



PROGRAMA DE MAGISTER EN DERECHO AMBIENTAL

**ACTIVIDAD FORMATIVA EQUIVALENTE A TESIS
PARA ACCEDER EL GRADO DE MAGISTER EN DERECHO AMBIENTAL**

**RECONOCIMIENTO DEL VALOR DEL AGUA EN SEDE
AMBIENTAL**

**ANÁLISIS CRÍTICO DEL MARCO REGULATORIO Y LA
JURISPRUDENCIA NACIONAL EN RELACIÓN CON LA
VALORACIÓN AMBIENTAL DEL AGUA.**

Profesor: Sr. Sergio Montenegro Arriagada

Alumna: Carmen Herrera Indo

Santiago, DICIEMBRE 2018

Contenido

INTRODUCCION	3
MARCO TEORICO: VALORACION, PRECIO Y ASIGNACION DEL AGUA	7
MOTIVACIÓN.....	10
MECANISMO DE ASIGNACIÓN Y REASIGNACIÓN.....	12
VALOR AMBIENTAL DEL AGUA: RECONOCIMIENTO Y METODOLOGÍAS	18
VALORACION DEL MEDIOAMBIENTE Y DE LAS AGUAS	18
¿ES POSIBLE ESTABLECER EL PRECIO DE UN BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO?	25
VALOR AMBIENTAL DEL AGUA	27
RECONOCIMIENTO DEL VALOR DEL AGUA EN INSTITUCIONES CHILENAS	30
AGUA PARA EL USO SANITARIO	30
El sistema sanitario en Chile.....	30
Valoración del agua cruda	33
Determinación del valor de agua cruda	33
VALOR DEL AGUA SEGÚN EL CODIGO DE AGUAS	38
Las patentes por no uso	39
Sanciones por infracciones al Código de Aguas	46
VALOR AMBIENTAL DEL AGUA EN CHILE	52
SERVICIOS ECOSISTEMICOS.....	52
ACCIÓN POR DAÑO AMBIENTAL E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS	55
REVISIÓN DE JURISPRUDENCIA	60
Asociación de Canalistas del Embalse Pitama con Soc. Concesionaria Rutas del Pacifico S.A .	60
Maria Calfinir Llancaqueo con Aguas Araucanía S.A.....	64
Consejo de Defensa del Estado con Sociedad Contractual Minera Compañía (De Salitre y Yodo Soledad).....	67
Junta de Vecinos Villa Disputada de las Condes y Otro con Municipalidad de Nogales	71
CONCLUSIONES	75
BIBLIOGRAFÍA.....	82

INTRODUCCION

La tenencia o propiedad sobre los recursos naturales provoca tantas opiniones, interpretaciones, regulaciones y aplicaciones como lugares donde se realice dicho ejercicio. Su gestión, otorgamiento, cuidado y conservación responde a las necesidades y condiciones naturales propias del país, o unidad territorial, que tiene a su cargo la administración. En ese sentido, y sin profundizar el análisis de este tema, es posible afirmar que la economía de Chile depende de manera importante de los recursos naturales¹, por lo tanto la determinación del alcance de estas herramientas resulta de principal importancia, aun mas considerando que produce casi un tercio del cobre mundial, lo cual representa más de la mitad de las exportaciones, es el segundo mayor productor de salmón del mundo y el cuarto mayor exportador de vino. Todas estas actividades se basan en la explotación de recursos naturales, y aún más, consideran la utilización de agua en sus procesos productivos, tal como la mayoría de los procesos productivos industriales. Por ello resulta de tremenda importancia y de primera necesidad para nuestro país analizar cómo afectan las diferentes características que pueden adoptar los sistemas de administración de los estos recursos en cada unidad territorial político-administrativa. En ese contexto, este trabajo se enfocara en una arista de análisis del régimen que regula el modo de adquirir el dominio de estos bienes y la calidad jurídica en que se otorga a los a los particulares y sus intereses privados la propiedad, uso o usufructo de los mismos.

La posibilidad, e incluso en algunos casos, la necesidad de otorgar a los titulares el uso y goce, sobre las aguas, a través de diferentes concesiones o licencias u otros como el derecho de aprovechamiento de aguas, que lo consignan como titular, hace suponer una contradicción entre el modo en que la administración pública desarrolla sus atribuciones y facultades, y como el titular del derecho de aprovechamiento de aguas, ejerce su titularidad y propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, y no sobre las aguas propiamente tal.

¹ ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA OCDE CHILE, 2013, página 4,) [en línea], <<https://www.oecd.org/eco/surveys/Overview%20Chile%20spanish.pdf>>, [21 de febrero de 2018]

En atención a lo expuesto, resulta evidente el problema que surge al administrar un recurso que sirve no tan solo como insumo productivo, sino que además detenta una serie de tareas biológicas, como la mantención de la especie humana y el ecosistema. Los problemas que surgen al tratar de conciliar la responsabilidad del Estado de administrar el manejo y el cuidado del agua, y la obligación del mismo Estado -y de todos- de respetar la propiedad privada, se multiplican exponencialmente cuando se considera que se trata de un mismo recurso que sirve de base para la economía de un país, pero que se otorga de manera gratuita y cuyo valor es indeterminado. Si bien legalmente se entiende que el agua es un bien nacional de uso público, su uso, goce y disposición se otorga de manera perpetua e indefinida a los titulares que pueden hacer uso de esta sin más límite que las características que determina el mismo el título que la otorga, referidas específicamente a naturaleza, ejercicio y caudal del mismo.

El agua es un elemento esencial para la vida humana y fundamental para la sustentabilidad del ecosistema que la rodea, por lo que la manera en que se administra este recurso, resulta importante para la vida del ser humano, de manera directa, para su consumo personal, pero de manera indirecta además, para sostener a través del tiempo, el ecosistema en que se desarrolla y por supuesto sustentar el desarrollo de la economía en la que se encuentra. Incluso, si se abandona esta concepción antropocéntrica, que otorga valor al agua desde el punto de vista de la utilidad que le presta al hombre, resulta del todo razonable, prestar mayor atención a la manera en que el agua forma parte del medio ambiente y su cuidado.

Dicho lo anterior, resulta particularmente interesante el modo en que la legislación chilena dispone la administración de las aguas, especialmente, con el otorgamiento a particulares de la propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas. Como es de esperar, dicha propiedad influye de manera positiva en conseguir los objetivos vinculados a la producción de bienes y servicios, pero su influencia es bastante desconocida en términos de conservación y protección del recurso hídrico, no tan solo desde el punto de vista sectorial, propio de la

administración, sino que también desde su componente ambiental, en una mirada más integral que contempla la diversidad de servicios ecosistémicos que presta.

En Chile, las aguas se otorgan a los particulares a través de un instrumento jurídico denominado derecho de aprovechamiento de aguas, conforme lo dispone el Código de Aguas, que es el principal cuerpo normativo referido a este recurso. Cabe recordar, que conforme lo dispone el artículo 595 del Código Civil Chileno, todas las aguas son bienes nacionales de uso público. Aun mas, el Código de Aguas, dispone en el mismo sentido, que las aguas son bienes nacionales de uso público. Pero es tal vez, otro elemento, el que genera mayor atención, en el contexto del análisis, y es que el otorgamiento del derecho de aprovechamiento de aguas se realiza de manera gratuita, permanente y perpetua, por parte del Estado al particular.

El presente trabajo, fijara su atención en una de las características del otorgamiento del derecho de aprovechamiento de aguas, cuál es su constitución de manera gratuita, y los alcances que dicho otorgamiento tiene en la administración del recurso hídrico y sus repercusiones en el ámbito ambiental. Para ello, resulta relevante consignar que se prestará atención a los servicios ecosistémicos que presta el agua y como la jurisprudencia ha reconocido su valor, en tanto en fallos administrativos como judiciales. El principal objetivo de este trabajo, reconociendo esta característica, es reconocer la existencia o no de la valoración ambiental del recurso hídrico, ofrecer una alternativa legal que pueda aportar un instrumento eficiente que permita ponderar de manera objetiva, cierta y conocida el valor del agua en un sistema como el que mantiene Chile. Se revisaran antecedentes legales que otorguen un valor monetario el agua, que permitan distinguir cual es el marco normativo existente; pero también revisaremos jurisprudencia ambiental que permita determinar el valor efectivo que se le otorga al recurso hídrico. Hecho dicho análisis se propondrá el método de tasación fiscal, considerando que esta debe basarse en definiciones técnicas y la legislación vigente. En otras palabras, se pretende rescatar la utilidad de generar un sistema de avalúo fiscal del agua que permita tanto a la judicatura como a la

administración encontrar parámetros y criterios de evaluación del agua en todas sus dimensiones, reconociendo el daño ambiental en el componente agua y la posible disminución de los servicios ecosistémicos que este bien ambiental presta.

MARCO TEORICO: VALORACION, PRECIO Y ASIGNACION DEL AGUA

En el presente apartado se intentará instalar las bases conceptuales que se consideran para el análisis posterior de este trabajo. Como se ha dicho, al parecer la relevancia de reconocer y otorgar valor a los recursos naturales, no es un tema discutido, sino que la dificultad radica en decidir el mecanismo o metodología óptima para hacerlo. Por ello, se revisarán distintos lineamientos que permiten una aproximación al sistema chileno, y cuáles son las instituciones jurídicas dentro de las que se desarrollan estas estimaciones. Como se podrá notar al final de este capítulo, habiéndose adoptado un sistema de reasignación que considera dentro de sus principales criterios la oferta y demanda, parece importante detenerse a evaluar cuál es el valor que se le ha otorgado al agua, o como se precisara al derecho de aprovechamiento de ellas.

VALOR Y PRECIO

Aun cuando este trabajo no trata sobre economía ambiental, considerando el análisis propuesto, es necesario aclarar el sentido que algunos conceptos que se utilizaran en el desarrollo de este. Para ello, se optara por conceptos generales, útiles para este estudio, atendiendo al sentido natural y obvio de cada palabra.

En primer lugar, resulta relevante definir como entenderemos el concepto “valor”. La palabra valor tiene diferentes interpretaciones, atendiendo al específico campo en que se utilice, pero para este trabajo, se utilizaran de manera equivalente, dos de las acepciones que considera el Diccionario de la Real Academia Española². En primer lugar como el grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite, y en segundo lugar, como la cualidad de las cosas en virtud de la se da por poseerlas cierta suma de dinero o equivalente. En ambos casos es posible observar que la característica en cuestión

² Diccionario de Lengua Española, 2017 (23.1 versión electrónica) [en línea] <<http://dle.rae.es/?id=bJeLxWG>> [21 de febrero de 2018]

emana directamente de la cosa, y que tiene una connotación al menos positiva, en el sentido que su apreciación se basa en la satisfacción de una necesidad o la capacidad de proporcionar bienestar. Esos serán los dos elementos de la definición que serán útiles para el desarrollo del presente documento. En segundo lugar, es necesaria la distinción con el concepto “precio”; en ese sentido se define como el valor pecuniario que se estima de algo o el esfuerzo, pérdida o sufrimiento que sirve de medio para conseguir algo o que se presta o padece con ocasión de ello. Estas dos interpretaciones, provenientes de la misma fuente antes citada, tienen un sentido diverso al concepto de valor; o al menos, en este contexto, es necesario acentuar dichas características. A primera vista puede notarse que se refiere a “lo” que una persona está dispuesta a ceder con el fin de obtener otra cosa; este es el elemento relevante que rescataremos de dicha definición, y que circunscribiremos para objeto de este documento al dinero que una persona está dispuesta a entregar, a cambio de conseguir un bien. En ese sentido, es necesario resaltar una segunda característica de esta última definición, y esto es, que a diferencia de la primera, el precio no emana directamente de la cosa o bien, sino que más bien, es correspondiente al dinero, esfuerzo o pérdida que un individuo está dispuesto a entregar o soportar. Además, resulta necesario reconocer que el precio está vinculado con el intercambio o transacción, característica particularmente relevante para el sistema chileno.

Expuesto lo anterior, es menester entender porque esta distinción es relevante y necesaria para los próximos párrafos. Según lo expuesto, se debe entender que al agua tiene un valor – y puede ser valorada- considerando sus diferentes usos; pero adquiere un valor económico, cuando esa valoración se traspa a su precio, en el contexto de un intercambio o transacción, considerándolo como insumo para una determinada actividad económica. Dicho de otra manera, el valor del agua se cuantifica mediante una estimación económica, y se cobra a través de un precio, cuando se adquiere mediante una operación económica o fue parte del proceso productivo de un bien o servicio. Así también, como se explicara más adelante, el agua, o el derecho de aprovechamiento de ella, en Chile toma un valor en sí mismo, y puede enajenarse a través de un determinado precio.

Tal como lo consigna la Declaración de Dublín³, en su principio número 4, “El agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico.” Dicho lo anterior, no importa la mirada con que se analicen los diferentes usos de las aguas, todos ellos tienen un valor económico, y en lo que importa a este trabajo, los diferentes usos de las aguas, deben ser capaces de reconocer, establecer y determinar el valor que le corresponda.

Dependiendo de los diferentes usos que se le dé al recurso hídrico, se podrán ejecutar distintas valoraciones, es decir, considerando distintos factores, como la utilidad o bienestar que reporta, se podrá establecer un valor; sin embargo, es necesario definir primero, que el agua en sus condiciones naturales tiene un valor económico⁴. Dicho valor se compone de valores de uso directo e indirecto, valor de opción y valor intrínseco (valor de existencia y de legado). El valor de uso directo puede ser consultivo o no. Los valores de uso consultivo corresponden al valor para los usuarios de riego, domésticos, industriales y cualquier otra actividad que consuma agua. Los valores de uso no consultivo corresponden al valor para los usuarios de generación hidroeléctrica, navegación, recreación y cualquier uso directo de las aguas con la condición de que no se consuma. El valor de uso indirecto corresponde al valor que la sociedad le da al recurso por la función que éste cumple.⁵

Para terminar, cabe señalar que todas las distinciones realizadas en estos párrafos, responden a interpretaciones propias de ciertas teorías, y dichas interpretaciones responden a las diferentes escuelas de interpretación. En sentido, en este trabajo se comparte lo expresado por MAN YU CHANG⁶ Todas las escuelas económicas tuvieron que definir qué es el valor como primer paso en la

³ Declaración de Dublín, 1992 , [en línea] <http://www.un-documents.net/h2o-dub.htm> [21 de febrero de 2018]

⁴ PEREZ ROAS, Jose A. Valoración Económica del Agua, [en línea] Centro Interamericano de Desarrollo e Investigación Ambiental y Territorial, CIDIAT. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela. <http://webdelprofesor.ula.ve/cidiat/prjose/Investigaciones/PONENCIA%20DEFINITIVA.pdf> [21 de febrero de 2018]

⁵ IGUAL 3

⁶ Chang, Man Yu, La economía ambiental, en ¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable, México, Miguel Ángel Porrúa, 2005

elaboración de sus teorías. Para los clásicos (Smith, Ricardo y Marx) el valor de un bien depende de las condiciones de producción, según la cantidad de trabajo incorporado, lo que refleja la dificultad de su producción. Para los neoclásicos el valor de un bien es definido por la utilidad marginal (utilidad de la última dosis consumida). El valor pasa así a ser subjetivo, dependiendo de las preferencias personales⁷. Y en opinión del autor⁸ La economía neoclásica en realidad confunde valor y precio. En rigor, no habla de valor (concepto derivado de la producción), sino de precio (concepto derivado del mercado).

MOTIVACIÓN

La necesidad por tanto, de establecer un precio o al menos definir los estándares de valoración que faciliten la fijación de un precio, es la motivación necesaria para referirse a la economía ambiental. Cabe aclarar que además de la economía ambiental, existen una serie de disciplinas a través de las cuales, las diferentes actividades económicas realizan este ejercicio de valoración, y traspasan al determinado bien o servicio el precio o tarifa que detenta el agua. Este tema será analizado en detención más adelante.

Como punto de partida, debe considerarse que la economía ambiental se basa, entonces, en los mismos conceptos y presupuestos básicos de la teoría neoclásica, que concentra el análisis sobre la escasez, y donde los bienes son valorados según su abundancia-rareza, de tal manera que cuando se trata de bienes escasos, éstos son considerados bienes económicos, mientras que cuando son bienes abundantes, no son económicos.⁹

Para seguir el análisis, será relevante rescatar de esta primera concepción, cual es el foco de análisis de un bien económico, esto es, su escasez y en ese sentido cuales son los presupuestos que se analizan para la valoración ambiental de un bien económico determinado a través de su abundancia o rareza. La aplicación de

⁷ IGUAL 5

⁸ IGUAL 5-6 P.13

⁹ IGUAL 5, 6 y 7

estos conceptos en el ejercicio de valoración del agua es sumamente relevante, y es tal vez la manera más directa de apreciar su implicancia. La valoración económica de un bien cuya escasez es evidente y cada vez mayor, es fácilmente apreciable con el incremento de su precio. Por ejemplo, tal como se señala en el estudio de la Comisión Nacional de Riego, respecto a la Estimación del precio privado de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas¹⁰ “En este contexto de escasez, cualquier asignación de este recurso genera una alta cantidad de usos alternativos para los cuales no existe la disponibilidad necesaria. Ello implica que el recurso hídrico presenta costos de oportunidad crecientes a través del tiempo. Por ello, es necesario que el agua tenga un precio de escasez que permita internalizar los costos de oportunidad en las decisiones de asignación del agua entre sus múltiples usos, en forma económicamente eficiente (Parker and Tsur, 1997)”.

Desde esta perspectiva, se debe atender a dos elementos. Desde la perspectiva de la eficiencia, el precio del agua, debería incentivar un uso más eficiente del agua. La existencia de un precio para el agua también incentiva su ahorro. En ese sentido, el mayor precio de un bien como el agua, debería incentivar que su uso no tan solo fuera menor, sino que más bien eficiente. La ignorancia, en el pasado, del valor económico del agua ha conducido al derroche y a la utilización de este recurso con efectos perjudiciales para el medio ambiente. La gestión del agua, en su condición de bien económico, es un medio importante de conseguir un aprovechamiento eficaz y equitativo y de favorecer la conservación y protección de los recursos hídricos¹¹.

Este elemento, es ponderable para aquellas personas que usan el agua, cuyo incentivo es a usarla menos o usarla mejor, pero el segundo elemento a considerar, es qué es lo que sucede con aquellos individuos que no la tienen y desean obtenerla. Y en ese punto, resulta importante reconocer al costo de oportunidad. Ya se ha dicho, que la escasez, es el elemento fundamental en el valor que se le entrega a un bien, y que por tanto la valoración del agua, estará

¹⁰ CRISTI, Oscar, DONOSO, Guillermo y MELO, Oscar (Asesorías y Consultorías del Desarrollo S.A.), “Análisis estimación del precio privado de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas”, Santiago, Chile, 2013

¹¹ IGUAL 3

determinada por su escasez o abundancia, y que por tanto su precio, se incrementara en cuanto exista menor disponibilidad. La disponibilidad del agua, nos introduce a un concepto antes mencionado, relativo a la asignación y reasignación del mismo, y es en este contexto en el que el costo de oportunidad, resulta un factor determinante en su valoración. La escasez del agua implica que cualquier asignación de ésta genera una cantidad de usos alternativos para los cuales no existe la disponibilidad necesaria y, por ende, beneficios que la sociedad deja de percibir. Esto representa el costo de oportunidad de emplear el recurso agua, razón por la cual debe estar óptimamente asignada. Para obtener esta asignación óptima se debe cumplir la condición de que el beneficio marginal resultante del uso del recurso en cada sector sea igual para cada uno de ellos. Cuando éstos no son iguales es posible incrementar los beneficios netos para la sociedad transfiriendo agua desde los sectores con beneficios netos marginales bajos a aquellos con mayores beneficios netos¹².

De ello, resulta importante, conocer los mecanismos de asignación y reasignación de aguas, o como se analizará, de las autorizaciones para su uso.

MECANISMO DE ASIGNACIÓN Y REASIGNACIÓN

Tal como se ha mencionado, la eficiencia en el uso y el costo de oportunidad, provoca la necesidad de establecer mecanismos de asignación y reasignación.

Con el objeto de dar efecto al criterio de eficiencia se pueden utilizar dos mecanismos. El primero consiste en el uso de procedimientos para la toma de decisión y el establecimiento de un marco institucional adecuado. Así, deberían considerarse por ejemplo, el derecho a ser oído, la obligación de la autoridad de fundamentar la negativa al otorgamiento de un permiso o licencia y el derecho de

¹² JORNADAS de Derecho de Aguas (III, 2000, Santiago, Chile) Análisis de los Mercados de Derechos de Aprovechamiento de Agua en las cuencas del Maipo y el sistema Paloma en Chile: Efectos de la variabilidad en la oferta hídrica y de los costos de transacción, Santiago, Chile, Programa de derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 6 / Vol. III N° 2 / julio-septiembre 2001

apelar una decisión administrativa. El segundo mecanismo consiste en el uso de instrumentos económicos y de mercado tales como los precios, los programas de subsidios, el establecimiento de mercados de agua, las asociaciones públicas y privadas (concesiones), los programas de privatización y los sistemas de comercialización de derechos¹³.

