

REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS: LA IMPORTANCIA DE LA CERTEZA JURÍDICA

- El gobierno del Presidente Sebastián Piñera ingresó una indicación sustitutiva al proyecto de ley que reforma el Código de Aguas que tiene por objeto otorgar certeza jurídica y seguridad hídrica en el acceso al agua, priorizando el consumo humano y la conservación.
- La mayoría de las medidas apuntan en la dirección correcta. Un avance notable respecto del proyecto del gobierno anterior es la decisión de mantener la certeza jurídica de los derechos de aprovechamiento de agua establecida en la legislación vigente al decidir no innovar con respecto a las características de duración indefinida, libre transferibilidad y flexibilidad en el uso de los derechos.
- El perfeccionamiento y la extensión del remate como mecanismo eficiente para asignar los DAA es otro avance importante. A su vez, el otorgamiento de DAA por remate responde a la crítica de no otorgar más derechos en forma gratuita siendo que el agua se ha tornado un recurso tan escaso.

El cambio climático afecta los patrones hidrológicos, significando un aumento en la frecuencia y severidad de eventos extremos tales como sequías e inundaciones. Para Chile, si bien aumentará la intensidad de las precipitaciones extremas de corta duración, las proyecciones climáticas muestran como principales efectos del cambio climático un alza en la temperatura y una disminución en las precipitaciones, es decir, mayores sequías. De hecho, llevamos casi una década de sequía en la región centro-norte del país. Hasta principios de esta semana se registraba un déficit de precipitaciones en la Región Metropolitana del 97% (7,4 mm versus 102,3 mm considerado normal), mientras que en Valparaíso el déficit era de 92%, en La Serena de 87%, y en Curicó de 86%.

Muchas zonas del país seguirán sufriendo de una creciente escasez hídrica debido al desbalance entre oferta y demanda de agua. Existe una demanda creciente por agua para múltiples usos debido al crecimiento económico y a ello se suma el sobre-otorgamiento de derechos de agua en que ha incurrido históricamente el Estado chileno. En este contexto, el buen manejo del recurso hídrico será cada vez más crítico.

PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS

Frente a los desafíos mencionados, el gobierno del Presidente Sebastián Piñera ingresó una indicación sustitutiva al proyecto de ley que reforma el Código de Aguas. Esta indicación tiene como objetivo otorgar certeza jurídica y seguridad hídrica en el acceso al agua, priorizando el consumo humano y la conservación. Para ello, la indicación sustitutiva contiene nueve ejes¹:

1. Seguridad hídrica para usos múltiples.
2. Gestión sustentable de aguas subterráneas.
3. Prioridad al consumo humano.
4. Conservación y uso no extractivo del agua.
5. Certeza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas (DAA).
6. Patentes por no uso para desincentivar la especulación.
7. Agilizar y simplificar la gestión de expedientes.
8. Fortalecer las organizaciones de usuarios de aguas.
9. Fortalecer la toma de decisiones y la coordinación interministerial.

Dentro de estos nueve ejes, la mayoría de las medidas apuntan en la dirección correcta. Éstas incluyen medidas para la gestión sustentable del uso del recurso hídrico, tanto de aguas superficiales como subterráneas, el reconocimiento de un nuevo tipo de derecho para usos no extractivos del agua, la elaboración de planes estratégicos de recursos hídricos para las 101 cuencas hidrográficas del país, la creación de una Comisión Interministerial de Recursos Hídricos y de un Panel de Expertos que vele por el sustento técnico en la toma de decisiones, y el fortalecimiento de las organizaciones de usuarios. Estas organizaciones podrán contar con un Acuerdo de Gestión que, luego de ser validado por el Panel de Expertos, prevalecerá por sobre las medidas de reducción temporal que la Dirección General de Aguas (DGA) puede establecer en períodos críticos para la sustentabilidad del recurso. Las medidas de reducción temporal limitan el ejercicio de las extracciones a prorrata, de modo proporcional a los títulos de DAA, exceptuándose las extracciones para el consumo humano.

