

ESTUDIO SOBRE LA SEQUÍA EN EL DERECHO DE AGUAS

DR. IVÁN OBANDO CAMINO - UNIVERSIDAD DE TALCA

FCO. TRONCOSO OSSES (AYUDANTE INVESTIGACIÓN)

Índice de la exposición

- ▶ 1. Antecedentes Generales
- ▶ 2. Marco Normativo
- ▶ 3. Reforma al Código de Aguas
- ▶ 4. Jurisprudencia Judicial
- ▶ 5. Jurisprudencia Administrativa

1. Antecedentes Generales

- ▶ La sequía se ha vuelto un fenómeno recurrente en Chile, propiciada por circunstancias derivadas de nuestra geografía física y el proceso de cambio climático
- ▶ Nuestro país ha sufrido una sequía prolongada desde hace más de una década, como consecuencia de una reducción constante en el volumen histórico de precipitaciones → sequía ha pasado a ser algo normal, ordinario y permanente
- ▶ Fisonomía de un fenómeno estructural que impactará en hábitos de consumo, producción silvoagropecuaria, cambios en el paisaje circundante y patrones poblacionales, tendencias vocacionales, entre otros

- 
- ▶ Los récords de la DGA indican que los decretos de escasez hídrica, fundados en extraordinaria sequía, han pasado a ser algo relativamente frecuente respecto de ciertas comunas del país
 - ▶ Pero ellos se fundan en **condiciones hidrometeorológicas** que podrían haber sido válidas en 2012, época de su fijación, pero que requieren de su revisión ante la nueva realidad: aumento de las demandas, exigencias de derechos y aumento de la conflictividad
 - ▶ Como sugiere Tapia (2019), el marco normativo emplea los conceptos de sequía y escasez indistintamente, pero no considera realmente el fenómeno de la escasez hídrica, que excede de lo meramente hidrometeorológico y físico, y exige incorporar el impacto de externalidades de actividades humanas

2. Marco Normativo

- ▶ La doctrina ha analizado el marco normativo presente en el CA en diferentes trabajos publicados en años pasados: Vergara (1999), Rojas (2012), Allesch y Obando (2014) y Tapia (2019)
- ▶ Las normas del CA son escasas y escuetas a ratos, si dejamos de lado los arts. 27, 56 y 147 bis
- ▶ En general, nuestro CA responde a una realidad hidrometeorológica existente a inicios de la década de 1980 y a los intereses de la producción agropecuaria: las normas sobre la sequía parecen ser un reflejo de lo anterior

- ▶ En nuestro CA se contienen normas para enfrentar la escasez ordinaria y la extraordinaria
- ▶ Las Juntas de Vigilancia tienen responsabilidad respecto de la escasez ordinaria: aquella que se presenta con una cierta periodicidad y no responde a las condiciones de Res. DGA N°1674/2012
- ▶ El art. 274 N°2 CA permite al directorio de la Junta de Vigilancia declarar esta escasez y fijar medidas de distribución extraordinaria de las aguas con arreglo a derechos establecidos y suspenderlas
- ▶ Ante la insuficiencia del caudal del cauce para satisfacer todos los derechos, se distribuye el caudal disponible por partes alícuotas o turnos a los dueños de derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente

- ▶ Este acuerdo del directorio es reclamable ante la justicia ordinaria conforme al art. 275 CA, sin perjuicio de la acción de protección y eventualmente de la fiscalización administrativa según el art. 283 CA

- ▶ Distinta es la situación de la escasez extraordinaria, la que puede generar una redistribución de las aguas según el art. 314 CA. Se requiere:
 - Resolución administrativa DGA que califique las épocas de sequía que revisten carácter extraordinario
 - Decreto Spmo. del P. de la R. que declare zonas de escasez, a petición o con informe de la DGA y hasta por 6 meses no prorrogables (recurrible ante la justicia ordinaria)

- ▶ La declaración de zona de escasez permite a la DGA ejercer ciertas atribuciones extraordinarias conforme al art. 314/4°-5° CA
- ▶ Pero también permite que se lleve a efecto la **redistribución de las aguas**, aunque no es obligatorio que ello suceda, como ha dicho la jurisprudencia. Es una **facultad de la DGA**
- ▶ En el evento que se realice la redistribución, la DGA promueve la celebración de acuerdos de redistribución entre los usuarios comprendidos en la zona de escasez: directorios de las Juntas de Vigilancia (Circular N°1/2020)
- ▶ En caso que la DGA constate la inexistencia de acuerdo, ella puede efectuar dicha redistribución y ejercer las atribuciones del art. 314/3°/parte final CA