Comenzaremos por los mecanismos de asignación. En Chile, tal como se dijo, las aguas se utilizan a través de un instrumento legal denominado derecho de aprovechamiento de aguas. El derecho de aprovechamiento de aguas, es otorga originariamente por un acto de autoridad.

Antes de continuar, es necesario manifestar la diferencia entre las aguas, como recurso, bien o componente ambiental, y el derecho que recae sobre ella, que solo autoriza a su titulas y usar y gozar de ellas. En ese sentido, es necesario recalcar que a los titulares no se les otorga o asignan aguas, sino que el uso y goce sobre ellas, como claramente lo establece el artículo 5 del Código de Aguas, según el cual las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas¹⁴. Por tanto, para esta parte del documento, la referencia a la “asignación de las aguas” se refiere, en el caso de Chile, al otorgamiento de un derecho de aprovechamiento de aguas, y más adelante, cuando se trate de la “reasignación” nuevamente, se hace referencia al cambio de titular en el derecho de aprovechamiento de aguas, y por tanto, el cambio en la titularidad respecto al uso y goce de estas.

El Código de Aguas, dispone la posibilidad de otorgar a un titular un derecho de aprovechamiento de las aguas, que lo autoriza para usar y gozar de ellas, y a su vez, la posibilidad de ejercer sobre estos derechos, actos y contratos traslaticios de dominio de estos, como también la constitución de derechos reales sobre ellos

¹³ IZA, Alejandro O. y ROYERE, Marta B. (Editores) Gobernanza del agua en América del Sur: dimensión ambiental. UICN, Gland, Suiza y Cambridge, Reino Unido. 2006, PÁGINA 9

¹⁴ Decreto con Fuerza de Ley n°1122, Fija texto del Código de Aguas, Código de Aguas, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, octubre de 1981

y los actos y contratos traslaticios de los mismos¹⁵. Aun cuando este artículo, autoriza expresamente la reasignación de estos derechos, al celebrar contratos traslaticios de dominio, previo a tratar dicho tema es necesario precisar que existen al menos tres métodos distintos para otorgar, regularizar y determinar derechos de aprovechamiento de aguas originariamente. La Dirección General de Agua es el Servicio del Estado en el cual esta delegada la facultad de otorgar de manera originaria derechos de aprovechamiento de aguas, y entregarlo a particulares. Luego de la tramitación de una solicitud de un titular conforme a lo establecido en los artículos 131 y siguientes del Código de Aguas, especialmente lo referido en los artículos 149 y 150¹⁶, dicho Servicio dicta una resolución, y cumplirse con los presupuestos legales se le otorga un derecho de aprovechamiento de aguas al particular de manera gratuita. Pero además, de la Dirección General de Aguas, existen al menos dos otras instituciones con

¹⁵ Decreto con Fuerza de Ley n°1122, Fija texto del Código de Aguas, Código de Aguas, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, octubre de 1981 Artículo 113: Se perfeccionarán por escritura pública los actos y contratos traslaticios de dominio de derechos de aprovechamiento, como también la constitución de derechos reales sobre ellos y los actos y contratos traslaticios de los mismos.

¹⁶ Decreto con Fuerza de Ley n°1122, Fija texto del Código de Aguas, Código de Aguas, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, octubre de 1981

Artículo 149.- El acto administrativo en cuya virtud se constituye el derecho contendrá:

1. El nombre del adquirente;
2. El nombre del álveo o individualización de la comuna en que se encuentre la captación de las aguas subterráneas que se necesita aprovechar y el área de protección;
3. La cantidad de agua que se autoriza extraer, expresada en la forma prevista en el artículo 7º de este Código;
4. El o los puntos precisos donde se captará el agua y el modo de extraerla;
5. El desnivel y puntos de restitución de las aguas; si se trata de usos no consuntivos;
6. Si el derecho es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas, y
7. Otras especificaciones técnicas relacionadas con la naturaleza especial del respectivo derecho y las modalidades que lo afecten, con el objetivo de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 147 bis, el derecho de aprovechamiento constituido de conformidad al presente artículo, no quedará en modo alguno condicionado a un determinado uso y su titular o los sucesores en el dominio a cualquier título podrán destinarlo a los fines que estimen pertinentes.

Artículo 150.- La resolución que otorgue el derecho se reducirá a escritura pública que suscribirán el interesado y el funcionario que se designe al efecto y una copia de ella deberá inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente.

La Dirección General de Aguas deberá registrar toda resolución por la cual se constituya un derecho, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 122°.

capacidad de regularizar o determinar derechos de aprovechamiento de aguas. En el primer sentido, en el de regularizar derechos de aprovechamiento de aguas, se encuentra lo dispuesto en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, entendiéndose que aquellos usuarios de aguas, que cumplan con ciertas y determinadas características *podrán solicitar inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos*¹⁷, concurriendo ante el tribunal de justicia correspondiente, a fin de que este falle conforme al artículo 177 del mismo cuerpo legal. Respecto a este artículo cabe aclarar dos puntos. El primero es que este artículo, reconoce un mismo procedimiento para dos supuestos distintos; uno de ellos, es la regularización de un título que se mantiene inscrito a nombre de un titular, pero en uso de otro, y la segunda, establecida en el inciso sexto, respecto a aquel titular que se encuentra en uso de las aguas, mas no hay un título legal que lo justifique. En esta parte del texto, respecto a los modos que contempla la ley para otorgar originariamente un derecho de aprovechamiento de aguas, estamos haciendo referencia a esta última situación, es decir, aquella en que no existe un título, y el tribunal lo genera a través de la sentencia que acoge positivamente el requerimiento de un usuario de aguas. El segundo punto que aclarar respecto al artículo 2° transitorio del Código de Aguas, es que según su redacción, este acto de autoridad correspondería a un acto declarativo, que reconoce una situación de hecho, cual es el uso de las aguas, en ese sentido, tal como señala Bravo¹⁸ cabe precisar que si bien la (in)subsistencia de los derechos antiguos es una cuestión que depende exclusivamente de la (in)existencia de uso efectivo de las aguas respectivas, de manera que esa sola circunstancia hace procedente la aplicación de una u otra solución, consideramos que la decisión correspondiente debiera ser adoptada en el marco de un proceso judicial declarativo.

La última posibilidad a revisar en esta enumeración de mecanismos de asignación de derechos de aprovechamiento de aguas a particulares en Chile, es la

¹⁷ Decreto con Fuerza de Ley n°1122, Fija texto del Código de Aguas, Código de Aguas, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, octubre de 1981

¹⁸ RIVERA, Daniela, Subsistencia y ajuste de antiguos derechos en base al uso efectivo de las aguas. El especial caso del reconocimiento de usos consuetudinarios. Tesis (Doctor en Derecho) Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2011, 401 páginas

considerada en el artículo 5° transitorio del Código de Aguas. La naturaleza de esta disposición, es distinta. Su naturaleza originaria es absolutamente cuestionable. Si bien con el artículo 2° transitorio, la posibilidad de considerarlo como un mecanismo de asignación, se justifica en que una situación de hecho se consolida en un título jurídico, este caso es diferente. Sin bien el artículo 5° transitorio¹⁹ le otorga facultades al Servicio Agrícola y Ganadero, determinar los derechos de aprovechamiento provenientes de predios expropiados total o parcialmente o adquiridos a cualquier título por aplicación de las leyes 15.020 y 16.640, para que posteriormente, con dicho acto de autoridad, el titular tenga la capacidad de proceder a inscribir el título jurídico correspondiente. Entonces, en este caso, más que una asignación originaria, corresponde la determinación de un título jurídico ya existente.

Consignadas las 3 (o 2) formas de obtener un derecho de aprovechamiento de aguas, de modo originario, es menester considerar, el mecanismo de reasignación de dichos de aprovechamiento de aguas que dispone el derecho chileno.

Debe recordarse lo ya expresado, en el sentido de que tanto la eficiencia en el uso y su costo de oportunidad, son factores determinantes para definir un mecanismo de reasignación de un bien, considerando además, que el bien al que nos referimos en este caso, es un bien escaso y de primera necesidad tanto para la subsistencia de la vida como para diferentes procesos productivos.

De los diferentes mecanismos de reasignación, el derecho chileno ha optado por reconocer la autonomía de cada uno de los particulares libres de actuar como sujetos económicos en un mercado. Dicho de otra manera, el mercado, regulará a través de su oferta y demanda, la reasignación de derechos de aprovechamiento de aguas entre particulares que sean titulares tales derechos. Aun cuando esta decisión no consta literalmente en ningún cuerpo legal, las normas del Código de Aguas hacen referencia clara a ello, y su aplicación –no su eficiencia- es indudable. Tal como se mencionó más adelante, el propio artículo²⁰ reconoce a los

¹⁹ IGUAL 16

²⁰ IGUAL 14

particulares, a su vez, la posibilidad de ejercer sobre estos derechos, actos y contratos traslaticios de dominio, como también la constitución de derechos reales sobre ellos. Se ha sostenido que el agua es considerada como un bien económico, de manera que la intervención de la autoridad a su respecto debería reducirse al mínimo posible, siendo el mercado el único medio idóneo para garantizar el uso eficiente del recurso²¹. Aunque en este trabajo no se analizara la idoneidad o eficiencia del mercado para reasignar derechos de aprovechamiento de aguas, basta con establecer que es el mecanismo que se ha elegido en el sistema chileno.

²¹ HERNANDEZ Astudillo, Romualdo, Reforma Agraria y evolución del marco jurídico del agua en Chile, [en línea] Estudio Legislativo de la FAO en línea #59, junio de 2006 <http://www.fao.org/3/a-bb092s.pdf> [21 de febrero de 2018]

VALOR AMBIENTAL DEL AGUA: RECONOCIMIENTO Y METODOLOGÍAS

Habiendo establecido el alcance y uso de los primeros conceptos de estudio de este trabajo, y habiendo fijado el modo en que se entenderá los términos de uso común, habiendo además expresado la importancia de realizar este ejercicio de valoración, y por ultimo entendiendo cuales son los mecanismos de asignación o reasignación dentro de los cuales puede realizarse esta labor, en este capítulo avanzaremos hacia el reconocimiento de una valoración específica del recurso hídrico, y en especial entender la concepción ambiental mediante la cual se hace necesario hacerlo. No tan solo se atenderá a la motivación por la cual se valora el agua ambientalmente, sino que también cuales son los métodos que se utilizan, al menos conceptualmente para ello.

VALORACION DEL MEDIOAMBIENTE Y DE LAS AGUAS

Para empezar este acápite, es necesario realizar dos distinciones. En primer lugar, resulta necesario recordar la distinción ya establecida entre valor y precio. En segundo lugar, se debe distinguir entre la valoración del medioambiente y la valoración del agua.

Respecto al primer punto, tal como se dijo, en resumen, definiremos el valor como el grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite y el precio como el valor pecuniario que se estima de algo. Pero la segunda distinción, requiere mayor detención. El ejercicio de valorar dos cosas distintas, resulta fácil, a lo menos desde la lógica práctica, en el sentido que aplicar las distintas metodologías a cada uno de ellos. Pero en este caso es particular porque el agua forma parte del medioambiente. Es decir, cuando se valora el medioambiente, no puede abstraerse la valoración de cada uno de sus componentes. Pero aun así, esto no resulta del todo cierto, puesto que se describirán más abajo, mecanismos que reconocen al medioambiente de manera unitaria, y no requieren su fragmentación en los distintos componentes,

aunque esto puede hacerse. Dicho de otro modo, la valoración del medioambiente, no es necesariamente, igual a la suma del valor de los distintos componentes que lo conforman. El medioambiente puede valorarse de manera independiente. Sin embargo, la valoración de las aguas podría influir en ello. Si bien se reconoce la posible valoración del agua de manera autónoma, el ejercicio que se quiere realizar en este trabajo, dice relación con la existencia o no, de la valoración del agua, en el contexto ambiental. Este concepto se precisará en el capítulo siguiente, pero por ahora es necesario entender que cada actividad, servicio o producto que contempla en su insumo o proceso productivo –o existencia, desde la perspectiva ambiental- realizan este ejercicio de valoración.

Considerando las distinciones expuestas recientemente, se puede intentar distinguir los distintos tipos de valor que se le reconocen al medioambiente, y posteriormente los mecanismos para establecerlos. Primeramente, resulta interesante lo propuesto por Azqueta et al (2007)²², en el sentido de reconocer al menos tres tipos de valor ambiental, el valor de uso, el valor de opción y el valor de no uso. El primero de estos, es aquel que se refiere al valor que se le otorga al medioambiente, desde una perspectiva instrumental; el segundo concepto, se refiere a la valoración que un individuo hace de las posibilidades futuras de “utilizar”²³ el medioambiente. Por último, el valor de no uso, de manera simple, puede asociarse al valor de existencia. Todas estas valoraciones, según el autor, serían valores extrínsecos. Es decir, se valora el bien en cuestión, porque se valora algo distinto al mismo bien: el propio bienestar o el bienestar ajeno. Muchos de estos valores extrínsecos, aunque no todos, tienen asimismo un carácter instrumental (casi todos los valores de uso y de opción)²⁴. Sin embargo, se señala en el texto citado, que existirían al menos dos utilidades que marcarían una

²² AZQUETA, Diego, Introducción a la Economía Ambiental. 2º edición, Madrid, España, Ed. McGraw-Hill. 2002, 456 páginas.

²³ Por “utilizar” el medioambiente, entenderemos las diferentes acciones, que ejerce un individuo para servirse de tanto de las características propias de algún recurso natural que forma parte del sistema ambiental (medioambiente) como de este sistema en su conjunto, para satisfacer distintas necesidades o desarrollar ciertas industrias.

²⁴ AZQUETA, Diego, Introducción a la Economía Ambiental. 2º edición, Madrid, España, Ed. McGraw-Hill. 2002, 456 páginas, PÁGINAS 84 A 86

diferencia con este valor extrínseco. Tanto el valor simbólico y como el reconocimiento de derechos fundamentales en favor de otras especies o ecosistemas, reconocerían un valor intrínseco.

En segundo término, debe señalarse que los mecanismos para determinar estos valores son diferentes y en algunos casos bastante difusos. Respecto a los métodos de valoración del medioambiente, Pere Riera (1994) recopila²⁵ métodos de valoración ambiental utilizados en el tiempo. En primer lugar reconoce el método denominado el modelo del “Coste de Desplazamiento”, cuyo uso puede detectarse desde el año 1947. Según se plantea, corresponde a la valoración social de un espacio medioambiental y recreativo concreto, pero extensible a otros bienes²⁶. Un segundo mecanismo, es el “Modelo de los Precios Hedónicos”, conceptualizado formalmente en el año 1974, y se utiliza para la valoración de las externalidades ambientales y los bienes de no mercado. Este modelo desglosa el precio de un bien privado, de mercado, en función de varias características. Estas características tienen un precio implícito cuya suma determina, en una proporción estimable, el precio de un bien de mercado que se observa²⁷. Cabe señalar, que se mencionan estos dos modelos, a fin establecer los distintos métodos que se han utilizado para valorar el medioambiente. Sin embargo, es respecto al tercer método, denominado “valoración contingente”, al que establece que es una de las técnicas –a menudo la única- que tenemos para la estimación de bienes (productos y servicios) para los que no existe mercado²⁸. Este método consiste en la aplicación de una encuesta, donde los cuestionarios juegan el papel de un mercado hipotético. El método se basa en dos tipos de análisis directo: el de la voluntad de pago o disposición a pagar y el de la voluntad de renuncia o disposición a ser compensado, ambos referidos a un uso relacionado con dicho bien o servicio por parte del encuestado. Las respuestas individuales se agregan

²⁵ RIERA, Pere, Manual de Valoración Contingente, Madrid, España, Ministerio de Hacienda, Centro de Publicaciones, Instituto de Estudios Fiscales, 1994, 188 páginas

²⁶ IGUAL 24, PAGINA 6

²⁷ IGUAL 24 Y 25, PAGINA 9

²⁸ IGUAL24, 25 Y 26, PAGINA 5

para generar o simular un mercado hipotético.²⁹ Por último, se mencionara el método de la “Preferencia Formulada”, que es más reciente (1994) y que se encuentra en desarrollo. Este método promete mejoras para el proceso de valoración directa, ya que a través de esta herramienta se cree posible obtener respuestas con respecto a un rango más amplio de características³⁰.

Es notorio que las metodologías antes mencionadas, son propuestas conceptuales que pretenden entregarnos herramientas para valorar el medioambiente. Sin embargo su resultado es sumamente abstracto, y aun cuando parecen útiles para el análisis, es difícil utilizar estos métodos a un sistema real, que establezca un valor traspasable a un precio o valor pecuniario.

Por ello, se debe considerar otro mecanismo de valoración del medioambiente, el mercado. Este se manifiesta de modo más práctico, cuyos factores y determinación se basan en la realidad. El mercado es el que informa sobre el valor de una gran cantidad de bienes y servicios, y el que organiza en consecuencia su proceso de producción y distribución. Tendría sentido, por tanto, tratar de descubrir el valor asociado a los distintos estados de la naturaleza entre los que hay que optar, y que difieren en cuanto a la calidad ambiental de cada uno de ellos, utilizando para ello la misma lógica que emplea el sistema de mercado para valorar el resto de bienes y servicios que quedan bajo su dominio³¹. Cabe aclarar sin embargo, que tal como se mencionó en párrafos anteriores, se intenta valorar un bien, para el cual no existe mercado, o incluso, la absurda conclusión de que el mercado decida el medioambiente en el que se debe sustentar la vida humana, sino que la aplicación de este mecanismo debe entenderse como la posibilidad de utilizar la lógica inherente a este sistema para aplicarla al ámbito del medio ambiente, y descubrir así tanto el valor del mismo cuanto, como resultado, la

²⁹ LOMAS, Pedro Luis, “et al”, Guía práctica para la valoración económica de los bienes y servicios ambientales de los ecosistemas, Departamento Interuniversitario de Ecología, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. España, 2005, PAGINA 20

³⁰ IGUAL 28, PAGINA 21

³¹ AZQUETA, Diego, Introducción a la Economía Ambiental. 2º edición, Madrid, España, Ed. McGraw-Hill. 2002, 456 páginas. PAGINA 88

situación objetivo en términos de calidad ambiental a la que la sociedad desearía encaminarse³².

Pues bien, en ese contexto, y entendiendo siempre, que más que la preferencia que arroja el resultado, se rescata de este mecanismo las preferencias que demuestra la propia sociedad, debemos establecer que los mecanismos para la formación de precios del agua son esencialmente dos. Un mecanismo consiste en la fijación de un precio o tarifa por parte de la autoridad competente (Dinar et al. 1997). La otra alternativa consiste en crear las condiciones para que exista un mercado del agua en donde el precio se determina por el libre juego de la demanda y oferta (Dinar et al. 1997). En sistemas en donde la autoridad fija un precio al agua, se requiere de un mecanismo de valoración a fin de que las tarifas se aproximen al costo de oportunidad del agua³³.

Dicho lo anterior, creemos relevante retomar la distinción que se realizó al principio de esta parte. Habiéndose referido en los párrafos anteriores a la valoración y mecanismos de valoración del medioambiente, es necesario avanzar hacia su vinculación –o inexistencia de esta- con la valoración del agua. En este caso, también pueden distinguirse distintos tipos de valores. Según ello el Valor Económico Total del agua, se deriva de su valor de uso directo (riego, industria, recreación, etc.), valor de uso indirecto (hábitat, depurador de contaminantes, etc.), valor de no uso de existencia y legado (bellezas escénicas, sitios culturales, sitios históricos) y valor de opción (hábitat de biodiversidad, potencial uso y no uso). El costo del agua se compone de los costos de capital, operación, mantenimiento, confiabilidad del abastecimiento, costo de oportunidad y los costos de las externalidades impuestas a la sociedad por su aprovechamiento³⁴.

Valorar el agua es un ejercicio complejo, que debe considerar diferentes elementos y factores, y dentro de esos mismos factores, distintas ponderaciones.

