

REVISTA DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

AÑO XXIX — OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1961 — Nº 118

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

DIRECTOR SUPLENTE: CARLOS PECCHI CROCE

CONSEJO CONSULTIVO:

HUMBERTO ENRIQUEZ FRODDEN
ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA
ESTEBAN ITURRA PACHECO

★ ★ ★

★ ★ ★

IMPRENTA UNIVERSIDAD DE CONCEPCION — (CHILE)

LORENZO DE LA MAZA R.

**Profesor de Derecho Civil de las
Universidades de Chile y Católica**

**PRINCIPIOS FUNDAMENTALES DE NUESTRO CODIGO DE
AGUA Y PRINCIPALES MODIFICACIONES QUE INTRODUCE
AL CODIGO CIVIL (*)**

Agradezco muy sinceramente las amables palabras de presentación de nuestro distinguido colega, cuyo único defecto consiste en la exageración de los méritos del modesto profesor que habla.

Me propongo tratar dos temas: uno teórico, relativo a la noción del derecho de aprovechamiento, y otro de carácter práctico, algunas nociones acerca del estudio de títulos, en materia de derecho de aguas.

Advierto que, a mi modo de ver, el estudio del Código de aguas se encuentra aún en pañales, de modo que, al disertar en esta oportunidad, no pretendo enseñar nada, sino insinuar algunas ideas y puntos de vista que puedan servir de base para futuros estudios o para ayudar a sentar principios en esta materia del Derecho de Aguas.

Como ustedes saben, la base sobre la cual se apoya toda la estructura de nuestro Código de Aguas, consiste en el reconocimiento de que el agua es un bien, es decir, una cosa susceptible de apropiación y que puede reportar, a quien se la apropia, una utilidad limitada, exclusiva y apreciable en dinero. Sobre esta base, el sistema del Código consiste en clasificar las aguas en dos grandes categorías: las aguas de dominio privado y las aguas que son bienes nacionales de uso público. El artículo 9º del Código establece esta clasificación fundamental.

(*) Conferencias pronunciadas por don Lorenzo de la Maza R. en los Cursos de Extensión Jurídica, organizados por la H. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción.

Nosotros, en esta oportunidad, no podemos referirnos a todos los aspectos y a todos los principios fundamentales que informan nuestra legislación de aguas, pero en sus grandes líneas y como consecuencia de esta clasificación resulta que las aguas, unas veces son susceptibles y son objetos de un dominio propiamente tal, podríamos decir, de carácter civil; y otras veces, son objeto del llamado derecho de aprovechamiento, que es este nuevo derecho real que el Código de Aguas ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico. Expresamente dispone lo dicho el ya citado artículo 9°.

Habiendo acentuado el Código el carácter público de ciertas aguas, hasta el extremo de establecer un nuevo derecho real que puede ejercerse respecto de ellas, fue lógico al establecer que el único modo originario de adquirir derechos respecto de las aguas es la merced o concesión del Presidente de la República, como lo establece el artículo 23. Pero de las características que le asigna el Código a este nuevo derecho real, emanan consecuencias de mucho interés y de mucha importancia. Por ejemplo, la forma especial que reviste la posesión y la tenencia de las aguas; las circunstancias de no ser libremente transferible el derecho de aprovechamiento, por lo menos a mi juicio, en la mayor parte de los casos y, especialmente, el principio denominado de la especialidad de los derechos de agua, que fue acentuado por el Código, porque no es posible decir que no existiera en la legislación anterior y que tiene, en realidad, dentro de la legislación de aguas, repercusiones que son interesantísimas y que permiten llegar a conclusiones en realidad muy novedosas en esta materia. Por ejemplo, permite llegar a conclusiones novedosas en orden a la adquisición derivativa de los derechos de aprovechamiento; en seguida, ha hecho indispensable dar facultades amplísimas a la autoridad administrativa y, en seguida, él justifica plenamente la extinción de este derecho real por el no uso, cosa que en Derecho Civil consideraríamos una anomalía y que sólo aceptamos tratándose de las servidumbres.

Incorporado ese nuevo derecho real a nuestro sistema legal, se tenía que presentar el problema de cuál era el mejor medio de protegerlo y entonces se pensó, y con razón, darle la misma protección adoptada entre nosotros, generalmente, respecto de los inmuebles y entonces se sometió a este derecho de aprovechamiento al régimen de la inscripción conservatoria.

Por último, se vio la necesidad de organizar el derecho de aprovechamiento y la distribución de las aguas sobre que se ejerce y, en esta materia, como había dado tan buen resultado el régimen de asociación de canalistas, establecido por la

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

39

Ley 2139, el legislador mantuvo ese mismo régimen y lo amplió, tomando de esta ley ciertas ideas y otras de la legislación española y entonces, además de las asociaciones de canalistas, estableció dos nuevas instituciones: las Juntas de Vigilancia con personalidad jurídica y las Comunidades de Agua, para que todas ellas sirvieran a la organización del aprovechamiento por los regantes y a la conveniente distribución de las aguas. Se quitó, así, a los Tribunales de Justicia toda intervención directa en materia de distribución de aguas.

Se quiso entregar la organización de los regantes y la distribución de las aguas a instituciones privadas, en vista del buen resultado práctico de las Asociaciones de Canalistas y de la reducida eficacia de los juicios de distribución de aguas, en la legislación anterior.

Estas son las bases fundamentales, como digo, de nuestro régimen legal de aguas a través del Código sobre la materia, pero como no podemos ocuparnos de todos estos aspectos, nos vamos a contentar con algunas consideraciones acerca del derecho de aprovechamiento.