- ▶ La DGA no puede preferir a un usuario sobre otro, como tampoco excluir usuarios de las comunas afectadas por la declaración de zona de escasez, como ha dicho la jurisprudencia
- ▶ Para ello existe una norma de responsabilidad patrimonial del Estado en el art. 314/7° CA, cuya redacción rompe con la estructura tradicional de este tipo de normas atributivas de responsabilidad patrimonial al Estado
- ▶ En cualquier caso, la norma opera solamente en caso de que se prive a un dueño de derecho de aprovechamiento de la proporción de aguas a que tiene derecho de acuerdo a las disponibilidades existentes

- ▶ Las decisión de la DGA de redistribuir las aguas es recurrible en vía administrativa y judicial conforme al CA, sin perjuicio de la acción de protección
- ▶ En el caso de las corrientes naturales o cauces artificiales sin una organización de usuarios y que estén comprendidas dentro de la zona de escasez, la DGA puede efectuar la distribución de las aguas, a petición de parte, esto es, un usuario afectado por la sequía extraordinaria, como dice el art. 315 CA
- ▶ Las personas nombradas para estos efectos por la DGA ejercerán las atribuciones de los directorios o administradores de una organización de usuarios, según corresponda, siendo sus decisiones reclamables ante la justicia ordinaria acorde al art. 275 CA

3. Reforma al Código de Aguas

- ▶ Proyecto de reforma al CA (Boletín N°7543-12), aprobado en segundo trámite por el Senado, no modifica los arts. 274 N°2 y 275 CA, pero sí los arts. 314 y 315 CA
- ▶ Aspectos generales de esta iniciativa fueron analizados en Tapia (2019), trabajo publicado en la RDAE N°29, elaborado sobre la base de la indicación sustitutiva promovida por el actual Gobierno
- ▶ El texto comparado que contiene el segundo informe de la Comisión de Hacienda del Senado (3/8/2021), permite visualizar lo que fue finalmente aprobado por dicha cámara, que no se aleja tanto de la indicación original de 2019

- ▶ Reforma autoriza al P. de la R. para declarar “**zonas de escasez hídrica ante una situación de severa sequía**”, expresión que combina conceptos de inspiración antropocéntrica y de inspiración hidrometeorológica
- ▶ Debe hacerlo “**a petición y con informe**” de la DGA. La declaración puede ser hasta un plazo máximo de un año, prorrogable sucesivamente, previo informe de la DGA, para cada periodo de prórroga
- ▶ La DGA debe calificar, mediante resolución, los criterios que determinen el carácter de severa sequía
- ▶ La declaración de zona de escasez hídrica permite el ejercicio de ciertas **facultades** a la DGA

- ▶ Estas facultades tienen una **finalidad de cautela**: “reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía”, incluido especialmente del derecho humano al agua y al saneamiento, y a ellas se refiere el nuevo inc. 4º: *“Sin perjuicio de lo anterior, la Dirección General de Aguas **podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas** destinadas con preferencia a los usos de consumo humano, saneamiento o el uso doméstico de subsistencia y la ejecución de las obras en los cauces necesarias para ello desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas, **sin sujeción a las normas establecidas en el Título I del Libro Segundo y sin la limitación del caudal ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1**. Las autorizaciones que se otorguen en virtud de este inciso estarán vigentes mientras esté en vigor el decreto de escasez respectivo.”*

- ▶ Declaración de zona de escasez hídrica permite también a la DGA ejercer las facultades tendientes a la redistribución de las aguas, con la misma finalidad de cautela, pero ahora se regula en forma más detallada el procedimiento para ello
- ▶ La redacción de los nuevos incs. 3° y 4° del art. 314 CA sugiere que se trata de una facultad algo más restringida, pero no alcanza aún a constituir un deber de la DGA
- ▶ La redistribución sigue una inspiración subsidiaria, en la cual se “**podrá**” exigir a la o las Juntas de Vigilancia concernidas la presentación de un acuerdo de redistribución, en el plazo de 15 días corridos, “**contado desde la declaratoria de escasez**”. Este acuerdo debe ser aprobado por la DGA y dársele cumplimiento dentro de los 5 días corridos siguientes a su aprobación. Será oponible a todo usuario de la cuenca

- ▶ Si existe un acuerdo previamente aprobado por la DGA, que cumpla con los requisitos técnicos y obligaciones prevista en el CA, deberá ser “*puesto en marcha*” dentro del plazo de 5 días corridos “**contado desde la declaratoria**” de escasez.
- ▶ Reforma entrega ciertos detalles del contenido del acuerdo de redistribución, en el que debe priorizarse el derecho humano al agua y al saneamiento, existiendo obligaciones en relación con los prestadores de servicios sanitarios
- ▶ Del tenor de la reforma se desprende que la DGA tendrá un plazo muy breve para determinar si exige o no la presentación de un acuerdo de redistribución. Lógica indica que deberá revisar previamente si aprobó un acuerdo de redistribución en relación con dicha zona de escasez, dado el plazo (5 días corridos)

