

Algunas consideraciones en torno a la preferencia del explorador de aguas subterráneas en Chile

Camila Boettiger Philipps

Abogada, Licenciada en Derecho
Pontificia Universidad Católica de Chile
Profesora de Derecho Ambiental y
Recursos Naturales e Investigadora
Facultad de Derecho
UNIVERSIDAD DEL DESARROLLO

Introducción

Como es sabido, el año 2005 el Código de Aguas sufrió importantes modificaciones introducidas por la Ley N° 20.017, fruto de una larga tramitación en el Congreso. Recientemente, además, se dictó por la Dirección General de Aguas (DGA) una nueva resolución que regula la exploración y explotación de aguas subterráneas en Chile. En esta instancia nos parece oportuno revisar la importante modificación que introdujo la citada ley al régimen de exploración de aguas subterráneas: la obtención competitiva, mediante remate, de permisos sobre áreas superpuestas entre dos o más solicitudes de permisos de exploración, y las consecuencias jurídicas de la forma de obtención del permiso.

Nuestro objetivo será analizar la preferencia que actualmente otorga el permiso de exploración de aguas subterráneas a su titular para la constitución de derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas, y su importancia ante las posibles situaciones que pueden darse con otros solicitantes. Veremos, después de revisar el anterior y actual régimen de exploración de aguas subterráneas y la forma en que supuestamente deben operar hoy las preferencias, que en esta materia la ley hace distinciones que no tienen razones de fondo y que además pueden llevar a situaciones absurdas y que no se encuentran reguladas en el procedimiento.

1. Marco general de exploración de aguas subterráneas en Chile

De acuerdo al artículo 2° del Código de Aguas, las aguas terrestres se clasifican en superficiales y subterráneas. Las primeras son *“aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes o detenidas”*, mien-

tras que las segundas son las que *“están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas”*. Es fácil advertir la diferencia de dificultad que existe para el hombre en uno y otro caso para estudiarlas y obtener información necesaria para su aprovechamiento. Las aguas superficiales (aquellas que corren por cauces naturales como vertientes, esteros, ríos y quebradas, o se encuentran acumuladas en depósitos naturales como lagos, lagunas, pantanos, ciénagas, y embalses) se encuentran al alcance del hombre y son fácilmente encauzadas, desviadas y luego aprovechadas en actividades económicas como la agricultura, la industria y para uso doméstico. Por otro lado, y aunque existen en mayor cantidad que las aguas superficiales, las aguas subterráneas almacenadas en acuíferos o embalses subterráneos requieren de labores previas de exploración, con el objeto de ubicarlas y conocer sus características para su posterior explotación y aprovechamiento.

Recordemos que el fin último de las labores de exploración es el de alumbrar aguas subterráneas. *“Alumbrar”* significa descubrir o sacar a la superficie algo que estaba bajo tierra, como ocurre con los minerales y, particularmente, con las aguas subterráneas. El concepto de *“alumbrar aguas subterráneas”* es importante, ya que elimina toda posibilidad de incluir el afloramiento natural en la idea jurídica de aguas subterráneas; es esencial para el alumbramiento de las aguas subterráneas la intervención del hombre.

La exploración es necesaria para establecer el potencial hídrico subterráneo, lo que se realiza a través de una serie de operaciones o trabajos que permiten localizar los acuíferos o embalses subterráneos, su capacidad y la cantidad y calidad de agua que se puede obtener de estas fuentes. Estas labores de exploración son por regla general costosas y se componen de diversas etapas, tales como campañas de geofísica y realización de sondeos de reconocimiento y explotación. Las perforaciones en la tierra necesarias para llegar a un depósito de aguas subterráneas, que puede estar a mucha profundidad, aumentan los costos de exploración y luego de explotación de las mismas. También muchas veces estas búsquedas pueden arrojar resultados negativos, con la consecuente pérdida de la inversión realizada.

En Chile la exploración de aguas subterráneas se ha dejado en manos de los particulares, como lo establece expresamente el artículo 58 del Código de Aguas: *“Cualquiera persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas”*. En cumplimiento de este mandato legal, la DGA ha dictado varias resoluciones que sucesivamente han regulado estas materias, rigiendo actualmente la Resolución DGA N° 425 de 2007.¹

¹ Resolución DGA N° 425 de fecha 31 de diciembre de 2007, publicada en el Diario Oficial de fecha 16 de abril de 2008.

