Artículo: Algunas notas sobre Derecho de Aguas
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: René Ramos Pazos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Nº 182
AÑO LV
JULIO – DICIEMBRE
1987

ISSN 0303 - 9986

REVISTA DE DERECHO

UNIVERSIDAD DE CONCEPCION

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Artículo: Algunas notas sobre Derecho de Aguas
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: René Ramos Pazos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

ALGUNAS NOTAS SOBRE DERECHO DE AGUAS

RENE RAMOS PAZOS
Prof. Derecho Civil
Universidad de Concepción

1.– *DOMINIO DE LAS AGUAS*

En el Código Civil se clasificaban las aguas en aguas del dominio público y aguas del dominio privado. Según el artículo 595 pertenecían a las primeras "los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales". También tenían este carácter los grandes lagos que podían navegarse por buques de más de 100 toneladas (artículo 596).

En cambio, eran del domino privado "las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad" y los lagos menores, esto es los navegables únicamente por buques de menos de 100 toneladas (595 inc. 2° y 596 inc. 2°). Eran dueños de estas aguas los propietarios riberanos.

Se dicta el primer Código de Aguas –la Ley 9.909, publicada en el Diario Oficial del 28 de mayo de 1951– y la situación se mantiene más o menos en los mismos términos, si bien se aclara en el artículo 10 que son del dominio privado "las vertientes y corrientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad", y se precisa que "... mueren dentro de una misma heredad las vertientes o corrientes que permanentemente se extinguen dentro de aquélla sin confundirse con otras aguas, a menos que caigan al mar".

Así están las cosas el año 1967, cuando se dicta la Ley 16.640 de Reforma Agraria (Diario Oficial del 28 de julio de 1967). Es bien sabido que esta ley introduce profundas modificaciones a la legislación relacionada con el agro chileno. Por cierto que un recurso como las aguas no podía quedar al margen de estas reformas. Y esta ley modifica al Código Civil y al Código de Aguas[1]. El artículo 9 de este último cuerpo legal pasa a establecer lo siguiente: "Todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público".

A partir, entonces, de la Ley de Reforma Agraria, todas las aguas pasaron a ser bienes nacionales de uso público. Desaparecieron las aguas del dominio privado. Curiosamente, sin embargo, el D.L. 1.552 del año 1976 –Acta Constitucional N° 3– pareció olvidar lo que se acaba de decir, al establecer en su artículo 1° N° 16 inciso final, que "un estatuto especial regulará todo lo concerniente a la propiedad minera y *al dominio de las aguas*". Posteriormente el D.L. 2.603 –Diario Oficial del 23 de abril de 1979– dejó las cosas en su lugar, al modificar el Acta Constitucional N° 3, suprimiendo la frase "y al dominio de las aguas". Queda así perfectamente en claro la intención del legislador de mantener la idea de que todas las aguas son bienes nacionales de uso público.

El actual Código de Aguas –D.F.L. 1.122, publicado el 29 de octubre de 1981– en su artículo 5 reitera que "las aguas son bienes nacionales de uso público...". No hay, entonces, aguas del dominio privado.

[1] El Código de Aguas de 1951, con las modificaciones que le introdujo la Ley de Reforma Agraria, es llamado Código de Aguas 1967-1969. Fue fijado por Decreto 162 del Ministerio de Justicia de 15 de enero de 1969, publicado en el Diario Oficial del 12 de marzo de 1969.

Artículo: Algunas notas sobre Derecho de Aguas
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: René Ramos Pazos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

2.– *DERECHO DE APROVECHAMIENTO*

Acabamos de explicar que todas las aguas en Chile son bienes nacionales de uso público. Sin embargo, la ley otorga a los particulares un derecho para poder usar y gozar de ellas, siempre que se dé cumplimiento a lo que prescribe el Código de Aguas. Este derecho que la ley confiere a los particulares se denomina Derecho de Aprovechamiento, que el artículo 6 define como "un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código".

Son, pues, dos cosas distintas el agua y el derecho de aprovechamiento. Son bienes diferentes sujetos a regímenes jurídicos distintos: las aguas; bienes nacionales de uso público; el derecho de aprovechamiento un bien del dominio privado. La Constitución Política señala que "los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgan a sus titulares la propiedad de ellos" (art. 19 N° 24, inc. final).

De manera que el titular de un Derecho de Aprovechamiento es dueño de este derecho, dominio que está amparado por la Constitución Política del Estado. Ello significa, entre otras cosas, que no se le puede privar de su derecho sino en virtud de una ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública; que de esta expropiación puede reclamar ante los tribunales ordinarios; que tiene derecho, si se le expropia, a que se le pague por el daño patrimonial que efectivamente se le cause, que se fijará de común acuerdo o judicialmente si éste no se produce; que este pago debe ser de contado y previo a la toma material del bien. Es importante también que el titular tenga un derecho de propiedad sobre el Derecho de Aprovechamiento, porque ello lo autorizará a interponer un Recurso de Protección, si por actos u omisiones arbitrarias o ilegales sufre privación, perturbación o amenaza en el ejercicio legítimo de su derecho (artículo 19 N° 24 y artículo 20 de la Constitución Política del Estado).

