

INFORME EN DERECHO

GENERACIÓN HIDROELÉCTRICA EN EL MARCO DE LA LEY N° 20.571, DE NET METERING

Sumario

I.	INTRODUCCIÓN	2
II.	RIESGOS JURÍDICOS RESPECTO DEL GENERADOR RESIDENCIAL, AL AMPARO DE LA LEY DE NET METERING	4
a.	Responsabilidad penal	4
b.	Responsabilidad civil	6
c.	Responsabilidad administrativa	8
III.	RIESGOS JURÍDICOS RESPECTO DEL DISTRIBUIDOR ELÉCTRICO, AL AMPARO DE LA LEY DE NET METERING	9
a.	Responsabilidad penal, civil y administrativa	10
b.	Riesgos económicos	10
IV.	CONCLUSIONES	11

I. INTRODUCCIÓN *

1. Por encargo de la Subsecretaría de Energía, en el marco del “Convenio de Cooperación y Transferencia de Recursos entre la Subsecretaría de Energía, el Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (RegCom) y la Dirección General de Aguas”, aprobado mediante Decreto N°0551, de 28 de diciembre de 2011, del Ministerio de Energía, en adelante “el Convenio” se ha solicitado al Centro de Regulación y Competencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile (RegCom) un informe en derecho (el Informe) que analice los riesgos a que se pueda ver expuesta una empresa concesionaria de distribución eléctrica al transportar energía generada en el marco de la ley N° 20.571, que regula el pago de las tarifas eléctricas de las generadoras residenciales (en adelante Ley de Net Metering).

2. La Ley de Net Metering tiene por objetivo fundamental estimular la producción de generación eléctrica residencial, estableciendo descuentos en el pago de los consumos eléctricos¹ en proporción a la energía inyectada y producida por medios renovables no convencionales. La historia de la ley señala como ejemplos de energías renovables no convencionales (ERNC) “el caso de la solar y la eólica, y además en los sectores rurales las microcentrales hidroeléctricas”².

3. El concepto de ERNC, sin embargo es más amplio que los ejemplos señalados y, en conformidad con las letras aa) y ab) del artículo 225 de la Ley General de Servicios Eléctricos (LGSE), comprende también la energía geotérmica, mareomotriz, y aquella producida a base de biomasa. No obstante, si bien el artículo 149 bis propuesto por la ley en comento se refiere genéricamente al “equipamiento de generación de energía eléctrica por medios renovables no convencionales”, en la práctica y dado el límite fijado por esta ley para la generación residencial en 100 kW, los medios de generación a utilizar por los particulares serán sólo los paneles solares,

* En la elaboración de este informe colaboró Consuelo Fernández Carter, investigadora de RegCom.

¹ Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la ley N° 20.571, p. 8. En: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1038211> (última consulta: 8 julio 2013).

² *Ibíd.*

aerogeneradores y microcentrales hidroeléctricas³, pues no resultaría –en principio- eficiente producir cantidades tan pequeñas de energía a través de alguna de las otras tecnologías antes mencionadas⁴.

4. Tanto la energía solar como la eólica son posibles de producir en forma residencial sin que surjan problemas respecto de la titularidad del “insumo” necesario para generarla; el sol y el viento son bienes sobre los que no existe titularidad privada y por tanto el generador residencial puede aprovechar sus cualidades energéticas sin afectar derechos de terceros.

5. No ocurre lo mismo con la generación hidroeléctrica. Nuestro ordenamiento jurídico exige la tenencia de derechos de aprovechamiento de aguas (consuntivos o no consuntivos) para este tipo de generación, pues el agua es un bien nacional de uso público y los particulares sólo pueden utilizarla previa constitución de un derecho de aprovechamiento. El uso de su fuerza motriz es una de las facultades que otorga el derecho de aprovechamiento.

6. De lo anterior se sigue que los clientes finales del sistema eléctrico no podrán utilizar el agua de los cauces que pasen por su propiedad con el fin de acogerse a los descuentos establecidos por la Ley de Net Metering, mientras no gocen de derechos de aprovechamiento sobre éstos. De hacerlo, deberán asumir las consecuencias jurídicas emanadas de las acciones que tengan terceros en su contra.

