

CÓDIGO DE AGUAS: EL DERECHO DE PROPIEDAD EN ENTREDICHO

- Esta reforma modifica el régimen de perpetuidad de los derechos de aprovechamiento de aguas al disponer que el uso y goce de ellas tendrá una duración máxima de 30 años, pasando a ser una mera concesión administrativa. Adicionalmente, introduce causales de caducidad, precarizando los derechos existentes.
- El legislador no tiene la facultad para fijar un plazo a la propiedad, la que es de carácter indefinido y perpetuo. Las nuevas facultades entregadas a la autoridad administrativa – DGA– para revisar derechos y establecer caudales ecológicos son excesivamente discrecionales.

El proyecto de ley que reforma el Código de Aguas inició su tramitación vía moción parlamentariaⁱ hace más de cinco años. Sin embargo, fue la indicación sustitutiva de la Presidenta de la República presentada en octubre de 2014, la que le dio impulso legislativo. El proyecto, que se encuentra en su primer trámite legislativo en la Cámara de Diputados, donde ya fue despachado por las Comisiones de Agricultura y de Recursos Hídricos, modifica radicalmente la concepción que hoy tienen los Derechos de Aprovechamiento de Aguas –DAA–, alterando sustantivamente el derecho de propiedad vigente.

I. CAMBIO DE CONCEPCIÓN

Al analizar los actuales DAA, es posible apreciar que siendo las aguas un bien nacional de uso público, a los particulares se les entrega un derecho de aprovechamiento sobre éstas y que es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él como cualquier otro derecho de propiedad, permitiéndole al dueño, comercializarlo, y en definitiva, ser objeto de actos y contratos que importen su enajenación, transmisión, gravamen, etc.ⁱⁱ. Ello corresponde a la esencia del DAA, un derecho que tiene las mismas garantías constitucionales de la propiedad, en virtud del cual puede ejercer todos los atributos del dominio a su entera libertad.

La reforma modifica la esencia del DAA, un derecho que tiene las mismas garantías constitucionales de la propiedad, en virtud del cual puede ejercer todos los atributos del dominio a su entera libertad, al alterar dos aspectos claves de la concepción que hoy se tiene de ellos.

La reforma modifica esta esencia, al alterar dos aspectos claves de la concepción que hoy se tiene de los DAA, primero en cuanto a la temporalidad y segundo, respecto a la supresión de uno de los atributos del dominio, la disposición.

La iniciativa en trámite entonces, busca primero modificar un elemento esencial de esta propiedad, cual es la perpetuidad de los DAA, ya que dispone que el uso y goce de ellas tendrá una duración máxima de 30 años, otorgándole un carácter temporal, de conformidad a los criterios de disponibilidad de la fuente de abastecimiento y/o sustentabilidad del acuífero, siendo estos prorrogables a menos que la DGA acredite el no uso efectivo del recurso o se cambie la finalidad para el cual fue destinado originalmente.

En un segundo aspecto, pero igualmente grave, los DAA pasarán a ser meras concesiones administrativas, pues se pierde una de sus facultades esenciales de la propiedad, por cuanto se suprime la facultad de disposición que tiene todo propietario (y que ya ingresó a su patrimonio), y que le permite transferir o transmitir el dominio, vulnerando con este cambio la propiedad reconocida expresamente en la Constitución. Esta afectación pone en duda el ejercicio del derecho y constituye una inconstitucionalidad, por cuanto no se le ha otorgado al legislador la facultad para fijar un plazo a la propiedad, la que es de carácter indefinido y perpetuo.

CADUCIDAD DE LOS DERECHOS

Adicionalmente a lo anterior, y nuevamente en desmedro del derecho de propiedad, el proyecto establece una serie de causalesⁱⁱⁱ de caducidad de los derechos, siendo la más relevantes y controvertida la referente a la extinción por no uso del recurso.

Al efecto, transcurridos los plazos máximos de 4 años, en el caso de los DAA consuntivos^{iv} y en 8 años para los no consuntivos sin haberse utilizado las aguas, el derecho se extingue.

