

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXI OCTUBRE - DICIEMBRE DE 1953 N.º 86

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

COMITE DIRECTIVO:

ROLANDO MERINO REYES
ALEJANDRO VARELA SANTA MARIA
JUAN BIANCHI BIANCHI
QUINTILIANO MONSALVE JARA
MARIO CERDA MEDINA



ESCUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

MARIO JARPA FERNANDEZ

ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

1.—Conceptos de enajenación. Referencia.—La expresión enajenación tiene, en Derecho, dos acepciones: en un sentido amplio, indica la constitución de un derecho real sobre una cosa, y en un sentido restringido, implica hacer ajena una cosa.

En cualquiera de sus dos sentidos, en especial en el sentido restringido, la enajenación puede ser voluntaria o forzada, y esta última, expropiación o enajenación en pública subasta, como consecuencia de un procedimiento de apremio.

En este trabajo, nos preocuparemos de los distintos problemas a que puede dar origen la enajenación de derechos de aguas, en cualquiera de sus formas o acepciones.

2.—Venta de derechos de agua y venta de agua.— Aunque parezca innecesario, creemos conveniente dejar constancia de la diferencia que existe en uno y otro concepto y que, por notoria, omitiremos explicar.

Bástenos decir que, en presencia de un contrato, habrá que atender, principalmente, a la forma en que se determina el precio de venta, así como a los términos en que se individualiza lo vendido, para incluirlo en uno u otro tipo de venta.

3.—El Código de Aguas autoriza la enajenación de esos derechos.—De diversas disposiciones del Código en referencia, por ejemplo, de los artículos 12, 21 inciso 2.º, 25, 79, 89, 108 inciso 2.º, 110 inciso final, 235 a 239, etc., se desprende una conclusión afirmativa, aún para el caso en que ellos se enajenen en forma separada del predio al cual las aguas estaban destinadas.

En efecto, el artículo 25 prescribe que "la adquisición y disposición del derecho de aprovechamiento entre particulares, se regirán por el Código Civil, salvo en cuanto esté modificado por el presente Código", y el artículo 12, por su parte, establece que la disposición del derecho de aprovechamiento debe hacerse con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el mismo Código.

4.—Situación en el Código de 1948.—El Código de Aguas, tal como fue promulgado en 1948, contenía, entre otras, tres disposiciones que interesa conocer referentes a las condiciones bajo las cuales se podía proceder a la enajenación de los derechos de agua.

Tales disposiciones eran los artículos 9, 10 y 31 del mencionado Código.

El artículo 9.º establecía, en su inciso primero, que "el agua destinada al riego de un inmueble, es inherente a él, y no podrá enajenarse separadamente del predio, salvo que lo autorice el Juez, con conocimiento de causa".

Por su parte, el artículo 10 establecía que "el dueño de un predio, podrá destinar las aguas de éste al regadío de otro predio que también le pertenezca, aunque no sea contiguo. Hecha la designación, regirá la disposición del artículo anterior".

Finalmente, el artículo 31 del Código de 1948 contenía una disposición exactamente igual a la que hoy día contiene el artículo 26 del Código en vigencia.

5.—Fundamento de esas disposiciones.—Las limitaciones recién transcritas, se justificaban en el Mensaje con que fue presentado al Congreso el proyecto de Código de Aguas, en los siguientes términos: "Para asegurar la valorización de la tierra, se considera el agua como inherente a ella y se prohíbe todo comercio separado respecto de la dotación de un predio, salvo casos en que se autoriza".

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

499

Por su parte, don Rafael Moreno E., —uno de los principales redactores del Código—, defendiendo las disposiciones citadas en contra de la objeción de que establecían una especie de embargo legal sobre las aguas, que hacía existir objeto ilícito en la enajenación de estos derechos en forma separada del predio, decía que ellas se justificaban por dos razones: a) para evitar la desvalorización de la tierra regada; y b) para evitar especulaciones sobre las aguas, que son frecuentes.

6.—Comentario a las disposiciones del Código de 1948.—Es necesario advertir: a) el artículo 9.º se aplicaba sólo a las aguas que, al tiempo de entrar en vigencia el Código, estuvieran destinadas al regadío de un predio, o que en el futuro llegaren a estarlo, independientemente del carácter de aguas de dominio privado, o público que ellas pudieren tener, y en este último caso, de la existencia o inexistencia de merced, en cuyo mérito el titular de estas aguas las aprovechara; b) el artículo 9.º se aplica sólo al caso en que se trate de enajenar estas aguas; no se aplica, pues, al evento en que el propietario del predio quiera destinar esas aguas a un fin diverso, dentro de su mismo predio, o fuera de él, pero conservando el dominio sobre el derecho de aprovechamiento; c) que al caso recién indicado se aplicaba al artículo 31 (actual artículo 26); d) el inciso segundo del artículo 9.º, contempla diversos casos en que el Juez debe autorizar la enajenación separada de las aguas destinadas al riego. En efecto, dice: "Esta autorización deberá darse cuando una heredad tuviere aguas manifiestamente sobrantes, o si se tratare de dividir propiedades de riego para formar poblaciones, calles o barrios nuevos o en otros casos en que no se necesiten aguas"; f) naturalmente, fuera de esos casos, podría el Juez autorizar la enajenación que comentamos, pues la ley, en el indicado inciso 2.º, sólo señala los casos en que "debe" darse la autorización, pero deja entregado al criterio del Juez, los otros casos en que "puede" dar esa autorización.