³² IGUAL 30, PAGINA 89

³³ CRISTI, Oscar, DONOSO, Guillermo y MELO, Oscar (Asesorías y Consultorías del Desarrollo S.A.), “Análisis estimación del precio privado de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas”, Santiago, Chile, 2013

³⁴ PEREZ ROAS, Jose A. Valoración Económica del Agua, [en línea] Centro Interamericano de Desarrollo e Investigación Ambiental y Territorial, CIDIAT. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela. <http://webdelprofesor.ula.ve/cidiat/prjose/Investigaciones/PONENCIA%20DEFINITIVA.pdf> [21 de febrero de 2018] PAGINA 3

En primer lugar, considerando que el agua es un elemento necesario para la subsistencia humana, no podría desligarse la necesidad de sobrevivencia de una sociedad, este es y deber ser el primer elemento a considerar para su valoración. Por tanto, en términos metodológicos, es necesario dejar de lado este factor, puesto que es la premisa de existencia del resto, por lo que no es oportuno considerar la necesidad de supervivencia como criterio de valoración, puesto que está siempre absorbería al resto de los factores. Por otra parte, existe una enorme cantidad de factores que cada individuo deberá ponderar, y que lo hará decidir al respecto, dependiendo incluso, de la posición social en que lo decide, ya sea como insumo básico de subsistencia (como consumidor de agua potable), productor industrial, activista ecológico, etcétera. Junto con ello, resulta relevante considerar que no todos los factores a considerar se basan en las preferencias o los costos de opción, sino que, para el caso particular existe un factor determinante que no se encuentra dentro de la voluntad humana, puesto que no existe su intervención –directa al menos-, cual es la sequía o disminución en la disponibilidad. Cabe aclarar en este punto, que este comentario se limita expresamente a factores naturales, y no contempla por ejemplo, la menor disponibilidad de agua como resultado de una extracción desmedida.

El valor de uso indirecto corresponde al valor que la sociedad le da al recurso por la función que éste cumple. Son ejemplos de éste, el valor que tiene el agua como hábitat de especies vivas, el valor del recurso por su capacidad de depuración o solvente de sustancias que entran en contacto con ella, el valor del agua por su papel en el ciclo de nutrientes necesarios para la vida, entre otros. El valor de opción del agua corresponde al valor que le da la sociedad al recurso por la opción de poder hacer uso o no del mismo en el futuro. En esta categoría entran entre otros los sitios de agua con potencial hidroeléctrico, los sitios de agua con potencial turístico, los sitios de agua con posibilidad de almacenamiento con fines de riego, domésticos, industriales, control de inundación, etc. Pertenecen a esta categoría también aquellos sitios con potencial cultural, histórico, belleza escénica, entre otros. El valor intrínseco del agua corresponde al valor que se le da al recurso por el solo hecho de existir en determinados sitios y por la oportunidad de

dejarlo como herencia a las generaciones futuras. En esta categoría se ubica a las bellezas escénicas, sitios culturales e históricos³⁵.

Revisadas los principales valores reconocidos para el agua, y algunos mecanismos de valoración, es necesario hacer una aclaración para el caso chileno. En Chile, la valoración del agua, está altamente vinculada con la valoración del derecho de aprovechamiento de aguas. En ese sentido, siempre corresponde la distinción entre la valoración del agua y la valoración del derecho de aprovechamiento de aguas. Como se notara más adelante, este es un tema fundamental en la cuestión discutida. Podemos por tanto reconocer en el agua distintos tipos de valores, como se ha expresado, pero la mirada del valor pecuniario está altamente ligada al del derecho de aprovechamiento de aguas.

En adelante, se profundizara este aspecto, pero se quiere recalcar que referirse a la valoración pecuniaria del derecho de aprovechamiento de aguas, es una decisión que se enmarca dentro de la realidad chilena, y que deriva de una decisión consiente para continuar con el análisis, ya que aun cuando se reconoce un valor intrínseco del agua, en este caso, se optara por reconocer el valor económico de los derechos de aprovechamiento de aguas, para proseguir con el objetivo de este trabajo.

Al respecto, vale la pena considerar el análisis contenido en el estudio realizado por la Comisión Nacional de Riego, “Análisis Estimación del Precio Privado de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas” en según, según el cual “las técnicas de valoración de los derechos de aprovechamiento de agua incluyen el método de valor residual del agua a partir de presupuestos agrícolas (e.g. Hearne y Easter, 1995 y 1997). En este método se sustraen del ingreso bruto total todos los costos de insumos excepto el agua y la tierra, lo cual establece el valor residual de esos dos factores, el que puede ser interpretado como el máximo precio que el agente agrícola puede pagar por esos factores y el que finalmente es distribuido entre tierra y agua. Otro enfoque consiste en estimar el valor de la productividad marginal del agua usando una función de producción. En el caso de los valores marginales del agua en usos municipales o para usos internos y recreativos, estos

³⁵ IGUAL 33, PÁGINA 4

se derivan generalmente de los consumidores mediante la estimación de la disposición a pagar a través de los métodos de valoración contingente, análisis conjunto y costo de viaje³⁶.

Otro procedimiento que se ha utilizado para evaluar la disposición a pagar por el agua es la técnica del menor costo alternativo (e.g. Hearne y Easter, 1995 y 1997). En el caso de agua para usos municipales, esta técnica aproxima el valor del derecho por medio del costo de construcción de un embalse que permita contar con el agua demandada. Un buen resumen de las diferentes técnicas de valoración de derechos se encuentra en Person y Michelsen (1994).

Estos sistemas de precios o tarifas de aguas aplicados en los países en vías de desarrollo varían considerablemente pero, en general, incluyen uno o más de los siguientes tipos (Floto, 1997): tarifas volumétricas basadas en el volumen de agua consumido o utilizado; tarifas por superficie regada en donde el agricultor paga por el agua un precio fijo por hectárea; impuestos adicionales a la tierra basados en los beneficios adicionales o incremento del valor de la tierra asociados al agua; y tarifa de mantenimiento en que se cobra una tasa para cubrir los costos anuales de operación y mantenimiento del sistema.

A pesar de las dificultades que presenta para el Estado fijar una tarifa, y de las críticas señaladas, esta práctica es utilizada en muchos países.)³⁷.”

¿ES POSIBLE ESTABLECER EL PRECIO DE UN BIEN NACIONAL DE USO PÚBLICO?

Responder una pregunta como la que contempla el título de esta sección, es un poco pretencioso si no se desarrolla en profundidad y no se enfoca de lleno en eso. La respuesta a esta interrogante, es tal vez una de aquellas que genera más diferencias y posturas, no en el hecho de la fijación del precio, sino que más

³⁶ CRISTI, Oscar, DONOSO, Guillermo y MELO, Oscar (Asesorías y Consultorías del Desarrollo S.A.), “Análisis estimación del precio privado de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas”, Santiago, Chile, 2013. PAGINA 16

³⁷ IGUAL 35, PAGINAS 17 Y 18

conceptualmente, en la posibilidad de hacerlo. En ese sentido, más que discutir la posibilidad como la aptitud para hacerlo, es la discusión respecto a incorporar, dentro de mercado -que fija el precio como ya se ha dicho en el caso de Chile- un bien nacional de uso público. Además, establecer un precio a un bien nacional de uso público, implicaría reconocer que estos bienes pueden ser transados entre privados, obteniendo diferentes beneficios según sus preferencias, demostradas mediante la oferta y la demanda, pero ¿puede un particular ofertar un bien que le pertenece a la “nación”³⁸ toda?

Sin embargo, como este trabajo está centrado en otro tema, y no parece necesario detenerse en este análisis, se expondrá la postura que se adopta en este trabajo.

Para justificar la posibilidad de otorgarle precio a las aguas –consideradas con bien nacional de uso público- debemos reiterar la distinción entre las aguas y los derechos de aprovechamiento de aguas que se constituyen sobre ellas, y que autorizan a su titular a usar y gozar de ellas. que se ha realizado ya en varios pasajes de este trabajo. Tal como señala el profesor Atria, el dominio público es compatible con reglas especiales acerca del modo en que esos bienes serán usados, que miran a optimizar ese uso³⁹. De ello surge la idea de que existen distintas manera de utilizar los bienes y se consideran modalidades diferentes al derecho de uso reconocido en el Código Civil ⁴⁰ para bienes. Nos referimos a los denominados usos especiales o usos privativos, entendiendo que corresponden a dicha categoría el uso exclusivo y excluyente que se realiza sobre el bien, y para el caso en comento, consisten en la ocupación de una parte del dominio público, a

³⁸ Para efectos de este trabajo, se entenderá como ***nación al conjunto de individuos que ha reunido a través de la historia una serie de elementos que los une y otorga características particulares***; esta definición se encuentra en >https://www.bcn.cl/formacioncivica/detalle_guia?h=10221.3/45680> [21 de febrero de 2018]

³⁹ ATRIA, Fernando, SALGADO, Constanza, La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2015, 135, PAGINA 53

⁴⁰ Decreto con Fuerza de Ley n°1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley n°4.808, sobre Registro Civil, de la ley n°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley n° 16.618, Ley de Menores, de la ley n° 14.908, sobre Abandono de familia y pago de Pensiones Alimenticias, y de la ley n°16.271, de Impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones ministerio de justicia, Código Civil, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, mayo de 2000

través de una concesión o autorización administrativa⁴¹. En este sentido, es necesario aclarar que la concesión o autorización administrativa de uso dista notablemente de la transferencia de dominio, pues el propósito de esta figura es colocar los bienes públicos al alcance de los particulares, permitiendo a estos últimos ejercer un derecho de aprovechamiento sobre una porción específica de ellos, lo cual no implica que la Administración traslade o transfiera a dichos particulares sus atribuciones, que, por lo demás, son privativas y propias de un ente público⁴².

Dicho lo anterior, solo basta recordar lo explicado en el capítulo anterior, en el sentido de que el agua, por ser un bien escaso, con un alto valor económico, hace necesario operar distintos mecanismos de asignación y reasignación, considerando los criterios de eficiencia y costos de oportunidad. Pero estos dos criterios, no están enfocados desde la mirada del particular, sino que, por el contrario apuntan a que gracias a esta metodología de otorgamiento a los particulares –derechos de aprovechamiento de aguas en este caso- el bien cumple de mejor forma o en mayor medida con su fin público. Y en ese sentido, lo que justifica los usos privativos no es asegurar una posición de autonomía del particular en cuyo beneficio ellos son constituidos, sino asegurar el uso racional y eficiente de estos bienes⁴³.

VALOR AMBIENTAL DEL AGUA

En este punto resulta necesario, primeramente, hacer una mención al objetivo de este trabajo. Si bien el objetivo final de este trabajo, pretende ilustrar respecto a de la existencia o no de la valoración ambiental del agua en Chile, su mirada se enfocara, bajo el principio de realidad, en las instituciones existentes. En ese

⁴¹ ATRIA, Fernando, SALGADO, Constanza, La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2015, 135 páginas. PAGINA 54

⁴² RIVERA, Daniela, Subsistencia y ajuste de antiguos derechos en base al uso efectivo de las aguas. El especial caso del reconocimiento de usos consuetudinarios. Tesis (Doctor en Derecho) Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2011, 401 páginas. PAGINA 75

⁴³ IGUAL 40. PAGINA 55

sentido, aun cuando se reconoce como una opción válida, la mirada que otorga dicho valor desde los servicios ecosistémicos, este documento, apunta más bien, a la manera en que el valor ambiental puede introducirse dentro de otros instrumentos y herramientas legales, y como la falta de ello ha provocado el desconocimiento de dicho valor. Por tanto, aun cuando se está de acuerdo con la necesidad de valorar los servicios ecosistémicos que presta el agua, este trabajo se enfoca desde otra perspectiva, en la manera en que se provoca o no dicho ejercicio actualmente.

Es importante esta aclaración, puesto que la idea que subyace en este trabajo es justamente, reconocer la necesidad de asignarle, otorgarle o al menos reconocer el valor ambiental del agua puesto que ello incide directamente en una mejora en su gestión; lo que se dice ahora, es que si dentro de dicha gestión, deben considerarse los esfuerzos también para la conservación y preservación del recurso hídrico. Pues bien, si dicha aseveración, estuviera del todo comprobada, resultaría importante ahondar en la valoración de los servicios ecosistémicos, pero este trabajo, aun se enfoca en la primera parte, es decir en la necesidad de reconocer el valor ambiental del agua, y asimilarlo o equipararlo a cualquier de las actividades productivas que lo consideran dentro de sus insumos básico, y por lo tanto los traspasan al precio que cobran por su producto o servicio.

Volviendo al inicio de este trabajo, debemos recordar que la mayor parte de las actividades económicas consideran el agua dentro de sus procesos productivos. Algunos como insumos básicos, como son la producción de agua potable o la generación de energía a partir del agua, otros como elementos fundamentales para producir sus bienes como la agricultura y la minera, pero finalmente, al ser un insumo para la vida humana, todas las actividades la requieren aunque sea de forma indirecta.

Por ello, la preocupación en su preservación y conservación, no debe justificarse únicamente la mirada ecológica, mirada que tal vez es más clara desde la perspectiva de los servicios ecosistémicos. El valor ambiental del agua, no dice relación únicamente con la mantención de un ecosistema sino que reconocer

dicho valor aportara en estricto sentido la preservación y conservación del recurso hídrico para ese y todos los demás usos (valga la aclaración, que no se entiende la valoración ambiental no reconoce un “uso ambiental”, sino que el concepto se utiliza únicamente para referirse a todos los diversos servicios que pueden reconocerse en el agua).

Es por ello, que en el siguiente capítulo buscara identificar en que instituciones del derecho chilenos se pueden encontrar distintas valoración del agua, y posteriormente, se buscara si es que existe alguna institución que reconozca el valor ambiental del agua y como se calcula.

RECONOCIMIENTO DEL VALOR DEL AGUA EN INSTITUCIONES CHILENAS

Este capítulo pretende ser una primera aproximación conceptual a los valores o precios que las distintas actividades económicas entregan al agua en Chile. El primer elemento relevante es distinguir la manera en que cada una de dichas actividades económicas reconoce el agua. Mientras para las sanitarias es un insumo básico de la producción de agua potable, para la agricultura resulta ser esencial, en el proceso productivo, y en otro sentido, para la minera resulta igualmente necesaria para su proceso industrial.

Como se observara más adelante, la valoración del agua utilizada de las más diversas formas en las distintas actividades económicas en Chile, siempre está vinculada con los derechos de aprovechamiento de aguas. Aun mas, el agua vale lo que vale el derecho de aprovechamiento de agua.

AGUA PARA EL USO SANITARIO

El uso sanitario, a primera vista, es aquel que más debería acercarse al valor del agua. Considerando que el producto que genera, tiene como principal insumo el agua, podría considerarse que haciendo un desglose detallista de sus costos de producción, podría alcanzarse el valor del agua, pero veremos que más bien se alcanza el valor del derecho de aprovechamiento de agua.

El sistema sanitario en Chile

Para conocer al valor del agua que las empresas sanitarias le otorgan al agua, como insumo de la producción de agua potable, en primer lugar se debe reconocer que dichos valor se encuentra sumamente regulado de acuerdo a la normativa que rige el sector. De hecho, existe un número importante de normas

que se refieren específicamente a los actos concesionarios y las tarifas relativas a ellos.

En primer lugar resulta relevante fijarse en la Ley General de Servicios Sanitarios⁴⁴ que establece los procesos administrativos que son necesarios para la adjudicación de una concesión sanitaria, y en ese sentido, vale la pena señalar que dentro de los requisitos de la presentación de una solicitud se encuentra una propuesta tarifaria, pero aún más, la recomendación de adjudicación se basará justamente en este punto, señalando en el artículo 15 de dicha ley “La entidad normativa recomendará la adjudicación de la concesión en el solicitante que, cumpliendo las condiciones técnicas exigidas, ofrezca la menor tarifa por la prestación de los servicios, la que, en todo caso, no deberá ser superior a la determinada por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, calculada, según el procedimiento establecido en el decreto con fuerza de ley N° 70, de 1988, del Ministerio de Obras Públicas.” La norma sigue, detallando incluso, el procedimiento a seguir, si es que la tarifa se encuentra por sobre la determinación realizada por el Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, por tanto, es evidente la preocupación regulatoria sobre este punto.

En el mismo sentido, los primeros dos artículos del Decreto con Fuerza de Ley 70, de 30 de diciembre de 1988⁴⁵ que establecen que “Estarán sujetos a fijación de tarifas los servicios de agua potable y de alcantarillado de aguas servidas, prestados por servicios públicos y empresas de servicio público, en adelante, prestadores tanto a usuarios finales, como a otros que actúen como intermediarios respecto de aquellos.” Y luego, en el artículo 2 se refiere específicamente a que “Las tarifas de que trata este Título tendrán el carácter de precios máximos y serán calculadas aplicando las fórmulas tarifarias determinadas por la Superintendencia de Servicios Sanitarios, en adelante, la Superintendencia, de acuerdo con el procedimiento que se determina en esta ley.” Por tanto, no tan solo

⁴⁴ Decreto con Fuerza de Ley n°382, Ley General de Servicios Sanitarios, Ministerio de Obras Públicas, Santiago de Chile, junio de 1989, artículo 15

⁴⁵ Decreto con Fuerza de Ley n°70, Ministerio de Obras Públicas, Santiago de Chile, diciembre de 1988, artículo 24

la obligación de fijar una tarifa esta normada, sino que también la manera de hacerlo.

Por ello, resulta relevante mencionar, que la norma citada en el párrafo anterior, debe vincularse directamente con dos reglamentos; en primer lugar el “Reglamento del Decreto con Fuerza de Ley N° 70, De 1988, del Ministerio de Obras Públicas, que establece la fijación de Tarifas de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado”⁴⁶ reglamento que establece de forma detallada las fórmulas que deben aplicarse para determinar dicha tarifa. Pero además, se debe considerar lo dispuesto en el Reglamento de las Concesiones Sanitarias de Producción y Distribución de Agua Potable y de Recolección y Disposición de Aguas Servidas y de las Normas sobre Calidad de Atención a los Usuarios de estos Servicios⁴⁷ que reitera la preocupación por la fijación de la tarifa de este producto, indicando que la Superintendencia de Servicio Sanitarios, fijará las pautas para la elaboración de los estudios de prefactibilidad técnico y económico, de los aspectos tarifarios y de los derechos de aprovechamiento de aguas. Este artículo específico, hace mención a la en la resolución que dicta dicha entidad y que cita al acto público acto público que se genera cuando existen más interesados en una concesión solicitada, pero resulta necesario para este análisis, puesto que menciona explícitamente la importancia de aspectos tarifarios y los derechos de aprovechamiento de aguas, para el otorgamiento de dicha concesión.

Pues bien, de las normas recién identificadas, en al menos 3 de ellas se hace mención a las “aguas crudas”, y para definir qué se entiende por dicha denominación, es relevante considerar lo que establece el artículo 3 del DFL n°382⁴⁸, según el cual se entiende por producción de agua potable, la captación y tratamiento de *agua cruda*, para su posterior distribución en las condiciones técnicas y sanitarias establecidas en las normas respectivas (lo resaltado es del

⁴⁶ Decreto n°453, Reglamento del Decreto con Fuerza de Ley N° 70, De 1988, del Ministerio de Obras Públicas, que establece la fijación de Tarifas de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Santiago de Chile, enero de 1990

⁴⁷ Decreto n°1199, Reglamento de las Concesiones Sanitarias de Producción y Distribución de Agua Potable y de Recolección y Disposición de Aguas Servidas y de las Normas sobre Calidad de Atención a los Usuarios de estos Servicios, Ministerio de Obras Públicas, Santiago de Chile, diciembre de 2005

⁴⁸ IGUAL 44, artículo 3

autor). Por tanto, de manera genérica, y solo para el entendimiento de este trabajo, se entenderá como agua cruda, el agua que se capta desde la fuente natural y que no ha sido tratada, entendiendo por tanto que bajo este concepto se puede entender la noción de agua utilizado a lo largo de este documento. Por lo tanto, resultara determinante, como se valora el agua cruda en la determinación de la tarifa del agua potable.

Valoración del agua cruda

Conforme al artículo 13 del DFL n°70⁴⁹ la Superintendencia de Servicios Sanitarios, debe liderar los procesos de fijación tarifaria, desarrollando un proceso administrativo en que se revisan las bases del estudio que determinara las nuevas fórmulas tarifarias, y que permite a quienes tengan interés comprometido, podrán observarlas, de acuerdo a las normas dispuestas para este proceso. Sin embargo, lo relevante para este trabajo, de este artículo, se encuentra en su inciso segundo, según el cual, dentro de los elementos básicos que deben contener dichas bases, se encuentra la metodología de valoración del agua cruda.