Este nuevo derecho real no tiene aplicación respecto de las aguas que nuestra legislación considera y ha considerado generalmente que son de dominio privado. Como ustedes saben, actualmente tienen el carácter de aguas de dominio privado las siguientes: las aguas de manantiales o vertientes que nacen, corren y mueren dentro de la misma heredad, de acuerdo con el artículo 10°; las aguas detenidas de toda especie que no son susceptibles de ser navegadas por buques de más de cien toneladas, de acuerdo con el artículo 11; las aguas lluvias mientras se escurran y se detengan o se almacenen en predios de dominio particular, de acuerdo con el artículo 15; los derrames y filtraciones de aguas, de acuerdo con los artículos 74 a 80 del Código y, por último, a mi modo de ver, las aguas subterráneas que se encuentren en predios de dominio particular, de acuerdo con los artículos 5°, 22 y 53 del Código. Digo a mi modo de ver, porque ésta es una conclusión personal mía, que muchos discuten. Hay algunos que sostienen que incluso las aguas subterráneas que se encuentran en predios de dominio particular son bienes nacionales de uso público en razón de que el dueño sólo puede utilizarlas para la bebida o para menesteres domésticos y para todo otro uso necesita obtener merced de aguas; pero el hecho cierto es que nadie puede obtener merced de aguas sino el dueño, de modo que nadie puede utilizar esas aguas, sea con o sin merced, sino el dueño del predio donde se encuentran y, por consecuencia, son accesorias del predio donde se encuentran y en razón de ello, a mi modo de ver, son aguas

de dominio particular. Es una conclusión perfectamente discutible.

Sobre todas estas aguas que la ley considera de dominio particular, el dueño del predio donde se encuentran o almacenan, ejerce un dominio de carácter civil, igual al que tiene sobre el predio o al dominio que puede tener sobre los establos o las vacas de su lechería. El artículo 9° del Código dice que son aguas de dominio particular. Es evidente que esta propiedad civil que tiene el dueño del predio sobre estas aguas de dominio particular, tiene algunas características especiales, pero a mi modo de ver estas características especiales no emanan de la circunstancia o de la voluntad del legislador de darles una fisonomía particular especialísima, sino de la naturaleza de la cosa sobre que se ejerce el dominio y de las circunstancias en que esa cosa se encuentra.

¿Por qué nuestro legislador ha considerado que estas aguas deben mantenerse bajo el régimen de la propiedad civil? A mi modo de ver, simplemente porque estas aguas constituyen un accesorio del predio o del dominio que se tiene sobre el predio; en realidad, estas aguas consideradas independientemente del predio en que se encuentran o donde se almacenan, no significan nada, ni es posible ejercer un dominio sobre ellas. Los artículos 10°, 11 y 15 del Código son, en realidad, bastante terminantes acerca de este particular. El artículo 10°, por ejemplo, establece que estas aguas pasan con las heredades en que nacen, corren y mueren, a los herederos y demás sucesores de los dueños de las heredades, luego son accesorios de las heredades, y desde el momento en que se confunden con otras aguas o salen de los límites del predio, dejan de tener el carácter de aguas de dominio particular. El artículo 11 establece que las aguas detenidas de toda especie que no son susceptibles de navegarse por buques de más de cien toneladas, pertenecen a los propietarios de los predios riberaños, como un accesorio del predio, y lo mismo el artículo 15, tratándose de las aguas lluvias que se almacenan en un predio de dominio particular.

Pero de este carácter accesorio de estas aguas se desprenden consecuencias interesantes. Respecto de los modos originarios de adquirir, ¿cuál cabe respecto de estas aguas?, a mi modo de ver sólo la ley y tal vez podríamos aceptar la accesión, en el caso del artículo 15, respecto de las aguas lluvias. En seguida, los modos derivativos, ¿juegan respecto de estas aguas de dominio privado?, a mi modo de ver no juegan sino cuando el modo derivativo opera también respecto del predio en el cual se encuentra, o en el cual se mantienen estas aguas. Así resulta, me parece, del inciso segundo del artículo 10°, del artículo 11 y del artículo 15. Creo que la constitución de un derecho real sobre

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

41

estas aguas, consideradas independientes y aisladamente del predio en que se encuentran o al cual pertenecen, significa simplemente la constitución de un derecho de servidumbre sobre el predio y con una transferencia de dominio relativo a estas mismas aguas de dominio particular. En consecuencia, creo que son simplemente accesorios del predio en el cual se encuentran o al cual pertenecen.

A todas las demás aguas la ley las considera bienes nacionales de uso público, como lo establece el artículo 9º, es decir, de acuerdo con el artículo 589 del Código Civil, el dominio de todas ellas pertenece a la nación toda y su uso generalmente a todos los habitantes de la nación. Sobre estas aguas de dominio público, que son bienes nacionales de uso público, la ley, el artículo 9º concede el derecho de aprovechamiento, que es la materia de nuestra disertación de hoy día. Para fijar la naturaleza de este derecho de aprovechamiento conviene recordar ciertas nociones preliminares. Nuestro Código Civil, después de establecer como característica de los bienes nacionales de uso público, en su artículo 589, que su uso pertenece generalmente a todos los habitantes de la nación, comprendió que no siempre este uso general de todos, es el que mejor corresponde a la naturaleza de los bienes nacionales de uso público o al mejor aprovechamiento de estos bienes nacionales de uso público y es por eso que los artículos 598, 599, 603, 860 y otros del Código, establecieron la posibilidad de obtener el uso exclusivo de estos bienes nacionales de uso público, obteniendo una concesión de la autoridad administrativa correspondiente.

