por cada litro por segundo no utilizado. El resultado se multiplica por 2 del sexto a décimo año de uso parcial y por 4 del undécimo año en adelante⁴⁶.

C. Los DAA de ejercicio Eventual, que no sean utilizados total o parcialmente, deben pagar un tercio del valor de la patente asignada a los derechos de ejercicio Permanente⁴⁷. Por lo tanto si el derecho es Eventual No Consuntivo, se utilizará la fórmula de cálculo establecida para los de ejercicio Permanente No Consuntivos y el monto a pagar equivaldrá a un tercio del resultado que se obtenga. Para el caso de un derecho Eventual Consuntivo se aplicarán las

⁴³ Art. 129 bis 4 n° 1 y 2 del CA.

⁴⁴ Art. 129 bis 5, en relación con Art. 129 bis 9 del CA.

⁴⁵ Art. 129 bis 5 del CA.

⁴⁶ Art. 129 bis 5 del CA.

⁴⁷ Art. 129 bis 6 del CA.

reglas observadas para los derechos de ejercicio Permanente Consuntivo, cuyo resultado se divide por el factor 3. Están exentos de pago de patente los derechos Eventuales No Consuntivos cuyo volumen medio por unidad de tiempo expresado en el acto de constitución sean inferior a 300 litros por segundo, cuando se ubiquen entre las regiones Primera a Metropolitana e inferiores a 1.500 litros por segundo en las demás regiones. Los Eventuales Consuntivos están exentos cuando su volumen sea inferior a 30 litros por segundo entre la Primera región a Metropolitana y a 150 litros por segundo en el resto de las regiones. Respecto de derechos eventuales cuyo titular sea al Fisco quedan exentos, cualquiera sea el caudal.

D. Casos excepcionales de derechos que quedan exentos de pago:

D.1. Derechos de ejercicio permanente que por decisión de la Organización de Usuarios respectiva estaban sujetos a turno o reparto proporcional.

D.2. Los que son Administrados y distribuidos por una Organización de Usuarios en áreas que no existan hechos, actos o convenciones que afecten la libre competencia⁴⁸, situación que debe declarar El Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, previo informe de la DGA, y a petición de parte, si cambian las circunstancias puede dejar sin efecto tal declaración⁴⁹.

D.3. Aquellos derechos concesionados a empresas de servicios públicos sanitarios previa certificación de la Superintendencia de Servicios Sanitarios⁵⁰.

E. Para efectos de la contabilización de los plazos de no utilización de las aguas, es decir a partir de que fecha rige la obligación de pagar patente en el caso de quedar afecto a ella, hay que distinguir entre: Derechos de ejercicio Permanente No Consuntivo y Consuntivo y de Ejercicio Eventual.

⁴⁸ Art. 129 bis 9 inciso N°4 del CA.

⁴⁹ Art. 129 bis 9 inciso n° 5 del CA.

⁵⁰ Art. 129 bis 9 inciso 7 del CA.

E.1. En los de ejercicio Permanente No Consuntivos, hay que volver a distinguir entre los derechos cuyos puntos de captación se ubiquen entre la Primera región y la Décima, excluida Palena y para el resto de las Regiones incluida Palena. En la primera Zona, los derechos constituidos con anterioridad a la nueva ley, rige a partir del 1 de Enero del año siguiente a la publicación de la ley o sea desde el 1 de enero del 2006, respecto de los que se constituyan o reconozcan con posterioridad a esa fecha, desde su constitución⁵¹. En la segunda Zona, la Patente solo regirá a partir del 1 de enero del año séptimo siguiente a la publicación de la ley⁵².

E.2. En los derechos de ejercicio Permanente consuntivos⁵³ y en los Eventuales los plazos comenzarán a regir a partir del 1 de Enero del año siguiente a la publicación de la ley, pero respecto de los que se constituyan o reconozcan con posterioridad a tal fecha, desde su constitución⁵⁴.

F. El pago de la Patente se efectuará dentro del mes de Marzo de cada año previa publicación de una lista con los derechos afectos a impuesto y en la proporción que corresponda por la DGA, dicha publicación se efectuará cada 15 de Enero o el día siguiente hábil en el Diario Oficial y en un periódico provincial o regional si no lo hubiere. Se complementará la publicación con mensajes radiales⁵⁵.

G. Procedimiento de cobro: Si el titular no paga en la oportunidad indicada se iniciará en su contra un procedimiento judicial de cobro, solo por la parte no utilizada⁵⁶. Para esto, antes del 1 de Junio, La Tesorería General de la República enviará al Juzgado Competente, esto es, el de la Comuna donde se ubique el CBR en cuyo registro esté inscrito el derecho, la Nómina con los derechos cuyas Patentes no hayan sido pagadas, señalando su titular y monto. Dicha

⁵¹ Art. Transitorio n° 2 inciso 1° del CA.

⁵² Art. 2° Transitorio inciso 2° del CA.

⁵³ Art. 129 bis 5 del CA.

⁵⁴ Art. 129 bis 5 inciso 7° del CA.

⁵⁵ Art. 129 bis 7 del CA.

⁵⁶ Art. 129 bis 11 del CA.

