

DETERMINACION DE AGUAS DISPONIBLES SUBTERRANEAS

LUIS SIMON FIGUEROA

Abogado

Profesor de Derecho de Aguas

I. QUÉ ES AGUAS DISPONIBLES

El término aguas disponibles es un requisito para constituir derechos de aprovechamiento originarios, no basta que las aguas existan, deben estar disponibles. En materia de aguas subterráneas han surgido opiniones diferentes sobre el análisis que debe hacerse para resolver si se pueden permitir nuevos pozos en un acuífero, que es lo mismo que decir si se pueden constituir nuevos derechos de aprovechamiento en él, o que las aguas estén disponibles.

Son tres los requisitos que la ley contempla: que exista el caudal que se pide, que se cumpla con el procedimiento legal y que haya aguas disponibles. Sobre los dos primeros no hay controversia. No se discute que con la prueba de bombeo se demuestra la existencia del caudal y tampoco, en líneas generales, hay pareceres diferentes sobre la aplicación del procedimiento. La controversia está en la determinación de si hay o no hay aguas disponibles. Unos creen que la Dirección General de Aguas tiene facultad para discernir sobre la base de estudios hidrogeológicos que a su autónomo parecer considere válidos. Otros pensamos que tiene que someterse a los rigores explícitos que en esta materia contiene la ley.

El asunto es trascendente porque si hay aguas disponibles el Director General de Aguas está obligado a constituir el derecho de aprovechamiento pedido, desde luego si se cumplen los otros dos requisitos anotados precedentemente.

La manera, pues, de analizar si hay o no hay disponibilidad es el tema de este trabajo.

Disponible es lo que no está ocupado o comprometido. O dicho en términos asertivos lo que está pronto para usarse o utilizarse, o bien aquello de que se puede disponer libremente. Algo o alguien está disponible mientras a su respecto no concurra un hecho que impida disponer de ello o de él. La ley establece que cuando ello ocurre respecto del agua el derecho de aprovechamiento se debe constituir necesariamente (artículo 141 inciso final C.A.); esto está así establecido en razón de la libertad de hacer y emprender, para darle al individuo la más amplia libertad ante la fuerza de la Administración del Estado, para hacer posible el funcionamiento del sistema económico que inspira esta ley y buena parte de nuestro ordenamiento, para estimular una tasa alta de crecimiento económico y para restarle poder al que gobierna, que es un componente básico de la democracia.

Se trata pues de precisar cuáles son los hechos que la ley establece para limitar la explotación de la fuente natural de agua.

La indisponibilidad es distinta respecto de las aguas superficiales que de las subterráneas.

Los hechos limitantes son diferentes respecto de aguas superficiales que de aguas subterráneas porque ellas tienen un distinto comportamiento. Las primeras están a la vista y las segundas escondidas; estas se almacenan de manera natural en el acuífero o embalse subterráneo y en parte quedarán guardadas si no se sacan, y en parte seguirán en lento curso hacia el mar o a alimentar un curso superficial. La especificidad de las aguas subterráneas ha

dado lugar a la ciencia especial que es la hidrogeología.

Los métodos de medición también son diferentes, y como consecuencia de todo ello las normas legales para su explotación son también distintas.

II. DISPONIBILIDAD DE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Hay consenso universal de que no es conveniente sacar todas las aguas de un embalse subterráneo, que es prudente limitar su explotación para evitar su extinción y que será preciso recargarlo artificialmente para suspender la limitación.

Es un problema definir las razones para limitar; también lo es precisar los hechos que dan lugar a esas razones. Otra dificultad es tener el conocimiento de cuánto está almacenado, qué está ocurriendo como consecuencia de las extracciones y otros asuntos. No es propósito de esta exposición hacer el listado de esas posibles razones ni analizarlas; nos circunscribiremos solo a los motivos que para limitar ha acogido nuestra legislación. Estos son la protección de los pozos existentes y la contaminación.

En cuanto al conocimiento del acuífero veremos que nuestra legislación optó por reconocer que no se puede saber qué ocurre en él, sino que a medida que se explota, sin perjuicio del deber de investigar y estudiar que el Código de Aguas entrega al Estado.

Establece nuestra ley una disponibilidad total y una disponibilidad condicionada. La primera ocurre cuando no se han prohibido nuevos pozos en el acuífero. La disponibilidad condicionada ocurre en dos casos: a) Cuando se resolvió que el embalse subterráneo sea zona de restricción y por ende los derechos a constituir serán provisionales; b) Cuando unos pozos afectan otros pozos y se ha resuelto la reducción temporal de las aguas a extraer.