Aplicando lo expuesto, entonces, tanto el Código Civil, primero, como las leyes posteriores, después y como el Código de Aguas establecieron la forma en que los particulares podían obtener el uso y goce exclusivo de determinadas aguas, consideradas por la ley como bienes nacionales de uso público y que en teoría, pueden usar todos los habitantes de la nación.

No hubo, sin embargo, disposición ninguna en el Código Civil ni en las leyes posteriores, que establecieran cuál es la naturaleza del derecho que se puede obtener sobre estas aguas que son bienes nacionales de uso público. Ustedes conocen la controversia que se suscitó entre nosotros sobre este particular; hubo algunos que le dieron a este derecho que se podía adquirir sobre las aguas nacionales de uso público el carácter de un derecho de tipo administrativo y entonces trasladaron el problema a todas las discusiones de los autores de derecho administrativo acerca de cuál es la naturaleza del derecho que otorga una concesión de bienes nacionales. Otros mantuvieron el pro-

blema dentro del Derecho privado y entonces discutieron si se trataba de un dominio, si se trataba de un derecho de uso, si se trataba de una servidumbre y, por último, si se trataba de un derecho sui géneris que, como ustedes saben, es el último recurso para explicar, en derecho, lo que, a primera vista, no tiene explicación ninguna.

El Código de Aguas puso término a esta controversia y en el artículo 9° estableció que se concede sobre estas aguas, que son bienes nacionales de uso público, un derecho de aprovechamiento y en el mismo artículo 12 definió este derecho de aprovechamiento y le dio el carácter de un derecho real propiamente tal. Expresa este artículo 12: el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre aguas de dominio público y que consiste en el uso, goce y disposición de ellas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código. Llamo la atención sobre la parte final de esta definición del artículo 12, que somete, en todo, este derecho de aprovechamiento, a las reglas y a los requisitos que establece el Código, impidiendo que pueda asimilárselo o identificárselo con el dominio, como algunos han pretendido. El derecho de aprovechamiento, en realidad, es un derecho real, pero no consiste como el dominio civil en un poder directo sobre la cosa misma y siempre sobre la misma cosa, porque los derechos reales que establece el Código Civil se manifiestan por facultades del titular sobre una cosa y siempre sobre la misma cosa y cuando el derecho real es el dominio comprende el total de las facultades posibles que puede tener un sujeto, un titular, sobre una cosa y sobre una misma cosa. Tratándose del derecho de aprovechamiento relativo a las aguas ello no es posible, porque las aguas en realidad son la cosa más fungible y más escurridiza que es posible concebir, especialmente tratándose de las aguas corrientes, por consecuencia, la facultad en que consiste el derecho de aprovechamiento no es una facultad o no es un conjunto de facultades como el que caracteriza al dominio civil, que se ejerce siempre sobre una cosa y siempre sobre la misma cosa; acá no, de modo que conviene precisar en qué consiste este derecho real de aprovechamiento que establece el artículo 12. A mi juicio, consiste en la facultad que otorga al titular de ejecutar, mantener y utilizar ciertas obras permanentes, destinadas a someter las aguas a un control y manejo efectivo que permita emplearlas y utilizarlas en los fines previstos, con exclusividad. Creo que así se desprende de varias disposiciones del Código de Aguas. Desde luego, de lo que establecen los artículos 13 y 14. El 13 dispone que el que tiene el derecho de aprovechamiento, tiene igualmente derecho a los medios nece-

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

43

sarios para ejecutarlo; el 14, que el que goza del derecho de aprovechamiento puede hacer a su costa las obras indispensables para ejercitarlo. El artículo 28 adhiere por el ministerio de la ley al derecho de aprovechamiento todas las servidumbres que sean necesarias para realizar las obras destinadas a utilizar el derecho. El artículo 275 establece que si el titular de una concesión provisoria no ejecuta las obras dentro del plazo establecido por el Decreto de concesión provisoria, puede pedirse la caducidad del Decreto de concesión provisoria. Los artículos 300, 307 y otros que establecen casos de caducidad en razón de no existir obras de aprovechamiento o de no tener canales el titular del derecho de aprovechamiento. En consecuencia, el derecho de aprovechamiento siempre está ligado a las obras; revelan todas estas disposiciones que este derecho consiste en la facultad de ejecutar y mantener obras, de conservar las obras aparentes, mediante las cuales se gobiernan las aguas, se manejan, se controlan para utilizarlas en los fines previstos, con exclusividad. En otros términos, no ocurre aquí como en el dominio civil en que el titular tiene un poder directo, acá el poder es indirecto; el poder directo se tiene sobre el terreno, sobre el suelo en que están las obras y sobre las obras mismas, a través de las obras se ejerce el poder y el manejo sobre las aguas, de manera que es un poder indirecto el que tiene el titular y no un poder directo como ocurre en el dominio civil.