Nómina constituirá título ejecutivo. El juez despachará mandamiento de ejecución y embargo solo por la parte del derecho afecto al pago de patente, incluso en contra de todos los deudores a la vez⁵⁷. La notificación del requerimiento de pago se hará por carta certificada al titular del derecho o mediante su publicación en el Diario Oficial, por la Tesorería General de la República según lo dispuesto en el Art. 129 bis 14 del CA y desde ella se entenderá embargado la parte correspondiente del derecho, por el solo ministerio de la ley. El deudor podrá oponerse dentro de los 30 días hábiles a partir de la notificación referida, solo cuando se funde en las causales del Art. 129 bis 15 del CA y se tramitará en forma incidental. Si la oposición se rechaza o el deudor no se opone, el Juez dictará resolución señalando día y hora para el remate que se regirá por lo dispuesto en el Art. 129 bis 16 y siguientes del CA, con ciertas particularidades a destacar:

G.1. El Juez, previo Informe de la DGA y teniendo a la vista las peticiones de los interesados, dispondrá el fraccionamiento del caudal a rematar partiendo la subasta por la cuota menor.

G.2. El mínimo de la subasta es el valor de la patente adeudada o la parte que corresponda si fue fraccionada y el titular puede adjudicárselo pagando dicho valor más el 30 por ciento.

G.3. La Venta en Remate se hará por Martillero y podrán concurrir: El Fisco, Instituciones Públicas y cualquier persona, en igualdad de condiciones.

G.4. El Fisco podrá imputar al precio del remate el monto adeudado por la patente, para ello gozará de Preferencia. Si se adjudica el derecho, debe renunciar a él de conformidad a lo dispuesto en el Art. 6 del CA, dejando libre las aguas para la constitución de nuevos derechos, de no renunciar puede ser forzado a ello por el tribunal competente⁵⁸.

⁵⁷ Art. 19 bis 13 del CA.

⁵⁸ Art. 178 del CA.

H. Un aspecto importante a señalar es que el 75 por ciento del producto obtenido con el remate de la parte no utilizada de los DAA, será distribuido en la Ley de Presupuestos entre los distintos Gobiernos Regionales y Municipalidades según lo dispuesto en el Art. 129 bis 19 del CA.

I. El Valor de las Patentes no se considerará como gasto tributario para la determinación de la Base Imponible del impuesto de Primera Categoría, sin embargo los titulares podrán deducir del monto de sus pagos provisionales obligatorios lo que enteren por patentes en los años anteriores al año en que se inicie el uso de las aguas, esto es, 8 años para los No Consuntivos y 6 para los Consuntivos⁵⁹.

3.3. Respecto del Modo de Adquirir el DAA por Acto de Autoridad.

Distinguiremos para efectos de estudio entre los requisitos que debe contener la Solicitud que se presenta ante la DGA, el Procedimiento para la concesión del derecho y la regularización de solicitudes de DAA pendientes.

3.3.1. Respecto de la Solicitud:

Hay novedades importantes, ya que de solicitarse un volumen de agua, en los Derechos de ejercicio Permanente No Consuntivos, superior a 100 litros por segundo entre la Primera región a la Metropolitana y superior a 500 litros por segundo en el resto de las regiones o en el caso de un Derecho de ejercicio Permanente Consuntivo, superior a 10 litros por segundo entre la Primera región a la Metropolitana y superior a 50 litros por segundo en las demás regiones; el solicitante deberá acompañar una “Memoria Explicativa” en la que se señale la cantidad de agua a extraer, según el uso que se le dará, constituyendo declaración jurada sobre

⁵⁹ Art. 129 bis 20 y 21 del CA.

la veracidad de los antecedentes que la componen⁶⁰. Ésta Memoria Explicativa tiene importancia ya que el Director General de Aguas puede limitar el caudal solicitado cuando no existe equivalencia entre la cantidad de agua que se necesita extraer, atendidos los fines invocados por el solicitante y los caudales establecidos por una “Tabla de equivalencias entre caudales de agua y usos”, confeccionada por Decreto Supremo, que determina el uso habitual en el país de los DAA.

3.3.2. En cuanto al Procedimiento:

Hay que destacar, que si dentro del plazo de 6 meses desde presentada una solicitud, se hubieren presentado 2 o más solicitudes sobre las mismas aguas y no hay recursos suficientes para satisfacerlos. La DGA reunidos los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos, citará a remate, conforme a lo dispuesto en le Art. 142 y siguientes del CA.

3.3.3. Para la regularización de solicitudes de DAA pendiente:

Existen normas especiales contenidas en los artículos transitorios de la nueva ley, por lo que sólo nos referiremos a ellos someramente. Se dividen en 3 grupos:

A. Los DAA de Ejercicio Permanente, Consuntivos y Continuo, hasta por un caudal de 2 litros por segundo, respecto de solicitudes presentadas hasta el 1° de Enero del 2000 que se encuentren pendientes de resolución o de recursos sin resolver a la fecha de publicación de la ley. Para poder constituir el derecho se regirán por lo dispuesto en el Art. N°3 transitorio.

B. Los DAA de ejercicio Permanente sobre aguas subterráneas por un caudal de hasta 2 litros por segundo entre las regiones Primera a Metropolitana y hasta 4 litros por segundo en las demás Regiones, sobre captaciones construidas antes del 30 de Junio de 2004, pero es necesario que las solicitudes sean presentadas antes de 6 meses siguientes a la publicación de

⁶⁰ Art. 140 del CA.

la nueva ley, es decir antes del 1 de Enero del 2006. Para poder constituir el derecho se registrarán por lo dispuesto en el Art. 5 transitorio.

C. Para abastecer de agua a poblaciones ubicadas en sectores rurales, respecto de pozos construidos hasta antes del 31 de Diciembre de 2004, debe estarse a lo dispuesto en el Art. 6 transitorio.

