

MEDIDAS QUE LIMITAN LA EXPLOTACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS Y SU APLICACIÓN PRÁCTICA

SILVIA GALLARDO PAFFETTI¹

I. ESTUDIO DE CADA UNA DE DICHAS MEDIDAS

Nuestro actual Código de Aguas, en sus artículos 62 a 68, ambos inclusive, establece las medidas que limitan la explotación de aguas subterráneas en Chile. Estas son tres:

1. Reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento.
2. Áreas de restricción
3. Zonas de prohibición

1. REDUCCIÓN TEMPORAL DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO

– Antecedentes generales:

Esta medida constituye un reconocimiento legal del carácter sistémico de los acuíferos, y de la influencia entre captaciones vecinas, lo que permite definirla como una medida de carácter local.

Sin perjuicio de lo anterior, esta medida constituye otra consagración legal de la función de la DGA de proteger el ejercicio de los derechos de aprovechamiento.

Cabe hacer presente que su aplicación supone el ejercicio legítimo de derechos de aprovechamiento ya constituidos.

Su naturaleza jurídica podría definirse como una limitación a la explotación de aguas subterráneas, entre titulares de derechos de aprovechamiento.

Es del caso mencionar que esta medida nunca ha sido solicitada ni decretada.

– Normativa pertinente:

Se encuentra contenida en el artículo 62 del Código de Aguas y 26 de la Resolución D.G.A. Nº 186, de 1996, que establece “Normas para la Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas”,

Así, el artículo 62, precedentemente citado, dispone que “Si la explotación de aguas subte-

rráneas por algunos usuarios ocasionare perjuicios a los otros titulares de derechos, la Dirección General de Aguas, a petición de uno o más afectados, podrá establecer la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos”.

En consecuencia, los requisitos necesarios para la procedencia de esta medida son:

- 1.1) Explotación de aguas subterráneas por algun(os) usuario(s)
- 1.2) Perjuicio a otro(s) titular(es)
- 1.3) Petición de uno o más afectados

Es del caso hacer presente lo dispuesto por el artículo 26, ya mencionado, en cuanto esta Dirección dará por cumplidos los 2 primeros requisitos, en los siguientes casos:

- Cuando se demuestre que la explotación de una captación subterránea *afecta directamente el nivel estático de la captación del reclamante*, generando con ello una *disminución de su capacidad productiva original* en una proporción *igual o superior al 15%*.
- Cuando se compruebe que la explotación está produciendo la contaminación de las *aguas del sector*.

Se hace necesario consignar que estos dos casos constituyen una presunción legal de cumplimiento de los dos primeros requisitos mencionados, a saber, explotación de aguas subterráneas por algun(os) usuario(s) y perjuicio a otro(s) titular(es).

A mayor abundamiento, cabe agregar que en los dos casos señalados por el citado artículo 26, corresponde a los solicitantes demostrar su concurrencia.

Sin perjuicio del cumplimiento de los tres requisitos necesarios para la procedencia de esta medida, su dictación es una facultad de la Dirección General de Aguas, acorde con el tenor literal del inciso 1º del artículo 62.

– Efectos de la dictación de esta medida:

Se reduce a prorrata el ejercicio de los derechos de aprovechamiento involucrados.

¹ Abogada, Dirección General de Aguas

– *Duración de la medida:*

Según lo establecido por el inciso 2° del artículo 62 del Código de Aguas, ella quedará sin efecto a petición de los solicitantes, o cuando a juicio de esta Dirección hubieren cesado las causas que la originaron.

2. ÁREAS DE RESTRICCIÓN:

– *Antecedentes generales:*

Esta medida constituye otra consagración legal de la función de la Dirección General de Aguas de proteger tanto los acuíferos como los derechos de aprovechamiento ya constituidos.

Cabe señalar que esta es una medida de carácter preventivo, a diferencia de las otras.

Su objetivo no es limitar la explotación entre titulares, sino restringir el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento en un área determinada.

– *Normas pertinentes:*

Se encuentra establecida en los artículos 65 a 68 del Código de Aguas, y 27 a 31 de la Resolución D.G.A. N° 186. Así, el artículo 65 en su inciso 1° define por áreas de restricción “aque-llos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él”.