Con relación al artículo 10 del Código en estudio, podemos indicar: a) Contempla la posibilidad de que se destinen las aguas dedicadas al riego de un predio, también al regadío de otro; no tiene, pues, aplicación al caso en que se trate de destinar el agua para regadío a cualquier otro fin, caso en que, como hemos in-

dicado, tiene aplicación el artículo 31 antiguo (actual 26); b) este artículo contempla, precisamente, y a diferencia del artículo 9.º, un caso en que no hay enajenación de derechos de agua, pues el propietario mantiene su dominio; c) el inciso final de este artículo establece que "hecha la destinación, regirá la disposición del artículo anterior" (artículo 9.º). El espíritu que persigue el legislador con ese inciso, es claro: desea que la destinación de que trata, tenga lugar sólo una vez bajo la vigencia del Código; de manera que si el propietario del predio al cual se destinaron estas aguas, sea o no físicamente aquella persona que hizo la destinación, desea privar a este predio de todo o parte de sus aguas para regadío, con el objeto de dedicarlas a igual fin, pero en otro predio de su propiedad, necesitaría cumplir con todas las exigencias que coloca el artículo 9.º, para el caso de enajenación, y que se aplicarían al caso en estudio, por disposición expresa del citado inciso final.

Con respecto al artículo 31, bástenos decir que presenta todos los problemas que hoy día ofrece el artículo 26 del Código en vigencia, y que estudiaremos más adelante, a más de que plantea la necesidad de concordar sus disposiciones con las de los artículos 9 y 10. Esto último lo estudiaremos en el N.º 12 de este trabajo.

7.—En el Código en actual vigencia, ¿se necesita autorización para proceder a enajenar derechos de aguas?—El problema planteado, se resuelve mediante el estudio de dos disposiciones legales: los artículos 23 inciso 3.º y 26 del Código.

8.—Texto del artículo 26.—Dice esta disposición: "Las aguas concedidas para un fin determinado, no podrán aplicarse a otro diverso, sin la autorización correspondiente, la que se otorgará como si se tratara de una nueva merced, y salvas las excepciones legales".

9.—Este artículo se refiere sólo a los derechos adquiridos por merced.—En efecto, la disposición legal comienza refiriéndose en términos tales que limita su campo de aplicación a "las aguas concedidas", lo que, dentro del sistema del Código y de las leyes anteriores relativas al uso y aprovechamiento de las aguas, implica la existencia de merced.

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

501

10.—Importancia de la conclusión anterior.—Reside en que deja fuera de la órbita de esa disposición, a todos aquellos derechos que se hayan adquirido o se adquieran, por algún medio distinto de la merced.

En efecto, antes de la dictación del Código de Aguas, era posible adquirir derechos sobre las aguas de dominio público, sin necesidad de obtener merced, como ocurría, por ejemplo, tratándose de los propietarios riberanos, en los casos de los artículos 834, 835 y 836 del Código Civil, disposiciones que normalmente se interpretaron en el sentido que dejamos indicado, no obstante que algunos pretendían que ellas consagraban tan sólo servidumbres naturales muy limitadas. Conviene dejar establecido que el Código de Aguas, en su artículo 300, reconoce validez a los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia, por cualesquiera de los medios entonces reconocidos como válidos.

Esta misma posibilidad, aunque en forma mucho más limitada, puede presentarse aún hoy día. Tal ocurre en los casos contemplados en los artículos 15, 16, 22 inciso 3.º, 53 inciso 1.º y 54 del Código de Aguas, vale decir, los referentes a las aguas pluviales, a las aguas alumbradas dentro de terrenos de propiedad nacional, a consecuencia de la ejecución de obras y por efecto de ellas, de las aguas subterráneas alumbradas para la bebida, y, finalmente, a las aguas que afloran en las labores mineras. En todos estos casos, y no obstante tratarse de aguas de dominio público, es posible ejercer derechos sobre ellas de propia autoridad, sin necesidad de obtener merced.