3.4. La protección del medio ambiente.

3.4.1. Por medio de la incorporación del nuevo Título X.

A. Destaca la reglamentación de la recuperación de terrenos húmedos⁶¹;

B. El establecimiento de un “Caudal Ecológico Mínimo”, determinado por la DGA, el que sólo afectará a los nuevos derechos que se constituyan, considerando las condiciones naturales pertinentes de cada fuente superficial (cosa de vital importancia ya que la realidad de nuestro país es diametralmente distinta de un extremo al otro del territorio), que no puede ser superior a un 20 por ciento del caudal medio anual de cada cauce. Sólo en casos calificados, y previo informe favorable de la COREMA respectiva, el Presidente de la República podrá fijar caudales ecológicos mínimos diferentes sin la limitación ya señalada, pero sin afectar derechos de terceros y en ningún caso superior al 40 por ciento del caudal medio anual del respectivo cauce. Si la Fuente Natural recorre más de una región el informe referido lo debe emitir la CONAMA⁶².

C. Para fiscalizar el cumplimiento de dichos caudales mínimos la DGA deberá establecer una red de estaciones de control de calidad, cantidad y niveles de agua, cuya información será de dominio público.

⁶¹ Art. 129 bis.

⁶² Art. 129 bis 1 del CA.

D. Además tendrá la facultad para ordenar la paralización de obras en cauce natural que no cuenten con autorización competente y que pudieren afectar a terceros, incluso por medio de la Fuerza Pública, según lo dispuesto en el Art. 138 del CA.

E. También en caso de otorgar autorización para efectuar modificaciones a obras que impliquen la disminución de un cauce, podrá ordenar medidas mitigadoras, de lo contrario denegará el permiso⁶³.

3.4.2. Dentro de las disposiciones dispersas.

A. Encontramos que la resolución que concede el DAA debe contener especificaciones técnicas, relativas a la naturaleza del cauce, con el objeto de conservar el medio ambiente.

B. En Periodos de Escasez, una vez declarada “Zona de Escasez”, por el Presidente de la República y no habiendo acuerdo entre los usuarios para redistribuir las aguas, lo hará la DGA, para reducir al mínimo los daños generados por la sequía⁶⁴.

3.5. Respecto de la resolución de los conflictos que puedan generarse.

Se ha incorporado un nuevo párrafo relativo al Arbitraje, por lo que existe la posibilidad de someter las controversias a un Arbitro Arbitrador, que puede ser nombrado de común acuerdo o por el Juez competente, según lo dispuesto en el art. 178 del C.A. Incorporándose por lo tanto el Arbitraje como una alternativa al procedimiento Sumario de aplicación general y al recurso de Amparo de Aguas, para las cuestiones relativas a los conflictos que se susciten respecto de la constitución, ejercicio y pérdida de los DAA⁶⁵.

⁶³ Art. 129 bis 2 del CA.

⁶⁴ Art. 314 del CA.

⁶⁵ Art. 177 y siguientes del CA.

CAPITULO IV

CONCLUSIÓN

Luego del estudio realizado a lo largo de esta investigación, si bien se cumple con una buena parte de los objetivos previstos por el Ejecutivo al enviar el proyecto al Congreso, en orden a solucionar falencias del sistema, de igual forma existen ciertos problemas que para efectos didácticos clasificaremos en distintos grupos:

1. En lo relativo al cobro de Patente por no utilización o uso parcial del DAA.

La nueva ley no incorporó la obligación de pagar por la concesión de un DAA, ni tampoco para mantenerlo, sin embargo el establecimiento del pago de una patente por la no utilización del caudal o parte de él, en principio debería contribuir a la circulación de los DAA, ya que quienes lo soliciten sólo lo harán de ser necesario, y por el caudal justo; el problema es que gran parte de los DAA solicitados por los particulares son por un caudal inferior a los exigidos por la ley para estar sujetos a impuesto, por lo tanto el efecto que va a producir en la circulación de los derechos de aprovechamiento no va a ser trascendente; pero en lo relativo a las grandes empresas hidroeléctricas, como es el caso de ENDESA, que acaparan la mayor parte de los DAA, la respuesta es incierta sobre todo considerando que una buena parte de sus DAA no utilizados, se concentran en la Zona Sur del país, donde la exigencia del pago de patente sólo comenzará a regir en siete años más.

2. En lo relativo a la coordinación de Organismos Públicos y Privados, en pro de una la armonía del sistema de la administración de las aguas.

La implementación que hizo la nueva ley, de un sistema de comunicación entre órganos tanto públicos como privados, permitirá fiscalizar adecuadamente la distribución y el uso de las aguas. Sin embargo, para esto se requiere la inyección de recursos y la dictación de reglamentos que regulen la actuación entre dichos órganos. En concreto, la DGA para cumplir funciones de fiscalización, por ejemplo estableciendo una red de estaciones de control de cantidad, calidad y niveles de agua deberá contar con un número importante de funcionarios especializados en la materia y el consiguiente aporte económico del Estado para solventar sus gastos.

3. Respecto a la protección del medio ambiente.

En lo relativo a la protección de las aguas se ha establecido un caudal ecológico mínimo que por regla general no podrá ser superior al 20% del caudal medio anual, excepcionalmente el Presidente de la Republica previo informe favorable de la COREMA, podrá establecer uno distinto que nunca podrá ser superior al 40%, sin embargo, no se puede afectar DAA ya existentes, con lo que se restringe mucho los efectos de esta medida, ya que en el país la mayor parte de los DAA se encuentran ya concedidos.