Para saber el régimen de exploración o las autorizaciones que se requieren para realizarla básicamente se distingue por el dominio del terreno en que se pretende explorar, además de influir factores ambientales o de conservación del recurso. Así, para explorar en terrenos privados, si éstos son propios del explorador, no se requiere permiso alguno; si el terreno es privado y ajeno, se requiere permiso del dueño; y por último, si se desea explorar en terrenos que corresponden a bienes nacionales, se requiere el permiso de exploración que otorga la DGA. Excepcionalmente se requiere autorización fundada de la DGA para explorar en terrenos privados si éstos se ubican en zonas que alimenten áreas de vegas y bofedales de las Regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Antofagasta.²

2. El permiso de exploración de aguas subterráneas y la preferencia para constituir derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas

Los permisos para explorar aguas subterráneas tienen por objeto "dar oportunidad al explorador para que encuentre nuevas fuentes de recursos hídricos subterráneos, en aquellas zonas en que son deficitarias, labor que normalmente el Estado no puede realizar, en atención a que no cuenta con los recursos necesarios para ello".³ Para obtener un permiso de exploración por parte de la DGA es necesario presentar una solicitud indicando los terrenos que se pretenden explorar, su ubicación, extensión, descripción morfológica y topográfica; además se exige acompañar una serie de antecedentes respecto a las labores de exploración que se pretenden realizar, sus objetivos, cronograma de actividades, e informe de medidas y previsiones a adoptar por el explorador para resguardar y proteger el entorno ecológico y la protección de los acuíferos durante las labores de exploración.⁴ Esta solicitud se tramitará conforme a las reglas generales que regulan el procedimiento administrativo ante la DGA,⁵ además de aplicarse los artículos 58 y 58 bis del Código como las normas especiales que regulan la exploración de aguas subterráneas.

En cualquier caso, luego de realizadas las labores de exploración, sea en terrenos privados o bienes nacionales, conforme al artículo 60 del Código de Aguas se podrá solicitar a la DGA la constitución del respectivo derecho de aprovechamiento de aguas para explotar y aprovechar las aguas alumbradas, siendo los

² Artículo 1° letra a) de la Resolución D.G.A. N° 425 de 2007.

³ ÁREVALO CUNICH, Gonzalo (1999): "Apuntes sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol I N° 1, p. 12.

⁴ Artículos 4° y 5° de la Resolución D.G.A. N° 425 de 2007.

⁵ El artículo 3° de la Resolución D.G.A. N° 425 de 2007 hace referencia al procedimiento general establecido en el Título I del Libro Segundo del Código de Aguas.

casos de excepción aquellos en que se tiene el derecho a aprovechar las aguas encontradas por el solo ministerio de la ley.⁶

Aquí adquiere importancia el permiso de exploración, ya que uno de los derechos que esta concesión administrativa otorga a su titular es la preferencia para obtener el derecho de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas en el área del permiso y durante la vigencia de éste. Justamente, este derecho preferente sufrió una importante modificación con las reformas introducidas por la Ley N° 20.017; para ilustrar correctamente este cambio, revisaremos el régimen de la preferencia antes y después de esta modificación legal.⁷

2.1 Regulación de los permisos de exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales previo a la Ley N° 20.017 de 2005

En cuanto al otorgamiento del permiso de exploración, antes de la modificación, las solicitudes se preferían unas a otras por su fecha y hora de presentación;⁸ de manera que si había dos o más solicitantes que pedían la misma área, total o parcialmente, la autoridad otorgaba el permiso sobre ella al que la hubiera solicitado primero.

