

Latinoamérica

## REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS CHILENO: NUEVAS REGLAS SOBRE PROPIEDAD Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

Sergio Jaque

*Abogado del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje (Recursos Hídricos) de Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría (Chile)*

### **Reforma al Código de Aguas chileno: nuevas reglas sobre propiedad y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas**

*En el presente foro se abordan las principales modificaciones introducidas al Código de Aguas chileno en materia de propiedad y ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas, tras la tramitación de una reforma por más de una década en el Congreso, en que se llegó a un acuerdo y consenso por parte de todos los sectores políticos representados en él. Las modificaciones incorporan un fuerte componente de protección a las funciones de subsistencia y ecosistema de las aguas, las cuales no estaban lo suficientemente resguardadas en el Código de Aguas, cuerpo normativo que es considerado uno de los más liberales del mundo, con una vocación preferentemente productiva.*

#### **PALABRAS CLAVE:**

CÓDIGO DE AGUAS CHILENO, RECURSOS HÍDRICOS, APROVECHAMIENTO DE AGUAS, ECOSISTEMA DE AGUAS.

## Reform of the Chilean Water Code: new rules on ownership and exercise of water rights

*In this forum, the main modifications introduced to the Chilean Water Code in terms of the ownership and exercise of water rights are addressed, after more than a decade of processing a reform in Congress, in which an agreement and consensus was reached by all the political sectors represented in it. The modifications incorporate a strong component of protection of the subsistence and ecosystem functions of waters, which were not sufficiently protected in the Water Code, a regulatory body that is considered one of the most liberal in the world, having a preferably productive vocation.*

### KEYWORDS:

CHILEAN WATER CODE, WATER RESOURCES, WATER USE, WATER ECOSYSTEM.

Jaque, Sergio (2022). Reforma al Código de Aguas chileno: nuevas reglas sobre propiedad y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas. *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 58, pp. 192-199 (ISSN: 1578-956X).

## 1. Introducción

El Código de Aguas chileno ("CA") fue recientemente objeto de una profunda reforma, tras más de una década de tramitación en el Congreso (Proyecto de Ley Bolefín N.º 7.543-2012 que se concretó en la Ley N.º 21.435 publicada en el *Diario Oficial de la República de Chile* el 6 de abril de 2022), en que se discutieron intensas modificaciones a este cuerpo normativo, que es considerado como uno de los más liberales del mundo.

En efecto, el CA estableció un *fuerte régimen de propiedad inscrita* sobre los denominados derechos de aprovechamiento de aguas ("DAA"), respecto de los cuales el titular cuenta con las facultades de uso, goce y disposición, *sin que existieran —hasta esta reforma— mayores cargas, limitaciones y restricciones relacionadas con el ejercicio de tales facultades*, lo que desencadenó algunas prácticas abusivas, como el acaparamiento de DAA con fines especulativos, y problemas como la sobreexplotación de acuíferos y fuentes superficiales, la falta de recursos hídricos para satisfacer el consumo humano y el saneamiento, la degradación de algunos ecosistemas, etc.

Estos derechos calificados por muchos como absolutos, tras ser otorgados por la Dirección General de Aguas ("DGA") en un procedimiento reglado y gratuito, *pueden ser transferidos, transmitidos, hipotecados y, en general, ser objeto de un sinfín de actos jurídicos, propios del derecho privado*. Se trata, además, de derechos indefinidos en el tiempo, los cuales en forma previa a la reforma no estaban sujetos a causales de caducidad o extinción como ocurre con la mayoría de las concesiones administrativas sobre bienes comunes, sin que mediara además un pago por su utilización.

En este contexto, la reforma del CA acordada por la unanimidad de los sectores políticos representados en el Congreso instauró una serie de cambios, que van desde cuestiones procedimentales hasta temas sustantivos como la prioridad de los usos del agua para consumo humano y saneamiento, nuevas atribuciones de la DGA para limitar y suspender el ejercicio de DAA, la existencia de causales de extinción y caducidad de dichos derechos o la temporalidad de aquellos que se constituyan o reconozcan con posterioridad a su entrada en vigencia.

A continuación, se abordarán las principales modificaciones introducidas por la Ley N.º 21.435 al CA relacionadas con su propiedad y ejercicio.

## 2. Principales modificaciones

---

### 2.1. Refuerzo del agua como bien nacional de uso público e introducción de nuevos conceptos, como el interés público y la sustentabilidad. Derecho humano al agua y saneamiento

Se establece que las aguas en cualquiera de sus estados son bienes nacionales de uso público, y se indica que su *dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación* y que, en función del *interés público* (asociado principalmente al resguardo del consumo humano y saneamiento y temas ecosistémicos) se podrán constituir y limitar derechos de aprovechamiento de aguas.