4. Limites a la concesión del derecho.

Antes de la modificación introducida por la nueva ley, la DGA cumplidos los supuestos legales, existiendo disponibilidad de caudal y sin oposición de terceros estaba obligada a

conceder el derecho. Hoy la DGA también debe conceder el derecho cumplido los requisitos legales, sin embargo en la resolución el Director General de Aguas tiene la facultad de limitar el caudal solicitado cuando no exista equivalencia entre el caudal pedido en la “Memoria Explicativa” que señala la cantidad de agua a extraer, según el uso que se le dará, y lo dispuesto por una “Tabla de equivalencias”, el problema es que la Memoria Explicativa la deben confeccionar solo ciertos interesados, en razón del caudal solicitado, limitando dicha facultad a un número reducido de casos.

5. Transparencia del sistema versus Burocracia.

Otro aspecto, es que todas las modificaciones introducidas en pro de la transparencia del sistema transable de aguas, obligan a los titulares a realizar gestiones administrativas, que para algunos, por desconocimiento y falta de recursos harán aun más complejo y burocrático la constitución, reconocimiento y utilización de las aguas.

6. Conflicto entre titulares de DAA.

Un problema a considerar, es que van a surgir nuevos conflictos entre los particulares, que no tenían conocimiento de la existencia de otros DAA sobre un mismo cauce o afluente, más aún si estos eran DAA no inscritos. Ya que por disposición de la nueva ley se va a exigir a los titulares de un DAA inscribirlo en el Registro Público DAA de la DGA, para efectos de poder realizar gestiones ante la Superintendencia de Servicios Sanitarios, la Comisión Nacional de Riego y ante la propia DGA; instituciones públicas de gran importancia para los titulares de DAA.

Tomando en consideración lo expuesto y atendidos los fines que se tubo al momento de presentar la iniciativa de éste proyecto, que era principalmente el fomento de la circulación de los derechos, podemos decir que es dudoso que las modificaciones introducidas cumplan con este propósito, lo que si se debe reconocer que se van a generar avances en cuanto a la transparencia del sistema, por medio de la regularización de los derechos inscritos como no inscritos, sin embargo, respecto de la fiscalización que efectivamente van a poder realizar las instituciones publicas principalmente la DGA, deja a lo menos un marco de duda. De todas formas cabe consignar que una de las características del derecho, es que está en constante evolución y siempre va a ser perfectible.

BIBLIOGRAFÍA

-CLARO SOLAR, Luís. *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*. Tomo Octavo “*De los Bienes*”: Editorial Jurídica de Chile, 1992.

-ESCUDERO AHUMADA, Bernardino. *La Posesión del Derecho de Aprovechamiento de Aguas*: Editorial Jurídica Ediar Conosur Ltda., 1990.

-GUZMÁN ALCALDE, Alberto; RAVERA HERRERA, Ernesto. *Estudio de las Aguas en el Derecho Chileno*. Segunda Edición Corregida. Santiago de Chile: Editorial Jurídica Congreso, 1998.

-PARADA BARRERA, Guillermo Andrés. *El derecho de Aprovechamiento de Aguas*. Primera Edición. Santiago de Chile: Editorial Congreso, 2000.

-SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel. *Evolución del Código Civil Chileno*. Segunda Edición. Bogota Colombia: Editorial TEMIS Librería, 1983.

-STEWART, Daniel L. *El Derecho de Aguas en Chile Algunos Aspectos de su Historia y El Caso del Valle Illapel*: Editorial Jurídica de Chile, 1970.

-Código Civil. Décimo Sexta Edición: Editorial Jurídica de Chile, 2004.

-Código de Aguas. Decimocuarta Edición: Editorial Jurídica de Chile, 2002.

-Ley N° 20.017. Publicada el 16 de junio de 2005.

<http://www.bcn.cl/portada.html>. Fecha de última consulta: 15 de Diciembre de 2005.

<http://www.chileriego.cl/opensite/portal.asp>. Fecha de última consulta: 3 de noviembre de 2005.

<http://www.dga.cl/index.php?option=content&task=section&id=12&Itemid=148>. Fecha de última consulta: 25 de Diciembre de 2005.

<http://www.unirioja.es/dptos/dd/redur/numero2/pdf/fanlo.pdf>. Fecha de última consulta: 12 de Septiembre.

<http://www.onu.com>. Fecha de última consulta: 15 de Septiembre.

http://www.elmostrador.cl/modulos/noticias/constructor/noticia_new.asp?id_noticia=15986

7. Fecha de última consulta: 23 de Noviembre de 2005.

ANEXO

1. Mercado de las aguas.

Dentro del CA no existe una diferenciación entre las utilizaciones que deben ser privilegiadas al constituirse un DAA, lo que provoca que queden dentro de una misma categoría tanto los DAA que tienen por objeto satisfacer el consumo humano, como el agrícola, industrial, minero, recreacional, etc. Por ello, se mira en un plano de igualdad a las empresas sanitarias y a los demás titulares de un DAA, así por ejemplo respecto del abastecimiento en caso de sequía, para asegurar el nivel de aguas que éstos requieren, deben someterse a turno para racionar el recurso, una vez declarado el lugar como zona de escasez.

