

UNIDAD DE LA CORRIENTE, MERCADO DE AGUAS Y LIBRE TRASLADO DEL EJERCICIO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

MANUEL CORTÉS BARRIENTOS - CHRISTIAN ROJAS CALDERÓN
Abogado *Abogado*

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene por objeto abordar los temas que dan título a esta ponencia, a fin de dar pie a una discusión y análisis más profundo que ojalá se pueda producir en esta oportunidad.

Con la finalidad que persigue esta clase de encuentros, vale la pena detenerse a discutir sobre los temas que día a día se pueden presentar en el campo del Derecho de Aguas.

El título de esta ponencia habla de sus partes y de los temas que se expondrán, a saber: el principio de la unidad de la corriente, el mercado del agua y de los derechos de agua y el principio de la libre transferibilidad de derechos de agua y del agua misma.

El objeto de esta ponencia es poner de relevancia ciertos aspectos relacionados con dichos temas, en cuanto que cada uno de ellos se relaciona con la realidad, que es la que nutre permanentemente a nuestras instituciones jurídicas y particularmente con mayor intensidad en el campo del Derecho de Aguas.

I.- UNIDAD DE LA CORRIENTE

Este principio se encuentra consagrado en nuestra legislación en virtud de una elaboración jurisprudencial en este campo, que nace del reconocimiento de la unidad de la corriente como un hecho natural a partir del seccionamiento de los ríos.

Este principio fue introducido por primera vez en el Código de Aguas de 1951, no registrando alteraciones con la reforma de la Ley 16.640 de 1967 y consagrándose actualmente en el artículo 3° del Código de Aguas de 1981, conforme el siguiente tenor:

“Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente.

La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente”.

Este principio, tal cual señala Vergara, tiene numerosas implicancias en varios aspectos del Derecho de Aguas, tales como en el tema de la contaminación de las aguas, en la administración de la cuenca, en la distribución de las aguas y en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de los titulares de ellos¹.

A estos efectos, y atendido que el tema de fondo que se expondrá *infra* dice relación con ello, sólo abordaremos al seccionamiento de los ríos.

a) *Seccionamiento natural de los ríos*

El seccionamiento de los ríos en un hecho natural que se produce en algunos cauces, por sus características hidrológicas y geográficas.

¹ Cfr. VERGARA BLANCO, Alejandro, *Derecho de Aguas*, tomo I., Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 248.

Este seccionamiento se produce cuando a medida que las aguas de un río van siendo utilizadas, se agotan en ciertos tramos de su recorrido para luego, por medio de filtraciones o afluencias, reaparecer nuevamente.

Además, cabe señalar que este fenómeno se produce especialmente en épocas de extraordinaria sequía.

Este fenómeno natural, la sequía, es una situación de déficit de agua, suficiente para afectar adversamente a la vegetación, los animales o el hombre y su actividad en una región determinada, y que surge como resultado de un proceso complejo en el que intervienen tanto la oferta como la demanda².

El Código de Aguas se refiere al seccionamiento de los ríos por este fenómeno natural y lo regula en el artículo 314, cuando, luego de la efectuada la declaración de zona de escasez por sequía, se redistribuyen las aguas por la autoridad competente y se suspenden las atribuciones de las juntas de vigilancia, *como también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez*.

De este modo la redistribución de las mismas aguas –principal efecto de la Declaración de Zona de Escasez– vuelve a efectuarse como si fuera una sola la corriente del río no obstante el seccionamiento.

b) Seccionamiento jurídico de los ríos

Una segunda clase de seccionamiento de una corriente natural se produce en virtud ya no a partir de la realidad natural de un río, sino que nace impuesta por la realidad administrativa y por la forma en que tradicionalmente se han distribuido las aguas de una cuenca.

En este caso, se produce ya no un seccionamiento natural de la corriente, sino que se produce un seccionamiento jurídico, lo que ha derivado en que existan distintas organizaciones o distintas formas de distribución del recurso hídrico respecto de una misma cuenca, aun cuando se conserve su unidad hidrográfica.

Tal sería el caso, por ejemplo, de las distintas secciones en que se encuentra dividido el río Aconcagua, o el caso del río Cogotí que, con embalse de por medio –el Embalse Cogotí–, luego pasa a llamarse río Huatulame.

De ello dan cuenta los artículos 263 y siguientes del Código de Aguas, que reconocen que en cada sección de una corriente natural que se considere distinta para los efectos de su distribución podrá organizarse una junta de vigilancia.

