

DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS Y GENERACIÓN HIDROELÉCTRICA

FELIPE BASCUÑÁN MONTANER¹

I. FUENTES DE ENERGÍA UTILIZADAS EN CHILE

De acuerdo a las estadísticas recientemente publicadas por la Comisión Nacional de Energía (CNE) en su página web (www.cne.cl), la electricidad como fuente productora o de consumo de energía secundaria en Chile, representa al año 1999 un 11% del total de las fuentes de generación de energía, cifra que proyectada al año 2008, aumenta al 16%. Esos mismos datos relativos a la energía primaria, establecen que la hidroelectricidad representa a 1999 un 13% del total de fuentes generadoras de energía, cifra que se eleva al 14% al año 2008.

La gran fuente energética utilizada hoy en Chile es el petróleo crudo, como energía primaria (40%), y los derivados de ese combustible y del gas natural como energía secundaria (41%). Antes que la hidroelectricidad, se utilizan en nuestro país, además del petróleo, el gas natural (16%), el carbón (16%), la leña y otros (15%).

Lo anterior lo señalo con el objeto de poder dimensionar adecuadamente el actual sitio de la hidroelectricidad en nuestro país, como fuente energética, de manera tal de poder reflexionar y efectuar un análisis crítico en orden a determinar si las anteriores cifras son realmente las que les convienen al país, o si por el contrario, deben otorgarse los incentivos necesarios para revertir esos números, en términos de aumentar la presencia o utilización de la energía hidráulica en Chile, dados sus componentes ambientales y las ventajas comparativas existentes en nuestro país para generarla. Resulta sorprendente constatar del análisis más pormenorizado de esas cifras que los derivados del petróleo triplican a la electricidad como fuente de energía; que los distintos tipos de gases, no solo el natural, la supera en un 90%; que el grupo de los carbones la supera, aunque muy levemente; y que el consumo de leña y otros derivados es superior al de la electricidad.

En este punto, solo me detendré en señalar que el actual art. 99 bis de la Ley de Servicios

Eléctricos (D.F.L. N° 1 de 1982, del Ministerio de Minería), en adelante Ley Eléctrica, constituye en forma clara un incentivo negativo u obstáculo para el desarrollo de nuevas inversiones en el sector hidroeléctrico, dado que esa norma traspassa a las empresas generadoras eléctricas el riesgo de la sequía, al exceptuar a esta del concepto de fuerza mayor o caso fortuito, obligando a esas empresas a indemnizar o pagar a sus clientes distribuidoras o finales sometidos a regulación de precios, cada kilowatt-hora de déficit que los haya afectado, determinado sobre la base de sus consumos normales. Esta situación, entre otros factores, hace que hasta fecha se esté previendo un racionamiento eléctrico para el año 2003, debido a la inexistencia de nuevas inversiones en centrales hidroeléctricas.

II. EL MERCADO ELÉCTRICO Y EL MERCADO DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS. MARCO REGULATORIO

Como señalaba en el párrafo anterior, dadas las condiciones geográficas y topográficas de nuestro país, no cabe duda que la generación hidroeléctrica o hidráulica es una de las que ofrece mayores ventajas comparativas en el campo de la generación eléctrica. Para que ella se pueda desarrollar es básico contar con derechos de agua que permitan realizar con certeza jurídica las fuertes inversiones que requieren las centrales generadoras hidroeléctricas, ya que evidentemente el recurso agua es el fundamental para que la central respectiva pueda operar.

Lo anterior, que a primera vista puede resultar una obviedad, trae consigo innumerables problemáticas y situaciones que vale la pena tenerlas resueltas de antemano, y que son las que trataremos en esta exposición.

Desde ya, debe señalarse que al 31 de diciembre de 1999, considerando los cuatro sistemas eléctricos interconectados existentes en Chile, cuales son, el Sistema Interconectado del Norte Grande (SING); el Sistema Interconectado Central (SIC); el Sistema de Aysén; y el Sistema de Magallanes, que funcionan en forma independiente entre ellos y que en conjunto tienen

1 Abogado, Socio, Pérez de Arce, De la Fuente y Salazar Ltda.

una potencia instalada aproximada de 10.193 MW, solo el 39% de ella corresponde a centrales hidráulicas. De esta cifra, si nos quedamos con los dos principales sistemas, el SIC y el SING, en el primero la generación hidroeléctrica representa un 58 % de la generación total de ese sistema, y en el SING, un 1%. Estos últimos porcentajes son muy entendibles si se considera que en el norte hay mucha escasez de aguas superficiales, situación totalmente opuesta a lo que ocurre en la zona centro-sur del país.