7. Conforme a lo explicado en la parte introductoria, este informe tiene como primer objetivo esclarecer los riesgos de relevancia jurídica que puedan

³ Las centrales hidráulicas pueden ser clasificadas en función de su capacidad instalada. De acuerdo con el Centro de Energías Renovables dependiente del Ministerio de Energía, son microcentrales hidráulicas aquellas que proveen energía en potencias inferiores a 300 kW y en sistemas aislados de la red eléctrica, mientras que en otros países como Estados Unidos, Brasil y Noruega el límite está en 100 kW. A pesar de la equivocidad que pueda existir en la aplicación de este término, es claro que el límite impuesto por la ley hace que todas las centrales hidroeléctricas que puedan surgir bajo su alero sean clasificables como microcentrales, no obstante que se encuentren conectadas al sistema eléctrico a través de la red de distribución, en Centro de Energías Renovables *Energía Hidroeléctrica* (Santiago, s/f), Disponible en: <http://cer.gob.cl/tecnologias/hidroelectrica/> (última visita: 30 de julio de 2013).

⁴ Existe, sin embargo, un proyecto de reforma a la ley 20.571, que pretende aumentar el límite máximo a 300 Kw (Boletín N° 8.999-08).

surgir de la generación hidroeléctrica residencial, en caso de que el particular no tenga derechos de aprovechamiento sobre las aguas que utiliza para producir energía⁵. En segunda instancia, a través del presente Informe se busca resolver si estos riesgos son o no trasladados al distribuidor, en su calidad de comprador de la energía producida a nivel residencial.

8. A continuación analizaremos separadamente cada uno de estos puntos, refiriéndonos en primer lugar a los riesgos de índole penal, civil y administrativa que puedan surgir respecto del generador, para luego entregar información suficiente sobre los riesgos que se generan en relación a la distribuidora.

II. RIESGOS JURÍDICOS RESPECTO DEL GENERADOR RESIDENCIAL, AL AMPARO DE LA LEY DE NET METERING

9. Según lo dicho, el generador residencial podría arriesgar responsabilidad penal, civil y administrativa si se aprovecha sobre aguas ajenas para producir energía. Nos referiremos, en primer lugar, a las acciones penales que puedan proceder en su contra.

a. Responsabilidad penal

10. Resulta interesante estudiar la situación en comento a la luz de dos delitos tipificados por el Código Penal, el hurto y la usurpación, pues ambos dicen relación con el uso de aguas sobre las que no se tiene derecho alguno.

11. En primer lugar, podemos excluir de este análisis el tipo de “hurto de agua”, consagrado en el artículo 447 bis del Código Penal⁶. Una interpretación

⁵ Mencionamos este caso pues es el que resulta más problemático, pero es perfectamente posible que el generador residencial instale estos mismos equipos en aguas sobre las que tiene derechos de aprovechamiento constituidos, reconocidos u otorgados por ley (como es el caso del inciso segundo del artículo 20 CA). Los riesgos que se expondrán en lo sucesivo no surgen, de encontrarse el generador en una de las circunstancias antedichas.

⁶ Art. 447 bis CP: “El hurto de cosas que forman parte de redes de suministro de servicios públicos o domiciliarios, tales como electricidad, gas, agua, alcantarillado, colectores de aguas lluvia o telefonía, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo. Si con ocasión de alguna de las conductas señaladas en este artículo se produce la interrupción o interferencia del servicio, la pena se aplicará en su grado máximo”.

a *contrario sensu* del artículo 432 del Código Penal⁷ permite definir el hurto como la apropiación con ánimo de lucro de una cosa corporal mueble, ajena y apreciable en dinero, sin la voluntad de su dueño y siempre que no concurra violencia o intimidación contra las personas o fuerza en las cosas. Sin embargo, el aprovechamiento que el particular hace de la potencia o capacidad de generación del agua⁸ no satisface los elementos propios del tipo, en tanto el particular no se apropia del agua al generar energía, sino que hace un mero uso de la misma⁹.