Podemos, pues, afirmar, que no se requiere en ningún caso la autorización prevista por el artículo 26, tratándose de derechos de aguas que se hayan adquirido en otra forma, o por otro medio que la merced.

11.—Alcance de la expresión ‘fin determinado’ que emplea el artículo 26.—Hemos estudiado el primer requisito necesario para que tenga aplicación el artículo 26, a saber, que se trate de derechos de aprovechamiento adquiridos por merced.

Pero la ley exige autorización para destinar las aguas a un fin diverso de aquel “fin determinado” para el cual se concedieron. Corresponde, pues, precisar su alcance.

La expresión "fin determinado" puede tomarse en dos sentidos: en uno amplio, significaría destino a alguna de las explotaciones comprendidas en un mismo numerando del artículo 30, o también, destino a alguna explotación determinada en abstracto. La referencia al artículo 30 se justifica, si tenemos presente que en cada uno de sus numerandos se incluye, por regla general, una actividad determinada y que, conforme a esta enumeración, hace la ley una clasificación de las mercedes, que tiene como criterio, precisamente, el objetivo con el cual se las concede, como queda de manifiesto con el estudio de los párrafos 2.º a 8.º del Título II del Libro I del Código de Aguas.

Podría también pensarse que la expresión "fin", seguida de la palabra "determinado", que emplea la ley, habría querido referirse a una finalidad más concreta, a un destino más individual, como sería, por ejemplo, el regadío de tal predio. Este sería, naturalmente, el alcance restringido de la expresión en estudio.

12.—Estudio del Código de 1948, en lo relacionado con esta materia.—Anticipábamos, en el N.º 6, que era necesario armonizar la disposición contenida en el artículo 31 del Código de 1948, con los artículos 9 y 10 del mismo cuerpo legal.

Del estudio de estas disposiciones resulta, a primera vista, que toda vez que se tratara de enajenar aguas destinadas al riego de un predio, y que se hubiere adquirido el derecho a usarlas por medio de merced, sería necesario obtener una doble autorización: a) la prevista en los artículos 9 y 10 del Código de Aguas; y b) la contemplada en el artículo 31 antiguo.

Pero el legislador no pudo haber exigido esta doble autorización, que habría sido redundante, y, tal como lo diremos en el N.º 14, se conforma, en este caso, sólo con la que exigía el artículo 9.

¿Qué alcance tiene esto para el estudio que hacemos? Ello, en especial el estudio combinado del artículo 9 con el 10, nos lleva a la conclusión de que el legislador ha considerado, al menos en el Código de 1948, la expresión "fin determinado", en el sentido que hemos denominado restringido.

13.—Nuestra opinión en cuanto al alcance de la expresión "fin determinado".—Si bien los artículos 30 N.º 7, 32, 36, 40 y 45

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

503

del Código de Aguas, emplean diversas expresiones —tales como objeto, uso, etc.—, que tienen un significado a lo menos semejante al de "fin", en un sentido que corresponde al amplio de la expresión "fin determinado", estimamos, tanto por la historia fidedigna del establecimiento de esta disposición, a que hicimos referencia en el número anterior, como por la redacción de los artículos 259 N.º 3, 267 N.º 5 y algunos otros —principalmente por el hecho de ser éstos especiales, ya que se refieren a los datos que debe contener la petición de merced y la resolución que la concede, lo que guarda más consonancia con la materia de que trata el artículo 26 del Código del ramo—, que la expresión en estudio tiene, dentro de nuestro Código, un sentido o alcance restringido.

14.—Casos a que se aplica la parte final del artículo 26, en cuanto dice "y salvo las excepciones legales".—De acuerdo con lo que podríamos llamar el sentido natural y obvio de esa expresión, podríamos concluir que ella se aplica a todos los casos en que, tratándose de derechos de aprovechamiento, adquiridos mediante merced —que son los supuestos básicos del artículo 26— no se necesita autorización para proceder a destinar estas aguas a un fin diverso de aquel determinado para el cual se concedieron, o en que esta autorización se tramita en forma diversa de aquella señalada por el artículo 26.

Bajo la redacción del Código de Aguas de 1948, esta frase final —debemos recordar que el actual artículo 26 coincide, por entero, con el antiguo artículo 31—, tenía aplicación tratándose de los casos contemplados en los artículos 9 y 10, y a que nos hemos referido en tantas ocasiones.

Pero, francamente, no vemos en qué casos pueda esta parte final tener aplicación en el Código actual en vigencia. En efecto, no reglamenta en ninguna otra parte este Código una manera diversa para proceder a obtener esa autorización, y, dentro de los supuestos señalados, no existe tampoco ningún caso en que se libere de la necesidad de obtenerla, a no ser que entendamos que esta frase se refiere a las expropiaciones.