Esta conclusión a que llegamos tiene importancia práctica. Si nosotros consideramos las aguas, o mejor dicho, el derecho de aprovechamiento con criterio civilista, tendríamos que llegar a la conclusión de que no es posible la posesión de las aguas y el derecho de aprovechamiento, porque no sería posible la tenencia de una cosa determinada y siempre de la misma cosa, como exige el artículo 700 del Código Civil; ni aún la cuasi posesión del derecho aparecería revestida de los caracteres materiales necesarios, que derivan de la tenencia de la cosa. En cambio, concebido el derecho de aprovechamiento en la forma indicada, llegamos nosotros a la conclusión de que la tenencia de las aguas y, por consiguiente, del derecho, consiste en someterlas a manejo y control mediante obras aparentes de aprovechamiento. El mantenimiento de estas obras y el uso exclusivo de las mismas, que permite utilizar y manejar y controlar el agua, si el titular lo hace con ánimo de señor y dueño, lo convierte en poseedor del derecho y de las aguas en que se ejerce el derecho. Este concepto de posesión y tenencia material de las aguas y del derecho de aprovechamiento nos parece a nosotros forzado por la disposición del artículo 251 del Código de Aguas, que es, como ustedes saben, el artículo que establece

la acción posesoria fundamental en materia de aguas. ¿Cuándo, en concepto del artículo 251 del Código de Aguas, se turba, embaraza o quita la posesión de las aguas? Cuando alguien hace paredes, estacadas u otras labores que tuercen la dirección de las aguas, o que privan de su beneficio a los que tienen derecho de aprovecharse de ellas. Por consecuencia, ¿cuándo entiende la ley que alguien priva de la posesión? Sencillamente cuando estas obras someten el agua a un control o manejo distinto del que antes tenían. El manejo que tenía el poseedor desaparece y si alguien, un tercero distinto, adquiere un control y manejo de las aguas diferente del anterior; y ¿quién puede deducir la acción posesoria del artículo 251? El que mantenía obras aparentes de aprovechamiento antes, obras que son destruidas o menoscabadas o disminuidas en su utilidad por las otras obras que ha hecho un tercero cualquiera. De modo, entonces, que este criterio parece establecido por el mismo Código de Aguas, como lo demuestra esta disposición del artículo 251. Es evidente, entonces, que el mantenimiento y uso exclusivo de obras aparentes de aprovechamiento, es lo que caracteriza la tenencia material del agua y, por consecuencia, la posesión de las aguas y, la posesión del respectivo derecho de aprovechamiento sobre ellas.

Este concepto nos lleva a una conclusión fundamental, diferente de la que antes se tenía. Como ustedes saben, antiguamente el artículo 837 del Código Civil, derogado por el Código de Aguas, establecía que el dueño de un canal construido a expensas suyas, se hacía dueño de las aguas conducidas por ese canal y lo mismo podía aplicarse al dueño de un embalse, o de un tranque cualquiera. Hoy día, en cambio, a mi modo de ver por lo menos, la adquisición del derecho de aprovechamiento sobre aguas que son bienes nacionales de uso público, no le quita a esas aguas el carácter de bienes nacionales de uso público, ni altera el carácter o condición jurídica que antes tenían esas aguas. La única variante que experimenta el agua por el hecho de concederse un derecho real de aprovechamiento respecto de ellas, es que el uso general de todos los habitantes se transforma en un uso exclusivo del titular del derecho de aprovechamiento, obtenido por las vías legales. Hoy día me parece incuestionable esta afirmación, porque el artículo 21 del Código de Aguas, tratándose de aguas que corren por causas artificiales y de aguas detenidas en tranques o embalses artificiales, no se refiere al dueño de las aguas, como ocurría antes, sino que se refiere al "dueño del derecho de aprovechamiento" y lo mismo el artículo 89, cuando establece que la Asociación de Canalistas no es dueña de las aguas, sino que éstas pertenecen a los "dueños del derecho de aprovechamiento". En consecuencia, todas

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

45

estas disposiciones están revelando que por el hecho de obtenerse, de concederse merced de aguas y de obtenerse, consecuentemente, el derecho de aprovechamiento respecto de ellas, la fisonomía jurídica de las aguas no cambia ni se altera, siguen y continúan siendo bienes nacionales de uso público. Y de lo anterior se desprende otra consecuencia importante. Hay derechos de aprovechamiento que imponen la necesidad y obligación de restituir el agua después de usada. El artículo 46 lo establece respecto del aprovechamiento para usos industriales, o para fuerza motriz, etc. Pues bien, si aceptamos el criterio expuesto tenemos que aceptar, también, que realizado el uso para el cual fue concedido el derecho de aprovechamiento, y durante el proceso de restitución de las aguas, es posible otorgar nuevas mercedes sobre las mismas aguas, problema que se ha presentado ya en el Norte, en que las grandes Compañías mineras tienen la obligación de restituir ciertas aguas de ciertos ríos que han obtenido, cuyo aprovechamiento han obtenido. Se ha pedido merced respecto de las aguas durante el proceso de restitución por cañerías artificiales construídas por el concesionario y se ha sostenido, con razón, a mi modo de ver, que es posible otorgar merced de agua durante el proceso de restitución de ella, porque las aguas no han cambiado de naturaleza jurídica por el hecho de aprovechamiento concedido a favor de un particular cualquiera.

Todavía más. Se desprende de lo dicho que la autoridad administrativa puede efectuar cierta selección en cuanto al destino y a las personas a quienes otorgará la exclusividad del uso. Se justifican así los principios del Código en cuanto a prioridades: respecto de la clase de merced (artículo 30) y dentro de cada clase, atendiendo a la importancia y utilidad (artículo 30, inciso final).

