Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nos. 215 - 216
Año LXXII
Enero-Junio, Julio-Diciembre 2004
Fundada en 1933
ISSN 0303-9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION[MR]

Facultad de
Ciencias Jurídicas
y Sociales

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

REVISTA DE DERECHO 215-216: 29-47, 2004 ISSN 0303-9986

LA REFORMA DEL CODIGO DE AGUAS

FRANCISCO SEGURA RIVEIRO
Profesor Derecho Civil
Universidad de Concepción

1. INTRODUCCION

El presente trabajo tiene por finalidad presentar una actualización normativa del Código de Aguas luego de la reforma de su texto por la Ley 20.017 publicada en el Diario Oficial el 16 de junio de 2005. Su análisis crítico y la conveniencia del contenido de la reforma sólo podrá analizarse una vez que sean dictados diversos reglamentos que deben ser redactados por la autoridad a efectos de su perfección; y además, una vez que pueda contarse con la perspectiva del uso efectivo que, en los hechos, haya dado la autoridad –Dirección General de Aguas– a la nuevas facultades que se le han otorgado.

Es bueno tener presente que, cuando el proyecto de reforma del Código de Aguas ingresó a su tratamiento legislativo hace más de diez años, se pretendía efectuar en el sistema legal de las aguas un cambio completo. Básicamente nuestro sistema actual tiene como eje el mercado, es decir se deja entregada la asignación del recurso a los intereses privados mediante el juego de la oferta y la demanda[1]. El Estado tiene un rol secundario, se limita a otorgar el derecho de aprovechar las aguas a quien lo pida, en trámite ciertamente simple y en el cual nada importa el destino final que se les dé a ellas, quien las pida, etc. El rol del Estado es sólo crear el derecho y luego se confió en el mercado para que llegaran mediante los

[1] Puede verse Donoso, Guillermo, "El mercado como asignador de los derechos de aguas", Rev. de D. de Aguas, vol 5 año 1996, pág. 24; Bauer, Carl, "Los derechos de agua y el mercado", misma revista vol 4, año 1932, pág. 17; Segura, Francisco, Derecho de Aguas, Universidad de Concepción, 2000, pág. 101-102.

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

mecanismos puros del derecho privado a quien en verdad las necesitan. Este concepto, sustentable en lo teórico, por cierto que olvidó por completo al mundo rural y su realidad. Como suele ocurrir se trataba de un Código pensado por una autoridad central para la realidad de las grandes empresas que operan a grandes escalas.

Al poco tiempo los defectos de ese sistema han sido evidentes y los hemos referido en otros trabajos. Por ello se concibió una reforma que, sin embargo finalmente, por el transitar en el Poder Legislativo quedó reducida a una serie de normas de adaptación o modernización, cambios cosméticos y la creación de una patente por el no uso de los derechos de aguas, que sólo afecta en los hechos a grandes consorcios que tienen reunidos importantes cantidades de derechos en su patrimonio.

2. ALTERACIONES SUSTANCIALES EN LOS PRINCIPIOS FUNDANTES DE LA LEGISLACION DE AGUAS

Como se expresó en el párrafo anterior no son muy sustanciales las reformas efectuadas al Código, sin embargo es posible reconocer cambios de alguna relevancia, que si bien no alteran la "ideología" propia del texto original, sí aportan a subsanar algunos de los defectos que tradicionalmente se le han atribuido:

2.1. Se refuerza el principio de la unidad de la corriente[2], mediante la plena incorporación de las aguas subterráneas

Uno de los defectos del Código original era que las aguas subterráneas quedaban fuera del concepto de unidad de corriente. Este concepto o principio, como se le ha llamado también, consiste básicamente en el hecho que todas las aguas de una misma cuenca u hoya hidrográfica están conectadas en un sistema que permite su mantención y recuperación en los períodos de abundancia y de sequía. Si se nos permite la exageración, se trata de la comparación con un sistema vital, en que cada parte, por aislada que parezca de la otra, es necesaria para que cada cual funcione adecuadamente. En el caso de las aguas, cada afluente, cada agua que se extrae de la tierra supone su conexión con las otras del mismo ciclo y por ello si no hay coordinación en su explotación lo que se extrae en una parte daña la disponibilidad en otra provocando el agotamiento del recurso.

[2] Vergara Blanco, Alejandro, "Principio de la unidad de la corriente del art. 3°", Rev. de D. de Aguas vol 8 año 1997 pág. 41.

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Al estar fuera las aguas subterráneas del sistema, se produjo en Chile una sobreexplotación de éstas que causó graves daños en las aguas superficiales conectadas a ellas. Eso hoy se pretendió corregir con las normas que pronto se expondrán.

2.2. El pago por el no uso como forma de evitar la acumulación y especulación

Otra clásica crítica al modelo del Código original era que sus normas, que eximen de toda carga a la titularidad de un derecho de aprovechamiento de aguas, permitía el acaparamiento de recursos y la especulación con las necesidades futuras. La reforma impone cargas a los titulares, principalmente el pago de una patente por el no uso, que se supone llevará a los acaparadores a vender sus derechos para evitarse la carga de su pago.