Es decir, se trata de corrientes que *sólo para los efectos de su distribución se consideran distintas*, pero para nada más; de tal manera que debe entenderse que son igualmente aguas de una sola fuente común, y de equivalencia y calidad similares, por lo que las aguas de distintas secciones de un río naturalmente son iguales o equivalentes.

c) Conclusiones

En base a lo anteriormente expuesto, es claro y reconocible, a partir de realidad natural y jurídica expuesta, que el seccionamiento de los ríos es un hecho que en nada altera el concepto jurídico según el cual los cauces naturales son parte de una misma corriente, toda vez que la función de la sección no es otra que la de permitir una adecuada distribución de las mismas aguas, contenido en este principio de la unidad de la corriente.

² Cfr. FERNÁNDEZ L., Bonifacio, *La sequía desde el punto de vista hidrológico*, en “Las sequías en Chile: causas, consecuencias y mitigación”, editado por Aldo Norero Sch. y Carlos Bonilla M., publicación de la Facultad de Agronomía e Ingeniería Forestal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 1999, p. 35.

II.- MERCADO DE AGUAS

Mucho se ha debatido acerca del mercado de aguas o de derechos de aguas en nuestro país, acerca de su implementación, su real importancia y sus efectos.

Así pues, se ha señalado la importancia del establecimiento o impulso que la legislación de aguas a partir del D.L. 2.603 de 1979 primero y el Código de Aguas de 1981 después tuvo en la generación de lo que ha venido en denominar comúnmente como un mercado de derechos de agua, o lo que en conceptos más jurídicos podría denominarse un sistema de libre transferibilidad de derechos de aprovechamiento de aguas.

Tanto se ha debatido acerca de este mercado de aguas que se han enunciado las características principales de un sistema de creación y libre transferencia de derechos del recurso.

a) Características

Las características de un mercado de derechos de agua son las siguientes:

Un sistema de protección general de las titularidades privadas en el campo de los derechos y particularmente en el campo de los derechos de aprovechamiento de aguas;

Una total libertad para el uso del agua a que se tiene derecho;

La gratuidad con que se obtienen y se mantienen en la titularidad privada los derechos de agua;

Que el organismo público correspondiente está obligado a otorgar nuevos derechos en tanto se cumplan los requisitos legales; y

La limitación de las facultades del organismo público especializado.

b) Externalidades

Sin perjuicio del modelo anterior, se ha detectado en el caso chileno que el sistema construido adolece de ciertos defectos de técnica jurídica en el diseño de los instrumentos que lo conforman a fin de asegurar la eficiente asignación de los recursos en pos de la obtención de derechos de agua, que son defectos propios del sistema de libre asignación y transferencia de derechos de agua, denominados por los economistas como "externalidades".

Dichas externalidades se dan en distintos campos.

Los relacionados con una inadecuada definición de los derechos de aprovechamiento.

Como serían la disminución de los flujos de retorno, que no son más que los derrames de que tratan los artículos 43 y siguientes del Código de Aguas; la degradación de la calidad de las aguas –que es un problema de carácter ambiental–; y la merma de las aguas subterráneas.

Los problemas independientes del mercado de derechos de aprovechamiento de aguas.

Como son los costos asociados a la infraestructura necesaria para la transferibilidad física del agua.

c) Los problemas inherentes al mercado de aguas

Como son la falta de información adecuada; la falta de adecuación de los derechos nominales a los reales, lo que genera conflictos entre los usuarios al vender derechos de agua; los costos correspondientes a los trámites para realizar las transacciones; y la especulación y el acaparamiento de derechos no consuntivos³.

No obstante lo anteriormente expresado, que tiene pretensiones de una mínima evaluación del funcionamiento del mercado de aguas, respecto del cual debe efectivamente reconocerse que tiene problemas, existen zonas en las cuales el funcionamiento de dicho mercado se encuentra bastante más desarrollado que en otras.

³ A estos efectos y para una mayor profundidad, véase trabajo de Guillermo DONOSO HARRIS "Análisis del funcionamiento del mercado de los derechos de aprovechamiento de agua e identificación de sus problemas", en Revista de Derecho Administrativo Económico, de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen I, número 2, 1999, pp. 295 a 314.

Así pues, en la Provincia del Limarí, en donde existe un sistema interconectado de obras hidráulicas que opera por compensación en todas sus zonas de influencia y que se ha denominado "Sistema Paloma", este mercado de aguas tiene atisbos de mayor perfección.

Con la realidad que da el sistema de obras hidráulicas interconectadas que lo constituye, se ha producido una ampliación del mercado de aguas, comprendiendo dentro de él ya no sólo a los derechos de aprovechamiento mismos, sino que también a los volúmenes de aguas correspondientes a dotaciones anuales.

Dentro de este sistema simplemente se procede a registrar entre las organizaciones ubicadas dentro de la hoya hidrográfica de la Provincia del Limarí las mutaciones temporales, y a agregar o restar los volúmenes transferidos de las dotaciones totales, establecidas anualmente.