En Chile existe una normativa constitucional y legal que otorga seguridad jurídica a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, consagrando un derecho de propiedad sobre esos derechos. Ello permite hablar de la existencia de un mercado de los derechos de agua. No obstante, debe señalarse que existen cantidades importantes de derechos de agua constituidos con anterioridad al actual Código de Aguas del año 1981, que no cumplen con los requisitos exigidos por la normativa actual, en los que se presentan numerosos problemas en cuanto a la real existencia y vigencia del derecho, a su causal, a los puntos de captación y restitución, etc. Este mercado, dada la forma en que se desarrolló, es bastante imperfecto, ya que, además de lo recién indicado, existen unas pocas empresas generadoras eléctricas dueñas de un porcentaje elevadísimo de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales, aunque generalmente no consuntivos, que impide que otros actores participen de este mercado, y puedan por tanto desarrollar nuevos proyectos hidroeléctricos. Evidentemente siempre existirá la posibilidad de adquirir u obtener el uso y goce temporal de tales derechos o una parte de ellos, pero para esto se requiere el consentimiento del dueño en cuanto a vender o ceder temporalmente, y luego un acuerdo en las condiciones de venta o cesión, particularmente en el precio o renta. Si se parte de la base que la adquisición originaria de derechos por acto de autoridad es prácticamente gratuita para el solicitante (solo tendrá que pagar gastos u honorarios en materia de publicaciones en diarios, profesionales que participaron en la solicitud y en el establecimiento del nuevo derecho, y eventualmente en ciertas obras), resulta que el hecho que los derechos de agua se concentren en manos de unas pocas empresas que quieran legítimamente lucrar con los mismos, puesto que están incorporados a su patrimonio, constituye una barrera de entrada para la ejecución de nuevos proyectos hidroeléctricos, ya que una parte importante de los derechos de agua necesarios para construir una obra de esa envergadura ya están constituidos, por lo que, en conformidad a lo dispuesto por el art. 22 del Código

de Aguas, no podrán constituirse nuevos derechos si causan perjuicios o menoscabos a los ya existentes.

En este punto debe tenerse en cuenta que de acuerdo a lo establecido por el artículo 28 del Código de Aguas, todo lo relativo a derechos de agua que se destinen a producción de energía eléctrica se rigen por las normas de ese cuerpo legal, estableciendo que las centrales respectivas se rigen por las normas de la Ley de Servicios Eléctricos (D.F.L. N° 1 de 1982, del Ministerio de Minería), en adelante Ley Eléctrica.

Por su parte, el art. 2, 1 a) de la Ley Eléctrica reafirma lo anterior al establecer que los derechos de aprovechamiento de aguas que se destinen a la generación eléctrica, se registrarán por las normas del Código de Aguas. El art. 18 de la Ley Eléctrica agrega que el peticionario de una concesión, provisional o definitiva, para centrales hidráulicas productoras de energía eléctrica, debe indicar en su solicitud, entre otras cosas, los derechos de aprovechamiento de agua que posea. En el caso de la concesión provisional, puede indicar los derechos de aprovechamiento de agua que esté tramitando el solicitante. Es importante destacar que la ley eléctrica establece como requisito para las concesiones de centrales hidráulicas, la posesión, y no el dominio, de derechos de aprovechamiento de aguas, lo que permitiría a cualquier interesado en desarrollar una central a contratar el uso y goce de esos derechos, pero no necesariamente la adquisición de los mismos. Sin embargo, en la práctica, no se conocen proyectos de centrales en que el solicitante no sea dueño de los derechos a utilizar. Ello se explica, primeramente, porque la concesión definitiva es indefinida, lo que podría entorpecer su otorgamiento en caso de solo poseer derechos por un determinado período. Por otra parte, los montos de inversión de una central son tan elevados, que resulta difícil pensar en financiamiento para ello sin tener el dominio del principal recurso para generar electricidad, debido a que una vez realizada la inversión y extinguido el derecho de uso del agua, evidentemente los precios para prorrogar su utilización podrían ser absolutamente desmedidos, dado el bajo poder negociador que tendría el dueño de la central. No obstante, debe dejarse constancia que la obtención de una concesión no es un requisito habilitante para construir y operar una central hidroeléctrica, ya que ello puede legalmente hacerse sin concesión, aunque evidentemente no se contarán en ese caso con todos los beneficios que la concesión otorga a su solicitante.