12. Respecto de la usurpación, el numeral 3) del artículo 459 del Código Penal sanciona expresamente a quienes, sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos, pusieren embarazo¹⁰ al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre las aguas de que hace uso¹¹. Esta norma adquiere gran relevancia para nuestro análisis, pues el que un particular aproveche aguas sobre las que no tiene titularidad alguna para la generación de energía podría

⁷ Art. 432 CP: “El que sin la voluntad de su dueño y con ánimo de lucrarse se apropia cosa mueble ajena usando de violencia o intimidación en las personas o de fuerza en las cosas, comete robo; si faltan la violencia, la intimidación y la fuerza, el delito se califica de hurto”.

⁸ Asociada a la medida de “energía potencial gravitatoria” que posee la masa de agua que corre por un determinado cauce dado su desnivel y depende por tanto de la altura relativa de la caída, su masa y la fuerza de la gravedad.

⁹ La doctrina penalista en nuestro país ha denominado casos análogos como de “hurto de uso”. Éste ha sido definido como “el comportamiento consistente en apoderarse de una cosa sin ánimo de señor y dueño, para usarla y luego restituirla a su propietario”. La doctrina y la jurisprudencia chilena, sin embargo, están de acuerdo en afirmar que éste no es un tipo sancionado por nuestro ordenamiento. Ver: Oliver, G. “Estructura típica común de los delitos de hurto y robo”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N°36, Valparaíso, agosto 2011. En línea:

http://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-68512011000100010&script=sci_arttext#footnote-32818-10-backlink (última consulta: 3 julio 2013).

¹⁰ Si bien nuestra jurisprudencia no se ha referido al significado del concepto de “embarazo” invocado para describir una de las conductas incluidas en este tipo, sí lo ha hecho a propósito de las acciones posesorias consagradas en nuestro Código Civil. Según ésta y en relación con el art. 921 CC, “turbación, embarazo o molestia causada a la posesión es todo acto o hecho voluntario, ejecutado de buena o mala fe, que sin despojar a otro de su posesión entraña o supone disputar o cuestionar el derecho que pretende tener el poseedor de ejercerla”. C. Concepción, 31 agosto 1981. R., t. 78, sec. 2ª, p. 136. En línea: www.microjuris.cl (última consulta: 12 julio 2013).

¹¹ Art. 459 CP: “Sufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos: (...) 3º Pusieren embarazo al ejercicio de los derechos que un tercero tuviere sobre dichas aguas”.

tenerse como un embarazo, impedimento u obstáculo¹² en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento respecto del tercero titular.

13. Este embarazo se produciría debido a que el paso de las aguas por la turbina generadora conlleva generalmente alteraciones del caudal con que corre el agua, pudiendo así limitarse la capacidad de su titular de producir energía o utilizarla como le plazca, aguas abajo.

14. De acuerdo a lo anterior, a pesar de que el particular no se apropie de las aguas ajenas¹³, podría argumentarse que el uso que hace de éstas para producir energía eléctrica podría ser sancionable penalmente bajo el tipo de usurpación.

b. Responsabilidad civil

15. En sede civil resultan aplicables al caso las acciones posesorias sobre aguas, reguladas en el título IX del Código de Aguas, siempre que el generador residencial desvíe las aguas de su cauce original a fin de instalar una central hidroeléctrica y que dichas obras priven de su beneficio a un tercero que tiene derecho de aprovecharlas.

16. No basta, para la procedencia de estas acciones posesorias, la mera afectación del tercero en sus derechos. El artículo 123 del Código de Aguas, en cambio, exige que sean obras materiales de desvío las que afecten sus derechos¹⁴. Debido a ésto, si bien la instalación de microcentrales hidroeléctricas fijas (que sí requieren estos desvíos) podría dar lugar a estas

¹² RAE. *Diccionario de la Lengua Española*. En línea: <http://www.rae.es> (última consulta: 3 julio 2013).

