

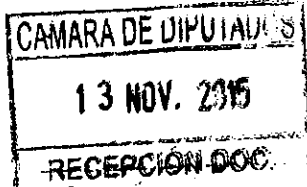


PODER JUDICIAL
REPÚBLICA DE CHILE
CORTE SUPLENTE
TRIBUNAL PLENO

Oficio N° 120 -2015

INFORME PROYECTO DE LEY 36-2015

Antecedente: Boletín N° 7543-12.



Santiago, 13 de noviembre de 2015.

Mediante oficio N° 233-2015, de fecha 9 de octubre de 2015, la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación de la Cámara de Diputados, al tenor de lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley - iniciado por moción- que modifica el Código de Aguas, para recabar su opinión sobre las indicaciones presentadas por el Vicepresidente de la República mediante oficio N° 926-363, de fecha 8 de septiembre de 2015 (boletín 7543-12).

Impuesto el Tribunal Pleno del proyecto en sesión del día 11 de noviembre en curso, presidida por el suscrito y con la asistencia de los ministros señores Milton Juica Arancibia, Hugo Dolmestch Urra, Héctor Carreño Seaman, Pedro Pierry Arrau, Haroldo Brito Cruz y señor Guillermo Silva Gundelach, señoras Rosa María Maggi Ducommun, Rosa Egnem Saldías y María Eugenia Sandoval Gouët, señor Juan Eduardo Fuentes Belmar, señora Gloria Ana Chevesich Ruiz, señores Carlos Aránguiz Zúñiga, Carlos Cerda Fernández, Manuel Valderrama Rebolledo y Jorge Dahm Oyarzún, acordó informarlo al tenor de la resolución que se transcribe a continuación:

**A LA SEÑOR PRESIDENTA
YASNA PROVOSTE CAMPILLAY
COMISIÓN DE RECURSOS HÍDRICOS Y DESERTIFICACIÓN
H. CÁMARA DE DIPUTADOS
VALPARAÍSO**



“Santiago, once noviembre de dos mil quince.

Visto y teniendo presente:

Primero: Que mediante Oficio N° 233-2015, de fecha 9 de octubre de 2015, la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación de la Cámara de Diputados, al tenor de lo dispuesto en el artículo 77 de la Constitución Política de la República y 16 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, remitió a esta Corte el proyecto de ley -iniciado por moción- que modifica el Código de Aguas, para recabar su opinión sobre las indicaciones presentadas por el Vicepresidente de la República mediante oficio N° 926-363, de fecha 8 de septiembre de 2015.

La iniciativa legal, correspondiente al boletín N° 7.543-12, ingresó a tramitación legislativa el 17 de marzo de 2011, pasando a la Comisión de Recursos Naturales, Bienes Nacionales y Medio Ambiente el mismo día, siendo remitido el 20 de diciembre de 2012 a la Comisión de Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía. Con fecha 8 de octubre de 2014, se da cuenta del Oficio N° 459-362, por el cual su S. E. la señora Presidenta de la República formuló indicaciones sustitutivas al proyecto; el 9 de julio de 2015, se da cuenta del Oficio por el cual se retiran y formulan nuevas indicaciones al mismo y, finalmente, con fecha 8 de octubre del año en curso se da cuenta del Oficio de S. E. el Vicepresidente de la República por el cual formuló nuevas indicaciones al texto del proyecto en discusión;

Segundo: Que la iniciativa de ley ya fue previamente informada por la esta Corte Suprema mediante oficio N° 97-2015, de fecha 7 de septiembre de 2015. La opinión referida se pronunció sobre la indicación presentada por la diputada señora Karol Cariola y el diputado señor Daniel Núñez al artículo 129 bis 2 del texto actualmente vigente del Código de Aguas;

Tercero: Que en el marco de la discusión en particular del proyecto de ley que reforma el Código de Aguas, y en uso de sus facultades constitucionales, el Vicepresidente de la República, Sr. Jorge Burgos, junto con los Ministros de Hacienda, Secretario General de la Presidencia, de Obras Públicas y de Agricultura, formuló indicaciones que modifican los artículos Segundo y Quinto transitorios del Código de Aguas y los artículos Primero y Segundo Transitorios, eliminando el artículo Cuarto, también transitorio del texto del proyecto actualmente en discusión.