Se introduce, además, un concepto de *sustentabilidad*, que atraviesa toda la reforma, asociado tanto a aguas superficiales como subterráneas y que le permitirá a la DGA tomar medidas al respecto (p. ej., para la constitución de nuevos DAA o su reducción temporal, la no renovación de una concesión, la declaración de zona de restricción, etc.).

Finalmente, se consagra el acceso al agua potable y saneamiento como un *derecho humano esencial e irrenunciable* que debe ser garantizado por el Estado.

### 2.2. Funciones del agua y priorización de usos

El agua cumple funciones de *subsistencia* (consumo, saneamiento y uso doméstico de subsistencia), *preservación ecosistémica* y *productivas*. Siempre prevalecerá la primera de ellas tanto en el otorgamiento como en la limitación de DAA, y la autoridad deberá velar, además, por la *armonía y equilibrio entre las dos funciones restantes*. El Estado podrá constituir reservas de agua para asegurar las funciones de subsistencia y preservación ecosistémica.

### 2.3. Dominio y temporalidad de los DAA

#### i. Consideraciones relevantes

Se eliminan algunas referencias al dominio del DAA (p. ej., que el DAA es de dominio de su titular; se cambia la palabra *dueño* por *titular*; la palabra *dominio* por *uso y goce*, etc.), incluida la *alusión expresa a que respecto de este se contaba con la facultad de disposición*. No obstante, de una interpretación sistemática del resto del CA y de la Constitución Política de la República ("CPR") se desprende que *es posible seguir transfiriendo y transmitiendo el dominio de los DAA* (art. 5 quinquies, 20, 21 y 114 CA y 24 CPR).

Los DAA podrán *expropiarse para satisfacer necesidades domésticas de la población y la conservación de los recursos hídricos*, debiendo dejarse al expropiado el agua necesaria para satisfacer los usos domésticos de subsistencia.

## ii. Nuevos DAA

Los nuevos DAA que se otorguen tendrán el carácter de una *concesión de treinta años de duración* o inferior en caso de que la DGA lo justifique. Se prorrogará sucesivamente por así disponerlo la ley, salvo que la DGA constate el no uso del DAA o que su ejercicio afecta la sustentabilidad de la fuente y que no fue posible enfrentar tal situación con las herramientas contempladas en la ley (p. ej., reducción temporal).

## iii. Antiguos DAA

Respecto de los derechos constituidos o reconocidos con anterioridad a la publicación de la ley, el artículo primero transitorio de la reforma establece que *continuarán estando vigentes, y agrega que solo pueden extinguirse o caducar en determinadas situaciones*. Se desprende, por tanto, que estos DAA mantendrán su carácter de indefinidos, pero sujetos a posibles extinciones o caducidades y otro tipo de medidas que a continuación se detallan.

## 2.4. Limitación, reducción temporal, suspensión, extinción y caducidad de DAA

### i. Limitación / reducción temporal

Procede en aquellos casos en que se produce una *degradación del acuífero al punto de afectar su sustentabilidad*. La DGA de oficio o a petición de algún afectado podrá *limitar el ejercicio* de los DAA en la zona degradada, a prorrata de ellos.

Por otro lado, si la explotación de las aguas subterráneas por algunos usuarios ocasionare perjuicios a otros, la DGA está facultada para establecer la *reducción temporal del ejercicio* de los DAA a prorrata de ellos, que también procede tratándose de aguas superficiales, lo que constituye una novedad de la reforma.

La diferencia entra ambas facultades radica en la causa que la origina, siendo la primera de ellas de carácter ambiental y la segunda por afectación de derechos de terceros.

Es importante destacar que, si un DAA se cambia de uso, como por ejemplo de agrícola a minero (cuestión que se deberá informar a la DGA bajo apercibimiento de sanciones) y su ejercicio produce una grave afectación al acuífero o la fuente superficial, la DGA *podrá aplicar la limitación y la reducción temporal del ejercicio del derecho* o decretar una redistribución y, de no mediar resultados con estas medidas, podrá suspender su ejercicio.

## ii. Suspensión

Procede en aquellos casos en que exista *riesgo* de que el ejercicio de DAA pueda generar una grave afectación del acuífero o la fuente superficial, o bien que *el riesgo se haya materializado*, y no haya sido posible evitar el riesgo o que este persista con la aplicación de las facultades de la DGA de reducción temporal del ejercicio (aguas superficiales o subterráneas) y/o redistribución de las aguas (aguas superficiales).

