

Nacionalización de las Aguas: Retroceso de 57 años

Hace algunas semanas ingresaron al Congreso Nacional dos proyectos de reforma constitucional. Uno pretende nacionalizar las aguas en nuestro país y el otro señala que la exploración, explotación y constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas será establecida por ley considerando la diversidad geográfica y climática de Chile. Esta última iniciativa fue presentada por el Senador Ricardo Nuñez, y la Primera, por los Senadores Girardi, Navarro, Ominami, Ávila y Ruiz-Esquide.

Desde 1981 opera en Chile un Código de aguas que reconoce al mercado como el principal instrumento para reasignar eficientemente el agua.

Lamentablemente, la propuesta retrocede más de 50 años, desconociendo el avance que ha significado la definición de derechos de aprovechamiento de aguas para el mejor uso y conservación del recurso.

En efecto, al analizar los distintos Códigos de Agua que ha tenido Chile podemos constatar que hemos evolucionado desde un sistema donde el derecho de aprovechamiento quedaba sujeto a múltiples requisitos que dificultaban y/o impedían su libre transabilidad y a

decisiones discrecionales de la autoridad administrativa a uno donde es el mercado el que reasigna el derecho de aprovechamiento entre los usos más rentables, de acuerdo a la oferta y demanda por este recurso.

Código de Aguas de 1951

Ya desde 1857, el Código Civil define los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales como bienes nacionales de uso público y regula que el acceso a ellas se realiza por la vía de “mercedes”, las que se conceden por la autoridad competente.

El Código de Aguas de 1951, define el derecho de Aprovechamiento de Aguas como “un derecho real que recaía sobre las aguas de dominio público y consistía en el uso, goce y disposición de ellas”.

Este derecho se adquiría sólo en virtud de una Merced concedida por el Presidente de la República y el otorgamiento de ella se vinculaba a un uso específico del agua y debía describirse la solicitud.

En aquella época, 1951, el Código de Aguas establecía un listado de rubros o actividades preferentes para el desarrollo o uso del

El Proyecto de ley presentado pretende nacionalizar las aguas. Modifica la Constitución Política, y señala: “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las aguas continentales de la Nación sin perjuicio de poder, mediante títulos que franquea la ley, reconocer o conceder su uso y aprovechamiento a particular...”

En esta Edición:

- **Nacionalización de las Aguas: Retroceso de 57 Años**
- **Institucionalidad Ambiental: Los Cambios que Vienen**

agua. El orden de prioridad de uso también estaba determinado en la ley y era el siguiente:

- 1º bebida y servicios de agua potable,
- 2º usos domésticos y saneamiento de poblaciones,
- 3º abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre,
- 4º regadío,
- 5º plantas generadoras de fuerza motriz o eléctricas,
- 6º industria, molinos y,
- 7º otros usos.

La autoridad administrativa decidía para quien era la merced en caso de existir competencia por el mismo rubro, en base a las utilidades e importancia de las empresas, y en igualdad de condiciones se optaba según las fechas de las solicitudes.

En aquella época el otorgamiento de la merced de agua quedaba sujeto a una concesión provisional, la cual dependía de que se construyera la obra de captación. Si no se ejecutaba, caducaba la concesión provisional.

Además, la merced caducaba por no uso, es decir, si no se ejercitaba el derecho durante 5 años consecutivos.

Las mercedes eran transferibles de manera independiente a la venta del predio, sin embargo, estaban asociadas a un uso o fin determinado y no podían aplicarse a otro fin sin la autorización correspondiente, la cual se otorgaba como si se tratara de otra merced.

Código de Aguas de 1969 (Reforma Agraria)

Con la reforma agraria, retrocedemos en materia de derecho de agua: cambia la naturaleza jurídica del Derecho de Aprovechamiento:

pasa a ser un derecho real administrativo que consiste sólo en su uso.

Y, en esta época, las mercedes de agua se otorgaban sólo en la medida que se justificaba su necesidad y en la dotación necesaria, de acuerdo a una “tasa de uso racional y beneficioso” determinada por la autoridad.

Adicionalmente, se mantiene la concesión provisional, hasta que se construyera la obra de captación. También se mantiene la imposibilidad de destinar las aguas a un uso distinto de aquel que se solicitó.

Se amplían las causales de caducidad de los derechos (por ejemplo, si las aguas no se utilizaban en un plazo de 2 años consecutivos caducaba el derecho).

Adicionalmente, en esa época se prohíbe la venta de la merced de agua y sólo podía enajenarse con la venta del predio o de la industria correspondiente.