La caducidad opera también a propósito del cobro de patentes por no uso. Este sistema opera a beneficio fiscal, y dispone actualmente que mientras los DAA no sean utilizados^v, se debe pagar este concepto. La reforma pretende además que transcurridos ciertos plazos de pago de patentes, tratándose de DAA ya constituidos, el derecho también se extingue.

Mención particular merece la interrogante en cuanto a qué motiva la interposición de dichos plazos ¿Son estos razonables y suficientes? ¿Corresponden a la realidad que se requiere para materializar un proyecto que utilice las aguas como recurso? Junto con ello, la supuesta justificación de la interposición de la causal de extinción, es el no uso, pero ¿qué constituye un uso efectivo del recurso? Del texto se desprende que será sólo la discrecionalidad del Director General de Aguas quien determinará si una obra en particular permite o no la captación de las aguas, si éstas son suficientes y aptas para la efectiva utilización de ellas, capaces de permitir su captación o alumbramiento; su conducción hasta el lugar de su uso; y su restitución al cauce.

Otro aspecto de dudosa constitucionalidad se refiere a que el plazo a considerar para la caducidad se imputaría en forma retroactiva, por cuanto el cómputo del plazo por caducidad no debiera contarse desde una fecha anterior, en años, al conocimiento que tiene el afectado de los eventos que causen la extinción de su derecho, el que está resguardado por las garantías del derecho de propiedad. Así, en la medida que no se clarifique la contabilización, no se logran despejar las dudas constitucionales^{vi}.

II. NUEVAS FACULTADES DE LA DGA

No es sorprendente que el actual Gobierno impulse reformas que den nuevas y amplias atribuciones al Estado, sin embargo, tratándose de la modificación al Código de Aguas, éstas van incluso más allá. La Dirección General de Aguas -DGA- tendrá amplias atribuciones discrecionales en la aplicación de nuevas funciones, las que tendrán efectos sobre derechos ya adquiridos afectando nuevamente la propiedad y poniendo en duda su Constitucionalidad. En este sentido, se destacan dos las principales preocupaciones que surgen:

- Caudal Ecológico

Actualmente con el propósito de velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, la DGA puede establecer un caudal ecológico mínimo^{vii}, que corresponde a “el agua mínima necesaria para preservar los valores ecológicos en el cauce de los ríos u otros cauces de aguas superficiales”^{viii}, pudiendo sólo afectar a los nuevos derechos que se constituyan. La Reforma modifica dicha norma incorporando una facultad que le permite afectar un DAA otorgado, de manera retroactiva, primero en pro de la sustentabilidad ambiental, cuando la fuente superficial pudiere sufrir grave deterioro o esté siendo afectada, según así lo determine un informe del Ministerio del Medio Ambiente; y segundo,

la DGA podrá establecer un caudal ecológico en un DAA existente de áreas declaradas bajo protección oficial de la biodiversidad.

La primera de estas atribuciones es la más preocupante por cuanto imponer retroactivamente un caudal ecológico mínimo, implicará que la DGA y el Ministerio del Medio Ambiente, deberán hacerse cargo de todos los ríos de Chile, donde la posible aplicación de criterios generales no necesariamente cumplirá el fin de este mecanismo de resguardo en razón de las distintas realidades que ellos tienen, lo que supone un desafío técnico profesional a las instituciones públicas que el proyecto no aborda.

La modificación propuesta importa un desconocimiento y menoscabo del derecho de dominio de que se es titular, lo que es claramente inconstitucional en atención al Artículo 19 N°24 de la Carta Fundamental que al referirse al Derecho de Propiedad, no faculta al legislador para fijar un plazo de duración de éste, que por esencia es de carácter indefinido y perpetuo.

- **Facultad de revisión**

Adicionalmente, se acordó incorporar una nueva facultad a la DGA para permitirle revisar los DAA ya otorgados, de manera tal que si existiere riesgo de afectación del acuífero o fuente superficial de donde se extrae, estos derechos se verían limitados en su uso o suspendidos temporalmente.