En estos dos últimos casos la disponibilidad es condicionada porque se tiene el derecho de aprovechamiento, pero este será de carácter provisional o estará temporalmente limitado en su ejercicio.

El que solicita el derecho de aprovechamiento debe demostrar que su pozo es capaz de alumbrar el caudal que pide mediante la prueba de bombeo, y tiene derecho a considerar que las aguas están disponibles mientras no

se acredite la existencia de los hechos que dan lugar a las limitaciones.

El que aduce la limitación de la cual deriva la no disponibilidad, es el que debe probar la existencia del hecho pertinente. Si se trata de limitación total debe acreditarse la resolución que prohibió el acceso al acuífero y su correspondiente publicación en el Diario Oficial; si se trata de una limitación parcial deberá demostrarse la existencia de la resolución de restricción o de la reducción temporal. No es posible pedirle a quien solicite el derecho de aprovechamiento que él, a su vez, demuestre la existencia de lo que prohíbe, restringe, o reduce temporalmente; son precisamente las personas interesadas en la prohibición, la restricción, o la reducción temporal, las que deberán demostrarlo o bien la Dirección General de Aguas, que obviamente debe tener conocimiento de esas resoluciones. La prueba se rinde agregando en el expediente copia del instrumento jurídico que da cuenta de la prohibición, restricción o reducción temporal.

De acuerdo con lo anterior cobran la más alta importancia los requisitos que la ley establece para dictar las resoluciones de prohibición, reducción temporal y restricción.

Todo ello está dictado en el Título 6 del Libro Primero del Código de Aguas. Las aguas subterráneas tienen un tratamiento legal especial, separado, como consecuencia de lo que ya se dijo del diferente comportamiento respecto de las aguas superficiales; al rigor de esas normas se determina si las aguas están o no libres para su pronto uso. Son los artículos 56 al 68, de ese Código. Respecto de las normas específicas del problema que estamos tratando son los artículos 59, 60, 62, 63, 64, 65, 66 y 67, más la resolución 186 de 15 de mayo de 1996.

III. LA PROHIBICIÓN

El Director General de Aguas tiene la facultad de declarar un acuífero en zona de prohibición para nuevas explotaciones por razones fundadas en su protección. La resolución debe ser fundada y debe ser publicada en el Diario Oficial. Puede dictarla de oficio o a petición de parte.

El artículo 32 de la resolución 186 de 15 de mayo de 1996 establece las razones para poder decretar la prohibición; estas son dos: que a lo menos en cinco años o durante un período re-

presentativo de la situación hidrológica de largo plazo del acuífero se observe un descenso en el nivel estático y de rendimiento de las captaciones afectando a lo menos al 50% de las captaciones del área; y que se haya comprobado la contaminación del acuífero como consecuencia del nivel de explotación existente.

El Código de Aguas establece un concepto amplio para prohibir nuevas explotaciones. Dice que es para "*la protección del acuífero*" según el artículo 63, y el Director General de Aguas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 59 del mismo Código de Aguas, debe explicitar cuáles son los hechos que determinan esta protección. Esta ley es especialísima; faculta al director del servicio para que vaya dictando normas en la medida que se va teniendo un mayor conocimiento e ilustración sobre este tema tan difícil como importante. En virtud de esta facultad se han dictado dos resoluciones, la 207 de 1983, la 186 ya citada de 1996, que es la vigente y que derogó a la primera.

Esta última establece hechos objetivos, comprobables, nada queda entregado a la subjetividad, es necesario que se compruebe que más del 50% de los pozos hayan tenido los descensos ya referidos, o bien que se haya comprobado la contaminación del acuífero y que esta sea consecuencia del nivel de explotación existente.

Mientras no se den las situaciones descritas no puede el Director General de Aguas declarar la zona de prohibición, ni de oficio ni a petición de parte. Este es el procedimiento especial que la ley establece para limitar totalmente el acceso al acuífero, que es lo mismo que decir que sus aguas no están disponibles.

Si no se dan los hechos que permitan dictar la resolución que prohíbe nuevos pozos y por ende no se ha dictado esa resolución, no puede el Director General de Aguas *negar la constitución de un derecho de aprovechamiento*, siempre que, desde luego, el solicitante haya comprobado con la prueba de bombeo que las aguas materialmente existen en el caudal que ha pedido. Esto en virtud del inciso final del artículo 141 del Código de Aguas.

Podrá discutirse que este artículo 32 de la resolución 186 ha sido insuficiente; de que hay otras razones por las que se pudiera prohibir el acceso al acuífero, pero lo cierto es que así está legislado.