Se mantiene la definición de usos preferentes del agua en la ley. Existían sólo 3 órdenes de preferencia en cuanto al uso de las aguas:

- 1º bebida y servicio de agua potable,
- 2º usos domésticos y saneamiento de poblaciones y
- 3º otros usos.

La autoridad administrativa decidía para quien era la merced en caso de existir competencia por el mismo rubro, según las utilidades y la importancia de las empresas, y en igualdad de condiciones se optaba según las fechas de las solicitudes.

Código Aguas de 1981: Principios de la Actual Política

Incorpora mecanismos de mercado en la reasignación del derecho de aprovechamiento:

- Derecho de propiedad bien definido: se entiende que el derecho de aprovechamiento incluye el derecho a usar, gozar y disponer de las aguas. Se distingue entre los derechos de aprovechamiento de las aguas consuntivos y no consuntivos.
- El derecho de aprovechamiento se asigna de manera definitiva y a perpetuidad.
- Los derechos de aprovechamiento son transables independientemente de la tierra.

- No se justifica el uso que se le dará al agua: no se ata el agua a un uso específico.
- No caduca el derecho por no uso del mismo.
- Es el mecanismo de precios el que reasigna el bien entre los distintos usos, no la autoridad administrativa.
- Se incorpora el remate para aguas superficiales en caso de existir 2 solicitudes sobre las mismas aguas en un plazo de 30 días y no existir disponibilidad para ambas.

Se trata de un proyecto que retrocede casi 57 años en materia de legislación de aguas: no se reconoce al mercado como el más eficiente mecanismo de reasignación de los derechos de aprovechamiento de las aguas y se le da un papel más relevante a la autoridad administrativa. Asimismo, vuelve a incorporar en la ley usos o rubros preferentes para el uso de las aguas, lo cual es propio de un mecanismo que no reconoce el rol asignador del mercado.

- Barreras a la libre entrada de nuevos competidores: concentración de derechos.
- Inconveniencia de obtener y mantener derechos sin costo.

Debemos recordar que en esa época el mecanismo de remate no estaba siendo utilizado por la autoridad y la DGA había negado algunas solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos principalmente.

El Dictamen N° 992/636 de 1996 de la Comisión Preventiva Central recomendó a la DGA abstenerse de aprobar nuevos derechos de agua no consuntivos, por solicitud de la CNE, hasta que no estuviera vigente un mecanismo legal que asegurara el adecuado uso de las aguas.

Ello generó una acumulación de solicitudes de derechos de agua pendientes.

Adicionalmente, existían los mismos problemas que están presentes en la actualidad: derechos de aprovechamiento no regularizados y asimetrías de información.

Lamentablemente, en la década de los noventa comienza un lobby muy intenso tendiente a reformar el Código de Aguas de 1891. Algunas de las justificaciones para dicha reforma eran:

- El mercado no logra una asignación eficiente del recurso.
- Acaparamiento de derechos de agua con fines especulativos.

Reforma al Código: Propuesta Original

La reforma al Código de Aguas tuvo una larga tramitación en el Congreso: demoró 13 años, desde 1992 hasta el 2005.

Si se compara la propuesta original del Ejecutivo con la norma aprobada se comprueba que se mejoró sustancialmente.

La propuesta original incluía muchos elementos que habían estado presentes en legislaciones anteriores y que afectan el libre

funcionamiento del mercado. Por ejemplo, proponía:

- Caducidad del derecho de aprovechamiento por no uso en 5 años.
- Vinculación del derecho de aprovechamiento a un uso específico.
- La DGA determina cuándo no se están usando las aguas.
- En 1993 se incorpora una patente por no uso expropiatoria, la cual no estaba afectada a crédito fiscal.

Dentro de los mejoramientos que se le hicieron al proyecto de reforma se encuentran:

- Se eliminó la caducidad del derecho por no uso (se reemplazó por la patente por no uso).
- No se vinculó el derecho a un uso específico.
- El no uso se asocia a la inexistencia de obras de captación (y restitución) y, en consecuencia, no es la autoridad administrativa la que determina cuándo el derecho de aprovechamiento de aguas no está siendo utilizado.
- Disminuyeron las facultades discrecionales de la DGA.
- Disminuyó el efecto expropiatorio de la patente.
- Se logró aumentar el listado de derechos exentos a la patente.

Ley N° 20.017: Texto Aprobado

El texto aprobado incorporó, principalmente:

- Mecanismo de Remate para asignar nuevos derechos aguas subterráneas cerrado.