Lo recién descrito obedece a la intervención del llamado “Mercado de las Aguas” en la determinación de las prioridades. El sistema queda marcado por el rol preponderante que juega el Mercado como reasignador del Recurso Hídrico (de la propiedad de los DAA), según la real necesidad del mismo sistema, representada por quien está dispuesto a pagar más por el agua, esto en relación a la mayor o menor necesidad de cada usuario, por lo que la reasignación sería realmente eficiente. Sin embargo esto no ocurre así, ya que el mercado de aguas se ha visto desvirtuado por la especulación que hacen los particulares con los DAA. La adquisición originaria de un derecho de esta clase se produce en virtud de un solicitud presentada ante la DGA, la que una vez cumplidos los supuestos legales y habiendo disponibilidad de caudal debe concederlo, sin que para el solicitante implique gasto alguno. Por lo que la concesión del derecho es absolutamente gratuito para el

particular, transformándose en un lucrativo negocio, donde el solicitante del derecho una vez que se le concede espera hasta que alguien realmente lo necesite y esté dispuesto a pagar buen precio por el. Por lo tanto, se ha generado un escenario en el que se permite la acumulación en forma desmedida y en ocasiones arbitraria de DAA sin que exista necesidad de utilización actual de las aguas, ni en un futuro próximo. Sólo está detrás el ánimo de lucrar con la necesidad del recurso. Lo descrito en ningún caso es deseable, por lo que se debe pretender corregir los vicios que afectan al mercado en esta materia y que impiden que pueda cumplir con su rol a cabalidad.

Esperamos que esta lamentable situación sea resuelta por la nueva ley no exenta de críticas que analizamos, en el transcurso de esta investigación.

2. Génesis de la Ley 20.017.

La tramitación de la ley comienza en marzo de 1992, por medio de mensaje, dirigido a la Cámara de Diputados, por el Presidente de la República, Don Patricio Aylwin Azocar, aun cuando cabe señalar que el estudio por parte del ejecutivo del proyecto que modifica el CA empezó a analizarse en 1990.

Según lo que señala el mensaje, uno de los problemas que enfrentará la sociedad chilena en los próximos años, dice relación con la disponibilidad de los recursos de aguas, en cantidad y calidad apropiadas para responder a los requerimientos de desarrollo económico y social del país, en un plano que signifique, además, respeto al medio ambiente y a la calidad de vida de los ciudadanos.

Señalando que la actual legislación adolece de excesiva permisividad y pasividad frente a la administración y conservación de este recurso escaso y finito, defectos que deben ser

corregidos a la brevedad para evitar situaciones de crisis que, en definitiva, conduzcan a soluciones intempestivas y poco razonadas. La acumulación de DAA en forma desmesurada sin que exista un uso actual o futuro previsible, sino únicamente la posibilidad de lucrar con ellos, no obstante su obtención original gratuita, constituye el germen de dificultades muy graves para el desarrollo futuro del país.

Además el actual proceso de avance y desarrollo sostenido de los sectores agrícola, hidroeléctrico, industrial, minero, así lo requiere.

2.1 Principales modificaciones que pretende realizar el proyecto presentado por el Presidente de la Republica.

2.1.1. Normas sobre recuperación de la condición de bien nacional de uso público del agua, la justificación de su necesidad y su uso obligatorio.

Ya que la anterior legislación, permitía la solicitud y obtención ilimitada de recursos de aguas, en forma gratuita, con la sola condición de cumplir un procedimiento administrativo. Que en lo práctico, ha significado la existencia de una gran cantidad de concesiones, traducidas en derechos inscritos, que corresponden a un bien nacional de uso público (el agua), que no puede ser utilizado en proyectos productivos, salvo entendimiento económico con sus detentadores. Por lo que se apunta a recuperar en parte estos bienes, con la modificación, estableciendo límites razonables para su obtención.

2.1.2. Normas sobre la conservación y protección de las aguas y cauces.

No es difícil percatarse de las distintas e insuficientes normas, respecto a la conservación y protección de las aguas, con enfoques extremadamente parciales; cuestión que en los cauces se encontraba agravada, ya que lamentablemente, estos se encuentran entregados a su propia suerte, por carencia casi total de normas. Este es el panorama que pretende modificarse, que en

la práctica, cuando no existe, agricultura, salud de personas que proteger, las aguas quedan indefensas frente a la depredación, deterioro o contaminación que puedan realizar quienes hacen uso de ellas.

Por esto, es que se ha estimado conveniente asignar a la DGA responsabilidades específicas respecto a la protección y conservación de las aguas, otorgándole mayores atribuciones y facultades en su actuar.

2.1.3. Normas sobre administración integrada de cuencas y perfeccionamiento de organizaciones de usuarios.

Los organismos tradicionales en nuestro país, recogidos por nuestra legislación son: las Asociaciones de Canalistas, Comunidades de Aguas y Juntas de Vigilancia.

Todos ellos están orientados a una función central específica, que a grosso modo podemos, decir que es la, distribución de las aguas entre los titulares de DAA, y la conservación de estas.

El problema que se presenta con estas, es que carecen de una institucionalidad capaz de responder eficazmente a los desafíos, que se enfrentan, tales como evitar la erosión y las inundaciones.

Se propone solucionar esta falencia dotando de mayor institucionalidad a estas organizaciones.

2.1.4. Normas relacionadas con aspectos regionales.

Por último, y sin ser taxativo con los temas que pretende modificar la ley 20.017, podemos señalar que este punto, se relaciona con la uniformidad absoluta de su normativa, anteriormente existente, sin consideración a la extrema longitud del país, que le hace cruzar distintas zonas climáticas, con diferencias extremas, que nosotros ya conocemos.