3.– *CONSTITUCION O GENERACION DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO*

El artículo 20 señala que "el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción".

Detengámonos en la primera parte de esta disposición: el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. Este acto de autoridad es lo que antes se denominaba "Merced de Aguas". Un autor dice que "la merced es pues un acto administrativo en virtud del cual nace el derecho de aprovechamiento, como real, perpetuo y que entra de lleno en el ámbito del derecho civil"[2]. El Código de 1951 decía que "el derecho de aprovechamiento sólo se puede adquirir en virtud de una merced concedida por el Presidente de la República, en la forma que establece este Código. Ninguna otra autoridad tendrá facultad para concederla y ni aun el goce inmemorial bastará para constituirlo en cauces naturales". Esta situación cambia en el Código de 1967-1969 sólo en cuanto "el derecho de aprovechamiento se puede obtener en virtud de una merced concedida por el Director General de Aguas, en la forma que establece este Código. Ninguna otra autoridad tendrá facultad para concederla".

Queda claro, entonces, que "la merced de aguas" era el acto administrativo en cuya virtud se otorgaba el derecho de aprovechamiento. En el Código actual no se emplea esa nomenclatura. Se habla simplemente de resolución.

¿Cuál es la autoridad que otorga hoy día el derecho de aprovechamiento? El artículo 20 del Código de Aguas nos dice que "el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad...", pero no indica cuál es la autoridad que lo otorga. La respuesta la encontramos en el artículo 141 inciso final: es la Dirección General de Aguas. Excepcionalmente, en el caso que señala el artículo 148, se concede por resolución del Presidente de la República.

[2] Eyo Vergara Duplaquet: Comentarios al Código de Aguas, por Ana Hederra Donoso", T. I., pág. 56

Artículo: Algunas notas sobre Derecho de Aguas
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: René Ramos Pazos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

4.– *CASOS EN QUE EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO OPERA POR EL SOLO MINISTERIO DE LA LEY*

Se mencionan varios casos en que existiría el derecho de aprovechamiento por el solo ministerio de la ley:

a) Derechos de aprovechamiento sobre las "aguas que corresponden a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad..."

b) Derechos de aprovechamiento sobre las aguas de los lagos menores no navegables por buques de más de 100 toneladas; de lagunas y pantanos situados dentro de una sola heredad y en las cuales no existen derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros a la fecha de vigencia del Código.

Estas dos excepciones están establecidas en el artículo 20 inc. 2° del Código de Aguas, que señala que *"la propiedad de estos derechos de aprovechamiento pertenece, por el solo ministerio de la ley, al propietario de las riberas"*.

c) En el caso de derrames –esto es las aguas que quedan abandonadas después de su uso, a la salida del predio– cuando escurren en forma natural a predios vecinos podrán ser usadas dentro de éstos, *sin necesidad de obtener un derecho de aprovechamiento* (artículos 43 y 44).

d) Caso de las aguas pluviales. Según el artículo 10 el uso de las aguas pluviales que caen o se recogen en un predio de propiedad particular corresponde al dueño de éste, mientras corran dentro de su predio o no caigan a cauces naturales de uso público. Y agrega que "en consecuencia, el dueño puede almacenarlas dentro del predio por medios adecuados, siempre que no se perjudique el derecho de terceros".

El artículo 11 del Código de Aguas establece todavía que "el dueño de un predio puede servirse, de acuerdo con las leyes y ordenanzas respectivas, de las aguas lluvias que corren por un camino público y torcer su curso para utilizarlas. Ninguna prescripción puede privarle de este uso".

e) El artículo 56 inciso 1° permite a cualquiera cavar en suelo propio pozos para la bebida y usos domésticos, aunque de ello resulte menoscabarse el agua de que se alimente algún otro pozo; pero si de ello no reportare utilidad alguna, o no tanta que no pueda compararse con el perjuicio ajeno, será obligado a cegarlo".

f) El artículo 56 inciso 2°: "Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, *el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores*, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación". Esta norma está ampliada considerablemente por el artículo 110 del Código de Minería: "El titular de concesión minera tiene, *por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión*, en la medida que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que puedan realizar, según la especie de concesión de que se trate". "Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta"[3].