2.3. Se cumple con la necesaria y reclamada incorporación de normas de protección del medio ambiente

Veremos que se ha incorporado un título nuevo, especialmente dedicado a ello. Sólo lo destacamos aquí separadamente, pues junto a los antes nombrados, es sin dudas otro cambio sustantivo.

3. EL TEXTO DE LA REFORMA

3.1. Modificaciones respecto del dominio y aprovechamiento de las aguas

3.1.1. El nuevo texto del art. 6 del Código agrega el derecho del titular del derecho de aguas a renunciar total o parcialmente del mismo, siempre y cuando sea por escritura pública, la cual debe ser inscrita en el Registro de Propiedad de Aguas del CBR competente, de acuerdo a lo establecido en el art. 122, siempre que la renuncia no perjudique a terceros, disminuyendo su activo en relación a los acreedores.

Es evidente que si se crea una carga nueva sobre el derecho, deba permitirse su renuncia, para quien no quiera soportar la carga y no tenga otro medio para disponer del derecho.

3.1.2. La adquisición del derecho de aprovechamiento de aguas

Se incorpora, en el art. 22, la obligación de la autoridad al conceder el

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

recurso, de tener presente la relación existente entre las aguas superficiales y subterráneas, que forman parte de la misma cuenca. Ya hemos explicado que se trata de incorporar en plenitud las aguas subterráneas al sistema, para evitar la sobreexplotación.

3.1.3. De la exploración de las aguas subterráneas

Existen varias novedades a su respecto, insistimos una vez más, para los efectos de lograr su plena incorporación al sistema general de las aguas corrientes superficiales.

En el art. 58 se agregan dos incisos nuevos. El primero establece el remate como solución para decidir en caso de presentarse dos o más solicitantes para la exploración de aguas subterráneas sobre una misma extensión territorial, en el plazo de seis meses. El segundo inciso establece una ficción legal según la cual se entiende por la fecha de presentación de la solicitud para constituir el derecho de aprovechamiento de aguas aquella que corresponda a la fecha en que se dictó la resolución que concede el permiso para buscar dichas aguas. Hay pues un efecto retroactivo, fundamental según lo que pasa a establecer la norma siguiente.

El art 58 bis es una creación nueva completa, aunque no una novedad. En efecto, el contenido de su texto es el mismo que reguló la resolución de la Dirección General de Aguas número 186 (y antes una similar número 207)[3]. De acuerdo a estas resoluciones y hoy al texto del artículo, quien hubiere obtenido un permiso para explotar aguas subterráneas tendrá preferencia para constituir sobre las que logre alumbrar derechos de aprovechamiento, salvo que exista otro solicitante que lo haya pedido en el período de seis meses y en este caso si no existiere posibilidad de constitución de ambos derechos se llevará a remate, excepto si el permiso de exploración fue otorgado según el inciso segundo del art. 58, es decir en caso que por aplicación del efecto retroactivo de la fecha el primer peticionario se presuma anterior a los seis meses.

Este derecho de preferencia puede ser ejercido dentro del plazo del permiso y hasta tres meses después siempre y cuando se hay dado cumplimiento al requisito del informe completo sobre trabajos realizados, resultados y conclusiones.

[3] Se discutió la constitucionalidad de dichas resoluciones, pues se trataba de reglas referentes a la adquisición del dominio y por lo mismo sólo pueden ser materia de ley. En este sentido la reforma termina con esa querella doctrinaria. Puede verse Segura, Francisco, Derecho de Aguas, Universidad de Concepción, 2000, pág. 75 nota 119.

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

3.1.4. De la explotación de las aguas subterráneas

Se elimina del artículo 60 la frase final referente a la no aplicación de las disposiciones sobre remate de derechos de aprovechamiento en los casos de explotación de aguas subterráneas, dejándolo de esta manera equiparado en ese sentido al peticionario de aguas superficiales.

Se agrega un inciso nuevo al art. 63, de acuerdo al cual se establece que la declaración de zona de prohibición da origen a una comunidad de aguas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidos en ella. De esta manera se aclara la confusión que puede resultar para los usuarios de aguas subterráneas en caso de declararse zona de prohibición, equiparándolos a todos, evitando el conflicto entre ellos.

Por su parte en el art. 65 se reemplaza el inciso segundo y, en su nuevo texto, se otorga a los particulares interesados la facultad de pedir la declaración de un área de restricción, facultad que, anteriormente, era exclusiva de la Dirección General de Aguas.

Se agrega un inciso segundo al art. 66, que amplía la norma permitiendo a cualquier persona, sin necesidad de haber previa declaración de un área de restricción, ejecutar obras para la recarga artificial de acuíferos. Para ello requiere previa autorización de la misma Dirección y efectuada la recarga se otorga el derecho preferente para la constitución de un derecho de aprovechamiento provisional sobre las aguas subterráneas derivadas de las obras de recarga, derecho que sólo dura mientras la recarga artificial se mantenga.