Como ya lo había sostenido don Andrés Bello en el mensaje del CC, al referirse al tema de las aguas, que constató esta situación y señaló que "... en este punto, como en todo lo que concierne al uso y goce de las aguas, el proyecto, como el Código que le ha servido de guía, se

ha ceñido a poco más que sentar las bases, reservando los pormenores a ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser unas mismas para las diferentes localidades", no obstante no se había aceptado en la ley esta realidad.

Es por ello que se proponen algunas normas especiales para la zona desértica de Chile (zona norte), por la escasez de los recursos hídrico, prefiriendo una legislación más rigurosa, y para la zona austral (zona sur), estableciéndose una legislación mas liberal. También se trata de regular y controlar en mejor forma, el tema de las aguas subterráneas.

A continuación de presentado el proyecto, se procede a su análisis por la Cámara de Diputados, que en su sesión 30° de la 325° Legislatura Extraordinaria del periodo legislativo 1990-1994, celebrada el martes 15 de diciembre de 1992, aprobó por unanimidad, la creación de una Comisión Especial Legislativa encargada del estudio del régimen jurídico de las aguas. La Comisión se constituyó 19 de enero de 1993 y se abocó inmediatamente al cumplimiento de su cometido, celebró catorce sesiones ordinarias, una especial y cinco reuniones en comité, y aprobó, por unanimidad la idea de legislar sobre la materia.

Con fecha 4 de julio de 1996, el poder Ejecutivo presentó una indicación sustitutiva del proyecto, la que consta de dos artículos permanentes y cuatro disposiciones transitorias, agrupados en seis temas, a saber:

- A. Establecimiento del pago de una patente por el no uso de las aguas.
- B. Facultades de la autoridad para la concesión de nuevos DAA.
- C. Normas sobre conservación y protección de las aguas y cauces.
- D. Consideración de la interacción de las aguas superficiales y subterráneas en el otorgamiento de DAA.

E. Normas que perfeccionan el procedimiento de regulación contenido en el artículo 1º transitorio del CA y que establecen las obligaciones a que estarán afectos los CBR del país, en relación con el Catastro Público de Aguas.

F) Extensión de la personalidad jurídica de las Comunidades de Aguas.

Sin embargo, por haberse sustituido íntegramente el texto del primitivo proyecto, la Comisión acordó votarlo nuevamente en general. Para ello, se tuvieron en consideración algunas modificaciones en las ideas matrices del mismo.

Sometida a votación general la indicación sustitutiva, resultó aprobada por 7 votos a favor, 2 en contra y 1 abstención.

Finalmente fue aprobado el 18 de Agosto de 1997 en la Cámara de Diputados, en su primer trámite constitucional, por 61 votos a favor, 32 votos en contra y 16 abstenciones.

Sin embargo, con fecha 16 de Septiembre de 1997, 30 Diputados, que representan más de la cuarta parte de dicha cámara, presentaron un requerimiento ante el Tribunal Constitucional solicitando que se declaren inconstitucionales, por vicios de forma, los artículos que se refieren a la adquisición del DAA, pues estiman que estas normas debieron votarse como Ley de Quórum Calificado, ya que constituyen limitaciones a la adquisición del DAA, de conformidad con lo prescrito en el Art. 19 N° 23 de la CPR. Por oficio N° 1325, de 13 de Octubre de 1997, el Tribunal Constitucional, rechazó, el requerimiento formulado, por no haber sido aprobados como normas de quórum calificado.

Continuando con el segundo trámite constitucional ahora, cabe hacer presente que el proyecto ingresó al Senado el día 26 de Agosto de 1997. Luego con fecha 10 de Noviembre de 1998, la Sala modifica el trámite del proyecto ante la Comisión Especial, acordando que sea informado en primer término por la Comisión de Obras Públicas y después por la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento. La Comisión, además de

considerar los informes anteriores, tuvo a la vista informes en Derecho, el requerimiento ante el Tribunal Constitucional, la Sentencia de dicho organismo al requerimiento, la respuesta del Ejecutivo a los planteamientos de los informes en Derecho y una serie de otros documentos atinentes. La Comisión, después de un detenido y extenso debate acerca de las materias del Proyecto y teniendo presente los antecedentes legales y técnicos anteriormente señalados, aprobó por la unanimidad de sus miembros presentes, la idea de legislar.

Continuando y para no extendernos en demasía, finalmente es aprobado el proyecto de ley que modifica el CA, por el Congreso Nacional, el año 2005, luego de 13 años de tramitación, en cientos de sesiones, discusiones e indicaciones, con la participación de ambas cámaras, de sus comisiones de: Hacienda; Especiales; Obras Públicas; Agricultura, Silvicultura y Desarrollo Rural; Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento; Mixta. Tomando en cuenta, entre otros, las opiniones o pronunciamiento de las siguientes instituciones.

- A. Ministerio de Obras Públicas.
- B. Dirección General de Aguas.
- C. Corte Suprema de Justicia.
- D. Tribunal Constitucional.
- E. Comisión Nacional de Energía.
- F. Comisión Nacional de Medio Ambiente.
- G. Sociedad de Fomento Fabril.
- H. Confederación de Canalistas de Chile.
- I. Confederación de la Producción y del Comercio.
- J. Colegio de Ingenieros de Chile.

K. Endesa.

Finalmente es aprobado el texto definitivo de la Ley 20.017, contando con el beneplácito del Tribunal Constitucional, señalando este, que las normas del Proyecto son Constitucionales. Promulgándose el 11 de Mayo del 2005 y Publicándose finalmente como Ley de la Republica el 16 de Junio del mismo año.