De esta forma el Sistema Paloma ha actuado como una cámara compensadora, posibilitando un rápido, fluido y expedito mercado de aguas⁴.

Conclusiones

De lo anteriormente expuesto es posible afirmar que en Chile existe un sistema de libre transferibilidad de derechos de agua, que fue establecido en base a ciertas características, y que adolece de ciertos defectos de construcción técnico-jurídica que impiden la aplicación efectiva y socialmente óptima de los recursos hídricos siempre escasos.

Sin perjuicio de ello, existen algunas zonas que por ciertas particularidades –un mayor desarrollo en infraestructura para posibilitar los traspasos– el mercado de aguas tiene un mayor desarrollo.

III.- LIBRE TRASLADO DE AGUAS

La libre transferibilidad o traslado de las aguas y de los derechos de aguas dentro de una misma corriente es un tema acerca del cual no existe mayor discusión, aun reconocido por los mayores detractores del sistema de libre transferibilidad de derechos de aprovechamiento de aguas, fundado en la estructura del sistema creado a partir de 1979 y reforzado en 1981⁵.

Sin embargo, dentro de este contexto general, se produce lo que viene en concreto a generar importantes fallas dentro del sistema de asignación eficiente del agua, para hacer una aplicación eficiente de este recurso, y a estos efectos se expondrá un cierto criterio de la Dirección General de Aguas que afecta a lo que se denomina sistema de libre transferibilidad de derechos de agua, en términos jurídicos, o mercado de aguas, en términos económicos.

Los costos asociados para efectuar las transacciones de aguas o de derechos de agua y la rigidez administrativa son reconocidos como externalidades o defectos en la construcción técnico-jurídica de nuestro sistema.

En dichos costos se comprenden aquellos costos de oportunidades que se pierden por los extensos períodos de autorizaciones para realizar traspasos de aguas o de derechos de aguas, que se requiere en algunas oportunidades, conforme los artículos 158 o 163 del Código de Aguas, y que corresponde otorgarlos a la Dirección General de Aguas.

⁴ Respecto de esta parte, véase trabajo del mismo autor de la ponencia denominada "*Algunos problemas jurídicos del Sistema Paloma*", en Revista de Derecho de Aguas del Instituto de Derecho de Minas y Aguas de la Universidad de Atacama, volumen 8, 1997, pp. 9 a 18.

⁵ A estos efectos, véase la interesantísima tesis para optar al grado de Licenciado en Derecho de don Rodrigo ROJAS OLIVARES denominada "*La libre transferencia de agua en el Sistema Paloma*", de la Pontificia Universidad Católica de Chile, aprobada en marzo de 2000, especialmente el capítulo referido a los derechos de aprovechamiento y el volumen o dotación de agua como objetos de libre transferencia, pp. 26 a 31.

Este organismo central, en vez de ayudar a salvar esta clase de defectos del mercado de aguas, muy por el contrario los agrava al aplicar criterios que nada dicen relación con la realidad de las cosas, tal cual se ha expuesto *supra*.

En varias oportunidades ha esgrimido un criterio que en materia de traslado de aguas crea numerosas dificultades, sosteniendo criterios dispares, creando una verdadera paradoja en esta materia.

Así pues en algunas oportunidades ha elevado a las alturas el principio de la unidad de la corriente en un caso para intervenir un caudal, y en otro caso ha negado la existencia de la unidad de la corriente para impedir un traslado de volúmenes o de derechos de aprovechamiento de agua.

En el primero de los casos, correspondiente a la “Junta de Vigilancia del Río Cogotí y otro con Dirección General de Aguas”, que permitió la intervención de los ríos Cogotí y Huatulame, sostuvo la tesis según la cual habiendo sido declarada zona de escasez para dichos ríos, las secciones de estos fueron suprimidas al constituir una sola corriente⁶.

La resolución que designa interventor de los ríos es clara al efecto, cuando en sus considerandos señala “*que los mencionados ríos constituyen secciones de una misma corriente natural*”.

En el segundo de los casos—y resulta claramente contradictor conforme lo señalado precedentemente—dicho organismo ha sido de la opinión en reiteradas oportunidades que *cuando hay seccionamiento en un río, aun cuando se trate del mismo río, se consideran las secciones de este mismo río como corrientes distintas*.

Ello ha ocurrido en los ejemplos citados por Vergara en su obra “*Derecho de Aguas*”, en Asociación de Canalistas del Canal Las Mercedes con Fundación Cultural y Agrícola La Dehesa y en Asociación del Canal de Arriba de Catemu con Fisco⁷, y también en jurisprudencia comentada en la *Revista Chilena de Derecho*, en el caso Asociación de Canales Calle Larga con Asociación Canal Mauco⁸.