A su vez, el decreto de fijación de Tarifas de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado⁵⁰ establece que el costo del agua cruda, se determinara utilizando la metodología que establezcan las bases del artículo citado en el párrafo anterior. De esta manera, es posible concluir que el valor del agua, utilizada como insumo para producir el producto agua potable, se establece mediante la metodología que arroja el estudio de formula tarifaria, que se realiza conforme las bases que ha determinado la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Determinación del valor de agua cruda

La determinación del valor del agua cruda, será determinado por tanto, según los resultados realizados por la Superintendencia de Servicios Sanitarios. Para

⁴⁹ IGUAL 45, artículo 13

⁵⁰ IGUAL 46, artículo 26

observar la metodología que se utiliza, se consideraran dos casos a modo de ejemplo, elegidos al azar.

A) Aguas Andinas, con fecha 30 de octubre de 2013, la Superintendencia de Servicios Sanitarios publico las Bases estudio tarifario concesionaria Aguas Andinas S.A., Región Metropolitana, iniciando oficialmente el proceso tarifario para dicha empresa. Este proceso concluyo con fecha 3 de septiembre del año 2015, cuando la Subsecretaria de Economía y Empresas de menor tamaño, publicó en el diario oficial el decreto por el cual Fija formulas tarifarias de los servicios de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas para la empresa Aguas Andinas S.A.

Dicho proceso tarifario, estableció en sus bases definitivas⁵¹ que “la valorización del agua cruda consiste en la determinación de la inversión en derechos de aprovechamiento de agua, requeridos para abastecer la demanda de autofinanciamiento de cada sistema de la empresa modelo.” Dicha valorización consistirá en determinar el precio que se paga por cada litro por segundo de agua cruda, basándose en las transacciones efectivamente realizadas, conforme a la información que dispone la Dirección General de Aguas.

Esta metodología, consta además de 7 etapas consecuenciales, cuales son: Identificación de las Fuentes de Abastecimiento de Agua Cruda, Identificación de Fuentes con VAC Igual a Cero, Definición de Mercados de Agua, Construcción Bases de Datos de Transacciones CBR, Base de Datos de Transacciones No Depurada, Base de Datos Depurada y Base de Datos Depurada Ampliada y por último, y con todos estos antecedentes la determinación del valor del agua cruda.

Esta última etapa, expuso 3 casos distintos, considerando primeramente, si se cuenta con información suficiente para la aplicación de la metodología (se considera un mínimo de 30 transacciones) y en segundo lugar el agua que se

⁵¹ Superintendencia de Servicios Sanitarios, Bases Definitivas ESTUDIO TARIFARIO EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS AGUAS ANDINAS S.A. Período 2015-2020 http://www.siss.gob.cl/577/articles-10086_bas_def.pdf [21 de febrero de 2018]

obtiene de un embalse (correspondiente a infraestructura particular, a diferencia de las fuentes naturales donde se captan derechos de aprovechamiento de aguas). Respecto al primer criterio, en resumen, se estableció que en primer lugar se determinará previamente si existe una relación estadísticamente significativa entre precio y caudal. De no existir dicha relación el valor del agua cruda determinara a partir de una serie de datos estadísticos que la misma Superintendencia de Servicios Sanitarios dispone para ellos. Misma situación ocurre en el caso en que no se tenga suficiente información; e incluso, dispone para casos donde la información sea inferior a 20 transacciones, el valor del agua cruda corresponderá al promedio ponderado de los valores ya determinados con precio mayor a cero determinados para la empresa en este proceso. Para el caso del embalse, se utilizara el valor mínimo por l/s de agua cruda del contrato entre el dueño del embalse y la empresa, y el valor de agua cruda de la fuente aguas abajo del embalse.

Como era de esperarse, ante tal detallada formulada, los resultados son muy interesantes y se logra llegar a un valor de un litro de agua cruda por segundo. Solo a modo ejemplar, se adjuntara la tabla de valores de agua cruda determinado para la empresa Aguas Andinas en el proceso tarifario correspondiente a los años 2015-2020.⁵²

⁵² Superintendencia de Servicios Sanitarios, DETERMINACIÓN DE TARIFAS 2015 – 2020 EMPRESAS AGUAS ANDINAS S.A ESTUDIO TARIFARIO DEFINITIVO, Informe Principal, Mayo de 2015 <http://www.siss.cl/577/articles-10086_est_tarif.pdf> [5 de marzo de 2018]

Cuadro N° 5.9
VAC determinado, VI PT Aguas Andinas

Mercado	VAC	Estadígrafo
1ª sección Río Maipo ¹	1.390,56 UF/acción	PP robusto
	202,4 UF/l/s	
Embalse El Yeso ²	202,4 UF/l/s	PP robusto
Acuífero Santiago Central	83,21 UF/l/s	Biponderada
Acuífero Santiago Sur	97,42 UF/l/s	PP robusto
Acuífero Colina Sur	125,87 UF/l/s	PP robusto
Acuífero Puangue Alto	56,66 UF/l/s	PP robusto
Acuífero Puangue Medio	31,73 UF/l/s	Mediana
Acuífero Til Til	142,76 UF/l/s	Mediana
Acuífero Melipilla	95,69 UF/l/s	PP robusto
Acuífero Mapocho Alto	717,5 UF/l/s	Huber
Acuífero Maipo Alto	0 UF/l/s	

Fuente: Imagen extraída del documento denominado DETERMINACIÓN DE TARIFAS 2015 – 2020 EMPRESAS AGUAS ANDINAS S.A ESTUDIO TARIFARIO DEFINITIVO, Informe Principal, Mayo de 2015⁵³

Tal vez uno de los elementos más relevantes de apreciar en esta tabla, responden a las diferentes fuentes de abastecimiento que se consideran para dicha empresa, es decir, considera el río Maipo, el Embalse el Yeso, y sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común prácticamente de todas las provincias de la Región Metropolitana. Pero un segundo elemento a destacar , dejando de lado lo correspondiente al Embalse el Yeso, es la variabilidad del precio del agua cruda, en una misma cuenca, es decir, puede observarse lo relevante que parece ser, al menos para este proceso tarifario el mercado de derechos de aprovechamiento de aguas que se genera en cada fuente natural.

⁵³ IGUAL 52

A) AQUABIO: Este proceso tarifario se inicia en septiembre de 2011, con la publicación de la bases preliminares para el estudio tarifario de la empresa AQUABIO S.A. Este proceso concluyó con fecha 6 de junio de 2012, cuando el Ministro de Economía, Fomento y Turismo, dictó el decreto por el cual Fija formulas tarifarias de los servicios de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas para la concesión de sector costero de Arica, zona Chinchorro, decimoquinta región de Arica y Parinacota, empresa de Servicios Sanitarios AQUABIO S.A.

Es del caso señalar, que las bases definitivas ⁵⁴ para este proceso tarifario señalan que cuando exista un número adecuado de transacciones, se utilizara el Método de Valor de Transacciones y cuando no se cumplan los requisitos estadísticos para aplicar este método, se aplicará un método alternativo indirecto. Es interesante señalar, que conforme lo establecen las bases, en este caso, el método para determinar el valor del agua cruda, es bastante similar al caso anterior, fijando su interés en el precio que se paga en las transacciones de las aguas, en una determinada fuente, pero resulta interesante la mención especial para el caso de mercados donde existan una o más asociaciones de usuarios, donde el valor de la acción u otra unidad corresponderá a la indicada en los documentos de la asociación de usuarios de dicho mercado. La conversión a l/s de cada transacción se hará según lo indicado en el capítulo de capacidad de fuentes.

Se realizan dos subprocesos, correspondientes a la construcción de una base de datos a partir de los registros de transacciones de derechos de aprovechamiento de aguas, existentes en los Conservadores de Bienes Raíces y luego la depuración de esta base, a partir de una serie de criterios establecidos. Se define el número 20 como mínimo de transacciones para operar la metodología.

⁵⁴ Superintendencia de Servicios Sanitarios, Bases Definitivas ESTUDIO TARIFARIO AQUABIO S.A. SECTOR COSTERO DE ARICA, ZONA CHINCHORRO. REGIÓN DE ARICA Y PARINACOTA Período 2012-2017, Diciembre de 2011 < http://www.siss.cl/577/articles-9028_basdef.pdf > [21 de febrero de 2018]

El resultado de este estudio⁵⁵ es completamente diferente, mientras para el caso anterior se obtuvieron antecedentes de diversas fuentes naturales de aguas, en este caso no fue posible puesto que se estimó, que conforme los criterios establecidos en las bases, no se contaba con información disponible, por tanto, se procedió a aplicar el valor de los derechos subterráneos en el acuífero Lluta obtenido para las fuentes de la empresa Aguas del Altiplano en el proceso tarifario anterior (IV proceso de fijación de tarifas) cuyo valor es igual a cero. Cabe señalar, que para este caso particular la totalidad de los derechos de aprovechamiento de aguas que se utilizan, corresponden a aguas subterráneas, y en específico del acuífero Lluta.

VALOR DEL AGUA SEGÚN EL CODIGO DE AGUAS

El Código de Aguas, es el principal cuerpo legal que rige la asignación, administración y la fiscalización de las aguas en Chile. Si bien existen numerosas normas que le otorgan atribuciones a numerosos organismos, relativas a la administración y gestión de las aguas, el Código de Aguas es la más relevante y la Dirección General de Aguas, la que concentra la mayor parte de dichas atribuciones. En efecto, el estudio del Banco Mundial⁵⁶ encargado por la Dirección General de Aguas, identificó que existen un total de 102 funciones que se consideran necesarias para la gestión del agua en Chile. El análisis concluye que estas funciones se desarrollan dentro de un marco institucional complejo en el cual participan 43 actores institucionales, incluyendo Organismos de Gobierno, Organizaciones de Usuarios de Agua y Organismos Autónomos.

⁵⁵ Superintendencia de Servicios Sanitarios, ESTUDIO “DETERMINACIÓN DE TARIFAS 2012-2017 EMPRESA AQUABIO S.A. SECTOR COSTERO DE ARICA, ZONA CHINCHORRO. REGIÓN DE ARICA Y PARINACOTA”, Informe final, julio de 2012 < http://www.siss.cl/577/articles-9028_est_tarif.pdf> [5 de marzo de 2018]

⁵⁶ DOCUMENTO DEL BANCO MUNDIAL, Unidad de Ambiente y Aguas, Departamento de Desarrollo Sostenible Región para América Latina y el Caribe. 2013. Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua. Para: Dirección General de Aguas, Gobierno de Chile. página 7.

Es por ello que, para este trabajo se hace fundamental conocer si el Código de Aguas contiene alguna norma que contemple algún tipo de valoración a los derechos de aprovechamiento de aguas. En el presente apartado, analizaremos 2 instituciones que reflejan el esfuerzo por otorgarle un valor al agua, la primera de ellas son las patentes por no uso, y la segunda de ellas es la multa contemplada para sancionar infracciones al Código de Aguas, y en específico, que se le impone a la extracción ilegal de aguas.

Las patentes por no uso

Para entender la lógica con la que se le otorga valor a los derechos de aprovechamiento de aguas, en el contexto de las patentes por no uso, es necesario comentar en lo pertinente, la tramitación de la Ley 20.017 de 2005, que modifica el Código de Aguas, entre otras cosas, estableciendo el cobro de una patente por la no utilización de derechos de aprovechamiento de aguas.

La tramitación de esta norma, se inicia con el mensaje presidencial N° 283-325, de 2 de diciembre de 1992, constituyendo el Boletín 876-09; sin embargo, dicha norma, nada mencionaba a cerca del establecimiento de una patente por no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas. Es prácticamente un año después, en septiembre de 1993, cuando el Ejecutivo formula indicaciones al proyecto, que incluyen, el pago de una patente para los derechos cuyas aguas no hubiesen sido nunca utilizadas. Sin embargo, en 1994, luego de un cambio de gobierno, el Ejecutivo nuevamente decide cambiar el proyecto, suspendiendo su tramitación hasta el año 1996.

Desde esa perspectiva, debe considerarse que según lo indica el informe⁵⁷ de la Comisión Especial Legislativa encargada del estudio del régimen jurídico de las aguas uno de los fundamentos de esta iniciativa, fue la preocupación por la acumulación de derechos de aguas en forma desmesurada, sin que exista un uso

⁵⁷ Historia de la Ley 20017, página 17. Cámara de Diputados. Fecha 18 de marzo de 1997. Cuenta en Sesión 67, Legislatura 334

actual o futuro previsible, sino únicamente la posibilidad de lucrar con ellos, no obstante su obtención original gratuita, puesto que, según se menciona, constituiría un germen de dificultades muy graves para el desarrollo futuro del país. En efecto, según señala el mismo informe, al no fijarse un costo para la conservación indefinida del derecho de aprovechamiento de aguas, se estaría promoviendo la especulación, o el mal uso de dicho recurso, por lo que se propone imponer a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas el pago de una patente, cuando estas no estén siendo utilizadas en todo o en parte.

Tal como señala la Dirección General de Aguas, durante la discusión de esta norma⁵⁸, la redacción de esta norma supone un análisis económico del recurso agua, diferenciado en el ámbito consuntivo y en el no consuntivo. Los resultado de dicho análisis prendía los valores de manera que, a partir del décimo año, la mantención sin ningún destino sea inconveniente para el posesionario del derecho. En el ámbito de los derechos consuntivos, existen otros niveles de valores, según el tipo de uso, en montos suficientes para no permitir que se obstaculice el uso por terceros.

Pues bien, dicho análisis, contempla la necesidad de establecer un valor al agua. Previo a referirse expresamente al valor asignado, es pertinente recalcar los fundamentos de esta herramienta que ya se han expuesto, es decir, el objeto de la patente por no uso es incentivar a actuales dueños de derechos de aguas que no los utilizan a que los usen, los traspasen a terceros o los devuelvan al Estado. Detrás de ese objetivo está el supuesto de que hay proyectos productivos que no se pueden concretar por falta de aguas que está en manos de personas o empresas que no las utilizan⁵⁹. La necesidad de tener esta premisa afirme, dice relación que con que el análisis siguiente contendrá implícitamente el objeto de provocar una conducta esperable en los titulares de derechos de aprovechamiento

⁵⁸ Historia de la Ley 20017, página 44. Cámara de Diputados. Fecha 18 de marzo de 1997. Cuenta en Sesión 67, Legislatura 334

⁵⁹ CRISTI, Oscar y POBLETE, Carlos, Documento de Trabajo n°16 “No uso de derechos de agua: ¿una decisión ineficiente o eficiente? y patentes por no uso en Chile”, Facultad de Gobierno, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, 2011 PAGINA 5

de aguas, y no necesariamente establecer un valor del agua ajustado totalmente a la realidad, es decir, el valor contempla un incentivo.

Retomando, es oportuno considerar que según lo informa la Historia de la Ley 20017 de 2005, y en especial, el Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas, se dedica gran parte del análisis a la patente por no uso, y en ese contexto, se aportan antecedentes claves para establecer el valor del derecho de aprovechamiento de aguas. Aun cuando ya se había hecho mención en el Primer Informe de la Comisión de Obras Públicas, es este Segundo Informe el que consolida las nuevas indicaciones provenientes del ejecutivo según la cual la patente es un valor GAMA por un caudal y por una altura, que en el caso del Sistema Interconectado Central obedece a la siguiente lógica: para los derechos consuntivos se establece una patente por no uso equivalente a lo que paga un agricultor que riega, porque éste paga contribuciones más caras, por lo que la patente por no uso hace que el agricultor que no riegue pague un equivalente en impuestos como si estuviera regando. Como no riega, las contribuciones serán más bajas, pero la patente por no uso, que equivale a un 2% de las contribuciones, hace que pague lo mismo a pesar de que no está regando. Para derechos no consuntivos se establece un modelo que considera el costo de un proyecto hidroeléctrico en la Zona Central, el valor presente neto arroja un costo de U\$ 93.000 por mega, al valor presente del proyecto se le aplica un 2% y da la cifra de 0,33, que luego se multiplica por el caudal y por la altura⁶⁰.

Pues bien, el mismo informe señala que se reconstruyó el factor utilizado 0,33 y del análisis pudo concluirse que existían diferencias considerables la Zona Centro y de la Zona Austral. Esos factores son el precio del nudo, el factor de potencia y la inversión. Usando el mismo análisis, y sólo cambiando esos parámetros que tendría un proyecto hidroeléctrico en la Zona Austral con respecto a la Zona Central, se determinó cuál es el factor manteniendo todos los otros factores constantes que tendría el cálculo de la patente, con lo cual se obtuvo el 0,22.

⁶⁰ Historia de la Ley 20017, página 902. Cámara de Diputados. Fecha 10 de marzo de 2004. Cuenta en Sesión 17, Legislatura 352

El mismo documento, realiza importantes aseveraciones relativas a los criterios que deberían considerarse para valorar el agua, por ejemplo, para los proyectos hidroeléctricos, y en estricta relación con los usos no consuntivos, asegura que en las Zonas Australes es necesario considerar que para que un proyecto sea viable requiere inversiones mayores y volúmenes distintos, por lo que las inversiones evaluadas son de U\$ 61.000 por mega, se trata de volúmenes y escalas distintas, lo que otorga un valor de 2% equivalente a un número menor, que es 0,22.

Junto ello, la fijación del valor de la patente por no utilización de derechos de aprovechamiento de aguas, define conclusiones que son de gran utilidad para entender el valor que se le entrega al agua en este contexto. En otras palabras, se consignó que el valor del VAN (valor actual neto) es prácticamente el valor del agua, si se considera todo el resto de los elementos que se incorporan en el proyecto y se descuenta la diferencia, se estima que es el efecto agua. En definitiva, el valor de inversión es entre 1.000.000 y 1.500.000 de dólares por mega, considerando todos los desarrollos adicionales, por lo que un proyecto de 500 mega vale 500.000.000 dólares la inversión directa y, considerando otros costos, alcanza a 750.000.000 de dólares, por lo que se estima que el valor del derecho de agua en sí mismo es casi un 10%⁶¹.

Pero también, en la misma instancia, se hace un importante análisis en el caso de los derechos consuntivos. En este caso se utiliza una metodología que parece lo suficientemente versátil para aplicarla en otros casos. En primer lugar se identifica una diferencia 2% de tributación, entre el terreno regado y el terreno no regado, concluyendo que éste es el beneficio del agua. Para llegar a ese número, en el caso de los derechos consuntivos se aprovechó un estudio del valor del agua cruda, que está basado en el diferencial de las contribuciones de bienes raíces entre los terrenos regados y no regados en los distintos lugares del país, lo que otorga un valor de agua determinado; esta distinción es útil pues anticipa una importante distinción, que reconoce que el agua disponible en las diferentes

⁶¹ IGUAL 59, Página 903

cuencas hidrográficas chilena varía y presenta una heterogeneidad importante⁶². Para el caso, las diferencias que existen en la realidad hídrica, permiten la aplicación del 2% del valor del agua, con lo cual se entiende que hay un activo, que es el recurso hídrico, que no se está aprovechando y que en este caso se está pidiendo un pago del 2% del valor de ese activo.

Por último, debe señalarse que la permanente aplicación de esta normativa, estableciendo listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patente a beneficio fiscal por no utilización de las aguas, anualmente, a partir del año 2006, permite llegar a un número que representaría el valor de las aguas, a partir del caudal afecto al pago de patente por no utilización, correspondiente a un derecho de aprovechamiento de aguas. Este cálculo representa un significativo antecedente puesto que, realiza una importante distinción entre los usos consuntivos y no consuntivos, pero además, establece una necesaria diferencia entre 3 zonas geográficas de Chile.