¹³ De haber apropiación, ésta sería subsumible bajo el delito de hurto, según lo señalado. Asimismo, cabría dentro del tipo de usurpación tipificado en el numeral primero del artículo 459 CP, que señala: “Sufrirán las penas de presidio menor en su grado mínimo y multa de once a veinte unidades tributarias mensuales, los que sin título legítimo e invadiendo derechos ajenos: 1° Sacaren aguas de represas, estanques u otros depósitos; de ríos, arroyos o fuentes; de canales o acueductos, redes de agua potable e instalaciones domiciliarias de éstas, y se las apropiaren para hacer de ellas un uso cualquiera”.

¹⁴Art. 123 CA: “Si se hicieren estacadas, paredes u otras labores que tuerzan la dirección de las aguas corrientes, de manera que se derramen sobre el suelo ajeno, o estancándose lo humedezcan o priven de su beneficio a los predios que tienen derecho a aprovecharse de ellas, mandará el Juez, a petición de los interesados, que tales obras se deshagan o modifiquen y se resarzan los perjuicios”.

acciones posesorias, no ocurrirá lo mismo con las microcentrales portátiles (que no alteran el cauce en forma alguna)¹⁵.

17. En segundo lugar, excluimos la posibilidad de interponer de una acción reivindicatoria sobre el agua en contra del generador residencial, pues según la doctrina¹⁶ y la jurisprudencia¹⁷, se considera condición esencial para su procedencia que se determine y especifique de tal manera la cosa singular que se reivindica, que no pueda caber duda en su individualización. El agua, sin embargo, no podría ser especificada de tal manera.

18. Asimismo, no es posible interponer una acción reivindicatoria sobre el derecho de aprovechamiento de aguas. Si bien el artículo 891 del Código Civil señala genéricamente que los otros derechos reales (como éste) pueden reivindicarse, es también requisito de la acción que el dueño del derecho se vea privado de su posesión, cuestión que se producirá, en el caso, cuando éste ha sido inscrito a nombre de otra persona en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces correspondiente¹⁸. En la situación en análisis, entonces, el titular del derecho de aprovechamiento no ha perdido en realidad la posesión del mismo, lo que hace improcedente la reivindicatoria.

¹⁵ Misma conclusión se extrae de la jurisprudencia nacional que señala que es objeto de estas disposiciones, el “mantener el estado de cosas existentes en forma de evitar perjuicios al querellante con las obras nuevas o ya hechas que tuerzan la dirección de las aguas corrientes de manera que se derramen sobre el suelo ajeno, o lo humedezcan o priven de su beneficio al predio que tiene derecho a aprovecharlas”. CS, 26.12.1938, R., t. 36, secc. 1ª, p. 411. En Línea: www.microjuris.cl (última consulta: 12 julio 2013).

¹⁶ Orrego, J. *Las Acciones Protectoras*, p. 2. En línea: <http://www.juanandresorrego.cl/apuntes/teor%C3%ADa-de-los-bienes-y-de-los-derechos-reales/> (última consulta: 3 julio 2013).

¹⁷ C. Suprema, 30 diciembre 1915. R., t. 13, sec. 1ª, p. 563; C. Suprema, 20 marzo 1919. R., t. 17, sec. 1ª, p. 41; C. Suprema, 22 noviembre 1924. R., t. 25, sec. 1ª, p. 18; C. Suprema, 10 agosto 1927. G. 1927, 2º sem., N° 26, p. 117. R., t. 25, sec. 1ª, p. 317; C. Concepción, 15 noviembre 1928. R., t. 29, sec. 1ª, p. 393; C. Suprema, 27 noviembre 1937. R., t. 35, sec. 1ª, p. 216; C. Suprema, 9 noviembre 1939. R., t. 37, sec. 1ª, p. 427; y C. Suprema, 9 junio 1945. R., t. 43, sec. 1ª, p. 535.