Es importante destacar que en la actual legislación de aguas no se exige indicar el uso o destino que se les dará a los derechos de aprove-

chamiento de agua cuya constitución se solicite originariamente a la autoridad. Por lo tanto, cualquier derecho de agua constituido en un determinado cauce puede ser útil para utilizarlo para fines hidroeléctricos, independiente del uso que se le hubiere dado en forma previa, cumpliendo con todas las exigencias que al efecto imponga el acto constitutivo del mismo derecho en cuanto a servidumbres, bocatomas, etc., y sin descartar la posibilidad de tener que solicitar autorización de la D.G.A. de traslado del ejercicio de los derechos de aprovechamiento. Lo anterior viene modificado en proyecto de reforma del Código de Aguas, en actual discusión en el Congreso, el que modifica el art. 140 del Código de Aguas, estableciendo como requisito para una solicitud originaria de derechos de aprovechamiento de aguas, el acompañar una memoria explicativa en la que se justifique la cantidad de agua solicitada, según el uso o destino que se le dará. Asimismo, se modifica en ese proyecto, el art. 149 del mismo cuerpo legal, que establece los requisitos que debe contener la resolución D.G.A. que otorga derechos de aprovechamiento, señalando en el N° 4, el uso o destino inicial que se dará al agua.

Por otro lado, el actual Código de Aguas tampoco establece sanción alguna por la no utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos, de manera tal que pueden haber derechos de aprovechamiento ya otorgados sobre aguas superficiales de una determinado cauce, incluso agotando los derechos otorgables en el mismo, sin que sean utilizados, pese a las necesidades de derechos que pudieren existir en el mercado para efectos de generación hidráulica. Tampoco existe pago alguno que deba hacer el propietario de los derechos de aprovechamiento de aguas respecto de estos, equivalente al pago de la patente en materia de pertenencias mineras, por lo que no existe incentivo alguno en nuestro ordenamiento destinado a la efectiva utilización de esos derechos. Esta situación cambia drásticamente en el proyecto de ley arriba comentado, en el que se agrega como título XI del Código, "Del pago de una patente por la no utilización de las aguas", estableciendo la obligación de pagar una patente por los derechos de aprovechamiento no consuntivos y consuntivos permanentes y eventuales, que no sean utilizados total o parcialmente, estableciendo diferentes escalas y estableciendo exenciones de acuerdo a determinados volúmenes (no consuntivos: bajo 100 l/s, de I Región a la Metropolitana y bajo 500 l/s, de la VI al Sur; consuntivos: bajo 10 l/s de la I Región a la Metropolitana y bajo 50 l/s de la VI al Sur).

En vista de este diagnóstico de imperfección del mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas en relación con los proyectos de centrales hidráulicas, una alternativa para salvar dicha situación, permitida por nuestra Constitución Política de la República, es la expropiación de determinados derechos de aprovechamiento, previa dictación de una ley general o especial que la autorice por causa de utilidad pública o de interés nacional. Evidentemente que ello podría hacerse dentro del marco constitucional y legal establecido para ello, lo que implica pagar una indemnización al expropiado por el daño patrimonial efectivamente causado, en forma previa a la posesión material de los derechos a expropiar, en caso que no haya acuerdo directo entre las partes. Ello permitiría al Fisco enajenar, ceder o concesionar dichos derechos a particulares para que estos desarrollen un proyecto de central hidráulica adecuado.