Considerando lo expuesto en el párrafo precedentes, a continuación se realizara un ejercicio comparativo, con los valores del agua cruda señalados en el capítulo precedentes. Para el ejercicio, se tomará en consideración el valor obtenido en el proceso de tarificación 2015-2020 de la Empresa Aguas Andinas, analizado anteriormente. Conforme a dicho proceso, se obtuvieron distintos valores de las UF a pagar por litros por segundo (UF/l/s) de aguas subterráneas, en distintos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común (SHAC). En este punto tenemos una primera dificultad comparativas, ya que si bien, tal como se dijo, los valores obtenidos en este proceso de tarificación están expresados en UF/l/s atendiendo al SHAC donde se encuentran, los valores de las patentes por no uso, están expresadas en Unidad Tributaria Mensual por litro por segundo, en atención a la provincia en la que se encuentran. Por tanto, aun cuando la diferencia en la unidad de medida es convertible, y podría decirse que responde a una diferencia parametrizada, de fácil solución, la diferencia en cuanto a la división geográfica, es

⁶² Atlas del Agua, Chile (DGA, 2016), Política Nacional de Recursos Hídricos (Ministerio del Interior, 2015) y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos 2012- 2025 (MOP, 2013), Diagnóstico Recursos Hídricos en Chile (Banco Mundial, 2011)

particularmente sensibles, puesto que dentro de una provincia (unidad utilizada para fijar la Patente por No Uso) puedo contemplar varios sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común (unidad utilizada en el proceso de tarificación), por tanto la especificidad del Listado de Patente por No Uso, es mucho menor a la que entrega el proceso de tarificación. Pues bien, dejando de lado este antecedente, resulta interesante observar los resultados de la siguiente tabla:

Derecho de aprovechamientos de aguas ⁶³	Q Sujeto a pago	Resolución que fija el listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de Patente por No Uso VALOR PATENTE UTM ⁶⁴ (pesos)				
		RES DGA 3239/2007	RES DGA 4200/2011	RES DGA 3600/2013	RES DGA 4420/2015	RES DGA 3430/2017
Resolución DGA N°356/2006	40 l/s	64 (2.105.984)	64 (2.450.368)	128 (5.155.840)	128 (5.613.056)	128 (6.189.184)

Fuente: Elaboración propia

Se eligieron de modo ejemplar, las resoluciones que establecen el listado de los derechos de aprovechamiento de aguas, afectos a pago de patente por No Uso de los años 2011, 2013 y 2015 puesto que son años que calzan con el proceso de tarificación que se está analizando. Además, se consideraron los listados correspondientes a los años 2007, puesto que fue el primer año en que apareció dicho derecho, y el año 2017, puesto que es el último que se tuvo en consideración. El derecho de aprovechamiento de aguas considerando, se encuentra en la Provincia de Santiago, por lo que muy probablemente se

⁶³ La elección de este derecho de forma ejemplar, responde a que su ubicación se encuentra en uno de los SHAC de los cuales se tienen antecedentes en los procesos de tarificación, y que este derecho se ha encontrado afecto al pago de Patente por No Uso, desde el segundo proceso de cobro en adelante. Aun cuando el Listado de derechos de Aprovechamiento de Aguas se refiere a un titular, en este trabajo se decidió la referencia al derecho de aprovechamiento de aguas, puesto que la Patente por No Uso, no está relacionada con un cierto Titular, sino que se encuentra vinculado al propio derecho.

⁶⁴ El valor de la UTM corresponde al promedio de la suma del valor de la UTM mensual por año, salvo para el caso del año 2018, que se consideró el valor del mes de diciembre de 2018, según dato de [http://www.sii.cl/valores_y_fechas/]

encuentra en el SHAC Santiago Central, por lo tanto, al respecto puede compararse:

CRITERIO	VALOR EN PESOS I/s SHAC SANTIAGO CENTRAL
Listado de Patente por No Uso 2007	52.649
Listado de Patente por No Uso 2011	61.259
Listado de Patente por No Uso 2013	128.896
Listado de Patente por No Uso 2015	140.326
Listado de Patente por No Uso 2018	154.729
Proceso Tarifario ⁶⁵	2.132.256

Fuente: Elaboración propia

Tal como se explicó, la aplicación de la Patente por No Uso, responde a una estrategia para tratar de frenar la especulación y el acaparamiento que genera el otorgamiento gratuito de derechos de aprovechamiento de aguas por parte del Estado de Chile. Sin embargo, su eficacia es difícil de evaluar, ya que, por una parte, no se tiene certeza de la manera en que actúan los Titulares de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de Patente por No Uso, es decir, no se tiene seguridad de que quienes se vean expuestos al pago de este valor, se vean motivados por ello a devolverlos al Estado o derechamente paguen la patente por no uso, esperando un mejor momento para su utilización; o, por otra parte, si su análisis puede enfocarse desde la perspectiva de la recaudación, caso en el cual, aun cuando parece más satisfactorio, parece desnaturalizar el objetivo para el cual fue concebido esta herramienta.

Pero para el enfoque de este trabajo no se ahondará en dichos análisis, puesto que, resulta relevante, considerar la enorme diferencia en los valores que en ambos sistemas se le entrega al litro por segundo de agua. En ese sentido, debe recalcar que, si bien el pago de la Patente por No Uso, es una herramienta legal que se creó con un fin específico, resulta importante indagar en que si el valor que se asigna al litro por segundo de agua por concepto de patente, cuando este no lo

⁶⁵ UF calculada al promedio del mes de diciembre de 2015 [http://www.sii.cl/valores_y_fecha/]

utiliza, resulta significativo para un Titular que en el mercado puede obtener un valor muchísimo más alto que el que debe pagar si no lo utiliza.

Con todo, aun cuando no es posible establecer con profundidad un análisis respecto al cumplimiento del objetivo para el cual fue concebida esta norma, el ejercicio realizado, tanto en su tramitación, como en su posterior aplicación, resulta relevante en el ejercicio de valorar el agua.

Sanciones por infracciones al Código de Aguas

La Ley 21.064, que introduce modificaciones al marco normativo que rige las aguas en materia de fiscalización y sanciones, fue publicada recientemente, el 27 de enero de 2018. Esta Ley se inicia mediante el mensaje presidencial n°029-359, de 10 de enero de 2012, y se tramitó bajo el Boletín 8149-09.

Tal como lo anticipa su nombre, esta norma introduce modificaciones al Código de Aguas en dos aspectos, el primero de ellos es fiscalización y el segundo son las sanciones que se aplican ante una infracción. En este apartado se tratará especialmente lo referido a esta segunda temática, es decir, las sanciones que se aplican ante las infracciones al Código de Aguas, puesto que, aun cuando los cambios introducidos en materias procedimentales serían interesantes de analizar, no dicen relación con lo que se pretende exponer.

Primeramente es necesario referir a la anterior redacción del cuerpo legal. El Código de Aguas, vigente desde 1981, el cual establecía en su artículo 173⁶⁶ que la multa que se le debe aplicar a un infractor no podrá exceder de veinte unidades tributarias mensuales. Esta multa, tenía solo dos consideraciones; la primera es que se establecía de manera supletoria cuando no existía una infracción no estaba especialmente sancionada por una norma. En ese sentido, debe advertirse que el tipo de infracciones que consideraba especialmente una sanción, por lo general, estaban vinculadas con el correcto funcionamiento de los canales, su limpieza y

⁶⁶ Decreto con Fuerza de Ley n°1122, Fija texto del Código de Aguas, Código de Aguas, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, octubre de 1981

otras obligaciones de los propietarios del canal y como facultad del directorio de una Organización de Usuarios cuando un comunero incumplía algún deber u obligación, impuesta por los estatutos que rigen su organización o el Código de Aguas. La segunda consideración establecida en el artículo recién citado, es que se reconoce expresamente que esta sanción, no exime al infractor de otras responsabilidades tales como responsabilidades civiles y penales que procedan. En el presente análisis, es relevante detenerse en este punto, únicamente, puesto que sin ahondar en su examen, es evidente que es el mismo Código en que reconoce que una infracción al Código de Aguas puede además lesionar otros intereses o bienes que han sido protegidos por la Ley. Por lo que, si bien dicho ejercicio no entrega una metodología o valor al agua, reconoce otras dimensiones que son afectadas. Cabe recordar que el Código de Aguas entre en vigencia más de 10 años antes, que la Ley de bases del medioambiente, y es solo luego a la entrada en vigencia de la Ley 19.300 de 09 de marzo de 1994, en que se reconoce expresamente el daño ambiental en su artículo 3⁶⁷, por lo tanto, previamente solo existía la posibilidad de buscar resarcimiento mediante la configuración de otras infracciones.

En otro orden de cosas, considerando lo ya expuesto, es importante señalar que durante la vigencia del artículo 173 del Código de Aguas tal como se mencionó, existía un importante número de infracciones a las que podía aplicarse lo dispuesto en esa norma. De hecho, los últimos años de su vigencia, se pudo observar fenómenos distintos a los que motivaron dicha redacción, como por ejemplo, las permanentes declaraciones de zonas de escasez⁶⁸ conforme al artículo 314 del Código de Aguas⁶⁹. Son estos fenómenos, el incremento de la

⁶⁷ Artículo 3, ley 19300 versión original Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley.

⁶⁸ Dirección General de Aguas, Planilla Decretos Zonas de Escasez Hídrica (2008-2018), <http://www.dga.cl/administracionrecursoshidricos/decretosZonasEscasez/Paginas/default.aspx> [22 de octubre de 2018]

⁶⁹ Para estos efectos, resulta relevante conocer el texto del artículo citado. Sin perjuicio de ello, debe considerarse que aun cuando este artículo no ha sido modificado, la Ley 21.064, hace una mención a su aplicación. Artículo 314 del Código de Aguas. El Presidente de la República, a petición o con informe de la

declaración de zonas de escasez, la utilización de otras herramientas de gestión como la declaración de zonas de restricción para nuevas extracción, los decretos de reserva entre otros hacen relevar que habría infracciones al Código de Aguas, que no estaban expresamente contempladas, pero que adquirirían una nueva importancia. Tal es el caso de las extracciones de aguas sin título. Debe aclararse que la extracción de aguas de ejecutarse conforme al título que la justifica, es decir, del modo en que ha sido establecido el derecho de aprovechamiento de aguas. En ese sentido, cobra especial atención el carácter subsidiario de la redacción del “antiguo” artículo 173 del Código de Aguas, puesto que tendía a provocar, por ejemplo, que se entendiera como una infracción de igual magnitud una extracción de aguas sin título que la justificara, y una infracción, que aun teniendo título, esta se extraía en un punto distinto; o aún más, catalogaba dentro del mismo rango de infracciones, a extracciones de aguas sin importar el caudal en cuestión.

Es por ello que una nueva mirada del Código de Aguas, ante los hechos ya descrito necesitaba una distinción para las infracciones que se habían multiplicado

Dirección General de Aguas, podrá, en épocas de extraordinaria sequía, declarar zonas de escasez por períodos máximos de seis meses, no prorrogables.

La Dirección General de Aguas calificará, previamente, mediante resolución, las épocas de sequía que revistan el carácter de extraordinarias.

Declarada la zona de escasez, y no habiendo acuerdo de los usuarios para redistribuir las aguas, la Dirección General de Aguas podrá hacerlo respecto de las disponibles en las fuentes naturales, para reducir al mínimo los daños generales derivados de la sequía.

Podrá, para ello, suspender las atribuciones de las Juntas de Vigilancia, como también los seccionamientos de las corrientes naturales que estén comprendidas dentro de la zona de escasez.

Una vez declarada la zona de escasez y por el mismo período señalado en el inciso primero de este artículo, la Dirección General de Aguas podrá autorizar extracciones de aguas superficiales o subterráneas desde cualquier punto sin necesidad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas y sin la limitación del caudal ecológico mínimo establecido en el artículo 129 bis 1.

También podrá otorgar cualquiera de las autorizaciones señaladas en el Título I del Libro Segundo de este Código.

Para los efectos señalados en los incisos anteriores, y lo dispuesto en el artículo siguiente, la Dirección General de Aguas adoptará las medidas sin sujeción a las normas establecidas en el Título I del Libro Segundo de este Código.

Los decretos supremos y las resoluciones de la Dirección General de Aguas que se dicten en virtud de las facultades conferidas en los incisos anteriores, se cumplirán de inmediato, sin perjuicio de la posterior toma de razón por la Contraloría General de la República.

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 el Fisco.

Esta declaración de zona de escasez no será aplicable a las aguas acumuladas en embalses particulares.

y diversificado. La propuesta de la nueva ley recoge dentro de sus normas esta preocupación, y tal como se observa en la nueva Ley, fue un elemento fundamental en su tramitación; muestra de ello aparece de manera clara en su tramitación⁷⁰, que esta nueva norma contempla en materia de sanciones, establecer un catálogo de infracciones al Código de Aguas, agrupadas en cinco grados, dependiendo del impacto de la infracción, con montos mínimos y máximos de multas dentro de cada grado. Lo importante de destacar es que la actual legislación solo contempla, por regla general, sanciones que van de 0 a 20 UTM; es decir, no se pueden aplicar sanciones mayores a 20 UTM. En la legislación propuesta, las sanciones de grado mínimo van de 10 a 50 UTM, pero las de grado máximo de 1.000 a 2.000 UTM. Se produce un aumento importante respecto de lo establecido actualmente. Para la infracción -que nos preocupa mucho de usurpación de aguas, la sanción puede llegar a 5.000 UTM.

En ese contexto, se dicta la Ley 21.064 de 2018, que entre otras cosas, establece un catálogo más detallado y específico que la regla general que contemplaba el “antiguo” artículo 173 del Código de Aguas. El “nuevo” artículo 173 del Código de Aguas, dispone de cuatro artículos, y tres de ellos están referidos a la manera de establecer el monto de la multa, y la cuarta norma establece un plazo de prescripción.

Para continuar el análisis de este trabajo, atenderemos lo dispuestos en los nuevos artículos 173, 173 bis y 173 ter del Código de Aguas. El primer artículo señalado, se establece de manera genérica, el tipo de infracciones que se sanciona y el rango de multa al que debe aplicársele. De los seis numerales que se preceptúan, cinco de ellos están vinculados con el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas; ya sea cuando no se le permite el ingreso a los funcionarios de la Dirección General de Aguas a inspeccionar obras para el aprovechamiento del recurso, cuando se incumple la obligación de instalar dispositivos de control de extracciones o no se cumple con los plazos dispuestos

⁷⁰ Historia de la Ley 21064, Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Fecha 10 de octubre de 2017. Cuenta en Sesión 76, Legislatura 365

para ello, cuando se extraiga agua sin contar con la autorización para ello, o cuando intencionalmente se incurra en una doble inscripción del derecho de aprovechamiento de aguas. De la sola descripción de este catálogo resulta evidente, que la extracción de aguas sin título es tanto la preocupación como la infracción más relevante que se observa actualmente. De ello, debe necesariamente entenderse que actualmente la preocupación por el recurso hídrico es fundamental, y que de ser una aplicación subsidiaria, la infracción por la extracción de aguas sin título que la justifique y sus derivados, pasa a ser central en la redacción de la Ley 21.064 de 2005.

Siguiendo con dicho análisis, resulta aún más evidente la preocupación por la extracción de aguas sin título que la justifique, conforme lo dispuesto en el artículo 173 bis del Código de Aguas, y especialmente en lo que se establece en el número 2. letra a) de dicho artículo. Este artículo, en todos sus numerales, establece un listado de situaciones en las que se puede incrementar la multa, y en específico, en el número 2, señala que la multase incrementara hasta en un 75% cuando la infracción se cometa en zonas que hayan sido declaradas como zonas de restricción para nuevas extracciones, zonas de prohibición para nuevas extracciones, donde se haya declarado escasez o agotamiento. Sin querer profundizar en estas herramientas de gestión, es fundamental entender que este tipo de declaración opera cuando existe una menor disponibilidad de aguas o una mayor demanda, por lo tanto, cuando el valor del bien sube.

Por tanto, en el contexto de este trabajo resulta relevante revisar lo que se establece en el artículo 173 ter. Este artículo le otorga un valor, a las infracciones conceptuadas en los artículos anteriores. Sin bien, no son valores únicos, se establecen rangos de aplicación en unidades tributarias mensuales. Tal como se señaló anteriormente, la mayor parte de los numerales del artículo 173 del Código de Aguas están relacionados con la extracción de aguas, pero, para el objeto de este trabajo, se tomara lo establecido en el punto 4, es decir, la multa que se aplica cuando se realicen actos u obras, sin contar con el permiso de la autoridad competente y afecten la disponibilidad de las aguas, que corresponde a una multa

de cuarto grado. La multa de cuarto grado va entre 501 a 1.000 unidades tributarias mensuales, y es la segunda de mayor valor.

Efectivamente, este tipo de valoración del agua es más difusa; no permite establecer una metodología precisa que establezca un valor por l/s como se ha tratado anteriormente, es necesario conocer esta disposición puesto que debería permitir un correlato entre los valores que puede tomar el agua en las distintas instancias antes señaladas, y como el Código de Aguas, principal cuerpo normativo que regula su gestión, sanciona su extracción sin título que la justifique. Para terminar, es relevante mencionar que es el propio mensaje del Ejecutivo que dio origen a la Ley 21.064 de 2018, que el proyecto de ley que pretende introducir ciertas modificaciones al marco regulatorio que rige a las aguas, con la finalidad de aumentar las sanciones por extracciones no autorizadas de aguas y, en general, por infracciones a la normativa vigente en esta materia⁷¹.

⁷¹ Historia de la Ley 21064, Primer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Fecha 10 de enero de 2012. Mensaje en sesión 134, Legislatura 359

VALOR AMBIENTAL DEL AGUA EN CHILE

Por último, este capítulo tratará la manera en que la legislación ambiental chilena, reconoce –o no- valor al agua. En primer lugar se revisaran algunos aspectos legales que resultan fundamentales para el análisis que posteriormente se realizara, centrado en diferentes sentencias judiciales que ilustran la situación en comento.

SERVICIOS ECOSISTEMICOS

Aun cuando en los primeros capítulos de este trabajo se hizo referencia al concepto de “Servicios Ecosistémicos”, desde la perspectiva de análisis que se pretende instalar, es necesario volver a este tema y afinar algunos conceptos presentes en la legislación chile que nos permitirán entender cabalmente los siguientes planteamientos.

El primer concepto clave, es la definición de medioambiente que dispone la Ley 19.300, en la letra II) del artículo 2, de medioambiente según el cual se entenderá como medioambiente al sistema global constituido por elementos naturales y artificiales de naturaleza física, química o biológica, socioculturales y sus interacciones, en permanente modificación por la acción humana o natural y que rige y condiciona la existencia y desarrollo de la vida en sus múltiples manifestaciones. Debemos considerar que tal como lo establecen las normas interpretativas de legislación chilena, cuando exista una definición legal⁷² se atenderá a este significado. Es por ello que debemos considerar el agua como uno de los componentes que forman parte de este sistema global, que interactúa con los demás componentes y se encuentra en permanente modificación por acción humana o natural. De esta definición se desprende que el agua y su interacción

⁷² Artículo 21 del Código Civil, dispone que las palabras de la ley se entenderán en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras; pero cuando el legislador las haya definido expresamente para ciertas materias, se les dará en éstas su significado legal.

con el ecosistema es parte del concepto de medioambiente que se protege en la legislación chilena⁷³, por lo tanto la protección ambiental, alcanza necesariamente al agua.

Pues bien, aclarado el hecho de que el agua y sus interacciones forman parte del medioambiente que está protegido por la legislación chilena, vale la pena ahondar en cuáles son las interacciones o posibilidades implicancias que tiene el agua. Y, en este sentido debemos recurrir a un concepto ya mencionado anteriormente cual es el de servicios ecosistémicos. No existe definición legal para este concepto, pero doctrinariamente, se establece que corresponden a beneficios materiales (bienes), económicos, de salud o culturales que los seres humanos obtienen del funcionamiento de los ecosistemas. Estos se clasifican en: Servicios de provisión, los que entregan bienes materiales útiles para el hombre, tales como provisión de agua y alimentos; Regulación, los que mantienen las condiciones ambientales y la provisión de bienes dentro de rangos tolerables para el hombre, por ejemplo regulación del CO₂ atmosférico mediante fijación fotosintética, control de erosión, control de plagas, etc.; Culturales, corresponde a los aspectos naturales de relevancia simbólica o para el quehacer humano, ejemplo de ello es el ambiente escénico; Soporte, los cuales no generan beneficios directos, pero actúan en el funcionamiento del ecosistema y, por lo tanto, permiten la provisión de todos los anteriores: productividad, interacciones inter-específicas, etc.⁷⁴ De esta definición, puede interpretarse que el agua, además de sus usos directos, provee de numerosos servicios ecosistémicos, y además es soporte de otros. En el caso de los servicios de provisión, resulta evidente e incuestionable su valor para el ser humano, o incluso para todo ser vivo; incluso, desde una mirada antropocéntrica, dicho valor podría estimarse de alguna manera según lo expuesto párrafos atrás, en la valoración del agua para el uso sanitario. Es decir, este tipo de valoración existe, aunque difusa e indirecta, nuestro sistema legal ha reconocido que el agua tiene un valor de provisión para el ser humano, y le otorga un valor.

⁷³ Artículo 19 de la Constitución Política de Chile, dispone que la Constitución asegura a todas las personas:
8º El derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Es deber del Estado velar para que este derecho no sea afectado y tutelar la preservación de la naturaleza.