¹⁸ Así lo ha exigido la jurisprudencia nacional señalando, por ejemplo, que “a los derechos de aprovechamiento inscritos deben aplicárseles todas las disposiciones que rigen la propiedad raíz inscrita, en cuanto no hayan sido modificadas por el mismo régimen legal”. Ver: Corte Suprema, 32.01.2012, ROL: 3916-09, MJJ30830. En línea: <http://www.microjuris.cl> (última consulta: 3 julio 2013).

c. Responsabilidad administrativa

19. Por último, el generador residencial podría ser objeto de sanciones administrativas. Así como la extracción ilegal de aguas hace procedente una denuncia ante la Dirección General de Aguas y la eventual imposición de una multa¹⁹ (en virtud de los artículos 130²⁰ y 173²¹ del Código de Aguas), el “uso ilegal” (como podría calificarse la hipótesis en comentario) también estaría sujeto a este procedimiento y tras él la misma DGA podría solicitar ante el tribunal competente la fijación de una sanción pecuniaria (que no podrá exceder de veinte unidades tributarias mensuales), o imponer sanciones materiales destinadas a impedir que se continúe haciendo uso ilegítimo de las aguas (en virtud de lo dispuesto en el artículo 138 del Código de Aguas²²).

20. Este uso puede considerarse una infracción al Código de Aguas, pues los artículos 5 y 6 señalan claramente que el agua, en su calidad de bien nacional de uso público, no puede ser utilizada sin la constitución previa de un derecho de aprovechamiento. Tal como lo sostiene la DGA:

los particulares tienen derecho a aprovechar las aguas terrestres *únicamente* en la medida en que la administración -la Dirección General de Aguas- los haya autorizado para ello, previa comprobación de que se cumplan las exigencias legales y reglamentarias, dictando el correspondiente acto administrativo que otorga un derecho de aprovechamiento de aguas²³.

¹⁹ Así lo ha fallado la jurisprudencia nacional. Ver: Corte de Santiago, 29.03.2011, Rol 384-2010, CL/JUR/2693/2011. En línea: www.legalpublishing3.cl (última consulta: 12 julio 2013). Corte de Antofagasta, 26.01.2012, Rol 889-2011, CL/JUR/219/2012. En línea: www.legalpublishing3.cl (última consulta: 12 julio 2013).

²⁰ Art. 130 CA: “Toda cuestión o controversia relacionada con la adquisición o ejercicio de los derechos de aprovechamiento y que de acuerdo con este Código sea de competencia de la Dirección General de Aguas, deberá presentarse ante la oficina de este servicio del lugar, o ante el Gobernador respectivo.

La presentación y su tramitación se efectuará de acuerdo a las disposiciones de este párrafo, sin perjuicio de las normas particulares contenidas en los párrafos siguientes”.

²¹ Art. 173 CA: “Toda contravención a este código que no esté especialmente sancionada, será penada con multa que no podrá exceder de veinte unidades tributarias mensuales, sin perjuicio de las otras responsabilidades civiles y penales que procedan”.

²² Art. 238 CA: “El Director General de Aguas, por sí o por delegado, podrá requerir del Intendente o Gobernador respectivo el auxilio de la fuerza pública, con facultades de allanamiento y descerrajamiento para el cumplimiento de las resoluciones que dicte en el ejercicio de las atribuciones que le confiere el presente título”.

²³ Corte de Santiago, 26.08.2010, Rol 520-2010, CL/JUR/6357/2010. En línea: www.legalpublishing3.cl (última consulta: 12 julio 2013).

21. Una contravención a estos preceptos, entonces, hace que sean procedentes las sanciones referidas²⁴.

22. No obstante lo afirmado, la jurisprudencia nacional no ha sido clara al resolver si esta sanción administrativa procede copulativamente con las acciones que correspondan en sede penal o no. En este sentido y negando que procedan ambas conjuntamente, ha señalado que

[R]eferente a la interpretación del artículo 173 del Código de Aguas, que establece la sanción mediante multa de las contravenciones a las normas del Código que no estén especialmente sancionadas, resulta claro que tal norma es aplicable a aquellas infracciones no constitutivas de delitos relacionados con el uso de las aguas²⁵.