Obtenido el permiso de exploración, el que tenía un plazo máximo de dos años, el titular del mismo gozaba en primer lugar del derecho a explorar en forma exclusiva el área otorgada en el permiso;⁹ y en segundo lugar, gozaba de la preferencia para la constitución de derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas durante la vigencia del permiso, sin excepciones.¹⁰ Esta preferencia podía ser ejercida por el beneficiario del permiso habiendo cumplido con varios requisitos: primero, iniciar las labores de exploración dentro

⁶ Es el caso por ejemplo de las "aguas del minero", derecho establecido en el artículo 110 del Código de Minería y en el inciso 2° del artículo 56 del Código de Aguas en similares términos. Estas normas permiten la utilización de las aguas halladas en las labores mineras, por el sólo ministerio de la ley y sin necesidad de solicitar el derecho, derecho que mantienen mientras se conserve el dominio de las concesiones mineras y en la medida necesaria para la explotación de las mismas.

⁷ Es importante destacar que antes de la Ley N° 20.017 la preferencia para la obtención del derecho de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas al amparo del permiso sólo estaba establecida en la resolución administrativa de la DGA que regulaba esta materia, como consecuencia de la escasa regulación que la exploración de aguas subterráneas tenía en el Código de Aguas y de las amplias facultades que le otorgaba a la autoridad administrativa. En este sentido, véase la opinión de ARÉVALO (1999), ya citado, p. 12. Actualmente, la preferencia que otorga el permiso de exploración y su regulación tienen rango legal en el artículo 58 bis del Código de Aguas, cuestión positiva si se toma en cuenta la importancia de ella para incentivar la inversión de privados en la exploración de aguas subterráneas y los derechos de particulares involucrados en esta materia. Otra cosa es la deficiente regulación de dicha preferencia, como veremos más adelante.

⁸ Artículo 7° de la Resolución D.G.A. N° 186 de fecha 11 de marzo de 1996, que reguló esta materia hasta el 16 de noviembre de 2005, fecha en que se publicó la Resolución D.G.A. N° 341 de 2005, la que adecuó la regulación a las normas introducidas por la Ley N° 20.017 de 2005.

⁹ Artículo 16 de la Resolución D.G.A. N° 186 de 1996 antes citada.

¹⁰ Artículo 17 de la Resolución D.G.A. N° 186 de 1996.

del plazo de seis meses desde el otorgamiento del permiso, y comunicar este hecho a la DGA; segundo, entregar a la autoridad un informe completo sobre los trabajos realizados, sus resultados y conclusiones obtenidas; y tercero, esta preferencia debía ser ejercida dentro del plazo de vigencia del permiso y hasta tres meses después.

Este régimen de exploración claramente propiciaba la investigación y exploración por parte de los particulares, consecuente con la concepción de un "Estado subsidiario, que no realiza aquellas tareas que pueden realizar los privados" y "la aplicación de una economía de mercado, que entrega las decisiones de inversión y desarrollo a la iniciativa privada, en marco de los mercados competitivos y sin distorsiones".¹¹ De esta manera, con reglas claras que los particulares conocían de antemano y que debían cumplir una vez obtenido el permiso de exploración, tenían por otro lado la seguridad jurídica que la inversión en labores de exploración sería recompensada con la preferencia para la constitución de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas: al solicitar la constitución de los derechos, aunque otras personas solicitaran las "mismas aguas" (de la misma fuente o acuífero), el titular del permiso de exploración tenía el beneficio de que sería preferida su solicitud, garantizando la regulación de esta manera el retorno de la inversión que realizan los privados al arriesgar fondos en labores de exploración que pueden resultar exitosas o no. La DGA, por otro lado, se beneficiaba al obtener gratuitamente la información resultante de las labores de exploración, la cual es de suma importancia para una mejor planificación y administración del recurso por parte de la autoridad.

Forzoso es concluir que esta normativa implicaba una enorme valoración de los permisos de exploración, y los beneficiarios se preocupaban de cumplir con los requisitos impuestos por la autoridad para mantenerlo vigente y utilizar la preferencia absoluta que éste les otorgaba para acceder a la constitución de derechos de aprovechamiento sobre las aguas subterráneas que podían encontrar en sus labores de exploración.¹²

2.2 Regulación de los permisos de exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales luego de las modificaciones de la Ley N° 20.017

La Ley N° 20.017, que modificó el Código de Aguas, introdujo importantes modificaciones al régimen de exploración de aguas subterráneas. También,

¹¹ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (2000): "Política Nacional de Recursos Hídricos", en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Vol. II, N° 1, p. 287.