A continuación, el inciso 2° de la citada norma señala que la declaración de esta medida requiere petición de cualquier usuario del respectivo sector, sobre la base de los antecedentes históricos de explotación de sus obras de captación, que demuestren la conveniencia de restringir su acceso.

En consecuencia, las condiciones necesarias para que la D.G.A. acoja a revisión la solicitud de declaración de área de restricción son las siguientes:

- 2.1) Que se trate de un sector hidrogeológico de aprovechamiento común.
- 2.2) Riesgo de grave disminución de un determinado acuífero.
- 2.3) Consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él.
- 2.4) Petición de cualquier usuario del respectivo sector, sobre la base de los antecedentes históricos de explotación de sus obras de captación, que demuestren la conveniencia de restringir su acceso, los que deberán acompañarse.

De esta manera, cumplidas estas cuatro condiciones, la Dirección deberá revisar la procedencia de la medida solicitada, acorde con sus antecedentes técnicos, y con las constataciones obtenidas en las visitas a terreno que al efecto se realicen.

No obstante ello, si se verificare alguna de las situaciones contempladas en el artículo 27 de la Resolución D.G.A. N° 186 esta Dirección deberá declarar la zona de restricción solicitada. Dichas condiciones son:

- a) Que los estudios demuestren que existe riesgo de un descenso generalizado de los niveles estáticos en el largo plazo, que afecte la capacidad productiva de los acuíferos, debido a una insuficiente recarga en relación a la explotación existente.
- b) Que exista peligro de contaminación del acuífero por intrusión de aguas que perjudiquen los aprovechamientos usuales.

– *Efectos de la declaración de área de restricción:*

Tanto el Código de Aguas como la Resolución D.G.A. N° 186 le atribuyen los siguientes efectos:

1. *Da origen a una comunidad de aguas.*

Esta es una comunidad de aguas de origen legal, formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidos en esa área.

Dicha comunidad deberá organizarse de acuerdo a las normas establecidas por el párrafo 1° del título III del Libro II del Código de Aguas, en cuanto sean compatibles con su naturaleza. Así, la organización de esta comunidad deberá realizarse en la forma prevista por los artículos 187 ó 188 y siguientes, según corresponda, dentro del plazo de 90 días contados desde la fecha de publicación en el Diario Oficial, de la resolución que declare zona de restricción. Este Servicio deberá velar por el cumplimiento de lo anterior, adoptando para ello las iniciativas que fueren procedentes.

Cabe consignar que aun cuando existe esta norma que ordena a las comunidades de aguas así formadas a organizarse legalmente, hasta la fecha ninguna lo ha hecho, no obstante los esfuerzos realizados al respecto por esta Dirección.

2. *La DGA podrá exigir la instalación de sistemas de medida en las obras, y requerir la información que se obtenga.*

Sobre este punto cabe hacer presente que el artículo 68 del Código de Aguas da a entender la

instalación de sistemas de medida como una facultad de esta Dirección, a diferencia del artículo 29 de la Resolución D.G.A. N° 186, que lo considera como una obligación de esta.

En la práctica este Servicio exige dicha instalación en la resolución que declara el área de restricción, y compromete esfuerzos en su materialización, no obstante lo cual, en general, tampoco se cumple.

3. La DGA podrá otorgar provisionalmente derechos de aprovechamiento en dichas zonas.

Como una excepción a la regla general, en estas áreas la DGA puede constituir nuevos derechos con carácter provisional, y dejarlos sin efecto en caso de constatar perjuicios a los derechos ya constituidos.

El otorgamiento de estos derechos provisionales constituye una facultad de la Dirección General de Aguas, acorde con el tenor literal del artículo 66 del Código de Aguas. Esta facultad será ejercida por esta en forma prudencial.

En cumplimiento de lo anterior, la DGA ha definido cuál es la magnitud de derechos provisionales a otorgar, distinguiéndose dos situaciones:

a) Acuíferos con explotación de aguas subterráneas aprobada ambientalmente.

En estos casos la magnitud de derechos provisionales a otorgar quedará determinada por la diferencia entre la recarga establecida por la DGA y la explotación ambientalmente autorizada.

b) Acuíferos sin explotación de aguas subterráneas aprobada ambientalmente.

En estos casos se considera prudencial otorgar como derechos provisionales un 25% del caudal otorgado nominalmente como derechos definitivos en dicha fuente.