Nos parece que el único caso en que podría tal vez discutirse esta concepción sería tratándose del aprovechamiento concedido para el regadío, o sea, para un uso que consume el agua de acuerdo con el artículo 35. Todo esto, a mi modo de ver, proviene de que en el Código no se hizo una diferenciación adecuada de la merced para regadío y del aprovechamiento obtenido para el regadío, de la merced y del aprovechamiento para cualquiera otra finalidad, diferenciación que debió hacerse, a mi modo de ver, como vamos a comprobarlo dentro de algunos momentos.

En este caso, tratándose del derecho de aprovechamiento para el regadío, podría sostenerse que el titular obtiene una apropiación tal vez de carácter civil, total y completa, puesto que la ley autoriza al titular del derecho de aprovechamiento

para consumir el agua, y todavía más, lo autoriza en realidad para disponer de los derrames, sobrantes y filtraciones, en los artículos 77, 79 y 80 del Código, de modo que pareciera que en este caso el derecho de aprovechamiento tiende a asimilarse o a identificarse con el derecho de dominio civil. Y vamos a ver, todavía, que esto resulta mucho más exacto si se tienen presentes las diferencias que veremos en cuanto a la transferencia y transmisibilidad del derecho de aprovechamiento cuando se obtiene para el regadío, que cuando se obtiene para cualquiera otra finalidad.

Lo anterior nos hace avanzar todavía un poco más. El derecho de aprovechamiento, a diferencia del dominio, no siempre tiene las mismas características, como lo acabamos de ver; mejor dicho, según la finalidad con que se adquiere, tiene características peculiares, que no son siempre las mismas. El artículo 12 parece haberlo comprendido así, puesto que en su parte final dice que el derecho de aprovechamiento consiste en esto y aquéllo, pero todo "sujeto a los requisitos y a las prescripciones del Código de Aguas", o sea, sujeto a lo que yo quiera, podría haber dicho el Código. Pero antes de formular ideas acerca de este particular, conviene precisar un poco y establecer cuáles son las diferencias fundamentales entre este derecho de aprovechamiento y el derecho de dominio de carácter civil, que se puede tener sobre las aguas de dominio privado. Porque la circunstancia de que el artículo 12 haya reconocido al derecho de aprovechamiento los tres atributos fundamentales del dominio, el uso, el goce y la disposición, no quiere decir que haya identificado el derecho de aprovechamiento con el dominio. Vamos a ver que las diferencias son muy numerosas y son fundamentales.

Resumiendo esas diferencias podríamos decir lo siguiente: el dominio presenta siempre iguales características, cualquiera que sea la naturaleza de la cosa en que se ejerza y las circunstancias en que esta cosa se encuentre. En cambio, el derecho de aprovechamiento presenta muy variadas características, según cuáles sean los fines distintos con que las aguas serán utilizadas, o la forma en que se haya constituido el derecho. Por ejemplo, el derecho de aprovechamiento para el regadío permite consumir el agua de acuerdo con el artículo 35. En cambio, el derecho para usos industriales implica la necesidad y la condición de restituirla después de usada, de acuerdo con el artículo 46. Por otra parte, hay derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente que permiten utilizar el agua aún en época de escasez; y hay derechos de ejercicio eventual, que no dan derecho ninguno a utilizar el agua en época de escasez agotado el uso de la corriente, de manera que las características son distintas del mismo derecho

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

47

de aprovechamiento.

En seguida, en segundo lugar, el dominio es perpetuo, en cambio, el derecho de aprovechamiento puede ser perpetuo, como ocurre en el caso del aprovechamiento para regadío. En cambio, en los demás casos siempre es temporal; por ejemplo, para servicios públicos, el artículo 39 establece que es temporal; para energía eléctrica, el artículo 44; para fuerza motriz, para usos industriales o para otros usos, el artículo 48.

En tercer lugar, el dominio puede adquirirse originariamente por cualquiera de los casos originarios: ocupación, accesión, prescripción, salvo ciertas restricciones de carácter particular. En cambio, el derecho de aprovechamiento originariamente hoy día no puede adquirirse sino por medio de la merced del Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 23, ni aún el goce y uso inmemorial de las aguas basta para adquirir el derecho de aprovechamiento; las aguas hoy día son imprescriptibles, originariamente considerado el derecho.

En cuarto lugar, el dominio no se extingue por el no uso, sino por la prescripción adquisitiva del mismo derecho, de acuerdo con el 2517. En cambio, el derecho de aprovechamiento, conforme a la actual legislación, adquirido mediante una merced de aguas, se extingue en todo o parte por el no uso durante cinco años consecutivos (artículo 280 del Código).

En quinto lugar, el derecho de dominio, en general, no impone limitaciones en cuanto a los fines con que deba usarse la cosa en que se ejerce el dominio; en cambio el derecho de aprovechamiento, como veremos, sólo permite usar el agua en los fines y destinos para el cual se ha concedido, de acuerdo con el artículo 26 y si se pretende variar el fin y destino con que ha sido concedido el derecho, hay que pedir nueva merced de aguas del Presidente de la República.

