

NEWSLETTER ARAYA & CÍA. ABOGADOS

Reforma al Código de Aguas

EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS: ¿QUIÉN DIJO QUE LA DISCUSIÓN TERMINÓ?

El pasado 12 de enero de 2022, después de más de una década de discusión parlamentaria, el Congreso Nacional aprobó la **Reforma al Código de Aguas**. El proyecto original es de 2011, al cual se suman las indicaciones sustitutivas, tanto de la expresidenta Michell Bachelet como del Presidente Sebastián Piñera.

Quienes hemos dedicado parte de nuestra vida profesional al Derecho de Aguas vemos con tristeza el triunfo de la discusión ideológica por sobre el debate técnico. En efecto, muchas personas creen que esta reforma viene a poner fin a la grave sequía que azota a nuestro país desde hace más de 10 años, o que ya no habría la necesidad de usar camiones aljibe para el abastecimiento de zonas con escasez hídrica. Todo sería un recuerdo del pasado. Tremendo error, porque nada de ello va a suceder. Constatamos, nuevamente, otro ejemplo de sobrestimación de la ley para resolver problemas de fondo. Las leyes no van hacer que caiga más nieve en nuestra cordillera ni que llueva más sobre nuestros campos y ciudades. Esta falsa expectativa de un nuevo Código va generar mucha frustración; sin embargo, y para ser justos, si nada cambia será porque nuestro nuevo Código no contiene ni una palabra sobre exigencias para lograr mayor eficiencia hídrica, tales como el fomento de embalses públicos y privados o proyectos de carreteras hídricas que permitan el trasvase de agua desde zonas con superávit a zonas de escasez. Tampoco hallamos alguna referencia a desalación, apoyo y fortalecimiento de Organizaciones de Usuarios de Aguas o mejoramiento a sus obras de canalización, uso de aguas grises en zonas urbanas, etc. Nada que promueva la optimización del recurso hídrico -que siempre ha sido escaso-, y así cubrir todas las necesidades del país, partiendo por las más importantes: el consumo humano y, luego, las actividades productivas.

Mención aparte merece la discusión de nuestra nueva Constitución, ya que, como dijimos, no solo en los hechos continuará la controversia sobre las aguas, sino que también lo hará en lo legal. Sin lugar a dudas, **la discusión jurídica no estará zanjada mientras la Convención Constitucional no se pronuncie con respecto al Derecho de Propiedad y, en específico, sobre el Régimen Constitucional de las Aguas**. Hasta que eso ocurra, todo estará en ciernes y continuará la falta de certeza jurídica. Nuestro nuevo y flamante Código de Aguas podrá ser “letra muerta”, si los Constituyentes y la aprobación del plebiscito de salida así lo determinan.

¿Qué pasa con los derechos de aprovechamiento de aguas con la entrada en vigencia del nuevo código?

Sobre los derechos constituidos y reconocidos con anterioridad a la entrada en vigencia del nuevo Código de Aguas, el legislador es claro en expresar que estos no quedarán sujetos a plazos de vigencia ni a

renovación. En concreto, **estos se mantendrán vigentes de manera indefinida**. Sin embargo, **podrán extinguirse por aplicación de lo dispuesto en el artículo 129 bis 4 y 129 bis 5**, y, asimismo, **caducar por su no inscripción** en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Para el caso de los derechos de aprovechamiento de Aguas (DAA) no consuntivos y consuntivos, los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5, respectivamente, establecen que estos podrán ser **extinguidos por su no uso** (en la parte que no está siendo utilizada). Esta extinción será sin pago al titular, mediante un procedimiento administrativo en el cual la Dirección General de Aguas (DGA) será juez y parte.

El plazo por no uso es de cinco años para los de DAA consuntivos y de 10 años para los DAA no consuntivos. El punto es que este plazo no será contabilizado desde la publicación del nuevo Código, sino que desde la publicación de la Resolución que los incluya por primera vez en el listado de DAA, afectos al pago de patente por no uso; es decir, la extinción operará con efecto retroactivo. Sin lugar a dudas, ya hay DAA que están en situación de ser extinguidos por este motivo. Igual sanción dispuso el Legislador para los DAA que, ya siendo constituidos por la autoridad o reconocidos por los Tribunales de Justicia, no están inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del CBR. Así, se dio un plazo de 18 meses, contados desde la publicación de esta Ley, para hacerlo. De lo contrario, se extinguirán sin tramitación de procedimiento alguno.

¿CUÁL ES LA SITUACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS CONSUECUDINARIOS?

Una de las principales inquietudes que se presentan con la reforma al Código de Aguas es la situación de los derechos consuetudinarios, que son aquellos que se usan, pero que no se encuentran constituidos por la autoridad o reconocidos por un Juez. Al respecto, **ciertamente el nuevo Código procura incentivar la regularización de estos usos**, estableciendo para aquello un determinado plazo para su iniciación, so pena de extinción.