Los derechos otorgados con carácter provisional quedan incorporados a la comunidad legal de aguas formada con la declaración de área de restricción, y así deberá expresarlo la resolución de la DGA que los constituya.

Estos derechos provisionales podrán transformarse en definitivos en dos casos:

- Cuando hubieren transcurridos cinco años de ejercicio efectivo en los términos concedidos, y siempre que los titulares de derechos ya constituidos no demuestren haber sufrido daños.
- Cuando el dueño de los derechos provisionales ejecute obras de recarga artificial que incorporen un caudal equivalente o superior a la extracción que efectúe.

En cualquiera de ambos casos corresponderá al interesado comprobar la concurrencia de dicha circunstancia, y solicitar al Servicio la declaración de definitivo del respectivo derecho, lo que se hará a través de una presentación, conforme al procedimiento general establecido en los artículos 130 y siguientes del Código de Aguas.

Cabe hacer presente que esta solicitud deberá ser notificada también a la comunidad legal de aguas que se formó con la declaración de zona de restricción.

Es del caso reiterar que la Dirección General de Aguas tiene la facultad de dejar sin efecto los derechos otorgados provisionalmente, en cualquier momento, en caso de constatar perjuicios a los derechos ya constituidos, por lo que aun cuando se compruebe alguna de las circunstancias que permiten transformar los derechos provisionales en definitivos, esta podría ser denegada.

En virtud de lo anterior, para esta Dirección se entenderá que ha habido ejercicio efectivo cuando el registro del control de extracciones en el acuífero demuestre que estos en promedio han usado, al menos durante cinco años, un caudal igual o superior al 75% del caudal efectivo a ellos otorgado.

Solo constatada la circunstancia anterior, y con el objeto de evitar perjuicios a los derechos ya constituidos, esta Dirección podrá estudiar la solicitud de transformación de los derechos provisionales en definitivos.

Para este Servicio, la circunstancia anterior es una nueva manifestación legal de la obligación impuesta por el artículo 22 del Código de Aguas, en cuanto para constituir un derecho de aprovechamiento la Dirección General de Aguas no podrá perjudicar ni menoscabar derechos de terceros.

Acorde con lo precedentemente expuesto, es posible apreciar la importancia fundamental que reviste la instalación de sistemas de medición de control de extracciones y control de niveles en todas las captaciones dentro del área de restricción.

En razón de ello, esta Dirección exige su instalación en la resolución que decreta un área de restricción, quedando facultada para requerir en cualquier momento la información que de ellos se obtenga. Además, este Servicio reconoce que solo estos sistemas de control otorgarán transparencia a las decisiones que se adopten.

- Duración del área de restricción:

El artículo 31 de la Resolución D.G.A. N° 186 dispone que este Servicio, de oficio o a pe-

tición de cualquier usuario, podrá alzar esta medida en cualquier momento, en caso que nuevos estudios demuestren que no existen los riesgos que motivaron dicha declaración.

En el mismo sentido, el inciso 3° del artículo 65 del Código de Aguas hace aplicable al área de restricción la norma del artículo 64. De esta manera, en caso de petición justificada de parte, basada en resultados arrojados por nuevas investigaciones, referidas a las características del acuífero o a su recarga artificial, esta Dirección deberá dictar una nueva resolución manteniendo o alzando la medida de restricción decretada sobre un área determinada.

3. ZONAS DE PROHIBICIÓN:

– Antecedentes generales:

Esta medida constituye un reconocimiento legal de la función de protección de los acuíferos que tiene la Dirección General de Aguas.

Por regla general, su dictación es una facultad de la Dirección General de Aguas.

Es una medida de protección de un determinado acuífero, que exige para su declaración la comprobación del daño.

Su objeto es impedir un mayor deterioro del acuífero a través de la prohibición del otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento en esa área.

– Normativa pertinente:

Se encuentra contenida en los artículos 63 y 64 del Código de Aguas y 32 de la Resolución D.G.A. N° 186. Así, el artículo 63, precedentemente citado, dispone que "La Dirección General de Aguas podrá declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones, mediante resolución fundada en la protección del acuífero, la cual se publicará en el Diario Oficial".