A nuestro juicio, todos estos casos no son de la misma entidad. En algunos, como los contemplados en los artículos 20 inc. 2° y 56 inc. 2° del Código de Aguas y 110 del Código de Minería, parece claro, porque así lo dicen todas estas disposiciones, que se trata realmente de un derecho de aprovechamiento, que se adquiere por el solo ministerio de la ley. En los demás casos, estimamos que no hay derecho de aprovechamiento, sino una autorización legal para usar las aguas. Y la distinción tiene trascendencia, pues si existe un derecho de aprovechamiento, su titular "puede usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley", según lo indica el artículo 6 inciso 2°. Es decir, su titular podría enajenarlo o gra-

[3] Se puede observar que el Código de Minería, artículo 110, es más amplio, pues otorga estas aguas no sólo al titular de una pertenencia (concesión de explotación), sino también al titular de una concesión de exploración. Además, el artículo 56 del Código de Aguas sólo permite usar estas aguas en la explotación minera; en cambio el artículo 110 del Código de Minería las permite usar también en labores de exploración y de beneficio de minerales. Esto último es muy importante porque es en esta fase donde se requiere de más aguas.

Artículo: Algunas notas sobre Derecho de Aguas
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: René Ramos Pazos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

varlo. Agreguemos, no obstante, que en el caso del artículo 56 inciso 2° del Código de Aguas y 110 del Código de Minería, no sería posible la enajenación de este derecho separadamente de la concesión, pues lo prohíben estas disposiciones.

En el caso de los derrames, es absolutamente claro que no puede hablarse de que exista un derecho de aprovechamiento por el solo ministerio de la ley, pues el artículo 44 señala que "los derrames que escurren en forma natural a los predios vecinos podrán ser usados dentro de éstos, *sin necesidad de obtener un derecho de aprovechamiento*". Se trata, entonces, de un uso de las aguas autorizado por la ley.

5.– *CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO*

Podemos señalar las siguientes características para el derecho de aprovechamiento:

a) Derecho real;
b) Derecho real mueble;
c) Derecho real principal;
d) Se expresa en volumen por unidad de tiempo;
e) Se encuentra sujeto a un régimen de posesión inscrita.

5.– a) *Derecho real*. Dice el artículo 6 que el "Derecho de Aprovechamiento es un derecho real". Luego, este punto es indudable. Es interesante, empero, detenerse a analizar qué tipo de derecho real es, pues en el Código de Aguas 67-69 se decía que "el derecho de aprovechamiento es un *derecho real administrativo*" (art. 11). Hoy día simplemente se habla de derecho real, sin otro calificativo.

Para comprender el problema, es útil tener presente lo que entendía el legislador de la Ley de Reforma Agraria por derecho real administrativo. El mensaje de aquella ley textualmente decía: "Se cambia la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento. En efecto, se instituye un derecho de uso sobre las aguas que, por una parte esté de acuerdo con su calidad de bienes nacionales de uso público, integrantes del dominio público y que por otro lado, constituya suficiente garantía para los particulares, en forma que éstos puedan realizar una actividad creadora sin incertidumbre en cuanto al uso de este recurso esencial. Esta nueva naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento consiste en darle a éste el carácter de un derecho real administrativo, como lo entiende la moderna doctrina jurídica, esto es, el Estado concede el uso del bien nacional de uso público, lo que no excluye la facultad de su titular de hacer valer y proteger su derecho de aprovechamiento frente a terceros en conformidad a las reglas de las concesiones administrativas...".

Como era un derecho real administrativo, el Estado ejercía una fuerte tutela sobre el titular del derecho de aprovechamiento, encontrándose este titular muy limitado. Así, por ejemplo, se le prohibía cederlo (art. 12); el Presidente de la República quedaba facultado para fijar tasas de uso racional y beneficioso[4] y fijada ésta caducaban los derechos en el exceso (artículo 29); el Presidente de la República estaba facultado para declarar la extinción total o parcial del derecho de aprovechamiento, cualquiera sea su origen, cuando sea necesario destinar el agua a la bebida u otros usos domésticos o cuando lo requiera el desarrollo económico de una zona (art. 28); la Dirección General de Aguas podía declarar caducados, en todo o parte, los derechos de aprovechamiento, en diferentes casos que señalaba el artículo 30. Y esta caducidad se producía sin pago de indemnización (art. 31).

Hoy día el Derecho de Aprovechamiento es un derecho real civil, no administrativo, y la mayor prueba de ello nos la da el artículo 129 al señalar que "el dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extinguen por las causas y en la forma establecida en el derecho común". Vale decir, se terminaron las caducidades administrativas del derecho de aprovechamiento.

[4] El artículo 27 del Código 67-69 definía lo que entendía por tasa de uso racional y beneficioso.