15.—La autorización en referencia, ¿se exige también en las ventas forzadas?—La ley ha exigido, en general, autorizaciones

con dos fines diversos: a) con el de evitar la ejecución de actos fraudulentos en contra de los intereses de determinada persona; y b) con el de cautelar el interés general.

En el primer caso, parece procedente prescindir de la autorización tratándose de ventas forzadas; no así en el segundo.

Por esta razón, y por no existir disposición alguna que limite la aplicación del artículo 26 del Código de Aguas, estimamos que debe concurrir la autorización también para el caso en que se trate de enajenar, en pública subasta y en forma forzada, derechos de agua con respecto a los cuales concurren los demás requisitos que hemos visto son necesarios para que sea aplicable el artículo 26.

16.—El artículo 26 se aplica también al caso en que no haya enajenación.—Parece innecesario advertir que, dados los términos amplios de esta disposición, ella tiene aplicación tanto cuando el nuevo destino que se quiere dar a las aguas sigue a una enajenación, como cuando tiene lugar independientemente de toda transferencia.

17.—¿Existe libre disponibilidad de los derechos sobre aguas que no se hayan obtenido mediante merced?—En principio, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 23, inciso 3.º (ver N.º 28), la respuesta es afirmativa, pero sólo en cuanto no se oponga esta conclusión a la naturaleza misma de los derechos concedidos sobre estas aguas o no exista alguna disposición especial en contrario.

18.—Disposición especial en contrario.—Hemos dicho que las aguas que afloran en las labores mineras deben considerarse como de dominio público, y que, sin embargo, es posible ejercer sobre ellas, y dentro de los límites que el mismo artículo 54 señala, derechos equivalentes a los de aprovechamiento, sin necesidad de obtener merced, por lo que podríamos concluir, sin mayor estudio, que existe libertad para enajenar estas aguas.

No obstante ello, la lectura del artículo 54 demuestra lo contrario. En efecto, dispone este artículo que "corresponde a los dueños de pertenencias mineras, carboníferas, salitreras o petrolíferas, dentro de ellas, el aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación".

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

505

De la frase "dentro de ella", así como de la frase final de ese artículo "y en la medida necesaria para la respectiva explotación", expresión ésta agregada por la ley 9896, que introdujo sustanciales reformas al Código de 1948, dando forma al Código en actual vigencia, debemos concluir que no sería posible proceder a la enajenación de estos derechos.

19.—Situación de las aguas lluvias.— Figuran también los derechos sobre las aguas lluvias entre aquellos que pueden obtenerse sin necesidad de merced. Sin embargo, creemos, en general, que tampoco existe la libre disponibilidad de estos derechos.

En efecto, y de acuerdo con el artículo 15, corresponde al dueño de un predio el aprovechamiento de las aguas lluvias que caigan o se recojan en él, "mientras corran dentro de su predio" y no caigan en cauces naturales de uso público. Esto nos permite concluir que no se podría vender estos derechos, ya que nadie puede ceder más derechos que los que tiene y no está en manos del dueño del predio en cuestión alterar, en principio, la naturaleza de agua lluvia de aquella que cae o se recoge en su predio.

Creemos que las convenciones sobre venta de derechos de aguas lluvias podrían, en teoría, revestir los siguientes aspectos: a) El propietario del predio superior se compromete a dejar que las aguas lluvias escurran hacia los predios inferiores, sin contraer ninguna obligación de hacer ni contemplarse tampoco, expresamente, alguna de no hacer; b) Se compromete a facilitar el escurrimiento de las aguas hacia un predio determinado; c) Se obliga a procurar que toda el agua lluvia que caiga o se recoja en su predio, llegue a otro determinado; d) Impide el escurrimiento y en seguida vende el agua almacenada a un predio determinado.

Estudiaremos, ahora, brevemente, cada una de esas posibilidades.

20.—Naturaleza jurídica y alcance del contrato en virtud del cual el dueño del predio superior se compromete a dejar escurrir las aguas.— Es ésta la situación contemplada en la letra a) del número precedente. Tal como lo decíamos allí, partimos de la base que en el contrato en referencia, no se haya impuesto al dueño del predio superior ninguna obligación de hacer, ni se le imponga, a lo menos expresamente, ninguna obligación de no hacer, salvo,

naturalmente, aquella consistente en dejar escurrirse las aguas.

Primer problema es saber si este contrato puede o no reputarse de compraventa de derechos de aguas. Estimamos que, en este caso, no habría contrato de venta. En efecto, quien vende debe ser titular de un derecho, debe tener el dominio pleno de lo vendido. De acuerdo con lo anterior, si una persona desea vender su derecho de aprovechamiento, debería ser titular de tal derecho. Ahora bien, de acuerdo con el tenor de los artículos 15 y 16 del Código de Aguas, el propietario de un predio sólo pasa a ser titular, a ser dueño, del derecho de aprovechamiento sobre las aguas lluvias, desde el momento en que haga uso de las facultades que los mismos artículos le confieren. Por lo demás, sería posible sostener que los derechos que a ese dueño correspondieren sobre estas aguas, caducan, dado los términos de los mencionados artículos, tan pronto como las aguas lluvias salgan del predio en cuestión. Por último, la obligación que nace de este contrato es esencialmente diversa de la obligación de dar que, necesariamente, debe contener un contrato de compraventa.

