

# Reforma Constitucional en Materia de Aguas

El Ejecutivo ha anunciado que enviará al Congreso Nacional una reforma que dará reconocimiento constitucional a las aguas como bien nacional de uso público, cualquiera sea su estado (líquido, sólido o gaseoso). La reforma también permite que a futuro se legisle de manera que el Estado pueda caducar una concesión de derechos de aprovechamiento de agua que previamente había otorgado de manera indefinida y que pueda regular la eventual pérdida de ellos por parte de quien los ostente.

La reforma constitucional permitiría también al Estado reservar caudales de aguas subterráneas y superficiales. Esta noticia es lamentable, ya que implica retroceder en materia de legislación de aguas.

Chile es un ejemplo a nivel internacional en esta materia: de un sistema centralizado con excesiva intervención de la autoridad administrativa, como el que tienen muchos países, logró crear la institucionalidad adecuada para que se desarrollara un sistema de mercado que permite dar seguridad a los inversionistas y certidumbre a quienes desarrollan actividades productivas utilizando este recurso. Esto ha permitido e incentivado inversiones y nuevos proyectos, entre otros, en generación hidroeléctrica y en el sector minero. Ambos, sectores intensivos en el uso de este recurso.

## El Agua: Un Bien Nacional de Uso Público

El Código Civil de 1857 ya reconocía que las aguas son un "bien nacional de uso público". Dicho concepto no ha cambiado hoy. Dada su importancia y valor para la vida humana, las aguas siguen siendo un bien nacional de uso público, es decir, son de todos los chilenos. No existe propiedad sobre ellas.

Lo que se regula es el aprovechamiento del recurso mediante la concesión de derechos que permiten el uso de las aguas.

## Las Antiguas Mercedes de Agua

Antiguamente se regulaba el acceso a este recurso mediante una concesión o merced que otorgaba la autoridad administrativa. La concesión de dicha merced quedaba sujeta a la descripción del uso que se le daría al recurso y a la discrecionalidad de la autoridad administrativa, la cual podía caducar dicho permiso si no se utilizaba.

El Código de Aguas de 1951 establecía que la merced caducaba si no se utilizaba en un plazo de 5 años. Adicionalmente, definía un listado de usos prioritarios de las aguas.

Ambos elementos afectaban la libre transferencia de dichas mercedes y desincentivaban la creación de un mercado para las

---

**Más allá de este reconocimiento constitucional –que por lo demás no es necesario, puesto que desde el Código Civil de 1857, que las aguas tienen el carácter de bien nacional de uso público–, pareciera ser que el verdadero objetivo de la reforma es devolverle antiguas potestades a la administración pública, como la posibilidad de caducar los derechos de aguas y establecer reservas estatales.**

---

aguas. Asimismo, la constitución de las mercedes de agua, en esa época, estaba sujeta a decisiones discrecionales de la autoridad.

Con la ley de la Reforma Agraria (Código de Aguas de 1969) se retrocede aún más en esta materia: a los elementos anteriores se le agrega un cambio en la naturaleza jurídica del Derecho de Aprovechamiento, el cual pasó a ser un derecho real administrativo que consistía sólo en su uso.

## Los Derechos de Aprovechamiento

Con el Código de Aguas de 1981 cambia la política y se incorporan principios que permiten el desarrollo de un mercado de derechos de aprovechamiento de las aguas. Estos derechos permiten usar, gozar y disponer de éstas.

Se crea la institucionalidad adecuada que permite el desarrollo de un mercado de las aguas. Dentro de los principios implementados, destaca el establecimiento de derechos de propiedad para poder utilizar este recurso: los derechos de aprovechamiento.

Este derecho de aprovechamiento se asigna de manera definitiva y a perpetuidad. Se trata de derechos transables independientes de la tierra, lo cual permite asignar eficientemente el recurso entre los distintos usos que tiene. No se trata de un bien complementario a la tierra, sino que se reconoce como un bien independiente sobre el cual es posible dar propiedad para su uso de manera indefinida. Esto da seguridad jurídica a los inversionistas que utilizan el recurso como insumo en áreas claves como minería, agricultura, generación eléctrica y servicios sanitarios y a su vez, incentiva a su propietario a cuidar más el recurso, con lo cual mejora la calidad de las aguas.