Artículo: Algunas notas sobre Derecho de Aguas
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: René Ramos Pazos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

En resumen, actualmente, con el nuevo Código de Aguas, el derecho de aprovechamiento ha pasado a ser un derecho real civil, lo que significa para su titular plena estabilidad en su derecho y que éste le confiera todas las facultades del dominio. Tal vez, con mayor exactitud, tendríamos que agregar que este cambio de naturaleza jurídica se puede apreciar ya en el Acta Constitucional N° 3, especialmente después de la reforma que le introdujo el D. L. 2.603 del año 1979.

5.— b) *Derecho real mueble*. No todos están de acuerdo en este punto[5]. Sin embargo, para nosotros es indudable, porque el derecho de aprovechamiento recae sobre las aguas y éstas son bienes muebles, según lo dice el artículo 4. Y el artículo 580 del Código Civil prescribe que "los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles, según lo sea la cosa en que han de ejercerse...". Luego, como el derecho de aprovechamiento se ejerce sobre una cosa mueble (aguas), tiene también la condición de mueble.

¿Tiene importancia lo anterior? Yo diría que muy relativa, puesto que para muchos efectos en que interesa la distinción entre muebles o inmuebles, el Código de Aguas soluciona el problema asimilándolo a los inmuebles. Así, por ejemplo: "Se perfeccionarán por escritura pública los actos y contratos traslaticios de dominio de derechos de aprovechamiento, como también la constitución de los derechos reales sobre ellos y los actos y contratos traslaticios de los mismos" (art. 113); "la tradición de los derechos de aprovechamiento inscritos se efectuará por inscripción del título en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces" (art. 117 inc. 1°); "la constitución y tradición de los derechos reales constituidos sobre ellos, se efectuará por la inscripción de su título en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo" (117 inc. 2°); se puede dar en hipoteca (art. 110), etc.

En cambio, puede tener importancia para otros efectos que no están especialmente tratados por el legislador. Por ejemplo: ¿Puede el marido enajenar un derecho de aprovechamiento adquirido a título oneroso durante la vigencia de la sociedad conyugal o gravarlo, sin autorización de su mujer?, es decir, ¿rige, en el caso del derecho de aprovechamiento, la limitación establecida en el artículo 1.749 del Código Civil? ¿A qué patrimonio ingresa un derecho de aprovechamiento que la mujer tiene de soltera o adquiere durante la vigencia de la sociedad conyugal a título gratuito? ¿Debe cumplirse respecto de este bien, con los requisitos del artículo 1.754 para enajenarlo o gravarlo? ¿Se puede dar en prenda el derecho de aprovechamiento? (no hay duda de que sí puede darse en hipoteca, art. 110), pero, ¿se podría dar también en prenda? Aparentemente sí, atendido lo que dispone el artículo 214.

También es muy importante saber si es bien mueble o inmueble para los efectos de la prescripción adquisitiva ordinaria, pues si es mueble bastará la posesión de dos años. (art. 2.508 del Código Civil).

Se afirma por algunos que el derecho de aprovechamiento sería inmueble, ya que el artículo 4 del Código de Aguas dice que "cuando las aguas están destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble se reputan inmuebles. No comparto en absoluto esta opinión: una yunta de bueyes, destinada al uso, beneficio o cultivo de un predio, es también un inmueble por destinación, y nadie podría pensar siquiera que se le deban aplicar las reglas de los inmuebles. No veo por qué podría pensarse lo contrario con las aguas.

5.— c) *El derecho de aprovechamiento es un derecho real principal*. Con esto queremos significar que está totalmente desvinculado del predio o industria en el que se usarán las aguas. Tan fuerte es esta desvinculación que hoy día —al revés de lo que ocurría en el Código de 1951 o en el del 67-69— se puede solicitar un derecho de aprovechamiento sin indicar lo que se pretende hacer con las aguas. Esto es absolutamente claro. Para probarlo podrá leerse el artículo 259 del Código de 1951 o el artículo 250 del Código del 67-69. En ambas disposiciones se establecía que "la solicitud de merced de

[5] Alejandro Salanova Murillas: "Transferencias al régimen de inscripciones de los derechos de agua y las situaciones transitorias", Colección Seminarios N° 3, Facultad de Derecho Universidad de Chile, agosto de 1983.

Artículo: Algunas notas sobre Derecho de Aguas
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: René Ramos Pazos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

agua debe contener: 3°: el uso o destino que se dará a las aguas; y la ubicación y extensión de la población, terreno, industria, ferrocarril o establecimiento que va a aprovecharlas". Si se comparan estas normas con el actual artículo 149, se podrá apreciar que este requisito no aparece hoy día.

Es interesante consignar que esta desvinculación comenzó a producirse con el D.L. 2.603 de 1979, pues el artículo 8 de ese cuerpo legal obligaba expresar —en los actos o contratos que importaba la transferencia del dominio de un predio agrícola o de un establecimiento industrial, minero u otro de aquellos que para su funcionamiento o explotación requerían utilizar derechos de aprovechamiento de aguas— si la transferencia incluía o no los derechos de aprovechamiento. Ello demuestra que se podía enajenar el predio o establecimiento, separadamente del derecho de aprovechamiento.