III. RIESGOS JURÍDICOS RESPECTO DEL DISTRIBUIDOR ELÉCTRICO, AL AMPARO DE LA LEY DE NET METERING

23. Nos hemos referido a las consecuencias jurídicas que puedan recaer sobre el generador que utiliza aguas sobre las que no se cuenta con derechos de aprovechamiento para la generación hidroeléctrica residencial, en el marco de la Ley de Net Metering.

24. Es necesario analizar ahora, a efecto de responder a la pregunta legal planteada, si estos riesgos son trasladados a la empresa concesionaria de distribución que comprará esta energía y la transportará por la red eléctrica. En otras palabras, es importante examinar qué riesgos asume esta empresa al adquirir la energía producida por el generador residencial, considerando que por regla general la distribuidora no tendrá información suficiente para asegurarse de que el primero tenga derechos de aprovechamiento sobre los cauces que utiliza para la generación. Para ello nos referiremos a los riesgos jurídicos antedichos, de índole penal, civil y administrativa, además de ciertos riesgos económicos que podrían surgir en este contexto.

²⁴ En este sentido, la jurisprudencia ha afirmado que “la extracción de aguas sin título es una contravención al conjunto de normas del Código de Aguas”. Corte de Santiago, 04.05.2010, Rol 8569-2009, CL/JUR/2510/2010. En línea: www.legalpublishing3.cl (última consulta: 12 julio 2013).

²⁵ Corte de La Serena, 04.01.2008, Rol 297-2007, CL/JUR/7392/2008. En línea: www.legalpublishing3.cl (última consulta: 12 julio 2013).

a. Responsabilidad penal, civil y administrativa

25. En materia penal, dijimos que no cabría aplicar el tipo hurto, aunque quizás se podría construir una hipótesis de usurpación de agua a fin de sancionar al generador residencial. Sin embargo, esta eventual responsabilidad penal no sería extensible a la concesionaria de servicio público de distribución eléctrica, quien no comete usurpación alguna y ni siquiera entra en contacto con el agua. Tampoco hay tipo penal aplicable a su actuar.

26. En sede civil, en tanto, la eventual interposición de una acción posesoria contra el generador residencial tampoco podría afectar jurídicamente al distribuidor, pues no existe legitimidad pasiva para actuar en su contra.

27. Asimismo, tampoco es posible que se interponga una acción reivindicatoria respecto de la energía que transporta el distribuidor y que haya sido producida por un generador residencial utilizando aguas sobre las que no tenía derecho suficiente. No obstante que el titular de derechos de aprovechamiento podría eventualmente discutir algún dominio sobre la energía producida, la energía (como el agua) no puede ser individualizada como una especie, volviéndose improcedente la acción reivindicatoria en tanto no se satisface el requisito de que la acción recaiga sobre una cosa singular.

28. Por último, resulta evidente que no podrán perseguirse sanciones como las tipificadas en el Código de Aguas respecto del distribuidor, pues éste no tiene relación alguna (ni material ni jurídica) con el recurso hídrico.

b. Riesgos económicos

29. Existen riesgos de índole económica asociados a la generación a través de microcentrales hidroeléctricas. La Ley de Net Metering exige ciertas modificaciones en la red eléctrica para su funcionamiento (como la instalación de empalmes, por ejemplo). El costo de estas modificaciones, como ocurre con cualquier otra inversión, se justifica en la medida en que su utilidad (asociada a la rentabilidad esperada) sea suficiente para absorberlos. Como

contrapartida, entonces, una inversión genera siempre un riesgo, asociado a que ésta pierda su utilidad.

30. Ello evidencia la importancia de saber quién asume los costos de inversión necesarios para la implementación de la ley, para de esta forma aclarar sobre quién recae el riesgo de que la inyección de energía se interrumpa en razón de acciones de terceros (que tengan legítimos derechos para usar el agua, por ejemplo).