- Mecanismo de Remate para asignar nuevos derechos de aguas superficiales abierto.
- Ampliación del plazo de incompatibilidad de solicitudes a 6 meses.
- Patente por no uso.
- Se justifica el caudal solicitado en la memoria explicativa.
- Sistema de crédito por el pago de la patente al desarrollar el proyecto.
- Caudal Ecológico.
- Obligaciones de informar: obligación de catastro para realizar todo tipo de trámites administrativos, Registro Público de Aguas.

Esta reforma incorpora algunos pasos hacia atrás. Por ejemplo, en la constitución misma del derecho: se vuelve a introducir el concepto de uso de las aguas. Se menciona lo que se “necesita” extraer, y no lo que se “desea” extraer. Esta necesidad se acredita en una memoria explicativa que justifica el uso.

Adicionalmente, la autoridad puede limitar lo solicitado si no existe la debida correspondencia entre lo solicitado y los parámetros teóricos de uso determinados por la DGA.

La ley determina el uso del agua: la Ley N°19.145 de 1992, declara “zonas de prohibición” los acuíferos que alimentan vegas y bofedales de la I y II Región (art 63.). Lamentablemente, en estos casos deja de ser el mercado quien determina el uso más eficiente de las aguas.

También hay que reconocer que con la aprobación de la reforma al Código de Aguas se han dado pasos en la dirección correcta: se han hecho 20 remates desde la aprobación de la Ley N° 20.017; se han adjudicado algunos derechos pendientes, y se han otorgado derechos consuntivos y no consuntivos.

Existe más información disponible en la página web de la DGA, pero aún no es la suficiente.

Proyecto de Ley que Nacionaliza las Aguas

El proyecto de ley presentado por los Senadores Girardi, Navarro, Ominami, Ávila y Ruiz-Esqüide, pretende nacionalizar las aguas.

Dicho proyecto modifica la Constitución Política¹, y señala: “El Estado tiene el dominio absoluto, exclusivo, inalienable e imprescriptible de todas las aguas continentales de la Nación sin perjuicio de poder, mediante títulos que franquea la ley, reconocer o conceder su uso y aprovechamiento a particulares.

Decláranse de utilidad pública, a efectos de expropiación, todas las aguas de la Nación y los derechos que sobre ellas se hayan constituido o reconocido.

El Estado y los particulares a quienes se les ha concedido títulos sobre las aguas, tienen el deber preferente de velar por su protección y uso sustentable.

La ley establecerá prioridades de uso de las aguas, así como las condiciones par adquirir, ejercer y caducar los derechos sobre ellas”.

Claramente, se trata de un proyecto que retrocede casi 57 años en materia de legislación de aguas: no se reconoce al mercado como el más eficiente mecanismo de reasignación de los derechos de aprovechamiento de las aguas y se le da un papel más relevante a la autoridad administrativa. Asimismo, vuelve a incorporar en la ley usos o rubros preferentes para el uso de las aguas, lo cual es propio

de un mecanismo que no reconoce el rol asignador del mercado.

En Conclusión....

Es lamentable que los parlamentarios propongan un proyecto de ley que retrocede en materia de legislación de aguas.

En efecto, Chile es un ejemplo en esta materia. Hemos avanzado desde 1951: de un sistema con mucha intervención de la autoridad administrativa a uno donde es el mercado quien reasigna el derecho de aprovechamiento; de un sistema donde el uso preferente de las aguas estaba determinado por ley a uno donde eso no lo determina la normativa sino que la oferta y demanda; de un sistema donde se penalizaba el no uso con la caducidad del derecho, a uno donde el uso se incentiva con una patente por no uso; de un

sistema donde el derecho de aprovechamiento estaba asociado a un uso específico, a uno donde el derecho de aprovechamiento se transa libremente y de manera independiente de la enajenación de las tierras donde se utiliza.

Este sistema ha permitido que Chile desarrolle un mercado de las aguas, aún incipiente en algunas cuencas, pero ampliamente desarrollado en las zonas donde hay escasez del recurso. Aprobar la reforma propuesta implica retroceder y no avanzar en materia de aguas.

Chile es un ejemplo en legislación de aguas. Hemos avanzado desde 1951 : de un sistema con mucha intervención de la autoridad administrativa a uno donde es el mercado quien reasigna el derecho de aprovechamiento; de un sistema donde el uso preferente de las aguas estaba determinado por ley a uno donde eso no lo determina la normativa sino que el mercado

¹ Reemplaza el inciso 11º del numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política.