Y el D.F.L. 1- 2603, publicado en el Diario Oficial del 3 de agosto de 1979, que reguló las aguas mientras se dictaba el Código de Aguas, permitía enajenar los derechos inscritos separadamente del predio de que formaban parte (art. 9° contrario sensu); permitía excluir de la hipoteca del predio las aguas destinadas al uso, cultivo o beneficio del mismo inmueble (art. 10). Sin embargo, el artículo 13 de ese D.F.L. 1-2603 no aceptaba que los derechos de aprovechamiento pudieren darse en garantía de obligaciones independientemente del inmueble para el cual estaban destinados.

En el Código del 67-69 si se solicitaban las aguas para un cierto fin y, posteriormente, se les daba otro destino, caducaba el derecho de aprovechamiento (art. 30 letra b) de ese cuerpo legal.

En el Código actual, la desvinculación entre el derecho de aprovechamiento y el inmueble al que están destinadas, es completa. Tan completa, que incluso se puede pedir un derecho de aprovechamiento, aunque no se tenga inmueble, predio o industria en qué usar las aguas. Por ello no nos puede extrañar que los derechos de aprovechamiento inscritos puedan hipotecarse independientemente del inmueble al cual su propietario los tuviere destinados (art. 110), y que "en los actos y contratos que importen la transferencia del dominio de un bien raíz o de un establecimiento para cuya explotación se requiera utilizar derechos de aprovechamiento de aguas deberá señalarse expresamente si incluyen o no tales derechos. Si así no se hiciere, se presumirá que el acto o contrato no los comprende" (art. 317)[6].

5.— d) *El derecho de aprovechamiento se expresa en volumen por unidad de tiempo.* Así lo dice el artículo 7 del Código de Aguas. Se puede expresar entonces, por ejemplo, en metros cúbicos por minuto. De acuerdo al artículo 309, incluso deben expresarse en volumen por tiempo los derechos de aprovechamiento otorgados con anterioridad al Código.

5.— e) *El derecho de aprovechamiento se encuentra sometido a un régimen de posesión inscrita.* El artículo 20 inc. 1°, segunda parte, señala que "la posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción".

Con el objeto de que el Derecho de Aprovechamiento pueda entrar al régimen de posesión inscrita, el artículo 150 señala: "La resolución que otorgue el derecho se reducirá a escritura pública que suscribirán el interesado y el funcionario que se designe al efecto y una copia de ella deberá inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente". En concordancia con esta disposición, el artículo 114 establece que "deberán inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces: 4°: "Las escrituras públicas que contengan el acto formal de otorgamiento definitivo de un derecho de aprovechamiento"".

Para que se mantenga este régimen de posesión inscrita, "la tradición de los derechos de aprovechamiento inscritos, se efectuará por la inscripción del título en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces"; y la constitución y la tradición de los derechos reales constituidos sobre ellos, se efectuará por la inscripción de su título en el Registro de Hipotecas y Gravámenes de Aguas del Conservador de Bienes Raíces correspondiente (art. 117).

Con el mismo propósito, es necesario practicar respecto de este derecho de aprovechamiento, en

[6] El artículo 317 fue agregado al Código de Aguas por la Ley 18.405 publicada en el Diario Oficial del 20 de abril de 1985.

Artículo: Algunas notas sobre Derecho de Aguas
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: René Ramos Pazos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

el caso de sucesión por causa de muerte, las inscripciones del artículo 688 del Código Civil, para que los herederos puedan disponer de él. Así aparece del artículo 114 N° 6. Llamamos la atención que éste sería un caso en que las inscripciones del artículo 688 se requieren para disponer de un derecho mueble, lo que es una excepción a las reglas generales.

Finalmente, cualquier impedimento o prohibición que diga relación con un derecho de aprovechamiento, sea convencional, legal o judicial, que embarace o limite de cualquier modo el libre ejercicio de la capacidad de enajenar, debe también inscribirse (art. 116 N° 4).

El artículo 121 señala que "a los derechos de aprovechamiento inscritos en los Registros de Aguas de los Conservadores de Bienes Raíces, se les aplicarán todas las disposiciones que rijan la propiedad raíz inscrita, en cuanto no hayan sido modificadas por el presente Código".