Las modificaciones en consulta se refieren a las alteraciones al artículo Segundo y Quinto transitorios del Código de Aguas;

Cuarto: Que la indicación incide en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, especialmente en su parte final, referente a la obligación de la Dirección General de Aguas de remitir la solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas junto con la oposición a dicha solicitud –si la hubiere– al Juez de Letras en lo Civil competente, aduciendo para su conocimiento al artículo 177 del Código del ramo, que, a su vez, hace referencia como norma general al procedimiento sumario regulado en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, mismo procedimiento que se aplica conforme consta en el actual inciso segundo del artículo en análisis, que se elimina.

A su turno la modificación al artículo 5° transitorio del Código de Aguas, establece una suerte de excepción a lo dispuesto en el artículo 2° transitorio para el caso de derechos de aprovechamiento provenientes de predios expropiados total o parcialmente o adquiridos a cualquier título de conformidad a las Leyes N° 15.020 y 16.640 de Reforma Agraria, para luego eliminar los cuatro numerales actuales, reemplazándolos por tres numerales nuevos y, finalmente, reemplazando el texto del inciso 2° del artículo;

Cuarto: Que examinados los antecedentes a la luz de lo preceptuado en el artículo 77 de la Constitución Política de la República, se advierte que la única disposición referida a la organización y atribuciones de los tribunales sobre la cual debe pronunciarse la Corte Suprema reside en el numeral 2° del artículo 5° transitorio del Código de Aguas, en cuanto concierne al procedimiento de regularización de los derechos provenientes de predios expropiados total o parcialmente o adquiridos con arreglo a las Leyes N° 15.020 y 16.640, con arreglo a las reglas que se proponen en la indicación a la moción que se analiza;

Quinto: Que con la indicación se establece expresamente que la regularización se hará mediante resolución de la Dirección General de Aguas, la que deberá cumplir con los requisitos del artículo 149.¹ La resolución deberá publicarse en extracto en el Diario Oficial para efectos de su notificación y en su contra procederán los recursos establecidos en los artículos 136 y 137. Finalmente, hace aplicable a esta resolución lo dispuesto en el artículo 150 del Código y excluye de este mecanismo de regularización a los predios

¹ Que regula el acto administrativo en cuya virtud se constituyen derechos de aprovechamiento de aguas.



expropiados por la legislación de Reforma Agraria que a la fecha de su expropiación no contaban con derechos de aprovechamiento;

Sexto: Que no pareciera ser fuente de reparos que el organismo técnico estatal competente para conocer y resolver esta materia sea la Dirección General de Aguas y no el Servicio Agrícola y Ganadero, el que podrá actuar como auxiliar técnico proporcionando información necesaria para la adecuada resolución de la solicitud. De la misma forma, esta regulación establece el procedimiento posterior a la resolución para su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas y la forma de oponerse a dicha resolución por la vía administrativa o judicial.

En concordancia con lo expresado, contra la resolución de la autoridad administrativa procederán los recursos establecidos en los artículos 136 y 137 del Código de Aguas.

Que la modificación propuesta no merece objeciones de parte de este Tribunal Pleno en el ámbito en que se encuentra llamado a informar por el Constituyente.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 77 de la Constitución Política de la República y 18 de la Ley N° 18.918, Orgánica Constitucional del Congreso Nacional, se acuerda informar en los términos precedentemente expuestos las indicaciones de S.E. la Presidenta de la República al proyecto de ley que modifica el Código de Aguas. Oficiese.

Se previene que el Presidente señor Muñoz y los ministros señores Juica, Dolmestch, Aránguiz, Valderrama y Dahm, además, fueron de opinión de incluir en el informe requerido a esta Corte las siguientes consideraciones en torno a las indicaciones formuladas por el Vicepresidente de la República respecto a artículos transitorios del texto vigente del Código de Aguas, específicamente a sus artículos segundo y quinto transitorios:

1ª) Que previo a pronunciarse sobre las modificaciones propuestas, resulta necesario señalar que el actual proyecto de ley que modifica el Código de Aguas implica una reforma sustancial a la normativa actual vigente, contemplando aspectos relevantes en lo relativo a las indicaciones que en esta oportunidad se analizan y que es necesario considerar, por cuanto servirán de principios interpretativos para el análisis que se efectúa en este informe.