Un segundo problema sería el de saber si el dueño del predio inferior, que celebró este contrato con el ánimo de beneficiarse con este escurrimiento, podría o no impedir que el dueño del predio superior usara el agua lluvia que cae o se recoge en este predio, pongamos por caso, en el regadío del mismo.

Aunque la aplicación por analogía de las disposiciones relacionadas con los derrames podría llevarnos a la conclusión de que no le sería lícito al dueño del predio inferior prohibir ese uso, nos inclinamos por la solución contraria, tanto por respeto al principio contenido en el artículo 1447 del Código Civil, como porque a esa conclusión parece llevar la frase final del artículo 15, inciso 2.º del Código de Aguas.

En efecto, dicho inciso autoriza al dueño del predio en que caen o se recogen las aguas lluvias, para almacenarlas, sin distinguir el fin que con ello persiga. Y la frase final establece, limitando el alcance de esa autorización, "siempre que no perjudique derechos de terceros".

Naturalmente, este contrato no impone al dueño del predio superior la obligación de ejecutar obra alguna que facilite el escurrimiento.

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

507

21.—El dueño del predio superior se compromete a facilitar el escurrimiento hacia un predio determinado.—Corresponde al caso indicado en la letra b) del N.º 19 de este trabajo, y no presenta dificultades especiales.

22.—El dueño del predio superior se obliga a procurar que toda el agua lluvia que cae o se recoge en su predio, llegue a otro determinado.—Estimamos que el propietario de aquel o aquellos predios a los cuales llegaría el agua lluvia sin mediar este acuerdo, no podría oponerse, pues mientras el agua no llegue a los predios inferiores, los propietarios de éstos tienen sólo una expectativa, que no los autoriza para impedir se ejecute este contrato.

23.—El dueño del predio superior impide el escurrimiento y en seguida vende el agua a un predio determinado.—Pronunciándonos sobre la naturaleza jurídica del contrato de venta a que nos referimos en la parte final del título de este número, estimamos que no se trata de un contrato de compraventa de "derechos de agua", sino simplemente de un contrato de "venta de agua", contratos, en nuestra opinión, esencialmente diversos y a que hicimos alusión en el N.º 2 de este trabajo.

24.—Legalidad del almacenamiento del agua lluvia, con el fin preciso de proceder más tarde a su venta.—Aun cuando desde un punto de vista económico sea ventajoso este procedimiento, o pudiera llegar a serlo, por permitir un mejor aprovechamiento de estas aguas, pueden presentarse dudas desde un punto de vista legal.

Estas dudas residen en que no parece ajustarse al espíritu del legislador, entender comprendida entre las facultades o atribuciones que a su titular concede el derecho de aprovechamiento, la de dedicarse al comercio de las aguas.

Sin embargo, en nuestra opinión, ello podría hacerse.

25.—Problemas que surgen en el caso en que el predio inferior del propietario que celebre alguno de estos contratos, esté separado por otro u otros predios, de aquél que asume el carácter de predio superior.—El primer problema a que da origen esta materia, dice relación con la posibilidad de imponer una servidumbre de

acueducto con el fin de hacer llegar, a los que podríamos llamar predios adquirentes, las aguas lluvias. El segundo, diría relación con la facultad de los predios intermedios para usar del agua que a través de ellos pasa y con destino a alguno de los otros predios.

a) Resolviendo el primer problema, creemos que, en el caso que existan antecedentes para dar a este contrato una duración más o menos larga, la respuesta debe ser afirmativa, pues no hay disposición alguna, en los artículos 186 a 206 que permita oponerse a su constitución. Pero advertimos que esta solución creemos tiene indiscutible fuerza, tratándose del caso contemplado en el N.º 24; no así en las demás alternativas planteadas, en que estimamos —según diremos en la letra b) de este número—, que el propietario del predio intermedio sólo estaría obligado a aceptar la imposición de este acueducto, en el caso en que no diera él ocupación a las aguas lluvias que se escurren por su predio.

b) Respondiendo la segunda pregunta, estimamos que sólo en el caso del N.º 24 podría negarse al propietario del o de los predios que hemos llamado intermedios, el derecho a usar el agua lluvia que se escurre por su predio en usos que consumen agua; pero ni aún en ese caso podría impedírseles que la usaran en usos que no consumen agua.