En el art. 67 se reemplaza la oración final, quedando establecido un cambio notable. La norma primitiva permitía transformar en definitivos los derechos provisionales sobre acuíferos recargados artificialmente, en cambio ahora estos derechos son siempre provisionales y sólo se mantienen mientras persista la recarga artificial. Se elimina entonces la posibilidad, anteriormente dada, de convertirlos en definitivos, ello sin dudas en respuesta a lo que se había convertido en una forma de defraudar el sistema cuando el interesado efectuaba una sola vez la recarga artificial y luego trasformaba sus derechos en definitivos, sin hacer más obras, ocasionando el colapso de los derechos ya constituidos por falta de recurso suficiente.

3.2. Del Registro de Aguas, de la inscripción de los derechos de aprovechamiento y del inventario del recurso

En coordinación con lo ya expuesto se agrega en el art. 114 la exigencia de

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

que deben ser inscritas las escrituras públicas que contengan el acto formal de renuncia de derechos.

Se agrega el número 8 al mismo artículo estableciendo que deberán ser inscritos los derechos de cada comunero o de cada miembro de una asociación de canalistas que consten los títulos constitutivos y resoluciones que reconocen dichas organizaciones. Debemos advertir que no se trata que el hecho de pertenecer a una de estas organizaciones signifique que el sujeto tiene por sí derechos de aprovechamiento de aguas. Simplemente si éste tiene títulos fehacientes que lo acrediten como dueño de derechos que no están inscritos, el conservador, al recibir los antecedentes, deberá proceder a dicha inscripción. Esta norma presenta el riesgo de que puede servir para legitimar una práctica habitual de fraude a la ley, que consiste en crear organizaciones de usuarios por personas que no tienen derechos de aguas; al reconocer el juez la existencia de la organización (pues a éste no se le exige comprobar los antecedentes que se le presenten) se termina por "hacer aparecer" que los sujetos tienen derechos de aguas y se reclama su inscripción individual. Aunque muchos conservadores se percataron de la maniobra y negaban las inscripciones individuales, algunos lo hacían.

Por su parte el art. 115 bis nuevo establece taxativamente qué debe inscribirse en el Registro de Hipotecas y Gravámenes y de Interdicciones y Prohibiciones de Enajenar, las condiciones suspensivas o resolutorias del dominio de los derechos de aprovechamiento o de otros derechos reales constituidos sobre ellos y todo impedimento o prohibición referente a derechos de aprovechamiento, sea convencional, legal o judicial que embarace o limite de cualquier manera el libre ejercicio de la facultad de enajenarlos.

Por su parte el artículo 116 establece lo que puede inscribirse.

3.3. El catastro público de aguas

Mediante las reglas incorporadas en el art. 122 se procura cumplir un viejo anhelo nunca cumplido por las legislaciones pretéritas, cual es contar con un catastro más o menos exacto de la totalidad de derechos y usos reconocidos sobre las aguas nacionales. En efecto, el Registro Conservador no tiene en sus documentos más que un porcentaje del total de los derechos existentes –se estima que no más de la mitad– y por ello es necesario para la adecuada planificación y cuidado de las corrientes y cauces contar con datos más exactos.

Al efecto se agregan 7 incisos en el art. 122, que dicen relación con las fuentes de la información. Se establece la obligación (y la sanción) que pesa

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

sobre los conservadores y notarios de informar sobre las mutaciones de dominio, transferencias y transmisiones, de los derechos de aprovechamiento de aguas. Para este efecto deberán enviar carta certificada a la Dirección con copia de esas actuaciones en un plazo de treinta días siguientes al acto que se realice ante los mismos. Los costos son de su cargo.

Por su parte el art. 122 bis, nuevo, en su primer inciso establece la obligación de remitir informe por parte de las organizaciones de los usuarios a la Dirección, anualmente, poniendo como fecha tope el 31 de diciembre de cada año, toda la información referente especialmente a las mutaciones de dominio de los derechos de aprovechamiento que ocurran entre sus miembros. En el segundo inciso se establece que el cumplimiento del envío del informe anual es condición para recepcionar todo tipo de peticiones por parte de dichas organizaciones y sus miembros. Además de impone una sanción por el incumplimiento de la obligación de informar a la autoridad, que consiste en una multa establecida en el 173 y siguientes, sanción que puede ser aplicable a pedido de cualquier interesado.

3.4. Reglas medioambientales. La protección de las aguas y cauces

La reforma, como se expresó, cumple con una deuda histórica del legislador del Código de 1981, cual es incorporar al fin reglas de protección del medio ambiente en relación a las aguas, agregando para ello un título nuevo al texto, Título X (art. 129 bis - 129 bis 3). Sin lugar a dudas la principal de estas reglas es la incorporación de un caudal ecológico mínimo, respecto del cual no se pueden otorgar derechos de aprovechamiento. Este caudal busca garantizar un mínimo no explotado de aguas que permitan la recuperación de los acuíferos y se ha fijado en una cantidad no superior al 20% del caudal medido anual de la respectiva fuente superficial. Dicho mínimo puede ser alterado por decreto del Presidente de la República, previo informe favorable de la Comisión Regional de Medio Ambiente respectiva.

3.5. Del pago de una patente por la no utilización de las aguas

Se puede definir de la siguiente forma[4]: "La obligación que la ley impone al dueño de un derecho de aprovechamiento que no utiliza las aguas, de pagar

[4] Arévalo, Alberto, conferencia en Seminario Universidad de Concepción sobre reforma al Código de Aguas, Concepción 26-27 de agosto 2005.