En este sentido, es necesario destacar dos normas del proyecto de ley en discusión inciden significativamente en el uso racional del recurso hídrico: (1) en primer lugar, el inciso tercero nuevo del artículo 5°, que establece *el acceso al agua potable y el saneamiento como un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado*, y (2) en segundo lugar, el artículo 5° bis nuevo, que establece diversas funciones del agua, declarando que *“siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, el uso doméstico de subsistencia y el saneamiento, tanto en el otorgamiento, como en la limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento”*;

2ª) Que la indicación propone el reemplazo del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, especialmente en su parte final, que estatuye la obligación de la Dirección General de Aguas –en adelante DGA- de remitir la solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas junto con la oposición respectiva –si la hubiere- al Juez de Letras en lo Civil competente, acorde al artículo 177 del Código del ramo. Este, a su turno, refiere como norma general al procedimiento sumario regulado en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, mismo procedimiento que se aplica conforme consta en el actual inciso segundo del artículo en estudio, que se suprime;

3ª) Que la regulación propuesta por la indicación establece en la letra d) del inciso primero la facultad de la DGA para consultar a la Organización de Usuarios respectiva su opinión fundada, la que no será vinculante para el servicio; y en el literal e), nuevo, señala que la DGA emitirá un informe técnico y dictará una resolución fundada en la que reconocerá o denegará la solicitud, debiendo, en caso de acogerla, dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 150, esto es, reducir a escritura pública la resolución e inscribirla en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente.

El inciso 2° nuevo, por su parte, otorga legitimidad activa a las Organizaciones de Usuarios legalmente constituidas para presentar solicitudes de regularización en representación de sus usuarios que cumplan con los requisitos para ello;

4ª) Que actualmente el procedimiento de regularización en el caso de derechos de aprovechamiento de aguas inscritos pero utilizados por personas distintas a sus titulares; derechos no inscritos; y los que se extraen en forma individual de una fuente natural, contempla una etapa administrativa y una



judicial, tramitada de conformidad a las normas del procedimiento sumario por el juez de letras con competencia civil que corresponda,² quien dicta una resolución sobre dicha solicitud, contra la que se pueden deducir los recursos procesales establecidos en las normas comunes contempladas en el Código de Procedimiento Civil. El texto que se propone deja tanto la tramitación como la resolución de la solicitud en manos exclusivas de la DGA, sin pronunciarse expresamente sobre la procedencia de recursos administrativos o judiciales en contra de la resolución de la Dirección, a diferencia del texto que se propone en el artículo 5° transitorio.

La DGA adquiere competencia para conocer y resolver las solicitudes de regularización en una primera etapa, debiendo darse cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 150 del Código. Sin embargo, sería recomendable que contra la resolución que acoge o rechaza la solicitud, se establezca expresamente que procederán los recursos de reconsideración ante la DGA y reclamación ante la Corte de Apelaciones respectiva, mediante el procedimiento contemplado en los artículos 136 y 137 del Código de Aguas.³

5ª) Que la regularización es el mecanismo o herramienta de ajuste contemplado por el legislador de aguas de 1981, con el propósito de constatar y declarar expresamente la existencia de derechos de aprovechamiento de aguas, basados en usos consuetudinarios preexistentes y/o de incorporar los derechos antiguos que así lo requiriesen a los registros y catastros implementados por el régimen jurídico que se creó.⁴

² Artículo 178 del Código de Aguas.

³ "Artículo 137. Las resoluciones de la Dirección General de Aguas podrán reclamarse ante la Corte de Apelaciones del lugar en que se dictó la resolución que se impugna, dentro del plazo de 30 días contados desde su notificación o desde la notificación de la resolución que recaiga en el recurso de reconsideración, según corresponda.

Serán aplicables a la tramitación del recurso de reclamación, en lo pertinente, las normas contenidas en el Título XVIII del Libro I del Código de Procedimiento Civil, relativas a la tramitación del recurso de apelación debiendo, en todo caso, notificarse a la Dirección General de Aguas, la cual deberá informar al tenor del recurso.

Los recursos de reconsideración y reclamación no suspenderán el cumplimiento de la resolución, salvo orden expresa que disponga la suspensión."

⁴ Así lo establece: RIVERA BRAVO, Daniela. *Subsistencia y ajuste de antiguos derechos en base al uso efectivo de las aguas. El especial caso del reconocimiento de usos consuetudinarios*. Tesis doctoral para la obtención del grado académico de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago, 2011, p. 257.