En sexto lugar, el derecho de dominio jamás implica la necesidad de restituir la cosa en que se ejerce después de usada, confiere la facultad de disposición amplísima, no sólo en el sentido material de consumir la cosa, sino en el sentido jurídico de enajenarla y disponer de ella; en cambio, el derecho de aprovechamiento no siempre permite consumir el agua sobre que se ejerce; sólo es posible ello tratándose de las mercedes para regadío o para la bebida; o para menesteres domésticos; en cambio, no es posible tratándose de otras mercedes, por ejemplo, para fuerza motriz, para usos industriales, para otros usos que imponen la obligación de restituir el agua de acuerdo con el artículo 46. En seguida, el dueño puede enajenar la cosa sobre la cual se

ejerce el dominio si tiene capacidad para ello, salvo muy pequeñas restricciones en derecho civil. En cambio, tratándose del derecho de aprovechamiento veremos que a nuestro juicio, en realidad, en la mayor parte de los casos, el titular del derecho de aprovechamiento no puede enajenar su derecho; si no obtiene un permiso especial para ello no puede transferir su derecho. No es feliz, entonces, en realidad, la definición del artículo 12, cuando nos dice que el derecho de aprovechamiento consiste en el uso, goce y disposición de las aguas con los requisitos en conformidad a las reglas del Código. En realidad, en general, podríamos decir que el derecho de aprovechamiento no confiere la facultad de disponer de las aguas en que se ejerce. Excepcionalmente vamos a ver y todavía contrariando al sistema del Código a mi juicio, tratándose de mercedes para regadío el titular del derecho de aprovechamiento puede disponer de las aguas que comprende el derecho.

Las características tan especiales que presenta el derecho de aprovechamiento, resultantes de su absoluta conformidad con las reglas que establece el Código de Aguas, origina lo que se ha denominado el principio de la especialidad del derecho de aprovechamiento, rico en consecuencia de toda especie, y poco tratado todavía por nuestros autores. Podría formularse diciendo que consiste en la necesidad de utilizar únicamente el volumen y todo el volumen de aguas en que se ejerce el derecho, sólo en los fines, en el lugar y por los medios fijados al concederse.

Los principales aspectos o aplicaciones de este principio de la especialidad serán los siguientes, según el Código.

Primero, el derecho sólo autoriza para usar el agua en los fines y destinos solicitados y concedidos, según se desprende del artículo 26; para usar el agua en otro fin o destino, sería necesaria nueva merced. No sólo el artículo 26 lo establece, sino el artículo 36 que permite reservar aguas para finalidades especiales; en seguida el artículo 259, número tercero, porque al solicitar una merced hay que indicar el destino que se dará al aprovechamiento; el artículo 267, número quinto, porque al conceder provisoriamente la merced hay que indicar el fin o destino con que se empleará el agua y dónde se empleará y en seguida también el artículo 23, puesto que no es posible cambiar una boca-toma en un cauce público, o trasladar derechos de agua en un cauce público, sin la autorización del Presidente de la República. En consecuencia, el agua no puede usarse sino en los fines y destinos para los cuales fue pedida y concedida la merced y el derecho de aprovechamiento.

En segundo lugar, no es posible solicitar mayor volumen de aguas que el indispensable para los fines y destinos que se

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

49

tienen presentes al obtener la merced de agua y el derecho de aprovechamiento. Los artículos 42, 43, 45 y 54 del Código, son bien explícitos sobre este particular y si tuviéramos tiempo podríamos analizarlos, pero desgraciadamente no tenemos tiempo para ello.

En tercer lugar, el derecho de aprovechamiento sólo autoriza para usar el volumen concedido, el cual debe indicarse en las medidas métricas, con lo cual el Código puso término a toda discusión sobre los antiguos regadores de agua. Lo dispone el artículo 32, y el artículo 267, número tercero dice que la concesión debe determinar en medidas métricas el volumen concedido y el volumen concedido debe corresponder a la capacidad de las obras que se construyan de acuerdo con el Decreto de concesión provisoria, en términos que si las obras tienen un volumen de capacidad inferior al concedido, el derecho se reduce al volumen en que las obras son capaces. Y por último, el artículo 34 nos dice también que todo derecho debe ser controlado en cuanto a su ejercicio por medio de dispositivos que en cualquier momento permitan aforos y otras medidas de las aguas que se aprovechan.

En cuarto lugar, el titular del derecho sólo puede obtenerlo asegurando un aprovechamiento efectivo y útil. El artículo 33 es perfectamente explícito acerca del particular. Además, debe utilizar todo el volumen de agua contenido, porque la merced caduca en todo o parte, de acuerdo con el artículo 280, si no se utiliza toda el agua, o parte del agua, durante cinco años consecutivos; y en seguida hay otros artículos, como el 276, el 307 y el 308, que establecen en general la misma regla; también para hacer efectivo lo anterior el artículo 34 establece la necesidad de que el aprovechamiento se ejerza con los dispositivos adecuados.

Todavía, respecto de ciertas mercedes el principio de la especialidad es mucho más estricto. Por ejemplo, tratándose de ciertas mercedes, como las mercedes para usos industriales, para fuerza motriz, etc., no puede usarse el derecho de aprovechamiento que otorgan, perjudicando los riegos, los artículos 49 y 44, inciso tercero, lo establecen, y deben ejecutar las obras necesarias para no perjudicar los riegos, lo que implica todo el sistema de neutralización y depuración de las aguas provenientes de los establecimientos industriales. En seguida, los derechos de aprovechamiento que imponen la necesidad de restituir el agua, de acuerdo con el artículo 46, imponen la necesidad de restituir, no sólo la misma cantidad, sino la misma calidad y la misma substancia y las demás particularidades del agua, como dice el artículo 47. De modo que en este caso el principio de la especialidad es de una estrictez realmente extraordinaria.

De este principio derivan consecuencias muy importantes. A mi modo de ver, la principal de ellas es la tesis un tanto aventurada y audaz, si ustedes quieren, de que el Código de Aguas no considera como un bien a las aguas en sí mismas, aisladamente consideradas del fin o destino al cual se las destine y para el cual se obtiene el derecho de aprovechamiento.