31. ¿Son estas inversiones de cargo del distribuidor? No, en general el riesgo no es asumido por él. E el inciso final del artículo 149° bis de la LGSE, introducido por la ley 20.571, establece que las obras y adecuaciones que sean necesarias para permitir la conexión y la inyección de energía deberán ser solventadas por cada propietario de tales instalaciones y no podrán significar costos adicionales a los demás clientes. La fórmula escogida por el legislador evidencia la consagración, en este artículo, del principio de no afectación a terceros²⁶, que protege a todos los agentes distintos al generador que participan de este mercado (como ocurre con la concesionaria de servicio público de distribución).

IV. CONCLUSIONES

32. Este informe ha desarrollado con detalle los riesgos que puedan surgir de la generación hidroeléctrica en uso de aguas sobre las que no se tienen derechos de aprovechamiento y en el marco de la nueva Ley de Net Metering.

33. Hemos esbozado los principales riesgos jurídicos y económicos que surgen respecto del generador residencial y del distribuidor. El primero, según dijimos, estará expuesto a sanciones de índole penal, civil y administrativa.

34. Respecto del segundo, en cambio, hemos llegado a la conclusión de que no asume ningún riesgo por el solo hecho de comprar esta energía; el que ésta haya sido producida aprovechando cauces sobre los que el generador no tenía titularidad alguna no apareja ninguna responsabilidad de relevancia jurídica para la empresa concesionaria de distribución eléctrica, ni le hace cargar con ningún riesgo económico.

²⁶ Biblioteca del Congreso Nacional, n. 1, p. 107.

35. A mayor abundamiento, la posibilidad de enmarcar el actuar del generador en el tipo penal de usurpación de aguas o sancionarlo pecuniariamente en sede administrativa opera como desincentivo para que éste utilice aguas sobre las que no tiene derechos de aprovechamiento. De ello es que la empresa distribuidora podrá razonablemente presumir que el particular no usaría aguas sobre las que no tiene titularidad y, por tanto, toda la energía inyectada habría sido generada en plena conformidad con las disposiciones aplicables.

36. Esta presunción que construimos es también sostenida por nuestro ordenamiento jurídico. Precisamente, el artículo 7° del DL N° 2.603 de 1979 establece una regla subsidiaria, según la cual se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua. Este Decreto Ley se encuentra plenamente vigente en la actualidad, en concordancia con los artículos 181 y 308 del Código de Aguas.

37. De ello y en vista de lo dicho a lo largo de este informe, no será necesario que la distribuidora exija a los generadores residenciales comprobantes que acrediten que gozan de derechos de aprovechamiento sobre las aguas utilizadas; pues el particular ya tiene buenas razones para respetar los derechos de terceros.

38. Una práctica como la mencionada no sólo encarecería las transacciones y retrasaría la operatividad de esta ley, sino además constituiría un desincentivo práctico a la generación hidroeléctrica, considerando que muchos de los posibles generadores residenciales sí gozan de derechos de aprovechamiento, pero no tienen inscripción vigente de los mismos para comprobarlo²⁷.

39. Resulta más adecuado, en cambio, dejar que cada uno de los agentes que participan en este sistema administre sus riesgos en la forma que le sea óptima; solo así será posible que la ley de Net Metering opere como real incentivo a la generación hidroeléctrica residencial.

²⁷ Esta es la situación de la mayoría de los derechos de aprovechamiento existentes en nuestro país, que al haber sido otorgados con anterioridad a la vigencia del Código de Aguas, no se encuentran inscritos (ni pueden inscribirse sin que previamente se realicen los procedimientos de regularización y/o perfeccionamiento de sus títulos).

Es cuanto podemos informar. Quedamos a su disposición para aclarar y ampliar cualquier aspecto relacionado con el presente Informe.

Atentamente,

Francisco Agüero Vargas

Director

**Centro de Regulación y Competencia
Facultad de Derecho,
Universidad de Chile**

Ezio Costa Cordella

Investigador

**Centro de Regulación y Competencia
Facultad de Derecho,
Universidad de Chile**

Verónica García de Cortázar

Investigadora

**Centro de Regulación y Competencia
Facultad de Derecho,
Universidad de Chile**

Santiago, 01 de agosto de 2013 