⁷⁴ PICA, Andres, "et al", Manual para la elaboración de planes de Reparación del daño Ambiental, GreenLab UC y CORFO, Santiago. Chile, 2014, PAGINA 11

Pero la categorización de servicios ecosistémicos recién señalada, devela que el agua es un componente esencial para muchos tipos de servicios. Los más relevantes, para este análisis, corresponden al servicio de cultural y el de soporte. En primer lugar, el servicio ecosistémico cultural, se define como aquel servicio que presta el agua (o cualquier otro componente ambiental) para los aspectos naturales de relevancia simbólica o para el quehacer humano. En ese sentido, podemos encontrar un correlato similar en el artículo 9 de la Ley 19.300, que reconoce explícitamente el valor paisajístico y el valor turístico de una zona. La definición de estos tipos de valores, asociarlos a las interacciones que se presentan entre los distintos componentes ambientales, y los servicios ecosistémicos que estos prestan, puesto que en general responden a un conjunto de características que son especialmente valoradas. Se entenderá que una zona, tiene valor paisajístico, cuando, siendo perceptible visualmente, posee atributos naturales que le otorgan una calidad que la hace única y representativa y como valor turístico, cuando además de tener valor paisajístico, cultural y/o patrimonial, atraiga flujos de visitantes o turistas hacia ella. Pero estos valores, aun cuando se han definido en la norma, no son ampliamente aplicados. Se ha preferido recalcar estas dos valoraciones, porque aun cuando están expresamente definidas por la Ley, no se reconocen aplicaciones prácticas ni metodológicas que permitan fijar un monto para dicho valor, a diferencia de la valoración que se le da a la función de provisión del agua, como ya se dijo.

En este sentido, también debe atenderse que el objeto del análisis que se viene realizando en este apartado, dice relación con identificar claramente a lo que se está refiriendo cuando se habla del valor ambiental del agua, y es por ello, que resulta útil este ejercicio de descartar aquellos usos que si bien se entienden dentro del concepto de medioambiente (por ser esenciales para la vida), han sido valorados de manera específica por otros sectores, como agricultura o uso sanitario.

Tal como se señaló, se han encontrado distintos esfuerzos por establecer una metodología que valore el agua, pero siempre, desde una perspectiva específica, distinta a la ambiental; es por ello que se buscó la manera en que podría

otorgársele un valor al agua en sede ambiental. En dicho contexto, y atendido lo anteriormente expuesto, se revisaran distintos aspectos de la acción por daño ambiental y la indemnización de perjuicios.

ACCIÓN POR DAÑO AMBIENTAL E INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS

En primer lugar debe aclararse, tanto la acción por daño ambiental como la de indemnización de perjuicios, no se refieren exclusivamente al componente agua, sino que, su revisión en este trabajo, dice relación con el objetivo propuesto. Una segunda prevención, es que el del análisis del presente apartado, no pretende ahondar en aspectos legales procedimentales o discusiones doctrinarias relativas a las acciones legales que se trataran, sino que, únicamente, ilustrar los aspectos generales que permitan un mejor entendimiento del próximo párrafo.

La responsabilidad por daño ambiental, está reconocida en el Título III de la Ley 19.300, que comienza con el artículo 51, según el cual todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley. A su vez, se establece la prevalencia de las normas relativas al daño ambiental contenidas en leyes especiales y se establece la supletoriedad de las normas relativas a los delitos y cuasidelitos establecidas en el Código Civil, que de modo genérico, refieren a la acción de indemnización.

Cabe detenerse en este último punto, atendido a las modificaciones que se han realizado específicamente en estas normas. La redacción original de este Título, entregaba la jurisdicción de esta acción, conforme lo disponía el artículo 60 el juez de letras en lo civil del lugar en que se origine el hecho que causa el daño, o el del domicilio del afectado a elección de este último, mientras que, la actual Ley 19.300, modificada por la Ley 20.417, establece que será competente para conocer las causas que se promuevan por infracción a la presente ley, el Tribunal Ambiental, de conformidad a las normas de procedimiento establecidas en la ley que lo crea. Es decir, actualmente, la acción por daño ambiental es conocida por una judicatura especializada, y con procedimientos especiales, sin embargo,

previo a la modificación ya citada, este tipo de acciones se conocía en sede civil. Otro aspecto relevante de este Título, referido a la responsabilidad por daño ambiental, es que se reconocen expresamente dos acciones cuando se produce el daño ambiental, una, para obtener la reparación del medio ambiente dañado, y otra para obtener indemnización ordinaria por el directamente afectado. Y es en dicho contexto en el que se puede vislumbrar la necesidad de establecer un valor. La norma en cuestión, encabeza el Título III de la Ley 19.300 referido a la responsabilidad por daño ambiental. Este Título comienza con el artículo 51 que dispone que todo el que culposa o dolosamente cause daño ambiental responderá del mismo en conformidad a la presente ley, por lo tanto, mediante esta norma se consagra el deber de responder por el daño causado al medioambiente⁷⁵. Pero esta responsabilidad puede ser reclamada mediante dos acciones, ya sea por la acción por daño ambiental, establecida en el 53 de la misma Ley 19.300 según la cual, se concede acción para obtener la reparación del medio ambiente dañado, y acto seguido se consagra un segundo camino, al disponer que ejercer la acción recientemente señalada, no obsta al ejercicio de la acción indemnizatoria ordinaria por el directamente afectado.

Para el objeto de este análisis resulta interesante revisar el ejercicio de ambas acciones, pero debe hacerse la prevención, que la primera de ellas, busca “reparar” el medioambiente dañado, y para ello, la misma Ley entrega la definición legal de lo que se entiende como reparación. Así, el artículo 2 letra s) de la Ley 19.300 dispone que debe entenderse como reparación a la acción de reponer el

⁷⁵ En el derecho chileno, existe una definición legal de culpa y dolo, y se encuentra en el artículo 44 del Código Civil, según el cual *“La ley distingue tres especies de culpa o descuido.*

Culpa grave, negligencia grave, culpa lata, es la que consiste en no manejar los negocios ajenos con aquel cuidado que aun las personas negligentes y de poca prudencia suelen emplear en sus negocios propios. Esta culpa en materias civiles equivale al dolo.

Culpa leve, descuido leve, descuido ligero, es la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios. Culpa o descuido, sin otra calificación, significa culpa o descuido leve. Esta especie de culpa se opone a la diligencia o cuidado ordinario o mediano.

El que debe administrar un negocio como un buen padre de familia es responsable de esta especie de culpa.

Culpa o descuido levísimo es la falta de aquella esmerada diligencia que un hombre juicioso emplea en la administración de sus negocios importantes. Esta especie de culpa se opone a la suma diligencia o cuidado.

El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.”

medio ambiente o uno o más de sus componentes a una calidad similar a la que tenían con anterioridad al daño causado o, en caso de no ser ello posible, restablecer sus propiedades básicas. De esta definición rescataremos dos elementos; el primero de ellos, es que se señala expresamente la reparación de “uno o más de sus componentes”, lo que refuerza la idea que se viene construyendo desde capítulos anterior, respecto a que el medioambiente esta es un sistema de diversos componentes, y que el agua es uno de ellos, por tanto es totalmente factible que se accione por daño ambiental, cuando se ha incurrido en daño ambiental al componente agua⁷⁶. Un segundo elemento a considerar es que también entiende que existan casos en que la reposición del medioambiente o específicamente del componente dañado, no es posible, caso para el cual dispone la obligación de restablecer sus propiedades básicas. En ambos casos, tanto la reparación del medioambiente como la de reestablecer sus propiedades básicas, se subentiende que existe la posibilidad de hacerlo. Sin embargo, existe una tercera opción. La doctrina reconoce un tipo de daño que se denomina irreversible, el que aun cuando no es objeto de este trabajo, se ahondara someramente en este punto a fin de enfrentar, nuevamente, una institución para la que resulta relevante la valoración del agua.

En doctrina es posible encontrar al menos dos justificaciones que sustentan esta otra alternativa, referida a la imposibilidad de la reparación del daño ambiental⁷⁷. La primera de ellas, es que el daño ambiental se física o técnicamente imposible de reparar y la segunda es que el daño ambiental cuya reparación se requiere resulta excesivamente onerosa. En el primer caso, resulta claro el entendimiento de que se está haciendo referencia a la imposibilidad física de llevar a cabo acciones de reparación, puesto que no es posible restaurar el medioambiente, pero la segunda, señala en su hipótesis un elemento que no está presente en la Ley 19.300 cuál es el componente económico del cual resultaría la comparación de ser “excesivamente oneroso”. Sin embargo, aun cuando es posible encontrar

⁷⁶ Artículo 2, letra e) Ley 19.300. Daño Ambiental: toda pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo inferido al medio ambiente o a uno o más de sus componentes

⁷⁷ CABRERA Jorquera, Bastián. Reparación en Equivalencia el Daño Ambiental Irreversible. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017. P 28.

en la doctrina estos dos conceptos, es posible afirmar, que la Ley 19.300 solo considera como daño ambiental de carácter irreversible, aquel daño que no es posible de reparar debido a una limitación fáctica o técnica que imposibilita, inclusive el restablecimiento de las propiedades básicas del elemento ambiental lesionado⁷⁸.

Esta pequeña desviación del objeto central de este trabajo, se realiza con el objeto de vislumbrar que la legislación chilena y particularmente los órganos jurisdiccionales, al parecer, ha tomado la decisión descartar cualquier tipo de análisis económico que provoque una comparación entre el valor de la reparación del daño ambiental que se pretende, y los beneficios ambientales esperables dicha medida⁷⁹.

Pues bien, retomando el objeto central de este análisis, falta referirse a la acción indemnizatoria ordinaria dispuesta para el directamente afectado. En este caso debe entenderse que la Ley dispone para el directamente afectado, la posibilidad de que se le indemnice por el daño que lo afecto. En este caso, el artículo 53 establece la acción que permite dar cumplimiento al principio establecido en el artículo número 3 de la Ley 19.300 según el cual “Sin perjuicio de las sanciones que señale la ley, todo el que culposa o dolosamente cause daño al medio ambiente, estará obligado a repararlo materialmente, a su costo, si ello fuere posible, e indemnizarlo en conformidad a la ley.”

⁷⁸ IGUAL 73, P 34.

⁷⁹ Corte Suprema, 26.10.2006, Rol Nº 489-2005, considerando 14º. De manera ejemplar puede citarse el fallo de la Corte Suprema, que acoge la casación en el fondo en la causa caratulada “CONSEJO DE DEFENSA DEL ESTADO C/ BOEZIO SEPULVEDA JUAN LUIS” que manifiesta, en considerando número 14 que “Que el artículo tercero tantas veces mencionado, coloca al causante del daño es la obligación de repararlo materialmente, y agrega, “si ello fuere posible”, desde luego, y contrariamente a lo que sostienen los jueces del mérito, se refiere justamente a la imposibilidad de efectuar la reparación material del daño, atendida la naturaleza y entidad de éste, pero en ningún caso a situaciones ajenas, como si el demandado es dueño o no de la propiedad donde éste se cometió. La ley al establecer la obligación de reparación no distingue si quien causó el daño es dueño o no del lugar donde éste se produjo. Entonces, si el demandado es o no en este caso propietario del predio donde se causó el daño y por ende, donde deben realizarse las faenas necesarias para su reparación material, carece de importancia para los efectos de aplicársele las sanciones que correspondan, así como para ordenarle ejecutar o realizar las medidas tendientes a lograr la reparación material”.

La acción de indemnización de perjuicios tiene como objeto la reparación pecuniaria de los perjuicios producidos por el daño ambiental⁸⁰. Debe considerarse que esta acción, tal como lo dispone la norma, corresponde a la acción ordinaria de indemnización, por tanto, es pertinente señalar que conforme las reglas generales de la responsabilidad civil, esta reparación en equivalencia consistirá, generalmente, en una cantidad de dinero que se avalúa el perjuicio sufrido por la parte directamente afectada⁸¹.

Este es el punto que sustenta el análisis de este trabajo. En general, podría considerarse que ambas acciones contemplan la necesidad de avaluar el daño cometido; desde alguna perspectiva de la doctrina, la acción de reparación, en algunos casos podría llegar a requerir una valuación del daño, versus el valor de la acción que se requiere implementar. Sin embargo, y aun cuando ya se señaló que al parecer esta no es la opción que adopta ni la legislación ni la jurisprudencia chilena, la imposibilidad de reparar el medioambiente, por la irreversibilidad del daño, podría requerir en el avalúo del daño causado cuando su reparación sea física y técnicamente imposible. Pero en esta acción, la necesidad de valorar los componentes del medioambiente, o el medioambiente en sí mismo, no es tan evidente como en la acción de indemnización por daño ambiental. La acción por daño ambiental supone que el Juez que la acoge determine cuál es la obligación de pago del causante del daño, es decir, es necesario que se avalúe el daño que se pretende resarcir.

Por tanto, a fin de concluir con la revisión de antecedentes que ha sustentado este trabajo, se revisara jurisprudencia relativa a estas acciones, especialmente en lo referido al daño ambiental al componente agua, a fin de determinar si se ha reconocido el valor ambiental del agua.

⁸⁰ BOETTIGER Philips, Camila, Revista Actualidad Jurídica n°24. Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile. 2011

⁸¹ IGUAL 76

REVISIÓN DE JURISPRUDENCIA

A continuación se revisaran 4 casos que tienen ciertos elementos centrales en común, como se revisara más adelante; en todos la acción por daño ambiental se centra el componente agua y todas terminan con una sentencia de la Corte Suprema, y que será la sentencia que se revisara, por entenderse que pone término al proceso judicial. Sin embargo, se han electo estos 4 casos, porque aun cuando mantienen los elementos esenciales del análisis, responden a 4 tramitaciones diversas, tanto por la entidad del daño que se busca reparar, como por el titular de la acción y el tribunal de primera instancia.

El objetivo de este apartado, es reconocer si en Chile se ha valorado el agua en sede ambiental.

Asociación de Canalistas del Embalse Pitama con Soc. Concesionaria Rutas del Pacífico S.A

El 23 de octubre del año 2002 la Asociación de Canalistas del Embalse Pitama dedujo demanda contra la Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. con el objeto de que esta última reparara el daño ambiental provocado en el Embalse Pitama y los indemnizara por los perjuicios sufridos. Dicha causa corresponde al ROL C-5421-2002, seguido ante el 10° Juzgado Civil de Santiago. En el año 2005, se dictó sentencia desestimando dicha acción impetrada por los Canalistas, y luego en el año 2008, también se desestimó la apelación que estos mismos interpusieron contra el fallo de primera instancia, bajo el rol ingreso Corte 2386-2005. Por último, la Asociación de Canalistas entablo el recurso de casación en el fondo, que fue acogido por la Corte Suprema.

El daño ambiental, según el recurrente, se provoca por la realización de los trabajos para la ejecución, conservación y explotación del Proyecto de Interconexión Vial Santiago - Valparaíso - Viña del Mar sobre mejoramiento de la Ruta 68, contrato a cargo de Sociedad Concesionaria Rutas del Pacífico S.A. Dichos daños derivan de las maniobras y trabajos efectuados por la demandada

en el sector inmediatamente adyacente al embalse han comprendido cortes en las paredes laterales de los cerros vecinos, el relleno de quebradas naturales, el movimiento del material extraído tras las maniobras ya indicadas y su acumulación al borde de la misma carretera o su reintegro en las diversas excavaciones, esta vez como material sin compactación natural ni arraigo en el terreno. Argumenta que todas estas maniobras se han efectuado en forma irregular e ilegal, sin darse cumplimiento a las exigencias y condiciones que se le han impuesto por la autoridad, la ley, el reglamento y el contrato que regula dichas obras. A consecuencia de estos actos no sólo se ha interrumpido el libre curso de las aguas en algunos sectores y esteros, sino que -lo que es más grave- con la lluvia, el escurrimiento natural de las aguas ha conducido y continúa conduciendo cúmulos de tierra y arena, material contaminado, que fluye hacia el embalse, para depositarse en definitiva en él, rellenándolo progresivamente de fango. Con el correr del tiempo, la acumulación de lodo y de desperdicios en el embalse ha provocado que sus aguas sufran una importante modificación en su composición y características. Señala que además debe considerarse que las aguas del embalse se utilizan, entre otras cosas, para el riego de cultivos que posteriormente son destinados al consumo humano⁸².

La Corte Suprema acoge la casación en el fondo, por cuanto expresa en el considerando quinto de la sentencia, queda de manifiesto que la sentencia recurrida no cumple con las exigencias del número 4 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el N° 7 del Auto Acordado de la Corte Suprema de 30 de septiembre de 1920, por haberse omitido algunas consideraciones de hecho o de derecho, de lo que se sigue que la contravención por los jueces de esas formalidades trae consigo la invalidación de la sentencia viciada.

Pues bien, en lo que importa para el análisis de este trabajo, al acoger el recurso de casación en el fondo, acoge la demanda de reparación ambiental y de indemnización de perjuicios. La sentencia de reemplazo, además de construir una

⁸² Corte Suprema 2011, Sentencia de reemplazo, Rol 396-2009

argumentación relativa a la responsabilidad por daño ambiental y revisar los hechos que prueban cada uno de los supuestos necesarios para acoger el recurso, respecto al daño ambiental específico, reconoce en el considerando trigésimo que “es preciso señalar que se encuentra acreditado que la conducta negligente de la demandada perturba y amenaza de forma cierta y precisa con seguir intensificando la afectación de la calidad de las aguas del Embalse Pitama, puesto que el sistema de drenaje o saneamiento del botadero resulta ineficaz, así como también es insuficiente la implementación de los programas de revegetación y reforestación del mismo. No debe olvidarse que esta afectación ya ha tenido una concreción evidente en los hechos, puesto que ha aumentando la turbiedad y los sedimentos presentes en el agua, situación que fue constatada por la perito designada, quien afirma el deterioro de la calidad de las aguas del embalse y del sistema de tecnología de riego” y a continuación señala que de acuerdo a las pruebas apreciadas “el agotamiento de la vida útil del embalse es en realidad la causa de su estado, pretendiendo aludir a un hecho propio de la naturaleza, sin hacer referencia alguna a los efectos que ha tenido la erosión, escurrimiento de sedimentos y embancamiento de residuos sólidos arrastrados por las aguas lluvias hasta el lecho del Embalse Pitama, por la falta de tratamiento de las tierras removidas por la acción de la demandada y la falta de vegetación en el sector, con lo cual queda demostrada la relación de causalidad entre la conducta imputada a la demandada y el perjuicio originado al medio ambiente, que consistirá precisamente en la desaparición del Embalse Pitama. Por estas razones debe calificarse que la conducta de la demandada ha causado un daño ambiental significativo y que concurriendo relación de causalidad con la conducta de la demandada, debe ser reparado”, en consecuencia a lo recién expuesto, la Corte hace lugar al requerimiento de reparación ambiental. Pero acto, seguido señala, en el considerando trigésimo segundo que “los perjuicios demandados corresponden al daño producto de la afectación de las aguas del Embalse Pitama, tanto en su pureza como en el descenso de su disponibilidad, producto de lo cual los predios vecinos se han visto perjudicados en su riego. Además, los integrantes de la Asociación de Canalistas del Embalse Pitama, por iguales causas, han

debido abstenerse de concretar proyectos que tenía por objeto obtener legítimos beneficios con la explotación de sus predios, por la conducta ilícita de la demandada” por lo cual, también acoge el requerimiento de indemnización. Pero también resulta relevante lo señalado en el considerando trigésimo sexto de la sentencia en análisis, según el cual “la reserva en la determinación de la especie y monto de los perjuicios, para la etapa de ejecución de esta sentencia o en otro procedimiento diverso, se efectúa según lo ha solicitado expresamente la parte demandante y lo autoriza el inciso segundo del artículo 173 del Código de Procedimiento Civil. Esta determinación se adopta, además, luego de indicar los daños que deben ser indemnizados, ya aludidos en el motivo trigésimo cuarto, de manera que la reserva permitirá fijar, precisamente, su especie y monto.

En este sentido, resulta evidente, que en este caso se cumplen con los supuestos que nos hemos propuesto para el análisis. En primer lugar se interponen tanto la acción de reparación de daño ambiental como la de indemnización de perjuicios, por daño ambiental al componente agua. Por lo tanto, esta sentencia es del tipo de decisión que nos permitiría conocer el valor que se le otorga jurisdiccionalmente al agua, cuando se reconoce que existe daño ambiental asociado a dicho componente.

La Corte Suprema acoge ambos requerimientos, pero posterga para la etapa de la ejecución de la sentencia la determinación del monto correspondiente a la indemnización. Por lo tanto, para conocer el valor que buscamos, es preciso remitirse a la etapa de cumplimiento de la sentencia. El 16 de junio de 2011, se recibe la causa el tribunal de origen y con fecha 2 de marzo de 2012, la demandante solicitó el cumplimiento incidental de la sentencia, con lo que se da inicio a la etapa de cumplimiento. Luego de casi 7 años de tramitación (y 15 apelaciones a distintas resoluciones) del cumplimiento incidental, con fecha 27 de marzo de 2018, las partes en conjunto ingresan un documento que da cuenta de que han dado cumplimiento a las acciones ordenadas por la Corte Suprema, que se han cumplido por equivalencia dos acciones (reconociendo el pago de una suma de dinero por parte de la demandada) y declaran que no tienen más

materias pendientes, por lo que en el primer otrosí del escrito, se presenta el desistimiento del cumplimiento incidental, el cual es acogido en todas sus partes por el tribunal con fecha 2 de abril de 2018.