Por otro lado, la indicación del Gobierno incluye algunas medidas que no son recomendables, dentro de las cuales destaca el incremento significativo en las patentes por no uso para desincentivar una supuesta “especulación y acaparamiento” de los DAA. Esta manera indirecta de forzar la renuncia y devolución al Fisco de los derechos de agua no es la forma correcta para abordar el problema del sobre-otorgamiento de derechos que históricamente se ha dado

en el país. No obstante las críticas anteriores, en su conjunto las modificaciones propuestas constituyen un avance respecto al anterior proyecto de ley que otorgaba discrecionalidad al Estado para caducar derechos, sin criterios, requisitos ni procedimientos claros (ver Temas Públicos N°1400 para un análisis detallado de las patentes de no uso).

En términos generales, la indicación sustitutiva comparte muchos de los objetivos del proyecto de ley anterior -que fue originado vía moción parlamentaria en 2011 y objeto de una indicación sustitutiva del Gobierno de la Presidenta Bachelet en octubre de 2014-, en particular la priorización del consumo humano y la conservación ambiental. Sin embargo, las medidas o instrumentos que propone para lograr esos objetivos son en muchos casos diferentes y, en nuestra opinión, superiores. Un ejemplo destacable es el tema de la certeza jurídica de los DAA, que analizamos a continuación.

CERTEZA JURÍDICA

El proyecto de ley del gobierno anterior modificaba radicalmente la concepción que hoy tienen los DAA, alterando en forma sustantiva el derecho de propiedad vigente. Primero, al otorgar un carácter temporal al derecho, pues dispone que su uso y goce tendrán una duración máxima de 30 años, siendo prorrogables salvo que la DGA acredite el no uso efectivo del recurso o se cambie la finalidad para el cual fue destinado originalmente. Adicionalmente, se establecen una serie de causales de caducidad, donde destaca la extinción del derecho por no uso transcurridos un cierto número de años, o cuando se utilicen las aguas para un fin distinto al que ha sido otorgado, o por la no inscripción de los derechos en el Conservador de Bienes Raíces.

Uno de los mayores avances respecto del proyecto anterior es la decisión del Ejecutivo de no innovar respecto a las características de duración indefinida, libre transferibilidad y flexibilidad (los DAA se constituyen sin establecer un uso específico) establecidas en la legislación vigente y que dan certeza jurídica a los titulares de los DAA. Así, y a diferencia de lo planteado por la administración anterior, la propuesta de solución a los problemas de abastecimiento hídrico no pasa por limitar los derechos de aprovechamiento de aguas, sino que por una mejor gestión del recurso.

En la normativa vigente no se exige que el derecho de aprovechamiento se asocie a un uso específico, dado que la asignación por el mercado exige flexibilidad.

Además, fiscalizar todo cambio de uso requeriría de un sustancial aumento del gasto fiscal, y permitiría que el Estado se inmiscuya en las decisiones de uso de cada DAA, lo cual es extremadamente ineficiente.

El Código de Aguasⁱⁱ vigente establece que las aguas son bienes nacionales de uso público y otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas. A su vez, dispone que el derecho es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley. El dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue por la renuncia a los mismos y, además, por las causas y en las formas establecidas en el derecho común.ⁱⁱⁱ Por su parte, la Constitución Política de la República^{iv} asegura a todas las personas el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales; y que nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador. También establece expresamente que los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos^v.

En consecuencia, la normativa vigente considera a los DAA de duración indefinida. Pese a ello, el Estado puede expropiar derechos de aguas superficiales cuando sea necesario para satisfacer menesteres domésticos de una población por no existir otros medios para obtener el agua, según lo establece el propio Código de Aguas. Adicionalmente, la última indicación sustitutiva propone extender la posibilidad de expropiación en el caso de DAA de aguas subterráneas y para satisfacer fines de conservación ambiental.