26.—La enajenación de derechos de agua y los artículos 36 y 37 del Código.—Sabemos que el Código autoriza al Presidente de la República para fijar y reservar cuotas para la concesión de mercedes de las diversas clases a que se refiere este Código y destinar exclusivamente a la concesión de ciertos usos, determinadas cantidades de aguas.

Si una persona obtiene una concesión, invocando como destino de las aguas alguno de aquellos para los cuales se las destina y más tarde desea enajenarlas, siendo la intención del adquirente destinarla a otro uso, creemos que el Presidente de la República debería conceder la autorización prescrita por el artículo 26.

27.—Posibilidad de burlar las preferencias establecidas en el artículo 30 mediante la enajenación de derechos de agua.—Sabemos que, tratándose de aprovechamientos incompatibles, esto es,

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

509

de aquellos que importen utilizar las aguas de una corriente sobre unos mismos puntos de captación o de presa, o bien que impliquen el aprovechamiento de las aguas de una misma cuenca u hoya hidrográfica, en forma tal que no puedan aceptarse todas las solicitudes, sea por la escasez de las aguas o por otras consideraciones técnicas, de modo que resulte ineludible para la administración decidirse entre las solicitudes, eligiendo a una de ellas, la ley consagra un orden de preferencia.

Para determinar este orden, el Código atiende, ante todo, a la importancia social de la necesidad que trate de llenar el aprovechamiento solicitado; esto lo pone de manifiesto el artículo 30. Dentro de cada clase, o sea, supuesta la igual urgencia social en satisfacer dos o más peticiones, se atiende siempre a consideraciones de carácter político-económico, ya que el inciso final del artículo 30 establece que, en este caso, serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad, y sólo en igualdad de condiciones se atiende a un factor puramente empírico, cual es el orden de las fechas de las solicitudes.

Ahora bien, la facultad de enajenar los derechos de agua que, según hemos visto, consagra el Código de Aguas, permite que fácilmente se burlen estos criterios, quedando sólo a la prudencia del Presidente de la República y a la subsistencia de la necesidad preferente, en el momento en que se solicite la autorización de que trata el artículo 26, la posibilidad de evitar esta burla.

28.—Texto del artículo 23, incisos 3.º, 4.º y 5.º.—Dicen las disposiciones citadas: "Asimismo, todo cambio de bocatoma o traslado de derechos de aguas en cauces naturales sólo podrá efectuarse con autorización del Presidente de la República. También se necesitará esta autorización para la construcción de embalses de una capacidad superior a cien mil metros cúbicos. Estas autorizaciones sólo podrán darse si no se lesionan derechos adquiridos y previa audiencia de la Junta de Vigilancia respectiva. La tramitación de estas autorizaciones se sujetará a las reglas de las mercedes de agua".

29.—Autorización prescrita en ese artículo.—El artículo 23 establece, según puede verse, que todo cambio de bocatoma o tras-

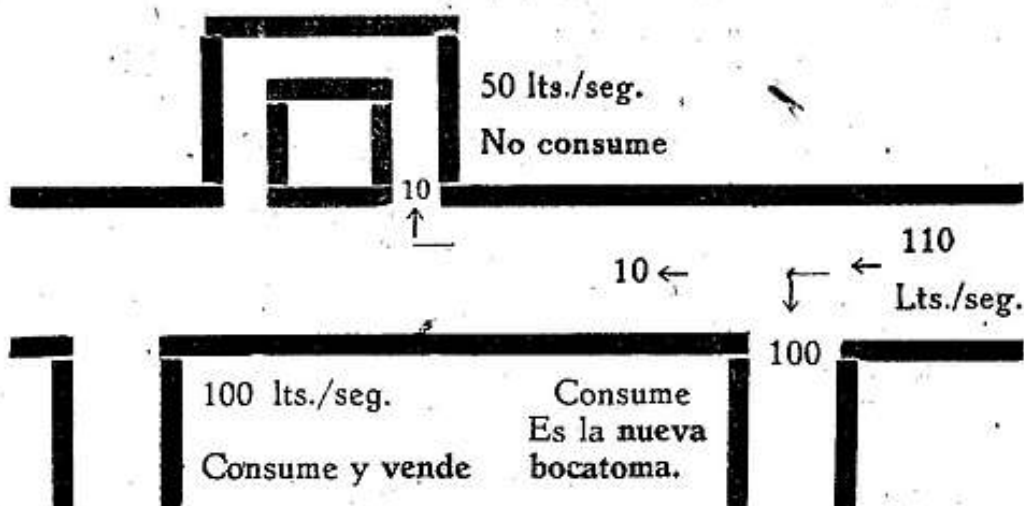
lado de derechos de aguas en cauces naturales, sólo puede hacerse con autorización del Presidente de República, cualquiera que sea la forma como se haya obtenido el derecho en cuestión, cualquiera que sea el tiempo en que se adquirió y sin considerar la causa que determina el cambio o traslado en referencia.