En resumen, aun cuando no resulta posible establecer el valor que se le otorgo al daño ambiental al componente agua, es posible reconocer dos elementos esenciales de este caso. El primero, respecto a la identidad del daño, es que se reconoce expresamente que el detrimento en la calidad de las aguas, corresponde a un daño ambiental. Y en segundo es que se consigna la obligación para el demandante la obligación de reparar el medioambiente e indemnizar por perjuicios, acciones que han sido evaluadas por las partes, y pagadas en dinero, aun cuando se desconoce el monto y la metodología que se utilizó para obtener un monto.

Maria Calfinir Llancaqueo con Aguas Araucanía S.A.

El 14 de abril de 2014, doña Maria Calfinir Llancaqueo deduce demanda en procedimiento sumario, de acuerdo a la Ley 19.253 de indemnización de perjuicios por daño ambiental contra Aguas Araucanía S.A. según consta en la causa Rol C-2506-2011, seguida ante el Primer Juzgado Civil de Temuco. En el año 2013, se dictó sentencia desestimando dicha acción y luego la Corte de Apelación de Temuco, también desestimó la apelación acogiendo la excepción de prescripción opuesta por la demandada. Por último, con fecha 30 de junio de 2014, ingresa a la Corte Suprema bajo el N°17.148-2014 el recurso de casación en el fondo, entablado por la demandante.

El recurso de casación en el fondo es fallado con fecha 6 de octubre de 2014, en el cual se invalida de oficio la sentencia dictada por la Corte de Apelación de Temuco. Pues bien, para contextualizar dicha decisión, debe considerarse que la demandante señala que Aguas Araucanía S.A. presentó ante la Comisión Nacional de Medio Ambiente el proyecto “Tratamiento, Recolección y Distribución de Aguas Servidas de Temuco y Padre Las Casas”, para la evaluación de su impacto ambiental, en el año 2001. Con fecha 3 de marzo de 2006, la demandada

procedió a modificar el punto de descarga, corriéndolo 500 metros hacia el sector Labranza, con lo cual dicho punto quedó sólo a 20 metros de su propiedad. A su vez, un informe de CONADI, señala que se produjo afectación de la vida de las comunidades cercanas, de sitios de significación cultural como un cementerio indígena y del caudal de pozo y norias subterráneas que abastecen a los predios aledaños, entre los que se encuentra el suyo.

Tal como se indicó anteriormente, la Corte de Apelaciones de Temuco desestimo la apelación, puesto que acoge la excepción de prescripción interpuesta, pero la Corte Suprema, señala en el considerando sexto, que “fluye con nitidez si se considera que la actora funda su demanda por daño ambiental no sólo en base a la modificación del punto de descarga acaecida el 3 de marzo de 2006 sino que, conjuntamente con ello, justifica la acción de reparación del daño ambiental en el actuar culpable de la demandada en la operación de descarga por desechar aguas fuera de la norma ambiental permitida, incumplimientos por los cuales Aguas de la Araucanía S.A. habría sido sancionada a partir del mes de diciembre de 2007 y durante enero, febrero y marzo de 2007” y aun mas, agrega en el considerando siguiente que “consecuencialmente, queda de manifiesto que la resolución reprochada ha incurrido en la omisión de aquel requisito estatuido en el numeral cuarto del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, en relación con el número 5º del Auto Acordado de la Corte Suprema de 30 de septiembre de 1930, de lo que se sigue que la contravención por los jueces de esas formalidades trae consigo la invalidación de la sentencia viciada, en virtud de haberse verificado la causal de nulidad formal prevista en el N° 5 del artículo 768 del Código antes citado, falta que, además, tiene influencia sustancial en lo dispositivo del fallo. Cabe señalar que, respecto a la “actuación de oficio” por parte del máximo tribunal solo se limita a justificar dicho actuar en el artículo 775 del Código de Procedimiento Civil, según se desprende del considerando octavo.

La sentencia de reemplazo, considera en su numeral 3º que “constituye, un hecho debidamente comprobado en autos que la actora padeció un daño ambiental de aquellos a que se refiere la ley antes citada, y que “la manifestación evidente del daño” que menciona la misma se produjo entre los meses de

diciembre de 2006 y enero a marzo de 2007, juzgando este tribunal de casación que es esta última fecha aquella que debe considerarse para el cómputo del plazo de prescripción de la acción ambiental y de las acciones civiles emanadas del mismo a que se refiere el artículo 63 de la Ley N° 19.300”.

Respecto a la indemnización de perjuicios solicitada por la demandante, la Corte Suprema señala que “constituye un hecho debidamente comprobado en autos la existencia del daño, por una parte, y que éste se debe a las acciones negligentes de la demandada, concurriendo, asimismo, la relación de causalidad, puesto que aquél surge como consecuencia inmediata y directa de éstas. Juzga, sin embargo, el tribunal que el daño patrimonial, que la demandante avalúa en \$15.000.000, no aparece debidamente justificado o acreditado en autos” En este punto resulta relevante considerar que el Tribunal general una suerte de evaluación de perjuicios, puesto que en el numeral 7° reconoce que el sufrimiento o aflicción en que la demandante hace consistir el daño extrapatrimonial, y que debe legalmente ser reparado, lo estima prudencialmente el tribunal en la suma de \$5.000.000, sin expresar más causa ni metodología de haber arribado a dicho monto.

Pero luego, en la parte resolutive dispone que “se condena a Aguas Araucanía S.A. a pagar a la demandante Maria Doralisa Calfiñir Llancaqueo, la suma de \$5.000.000 (cinco millones de pesos), por concepto de daño moral, rechazándose en lo demás pedido.”

En este punto, resulta interesante recalcar que el Tribunal ha estimado un valor para el daño ambiental, provocado al componente agua, y que si bien la sentencia se refiere principalmente a descartar la aplicación de la excepción de prescripción, termina pronunciándose sobre la acción de indemnización fijando un monto específico, sin expresión de justificación o metodología.

Por último, debe hacerse una especial mención al tenor literal de la parte resolutive, en cuanto dispone que el monto que se obliga a pagar a la demandada se justifique en el daño moral. No existe razón alguna por la cual estimar que el Tribunal quiso referirse a algo distinto que al daño moral, pero la fundamentación que se expone precedentemente en la sentencia, permite al menos sugerir, que

por daño moral, se refería a daño ambiental o que asimilo el daño moral al daño ambiental. Dicha circunstancia no es del todo desconocida, puesto que, parte de la doctrina, estima que el daño moral es asimilable al daño ambiental. En ese sentido, se dice que una de las razones para negar lugar a la indemnización es la dificultad, sino la imposibilidad, de valorar el daño ambiental, lo que impediría que la indemnización cumpliera la función compensatoria que le es propia. Si se está de acuerdo que todo el que dolosa o culposamente causa un daño ambiental debe repararlo, por ser ésta una concreción más del principio de la reparación integral, la dificultad e incluso la imposibilidad de valoración no pueden constituir un obstáculo para ordenar su indemnización en caso no ser posible su reparación material. Podría asimilarse este daño ambiental al daño moral y asignarle a su indemnización, no una función compensatoria, sino de satisfacción, en términos de considerar a la indemnización como un valor de reemplazo que permita desatender al daño ambiental irreparable, y asignarlo a un fin de preservación o conservación medio ambiental. Tal función en el caso del daño moral ya se encuentra instalada en la doctrina y jurisprudencia nacionales y surge dado que la indemnización del daño moral, que nadie discute su procedencia, no se avenía con la función compensatoria o de justicia correctiva de la indemnización de los daños patrimoniales. Siendo así, en la fijación de la indemnización del daño ambiental, deberán considerarse especialmente, tal como ocurre en el caso del daño moral, la gravedad del hecho y las facultades económicas del agente contaminador.⁸³

Consejo de Defensa del Estado con Sociedad Contractual Minera Compañía (De Salitre y Yodo Soledad)

En el año 2007, el Consejo de defensa del Estado, en representación del Estado de Chile interpuso la acción por reparación por daño ambiental, en contra de la Sociedad Contractual Minera Compañía (de Salitre y Yodo Soledad), e

⁸³ VIDAL Olivares, Alvaro. Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley n°19. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX (Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2007) [pp. 119 - 140] versión On-line ISSN 0718-6851 [consulta: 02 noviembre 2018]

indemnización de perjuicios derivados del daño ambiental generado por la misma, por la extracción ilegal de aguas del acuífero Pampa del Tamarugal mediante treinta y cinco pozos de captación clandestinos construidos por la demandada, menoscabando el escaso recurso hídrico disponible en la mencionada cuenca hidrográfica. En solicitud, la demandante solicita que se condene a la demandada a reparar íntegramente el medio ambiente afectado y además se le condene a indemnizar los perjuicios causados a bienes nacionales de uso público con ocasión de las captaciones ilegales, cuyo monto se reserva para la etapa de cumplimiento del fallo. En primera instancia, bajo el rol c-4354-2007, el 3° Juzgado de Letras de Iquique, no acogió el requerimiento de la demandante, y luego la Corte de Apelaciones de Iquique ratificó dicha decisión, en el procedimiento seguido bajo el n° de ingreso 728-2008. Sin embargo, en autos rol N° 5826-2009 de la Corte Suprema, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo, el que fue acogido en los términos que se comentan a continuación.

La actora, fundamenta su recurso de casación, según se desprende del primer considerando de la sentencia de autos, en que “la sentencia impugnada ha incurrido en una equivocada inteligencia del concepto de daño ambiental, pues estimó que para su configuración es necesaria la cuantificación del mismo. En otras palabras, el tribunal habría considerado que, en la especie, la magnitud del recurso hídrico explotado ilegalmente o su cálculo volumétrico de extracción constituiría el factor determinante para definir si existe o no daño ambiental. Sin embargo, expresa el recurrente, el carácter significativo de una pérdida, menoscabo o detrimento ambiental no está dado por la cantidad, sino por la pérdida o deterioro de elementos que afecten las cualidades propias e intrínsecas del bien protegido, como también la afectación de otros componentes ambientales asociados a aquél.”⁸⁴ En el mismo documento, también argumenta que se han vulnerado las normas que rigen la tasación de las pruebas, puesto que, de haberlas seguido, habrían arribado necesariamente a que “la extracción ilegal de recursos hídricos por parte de la demandada mediante la explotación de treinta y cinco pozos clandestinos está menoscabando el componente ambiental del agua y

⁸⁴ Corte Suprema 2011, Sentencia, Rol 5826-2009

el ecosistema de la cuenca hidrográfica Pampa del Tamarugal que depende de aquél”⁸⁵. En ese sentido resulta interesante distinguir, que en este caso, a diferencia de la jurisprudencia revisada anteriormente, la identidad del daño se refiere también a la “extracción ilegal de recursos hídricos”. Si bien se hace mención a la afectación de la calidad de las aguas almacenadas en el acuífero Pampa del Tamarugal, la preocupación se centra en la severa afectación a la recarga del acuífero lo que provoca, por tanto, un menoscabo a la disponibilidad de la misma. Pero además, señala la demandante que también se pone en riesgo la supervivencia de la escasa flora existente en esa zona; idea que reconoce los servicios ambientales que presta el agua, y como su afectación, genera un daño ambiental.

Posteriormente, el razonamiento de la Corte Suprema, particularmente en el considerando séptimo de la sentencia en revisión, establece que “el requisito de que el daño tenga un carácter significativo no está sujeto a un aspecto de extensión material de la pérdida, disminución o detrimento para el medio ambiente o para uno o más de sus componentes, sino que debe acudirse a una calibración de la significación de los deterioros infligidos a aquél.”, este razonamiento resulta de suma relevancia, para descartar la necesidad de que se cuantifique el daño para pretender su reparación.

Desde la perspectiva ambiental, la sentenciadora también hace una interesante conceptualización del daño ambiental, a partir de la extracción de agua, lo que refuerza la idea de la importancia de valorar el agua, no tan solo en sí misma, sino que también la afectación indirecta a otros componentes del medioambiente; en ese sentido, en el considerando séptimo del caso, la Corte Suprema⁸⁶ reconoce que “la cuenca de la Pampa del Tamarugal es un ecosistema particularmente vulnerable dada la escasez de agua y del cual dependen otros componentes ambientales, como el suelo, flora y fauna. Tratándose entonces de un ecosistema de especial fragilidad, la pérdida de agua por una extracción no autorizada por los

⁸⁵ IGUAL 80

⁸⁶ IGUAL 80

organismos técnicos que velan precisamente por su racional explotación ocasionará un menoscabo a dicho entorno, el que sólo puede valorarse como significativo. En ese escenario no resultaba relevante, como pretende exigirlo el fallo cuestionado, conocer el cálculo exacto del volumen de las aguas extraídas por la demandada para verificar si se estaba provocando un daño ambiental. La afectación de la cuenca hidrogeológica afectada, atendida sus especiales características de vulnerabilidad, surge con evidencia si se constata la extracción de aguas subterráneas sin las debidas autorizaciones técnicas que velan precisamente por la conservación de los recursos hídricos.”

Dicho razonamiento, lleva a acoger el recurso de casación en el fondo, dictando una nueva sentencia de reemplazo. Pero la sentencia de reemplazo se pronuncia de manera distinta respecto a los requerimientos deducidos por la demandante. Por una parte, relativo a la acción de reparación de daño ambiental, señala que “el contenido de las reseñadas evidencias probatorias permite inferir que la conducta dolosa de la demandada ha causado un menoscabo a la cuenca Pampa del Tamarugal, ubicada en pleno desierto de Atacama, por la explotación no autorizada de aguas subterráneas -cuya disponibilidad escasa- es indispensable para la preservación de dicho ecosistema. Con lo anterior queda demostrada la relación de causalidad entre la conducta imputada a la demandada y la intensificación del agotamiento hídrico que sufre la zona. Por estas razones debe calificarse que la actuación de la demandada ha causado un daño ambiental significativo y que concurriendo relación de causalidad entre ambos, debe ser reparado.”⁸⁷ Sin embargo, para la acción indemnizatoria, la Corte estimo que “el actor el actor no precisó ni menos probó cuáles son los perjuicios económicos que ha sufrido el Estado de Chile derivados del actuar de la demandada cuyo resarcimiento pecuniario pretende” y continua “En efecto, siendo el daño o perjuicio uno de los elementos constitutivos de la responsabilidad extracontractual invocada -y supuesto necesario y esencial de la misma- debe ser probado oportunamente en todos sus aspectos, esto es, naturaleza, especie y monto para que el hecho antijurídico doloso en que ha incurrido la demandada dé origen a

⁸⁷ Corte Suprema 2011, Sentencia de reemplazo, Rol 5826-2009

aquella”. Este razonamiento, aunque no avanza en el ejercicio metodológico que se busca en este apartado es sumamente importante puesto reconoce los tres elementos necesarios para configurar la obligación de indemnizar; de hecho, es aún más específica al señalar que no basta con probar la existencia de la conducta antijurídica y del como ocurre en este caso, sino que, para acceder a la acción indemnizatoria, además es necesario que se pruebe el daño o perjuicio patrimonial causado, puesto que si no se contempla dicha específica acción probatoria, la acción carece de aptitud para generar efectos civiles.

Desde esta perspectiva, si bien esta sentencia por daño ambiental no le asigna un valor al agua, y no contempla ni esboza una metodología para ello, resulta relevante puesto que reconoce una nueva identidad del daño, considerando también la disponibilidad de aguas como un bien jurídico protegido; también, en reiteradas ocasiones reconoce la importancia de entender que la extracción ilegal de aguas, debe considerarse como una afectación al medioambiente, puesto que compromete su extrema fragilidad. Pero por último, también resulta de enorme importancia el hecho de que sea la misma Corte Suprema, el máximo Tribunal del país, el que reconozca la necesidad de que se evalúe el daño patrimonial para fundamentar la acción civil de indemnización. Desde la perspectiva de este trabajo, es la propia Corte Suprema la que entiende la necesidad de que se pruebe y determine la naturaleza, especie y monto del hecho antijurídico en el que se basa la pretensión de resarcimiento.

Junta de Vecinos Villa Disputada de las Condes y Otro con Municipalidad de Nogales

El 27 de mayo de 2015, con la nueva institucionalidad ambiental vigente, la Junta de Vecinos Villa Disputada de las Condes, comuna de Nogales presento ante el Segunda Tribunal Ambiental, una demanda por daño ambiental contra la Municipalidad de Nogales, como titular de la Planta de Tratamiento de aguas servidas mediante biofiltro Dinámica en el Melón. Dicha causa se tramito bajo el Rol D-17-2015, la que fue fallada de manera desfavorable para la actora, con

fecha 7 de julio de 2017. Consecuentemente, la actora recurre de casación en la forma y en el fondo el día 27 de julio de 2017. Dicho recurso termina siendo acogido por la Corte Suprema, quien señala que se acoge la demanda interpuesta solo en cuanto se declara responsable de daño ambiental a la Municipalidad de Nogales.

Primeramente, cabe recordar que con la entrada en vigencia de la nueva institucionalidad ambiental, la acción por daño ambiental y la acción de indemnización por daño ambiental, ya no son conocidas por el mismo tribunal, puesto que, mientras las competencias para conocer la acción por daño recaen en el Tribunal ambiental, la acción indemnizatoria Juzgado de Letras en lo Civil con competencia en el lugar donde se produjo el daño. En este análisis, solo se considera la acción por daño ambiental, puesto que se desconoce la existencia de una demanda indemnizatoria en sede civil.

Pues bien, la sentencia del Tribunal Ambiental refiere al requerimiento presentado por la Junta de Vecinos en dos distintos sentidos de daño ambiental, uno por afectación del componente agua y otro por afectación al componente aire. Se fijara el análisis en el primero de ellos. El Tribunal relata y analiza la prueba rendida, para terminar concluyendo que dichos antecedentes solo han permitido establecer que desde el año 2011 se efectúan descargas de aguas servidas sin tratar al estero El Garreton, y que existe evidencia de que en algunas ocasiones ha habido superación de los parámetro máximos de coliformes fecales y DBO5 en las aguas del efluente de la Planta⁸⁸. En la misma sentencia, en el numeral sexagésimo señala que ese Tribunal concluye que no se aprecian antecedentes probatorios suficientes que permitan establecer la existencia de una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al componente agua. De hecho, en la parte final de la sentencia, si bien los organismos fiscalizadores constataron infracciones propias de su normativa, aun cuando no se configura el daño ambiental, resulta evidente que dichos incumplimientos representan una amenaza potencial al medioambiente que es necesario precaver.

⁸⁸ Tribunal Ambiental 2017, Sentencia, Rol D-17-2015

La sentencia de la Corte Suprema, por su parte, realiza una expresión doctrinaria relevante, al señalar que “será significativo el daño ambiental siempre que altere el ecosistema de manera importante, que genere una pérdida cualitativa considerable, aunque sea de baja entidad cuantitativamente hablando, esto porque como se dijo, la apreciación del mismo depende de múltiples factores atendida la naturaleza del componente del medio ambiente que se busca proteger, que es mucho más compleja y de cuya preservación depende la existencia de la vida en la forma como la conocemos hoy en día”⁸⁹, y acto seguido, concluye que verter aguas servidas sin tratamiento desde el año 2011 al Estero Garreton, como ocurre en el caso en comento, afecta significativamente el ecosistema. Estas aseveraciones, son sumamente valiosas desde el punto doctrinario, y aun cuando no aportan en el sentido estricto de este trabajo, resultan relevantes para entender que son igualmente importantes las definiciones cualitativas como cuantitativas. Por último, en el considerando décimo tercero, y en especial a la argumentación relativa al daño al componente agua, la Corte Suprema señala que no es posible entender que este no sería significativo, puesto que tanto los informes aportados por las instituciones fiscalizadoras como el testigo experto de la demandada reconocen el vertimiento de aguas servidas sin tratar al estero aledaño a la Planta, así como la superación de los parámetros máximos de coliformes fecales y DB05 y que ello ocurriría cerca de la vivienda de los demandantes, por lo queda en evidencia el inminente riesgo para la salud humana, “que no es posible de soslayar”, por lo que necesariamente se concluye que corresponde un daño ambiental significativo. Y termina reconociendo que “no sólo existe un daño al ecosistema del sector donde se encuentra emplazada la planta de tratamiento, sino que, además, dicha contaminación ha afectado a los demandantes en su diario vivir, lo que hace necesario adoptar acciones concretas al respecto, en especial por la contaminación de los cursos de aguas que están dispuestos para el riego.”⁹⁰

⁸⁹ Corte Suprema 2018, Sentencia, Rol 37.273-2015

⁹⁰ IGUAL 85

La sentencia de reemplazo no es tan atractiva en termino doctrinarios, sino que se limita a señalar que de las solicitudes de la demandante solo se acoge lo relativo al reconocimiento de la responsabilidad por daño ambiental de la demandada y le exige la realización de un estudio de aguas superficiales y subterráneas, con un plan de monitoreo de tres años.