3. Críticas.

Aun cuando, con la entrada en vigencia de la Ley 20.017, se va a solucionar una serie de problemas y falencias que presentaba la antigua normativa de aguas. No es menos cierto que esta modificación, no es muy bien vista a los ojos de algunos autores, como es caso de Don Alejandro Vergara Blanco (Abogado y Doctor en Derecho. Profesor de Derecho de Aguas, de derecho Administrativo y Minero en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile). Quien señala algunos reparos, de la normativa en cuestión, a decir de el:

- A. La Ley que modifica el CA establece nuevas y amplias facultades discrecionales para la Administración. Lo que en si ya constituye un peligro.
- B. Existen aspectos claramente criticables, tanto en un debate de ideas como desde el punto de vista de la coherencia de la disciplina del derecho de aguas.
- C. Respecto de las aguas subterráneas establece nuevas limitaciones a la adquisición. Además crea nuevas potestades discrecionales para la autoridad. Hay evidencia disponible de los graves problemas del aprovechamiento de las aguas subterráneas, pero el Proyecto aborda parcial y fragmentariamente un tema que merece un tratamiento sistemático.

- D. Respecto del medio ambiente, incorpora facultades para la DGA, lo que es incoherente con el principio de la coordinación administrativa.
- E. Establece el pago de patentes por la no utilización de las aguas, y con ello se amenaza el papel actual del mercado (esto es, las decisiones espontáneas y des-centralizadas de los particulares) como instrumento de reasignación del recurso. Implica alterar el modelo vigente de protección de la decisión espontánea del particular.
- F. El Proyecto implica más burocracia en la determinación administrativa del “no uso”.
- G. Establece limitaciones a la adquisición de DAA, esto es, al acceso a través de nuevas potestades discrecionales obligando a cada peticionario a acompañar “una memoria explicativa en la que se justifique la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará”.

Traemos a colación las críticas expuestas, sin que ello signifique nuestra adherencia a sus planteamientos, sólo dejando el tema plantado para una reflexión mas profunda, luego de que la realidad y la práctica digan finalmente si será tan así como el autor señala.

4. Derecho Comparado.

Con el fin, de tener en cuenta otras legislaciones, en lo que es la temática de las aguas, y así tener algunos puntos de referencia para el caso chileno, es que queremos exponer someramente los casos de Francia, Inglaterra y España.

4.1. Francia.

La Ley de Aguas de Francia fue actualizada en 1992, mediante la aprobación de la Ley N°. 92-3 de 1992 que modifico la anterior Ley de Aguas de 1964. Esta ley no altera las

anteriores disposiciones sobre DAA y sus características jurídicas, pero hace una declaración general en su artículo 1º para señalar que "el agua forma parte del patrimonio común de la nación", y declara de interés nacional la protección, desarrollo y aprovechamiento de los recursos hídricos.

En general tiene como objetivos la administración de los recursos hídricos bajo el concepto de cuenca hidrográfica, la protección de ellos contra su deterioro y la recuperación de aguas afectadas por la contaminación. La base de esta legislación se encuentra en la creación de organismos de cuenca capaces de cobrar tarifas a los usuarios no sólo por la utilización de las aguas sino también por la contaminación de la que son responsables, para capitalizar fondos a efectos de tratar esas aguas y revertir los procesos de degradación.

La propiedad de las aguas es considerada en su mayor parte como de dominio público, no obstante se acepta la existencia de aguas privadas (aguas subterráneas, vertientes, etc.). Existen algunos cursos de agua mixtos, en que la propiedad del cauce o lecho es privado pero el agua es de dominio del Estado. Las regulaciones francesas son extraordinariamente fuertes, de modo que la propiedad privada del agua está sumamente restringida. Tanto es así, que con las modificaciones de 1992, las aguas subterráneas sólo son privadas si se trata de usos privados.

Las aguas que tienen carácter público sólo pueden ser utilizadas por los particulares mediante la obtención de una concesión, que puede revestir diversas formas de acuerdo a la extensión y alcance de los derechos que entrega a su titular.

Los organismos se dividen en dos instituciones. Una, que es el Comité de Cuenca, que cuenta con la participación de la sociedad, que define la política a seguir en el tema de los recursos hídricos. La segunda institución es la Agencia de Cuencas, que es el brazo ejecutivo, que se ocupa de fiscalizar, realizar los cobros y financiar las actividades en la

cuenca. Por último, las tasas e impuestos se fijan sobre la base de criterios económicos, específicamente con la intención de que los usuarios internalicen los costos externos (especialmente los de contaminación).

4.2. Inglaterra.

La legislación de aguas es antigua, pero se han introducido algunas modificaciones en 1990 y 1991 especialmente para adecuar la legislación a las exigencias de la Unión Europea. Inglaterra, y en general todos los países que tiene legislaciones con raíces anglosajonas no aceptan que sobre el agua exista propiedad, ni del Estado ni de los particulares, y se asigna al Estado la función de supervisión o vigilancia sobre la utilización de ellas.

Este desconocimiento de derecho de dominio sobre el agua, conduce a que en definitiva exista un concepto similar al del dominio público, y por lo tanto el acceso al agua se regula a través de un sistema de concesiones, situación que se ha instaurado a partir de las modificaciones legales de 1990 y 1991. El dominio público se extiende inclusive a las aguas subterráneas.