Este estímulo por parte del legislador no es anodino, considerando que parte significativa de estos DAA no se encuentran inscritos en el correspondiente Conservador de Bienes Raíces ni en el Catastro Público de la Dirección General de Aguas.

De este modo, los procedimientos de regularización de derechos consuetudinarios, descritos en los artículos 2° y 5° transitorios del Código de Aguas, solo podrán iniciarse dentro de los 5 años posteriores a la publicación de esta ley. Vencido dicho plazo, no será admisible solicitud de regularización alguna, a excepción de aquellas formuladas por indígenas y comunidades indígenas.

A su vez, aquellos titulares de solicitudes de regularización que hayan iniciado su requerimiento conforme a la normativa actualmente vigente, podrán voluntariamente someterse a este nuevo procedimiento, debiendo desistir a la solicitud anterior.

Ahora bien, las modificaciones realizadas a la regularización de los derechos consuetudinarios no se limitan solamente a establecer un plazo fatal para la iniciación de este trámite, sino que además

introducen diversas innovaciones de fondo y de forma a los procedimientos de regularización de los artículos 2° y 5° transitorio del Código de Aguas.

Previo a examinar estas innovaciones, es preciso recordar en qué consisten -bajo la actual normativa- cada uno de estos dos procedimientos:

Por una parte, la solicitud de conformidad al artículo 2° transitorio, consiste en regularizar aquellos DAA que i) Se encuentran inscritos en Conservador de Bienes Raíces correspondientes, pero que actualmente están siendo utilizadas por personas distintas de sus titulares; ii) O que no se encuentran inscritos a nombre de terceros en el correspondiente Conservador de Bienes Raíces; iii) O que se extraen de una fuente natural en forma individual, estén o no inscritos en el competente Conservador de Bienes Raíces. En cualquiera de las tres hipótesis anteriores, se debe acreditar, al menos, cinco años de uso ininterrumpido, contados hacia atrás desde la fecha en vigencia del Código de Aguas de 1981, es decir, antes del 29 de octubre de 1976, libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer el dominio ajeno.

Por otra parte, el artículo 5° transitorio regula el procedimiento ante el Servicio Agrícola y Ganadero (SAG) para la determinación e inscripción de los derechos de aprovechamiento provenientes de predios expropiados total o parcialmente, o adquiridos a cualquier título, durante el proceso de la reforma agraria.

Dicho lo anterior, revisemos las modificaciones dispuestas para cada uno de estos procedimientos:

- **Principales modificaciones a las solicitudes de regularización por el artículo 2° transitorio del Código de Aguas:**

i. Se establece una hipótesis general para recurrir a este procedimiento, consistente en que se podrán regularizar los usos actuales de las aguas. De este modo, ya no distingue entre derechos inscritos, no inscritos o que se extraen de una fuente natural en forma individual.

Con respecto a los requisitos que se deben dar cumplimiento, no se efectúa modificación alguna.

ii. Se elimina la etapa judicial, siendo la DGA la entidad que cumpla el rol de dictar una resolución fundada, reconociendo la existencia de los DAA y precisando cada una de las características esenciales que estos tengan.

iii. Se reconoce la posesión de las aguas por los anteriores poseedores, situación que ha sido ampliamente discutida, en cuanto a su procedencia, por la doctrina y jurisprudencia.

iv. Asimismo, en este nuevo procedimiento se incluye una obligación para la DGA, consistente en que, previo a resolver la solicitud, deberá consultar a la Organización de Usuarios de Aguas respectiva (en caso de existir) su opinión fundada sobre las características del uso y antigüedad del derecho a regularizar, contando con un plazo de 30 días hábiles desde su notificación para responder. No obstante, cabe hacer presente que la respuesta que realice la mencionada Organización de Usuarios de Aguas sobre lo solicitado no será vinculante para la DGA.

v. Finalmente, se introduce la novedad sobre que las Organizaciones de Usuarios de Aguas legalmente constituidas tendrán la facultad de presentar solicitudes de regularización en

representación de los usuarios que cumplan individualmente los requisitos para aquello, siempre y cuando cuenten con la autorización expresa por parte de los usuarios interesados en comenzar este procedimiento.

- **Principales modificaciones a las solicitudes de regularización por el artículo 5° transitorio del Código de Aguas:**

i. Se dispone un completo nuevo procedimiento en el cual la DGA cumplirá un rol predominante, mientras que el SAG solo asumirá un papel secundario, consistente en informar a la DGA sobre la solicitud presentada.

ii. De esta manera, la solicitud deberá presentarse ante la DGA, la cual hará un examen de admisibilidad de la solicitud y, luego, derivará los antecedentes al SAG para su informe. Posteriormente, será la DGA la que resuelva dicha solicitud de regularización mediante su resolución fundada.

iii. Finalmente, y para el caso que el SAG ya hubiese determinado por Resolución Exenta los derechos que correspondieren proporcionalmente a los predios, existe un plazo de dos años desde la publicación de esta ley para solicitar la inscripción de los derechos de aprovechamiento de aguas en el correspondiente Conservador de Bienes Raíces; vencido dicho plazo, deberá realizarse el trámite previamente indicado ante la DGA.