CONCLUSIONES

El desarrollo del estudio de la económica de los recursos naturales en Chile ha alcanzado diversos niveles de desarrollo y avance; mientras algunas ramas han logrado un mayor nivel de discusión, otros aún se encuentran en etapas iniciales. Por ejemplo, mientras la economía agraria cuenta con un importante avance a nivel académico, la economía ambiental cuenta con un menor desarrollo. Es por ello que, como se puede observar en este trabajo, existen diversas metodologías para valorar el agua desde diferentes miradas, como la agrícola o la hidroeléctrica, pero resulta mucho más complejo desde la perspectiva ambiental.

Previo a continuar con esta parte, resulta relevante aclarar, que el análisis desarrollado respecto al componente agua, podría haberse aplicado para distintos componentes, es decir, como se valoran el aire, el suelo, etc., pero se ha optado por el agua, porque el ordenamiento jurídico chileno le reconoce una especial condición al disponer su asignación a través del mercado, pero además, porque atendido los enormes cambios en su disponibilidad, parece ser, que mientras no se considere particularmente su valor en sede ambiental, el recurso hídrico termina por invisibilizarse.

Sin perjuicio de ello, luego del análisis realizado en los párrafos precedentes, y considerando los objetivos expuestos en la primera parte del documento, es posible encontrar interesantes resultados, cuya conclusión más general, es que es un campo que requiere desarrollo.

La necesidad de valorar al agua radica en su importancia para la subsistencia humana, ecosistémica y también en su participación en la industria de servicios y productos. Sin perjuicio de ello, tal como puede desprenderse del primer capítulo, obtener el valor del agua desvinculado de los servicios que presta para otros usos, es de alta complejidad y representa aun, un enorme desafío. La pregunta que surge de dicha afirmación, es si es posible -o necesario- valorar el agua más allá de los usos o servicios que presta para otros intereses o industrias. La conclusión

que puede alcanzarse es que dicha separación no esta tan clara, y que si bien se han realizado importantes esfuerzos de valoración, ellos han estado vinculados directamente con ciertas industrias y en el contexto de dicho valor, se ha alcanzado un número que corresponde al valor que para tal industria representa el agua.

En otras palabras, de la primera parte de este trabajo puede concluirse que no es posible distinguir el valor del agua separado de sus usos, y que, aun más, cada uno de estos usos valora el agua mediante distintas metodologías y en distintas medidas.

Pues bien, en dicho contexto, resulta relevante atender al sistema de reasignación por el que se ha inclinado Chile, puesto que dependerá de la voluntad de los agentes económicos, el valor que se la asigna al agua, ya que puede ser observado atendiendo a su precio. En el caso chileno el precio, reflejará por tanto la valoración económica que los distintos agentes realizan de este recurso, que estará marcada entre otras cosas por su condición de escasez y por el costo de oportunidad para desarrollar una industria. Muestra de ello, es el análisis respecto al agua cruda que se considera en los procesos tarifarios del agua potable. Tal como se explicó, los procesos de tarificación, consideran como valor del agua cruda, el promedio del precio que se paga en la compraventa de derechos de aprovechamiento de aguas, asimilando por tanto, el valor del agua, al precio de intercambio de derechos de aprovechamiento de aguas.

En ese sentido, existe una clara discordancia, entre el otorgamiento del uso y goce del agua, a través de un derecho de aprovechamiento de aguas a los particulares de manera gratuita y su posterior reasignación por medio de un mercado cuyos factores son la oferta y la demanda. En este punto resulta relevante la manera en que el principal cuerpo normativo que regula esta cuestión, no haga mención expresa al mercado como mecanismo de reasignación, sino que disponga una serie de normas, generales y principalmente registrales, que establezcan una serie de procedimientos y requisitos de procedencia.

Pues bien, el análisis de dicho cuerpo legal, también arrojo otro tipo de matices que deben considerarse. Según se mencionó, el Código de Aguas le entrega valor al agua en al menos dos oportunidades, sin perjuicio de que, como pudo constatar, dichos montos no están vinculados y no tienen una correlación evidente. Mientras el ejercicio de aplicación de la patente por no uso, está dividido en al menos tres secciones geográficas que incrementa o disminuye su valor, la aplicación de multas considera otros factores para incrementar o no su valor (como la declaración de escasez, o área de restricción, etc.), dejando de lado el factor geográfico. Por tanto, se mantiene en este ámbito la disfuncionalidad respecto al valor que se le entrega al agua.

De esta sección, debe entenderse que no existe un parámetro con el que se pueda determinar el valor del agua, y que, los ejercicios aritméticos que propone el Código de Aguas, no dicen relación con la valoración del agua, sino que, en el caso de la patente por no uso, está más asociado al costo de oportunidad en el uso del agua, y en el caso de la sanción a una infracción al Código de Aguas a la capacidad de persuasión que pretende la sanción, para evitar que continúe o que se reitere la conducta infraccional.

Recapitulando, se tiene que en Chile no es posible distinguir un ejercicio metodológico que valore el agua, de manera separa de sus diferentes usos o servicios; y además, esta valoración, no sigue patrones aplicables de manera general, que permitan cierta trazabilidad o comparación entre cada metodología; es decir, cada sector industrial, ha generado distintas metodologías que permitan alcanzar un valor del agua, pero ninguna de dichas metodologías es aplicable de manera general. A su vez, el cuerpo normativo principal, que rige la administración de las aguas, tampoco aporta una metodológica, criterios o estándares que permitan instalar un patrón aplicable a la valoración del agua o sus distintos usos.

Posterior a ello, se indaga derechamente en la valoración ambiental del agua, y para ello se recurre a la revisión de jurisprudencia. La revisión de jurisprudencia, si bien no cambia demasiado el panorama ya revisado, entrega interesantes aportes que vale la pena considerar. En primer lugar, resulta relevante considerar que se

ha resuelto acogiendo la acción por daño ambiental, al componente agua, pero en lo que a valor se refiere, considerando para ello, la eventual acción de indemnización no existen mayores antecedentes que permitan establecer un patrón.

Sin embargo resulta importante reparar en algunos antecedentes de la jurisprudencia ambiental revisada, que reconocen ciertas características que deberían considerarse para avanzar en el reconocimiento del valor ambiental del agua. En primer lugar, resulta sumamente de tremenda importancia, que se reconozca daño ambiental en la afectación tanto de la calidad como de la cantidad de las aguas. Revisada la jurisprudencia, se pudo observar que la calificación de daño ambiental del componente agua, se presentaba ante la afectación de la calidad como de la cantidad de las aguas. Dicho elemento es particularmente importante, porque mientras la componente ambiental del agua, se ha vinculado mayormente con la calidad de estas, la componente sectorial está más vinculada a la cantidad. Es por ello que, de manera ejemplar, debe considerarse que para el otorgamiento de los permisos ambientales sectoriales en el sistema de evaluación ambiental se resguarda particularmente la calidad de las aguas, mientras que, de manera sectorial, las infracciones están asociadas a la extracción de aguas sin título. Es por ello que resulta relevante el reconocimiento jurisprudencial en sede ambiental a que el daño ambiental se configura en ambos sentidos.

Luego de ello, es importante recalcar que se acuerdo a la jurisprudencia revisada, en ninguna de ellas asocia el daño ambiental al componente agua, vinculándolo a otro uso o industria, es decir, el daño ambiental se consideraría cuando se afecta de manera directa, única y particularmente el agua. En este punto, el reconocimiento desde la perspectiva ambiental es más evidente que los previamente estudiados, es decir, desde la perspectiva ambiental se produce de manera “intrínseca” una valoración del agua.

Sin embargo, si dicho ejercicio de valoración, se transforma finalmente en un valor, que pueda estipularse en dinero, es más cuestionable. Solo una de las sentencias revisadas contenía un valor, y dicho valor no respondía a una

metodología o estimación relativa al agua, sino que, en el mismo documento se menciona, como “daño moral”. Surge entonces la duda, ¿es posible considerar el agua – o su afectación- desvinculada de otros usos? Al parecer, aun cuando se reconoce el agua, como un componente aislado desde la perspectiva de la configuración del daño, no es posible transmitirlo a la evaluación de la indemnización.

Evidentemente, en este punto resultaría inevitable preguntarse, quienes son los verdaderamente afectados con el daño ambiental al componente agua, y en ese sentido solo resta consignar quienes son titulares de la acción por daño ambiental, y la acción de indemnización. Por tanto, nuevamente volvemos a la conclusión de que el agua se valora en función de su uso o interés, en este caso, como afecta cada uso o interés.

Para terminar entonces, debe reconocerse que no existen metodologías, patrones, estándares ni criterios que permitan establecer el valor del agua. Sin embargo, al menos la valoración del agua, desde distintas perspectivas resulta evidente, y la que nos ocupa en este trabajo, también. Por lo tanto, se reconoce una valoración ambiental del agua, pero no es posible alcanzar un valor determinado, ni tampoco es posible desvincularla de los servicios o usos.

El objeto de este trabajo puede parecer muy difuso, desde la perspectiva de la protección del medioambiente, pero dicha concepción no considera lo que se pasa a exponer. El agua, en sí misma, o a través de los derechos de aprovechamiento de aguas, sirve a diferentes usos y provee de diferentes servicios. Su reasignación esta entregada al mercado, y la afectación de su disponibilidad o calidad esta sancionada, es decir, existe un alto valor y reconocimiento de este recurso, pero, como puede protegerse, si no se le otorga un valor determinado, que sea fácilmente estimable, transparente y de fácil acceso, la pregunta es entonces, ¿puede valorarse en dinero? La respuesta es que si, puesto que el propio mercado nos arroja un precio de intercambio, pero entonces ¿es esta metodología replicable a otros contextos, como la valoración ambiental? ¿Puede replicarse el precio de mercado, por ejemplo, para evaluar el daño ambiental al componente

agua? La respuesta es más compleja, porque aun cuando es el método ampliamente utilizado, la lógica tras ambas instituciones es muy distinta.

Es por ello que al parecer, debe optarse por un mecanismo o metodología que sea lo suficientemente flexible para aplicarse para todos los usos e intereses, y lo suficientemente amplio, que permita incorporar distintas características. La propuesta que más se ajusta a dicha expectativa es establecer un avalúo fiscal. El avalúo fiscal es una tasación no comercial que realiza el fisco. Tan solo esas características son suficientes para entender porque esta alternativa debería ser considerada. Pero además, debe recordarse que el avalúo fiscal, en el caso de los bienes raíces, debe atender a su objetivo cual es establecer un impuesto territorial, características que, nuevamente, calzan con el objeto de estudio de este trabajo.

Debe recordarse que las aguas si bien las aguas reputan muebles, para los derechos de aprovechamiento de aguas inscritos, se aplican las mismas normas de los bienes raíces inscritos. Y además, el ser un impuesto territorial, permite reconocer las especiales características de disponibilidad y calidad en cada punto de la heterogénea geografía chilena.

Pero además, en ese mismo contexto, permite aplicar una norma mínima de proporcionalidad, que establece la “Lesión enorme”⁹¹. Desde esta perspectiva, aun en la aplicación normativa más básica, resulta relevante establecer un límite o valor, que haya sido determinado atendiendo a distintos mecanismos transparentes, por todos conocidos, y que responda a una decisión en términos de criterios, estándares y metodologías.

⁹¹ La lesión enorme es una institución que se establece en el artículo 1888 del Código Civil chileno, según el cual según el cual “El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme.” El artículo siguiente dispone que “el vendedor sufre lesión enorme, cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella. El justo precio se refiere al tiempo del contrato.” En ese sentido, la referencia en esta parte del trabajo, se refiere a la posibilidad de que, estableciendo un umbral mediante el avalúo fiscal (que doctrinariamente se entiende como el “justo precio”) se otorga transparencia y se evita la inequidad de la información que puede generarse en un sistema de reasignación como el chileno.

Evidentemente, muchos de los matices expuestos en este trabajo no tendrían el correcto tratamiento o no se les daría la profundidad adecuada, que cada uno de los usos, intereses o servicios del agua requiere. Pero sin embargo, desde el análisis que antecede debe concluirse que, especialmente en sede ambiental, existe un vacío que provoca un desconocimiento del valor que se le entrega al agua en sede ambiental. Aún más, puede señalarse, que aun cuando tienen un desarrollo dispar, en todos los otros campos en que se reconoce el valor del agua, existen mecanismos, metodologías o al menos estimaciones y herramientas que permitan establecer un valor. Sin embargo, en sede ambiental, según se revisó no existe tal impulso. Es por ello que se requieren instrumentos normativos claros, que permitan avanzar en la valorización del componente agua, y que su valor, no se entienda adosado a otro tipo de indemnizaciones o valoraciones. En ese sentido, y a fin de establecer un mecanismo único, lo suficientemente flexibles para ser útil para los distintos fines expuestos en este trabajo, se entiende que el avalúo fiscal, sería el instrumento normativo adecuado.

BIBLIOGRAFÍA

A. LIBROS Y PUBLICACIONES

1. ATRIA, Fernando, SALGADO, Constanza, La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile, Santiago, Chile, Legal Publishing, 2015
2. AZQUETA, Diego, Introducción a la Economía Ambiental. 2º edición, Madrid, España, Ed. McGraw-Hill. 2002
3. CHANG, Man Yu, La economía ambiental, en ¿Sustentabilidad? Desacuerdos sobre el desarrollo sustentable, México, Miguel Ángel Porrúa, 2005
4. CRISTI, Oscar y POBLETE, Carlos, Documento de Trabajo n°16 “No uso de derechos de agua: ¿una decisión ineficiente o eficiente? y patentes por no uso en Chile”, Facultad de Gobierno, Universidad del Desarrollo, Santiago, Chile, 2011
5. CRISTI, Oscar, DONOSO, Guillermo y MELO, Oscar (Asesorías y Consultorías del Desarrollo S.A.), “Análisis estimación del precio privado de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas”, Santiago, Chile , 2013
6. Diccionario de Lengua Española, 2017 (23.1 versión electrónica) <<http://dle.rae.es/?id=bJeLxWG>>
7. ESTUDIOS ECONÓMICOS DE LA OCDE CHILE, 2013 <https://www.oecd.org/eco/surveys/Overview%20Chile%20spanish.pdf>
8. HERNANDEZ Astudillo, Romualdo, Reforma Agraria y evolución del marco jurídico del agua en Chile, [en línea] Estudio Legislativo de la FAO en línea #59, junio de 2006 <http://www.fao.org/3/a-bb092s.pdf>
9. IZA, Alejandro O. y ROYERE, Marta B. (Editores) Gobernanza del agua en América del Sur: dimensión ambiental. UICN, Gland, Suiza y Cambridge, Reino Unido. 2006
10. PICA, Andres, “et al”, Manual para la elaboración de planes de Reparación del daño Ambiental, GreenLab UC y CORFO, Santiago. Chile, 2014

11. RIERA, Pere, Manual de Valoración Contingente, Madrid, España, Ministerio de Hacienda, Centro de Publicaciones, Instituto de Estudios Fiscales, 1994

B. PAGINAS WEB

1. Superintendencia de Servicios Sanitarios, Bases Definitivas ESTUDIO TARIFARIO EMPRESA DE SERVICIOS SANITARIOS AGUAS ANDINAS S.A. Período 2015-2020 http://www.siss.gob.cl/577/articles-10086_bas_def.pdf
2. Superintendencia de Servicios Sanitarios, DETERMINACIÓN DE TARIFAS 2015 – 2020 EMPRESAS AGUAS ANDINAS S.A ESTUDIO TARIFARIO DEFINITIVO, Informe Principal, Mayo de 2015 http://www.siss.cl/577/articles-10086_est_tarif.pdf
3. Superintendencia de Servicios Sanitarios, Bases Definitivas ESTUDIO TARIFARIO AQUABIO S.A. SECTOR COSTERO DE ARICA, ZONA CHINCHORRO. REGIÓN DE ARICA Y PARINACOTA Período 2012-2017, Diciembre de 2011 <http://www.siss.cl/577/articles-9028_basdef.pdf>

C. LEYES, DECLARACIONES INTERNACIONALES E HISTORIA FIDEDIGNA DE LA LEY

1. Declaración de Dublín, 1992
2. Decreto 100, Fija el Texto refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, septiembre de 2005
3. Decreto con Fuerza de Ley n°1, fija texto refundido, coordinado y sistematizado del Código Civil; de la ley n°4.808, sobre Registro Civil, de la ley n°17.344, que autoriza cambio de nombres y apellidos, de la ley n° 16.618, Ley de Menores, de la ley n° 14.908, sobre Abandono de familia y pago de Pensiones Alimenticias, y de la ley n°16.271, de Impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones ministerio de justicia, Código Civil, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, mayo de 2000
4. Decreto con Fuerza de Ley n°1122, Fija texto del Código de Aguas, Código de Aguas, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, octubre de 1981

5. Decreto con Fuerza de Ley n°382, Ley General de Servicios Sanitarios, Ministerio de Obras Públicas, Santiago de Chile, junio de 1989
6. Decreto con Fuerza de Ley n°70, Ministerio de Obras Públicas, Santiago de Chile, diciembre de 1988
7. Decreto n°1199, Reglamento de las Concesiones Sanitarias de Producción y Distribución de Agua Potable y de Recolección y Disposición de Aguas Servidas y de las Normas sobre Calidad de Atención a los Usuarios de estos Servicios, Ministerio de Obras Públicas, Santiago de Chile, diciembre de 2005
8. Decreto n°453, Reglamento del Decreto con Fuerza de Ley N° 70, De 1988, del Ministerio de Obras Públicas, que establece la fijación de Tarifas de Servicios de Agua Potable y Alcantarillado, Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción, Santiago de Chile, enero de 1990
9. Historia de la Ley 20017, página 17. Cámara de Diputados. Fecha 18 de marzo de 1997. Cuenta en Sesión 67, Legislatura 334
10. Historia de la Ley 21064, Tercer Trámite Constitucional: Cámara de Diputados. Fecha 10 de octubre de 2017. Cuenta en Sesión 76, Legislatura 365
11. Ley 19.300, Aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, marzo de 1994

D. TESIS O DOCUMENTOS ACADÉMICOS

1. Atlas del Agua, Chile (DGA, 2016), Política Nacional de Recursos Hídricos (Ministerio del Interior, 2015) y Estrategia Nacional de Recursos Hídricos 2012- 2025 (MOP, 2013), Diagnóstico Recursos Hídricos en Chile (Banco Mundial, 2011)
2. BOETTIGER Philips, Camila, Revista Actualidad Jurídica n°24. Universidad del Desarrollo, Santiago de Chile. 2011
3. CABRERA Jorquera, Bastián. Reparación en Equivalencia el Daño Ambiental Irreversible. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Chile. Universidad de Chile, Facultad de Derecho, 2017

4. DOCUMENTO DEL BANCO MUNDIAL, Unidad de Ambiente y Aguas, Departamento de Desarrollo Sostenible Región para América Latina y el Caribe. 2013. Estudio para el mejoramiento del marco institucional para la gestión del agua. Para: Dirección General de Aguas, Gobierno de Chile.
5. JORNADAS de Derecho de Aguas (III, 2000, Santiago, Chile) Análisis de los Mercados de Derechos de Aprovechamiento de Agua en las cuencas del Maipo y el sistema Paloma en Chile: Efectos de la variabilidad en la oferta hídrica y de los costos de transacción, Santiago, Chile, Programa de derecho Administrativo Económico de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Revista de Derecho Administrativo Económico, N° 6 / Vol. III N° 2 / julio-septiembre 2001
6. LOMAS, Pedro Luis, "et al", Guía práctica para la valoración económica de los bienes y servicios ambientales de los ecosistemas, Departamento Interuniversitario de Ecología, Universidad Autónoma de Madrid. Madrid. España, 2005
7. PEREZ ROAS, Jose A. Valoración Económica del Agua, [en línea] Centro Interamericano de Desarrollo e Investigación Ambiental y Territorial, CIDIAT. Universidad de los Andes. Mérida, Venezuela.
<http://webdelprofesor.ula.ve/cidiat/prjose/Investigaciones/PONENCIA%20DEFINITIVA.pdf>
8. RIVERA, Daniela, Subsistencia y ajuste de antiguos derechos en base al uso efectivo de las aguas. El especial caso del reconocimiento de usos consuetudinarios. Tesis (Doctor en Derecho) Santiago, Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile, Facultad de Derecho, 2011
9. VIDAL Olivares, Alvaro. Las acciones civiles derivadas del daño ambiental en la Ley n°19. [en línea] Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXIX, Valparaíso, Chile, 2do Semestre de 2007, versión On-line ISSN 0718-6851