En lo que se refiere a tarifas y cánones se considera que las autoridades de aguas cuentan con suficientes recursos económicos propios y están por lo tanto obligadas a asegurar que los cánones de aguas que recaudan permitan desarrollar adecuadamente sus funciones, tomando en cuenta las circunstancias del presente, las perspectivas futuras y las instrucciones que les da el Secretario de Estado para el Medio Ambiente.

Para la administración de los recursos hídricos se establecen Las Autoridades de Aguas, y éstas se establecen por regiones (nueve en Inglaterra y una para el País de Gales), estas instituciones poseen gran autonomía en su gestión. Las autoridades de aguas están facultadas por ley para fijar, demandar, cobrar y recibir cánones por los servicios prestados,

instalaciones proporcionadas o derechos de agua concedidos, debiendo tomar en cuenta los costos correspondientes de modo que ellos queden debidamente cubiertos, es decir las autoridades de aguas deben autofinanciarse.

Las limitaciones se dan principalmente para los casos de contaminación. En el sector agrícola, sólo se necesita autorización para el riego por aspersión. Además la legislación no establece un orden de prioridades de uso establecido, a pesar de esto las autoridades de agua garantizan a los municipios el abastecimiento de agua.

4.3. España.

El Real Decreto Legislativo 1/2001 es el que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas, surgido de la necesidad de refundir y adaptar la normativa existente en esta materia. La Ley de Aguas viene desarrollada reglamentariamente por los Reales Decretos 849/1986 y 927/1988. La Ley 29/1985, que sustituyó a la de 13/06/1.879, había sufrido numerosos cambios. La última reforma significativa la efectuó la Ley 46/1999, que modificó casi 50 artículos, además de las Disposiciones Adicionales. En esta Ley se ordenó al Gobierno la redacción de un Real Decreto Legislativo que refundiera la Ley de Aguas, mandato cumplido con el citado Real Decreto Legislativo 1/2001. El texto refundido, como no podía ser de otra forma, no modifica la anterior Ley de Aguas, sino que sólo se limita a reordenar el articulado.

La Ley de Aguas de 1.985 dice que el Derecho Público Hidráulico, está constituido por las aguas continentales, por los cauces de corrientes naturales, por los lechos de lagos, lagunas y embalses superficiales en cauces públicos, por los acuíferos subterráneos y por las aguas procedentes de la desalación de agua de mar que se incorporen a los elementos señalados.

En relación, con la existencia de aguas privadas, cabe señalar que con anterioridad a la Ley de Aguas de 1.985, la propiedad de las aguas subterráneas, de las pluviales y de las procedentes de manantiales iba unida a la propiedad de los terrenos en que se alumbraban o discurrían. En la actualidad, y después de un período transitorio para legalizar el aprovechamiento de dichas aguas calificadas como privadas por la legislación anterior, forman parte del Derecho Público Hidráulico.

Con la Ley de 1.985, sólo se considerarán de dominio privado los cauces por los que ocasionalmente discurran aguas pluviales, en tanto atraviesen desde su origen, únicamente, fincas de propiedad particular.

La Ley de Aguas establece un rango de prelación de usos del agua. El uso de mayor rango es el de abastecimiento de poblaciones, seguido de regadíos y usos agrarios, usos industriales para energía eléctrica, otros usos industriales, acuicultura, usos recreativos, navegación y transporte acuático y otros aprovechamientos.

El Plan Hidrológico de Cuenca puede variar esta prelación en su cuenca hidrográfica.

Todo uso privativo de las aguas no incluido en el art. 54 (que se refiere al propietario de una finca, que puede aprovechar las aguas pluviales y las estancadas) requiere concesión administrativa previa. El procedimiento ordinario de otorgamiento de concesiones estará sujeto a los principios de publicidad y tramitación en competencia (excepto concesiones para abastecimiento), prefiriéndose, en igualdad de condiciones, aquellos que proyecten la más racional utilización del agua y una mejor protección del entorno. Se tendrá en cuenta el destino previsto de las aguas, dentro de la prelación de usos.

4.4. Para finalizar este párrafo de Derecho Comparado, queremos hacer el siguiente alcance.

Considerando que las aguas hoy (a nivel global) se encuentran peligrosamente amenazadas, por la urbanización descontrolada, el desarrollo industrial, la deforestación, la conversión de ecosistemas para uso agrícola y ganadero, por el uso excesivo (particularmente para la industria y la agricultura empresarial), y por contaminación. Y tomando en cuenta que aun cuando no se cuente con un marco jurídico e institucional ideal, se ve una tendencia en políticas nacionales, regionales e incluso internacionales para hacer frente a esta problemática. Volcando en muchas legislaciones el enfoque de su regulación, pasando de una principalmente flexible en manos del mercado, sin restricciones de importancia, a una más estricta volcada a fines comunitarios, sociales, más que en intereses particulares.

Ya no es extraño que en muchos lugares del mundo los ciudadanos resistan los modelos de gestión privatizados, por ejemplo: la lucha del pueblo de Bolivia en Cochabamba, con la que se logró echar a la empresa Aguas del Tunari; incluso en Estados Unidos en la ciudad de Atlanta, donde tuvieron que irse también, por no cumplir los contratos; o el caso de Uruguay, donde se realizó un plebiscito en el año 2004, por el cual los ciudadanos uruguayos respaldaron la Reforma Constitucional en Defensa del Agua, agregando a la Carta Magna la consideración del agua como un derecho humano, sentando las bases para que su gestión se realice exclusivamente en forma pública, participativa y sustentable.