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

una determinada cantidad de dinero en la proporción que la misma ley señala".

Se incorporan en una larga y frondosa reglamentación el art. 129 bis 4 a 129 bis 21. Es indudable que la técnica no es buena y en verdad parte de las normas han debido ser simple reglamento complementario de la ley. Sin embargo, por la ya explicada ardua negociación que significó el alumbramiento de la reforma, se prefirió incorporar todas las reglas al texto, para evitar, seguramente, que en la reglamentación administrativa no se respetaran los acuerdos que se plasman en la reforma.

Tratando de resumir las largas disposiciones, diremos que deben pagar una patente anual a beneficio fiscal los titulares de derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio permanente, respecto de los cuales su titular no haya construido las obras de captación de las aguas y las obras necesarias para su restitución, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales. Por su parte el artículo 129 bis 5 establece que para los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente, respecto de los cuales su titular no haya construido las obras requeridas en el artículo 129 bis 9, deben pagar una patente anual a beneficio fiscal en proporción a los caudales no utilizados. Para ambos casos existe una tabla que determina el pago según los años trascurridos a contar de la reforma y la ubicación de las obras de captación de las aguas.

En el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio eventual, que no sean utilizados total o parcialmente, pagarán un tercio del valor de la patente asignada a los derechos de ejercicio permanente.

Quedan excluidos del pago los titulares de derechos que son administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Para tales efectos, se requiere de la declaración del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en tal sentido, la que no tendrá efecto retroactivo; los titulares de aquellos derechos de aprovechamiento permanentes que, por decisión de la respectiva organización de usuarios, hubieran estado sujetos a turno o reparto proporcional; los derechos de aprovechamiento que posean las empresas de servicios públicos sanitarios y que se encuentren afectos a su respectiva concesión; los derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual, cualquiera sea su caudal, que sean de propiedad fiscal; y los derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio permanente cuyos volúmenes medios por unidad de tiempo, expresado en el acto de constitución original, sean inferiores a las cantidades que se expresan para cada caso.

De acuerdo a la nueva normativa el pago de la patente debe efectuarse

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

dentro del mes de marzo de cada año en cualquier banco o institución autorizadas para recaudar tributos.

Para los efectos de saber quiénes deben pagar la patente, la Dirección General de Aguas debe publicar la resolución que contenga el listado de los derechos sujetos a esta obligación, en las proporciones que correspondan.

Si cualquier titular de un derecho de aprovechamiento no pagare la patente dentro del mes de marzo de cada año, se inicia el procedimiento judicial para obtener su pago. Dicho procedimiento no es una ejecución de garantía general, sino se dirige sólo a obtener el remate de la proporción de los derechos de agua no utilizados efectivamente y con su producto se entiende extinguida la deuda.

3.6. Cambios en los procedimientos administrativos

El art. 131 mantiene en general las formas de notificación pero agrega que, cuando las presentaciones afecten o puedan afectar a terceros, deberá notificarse también mediante un mensaje radial a costa del interesado, al menos tres veces, por una radioemisora de cobertura regional, siempre dejando constancia en el medio de prensa. El objetivo principal es ampliar la publicidad de las decisiones, especialmente en el mundo rural, donde el mensaje radial cumple una función de difusión mucho más extendida que las publicaciones escritas. Cabe advertir que de inmediato se ha suscitado un problema en torno a qué se entiende por radio de cobertura regional. Ello porque el legislador no coordinó adecuadamente esta novedad en la norma con los conceptos propias de las legislaciones de telecomunicaciones, de acuerdo a la cual no existe "cobertura regional", sino frecuencias con determinada cobertura territorial. La propia Dirección de Aguas ha solicitado pronunciamiento a la Contraloría de la República sobre qué ha de entenderse por medio de cobertura regional. A la fecha de cierre de este trabajo no conocíamos resultado de esta solicitud.

Se aclara igualmente una clásica dificultad que presentaba el art. 137. La norma establecía el recurso de reclamación ante la "Corte de Apelaciones respectiva", surgiendo la evidente duda de cuál era la respectiva[5]. Para solucionar la cuestión se reemplaza la palabra respectiva por la frase "del lugar en que se dictó la resolución que se impugna".

Por fin, se agrega como inciso segundo; las normas aplicables al recurso de reclamación, mediante la remisión a las contenidas en el Título XVIII del Libro

[5] Segura, Francisco, Derecho de Aguas, Universidad de Concepción, 2000, pág. 107, notas 163-169.

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

I del Código de Procedimiento Civil, siendo de rigor notificar siempre a la Dirección General de Aguas.

Cabe advertir que el legislador no aprovechó la ocasión para aclarar otra típica discusión en esta materia, cual es la procedencia del recurso de protección en contra de las resoluciones de la Dirección de Aguas, cuando es procedente la reclamación de acuerdo al mencionado art. 137.