¹² Además, debido a la importancia del orden de presentación de la solicitud de exploración para obtener el permiso sobre un área que podía quedar libre por el vencimiento de un permiso vigente, llegaron a formarse filas en las oficinas de la DGA o de las Gobernaciones Provinciales, incluso a veces certificadas por notario público, para la presentación de solicitudes de permisos de exploración para ciertas áreas.

con el objeto de adecuar la reglamentación de carácter general respecto de las aguas subterráneas, la DGA dictó la Resolución D.G.A. N° 341 de 2005, la que fue derogada recientemente por la Resolución D.G.A. N° 425 de 2007, antes citada, actualmente vigente.

La primera modificación importante en esta materia es la eliminación de la preferencia para la obtención de un permiso de exploración por su fecha y hora de presentación. Actualmente si dos o más presentaciones solicitan la misma extensión de bienes nacionales para explorar aguas subterráneas dentro del plazo de seis meses, la adjudicación de estas solicitudes se resolverá mediante un remate entre los solicitantes.¹³ Esta solución pretende la adquisición competitiva del permiso de exploración por parte de los particulares, asignando valoración económica a esta autorización en forma previa a su otorgamiento.¹⁴

Obtenido el permiso, sea por vía de remate o no, el explorador realizará con exclusividad las labores de exploración proyectadas dentro del área autorizada.¹⁵ Si alumbra aguas subterráneas susceptibles de ser aprovechadas, podrá solicitar la constitución del respectivo derecho de aprovechamiento, para lo cual también podrá invocar una preferencia por ser titular del permiso, preferencia que actualmente se encuentra expresamente establecida en el Código de Aguas.¹⁶

Sin embargo, en este punto se realizó la segunda modificación de importancia en el régimen de exploración de aguas subterráneas: ya no existe la preferencia absoluta para el beneficiario de un permiso de exploración para que se le constituya el correspondiente derecho de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas durante las labores de exploración realizadas al amparo del permiso. Bajo la nueva regulación, existe la posibilidad de que estos derechos se asignen por vía de un remate, si dentro de los seis meses luego de presentada la solicitud de constitución de derechos invocando la preferencia "por sobre todo otro peticionario" que supuestamente da el permiso, se presentan otras solicitudes sobre las mismas aguas y no existe disponibilidad para constituirlos todos.¹⁷

¹³ De acuerdo al nuevo inciso segundo del artículo 58 del Código de Aguas.

¹⁴ En este sentido, en las VII Jornadas de Derecho de Aguas realizadas en noviembre de 2005, el entonces subdirector de la DGA, Rodrigo Weisner, expuso como uno de los principios orientadores del nuevo régimen de exploración la adquisición competitiva del permiso. Véase presentación "Modificación al Código de Aguas y las Aguas Subterráneas ¿Nuevo Régimen Jurídico?", disponible para los asistentes a dichas jornadas.

¹⁵ Artículo 17 de la Resolución D.G.A. N° 425 de 2007.

¹⁶ Artículos 58 bis y 60 del Código de Aguas.

¹⁷ Conforme al nuevo artículo 58 bis del Código de Aguas.

Al titular del permiso de exploración se le otorga cierta preferencia legal: el inciso 3° del artículo 58 del Código de Aguas establece que cuando se haya otorgado un permiso de exploración, se considerará la fecha de la resolución que otorgó el permiso como la fecha de presentación de la solicitud de constitución de los derechos de aprovechamiento. Esto tiene por objeto anticipar los seis meses en que pueden presentarse solicitudes sobre las mismas aguas alumbradas que puedan llevar a remate, de manera que el beneficiario de un permiso de exploración sólo debe observar los primeros seis meses desde el otorgamiento de su permiso para identificar las solicitudes que podrían entrar en conflicto con una eventual solicitud suya sobre las aguas que encuentre en su exploración. Concordante con esto, la obligación de empezar las faenas de exploración se amplió de seis meses desde la vigencia del permiso a siete meses,¹⁸ dando un mes más después de la ventana de tiempo que podría llevar al explorador a remate por los derechos de aprovechamiento sobre las aguas que eventualmente alumbre.

Pero por otro lado, en la actual regulación sigue existiendo una preferencia absoluta para la constitución de derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas al amparo de un permiso de exploración: si el permiso fue adquirido vía remate, de acuerdo al artículo 58 bis del Código de Aguas, el remate por los derechos de aprovechamiento no será aplicable.