La certeza jurídica, y en especial la duración indefinida de los DAA, son factores clave para promover inversiones en sectores de gran potencial para el crecimiento del país que dependen de manera importante del uso del recurso hídrico. Es necesario que los DAA sean de duración indefinida para dar certeza al inversionista que cuando le aprueben su proyecto podrá contar con el agua como insumo, siempre que esté cumpliendo con todas las normas.

A su vez, la certeza jurídica de los DAA permite aprovechar las ventajas de los instrumentos económicos para adaptarse al cambio climático. Al aumentar la variabilidad en la disponibilidad de agua, se hace más difícil proyectar cuándo, dónde, y en cuánto cambiarán las disponibilidades, y por lo tanto, las necesidades

de agua. Como consecuencia se requerirán reasignaciones cada vez más frecuentes. Y los instrumentos económicos justamente dan más flexibilidad y rapidez para poder reasignar el agua a diferentes usos, especialmente en comparación con un proceso más administrativo para asignar DAA centralizadamente. Adicionalmente, hace que el titular tenga todos los incentivos para ahorrar el agua, lo cual es clave para hacer frente a situaciones de sequía. Otro ejemplo de las ventajas de contar con certeza jurídica en los DAA es poder usarlos como una garantía para obtener créditos de instituciones financieras, lo cual es especialmente importante para los agricultores.

En síntesis, de acuerdo al ordenamiento vigente, los titulares son dueños de sus DAA, no del recurso hídrico, el cual está establecido como un “bien nacional de uso público”. Ahora bien, aunque el recurso sea un bien nacional de uso público, igual hay que distribuir su aprovechamiento de alguna manera. Existe amplia evidencia de que los instrumentos económicos son un mecanismo eficiente para ello, salvo casos puntuales. Y para esas situaciones en que se requiere la intervención del Estado ya existen las herramientas necesarias, tales como son el establecimiento de áreas de restricción y zonas de prohibición, la expropiación de los DAA a valor de mercado, y la constitución de reservas.

INSTRUMENTOS ECONÓMICOS

El Gobierno de Chile le encargó al Banco Mundial que entregase un diagnóstico de la gestión de recursos hídricos para Chile y recomendaciones para enfrentar los problemas de escasez hídrica. Entre las recomendaciones más atinentes se encuentra la de “(iii) mejorar los mercados del agua evitando la alta dispersión de precios por falta de información y transparencia” (Banco Mundial 2011, 2013).

Existe consenso entre los expertos de que los mercados de aguas han respondido de manera positiva a la generación de la mayor utilidad económica y aprovechamiento óptimo del recurso. “En efecto, las ganancias de eficiencia derivadas de la operación de los mercados de aguas pueden ser muy importantes para la sociedad, siempre y cuando el recurso se asigne a las actividades que efectivamente generen mayor valor y/o bienestar. Por otra parte, los mercados de aguas tienden a favorecer la inversión privada tanto en infraestructura como en técnicas ahorradoras de este recurso, en la medida que los agentes privados puedan apropiarse de las ganancias de eficiencia que estas inversiones significan al costo de oportunidad vigente”^{vi}.

Sin perjuicio de lo anterior, existen ciertas problemáticas asociadas que pueden obstaculizar los efectos positivos de los mercados, como el sobre-otorgamiento inicial de DAA, la escasa transparencia y el acceso a la información, la competencia limitada, entre otros. Por ello, es importante atender a estos problemas específicos, según recomienda el Banco Mundial.

REMATE PARA LA ASIGNACIÓN DE NUEVOS DAA

El perfeccionamiento y la extensión del remate como mecanismo para asignar los DAA es otro avance importante. El remate es un mecanismo de asignación eficiente que permitirá que sea el sistema de precios el que asigne el derecho a quien más lo valora, evitando una decisión discrecional de la autoridad. A su vez, el otorgamiento de DAA por remate responde a la crítica de no otorgar más derechos en forma gratuita siendo que el agua se ha tornado en un recurso tan escaso.