Idéntica opinión ha sustentado en otro caso producido en la Provincia del Limarí, donde existe la infraestructura más desarrollada del país para permitir los traspasos, consistente en una solicitud de autorización de traslado de derecho de aprovechamiento de aguas superficiales del río Cogotí efectuado por Contador Frutos S.A., en que se pretendían trasladar derechos de aprovechamiento de aguas desde los canales La Crucita y Las Ramadas del río Cogotí hasta el río Huatulame, con el Embalse Cogotí de por medio.

La Dirección General de Aguas rechazó la petición por ser organizaciones de usuarios distintas, con regímenes hidrológicos distintos y con seguridades de aguas diferentes, no aceptándose por estas razones un intercambio de recursos entre ellos, por tanto, negando claramente el principio de la unidad de la corriente, que en el primero de los casos comentados le sirvió para intervenir los mismos ríos.

Incluso emitió un pronunciamiento aún más osado, señalando que de accederse a la petición tendría que variar la distribución de las aguas del Embalse Cogotí—por donde transitarían las aguas del río Cogotí hasta el río Huatulame—, puesto que en términos generales el traslado significaría la adición de un nuevo accionista a éste.

De esta forma se produce nuevamente una contradicción con las posiciones que ha sustentado la misma Dirección en otras oportunidades, constituyendo un mal precedente para el organismo rector en materia de aguas en nuestro país, del cual debe exigírsele a lo menos coherencia.

⁶ El fallo se encuentra publicado en la *Revista de Derecho de Minas y Aguas* del Instituto de Derecho de Minas y Aguas de la Universidad de Atacama, volumen II, 1991. pp. 355 a 362.

⁷ VERGARA BLANCO, Alejandro, op. cit., 251 y 252.

⁸ En *Revista Chilena de Derecho* de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, volumen 26, N° 3, julio-septiembre de 1999, pp. 745 a 751.

Con este criterio zigzagueante, además de lo señalado precedentemente, se desconoce por la Dirección General de Aguas la preeminencia del principio de libre transferibilidad de las aguas, se desconoce el principio de la unidad de la corriente y se limitan arbitrariamente las facultades de aprovechamiento y disposición de los derechos de aguas y de las aguas que comprenden éstos, afectando de esta forma no sólo el estatuto garantístico que otorga la legislación de aguas, sino que también el que otorga la Constitución Política.

IV.- CONCLUSIONES

Conforme lo expuesto *supra* es posible llegar a las siguientes conclusiones:

1) A partir de la realidad natural y jurídica expuesta, es posible afirmar que el seccionamiento de los ríos es un hecho que en nada altera el concepto jurídico según el cual los cauces naturales son parte de una misma corriente, toda vez que la función de la sección no es otra que la de permitir una adecuada distribución de las mismas aguas, contenida en el principio de la unidad de la corriente.

2) Es posible afirmar que en Chile existe un sistema de libre transferibilidad de derechos de agua, que fue establecido en base a ciertas características, y que adolece de ciertos defectos de construcción técnico-jurídica que impiden la aplicación efectiva y socialmente óptima de los recursos hídricos siempre escasos.

3) Sin perjuicio de ello, existen algunas zonas que por ciertas particularidades –un mayor desarrollo en infraestructura para posibilitar los traspasos– el mercado de aguas tiene una mayor desarrollo, como es el caso de la Provincia del Limarí.

4) Un importante defecto del sistema se encuentra constituido por los costos asociados para efectuar las transacciones de aguas o de derechos de agua y la rigidez administrativa, que son reconocidos por los economistas como externalidades negativas del sistema.

Sin embargo la Dirección General de Aguas, en vez de ayudar a salvar esta clase de defectos del mercado de aguas, muy por el contrario los agrava al aplicar criterios que nada dicen relación con la realidad de las cosas.

5) Esta Dirección ha esgrimido un criterio y luego otro, lo que en materia de traslado de aguas crea numerosas dificultades, creando incertidumbre para la inversión ante la contradicción.

Así pues, en algunas oportunidades ha elevado a las alturas la unidad de la corriente en un caso para intervenir un caudal, y en otro caso ha negado la existencia de la unidad de la corriente para impedir un traslado de volúmenes o de derechos de aprovechamiento de agua.

6) Esto constituye un mal precedente para el organismo rector en materia de aguas en nuestro país, del cual debe exigírsele a lo menos coherencia.

Con este criterio zigzagueante, se desconoce por la Dirección General de Aguas la preeminencia del principio de libre transferibilidad de las aguas, se desconoce el principio de la unidad de la corriente y se limitan arbitrariamente las facultades de aprovechamiento y disposición de los derechos de aguas y de las aguas que comprenden éstos.