## iii. Extinción

Los DAA se extinguirán total o parcialmente en caso de que *no cuenten con obras de captación suficientes y aptas para la efectiva utilización de las aguas*. En caso de que los DAA consuntivos (aquellos en que el agua se consume) aparezcan cinco años en los listados de patentes por no uso (listado formado anualmente en que se incluyen DAA que no cuentan con obras de captación, respecto de los cuales sus titulares deben pagar un determinado monto denominado *patente*, para evitar su remate en pública subasta), *se iniciará un procedimiento de extinción que llevará la propia DGA y que puede ser judicializado*; mientras que, tratándose de DAA no consuntivos (aquellos en que el agua tras ser utilizada se restituye a la fuente), el plazo es de diez años.

Los plazos comienzan a correr desde que los DAA se incluyan por primera vez en los listados de patentes, a contar de la publicación de la reforma, y se suspenden mientras se tramite la obtención de los permisos para la construcción de obras, o una resolución de calificación ambiental en caso de ser necesaria para la construcción de la obra (por cuatro años máximo), o que el titular justifique que no ha podido construir la obra por circunstancias de un caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditada. Las solicitudes de traslado y cambio de punto, necesarias para ejercer un DAA en un punto diferente al autorizado, no suspenden los plazos indicados, salvo en ciertos casos específicos.

## iv. Caducidad

Los DAA que a la fecha de la publicación de la reforma no se hayan inscrito en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente, deberán ser inscritos por sus titulares en el plazo de dieciocho meses desde la mencionada publicación. En caso de no hacerlo, *tales derechos caducarán por el solo ministerio de la ley*. Este plazo será de cinco años para los pequeños productores agrícolas, y en el caso de los derechos cuyos titulares sean servicios sanitarios rurales, indígenas o comunidades indígenas, estarán exceptuados de dicha caducidad.

## 2.5. Explotación de aguas subterráneas

Se establece que las normas que regulan la explotación de aguas subterráneas deben tener un *interés principal en lograr el aprovechamiento sustentable del agua subterránea*, y se define a propósito de la limitación del ejercicio de DAA que *"se entenderá que se afecta la sustentabilidad del*

*acuífero cuando con el volumen de extracción actual se produce un descenso sostenido o abrupto de los niveles freáticos del acuífero".*

Algunas cuestiones relevantes relativas a la explotación de aguas subterráneas abordadas en la reforma son, por ejemplo, *la facultad de la DGA de denegar o autorizar parcialmente las solicitudes de cambios de puntos de captación* en zonas de prohibición y áreas de restricción, si la situación del acuífero presenta descensos significativos y sostenidos que puedan poner en riesgo su sustentabilidad; si implica un grave riesgo de intrusión salina o si se afectan derechos de terceros, pudiendo requerirle a los titulares de la solicitud la información pertinente.

También dispone que no se autorizarán cambios de punto de captación en zonas declaradas como de prohibición a quien tenga *litigios pendientes como demandado*, relativos a extracción no autorizada de aguas. A su vez, la DGA *deberá prohibir cualquier nueva explotación* de derechos o de aquella parte de ellos que no se hubiesen explotado con anterioridad a dicha declaración.

## **2.6. Caudal ecológico (aguas superficiales)**

La reforma deja claro que el caudal ecológico se podrá fijar respecto de los nuevos derechos que se otorguen, de aquellos ya constituidos o reconocidos en caso de traslados, e incluso respecto de estos últimos sin necesidad de que medie un traslado, si se ubican en áreas declaradas bajo protección oficial de la biodiversidad, alcanzando entre otros a santuarios de la naturaleza y humedales de importancia internacional.

A su vez, la DGA, con ocasión de la evaluación ambiental de ciertas obras hidráulicas mayores, podrá proponer caudales ecológicos mínimos o superiores al mínimo establecido al momento de la constitución del derecho.

## **2.7. Prohibición de otorgamiento de derechos en áreas bajo protección oficial para la protección de la biodiversidad**

La áreas establecidas son parques nacionales, reserva nacional, reserva de regiones vírgenes, monumento natural, santuario de la naturaleza, humedales de importancia internacional y las zonas que correspondan a acuíferos que alimenten vegas, pajonales y bofedales de las regiones de la zona norte del país (desde la región de Arica y Parinacota hasta la región de Coquimbo) y sectores acuíferos que alimentan humedales declarados como ecosistemas amenazados o degradados, sitios prioritarios y humedales urbanos, que encuentren soporte en el agua subterránea. Una excepción radica en que *la actividad sea compatible con los fines de conservación del área* de acuerdo a un informe del Ministerio del Medio Ambiente.