De acuerdo a lo reseñado, es claro que nuestra actual legislación privilegia y premia la adquisición competitiva de los permisos de exploración, otorgándoles a estos beneficiarios la preferencia absoluta de la que gozaban antes todos los titulares de estos permisos. Se ha creado así una categoría preferencial de permisos de exploración, los adquiridos vía remate. Los otros, que pueden haber sido otorgados sin oposición por parte de terceros y sin que otros particulares hayan manifestado interés solicitando la misma extensión para explorar, no otorgan la misma preferencia ni seguridad respecto de la inversión que cualquiera de ellos realiza en las labores de exploración. ¿Por qué estos exploradores pasan a tener una preferencia de segundo orden, la cual puede ser fácilmente perdida si otra persona simplemente solicita las mismas aguas dentro de un plazo determinado?

Nos parece que el otorgamiento de los permisos de exploración por vía de remate es útil y beneficioso, ya que asigna al mercado la función de identificar a las personas que están realmente interesadas en explorar ciertas áreas e invertir recursos en ello. Pero una vez obtenido el permiso de exploración, sea por una solicitud sin más interesados o por vía de remate, ambos titulares deben tener

¹⁸ Artículo 9° de la Resolución N° 425 de 2007.

la misma seguridad que la inversión que realicen en labores de exploración y el cumplimiento de las obligaciones que les establece la autoridad será recompensada con esta preferencia. Si en ambos casos existe un acto administrativo del órgano competente que autoriza a explorar aguas subterráneas con el objeto de alumbrarlas, no existen razones de fondo para establecer categorías de preferencias o de permisos, considerando menos seria o susceptible de protección jurídica la exploración de un particular que ha obtenido su permiso cumpliendo con los requisitos y el procedimiento establecido, sobre un área en la que nadie más se ha interesado, que uno que lo ha obtenido vía remate.

El efecto lógico de esta falta de seguridad jurídica de poder aprovechar los resultados de la inversión realizada en exploración, podría ser el desincentivo de la realización de estas labores a menos que se haya obtenido el permiso mediante remate. O simplemente realizarlas en terrenos privados, donde no se tiene la obligación de realizar las labores dentro de cierto plazo ni de entregar informes de resultados a la autoridad.

Nos parece que este esquema no propicia, como debería, la actividad de los privados en la exploración e investigación de aguas subterráneas. Estas normas deberían suponer un incentivo y preferencia de los particulares para realizar estas labores, como parte de la actividad económica protegida por la Constitución y que se entrega primordialmente a ellos, dentro del marco legal. Además, sólo mediante la exploración e investigación del recurso se logrará una mejor planificación del desarrollo del mismo en las fuentes naturales por parte de la DGA.

En nuestra opinión, la obtención de un permiso de exploración de aguas subterráneas debiera otorgar preferencia absoluta para la constitución de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas durante la vigencia del permiso en uno y otro caso, sin importar si este fue adquirido por simple acto de autoridad o por vía de remate, de manera de otorgar una garantía e incentivo suficiente a los particulares para que inviertan en exploración de aguas subterráneas.

3. Posibles situaciones que pueden presentarse en la constitución de derechos de aprovechamiento sobre aguas subterráneas: interacción de las diferentes "preferencias" de los permisos de exploración

Ahora bien, además de nuestra objeción a que existan dos categorías de preferencias para la constitución de derechos de aprovechamiento por razones de fondo y falta de igualdad entre los titulares de los permisos de exploración, observaremos aquí la forma en que pueden interactuar estos dos tipos

de preferencias con otras solicitudes de derechos de aprovechamiento, y los resultados, injustos y absurdos en ciertos casos, a que llevará la aplicación de estas reglas.