Además del mérito de dicha facultad, preocupa la discrecionalidad con que la DGA podrá ejecutar esta atribución, pues la disposición no impone criterios, requisitos en particular, ni un procedimiento al efecto. Es aún más relevante lo indeterminado que es el universo de derechos a los que se les aplicará esta revisión. Al hablar de concesiones se interpretaría que solo se refiere a los derechos que se otorgarán una vez publicada esta reforma; pero surgen dudas, pues el fundamento a la incorporación de dicha facultad, ha sido argumentado bajo la base de los excesos cometidos y que se vulnerarían garantías en pro de la productividad y desarrollo, que perjudicarían a los agricultores. Sin embargo, al revisar en profundidad la discusión, no parece haber evidencia al efecto, revelando que la propuesta obedece más a una obsesión con una determinada actividad, como es la de generación eléctrica o minera, más que con propender al cuidado de los recursos hídricos.

CONCLUSIONES

La modificación propuesta importa un desconocimiento y menoscabo del derecho de dominio de que se es titular, lo que es claramente inconstitucional en atención al Artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental que al referirse al Derecho de Propiedad, no faculta al legislador para fijar un plazo de duración de éste, que por esencia es de carácter indefinido y perpetuo.

Las recomendaciones del Banco Mundial en su informe de 2011 van en su mayoría orientadas a mejorar la gestión del agua, lo que está muy lejos de formar parte de la discusión de esta Reforma, la que tampoco parece ir en la línea de la promoción y desarrollo de actividades económicas que la usen como fuente. Si la preocupación de la autoridad es asegurar en el largo plazo la disponibilidad de este recurso, las mejoras deben ir por este camino y no por dar nuevas facultades a los organismos del Estado que no respetan los derechos de propiedad ni tampoco aseguran los objetivos de uso eficiente y conservación del agua.

Las nuevas facultades entregadas a la autoridad administrativa no solo adolecen de una discrecionalidad absoluta, sino que también tienen vicios de inconstitucionalidad, por entregar atribuciones a la que afectan el derecho de propiedad y que además va en una dirección totalmente contraria con el anuncio del Gobierno de convertir este 2016 en el año de la productividad, para lo cual es indispensable que no se vea afectada la certeza jurídica necesaria para la inversión y desarrollo de actividades de todos los sectores productivos. Las modificaciones propuestas, contrario a lo deseable, perjudicarían varios rubros, como la agricultura, la generación de energía eléctrica, los servicios sanitarios y la minería.

ⁱ Boletín N° 7543-12, Moción de los Diputados Sepúlveda, Molina, Jaramillo, León, Meza, Pérez Lahsen, Teillier y Vallespín y de los ex diputados Accorsi y De Urresti, ingresado el 17 de marzo de 2011.

ⁱⁱ José Luis Cea “Informe en Derecho Reforma Código de Aguas”, encargado por DGA, año 2014.

ⁱⁱⁱ **Art. 5 quinquies:** titular no realiza las obras para utilizar las aguas en el plazo de tres años, utiliza las aguas para un fin diverso para el que ha sido otorgado o cede su uso a cualquier otro título; **Art. 6 bis:** titular no hace un uso efectivo del recurso, distinguiendo un plazo de 4 años para los DAA consuntivos, y en 8 años, para los no consuntivos; **Art. 20:** caso que el predio se subdivide; **Art. 129 bis 4 y 5** por pago de patentes por la no utilización de las aguas; **Art. 150 y 2do Transitorio:** No inscripción en el Conservador de Bienes Raíces.

^{iv} El derecho de agua consuntivo faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad, mientras que el no consuntivo permite emplear el agua sin consumirla obligando a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho.

^v El Régimen de Cobro de Patentes entiende que el agua no es utilizada, cuando los titulares de DAA no hayan construido las obras tanto de captación como de restitución, según corresponda, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales. El régimen que se propone en la Reforma suprime la distinción territorial de la ubicación de estos, incrementando el monto de pago respecto del factor de cálculo de la patente, en un régimen cuatrienal, donde se eliminan las exenciones y además se establecen caducidades.

^{vi} Fermandois & Cía. Abogados “Informe en Derecho Reforma Código de Aguas”, encargado por DGA, 2014.

^{vii} Decreto 14/2002, Ministerio del Medio Ambiente, Reglamento Determinación Caudal Ecológico Mínimo.

^{viii} Boettiger Philipps, Camila (2013). Caudal ecológico o mínimo: regulación, críticas y desafíos.