Este proceso se desarrolla reconociendo los derechos de propiedad consuetudinarios e incentivando a los propietarios, especialmente los pequeños agricultores, a regularizar su propiedad, aspecto en el cual se continúa trabajando en la actualidad.

Otro principio relevante es que se entrega al mercado, esto es, al libre juego de la oferta y la demanda, el papel de asignador de los usos del agua disponible, de modo que los proyectos y explotaciones que sean económicamente más eficientes, en función del precio que estarán dispuestos a pagar, sean aquellos que puedan aprovecharla, sin que un determinado uso deba tener legalmente, preferencia sobre otro. En consecuencia, no se establecen usos prioritarios para el agua y no se justifica el uso que se le dará al recurso. La autoridad administrativa debe otorgar el derecho a quien lo solicite siempre que exista disponibilidad y que no se perjudique a terceros que tengan un derecho de aprovechamiento de aguas solicitado previamente.

Adicionalmente, se elimina la caducidad del derecho de aprovechamiento por no uso del mismo. Este principio permite que sea el mecanismo de precios, a través de la oferta y la demanda, el que reasigna el bien entre los distintos usos y no la autoridad administrativa.

Un principio clave en la asignación del recurso ha sido la incorporación del mecanismo de remate para asignar el derecho de aprovechamiento cuando hay dos interesados en las mismas aguas y no hay disponibilidad suficiente para ambos. Este mecanismo se utiliza para asignar derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneas. La

**Antiguamente, nuestra legislación (Código de Aguas de 1951 y la ley de 1967-Reforma Agraria) contemplaba un sistema más bien administrativo de otorgamiento de derechos de agua. En esa época no existía un “mercado de aguas”, sino que era la autoridad quien concedía “mercedes” para utilizar el agua y quien regulaba en qué se utilizaba, estableciendo prioridades, y si el uso que se le daba era el adecuado, pudiendo llegar incluso a quitar los derechos otorgados.**

única diferencia es que en este último caso el remate es cerrado y no abierto, como es el caso de las aguas superficiales, es decir, sólo pueden participar quienes se hayan opuesto a la solicitud en un plazo de 6 meses. Esta diferencia permite cubrir los mayores gastos que implican las inversiones para el alumbramiento de las aguas subterráneas.

Finalmente, se estableció un sistema de solución de las controversias que naturalmente se producen entre las distintas personas que aprovechan el agua en los mismos cauces, basado en la administración conjunta por ellas del recurso, a través de las organizaciones de usuarios. Lo anterior deja a salvo siempre la facultad de recurrir a los tribunales de justicia para que los afectados obtengan protección de sus derechos.

### **Frutos del Código de Aguas de 1981**

El marco institucional creado por el Código de Aguas de 1981, ha permitido dar seguridad y certeza a los inversionistas. Esto ha beneficiado al sector minero, al sanitario y al eléctrico, los cuales han podido desarrollar sus proyectos utilizando el recurso agua como insumo.

En consecuencia, esta reforma constitucional generará un costo para el país, producto de la incertidumbre que genera para los inversionistas, principalmente de los sectores de generación hidroeléctrica y del sector minero. Este costo no será menor si consideramos que desde 1981, año en que se modificó el Código de Aguas y se introdujo el sistema de mercado vigente, se han invertido alrededor de US\$ 5.250 millones en proyectos de generación hidroeléctrica<sup>1</sup> y la inversión extranjera en

proyectos mineros ha sido de alrededor de US\$ 22.500 millones desde 1984 hasta la fecha<sup>2</sup>.

Gran parte del enorme incentivo a la inversión en estos dos sectores se ha dado gracias a la certidumbre que representa el contar con el derecho de propiedad sobre el de aprovechamiento del recurso específico: el agua, sin el riesgo o la amenaza de que éste pueda caducar o perderse por una decisión de la autoridad administrativa.

### **Problemas en el Mercado de las Aguas**

Desde la década de los noventa han existido presiones para volver atrás en materia de legislación de aguas.

Como argumentos para ello se ha señalado que el mercado de aguas no funciona debido a que quienes tienen la propiedad de los derechos de aprovechamiento no los utilizan y tampoco los venden con el fin de especular.