3.6.1. Sobre la solicitud de un derecho de aprovechamiento de aguas

Hay aquí también cambios de alguna significación. En primer término se modifica el art. 140. Si bien hay cambios generales en la norma, lo relevante es el cambio de orientación de ella, que puede resumirse en el cambio de expresión utilizada en el número 2 de la norma. Se substituye la palabra "desea" por la expresión "necesita". Ello no debe pasar inadvertido, pues se elimina el concepto de una autoridad pasiva que otorgaba el derecho sin importar las necesidades reales del usuario, por una autoridad activa que otorgará los derechos que se necesiten y no otros. En verdad una interpretación de este cambio no puede sino conducir a la idea de que la autoridad puede limitar al solicitante de derechos de aguas, en cuanto éste deberá demostrar que las aguas las "necesita" y no simplemente "las desea". Advertimos que este cambio no ha sido aún objeto de gran debate, absorbido éste en general en la opinión de los expertos por la cuestión de la constitucionalidad y conveniencia de fijar una patente. Sin dudas que dependerá de la jurisprudencia determinar cuán profunda será el efecto de esta nueva concepción de la regla y su interpretación como forma de que la autoridad niegue las solicitudes de derechos a quienes no demuestren que los necesitan realmente.

Se agrega igualmente que en caso de aguas subterráneas debe indicarse el caudal máximo que se necesita extraer en un instante dado y el volumen total anual que se desee extraer desde el acuífero. En el inciso tercero se elimina la frase final "y el modo de extraerla" pasando la misma a formar el inciso 4 en forma independiente, y se agrega que se determina la forma de localizar el punto de captación, ya sea mediante embalse o barrera.

Con relación a los derechos no consuntivos, deberá indicarse el punto de restitución de las aguas y la distancia y el desnivel entre la captación y la restitución.

La siguiente novedad de la regla es el caso en que se solicite un volumen de agua superior a las cantidades indicadas en los incisos finales del art. 129 bis 4 y bis 5. En tal situación se debe adjuntar una memoria explicativa en la que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará.

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Dicha memoria se manifiesta en forma de una declaración jurada sobre la veracidad de los antecedentes que se presentan. Es decir sólo para los volúmenes promedio que la propia autoridad señala, bastará con la solicitud. Si la petición excede los volúmenes considerados normales para el uso requerido, se deberá acompañar antecedentes adicionales. Ello no significa que la autoridad pueda negar en tal caso dichas solicitudes por ser excesivas, sino que se trata de asegurar que las peticiones en exceso respondan a reales necesidades, evitando los descritos fenómenos de concentración y especulación.

El en art. 141 se elimina el inciso tercero, que, con discutible técnica, consideraba oposición el caso en que se presentaran varias solicitudes sobre un mismo derecho. En verdad aquí no hay oposición, sino varias peticiones que se resolverán conforme a la disponibilidad del recurso y a falta de dichos recursos con remate entre los postulantes.

En el art. 142 se sustituye el inciso primero, quedando en el nuevo artículo establecido que si en el plazo de seis meses se presentan dos o más peticiones sobre las mismas aguas y no existen recursos suficientes para satisfacer los requerimientos, se citará a remate para la constitución de nuevos derechos sobre las aguas; las bases del remate determinarán la forma en que se llevará a cabo el acto. De esta manera en este artículo nuevo se amplía el plazo a seis meses, ya que el anterior se remitía al plazo del 142, es decir sólo treinta días. En el inciso tercero se agrega que la Dirección General de Aguas debe comunicar por carta certificada a los solicitantes los antecedentes (fecha, hora, lugar de celebración de la subasta).

El art. 144 también sufre alteraciones. El nuevo texto hace dos aclaraciones. La primera señala que en el caso de subasta de derechos de aprovechamiento pueden concurrir las personas que hubieran presentado la solicitud dentro del plazo de seis meses, en igualdad de condiciones con el Fisco y cualquiera de las instituciones del sector público. La segunda se refiere a que si el remate concierne a aguas superficiales podrá concurrir a él cualquier persona. Esta es una novedad sustantiva, pues anteriormente sólo podían presentarse al remate los solicitantes y, aunque se discutía, se estimó que también el Fisco y sus empresas (antiguo art. 148). Hoy en cambio, tratándose de aguas superficiales, puede concurrir cualquiera.

El art. 147 bis establece reglas que limitan el otorgamiento de derechos de aprovechamiento por razones de falta de fundamento de las cantidades solicitadas en exceso o para asegurar el abastecimiento de aguas para la población. Incluso permite directamente al Presidente de la República, en casos calificados y de interés nacional, denegar una solicitud.

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Por fin, se permite a la Dirección otorgar derechos en condiciones distintas a las solicitadas por razones de disponibilidad del recurso. Esta posibilidad era de ocurrencia en la práctica, pero carecía de sustrato normativo y fue objeto de discusiones doctrinarias.

El art. 147 ter establece la vía de reclamación para el afectado por un decreto del Presidente de la República que deniegue parcialmente una petición de derecho de aprovechamiento. En tal caso deberá recurrir a la Corte Apelaciones de Santiago, con un plazo de treinta días desde la fecha de su publicación. El procedimiento es el mismo que el art. 137. El presente artículo limita la reclamación al centralizarla en la Corte de Apelaciones de Santiago por el coste que implica para el afectado el traslado, considerando que la mayoría se encuentra en regiones.