Para entender los casos que plantearemos deben tenerse en cuenta ciertos supuestos. En primer lugar, que en general se ha entendido que cuando el Código de Aguas habla de las "mismas aguas" con el objeto de que la autoridad revise la disponibilidad del recurso hídrico para la constitución de derechos de aprovechamiento, este concepto se refiere a revisar esta disponibilidad a nivel de fuente natural, no del lugar físico de extracción. Por el principio de la unidad de la corriente, establecido en el artículo 3° del Código, se considera que todas las "aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de la misma corriente", lo que obliga a la autoridad a considerar la relación entre aguas superficiales y subterráneas al otorgar derechos de aprovechamiento.¹⁹ De esto se colige que para otorgar derechos de aprovechamiento deben observarse y considerarse como las "mismas aguas" aquellas susceptibles de una explotación sustentable a nivel de fuente. Así se desprende de la exigencia establecida en el artículo 147 bis inciso 5° del Código de Aguas, que se refiere a un requisito especial para la procedencia de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, además de la comprobación de la simple existencia de aguas subterráneas que exigen los artículos 22, 58 bis y 60: "...siempre que la explotación del respectivo acuífero sea la apropiada para su conservación y protección en el largo plazo, considerando los antecedentes técnicos de recarga y descarga, así como las condiciones de uso existentes y previsibles, todos los cuales deberán ser de conocimiento público".²⁰ Entenderlo de otra manera llevaría además a la absurda interpretación de que sólo en caso de coincidir el punto de captación solicitado se estarían pidiendo las mismas aguas, cuestión bastante difícil de darse en la realidad de la exploración

¹⁹ Artículo 22 del Código de Aguas.

²⁰ En el mismo sentido se refiere a la disponibilidad de aguas subterráneas el "Manual de normas y procedimientos para la administración de los recursos hídricos", aprobado por Resolución D.G.A. N° 1503 de 31 de mayo de 2002, donde se fijan "criterios uniformes acerca de la tramitación de solicitudes o presentaciones sometidas a la resolución de la Dirección General de Aguas". En su punto 3.5.11.4 dice: "para la constitución de derechos sobre aguas subterráneas es necesario saber cuánta agua es posible extraer desde un pozo y además saber cuánta agua hay disponible a nivel de fuente; única manera de cumplir con lo dispuesto por los artículos 22 y 141 del Código de Aguas, en el sentido que la Dirección General de Aguas puede constituir un derecho de aprovechamiento cuando la solicitud es legalmente procedente, cuando hay recursos disponibles y no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros... El caudal de explotación sustentable a nivel de la fuente es aquel caudal de explotación que permite un equilibrio de largo plazo del sistema, otorga respaldo físico a los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados, no genera afección a derechos de terceros (tanto de derechos superficiales como subterráneos) y no produce impactos no deseados a la fuente y al medio ambiente". Sin perjuicio de que este es un manual administrativo, más un instructivo interno del Servicio que una fuente de regulación vinculante para los particulares, sí da luces sobre lo que en la práctica ha entendido en este punto el organismo encargado de otorgar los derechos de aprovechamiento.

de aguas subterráneas ya que para poder pedir el derecho primero se deben hacer labores de extracción y pruebas en un pozo, por lo que difícilmente dos solicitantes tendrán la misma ubicación física de la extracción.

Dicho esto, propondremos diversas hipótesis en que se enfrenten solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento en una misma fuente, un mismo acuífero, sobre el cual pueden haber tanto permisos de exploración otorgados por la autoridad como terrenos privados en los que es susceptible explorar sin requerir el permiso; solicitudes presentadas dentro del plazo de seis meses que establece el inciso 2° del artículo 142 del Código de Aguas, es decir, dentro del plazo que debe considerarse para remate; y asumiendo, por supuesto, que no existe disponibilidad a nivel de fuente para otorgar todos los derechos solicitados.

a) Peticionario que tiene un permiso de exploración y otro que no lo necesitaba porque exploró en terrenos privados: en este caso debe distinguirse cómo se obtuvo el permiso de exploración:

i) Si el permiso de exploración se obtuvo sin remate, el titular del permiso pierde su preferencia (sería la "excepción" a la preferencia que le otorga el artículo 58 bis del Código) y los derechos solicitados deben asignarse vía remate entre ambos solicitantes.²¹

ii) Si el permiso de exploración se obtuvo vía remate, debería aplicarse la preferencia absoluta de éste y se excluye la posibilidad de remate por los derechos (el artículo 58 bis del Código dice que "la excepción no será aplicable") y otorgarse los derechos al titular del permiso, quedando fuera el petionario que exploró en terrenos privados.