En conclusión, se han introducido cambios significativos a nuestro sistema de regularización de usos consuetudinarios. El principal de ellos es el establecimiento de un “plazo fatal” de cinco años para dar comienzo a las gestiones, por lo que será fundamental dar inicio a este trámite cuanto antes, pues es posible prever que las solicitudes de regularización se multipliquen en los próximos años, conllevando que los plazos de tramitación se vayan prolongando en el tiempo.

PERFECCIONAMIENTO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS COMO SOLUCIÓN A LA OBLIGATORIEDAD DE REGISTRO

Con el fin de otorgar mejores herramientas a la DGA, a través de esta reforma, el Legislador vino en consagrar la obligatoriedad de registrar los derechos de aprovechamiento de aguas en el Registro Público de la DGA.

Anteriormente, el artículo 122 del Código de Aguas establecía que, de no encontrarse inscritos los DAA en el Catastro Público de Aguas, no se podían realizar respecto de ellos acto alguno ante la DGA, lo que, como incentivo al registro, resultó insuficiente.

Es por ello que la Reforma sumó nuevos mecanismos:

- El artículo 122 del Código de Aguas decreta que el incumplimiento de realizar el registro de DAA en el Registro Público de la DGA será sancionado con multas que van entre las 10 y las 500 UTM;

- El artículo 2 transitorio del nuevo Código de Aguas decreta que los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas –constituidos por acto de la autoridad competente con anterioridad a la publicación de la Reforma y que se encuentren inscritos en el respectivo Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces– deberán realizar su inscripción en el Registro Público de la DGA en un plazo de 18 meses, bajo apercibimiento de aplicar multas que van entre las 51 y las 100 UTM, y
- El artículo 15 transitorio del Código de Aguas decreta que, en un plazo de cinco años desde la publicación de la Reforma, todo titular de DAA tendrá la obligación de anotar al margen de su inscripción de dominio el Certificado de Registro (CPA), sin el cual el Conservador de Bienes Raíces no podrá practicar la transferencia de propiedad del derecho en cuestión.

De lo anteriormente expuesto, se puede observar que las medidas instauradas por el legislador van más allá del incentivo, transformándose en un imperativo para que los titulares de DAA realicen su inscripción en el Registro Público de la DGA, con lo cual resulta pertinente recordar que, para poder practicar dicha inscripción, el título de dominio del DAA debe contener todas las características y menciones consideradas como esenciales de acuerdo a la ley, los cuales, conforme al artículo 45 del Reglamento del Catastro Público de Aguas, son:

- a) Nombre del titular;
- b) El álveo o ubicación del acuífero de que se trata;
- c) Provincia en que se sitúe la captación y la restitución, en su caso;
- d) Caudal, y;
- e) Si se trata de un derecho consuntivo o no consuntivo; de ejercicio permanente o eventual; o de ejercicio continuo, discontinuo o alternado entre varias personas.

De este modo, si un título no cuenta con todas sus características esenciales, no podrá ser registrado en el Catastro Público de Aguas, ante lo cual será necesario iniciar una acción judicial sumaria, en Sede Civil, ante los Tribunales Ordinarios de Justicia.

Esta acción se denomina “Perfeccionamiento de Títulos de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, que demora, normalmente, entre 7 y 12 meses, plazo que se ha visto extendido producto de la crisis sanitaria actual.

El tiempo que demora la acción judicial señalada resulta contraproducente dado los plazos acotados que establece la Reforma del Código de Aguas, ya que esta no considera la iniciación del proceso de perfeccionamiento, ni ninguna otra, como causal para evitar las consecuencias señaladas.

Teniendo en cuenta lo anterior, nuestra recomendación a los titulares de derechos de aprovechamientos de aguas es que **revisen sus respectivas inscripciones de dominio**, con el fin de chequear que estas cuenten con

todas las características necesarias para realizar su pronta inscripción en el Registro Público de la DGA, y, en caso de ser necesario, iniciar cuanto antes los procedimientos judiciales para el perfeccionamiento de los títulos de dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas que se encuentren incompletos.



SEBASTIÁN LEIVA A.
sleiva@araya.cl



JOSÉ OJEDA A.
jojeda@araya.cl



BASTIÁN MARTÍN F.
bmartin@araya.cl



DANIEL APABLAZA A.
dapablaza@araya.cl