Varias disposiciones del Código de Aguas parecen aceptar esta tesis que, como les digo, reconozco que tiene cierta audacia. Cuáles son las disposiciones que, a mi modo de ver, aceptan esta tesis. Primero, el artículo 33: el que pretende obtener una merced, o sea, un derecho de aprovechamiento, debe dar seguridad respecto del aprovechamiento efectivo. Así, inciso segundo, el solicitante de una merced de agua para regadío, deberá acreditar la inscripción vigente en el Conservador de Bienes Raíces del predio que desee regar, o sea, obtiene un derecho como accesorio del predio, y el de una merced para usos industriales o de fuerza motriz, la forma especial de su aprovechamiento. En consecuencia, la ley no otorga un derecho por que sí, aisladamente sobre las aguas, sino en razón del aprovechamiento que se le va a dar a las aguas.

En segundo lugar, la solicitud de merced, de acuerdo con el artículo 259, número tercero, debe indicar la ubicación y superficie del terreno, industria, ferrocarril o establecimiento en que se va a utilizar el agua y lo mismo el Decreto de concesión provisoria y por consiguiente, el de concesión definitiva, de acuerdo con el 267, número quinto.

En tercer lugar, la circunstancia de que hoy día no sea posible constituir garantía sobre las aguas aisladamente consideradas, está significando que la ley no considera como un bien a las aguas aisladamente consideradas. Ha desaparecido del Código de Aguas la posibilidad de dar las aguas en prenda, que existía antes, bajo la Ley 2139 sobre Asociaciones de Canallistas. Hoy día, aisladamente, las aguas no se pueden dar en garantía; por qué, porque la ley aisladamente no las considera como un bien; en seguida, la circunstancia de que no pueda variarse el fin y destino del agua sin obtener nueva merced, de acuerdo con el artículo 26; la circunstancia de que no pueda cambiarse la boca-toma dentro de la corriente, ni trasladarse los derechos de un punto a otro sin autorización del Presidente de la República, de acuerdo con el artículo 23 ¿qué está significando todo esto?. Está significando que el Código considera el agua como un bien en tanto cuanto sirve al uso, cultivo o beneficio de un predio o de un establecimiento industrial o de otra naturaleza. Aisladamente considerada, en consecuencia, el agua no tendría, jurídicamente, el carácter de bien, sino que sería una

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

51

simple cosa. Esta tesis naturalmente engendra un problema serio: si las aguas aisladamente consideradas, con independencia del predio a cuyo regadío o fin industrial u otra naturaleza están destinadas, no constituyen un bien sino una simple cosa, ¿es posible la adquisición derivativa del derecho sobre el agua, independientemente del derecho que pueda tenerse sobre el predio o establecimiento? En otros términos, ¿puedo yo enajenar el agua a uno y enajenar el predio o establecimiento fabril o industrial a otro? Como principio general me parece que dados los términos de las disposiciones del Código no se podría negar la posibilidad de la adquisición derivativa, por tradición o por sucesión por causa de muerte del derecho de aprovechamiento sobre las aguas. La definición del artículo 12 nos dice que autoriza para disponer; el artículo 25 nos dice que la adquisición del derecho de aprovechamiento está sujeta a las reglas del Código Civil en tanto cuanto no aparezca modificado por las reglas del Código de Aguas; los artículos 238, 239 y 245 nos hablan de la transferencia y transmisión del derecho de aprovechamiento inscrito o no inscrito, de modo que parece que dentro del Código la idea del legislador hubiera sido la de admitir la transferencia y transmisión del derecho de aprovechamiento, incluso con independencia del predio o establecimiento a cuyo regadío o fines está destinado.

Personalmente, creo que el derecho de aprovechamiento para regadío puede transferirse con independencia del predio a cuyo cultivo o beneficio el agua está destinada. Me fundo para sostenerlo en varias razones, no obstante que lo considero contrario, esta conclusión la considero contraria al principio de la especialidad, que es uno de los principios eje, a mi modo de ver, de todo el sistema del Código de Aguas; pero no puedo sino aceptar la posibilidad de transferir el derecho de aprovechamiento para regadío, independientemente del predio a cuyo riego está destinada el agua, por algunas razones que me parecen concluyentes. Primero, el derecho de aprovechamiento para regadío autoriza para consumir el agua; en seguida es un derecho perpetuo, porque implica una facultad de disposición enorme. En segundo lugar, expresamente el artículo 77 autoriza al dueño para disponer de los derrames y filtraciones, otorgando derechos a favor de terceros a virtud de un título. En tercer lugar, el artículo 21 nos habla de la compra de los derechos de agua, luego, parece que hubiera por lo menos en un caso la posibilidad de compra del derecho de aguas. Y por último, una razón concluyente: el primitivo Código, aprobado por la Ley 8944, de enero de 1948, establecía en su artículo 9° que el agua destinada al regadío de un predio no podía enajenarse sin permiso del juez, con cono-