30.—Importancia de la disposición anterior.—Tres son, en general, las clases de problemas que trata de evitar esta disposición.

a) Problemas que se presentan con motivo del cambio de captación de cauce principal o afluente o viceversa. Sobre el particular, nos remitimos a lo que diremos en el N.º 39.

b) Problemas a que da origen la supresión de la bocatoma en el lugar en que estaba establecida, y su ubicación aguas arriba de este punto. Tiene especial importancia tratándose de un uso destinado a consumir el agua, y siempre que, entre el punto de captación antiguo y el nuevo, exista un uso que no consuma agua, y que restituya esa cantidad antes de la bocatoma antigua.

Ejemplo:



En el ejemplo a que se refiere el cuadro anterior, el uso que no consume agua quedaría en seco, en el supuesto de que todo el gasto normal de la corriente estuviere ocupado por derechos de agua.

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

511

¿Qué ocurriría si el legislador no hubiera prohibido se autorizara el traslado de bocatoma, en el caso recién indicado? Sencillamente, se habría producido una escasez sobreviniente y podría pretenderse que era necesario el turno o rateo.

Decimos que podría pretenderse, pues esta afirmación era ya discutida antes de la dictación del Código de Aguas. Así, Claro Solar sostenía que, por disponer el artículo 860 del Código Civil que las mercedes que se concedan por autoridad competente "se entenderán sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos en ellas", era lícito solicitar se dejara sin efecto la merced en el exceso por sobre el caudal disponible, ya que con este exceso se lesionaba los derechos adquiridos por terceros.

Esta opinión puede sostenerse hoy día, en que el artículo 24 del Código de Aguas repite los términos del artículo 860 del Código Civil, al expresar que las mercedes se concederán "sin perjuicio ni menoscabo de los derechos anteriormente adquiridos"; y en que de los artículos 31, 36, 42 inciso 2.º, 47, 49 inciso 2.º, 56, etc., se desprende que todos los derechos de agua se conceden sujetos a una misma condición: la de no ir en perjuicio de derechos adquiridos.

Conviene resaltar un supuesto a que hicimos mención al plantear este problema: nos referimos a la necesidad de que la restitución de las aguas por el uso que no las consume, tenga lugar antes de la ubicación de la bocatoma antigua.

En efecto, si suponemos que el punto de captación de esas aguas se encuentra antes de la bocatoma antigua, que ahora se trata de cambiar, pero la restitución de esas aguas se efectúa después de la captación de las aguas que se consumen, y que corresponden a la bocatoma que se trata de cambiar, esta mutación no tiene importancia alguna, pues en la distribución de las aguas habrá que reservar siempre, esto es, en uno u otro caso, la misma cantidad para el uso que no consume agua. Razonamos siempre, sobre la base de que el uso que no consume agua sea el último aprovechamiento existente en el cauce; que las aguas de éste estén destinadas íntegramente —lo que es natural, pues en otro caso resulta difícil imaginarse un contrato de compraventa de aguas—, y que el derecho que corresponde al uso que no consume agua es de aquellos que la ley califica de derechos de ejercicio permanente.

En el caso de que los derechos de aprovechamiento correspondientes a derechos que no consumen agua sean de ejercicio eventual, se presenta un nuevo problema, que estudiaremos en el N.º 33.

c) Problemas a que da origen el traslado de la bocatoma, de un uso que no consume agua, cuando su nueva ubicación tiene lugar aguas abajo de la última bocatoma que consume agua. Partimos siempre del supuesto de que el cauce del río esté prácticamente agotado, esto es, que no existan aguas sobrantes, o las haya en cantidad inferior a la dotación de este último uso, y que se trate de un derecho de ejercicio permanente.

El problema es idéntico al planteado en la letra anterior.

31.—¿Puede el dueño de los derechos de agua que trata de cambiar la ubicación de la bocatoma, renunciar a parte de sus derechos para obtener la autorización?—Estimamos que, en el caso de alguna de las situaciones recién planteadas, bien puede suceder que en vez de no quedar cantidad alguna de agua disponible, quede sólo una cantidad inferior a la dotación del predio. En este evento, el dueño interesado en obtener el traslado, puede adoptar dos posiciones: a) Renunciar al excedente, caso en el cual el Presidente no podría oponerse, fundado en que se lesionarían derechos adquiridos —sin perjuicio de que lo haga fundado en consideraciones de política económica—. Pero estimamos que esta medida es demasiado radical y que pocas veces se recurrirá a ella, toda vez que queda un segundo recurso, mucho menos oneroso. b) En efecto, bien podría el titular pedir se le autorizara para efectuar un traslado parcial de sus derechos de agua. En este caso, estudiaría este propietario qué cantidad de agua existiría disponible en el punto en que se trata de ubicar la bocatoma y solicitaría se le autorizara para trasladar parte de sus derechos de agua a la nueva captación, reservándose el derecho de usar el saldo en el punto antiguo.