III. CENTRALES DE PASADA Y CON EMBALSE DE ACUMULACIÓN. NORMATIVA APLICABLE A AMBAS

Un punto relevante a ser considerado en cuanto a la naturaleza, volumen y características de los derechos de agua a utilizar, es la distinción entre centrales hidroeléctricas de pasada y centrales con embalse de acumulación.

En las primeras no hay embalse, y por tanto, el agua a utilizar en la generación nunca deja de escurrir, por lo que es restituida tan pronto se produce su utilización en las turbinas de generación, sin acumulación previa, lo que minimiza la cantidad de conflictos que pueden existir entre generadores de electricidad y usuarios de aguas. En este caso, de todas formas existirá una alteración del cauce natural que conduce las aguas, lo cual obligará a construir los acueductos necesarios que conduzcan las aguas hacia las turbinas y otro que las restituya a su cauce natural. Ello implicará la obligación de contar con la autorización de la D.G.A., dado que el caudal a conducir por esas obras debiera superar fácilmente los 2 m³/s a partir de cuya cantidad se requiere la autorización de esa entidad, de acuerdo a lo dispuesto por el art. 294 b) del Código de Aguas.

En el caso de centrales con embalse, la problemática es mayor, puesto que habrá una interrupción y alteración mayor del cauce natural. Se pueden presentar diversos problemas que trataré en los capítulos siguientes relativos a las características de los derechos de aprovechamiento de aguas necesarias para poder operar la respectiva central; la posibilidad de solicitar de-

rechos de aprovechamiento dentro del embalse; oportunidad y forma de restituir el agua al cauce natural; la posibilidad de regulación del embalse; conflictos generados por el vertimiento de golpe de grandes cantidades m^3/s de agua, en casos de precipitaciones prolongadas, etc. En este párrafo me limitaré a señalar que la construcción de embalses de capacidad superior a los 50.000 m^3 o cuyo muro tenga más de 5 metros de altura, requiere de autorización de la D.G.A., en conformidad a lo dispuesto en el art. 294 a).

Asimismo, el art. 297 del Código de Aguas exige, tanto para los acueductos a que me refería en el caso de las centrales de pasada, que dicho sea de paso también serán necesarios en las centrales con embalse, como para estas últimas, constituir las garantías suficientes para financiar el costo de su eventual modificación o demolición, o para que no constituyan peligro si fueren abandonadas durante su construcción.

IV. CARACTERÍSTICAS DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS PARA FINES HIDROELÉCTRICOS

Se ha discutido qué tipo de derechos de aprovechamiento de aguas requieren los generadores hidráulicos para operar una central. Las características de derechos de ejercicio permanente y continuo, sobre aguas superficiales y corrientes, parecieran no estar en discusión, tratándose de generación hidroeléctrica. Tampoco se discute el hecho que nunca el derecho de aprovechamiento de que se trate puede perjudicar o menoscabar derechos de terceros. El punto a debatir es si basta con derechos no consuntivos o, si por el contrario, se requiere de derechos consuntivos.

Al efecto debe distinguirse entre centrales de pasada y con embalse de acumulación. En las primeras, claramente basta con derechos no consuntivos, ya que en este caso el agua que se utilizará en la generación, no se consume y nunca cesará de escurrir, debiendo ser restituida en la forma que indique el acto de adquisición o constitución del derecho.

En el caso de las centrales con embalse el tema es más complejo, ya que si bien el proceso mismo de generación sigue la misma dinámica que el de las centrales de pasada, en cuanto a que el agua no se consume y se restituye, la diferencia está en que el embalse requiere ser llenado en forma previa a la generación, en lo que técnicamente se denomina el volumen muerto del embalse, que es la cota mínima de agua que se requiere para operar la central. A diferencia de lo que señala el profesor Alejandro

Vergara Blanco² opino que para el llenado de un embalse debe contarse con derechos consuntivos, ya que si bien el volumen de agua que se utilice con ese fin no será físicamente "consumido", en la práctica jamás se restituirá dicho volumen muerto al cauce desde donde se tomó, lo que a mi juicio constituye una forma de consumir esa agua. Si bien el agua utilizada en el llenado será restituida en el cauce natural, el embalse mantendrá siempre su cota mínima de operación. Dicho de otra forma, los metros cúbicos de agua que se sacaron del cauce para el llenado del embalse, nunca se restituirán, manteniéndose como volumen muerto o cota mínima del mismo.