A pesar que el Código actual permite asignar vía remate las solicitudes de derechos de agua **superficiales** cuando el recurso no es suficiente y si existen dos o más competidores interesados, en la práctica no se había llevado a cabo masivamente como mecanismo de asignación. Es decir, los derechos se entregaban gratuitamente al que los solicitaba. La modificación del Ejecutivo establece que el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas **superficiales** se realice siempre mediante remate (independiente del número de interesados y de la disponibilidad del recurso), con la excepción de los sistemas sanitarios rurales y los pequeños productores agrícolas con menos de 12 hectáreas de riego básico.

La indicación atiende a la preocupación de no excluir a pequeños agricultores o usuarios rurales de bajos recursos que podrían encontrarse con dificultades para poder participar en un remate y, más aún, adjudicarse un DAA por esa vía. En efecto, el 93% de las explotaciones agrícolas corresponden a explotaciones de menos de 12 hectáreas de riego básico, lo cual refleja la importancia de incorporar esta excepción. Por otra parte, el remate sí aplicaría para la adjudicación de DAA para propietarios de explotaciones de mayor tamaño, que si bien son un número relativamente pequeño de explotaciones (7%), representan el 85% de la superficie.

Adicionalmente, se incorpora la posibilidad que exista remate de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas si hay dos o más interesados sobre las mismas y no hay disponibilidad para ambos. En este caso, el remate será cerrado entre los solicitantes, debido a las inversiones previas que hay que realizar. En la

actualidad, si dos personas piden un mismo derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas y han hecho las inversiones necesarias, no es posible asignar el recurso “vía mercado” entre ambos, lo cual sí se logra con la modificación propuesta. Esta norma va en la dirección correcta, ya que permite eliminar las largas esperas que se producen en la actualidad para asignar DAA subterráneas.

CONCLUSIONES

En Chile, la cantidad de agua que es posible extraer desde fuentes naturales se regula con el otorgamiento y tenencia de los DAA. En caso de no existir aguas disponibles en una fuente determinada, la autoridad debe abstenerse de constituir nuevos DAA sobre ellas y es el mercado el que opera como principal mecanismo de reasignación del recurso.^{vii} Para su buen funcionamiento se requieren mercados transparentes y certeza jurídica respecto de los DAA que se transan.

La reforma al Código de Aguas del gobierno del Presidente Piñera mantiene la certeza jurídica de los DAA, respetando su duración indefinida y el dominio completo del derecho de aprovechamiento (uso, goce y disposición). La certeza jurídica de los DAA es un factor clave para promover las inversiones en varios de los sectores de mayor potencial para el crecimiento del país que dependen de manera importante del uso del recurso hídrico. Cualquier modificación debe resguardar el aporte de los instrumentos económicos a una mayor eficiencia en el uso del agua, lo cual es cada vez más necesario en el contexto de cambio climático.

ⁱBoletín 7543-12.

ⁱⁱ Artículo 5º y 6º del Código de Aguas.

ⁱⁱⁱ De acuerdo al derecho común, los derechos reales tienen duración ilimitada y duran lo que la cosa dure. Son causales de extinción, por ejemplo, la destrucción de la cosa, adquisición del derecho por parte de otro (aunque en general, ello no implica extinción en estricto rigor, sino más bien cambio de titularidad), extinción del dominio o del derecho real por acto del Estado de expropiación.

^{iv} Artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República.

^v Inciso final del N°24 de la Constitución Política de la República.

^{vi} Valenzuela, C. y Silva, A. (2019), “Mercados de aguas para la sustentabilidad: una oportunidad para desencadenar necesarias reformas legales y políticas públicas pro reasignación del recurso”.

^{vii} Valenzuela, C. y Silva, A. (2019), “Mercados de aguas para la sustentabilidad: una oportunidad para desencadenar necesarias reformas legales y políticas públicas pro reasignación del recurso”.