El inciso 2° de este artículo, introducido por la Ley N° 19.145, de 25 de junio de 1992, contempla una excepción a la norma anterior, por cuanto no requiere declaración, pues se consideran zonas de prohibición, por expreso mandato legal, las que correspondan a acuíferos que alimenten vegas y bofedales de las Regiones de Tarapacá y Antofagasta, previa identificación y delimitación de esas zonas por la Dirección General de Aguas.

Esta prohibición legal *podrá ser alzada por dicha Dirección*, acorde con el procedimiento establecido por el artículo 64 del Código de Aguas.

Al respecto, cabe señalar que este procedimiento obliga a la Dirección General de Aguas a

dictar una nueva resolución, manteniendo o alzando la medida, en caso que se presente petición justificada de parte, basada en resultados arrojados por nuevas investigaciones, referidas a las características del acuífero o a su recarga artificial.

Sin perjuicio de la regla general, en cuanto a la declaración de las zonas de prohibición constituye una facultad de la Dirección General de Aguas, el artículo 32 de la Resolución D.G.A. N° 186 dispone los casos en que este Servicio se encuentra en la obligación de declarar zona de prohibición:

- a) Que en el plazo de 5 años a lo menos, o durante un período representativo 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.
- b) Que se haya comprobado la contaminación del acuífero como consecuencia del nivel de explotación existente.

II. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LAS LIMITACIONES A LA EXPLOTACIÓN

Al cumplirse 20 años desde la entrada en vigencia del actual Código de Aguas, podemos sostener que estas medidas han sido de escasa aplicación.

Como fundamento de lo anterior, cabe reiterar que nunca se ha solicitado la aplicación de la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, y por ser este uno de los requisitos para su dictación, es fácil advertir por qué ella nunca ha sido decretada.

En cuanto al área de restricción, es del caso señalar que ha sido solicitada 10 veces, aprox., desde 1996 en adelante, teniéndose actualmente cuatro decretadas (Petorca, Chicureo, Lo Ovalle y Copiapó) y varias en curso. Todas ellas corresponden a acuíferos ubicados entre la I y la Región Metropolitana.

Respecto a las zonas de prohibición, a la fecha en el país existen tres declaradas y vigentes, a saber, valle de Azapa (I Región), parte alta del valle de Copiapó (III Región) y El Membrillo (sector costero V Región).

Una de las razones de esta escasa aplicación radica en que si bien se han otorgado derechos que comprometen casi todo el caudal renovable de la mayoría de los acuíferos de Santiago al norte, lo que demuestra una gran demanda por agua subterránea, existen numerosos casos de no ejercicio de los derechos de aprovechamiento.

En relación con lo anterior, cabe hacer presente que esta Dirección considera que existe disponibilidad en materia de agua subterránea, fundada en una explotación sostenible del recurso subterráneo, con el fin de resguardar los acuíferos y la perpetuidad de los derechos de aprovechamiento.

Dicha postura ha producido beneficiosos efectos, lo que se demuestra a través de la constatación de esta Dirección respecto a que los acuíferos dañados o sobreexplotados en nuestro país son mínimos.

Otra de las razones de la escasa aplicación de estas medidas radica, a juicio de este Servicio, en que en general ellas no pueden ser decretadas de oficio por la DGA. Así, y tal como se vio al estudiar cada una de ellas, es necesaria una petición previa de los usuarios.

En efecto, la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento no contempla excepciones al respecto, al igual que las áreas de restricción. De manera que la D.G.A. solo puede decretar de oficio las zonas de prohibición.

En consecuencia, salvo el caso de las zonas de prohibición, esta Dirección se encuentra absolutamente impedida de dictar alguna de estas medidas, debiendo para ello esperar su presentación por parte de alguno de los usuarios del sector, lo que, como ya se ha visto, ocurre en escasas oportunidades.

Se hace necesario expresar que la escasa aplicación de estas medidas no es un fiel reflejo de la realidad de nuestro país en materia de aguas subterráneas, acorde con los estudios realizados por este Servicio. En efecto, esta Dirección ha estudiado la mayoría de los acuíferos existentes de Santiago al norte, observándose que si bien no existen casos en que fuere necesario declarar zona de prohibición, existen muchos en que procedería dictar área de restricción.

Dicha declaración se haría necesaria, en general, en gran parte de los acuíferos existentes de Santiago al norte, en los cuales ya se han constituido derechos de aprovechamiento por el total del caudal disponible, no existiendo disponibilidad para el otorgamiento de nuevos derechos.