cimiento de causa. Esta disposición provocó una resistencia enorme y entonces la comisión que revisó el texto primitivo, cuya vigencia, como ustedes saben, fue suspendida durante muchas veces, resolvió suprimir este artículo 9° y no se reprodujo en el texto vigente del Código, aprobado por la Ley 9909. Por tanto, parece que el espíritu del legislador fuera o hubiera sido el de autorizar la enajenación del derecho de aprovechamiento para regadío con independencia de la enajenación del predio a cuyo beneficio está destinada el agua. Pero en cuanto a las mercedes para otros fines que el regadío, creo que no es admisible la misma opinión, porque una merced de agua, desde luego, y el derecho de aprovechamiento respectivo no puede utilizarse con un fin o destino distinto del concedido, según el artículo 26, sin obtener nueva merced; en seguida, en general, estas mercedes son temporales, todas aquéllas que no son para regadío y muchas de ellas imponen la necesidad de restituir el agua después de usada, de acuerdo con los artículos 46, 44, 48, 49, etc. Dudo, pues, que puedan transferirse o transmitirse con independencia del predio o del establecimiento a que están destinadas. Creo que sería necesario u obtener otra merced, o bien, autorización especial del Presidente de la República. Claro que mucho depende del alcance que se le dé a la expresión fin, que emplea el artículo 26, cuando nos dice que el agua "concedida para un fin" no podrá emplearse en otro diverso, sino a virtud de nueva merced de agua; porque si a la expresión "fin" le damos el sentido y alcance de "clase" de merced: para regadío, para uso industrial, para fuerza motriz, etc., evidentemente que si yo transfiero el derecho de aprovechamiento y conservo el mismo, la misma clase de aprovechamiento, no habría ningún inconveniente; pero creo que la expresión "fin" está empleada en este artículo 26 en el sentido de "destino del agua", porque, desde luego, el 259, número tercero, establece que al solicitar la merced hay que indicar el "destino"; el 267, número quinto, establece que el Decreto de concesión provisoria debe indicar el "destino" y no puede adquirirse el derecho de aprovechamiento sin que se aprueben las obras de aprovechamiento de acuerdo con los artículos 269, 274 y 277, lo que implica la utilización de un destino determinado, y lo mismo se desprende del artículo 33, inciso segundo, que establece también la necesidad de indicar claramente el "destino" que para el regadío o para otro uso se dará del agua. Por consecuencia, creo que el agua destinada a un fin no puede ser empleada en otro destino diferente, sino a virtud de nueva merced de agua. Por consecuencia, hay que llegar a la conclusión de que el derecho de aprovechamiento para regadío podemos admitir que es transferible con independencia del predio, pero que el derecho de aprovechamiento para otros fines no es

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

53

transferible con independencia del establecimiento a que está destinado el agua, salvo nueva merced o salvo autorización especial del Presidente de la República.

Para terminar, veamos otro problema relacionado también, con la adquisición derivativa del derecho: la enajenación de un predio, o de un establecimiento, sin indicar las aguas destinadas al cultivo o beneficio del establecimiento, ¿comprende la enajenación de las aguas?". En general, personalmente, me inclino por la afirmativa, porque las aguas son un inmueble por destinación, como lo dice el Código Civil y lo repite el artículo 2° del Código de Aguas. Por consecuencia, dentro del sistema general del Código Civil, quedan comprendidas en la enajenación del establecimiento o inmueble de que se trata. Este es el sistema del Código Civil, en la compra-venta (artículo 1830), en los legados (el 1121), en la hipoteca (el 1420), etc. Lo mismo parece desprenderse, dentro del Código de Aguas, del artículo 245, de modo que, en general, habría que aceptar que la enajenación del predio, aunque no se especifique el agua destinada a su uso, cultivo o beneficio, comprendería la enajenación de esta agua. Pero yo haría la salvedad de que ello no tiene lugar respecto de las aguas sujetas al régimen de la inscripción conservatoria. Creo que en este caso, respecto de ellas, es necesario que exista estipulación expresa de las aguas que comprende la enajenación, porque así se desprende del artículo 237 del Código. Y en seguida, la tradición del derecho de aprovechamiento de estas aguas, sujetas al régimen de la inscripción conservatoria, se hace por la inscripción y mal puede hacerse la inscripción de aguas que no se especifican en el título respectivo, de modo que parece que en este caso excepcional, fuera necesario, para que las aguas se entendieran comprendidas en la enajenación del predio, especificar las aguas inscritas que se pretende comprender en esa enajenación.

Por último, no cabe duda que el derecho que se obtiene a contar desde la vigencia del Código sobre las aguas nacionales de uso público, es un derecho de aprovechamiento, pero ¿cuál es la naturaleza jurídica del derecho que se tiene sobre las aguas respecto de las cuales se adquirió la facultad antes de la vigencia del Código de Aguas y que el artículo 300 de este Código reconoce como subsistente y como válidamente adquirido? A mi modo de ver habría que recurrir simplemente al artículo 12 de la ley de efecto retroactivo. El artículo 12 de la ley de efecto retroactivo establece, como ustedes saben perfectamente, que todo derecho real adquirido en conformidad a la ley antigua, subsiste bajo el imperio de la ley nueva, pero en lo tocante a sus goces y cargas y en lo referente a su extinción, queda sujeta a las prescripciones

de la ley nueva. Por consiguiente, al reconocer como válidamente adquirido con el artículo 300 del Código de Aguas, los derechos que se adquirieron bajo la legislación anterior, deja a este derecho sujeto en cuanto a su extensión, en cuanto a sus características, en cuanto a su extinción, a las prescripciones del Código de Aguas, o sea, a las prescripciones de la nueva ley. En consecuencia, le otorga el carácter de un verdadero derecho de aprovechamiento, igual al que se tiene sobre las aguas adquiridas con posterioridad al Código.

Mucho les agradezco vuestra atención de haber venido a escuchar este ensayo de disertación, destinado fundamentalmente a insinuar puntos de vista.