Sólo nos resta agregar que para saber cuál Conservador es el competente para practicar estas inscripciones, es necesario distinguir entre: a) aguas corrientes; y b) aguas embalsadas o aguas subterráneas. En el primer caso —aguas corrientes— es competente el Conservador que tenga competencia en la comuna en que se encuentra ubicada la bocatoma del canal matriz en el cauce natural. (art. 118 inc. 1°); y en el caso de las aguas embalsadas o subterráneas, el Conservador que tenga competencia en la comuna donde se encuentra ubicado el embalse o pozo respectivo, pero si el embalse cubriere territorios de dos o más comunas, deben las inscripciones practicarse en aquella comuna donde se encuentre ubicada la obra de entrega (art. 118 inc. 2°).

6.– *TRAMITACION DE UN DERECHO DE APROVECHAMIENTO*

El artículo 23 del Código de Aguas señala que "la constitución del derecho de aprovechamiento se sujetará al procedimiento estatuido en el párrafo 2 del Título I, del Libro II de este Código".

Lo anterior implica las siguientes etapas: a) solicitud; b) publicación de avisos; c) oposición; d) resolución; e) escritura pública; f) inscripción y g) registro.

6.– a) *Solicitud.*- La solicitud debe contener las exigencias señaladas en el artículo 140. Vale la pena recordar que hoy día entre estos requisitos no está el de que se señale el destino que se dará a las aguas.

La solicitud se presenta en la oficina de la Dirección General de Aguas del lugar, o ante el Gobernador respectivo (art. 130 inc. 1°).

6.– b) *Avisos.* A solicitud misma deberá publicarse a costa del interesado, por una sola vez en el Diario Oficial de los días primero o quince de cada mes o el primer día hábil inmediato si aquéllos fueren feriados, y en forma destacada en un diario de Santiago. Además, si la presentación no corresponde a la Región Metropolitana, se deberá publicar también en un diario o periódico de la provincia respectiva y, si no lo hubiere, en uno de la capital de la Región correspondiente (arts. 131 incisos 1° y 2° y 141 inc. 1°).

El inciso final del artículo 131 señala que "excepcionalmente, el jefe de la Oficina del lugar o el Gobernador, según el caso, dispondrán la notificación personal cuando aparezca de manifiesto la individualidad de la o las personas afectadas con la presentación y siempre que el número de éstas no haga dificultosa la medida". En relación con este inciso, la Corte de Apelaciones de Santiago señaló que "el inciso final del artículo 131 del Código de Aguas no exige que la individualidad de la persona afectada con la presentación, necesariamente aparezca de manifiesto de la propia presentación puesto que el legislador no ha podido dejar al arbitrio del peticionario individualizar o no individualizar a la persona afectada con su presentación, ya que resulta obvio suponer que tal peticionario no estará interesado en que se efectúe la notificación personal del afectado que establece dicha norma legal[7].

En el caso de esta sentencia de 17 de junio de 1985, se solicitó un derecho de aprovechamiento

[7] Fallos del Mes N° 320, p. 370. Considerando 12.

Artículo: Algunas notas sobre Derecho de Aguas
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: René Ramos Pazos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

de aguas subterráneas, habiéndose hecho las publicaciones en extracto en el Diario Oficial del 15 de abril de 1982 y en los diarios "Las Ultimas Noticias" de Santiago y "La Región" de San Fernando, pero no se notificó personalmente de la solicitud a la propietaria del predio dentro del cual se encontraba el pozo donde se iban a extraer las aguas. Por ello, esta sentencia acogió una reconsideración planteada por la dueña del terreno donde estaba ubicado el pozo, dejándose sin efecto la Resolución de la Dirección General de Aguas, que había constituido un derecho de aprovechamiento respecto de las aguas subterráneas que se captaban en ese pozo.

Estas publicaciones se deberán hacer dentro de treinta días contados desde la fecha de su presentación (art. 141 inc. 1°).

6.— c) *Oposición*.- El Código de Aguas contempla dos tipos de oposición: 1°. Oposición formal, y 2°. Oposición informal.

1.— Llamamos oposición formal la establecida en el artículo 141 inc. 2°: "Los que se crean perjudicados por la solicitud y la junta de vigilancia, podrán oponerse dentro del plazo establecido en el artículo 132," esto es, "dentro de 30 días contados desde la fecha de la última publicación o de la notificación, en su caso".

Recibida esta oposición, la autoridad dará traslado de ella al solicitante, para que "éste responda dentro del plazo de 15 días" (132 inc. 2°).

El artículo 133 agrega que "cumplidos estos trámites, la presentación y demás antecedentes serán remitidos a la Dirección General de Aguas, si hubieran sido presentados a la Gobernación, dentro del plazo de tres días hábiles contados desde la recepción de la contestación a la oposición" (inc. 1°).

El artículo 134 señala que "la Dirección General de Aguas de oficio o a petición de parte, y dentro del plazo de treinta días contados desde la recepción de los antecedentes que se le enviaren o desde el vencimiento del plazo para oponerse o para contestar la oposición, según sea el caso, podrá mediante la resolución fundada, solicitar las aclaraciones, decretar las inspecciones oculares y pedir los informes correspondientes para mejor resolver" (inc. 1°).