b) Peticionarios que tienen ambos permisos de exploración en áreas diferentes pero sobre el mismo acuífero: De nuevo debe distinguirse cómo se obtuvieron los respectivos permisos de exploración:

i) Primer caso: ambos solicitantes obtuvieron sus permisos de exploración sin remate: en este caso ninguno tiene preferencia sobre el otro, se aplicaría la regla del artículo 58 bis de "excepción a la preferencia" y ambos solicitantes van a remate por los derechos.

ii) Segundo caso: uno de los solicitantes obtuvo su permiso de exploración vía remate y el otro no: se aplica la regla de la preferencia absoluta y los derechos se le deberían asignar al que obtuvo el permiso vía remate.

²¹ De acuerdo al artículo 144 del Código de Aguas, en el remate de aguas subterráneas pueden participar además el Fisco y cualquiera de las instituciones del sector público.

iii) Tercer caso: dos solicitantes con permisos de exploración, ambos obtenidos vía remate: ¿A quién se prefiere para la asignación de los derechos, si la preferencia es absoluta para cada uno? La solución no se encuentra en la ley, el caso no está expresamente regulado. Al parecer, dos soluciones prácticas son posibles: una, preferir el permiso de exploración que se haya otorgado primero, el que sería el criterio que seguía la legislación anterior al 2005; creemos que esta solución no sería aplicable, porque además de no tener sustento legal en el actual articulado del Código es el criterio que se abandonó con la reforma. La segunda opción es que los solicitantes vayan a remate por los derechos, entendiendo que al tener ambos el mismo tipo de preferencia éstas de cierta manera se “anulan” quedando ambos en igualdad de preferencia; esta opción además se apoya en el criterio rector de la reforma para la asignación de derechos de aprovechamiento cuando no hay disponibilidad para todos, mediante la asignación competitiva del recurso. Pero, repetimos, esta es una solución que no está expresa en la ley, lo cual denota una falta de previsión de los casos que podían darse al otorgar preferencias de distinto tipo para la constitución de derechos.

4. Conclusiones

A modo de conclusión de lo expuesto, podemos afirmar que:

- La reforma del año 2005 al Código de Aguas modificó en forma importante el régimen de exploración de aguas subterráneas al terminar con la preferencia para el otorgamiento de los permisos de exploración por su orden de presentación, y establecer un sistema de remate para su otorgamiento en caso de superposición de las áreas solicitadas, lo que consideramos un avance en cuanto a la transparencia y al rol que se le da al mercado en la asignación de esta concesión.
- Los permisos de exploración para buscar aguas subterráneas en bienes nacionales actualmente otorgan cierta preferencia a su titular para el posterior otorgamiento de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas; pero el carácter absoluto o relativo de esta preferencia dependerá si el permiso se obtuvo vía remate o sin él. La obtención del permiso vía remate teóricamente excluye la posibilidad de un remate por los derechos de aprovechamiento, situación que no se excluye por un permiso otorgado simplemente, sin remate. En nuestra opinión, no existen razones de fondo para esta desigualdad entre tipos de preferencias entre los permisos de exploración de aguas subterráneas, y no incentiva ni asegura correctamente la enorme inversión privada que hay detrás de las labores de exploración de aguas subterráneas que realizan los particulares, de las cuales se beneficia también la autoridad al exigir la entrega de informes de los resultados de los trabajos. Un permiso de exploración, sin

importar su forma de obtención, es una concesión administrativa que debería otorgar los mismos derechos e imponer las mismas obligaciones a sus beneficiarios.

- Además, la existencia de dos tipos de preferencias puede llevar a situaciones injustas, como que un titular de un permiso sobre un área que nadie más se interesó y por lo tanto obtuvo sin remate, pierde su preferencia para constituir derechos de aprovechamiento frente a otro que tiene un permiso igual que el suyo, salvo por el hecho que tuvo que obtenerlo por remate; y absurdas, como que dos titulares de permisos de exploración obtenidos vía remate supuestamente no puedan ir a remate entre ellos aunque no existan recursos disponibles para constituir los derechos solicitados por ambos, quedando este caso sin solución expresa dentro de la regulación del Código de Aguas .