Los arts. 148 y 149 si bien son alterados, sólo se trata de perfeccionar su terminología, sin que signifiquen reformas de fondo.

3.6.2. El procedimiento de cambio de fuente de abastecimiento

Es una cuestión de amplia importancia práctica. Cada vez es más frecuente que los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas pretendan cambiar el lugar de extracción de sus aguas, normalmente hacia sitios de mejor calidad, provocando evidentes trastornos en los usuarios ya establecidos en esos lugares y en el funcionamiento de las asociaciones de usuarios de cada lugar.

Se mejora entonces las reglas de los arts. 160 a 163, estableciendo expresamente la publicación de las peticiones, la posibilidad de denegación y señalando expresamente que no puede perjudicar derechos de terceros.

3.7. Cambios en los procedimientos judiciales

El único cambio fundamental es la incorporación del arbitraje. Se incorpora el art. 185 bis. Sin perjuicio de lo establecido en los arts. 177 y 244, los conflictos que se produzcan en el ejercicio de derechos de aprovechamiento podrán ser sometidos al arbitraje. El árbitro, que tendrá la calidad de amigable componedor, podrá ser nombrado de común acuerdo y en subsidio por el juez de Letras en lo Civil; el nombrado debe ser figurante de una nómina que formarán las Cortes de Apelaciones, siendo siempre incompatible el carácter de árbitro con el de funcionario público. No se aclara en el artículo si las Cortes de Apelaciones deberán ser las correspondientes a cada jurisdicción y tampoco se delimita el domicilio de los posibles árbitros, ni si éstos deberán ser letrados.

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Conviene advertir que no se elimina la calidad de árbitro de los directores de las asociaciones de usuarios, consagrada en el art. 244. Esta facultad continúa inalterada, pero obviamente es sólo aplicable entre miembros de la misma organización.

3.8. Las organizaciones de usuarios

No hay en verdad cambios sustanciales. Según refiriera la propia autoridad, no se intentó ninguna modificación de importancia aquí con el expreso propósito de no frustrar las demás reformas consideradas urgentes.

3.8.1. En el art. 186 se sustituye la frase "canal o embalse, o usan en común la misma obra de captación de aguas subterráneas" por "canal, embalse o aprovechan las aguas de un mismo acuífero", siendo el objetivo del cambio englobar en una misma expresión las dos clases de aguas, tanto las superficiales como las subterráneas.

Asimismo, se sustituye la expresión "canal matriz" por "caudal matriz". Ello debido a que el término "canal" significa "cauce artificial por donde se conduce el agua para darle salida o para diversos usos" y en cambio "caudal" significa "cantidad de agua que mana o corre". La segunda acepción se adecua más al sentido que la norma quiere dar en su reforma, tratándose no del cauce por el cual se conduce sino del agua que corre por el canal, es decir el caudal[6].

3.8.2. Se agrega en el art. 196 que a las comunidades de agua que gozan de personalidad jurídica les serán aplicables las disposiciones sobre las personas jurídicas del Código Civil vigente, con excepción de los arts. 560, 562, 563 y 564. La gran novedad es aquí que se le otorga personalidad jurídica a las comunidades de aguas.

3.8.3. Respecto a las juntas de vigilancia

El art. 263, siguiendo el mismo principio rector de la reforma, unifica su aplicación a las aguas superficiales y subterráneas.

Se agiliza el proceso de obtención de personalidad jurídica de estas juntas, eliminado la aprobación por el Presidente de la República. En el nuevo sistema basta presentar la escritura pública de constitución a la Dirección General de

[6] Diccionario de la Real Academia Española, págs. 381 y 442.

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Aguas, junto a una publicación en un diario de la región en el cual se notifique la constitución de la organización de usuarios, fecha y notaría en que se extendió la escritura. La Dirección tiene un plazo de sesenta días hábiles para efectuar las observaciones legales y técnicas, contando desde la fecha de ingreso de la escritura de constitución y estatutos de la Junta de Vigilancia. Las observaciones deberán ser resueltas por los interesados en el plazo no fatal de sesenta días. Transcurrido el plazo y una vez resuelto satisfactoriamente las observaciones si las hubo, se deberá publicar un extracto de la escritura de constitución, previamente ingresado a la Dirección, en el Diario Oficial y en forma destacada en un diario de la provincia respectiva o región si no hubiere en ella, dentro del plazo de treinta días siguientes a la fecha de ingreso de dicho extracto a la Dirección. Efectuada la publicación, la Junta de Vigilancia gozará de personalidad jurídica.

El extracto deberá contener, en resumen:

a) Nombre, domicilio y objeto de la junta de vigilancia.

b) Hoya hidrográfica a que pertenece.

c) Enumeración de canales sometidos a su jurisdicción, detallados los derechos de aprovechamiento.

d) Enumeración de usuarios individuales, detallados sus derechos de aprovechamiento.

e) Número de miembros que formarán el directorio o número de administradores.

f) Individualización de los miembros del primer directorio o de los administradores según sea el caso.

En caso de no haber acuerdo entre la DGA y los interesados sobre las observaciones efectuadas a la escritura, se remite al procedimiento establecido en el art. 269; es decir se remiten los antecedentes al juez para que proceda a la constitución judicial conforme a las disposiciones originales del texto de 1981.