Considerando el número de derechos antiguos derechos respecto al total de los derechos de aprovechamiento que coexisten tras la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981, se ha afirmado que la regularización desempeña un rol fundamental y esencial para alcanzar la certeza y uniformidad que el régimen de aguas requiere.⁵ Es por lo anterior que se ha sostenido que los procedimientos regularizadores, a pesar de encontrarse en disposiciones transitorias del Código de Aguas, se han transformado en normas de carácter permanente.⁶

Los procedimientos regularizadores contemplados en el Código de Aguas son de aplicación facultativa, de forma que los usuarios de aguas no están ni se sienten obligados a regularizar, y por consiguiente, inscribir sus derechos, determinación que ha producido una serie de dificultades prácticas, entre ellas la falta de inscripción y registro;

6ª) Que se ha criticado por la doctrina el carácter temporal que se le ha reconocido al artículo segundo transitorio, señalándose derechamente la necesidad y procedencia de derogar el procedimiento regularizador en análisis,⁷ por cuanto se habría convertido en una instancia permanente, procedimiento que atentaría contra su propia naturaleza, debiendo, por consiguiente, limitarse su aplicación al estricto límite temporal, pues de lo contrario se corre el riesgo de vulnerar los derechos de aguas legítimamente constituidos bajo el imperio de la nueva legislación;

7ª) Que durante la discusión en particular de la iniciativa legal en estudio el Director General de Aguas, explicando las motivaciones de la indicación en análisis, señaló que *"al amparo de los actuales artículos 2° y 5° transitorios del Código de Aguas, se han sobre otorgado derechos de agua, y es por ello que en la indicación sustitutiva del proyecto original que modifica el Código, el Ejecutivo propuso en su momento la supresión del artículo 5° transitorio. Ilustró la afirmación anterior señalando que se estima que en la Provincia de Petorca*

⁵ *Ibid.*, p. 259.

⁶ En este sentido: SEGURA RIVEIRO, Francisco. Derecho de Aguas. Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 157.

⁷ Al respecto se han manifestado: SEGURA RIVEIRO, Francisco. Derecho de Aguas. Lexis Nexis, Santiago, 2006, p. 157-159; y NEUMANN, Christian. "Del procedimiento especial de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 2º transitorio del código de aguas", en: Revista de Derecho Administrativo Económico, Vol. II, Nº1, 2000, p. 211-246.



alrededor del 42% de los derechos de aprovechamiento de agua se habrían concedido invocando las mencionadas normas. No obstante que el gobierno había resuelto poner término al mecanismo de regularización de derechos contemplado en esos artículos, luego, y considerando que muchos agricultores no han regularizado todavía sus derechos, pero utilizan el agua, optó por otra alternativa, que quedó plasmada en las últimas indicaciones presentadas. En síntesis, se establece en ellas que el procedimiento para regularizar los derechos de aprovechamiento que contemplan los artículos 2° y 5° transitorios se extiende a 5 años, contados desde la publicación de la ley (...).⁸

La modificación en comento vendría a subsanar, en cierta forma, la situación actual, puesto que a través de los cambios sugeridos al artículo primero transitorio del texto del proyecto de ley,⁹ se establece un plazo de 5 años contado desde la fecha de su publicación para iniciar los procedimientos descritos en el artículo 2° y 5° transitorios del Código de Aguas, vencido el cual no se admitirán a trámite las solicitudes de regularización;

8ª) Que con la alteración propuesta, si bien podría subsanarse el problema actual referente al otorgamiento de derechos de aguas, no se advierte expresamente que lo dispuesto en la parte inicial del inciso 1° de la modificación al artículo 2° transitorio, esto es, *“los usos actuales de las aguas que estén siendo aprovechados”*, coexistan con derechos de aprovechamiento de aguas constituidos después de la entrada en vigencia del Código, cuyo ejercicio simultáneo podría conllevar a una sobreexplotación del recurso hídrico.

Las indicaciones del Ejecutivo se apartarían de lo señalado en la moción, cuando hace referencia a la priorización de los usos esenciales, al señalar que el consumo humano y el saneamiento siempre prevalecerán, tanto en el

⁸ Informe de la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación recaído en el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas. Boletín 7543-12, p. 146 y 147.

⁹ *Los procedimientos descritos en los artículos 2° y 5° transitorios del decreto con fuerza de ley N° 1.222, de 1981, del Ministerio de Justicia, que fija el texto del Código de Aguas, sólo podrán iniciarse dentro del plazo de 5 años contados desde la fecha de publicación de esta ley. Vencido este plazo, no será admitida la solicitud de regularización. Los titulares de solicitudes de regularización que hayan presentado su requerimiento de conformidad a las normas vigentes con anterioridad, podrán voluntariamente someterse a este nuevo procedimiento, haciendo constar el desistimiento a renuncia, en sede judicial o ante el Servicio Agrícola y Ganadero, según corresponda.”*



otorgamiento como en la limitación del ejercicio del derecho de aprovechamiento.¹⁰;

9ª) Que tal como establece la indicación, la DGA emitirá un informe técnico y dictará una resolución fundada en que reconocerá los derechos de aprovechamiento que cumplan con los requisitos descritos en este artículo lo que en definitiva ratifica la posibilidad de representar una eventual sobreexplotación de las aguas.