Para mejor entender los hechos a que se refiere el artículo 32 de esta resolución 186, debemos compararlo con el que existía antes. El que se refería a esta materia era el artículo 22 de la resolución 207 dictada en virtud de las mismas facultades que otorga el artículo 59 del Código de Aguas. Esta Resolución 207 fue publicada en el Diario Oficial del 5 de agosto de 1983 y decía que podía declararse la zona de prohibición para nuevas explotaciones cuando se estableciera cualquiera de los siguientes hechos:

1.- Peligro de contaminación del acuífero por intrusión de aguas que perjudiquen los aprovechamientos usuales.

2.- El agotamiento del acuífero por exceso de explotación y falta de recarga, siempre que la zona haya sido previamente declarada área de restricción y,

3.- La ocurrencia de perjuicios a derechos de aprovechamiento legalmente constituidos en zonas de recuperación de cauces naturales.

La norma actual establece disposiciones más claras, más objetivas, más fáciles de comprobar, y en alguna manera es menos amplia que la norma de la resolución 207 derogada. Por ejemplo, esta última permitía prohibir cuando se estaban ocasionando perjuicios a derechos de aprovechamiento en zonas de recuperación de cauces naturales o sea en zonas de recuperación de aguas superficiales, vinculando las aguas superficiales con las subterráneas. El artículo 32 de la 186 vigente no se refiere a ese punto. La actual necesita que se compruebe que más del 50% de los pozos haya disminuido en rendimiento, mientras que la norma anterior hablaba del agotamiento por exceso de explotación y falta de recarga, hacía una relación entre la explotación y la recarga; en la actual los hechos no se plantean así, se necesita una cantidad de pozos que esté siendo afectado en su rendimiento. En materia de contaminación, la norma anterior se refería a que hubiese un peligro de contaminación y según la actual se debe comprobar que se haya producido; vinculaba la contaminación con un perjuicio a los aprovechamientos, lo que no hace la actual.

IV. LA RESTRICCIÓN

El área de restricción puede decretarse solo a petición de parte. De acuerdo al artículo 27 de la resolución 186 vigente es necesario que se

demuestre que existe riesgo de un descenso generalizado de los niveles estáticos en el largo plazo que afecte la capacidad productiva de los acuíferos y ello debido a una insuficiente recarga en relación a la explotación existente. Y la otra razón es que exista peligro de contaminación del acuífero por intrusión de aguas que perjudiquen los aprovechamientos usuales. La norma pertinente de la resolución derogada requería comprobar que se hubiera producido el descenso del nivel estático y la disminución de rendimiento de los pozos del área y debían estar afectados a lo menos el 50% de ellos, y en el caso actual basta que exista un peligro de que ello se produzca.

Es de gran importancia resaltar que el área de restricción debe dictarse a petición de parte, porque está concebida como un instrumento para evitar el perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en el acuífero (artículo 65 del Código de Aguas); por consiguiente, si se dan los requisitos para pedir el área de restricción y los particulares no la piden, no ejercen su derecho, el acuífero está disponible para los que soliciten nuevos derechos de aprovechamiento. *No ejercer el derecho a la restricción significa aceptar que otros ingresen a la explotación del embalse subterráneo.* Recordemos que el efecto jurídico de la declaración del área de restricción es que los nuevos derechos que se constituyan quedan en carácter provisional, y si ocurren los hechos que se quiere evitar, los pozos con derechos provisionales pueden ser cerrados. Si los particulares en cuyo beneficio está la norma no piden el área de restricción de las aguas del acuífero, no se puede dictar la resolución y, por ende, no se ha producido el hecho que determina una disponibilidad condicionada.

Podrá discutirse que debieran agregarse otros requisitos para pedir el área de restricción, pero ese es otro asunto; dijimos que uno de los problemas difíciles es concebir las razones para establecer las limitaciones de acceso al acuífero y que podrán haber otras, pero me interesa dejar en claro que en la actualidad existen disposiciones legales expresas que tratan el asunto. Mientras estas normas estén vigentes tienen que aplicarse en plenitud. Otra cosa diferente es discutir y hacer academia si debieran haber otros motivos para establecer la restricción.

También podrá discutirse si el plazo del derecho provisional es insuficiente; efectivamente, dice la ley que si pasados cinco años no se

han producido los hechos negativos que se pretenden evitar, puede pedirse el cambio de este derecho a definitivo. Probablemente esos cinco años son insuficientes teniendo en cuenta el largo tiempo requerido para el estudio y análisis del comportamiento de los acuíferos, pero mientras esté establecido dicho período, así tendrá que aplicarse. Lo mismo vale sobre la necesidad de petición de parte interesada para que se pueda dictar la restricción.