- ▶ La DGA “podrá” intervenir si las Juntas de Vigilancia no presentaren el acuerdo exigido en el plazo legal o no diesen cumplimiento a las condiciones y obligaciones referidas al consumo humano en dichos acuerdos: ordenar el cumplimiento de estas últimas o efectuar la redistribución de las aguas superficiales y/o subterráneas disponibles en la fuente, con cargo a la Junta de Vigilancia respectiva
- ▶ Esto último le autoriza para suspender las atribuciones de las Juntas de Vigilancia o los seccionamientos de las corrientes naturales comprendidas en la zona de escasez
- ▶ Esto no obsta a que Juntas de Vigilancia puedan presentar a consideración de la DGA el acuerdo de redistribución recién acordado o aprobado anteriormente por esta última

- ▶ Reforma también modifica la norma sobre responsabilidad patrimonial del Estado, dadas las dudas generadas en la doctrina. Ahora se establece claramente de quien es la responsabilidad civil y sus excepciones en el nuevo inc. 8º: “[**Todo aquel titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por quien corresponda**]. [**Solo tendrán derecho a ser indemnizados por el Fisco aquellos titulares de derechos de aprovechamiento que reciban una menor proporción de aguas de aquella que les correspondería de aplicarse por la Dirección General de Aguas las atribuciones que se le confieren en el inciso sexto**]. [**En ningún caso procederá indemnización si dicha menor proporción fuese a consecuencia de la priorización del consumo humano, el saneamiento y el uso doméstico de subsistencia, en los términos que señala este artículo**].”

► Reforma también alcanza al art. 315 CA:

- Se clarifica que la constitución legal de las organizaciones de usuarios dice relación con su registro conforme al CA
- La intervención de la DGA podrá ser de oficio o a petición de parte, alternativamente
- La DGA podrá instruir a los usuarios para que hagan la redistribución de las aguas, aparte de que ella se haga cargo de la distribución en zonas declaradas de escasez, como antes de la reforma
- Se establece que los gastos de los procedimientos judiciales aludidos en el art. 275 CA serán de cargo de los usuarios

4. Jurisprudencia Judicial



Corte Suprema

Rol N°3236-2007 “Godoy con Fisco”

- ▶ Casación en el fondo (recurso rechazado)
- ▶ Demanda de indemnización de perjuicios motivada por excedencia de funciones de interventor designado por la DGA
- ▶ Fundamentos: arts. 314/7° CA; arts. 2314, 2315 y 2316 CC; art. 389 CPC
- ▶ Demanda rechazada porque del mérito de antecedentes no aparece que medidas del interventor fueran causantes de que no llegaran aguas al predio del actor. Temporada de riego 1996-1997 no fue determinante de bajos niveles de producción de cada especie

Juzgado de Letras de La Ligua

Rol N°C-665-2011

- ▶ Infracción al Código de Aguas (acogida)
- ▶ Denunciado en sus descargos señala que no está recibiendo el total del caudal que le fue conferido mediante dos DAA, por lo que hizo dos pozos para captar aguas subterráneas y por menor caudal que el autorizado en su predio, ante la falta de agua
- ▶ Aduce que el Estado contrae responsabilidad de otorgar caudal al constituir un derecho de aprovechamiento y por ello existe el art. 314/7° CA

- ▶ **Considerando 13°:** *“obligación compensatoria que establece la citada norma se aplica exclusivamente para el supuesto que la misma disposición prevé, en cuanto a la facultad de la Dirección General de Aguas de disponer una redistribución de los recursos hídricos en épocas de extraordinaria sequía, pero en caso alguno, importa la obligación de indemnizar por la falta del recurso respecto de derechos de aprovechamiento constituidos con anterioridad a la resolución que decreta dicha circunstancia”*
- ▶ En **Considerando 15°** trae a colación antecedentes legislativos sobre art. 314/7° CA: *“[...] en periodo de sequía, todos deben estar sujetos a racionamiento: no solo las personas, sino también, de alguna manera, la propia naturaleza. [...] La escasez debe ser compartida”*