En la indicación al artículo 2º transitorio, no se contempla como límite a la regularización la sobreexplotación del recurso, siendo altamente aconsejable consagrar en dicho caso un orden de prelación basado expresamente en el uso efectivo y beneficioso de las aguas.

El cambio de terminología utilizada al inicio del artículo, que elimina las referencias a derechos inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas a sus titulares, reemplazándolo por *"los usos actuales de las aguas"* que estuvieren siendo aprovechados a la fecha de entrada en vigencia del Código, si bien pareciera estar suprimiéndose con ello requisitos para iniciar el procedimiento, en realidad no varía de la situación actual que permite iniciar este mecanismo de regularización a personas que *solicitaran inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural*, establecido en el inciso 2º que se elimina, quedando en definitiva la regulación completa de este procedimiento unificada en un solo inciso;

10ª) Que las modificaciones propuestas a los artículos transitorios del proyecto de ley actualmente en discusión, cumplen el objetivo del legislador en orden a racionalizar la administración del recurso hídrico como bien nacional de uso público.

Durante la discusión en particular del proyecto de ley, el académico Arturo Fermandois señaló en lo pertinente que: "La idea que subyace a esta reforma es que quien no usa el agua la pierde", agregando "que el sistema de caducidad propuesto se ajusta a la Constitución Política, porque es deber del Estado velar por el adecuado uso de este recurso, que es un bien nacional de uso público, y en particular impedir su acaparamiento" (Informe de la Comisión de Recursos

¹⁰ Informe de la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación recaído en el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas. Boletín 7543-12, p. 39.



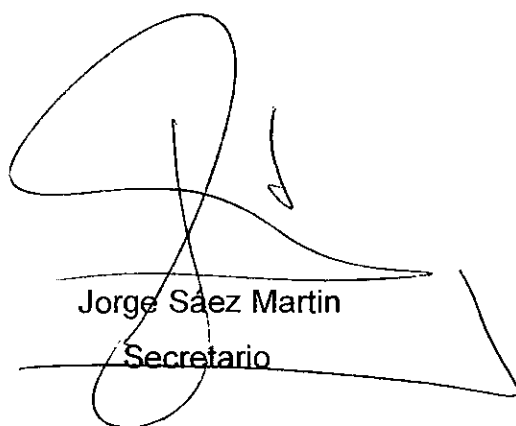
Hídricos y Desertificación recaído en el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas. Boletín 7543-12, p. 64.).

Quienes previenen, observan propicio reiterar la necesidad de tener presente que los artículos transitorios del Código se establecieron como forma de regularizar los derechos de aprovechamiento de aguas que estuvieren en uso a la fecha de entrada en vigencia de dicha norma legal, el 29 de octubre de 1981, para adecuarse a la nueva regulación. En la práctica, sin embargo, se han transformado en permanentes y no han logrado su objetivo, por lo que transcurridas más de tres décadas desde su entrada en vigencia, las modificaciones propuestas, especialmente el establecer un límite temporal máximo para iniciar el procedimiento de regularización, unidas al establecimiento del derecho de acceso al agua y su saneamiento como derecho humano y la priorización en el uso que se debe tener en cuenta para su otorgamiento, resultan adecuadas.

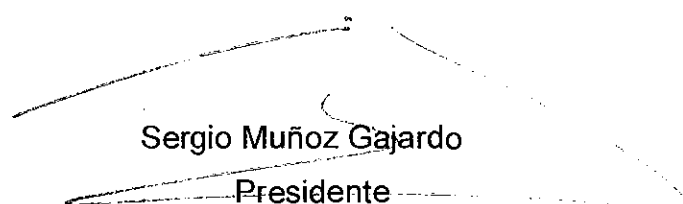
A pesar de lo anterior, estiman que sería recomendable establecer la prohibición de otorgar derechos de aprovechamiento por cantidades superiores al cien por ciento (100%) del caudal disponible.

PL-36-2015".

Saluda atentamente a V.S.



Jorge Sáez Martín
Secretario



Sergio Muñoz Gajardo
Presidente