2.— Llamamos oposición informal la contemplada en el artículo 141 inciso 3°: "Se entenderá, además, que hay oposición cuando en el mismo plazo, entiéndase dentro de los 30 días siguientes a la última publicación o notificación en su caso se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas, o cuando en una solicitud un tercero pida para sí la parte o el total de ellas, y no hubiere recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos".

En el caso de esta oposición informal, la Dirección General de Aguas, una vez reunidos los antecedentes que acrediten la existencia de aguas disponibles para la constitución de nuevos derechos sobre ellas, citará a un remate de estos derechos entre los solicitantes. Este remate se efectuará cuando se encuentren resueltas las oposiciones que hemos llamado formales.

De manera que en la actualidad, cuando dos o más personas piden derechos de aprovechamiento sobre las mismas aguas, y estas aguas no son suficientes para atender todas las solicitudes, debe procederse a un remate entre los distintos solicitantes. Esta institución del remate fue una innovación de importancia del actual Código. Bajo la vigencia del Código de 1951 (y también del Código del 67-69) ese problema se solucionaba de una manera diferente, dándose preferencia a aquellas solicitudes que pedían el agua para fines estimados como de mayor importancia. El artículo 30 del Código de 1951 señalaba: "Si se presentaren diversas solicitudes de merced para unas mismas aguas, su concesión se hará en el siguiente orden de preferencia: 1°.- Bebida y servicio de agua potable de poblaciones y centros industriales; 2.- Usos domésticos y saneamiento de poblaciones; 3.- Abastecimiento de ferrocarriles y elaboración de salitre; 4.-Regadío; 5.- Plantas generadoras de fuerza motriz o eléctricas; 6.- Industrias, molinos y fábricas; y 7, otros usos. Dentro de cada clase serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad y, en igualdad de condiciones, preferirán según las fechas de sus solicitudes. En el Código 67-69 era el artículo 42 la norma que determinaba el orden en que debían ser acogidas las solicitudes.

Artículo: Algunas notas sobre Derecho de Aguas
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: René Ramos Pazos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

Explica el cambio la circunstancia ya comentada de que en la actualidad no es necesario indicar para qué se piden las aguas. Por ello, no podía seguirse el criterio establecido en el Código de 1951 o en el del 67-69 y se adoptó el sistema del remate, que está más en consonancia con el tratamiento de bien económico que se le da al recurso hídrico.

Para los efectos del remate, la Dirección General de Aguas elabora unas bases de remate y procede a efectuarlo, previa citación de los solicitantes, que se hace mediante la publicación de un aviso en un matutino de Santiago y en un diario o periódico de la comuna, provincia o capital de la Región en que se encuentra ubicada la sección de la corriente o la fuente natural en la que se solicitó la concesión de derechos. El aviso indicará la fecha, hora y lugar en que se efectuará la subasta, debiendo mediar, a lo menos, 10 días entre la última publicación y el remate (142 incs. 2° y 3°).

El remate se efectuará cuando estén resueltas las oposiciones que hemos llamado formales (142 inc. final).

Los artículos 143, 144, reglamentan otros aspectos de la subasta. No me detendré en ellos, por ser excesivamente reglamentarios. Sí que me parece necesario referirme a una especie de contradicción entre el artículo 142 y 144. En efecto, la primera de estas normas señala que la Dirección General de Aguas "citará a un remate de estos derechos entre los solicitantes". De modo que, según esta norma, se trata de un remate cerrado. No obstante, el artículo 144 parece decir lo contrario, cuando señala que "la subasta de los derechos de aprovechamiento solicitados la efectuará el funcionario que designe el Director General de Aguas y a ella podrán concurrir el Fisco y cualquiera de las instituciones del sector público en igualdad de condiciones que los particulares". De manera que, por lo menos, aparentemente, esta última norma está permitiendo participar en el remate al Fisco y a las demás instituciones del sector público, lo que se contradice con la idea de "remate cerrado", establecida en el artículo 142.

Mi opinión sobre este punto es que el remate es cerrado. Sólo pueden participar los distintos solicitantes, tal como lo señala el artículo 142. La norma del artículo 144 la entiendo en el sentido de que el Fisco y las demás instituciones del sector público podrán también intervenir siempre que estén entre los solicitantes. Claro que puede sostenerse que con esta interpretación estaría de más la norma del artículo 144, pues si el Fisco y las entidades del sector público son solicitantes, no sería necesario que el artículo 144 dijera que pueden participar. Pienso, sin embargo, que la utilidad de la norma radica en la parte final del artículo 144, esto es que lo hacen en iguales condiciones que los particulares.