Corte Apelaciones de Santiago

Rol N°963-2011

- ▶ Recurso de protección: se impugna decreto supremo que declara zona de escasez en ciertas comunas (recurso rechazado)
- ▶ Recurrente sostiene que Ministro de Obras Públicas interpretó los parámetros de la resolución DGA en forma disyuntiva y no copulativamente
- ▶ Agrega que el art. 314 CA estaría derogado tácitamente por ley N° 18.415 (1985) y constituye un verdadero estado de excepción constitucional, por lo que su aplicación es restringida

- ▶ Informe del Ministro de OO.PP. indica que, en relación con los parámetros hidrológicos previstos en la Resolución DGA, basta que concorra uno de los supuestos de que trata la resolución: “*Las condiciones que se señalan para cada región, pueden presentarse separada o simultáneamente*” (cita “Dictamen” N°9796-2008 CGR)
- ▶ Indica que la declaración de extrema sequía no constituye un estado de excepción constitucional → posibilidad para que la Administración ejerza ciertas facultades que le concede la ley, para proteger y controlar las fuentes de abastecimiento hídrico
- ▶ Tribunal resuelve que el acto impugnado fue dictado en ejercicio de la potestad , cumpliendo previamente con el art. 314/2° CA

Corte Suprema

Rol N°2014-2014

- ▶ Apelación de recurso de protección interpuesto ante la CAP Valparaíso, rol N°6845-2013 (confirma sentencia apelada)
- ▶ **Considerando 3°:** Declarada la zona de escasez, mientras no se acuerde o decida por la autoridad una redistribución de las aguas de carácter excepcional por condiciones hidrológicas existentes, Junta de Vigilancia debe continuar distribuyendo conforme a derecho los caudales disponibles en la sección bajo su jurisdicción
- ▶ **Considerando 7° fallo 1ª instancia:** intervención de DGA para la redistribución de aguas no es consecuencia obligada de declaración de falta de acuerdo entre usuarios afectados por declaración de escasez

- ▶ Art. 314 CA deja de manifiesto que intervención de DGA constituye una **facultad** y no un deber. Lo mismo debe seguirse para suspensión atribuciones de juntas de vigilancia y de seccionamiento de corrientes naturales comprendidas en zona de escasez
- ▶ Ello no obsta a la fiscalización de protocolos acordados por los usuarios
- ▶ Aproximación subsidiaria a la redistribución de las aguas

Corte Suprema

Rol N°8811-2018

- ▶ Apelación de recurso de protección interpuesto ante la CAP Valparaíso (confirma sentencia apelada con declaración)
- ▶ **Considerando 9°**: la facultad de la DGA en el evento de escasez es, en general, redistribuir las aguas; potestad de suspender atribuciones de juntas de vigilancia es una forma en que la autoridad puede ejercer esta facultad más general; para estos efectos, DGA debe “**constatar**” inexistencia de acuerdo entre usuarios sobre una forma de redistribuir las aguas

- ▶ **Considerando 10°:** Principio de la Unidad de la Corriente → facultad de la DGA no se circunscribe a la jurisdicción de una junta de vigilancia determinada, sino que debe ejercerla en toda la zona afectada por la declaración de escasez, en función de las comunas afectadas por dicha declaración, más que según las juntas o cauces específicos existentes en ellas
- ▶ **Considerando 11°:** Art. 314 CA no impone exigencia cronológica en orden a que la autoridad deba **provocar** la manifestación de voluntad de los usuarios en cuanto a existir o no acuerdo para la redistribución de las aguas
- ▶ Precepto legal sólo exige inexistencia de una forma consensuada al respecto, para adoptar medida restrictiva, y no una oportunidad, lo que concuerda con la situación de urgencia sobre disponibilidad del recurso hídrico

- 
- ▶ DGA advirtió, con cercanía temporal razonable, una falta de acuerdo entre los usuarios, no constando siquiera un acuerdo de redistribución de aguas, que de manera “**preliminar**”, hubiere permitido sustituir la decisión administrativa
 - ▶ **Considerando 12º:** DGA no se aparta de la legalidad por no recabar pronunciamiento previo en orden a existir acuerdo sobre distribución de aguas, en las circunstancias del caso

- ▶ **Considerando 13º:** declaración de escasez abarcó zona más amplia que la afectada por suspensión de atribuciones de junta de vigilancia y cierre periódico de bocatomas sujetas a su jurisdicción
- ▶ Desproporción no explicada y trato desigual por existir otros usuarios respecto de los cuales facultad se ejercería de manera independiente por no formar parte de una junta de vigilancia
- ▶ DGA debe ejercer su facultad del art. 314 CA en forma igualitaria