En el caso de derechos ya existentes en estas áreas solo podrán ejercerse en la medida que ello sea compatible con la actividad y fines de conservación de estas.

### 3. Comentarios finales

---

Tras la reciente publicación de la Ley N.º 21.435, en Chile coexisten dos sistemas de titularidad sobre los DAA: i) el preexistente y fuertemente criticado, consistente en la plena propiedad sobre DAA indefinidos, que, de acuerdo con estimaciones, comprende entre el 85 y el 90 % de las aguas del país; y ii) y aquel en que quien posea el DAA será titular de una concesión administrativa temporal, que representará entre el 10 y el 15 % de los DAA que no han sido otorgados por la DGA a la fecha.

Tales porcentajes han motivado que algunos académicos califiquen a la reforma como cosmética, dado que no afectaría a aquellos titulares de DAA otorgados con anterioridad a su publicación, lo que no solucionaría los problemas que se le imputan al Código de Aguas, que, a juicio de estos, derivarían del fuerte régimen de propiedad instaurado por dicho cuerpo normativo.

Al respecto, estimamos que la reforma introduce profundos cambios respecto a los DAA otorgados con anterioridad a su publicación. Desde ya, estos derechos podrán extinguirse o caducar, figuras jurídicas que no existían en la legislación sectorial chilena relativa a las aguas; ser objeto de una orden de prohibición de su ejercicio (tal sería el caso de todos los derechos que no se han utilizado a la fecha y que recaigan en zonas de prohibición de otorgamiento de nuevos DAA, o bien de aquellos que se hayan otorgado en ciertas áreas puestas bajo protección oficial) y de expropiación por temas de conservación (en forma previa la expropiación se limitaba a las necesidades domésticas de la población); *cuestiones que implican la pérdida de los referidos derechos*, lo que contribuirá a que los recursos hídricos asociados sean "*liberados*" para luego ser reasignados con el nuevo sistema de concesiones temporales. A lo anterior se debe sumar la posibilidad de renunciar a los DAA, norma que produce el mismo efecto.

Por otro lado, estimamos que, con las nuevas facultades que asume la DGA y en la medida que sean utilizadas adecuadamente, se verán superadas las críticas relacionadas con el ejercicio desmedido y sin contrapesos de los DAA. En efecto, la introducción de la priorización de los usos del agua (siendo el preeminente el de subsistencia) y del concepto de sustentabilidad de las fuentes subterráneas y superficiales permitirá salvaguardar el consumo humano y saneamiento de la población, y los ecosistemas que encuentran sustento en el agua.

Uno de los desafíos que se advierten es que las diferentes autoridades encargadas de implementar la reforma —siendo la principal de ellas la DGA— dicten los reglamentos y resoluciones necesarios para tal efecto en un plazo razonable, de manera tal que se dé certeza a los distintos titulares de DAA.

A su vez, se espera que las intensas facultades con que contará la DGA sean aplicadas respetando la legalidad vigente y de manera criteriosa, asegurando la función de subsistencia y velando por la armonía y equilibrio entre la función de preservación ecosistémica y la productiva, ya que de lo contrario se producirá una fuerte judicialización de las decisiones que esta adopte, como por ejemplo en materias de suspensión y prohibición del ejercicio de DAA.

Para lograr tal cometido, será necesario realizar un eficaz y completo levantamiento de información, actualizando y sistematizando los dispersos y variados datos que existen en Chile respecto a los recursos hídricos, de manera tal que se genere una "línea de base" confiable y precisa sobre la cual aplicar las innumerables nuevas facultades con que ahora cuenta la DGA, tomando en consideración, además, los estudios hidrológicos e hidrogeológicos levantados por los propios usuarios de las aguas (agrupados en organizaciones de usuarios o incluso individualmente considerados), que en muchas ocasiones son los que mayor y amplio conocimiento tienen de las fuentes de abastecimiento de agua.

La reforma constituye una gran oportunidad para reorganizar y ordenar el aprovechamiento de los recursos hídricos en un momento de crítica escasez hídrica y una prolongada sequía, por lo que si esta se implementa adecuadamente traerá múltiples beneficios para el país y, en especial, para asegurar el consumo humano y saneamiento, y el mantenimiento y restauración de ecosistemas, cuestiones de suma urgencia y en las que afortunadamente existe un consenso político y social transversal.