Luego de 13 años de discusión en el Congreso Nacional y de diferencias ideológicas con el Gobierno, se optó por introducir el pago de una patente por no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas, en vez de ir por el camino de caducar los derechos por no uso. Por concepto de la “patente por no uso” el Fisco recaudó recursos por alrededor de \$15.000 millones durante el año 2008.

En la actualidad, la presión por introducir la facultad de caducar el derecho de aprovechamiento de aguas responde al problema que ha surgido por el no pago de la “patente por no uso”. El código de aguas vigente señala que en este caso deben rematarse dichos derechos. Sin embargo, el proceso se ha tornado burocrático y extremadamente largo por distintos motivos, uno de los cuales es que los de-

rechos muchas veces no están expresados en volumen por segundo sino que en acciones.

Debemos reconocer que este problema existe, así como otros. Un ejemplo es el tema de los traslados. No obstante, ellos se pueden solucionar definiendo bien el derecho de propiedad para que pueda funcionar el mercado. Lamentablemente se opta por solucionar estos problemas, dándole mayores atribuciones al Estado y no removiendo los obstáculos para un fluido funcionamiento del mercado. El problema de los remates de derechos por no pago de la patente se soluciona, por una parte, mejorando la definición del derecho de propiedad, lo cual es clave para que funcione el mercado, y por otra, simplificando el procedimiento.

Todavía quedan cosas por hacer en materia de aguas. En el norte de Chile, específicamente en la III Región, hay problemas de abastecimiento de agua. En su momento, la autoridad administrativa concedió más derechos de aprovechamiento de aguas que los recursos disponibles. Ello no generó problemas hasta ahora, debido a que con la aprobación de la reforma al Código de Aguas del 2005 que introduce una “patente por no uso” de los derechos de agua, se incentivó el uso de los derechos previamente concedidos –con el fin de no pagar la patente-, con lo cual el recurso agua presenta en la actualidad una seria amenaza de agotamiento en el mediano plazo si no se toman medidas para solucionar el problema. En efecto, según un estudio reciente (Estudio Golder, julio 2006), el déficit alcanzaría a 56 millones de m<sup>3</sup>/año. Propuestas de solución existen, como la alternativa de plantas desalinizadoras de agua, fomento a las inversiones, programas de riego por avión, etc. En consecuencia, habrá que estudiar en profundidad cada una de estas medidas y optar por las que creen los incentivos correctos para el buen funcionamiento del mercado.

La facultad que se ha anunciado que se incluiría en la reforma constitucional para reservar caudales de aguas subterráneas y superficiales es innecesaria, toda vez que el

Código vigente permite al Estado reservar un caudal ecológico mínimo en los nuevos derechos que se constituyan. Se destina un porcentaje del caudal de la fuente de aguas superficiales para preservar y proteger la naturaleza y el medio ambiente (la ley establece un máximo de 20% el cual puede ampliarse en algunos casos al 40% del caudal medio).

Si el objetivo que se pretende con esta reforma es intervenir las cuencas con el fin de reservar dicho recurso para otros usos, ya existe con la normativa vigente una solución a dicho punto: el Estado puede solicitar derechos de aprovechamiento como cualquier entidad o persona privada y participar de los remates respectivos. En consecuencia, también sería innecesaria esta reforma.

### En conclusión

Chile ha sido pionero en materia de aguas y es un ejemplo a nivel internacional, todo lo cual nos debiera llenar de orgullo e incentivos a cuidar lo ya avanzado. Se requieren políticas que perfeccionen el sistema vigente, cuyo fin sea lograr un mayor y mejor mercado y no más participación o facultades para el Estado.

Es de esperar que se profundicen los estudios al respecto para que Chile pueda mostrar el avance que ha significado la definición de derechos de aprovechamiento de aguas y la creación de un mercado para el mejor uso y conservación del recurso.

---

<sup>1</sup> Fuente: elaboración propia. Desde 1981 se han instalado alrededor de 3.500 MW en centrales hidroeléctricas. Dichas centrales se valoraron en 1500 US\$/kw.

<sup>2</sup> Fuente: Comité Inversión Extranjera.