5. Jurisprudencia Administrativa

Contraloría Gral. República

Dictamen N°7449/1991

- ▶ **Art. 314/3° CA:** DGA debe redistribuir el agua entre todos los usuarios y no puede favorecer a uno de ellos, como sería una compañía de agua potable, con el objeto de resolver problemas de suministro de agua potable de ciertos sectores residenciales que se abastecen de estero de cargo de la citada empresa
- ▶ Debe constar la falta de consenso de todos los usuarios. No basta la aceptación de la redistribución administrativa por uno solo de ellos

Contraloría Gral. República

Dictamen N°6620/1991

- ▶ **Art. 314/3° CA:** DGA debe redistribuir aguas **entre canales que capten aguas de un mismo cauce natural**, para reducir al mínimo los daños causados por la sequía, una vez declarada la escasez y a falta de acuerdo de los usuarios
- ▶ No pueden traspasarse aguas a un cauce natural provenientes de un álveo distinto, en ejercicio de las atribuciones del art. 314 CA
- ▶ Debe constar la falta de acuerdo de los usuarios

Contraloría Gral. República

Dictamen N°7479/1991

- ▶ **Art. 315 CA:** designación de persona para ejerza las atribuciones que indica el precepto legal, a falta de organización de usuarios de aguas, no puede exceder de 6 meses, que es el plazo para el cual se decreta administrativamente la escasez en la zona determinada

Contraloría Gral. República

Dictamen N°16545/1996

- ▶ **Art. 314 CA:** En períodos de escasez DGA puede excluir de la redistribución administrativa de las aguas disponibles a una de las secciones de un río, debido a que entre los usuarios de esta sección, agrupados en una Junta de Vigilancia, hubo acuerdo para redistribuir las aguas
- ▶ **Art. 315 CA:** DGA puede nombrar comisión para distribuir las aguas en sección de un río, a falta de una organización de usuarios, a petición de estos últimos

Contraloría Gral. República

Dictamen N°41046/2008

- ▶ Según **Oficio N°9796/2008**, declaración de zona de escasez se efectúa basada en que en las respectivas zonas se ha verificado - **al menos- uno de los supuestos** que exige la resolución de la DGA
- ▶ Resolución DGA, a la sazón vigente, indicaba que las “*condiciones que se señalan para cada región, pueden presentarse simultánea o separadamente*”
- ▶ Resolución DGA vigente es más clara en tal sentido y sigue esta jurisprudencia (puntos 3 y 8 Res. DGA N°1674/2012: aguas superficiales))

Contraloría Gral. República

Dictamen N°41046/2008

- ▶ **Art. 315 CA:** delegación de funciones dispuesta en resoluciones de la DGA, dictadas conforme a este artículo, no es materia sujeta a control preventivo de juridicidad por la CGR, según resolución 1600/2008 CGR
- ▶ CGR ejerce toma de razón respecto de los actos que, según su ley orgánica, deben tramitarse ante ella

Contraloría Gral. República

Dictamen N°55520/2014

- ▶ **Art. 314/4° CA:** Órgano de la Administración del Estado (DOH) autorizado por DGA para extraer agua en un bien nacional de uso público, incluido en zona declarada de escasez, **no requiere contar con la autorización de órganos que lo tienen a cargo**
- ▶ Construcción de pozos en cauce de un río y agua destinada al consumo de la población y no al consumo de propio servicio
- ▶ Autorización se requiere para constituir derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas
- ▶ Órganos deben adoptar medidas de coordinación (LOCBGAE)

Contraloría Gral. República

Dictamen N°71015/2017

- ▶ **Art. 314 CA:** Ministerio de Obras Públicas debe acompañar los antecedentes formales considerados para elaboración de informes técnicos que sustentan decreto que declara ciertas comunas como zona de escasez

Contraloría Gral. República

Dictamen N°23864/2018

- ▶ **Art. 314 CA:** Error no esencial en la transcripción del decreto que declara zona de escasez, referido al cumplimiento de las condiciones de precipitaciones para determinar la existencia de condiciones de sequía
- ▶ Principio de conservación del acto administrativo: art. 13 LBPA

Contraloría Gral. República

Dictamen N°52947/2020

- ▶ **Art. 314/3° CA:** Facultad de la DGA de redistribuir las aguas se ejerce cuando no hay acuerdo entre todos los usuarios de ellas
- ▶ El acuerdo debe ser compartido por todos los beneficiarios de la corriente afectada por la declaración de zona de escasez, quienes son los afectados por el fenómeno de la sequía, y no sólo por integrantes de Juntas de Vigilancia
- ▶ DGA debe ejercer función de cautela según art. 314 CA y dilucidar la afectación eventual de la totalidad de usuarios y adoptar medidas que sean atinentes al amparo del precepto legal

¡Muchas gracias!