En el art. 266 se reemplaza la expresión "los cauces" por "las fuentes", ya que el primero se refiere a "lecho de los ríos y arroyos", en cambio la segunda acepción se refiere a "manantial de agua que brota de la tierra". Se mejora entonces la calidad técnica al referirse a las aguas y no a los lechos por los que éstas corren o se depositan.

El art. 269 nos parece la novedad más interesante, en cuanto permite la constitución de la junta de vigilancia de forma voluntaria, por escritura pública aunque no concurran la totalidad de los interesados con derechos en la misma

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

cuenca. Se reemplaza, entonces, el inciso tercero, en que se exigía la concurrencia de la totalidad de las personas u organizaciones, y en el nuevo se exige la mayoría absoluta de las personas y organizaciones.

El art. 270 le exige al juez pedir informe a la Dirección General de Aguas, antes de resolver. Dicho informe se evacuará en el plazo de sesenta días hábiles, vencido el cual podrá resolver prescindiendo de él.

Por fin en el art. 274 hay una simple aclaración conceptual al sustituir la expresión "derechos de agua" por "derechos de aprovechamiento de aguas", que es técnicamente la correcta.

3.9. La Dirección General de Aguas

Se altera el texto del art. 299, se reemplaza las letras c y d por las c, d y e, quedando la letra c de la misma manera pero en su final se le agrega una "y" de manera de continuar con la letra d.

Se introduce a la norma la posibilidad de la Dirección de, en caso de que no existieren Juntas de Vigilancia legalmente constituidas, impedir que se extraigan aguas de los cauces sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda, pudiendo recurrir al auxilio de la fuerza pública en los términos establecidos en el 138.

La letra d) amplía la facultad de control de la Dirección antes limitada a la supervigilancia del funcionamiento de las juntas de vigilancia, ahora es el funcionamiento de las organizaciones de usuarios de conformidad al Código.

Se incorporan importantes facultades a la Dirección en caso de épocas de extraordinaria sequía. En tal caso, como ya disponía el texto original, se puede declarar una zona de escasez. Se modifica el art. 314, sustituyendo el inciso tercero, cambiando la expresión "cauces naturales de uso público" y quedando "fuentes naturales".

En general la regla se hace más flexible permitiendo que la Dirección de Aguas tome el control de las fuentes naturales en caso de sequía declarada extrema. Se permite que ésta suspenda las facultades de las juntas de vigilancia y el seccionamiento de los ríos. Declarada la zona de escasez por el período (no mayor de seis meses), la Dirección puede autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y sin limitación del caudal ecológico mínimo establecido en el art. 129 bis 1. También podrá otorgar cualquiera de la autorizaciones señaladas en los procedimientos administrativos del Código.

En el inciso quinto faculta a la misma Dirección, en caso de estar declarada

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

la zona de escasez, a adoptar todas las medidas restrictivas sin someterse a las formalidades prescritas en el Título I del Libro Segundo de este Código, es decir las referidas a áreas de restricción, prohibición, etc.

4. ALGUNAS NORMAS TRANSITORIAS DE INTERES

Cabe aclarar que no se elimina las reglas transitorias del texto original del Código. En verdad, como hemos explicado en otra oportunidad, estas normas, en especial los artículos 1º y 2º transitorios se han convertido en la práctica en reglas de aplicación permanentes. Tal es así que incluso la Ley 20.017 que comentamos modifica algunos aspectos menores de ellas. La verdad es que, como reclama gran parte de la doctrina autorizada, estas reglas debieron ser finalmente derogadas pues se prestan en la práctica para todo tipo de abusos, en especial la llamada "regularización del art. 2º transitorio", que en la realidad se ha convertido en una forma de adquirir derechos de aprovechamiento, sin cumplir las exigencias legales y aun en fuentes agotadas.

Ahora bien, la Ley 20.017 contiene su propias reglas de transición. Las que creemos fundamentales son:

El art. 1º transitorio. Que se refiere a las solicitudes de derecho de aprovechamiento que se encuentran pendientes, señalando que deberán adecuarse a las disposiciones de esta ley, requiriendo información y antecedentes necesarios por parte de la autoridad. La constitucionalidad de esta exigencia es al menos dudosa.

Con relación a las solicitudes de derecho de aprovechamiento pendientes de resolver y que sean incompatibles entre sí, según lo dispone el 142, serán objeto de remates que los realizará la Dirección.

Tratándose de los derechos de aprovechamiento de aguas solicitados que se encuentren pendientes de resolver a la fecha de publicación de la presente ley, los cuales puedan ser constituidos en carácter provisional y que sean incompatibles, también serán objeto de remates.

El art. 2° transitorio. Establece la manera de contar plazos de no utilización de las aguas señalados en el número 1 del artículo 129 bis 4, éstos comenzarán a regir a partir del 1 de enero del año siguiente al de la fecha de publicación de esta ley. Cuando se trate de derechos de aprovechamiento que se constituyan o reconozcan con posterioridad a tal fecha, los plazos se computarán desde la fecha de constitución o reconocimiento.