Por tanto, para poder utilizar una central hidroeléctrica, a mi juicio, deben solicitarse derechos de aprovechamiento consuntivos, por los m^3 necesarios para el llenado del embalse y derechos de aprovechamiento no consuntivos para la normal operación de la central. Incluso los derechos requeridos para el llenado pueden ser eventuales, y en todo caso deben solicitarse para ser usados una sola vez precisamente para el llenado del volumen no operacional del embalse. Evidentemente que ambos derechos pueden pedirse en una misma solicitud. Por lo demás, esta es la forma práctica que permite evitar numerosos conflictos con terceros que se oponen a las solicitudes de derechos de aprovechamiento no consuntivos de agua que se utilizarán en el llenado de un embalse, precisamente con el fundamento que se utilizará el agua en el llenado sin que ese volumen sea efectivamente restituido en forma posterior al cauce natural. Esta situación originó que por ejemplo Endesa haya pedido derechos de aprovechamiento de agua para las Centrales La Cuesta II y Los Coigües II de esa forma, dada la vasta experiencia que tuvieron en tramitaciones anteriores, según consta de las publicaciones de la solicitudes en el Diario Oficial de fechas 15 de enero y 1 de febrero de 1994, respectivamente.

Asimismo, en conformidad a lo dispuesto por el art. 10 de la Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en ambos casos se requerirá someter los respectivos proyectos al sistema de evaluación de impacto ambiental establecido en ese cuerpo legal, por tratarse de obras que requieren de la autorización de la D.G.A. establecida en el art. 294 del Código de Aguas.

La central misma y sus obras no son aprobadas o autorizadas por la D.G.A., sino que for-

2 VERGARA BLANCO, Alejandro "Derechos de Aguas" Editorial Jurídica de Chile, 1ª edición, 1998.

man parte de la concesión que debe tramitarse ante la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en caso que se solicite, sin perjuicio de los permisos de construcción municipales.

V. OTORGAMIENTO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EMBALSADAS

Otro punto debatido es el relativo a la posibilidad de que terceros constituyan derechos de aprovechamiento sobre las aguas ubicadas en el embalse. En este punto debo partir recordando que las aguas como tales son bienes nacionales de uso público, y que esa calidad no la pierden por el hecho de estar embalsadas. Por otro lado, los derechos de aprovechamiento de aguas del titular o propietario del embalse no le dan el dominio sobre las "aguas embalsadas", ya que si su derecho es no consuntivo, claramente nunca se hizo dueño de ningún metro cúbico del agua detenida; y si el derecho que tiene es consuntivo, lo más probable es que ese derecho se le haya otorgado con ese carácter solo respecto del volumen muerto, que le permite el llenado y el "consumo" de esa agua. Por tanto, una vez producido el llenado del embalse y comenzada la operación normal de la central, el titular de esta no tendrá el dominio de las aguas embalsadas, sino que mantendrá los derechos de aprovechamiento que se le otorgaron en su momento.

Pese a lo anterior, considerando que el art. 22 del Código de Aguas establece que los derechos de agua pueden constituirse por la autoridad sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, si el embalse de que se trate no es obra del Fisco, ni de su dominio y en el entendido que estamos en presencia de una fuente artificial de origen privado, estimo que no corresponde el otorgamiento de derechos de aprovechamiento sobre aguas existentes en un embalse. De hecho, el embalse está definido en el art. 36 inciso 2º del Código del ramo como "*la obra artificial donde se acopian aguas*".

Por otro lado, uno de los requisitos de cualquier solicitud de derechos de aprovechamiento es la indicación del o los puntos de captación y el modo de extraer el agua. En el caso de un embalse, el álveo o lecho del mismo es el suelo que ocupa en su mayor altura ordinaria, siendo este suelo de dominio privado, salvo que se trate de lagos navegables por buques de más de 100 toneladas. Por lo tanto, no es posible el efectuar obras de captación en un embalse por parte de un tercero, sin el consentimiento del dueño de los terrenos donde está emplazado el mismo.