¿Qué es exactamente lo que se remata? Desde luego, no es el agua que como bien nacional de uso público que es, no puede enajenarse. Tampoco puede serlo el derecho de aprovechamiento, pues todavía éste no ha sido constituido. En buenas cuentas, lo que se está rematando es el derecho preferente para poder obtener el derecho de aprovechamiento.

Terminemos lo relativo al remate señalando que, según nuestro conocimiento, este sistema ha operado muy pocas veces. En un caso, se ordenó rematar aguas del río Laja, pues la Compañía Chilena de Papeles y Cartones S.A. y Maderas Prensadas Cholguán S.A., solicitaron cada una de ellas un derecho de aprovechamiento de ejercicio eventual y continuo ascendente a 100 metros cúbicos por segundo, en el río Laja, Hoya Hidrográfica del Bío Bío. Un grupo de vecinos de Concepción se opuso a esta subasta y la paralizó mediante un Recurso de Protección, recurso que fue desechado por la Excma. Corte Suprema. No obstante, no tengo conocimiento que posteriormente se haya verificado el remate.

Otro caso se presentó en Porvenir. Allí un ganadero solicitó un derecho de aprovechamiento para regadío; y la Municipalidad de esa ciudad pidió, también, un derecho de aprovechamiento para el abastecimiento de una población. Tampoco en este caso se llegó al remate, pues el Presidente de la República hizo uso del derecho que le concede el artículo 148 del Código de Aguas: "El Presidente de la República podrá, en el caso del inciso tercero del artículo 141, con informe de la Dirección General de Aguas y por circunstancias excepcionales y de interés general, constituir directamente el derecho de aprovechamiento"[8].

[8] Sobre este punto véase María Carolina Bérquez R.: "El derecho de aprovechamiento", U. de Concepción 1986, p. 93.

Artículo: Algunas notas sobre Derecho de Aguas
Revista: Nº182, año LV (Jul-Dic, 1987)
Autor: René Ramos Pazos

REVISTA DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN
ISSN 0303-9986 (versión impresa)
ISSN 0718-591X (versión en línea)

6.— d) *Resolución.*- Si no hubiere oposición, el Director General de Aguas constituirá el derecho de aprovechamiento, siempre que exista disponibilidad del recurso y fuera legalmente procedente (art. 141 inc. final). Evidentemente que en el caso que hubiere habido oposición, deberá también constituirse el derecho de aprovechamiento cuando la oposición se rechazare y siempre que hubiere aguas disponibles.

La resolución en cuya virtud se constituya el derecho de aprovechamiento, deberá cumplir con los requisitos que establece el artículo 149 del Código de Aguas.

¿Puede la Dirección General de Aguas no dar lugar a la petición de un derecho de aprovechamiento existiendo recursos disponibles y siendo legalmente procedente la solicitud? Según nuestro entender ello no es posible, puesto que no se trata de una facultad discrecional del Director General de Aguas.

En todo caso, si el solicitante estimare que se le ha negado un derecho que legalmente le corresponde, puede hacer uso del recurso de reconsideración y del recurso de reclamación que reglamentan los artículos 136 y 137 del Código de Aguas, respectivamente. Dice la primera de estas normas: "Las resoluciones que se dicten por el Director de Aguas, por funcionarios de su dependencia o por quienes obren en virtud de una delegación que el primero les haga en uso de las atribuciones conferidas por la ley, podrán ser objeto de un *recurso de reconsideración* que deberá ser deducido por los interesados ante el Director General de Aguas, dentro del plazo de 30 días, contados desde la notificación de la resolución respectiva. El Director deberá dictar resolución dentro del mismo plazo contado desde la fecha de la recepción del recurso". Y el artículo 137 señala: "Las resoluciones de la Dirección General de Aguas podrán reclamarse ante la Corte de Apelaciones respectiva, dentro del plazo de 30 días contados desde su notificación o desde la notificación de la resolución que recaiga en el recurso de reconsideración según corresponda. Los recursos de reconsideración y reclamación no suspenderán el cumplimiento de la resolución, salvo orden expresa que disponga la suspensión".

6.— e) *Reducción de la resolución a escritura pública.* El artículo 150 señala que "la resolución que otorgue el derecho de aprovechamiento se reducirá a escritura pública que suscribirán el interesado y el funcionario que se designe al efecto...".

6.— f) *La escritura pública deberá inscribirse* en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente. (art. 150 y artículo 114 N° 4). Ya se ha explicado que el artículo 118 es la norma que determina cuál es el Conservador de Bienes Raíces competente.

La inscripción deberá contener los datos señalados en el artículo 119.

6.— g) *Registro.* El artículo 150 inciso final establece que la Dirección General de Aguas deberá registrar toda resolución por la cual se constituya un derecho, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 122.