En la práctica ocurre que muchos dueños de pozos no saben de esta norma legal. Creo que la Dirección General de Aguas podría hacer una campaña de difusión de la misma.

V. LA REDUCCIÓN TEMPORAL

En cuanto a la reducción temporal, el artículo 26 de la resolución 186 dice que da lugar a pedirla cuando se demuestre que la explotación de una captación subterránea afecta directamente el nivel estático o la captación del reclamante y genera con ello la disminución de su capacidad productiva original en una proporción igual o superior al 15%. Y, además, cuando se compruebe que la explotación está produciendo la contaminación de las aguas del sector.

Cuando se pide un derecho de aprovechamiento en una zona que está sometida a este régimen, una vez constituido no podrá ejercerse hasta que se deje sin efecto la resolución de reducción temporal, y puede dejarse constancia de ello en el acto constitutivo del derecho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149 N° 7 del Código de Aguas.

Si se establecen en forma expresa los hechos para limitar el acceso al acuífero no puede el servicio público a cargo del asunto impedir nuevos pozos por razones distintas. Su deber es circunscribirse al ámbito de las normas.

VI. QUIÉN DEBE PROBAR LA EXISTENCIA DE LAS LIMITACIONES

Ya hemos dicho que un punto importante en esta materia es lo que se debe acreditar y quién es el que debe probar y dijimos lo esencial sobre ello. El que alega esto o aquello es el que debe probar en nuestro ordenamiento jurídico. El que alega la limitación es el que debe acreditar el hecho pertinente.

El que pide que se dicte la reducción temporal, la restricción o la prohibición, deberá acreditar los hechos que dan lugar a ello, pudiéndose valer de los estudios e investigaciones de la Dirección General de Aguas u otro servicio público.

Mientras esas resoluciones no se dicten con los requisitos y formalidades legales, las aguas están disponibles.

La disponibilidad como tal es imposible de probar. Ella es el resultado de que haya algo que impida el libre uso de la cosa y ese algo está explicitado en la ley; mientras no se acrediten los hechos pertinentes las aguas están disponibles.

VII. BASES INTERPRETATIVAS DEL PROCEDIMIENTO PARA CONSTITUIR DERECHOS DE APROVECHAMIENTO

Es importantísimo recalcar que estas disposiciones legales referentes a las atribuciones que se le otorgan al Director General de Aguas para resolver las solicitudes de constitución originaria de derechos de aprovechamiento forman parte del derecho administrativo, y su interpretación debe estar necesariamente sometida al rigor de esta especialidad del derecho.

Nace la Dirección General de Aguas en la ley, ella establece sus funciones, su sentido y sus objetivos; es ella, la ley, la que determina el ámbito de sus atribuciones. No puede hacer sino aquello para lo cual está expresamente facultada. La ley en materia de aguas dispone que si estas existen y están disponibles en los

términos que ella misma regula, debe necesariamente constituirse el derecho de aprovechamiento. Esta es una materia especialmente regulada y el rigor de sus disposiciones no puede dejar de aplicarse. Al comienzo hicimos presente las razones de fondo de todo esto, relativo a la libertad de emprender, y otros asuntos de igual importancia. Es necesario agregar que mientras se exija al que pide el derecho a explotar un nuevo pozo solamente la inversión del pozo y la prueba de bombeo, se igualan las oportunidades para las empresas medianas y pequeñas respecto de grandes consorcios. Si se pide al solicitante costosos estudios hidrogeológicos, solo estos últimos podrán acceder a las aguas subterráneas.

Es por eso que la ley recogió la realidad, esto es, que los acuíferos se conocen a medida que se explotan, más las investigaciones que el Estado debe hacer. La protección a los pozos existentes tiene etapas definitivas que van desde reducciones temporales de captación, derechos provisionales y prohibiciones absolutas. A medida que la explotación del embalse subterráneo arroje datos que se refieran a los hechos que la ley establece, la disponibilidad se condiciona o pasa a indisponibilidad total.

Cuando ocurre lo anterior la hidrogeología ilumina y permite revertir la situación mediante las recargas artificiales. Para llegar al estado de utilizar esta solución deben haberse producido los hechos que la recomiendan. Estos no pueden darse si no se explota el acuífero.

El espíritu de la ley es claro, se trata de usar este bien que Dios guardó en el subsuelo.