La anterior conclusión se ve reafirmada si se observa el contenido del proyecto de ley que modifica el Código de Aguas, el cual sustituye el artículo 22, estableciendo que la autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en embalses construidos por el Estado. Por tanto, a *contrario sensu*, tratándose de embalses no fiscales, no podría constituirse derecho de aprovechamiento alguno.

VI. REGULACIÓN DE UN EMBALSE

Uno de los principales problemas que han existido entre empresas generadoras hidroeléctricas y los regantes, ha sido el relativo a la regulación de los embalses, esto es, la alteración que se efectúa del escurrimiento libre y natural de las aguas del cauce, en orden a acopiar más en un determinado momento, lo que se logra cerrando compuertas o barreras de vertimiento. La regulación permite a la central operar en forma más rentable, puesto que el tener un mayor volumen de agua implicará una mayor altura de esta en el embalse, con una mayor caída al momento de pasar por las turbinas, lo que permitirá generar más eficientemente a las horas de punta o de *peak*.

El punto a resolver es si el titular de derechos de aprovechamiento no consuntivos de agua puede o no regular. La respuesta a esta interrogante dependerá de lo que establezca el acto constitutivo de los respectivos derechos de aprovechamiento, puesto que esta "sobreacumulación" de agua en ningún caso significa consumo de la misma, ya que este exceso finalmente se restituirá, razón por la cual en principio no se alteraría la naturaleza esencial del derecho no consuntivo. No obstante, si el acto de constitución establece una forma de captación o restitución incompatible con la regulación, sería ilícito el ejercerla, por ejemplo cuando se sobrepase el caudal instantáneo máximo de captación o cuando se establezcan períodos de tiempo máximos para la restitución que fueran sobrepasados por la regulación. Por regla general, puedo señalar que la regulación no está permitida para los derechos de aprovechamiento no consuntivos.

VII. RESTITUCIÓN DE AGUAS UTILIZADAS EN GENERACIÓN HIDROELÉCTRICA

Otro punto que ha sido conflictivo en algunos embalses utilizados para fines hidroeléctricos, ha sido el de la restitución del agua.

Un primer problema se presenta en relación a los derechos de aprovechamiento de aguas de terceros, cuyos puntos de captación se encontraban en un punto ubicado entre los puntos de captación y restitución del embalse. Sobre el particular, debe señalarse que, según lo establecido en el art. 22 del Código de Aguas, la constitución de un nuevo derecho de aguas no puede perjudicar ni menoscabar derechos de terceros. Por tanto, de acuerdo a esta norma, no podría por ejemplo desviarse o eliminarse completamente un cauce natural a efectos de embalsarlo y después restituir las aguas embalsadas, ya que entre el punto de captación de esa obra artificial y su restitución pueden haber terceros con derechos que no podrían jurídicamente verse afectados. En esos casos, habrá que tomar los resguardos con canales de evacuación que permitan el escurrimiento de las aguas necesarias para satisfacer esos derechos.

Un segundo inconveniente lo representa el tema de los denominados "golpes de agua", que se producen por regla general al haber precipitaciones importantes o regulaciones excesivas, y que tienen como efecto el vertimiento de enor-

mes caudales de metros cúbicos de agua, con los subsecuentes problemas para los propietarios ubicados aguas abajo, ya que ello provoca en muchas oportunidades inundaciones de predios, rupturas de bocatomas o marcos partidores, e incluso en sectores rurales, modificación de canales o esteros. Ante esta situación, lo primero que debe analizarse es la causa del golpe de agua. Si esta es la existencia de precipitaciones en volúmenes muy altos, que hicieron dejar al embalse en su cota máxima, en este evento no existe responsabilidad alguna de la empresa eléctrica a cargo del embalse, ya que el origen del problema fue una fuerza mayor o caso fortuito, salvo la existencia de negligencias que puedan acreditarse, como el derramamiento de cantidades de agua muy superiores a las técnicamente necesarias para mantener al embalse dentro de su cota.

Si el origen del golpe de agua fue la regulación efectuada por la empresa generadora o cualquier otro acto atribuible a esta, ella será responsable de los daños y perjuicios que se produzcan, derivados de la responsabilidad civil extracontractual del derecho común.