Ante esta falta de disponibilidad, la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento en dichos acuíferos, los pone en riesgo de grave disminución, con el consiguiente perjuicio de los derechos ya establecidos en él, cumpliéndose así con los requisitos técnicos que hacen precedente la declaración del área de restricción.

No obstante el cumplimiento de dichos requisitos, ante la falta de petición de cualquiera

de los usuarios del sector, no es posible decretar la medida.

No parece lógico que la falta de un requisito meramente formal, como el anterior, arriesgue la situación de muchos acuíferos de nuestro país, especialmente si consideramos que en dichos casos se dan todas las condiciones técnicas necesarias para la dictación del área de restricción.

La situación descrita precedentemente, y que afecta a muchos acuíferos existentes entre las Regiones I y Metropolitana, se produce por una omisión del legislador, la cual se pretende remediar a través de la modificación al Código de Aguas que se encuentra pendiente en el Senado, y que contempla la facultad de esta Dirección de decretar de oficio un área de restricción, en caso de cumplirse con todos los requisitos técnicos señalados.

Cabe hacer presente que la declaración de un área de restricción, además de cumplir con la función principal de evitar el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de los derechos ya establecidos en él, tiene la ventaja de permitir el otorgamiento de derechos provisionales en él, con lo que permanece abierta la posibilidad de ingreso de nuevos titulares al acuífero.

A mayor abundamiento, es del caso expresar que la falta de disponibilidad de aguas subterráneas en gran parte de los acuíferos existentes de Santiago al norte, comprobada en numerosos informes técnicos realizados por personal y equipo especializado de esta Dirección, es impugnada fuertemente por los particulares, al momento de denegarles la constitución de un derecho de aprovechamiento por esta causal.

Así, en dichas impugnaciones suelen alegar que esta Dirección no puede denegar la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, por falta de disponibilidad, si no ha decretado alguna de las medidas que limitan la explotación de aquellas.

Y ¿cómo podrá decretarse alguna de estas medidas, si en general requieren petición de los usuarios, y ellos no suelen solicitarlas?

Para solucionar el argumento anterior debe tenerse en consideración lo dispuesto por los artículos 22 y 141 inciso final del Código de Aguas, en cuanto esta Dirección deberá constituir el derecho de aprovechamiento solicitado, sea de aguas superficiales o subterráneas, en caso que concurran los siguientes requisitos:

- Solicitud legalmente tramitada
- Que no se perjudiquen ni menoscaben derechos de terceros
- Que exista disponibilidad del recurso.

Por tanto, el hecho que no se haya decretado alguna de las medidas que limitan la explotación de aguas subterráneas, no obliga a esta Dirección a constituir el derecho solicitado.

Así, en lo que se refiere al requisito relativo a la disponibilidad del recurso, cabe señalar que esta es una materia eminentemente técnica, de competencia de esta Dirección, que se verifica a través de una evaluación sistémica de la fuente de agua subterránea, realizada a nivel de cuenca subterránea.

En este sentido, las pruebas de bombeo solo permiten conocer las condiciones locales donde se encuentra la captación, hasta su radio de influencia, y constatar la existencia de las obras civiles capaces de extraer el caudal en cuestión.

De esta manera, sostener que la disponibilidad del recurso se determina con las simples pruebas de bombeo efectuados en un pozo, significa hacer primar el interés personal por sobre

el interés nacional, y sobre la calidad de nuestros acuíferos, lo que a la larga va en desmedro de los derechos de aprovechamiento ya constituidos, que en muchos casos se van a ver convertidos en nominales.

Para esta Dirección, esta discusión se produce, en parte, por la dificultad intrínseca que acarrea el estudio de las aguas subterráneas. En efecto, al no poder ver lo que sucede dentro de la tierra, es posible pensar que no existe relación entre un punto y otro de un mismo acuífero.

El argumento anterior es impensable en materia de aguas superficiales, donde nadie nunca ha sostenido que existe disponibilidad de ellas, por el simple hecho que corran por el respectivo cauce, pues está a la vista que el agua que alguien solicita extraer en un punto determinado, puede haber sido otorgada con anterioridad a otra persona situada aguas arriba o aguas abajo.