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Con relación a la patente, sólo entrará en vigencia a contar del día primero de enero del séptimo año siguiente al que se publique la ley. El plazo es evidentemente exagerado, pero representa la fórmula de transacción que permitió la aceptación de reforma por los sectores que se consideran perjudicados por ella.

El art. 3° transitorio. Dispone que la Dirección constituirá derechos de aprovechamiento, según corresponda con el carácter de consuntivos, definitivos, permanentes y de ejercicio continuo hasta por un caudal de dos litros por segundo, con relación a las solicitudes presentadas hasta el 1 de enero del año 2000.

Para constituir estos derechos de aprovechamiento se requerirá:

1. La solicitud deberá contener las menciones a que se refiere el artículo 140 del Código de Aguas.

2. Se deberá acreditar que se han realizado las publicaciones de conformidad con lo dispuesto en el art. 131 del Código de Aguas.

3. Cuando se trate de aguas subterráneas, se deberá acreditar el dominio del predio donde éstas se captan o la autorización del dueño del mismo. Si se encuentra en un bien nacional de uso público, se deberá presentar la autorización de la autoridad bajo cuya administración se encuentre; si es un bien fiscal, deberá acompañarse autorización del Ministerio de Bienes Nacionales.

4. Deberá demostrar el alumbramiento de las aguas en la obra de captación.

5. Deberá demostrar que las obras de captación no se encuentren ubicadas en las zonas señaladas en el inciso segundo del art. 63.

Art. 4° transitorio. Dispone que la Dirección constituirá derechos de aprovechamiento permanentes sobre aguas subterráneas por un caudal de hasta 2 litros por segundo para las regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive y hasta 4 litros por segundo en el resto de las regiones, sobre captaciones que hayan sido construidas antes del 30 de junio de 2004. Los interesados tienen un plazo de hasta seis meses después de la entrada en vigencia de la ley para acogerse a este beneficio.

Art. 5° transitorio. Para constituir el derecho de aprovechamiento, en virtud del artículo anterior, se requerirá cumplir sólo con los siguientes requisitos:

1. Solicitud deberá hacerse mediante formulario, ante la oficina del servicio del lugar o ante el gobernador respectivo.

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2. El peticionario deberá adjuntar a su solicitud el formulario que alude el número anterior, documento que acredite el dominio del inmueble en que se ubique la captación o la autorización de su dueño que conste en un documento firmado ante notario. Asimismo junto con su solicitud el peticionario deberá acompañar todos los documentos que acrediten la antigüedad de la obra y el caudal susceptible de ser constituido. En caso que no disponga de ellos, bastará con una declaración jurada.

3. Realizada la solicitud, la Dirección deberá hacer una visita a terreno con el fin de verificar la existencia de la obra de captación, el caudal posible de extraer y si ella cumple con la antigüedad requerida por el artículo anterior.

4. Las obras de captación deberán estar situadas fuera de las zonas señaladas en el inciso segundo del art. 63 (declaración de zona de prohibición).

5. Cumplidos los requisitos señalados en el presente artículo, la Dirección General de Aguas constituirá el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, para lo cual podrá dictar una o varias resoluciones que incluyan un conjunto de solicitudes involucradas.

6. La Dirección publicará en su oportunidad el hecho de haberse dictado la resolución que constituyó los derechos en conformidad con lo dispuesto por el presente artículo; dicha publicación se hará una sola vez en el Diario Oficial los días 1 ó 15 del mes que corresponda, en un plazo máximo de dos meses contados desde la fecha de toma de razón de la respectiva resolución. Son deducibles en contra de la resolución los recursos que se refieren en el art. 136 y 137 del Código de Aguas.

Art. 6° transitorio. Para otorgar el derecho de aprovechamiento de conformidad con lo dispuesto en el artículo anterior será necesario que previamente el comité de agua potable rural se constituya en una cooperativa o cualquier persona jurídica que represente dicho comité, respecto de pozos construidos hasta antes del 31 de diciembre de 2004, en cuyo favor se constituirá el respectivo derecho de aprovechamiento de conformidad a lo dispuesto en el artículo anterior y sin los límites de caudal establecidos en el inciso primero del art. 4° transitorio.

CONCLUSION

Tratándose de un texto nuevo, y que, como se indicó, depende en gran medida de la forma en que será aplicado, resulta por aventurado formular críticas a sus aparentes defectos o elogios a sus virtudes.

Artículo: La reforma del Código de Aguas
Revista: Nº215-216, año LXXII (En-Jun, 2004)
Autor: Francisco Segura Riveiro

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Como apreciación general y hecha la salvedad anterior, diremos que el texto logra algunas mejorías largamente necesitadas, en cuestiones muy puntuales (como la regla de competencia de las Cortes) y además cuenta con otras reglas sustantivas importantes (caudal ecológico mínimo, incorporación plena de las aguas subterráneas), pero no responde a las reales necesidades de los pequeños usuarios de las aguas, no avanza en el sentido de mejorar la distribución del recurso, ni parece que sea demasiado eficaz en evitar la especulación de los oportunistas.

En fin, el texto es un claro ejemplo de una ley negociada hasta la última de sus comas, pese a lo cual es un avance en el sentido que, modestamente, consideramos correcto.