32.—Medidas adoptadas por el legislador para impedir que tengan lugar estas dificultades.—Se concretan en el inciso 5.º y final del artículo 23 del Código de Aguas, que exige que esta autorización se tramite como la solicitud de merced.

Las consecuencias que esto tiene y que, precisamente, están destinadas a evitar que surjan estos problemas, son:

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

513

a) Que el solicitante debe indicar en su petición, el caudal mínimo normal de las aguas en el punto en que van a aprovecharse o ser extraídas, según el caso, y la lista de los canales o aprovechamientos situados aguas abajo, con especificación de la cantidad aproximada de agua que extraen (artículo 259). Estimamos, aunque la ley no lo diga, que estas mismas indicaciones deberían hacerse también con respecto a las captaciones ubicadas aguas arriba;

b) Que esta solicitud se publique por tres veces consecutivas, dentro del plazo de 60 días, en un diario o periódico de la localidad en que deben ubicarse las obras de captación o aprovechamiento, si lo hubiere, en uno de Santiago y en uno de la capital de la provincia. Si la merced correspondiere al departamento de Santiago, la publicación deberá hacerse en dos diarios distintos de la comuna de Santiago, que sean matutinos y de formato grande (artículo 261, según redacción de la Ley 11.471, de 15 de Diciembre de 1953);

c) Que se ponga esta solicitud en conocimiento de la Junta de Vigilancia respectiva, por carta certificada (artículos 23 inciso 4 y 261); y

d) Informe de la Dirección General de Agua, sobre la procedencia de la concesión (artículo 261) y, en caso que la estime procedente, sobre la calidad en que se otorgue y la cantidad.

33.—La lesión a que alude la ley, ¿se refiere tan sólo a los derechos de ejercicio permanente?—La ley no distingue y no parece justo dejar entregado a los propietarios o titulares de otros derechos de agua, la suerte de los derechos de ejercicio eventual.

34.—El cambio de bocatoma debe tener lugar dentro de una misma cuenca u hoya hidrográfica, o dentro de una misma sección de ella.—La primera afirmación no presenta ninguna novedad, toda vez que es físicamente imposible, y dada la definición que de cuenca u hoya hidrográfica nos da el artículo 8.º, trasladar derechos de una cuenca a otra.

La segunda afirmación se desprende del hecho de que el artículo 159, principalmente, considere que cada una de estas sec-

ciones constituye, para los efectos de la distribución, un todo independiente que no puede estar subordinado a derechos que tengan su origen en otra de esas secciones.

35.—Situación que se presenta cuando estos problemas tienen lugar como consecuencia del cambio de bocatoma dentro de un canal principal.—Hemos visto que el artículo 23 sólo exige la autorización del Presidente cuando el cambio de bocatoma tiene lugar en cauces naturales. A contrario sensu, si suponemos la existencia de un canal principal, que extrae x litros de agua por segundo y dentro del cual existe un número cualquiera de canales secundarios, e imaginamos que uno de estos canales secundarios enajena sus derechos de agua y los transfiere a otro canalista que igualmente extrae sus aguas del canal principal común, la autorización prescrita por el artículo 23 no es procedente.

¿Cómo se resuelve este problema?

36.—Distinción que hay que efectuar.— Desde un punto de vista práctico, conviene distinguir dos situaciones: aquella en que el adquirente piensa destinar las aguas a un fin diverso de aquel para el cual se concedieron —según el concepto que hemos precisado—, y aquella otra en que el adquirente piensa darle igual destino, o en que no le es necesaria la autorización prescrita por el artículo 26.

En la primera situación, será fácil a quien se sienta perjudicado, y al tener conocimiento de las gestiones hechas por el actual propietario para transferir sus derechos —debe tenerse presente que se sigue la misma tramitación que para la concesión de una merced y, por lo tanto, hay amplia difusión de la petición formulada—, hacer una presentación ante la autoridad correspondiente, para que ésta, que no está obligada a expresar causa para negar la autorización de que trata el artículo 26, ni tiene tampoco señalados los casos en que debe conceder la autorización, niegue lugar a la venta que se solicita.

En cambio, si el adquirente piensa destinar las aguas al mismo fin para el que fueron concedidas, o, en general, si no le es necesaria la autorización prescrita por el artículo 26, ¿ante quién reclama y cómo?

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

515

Antes de contestar esta pregunta, debemos advertir que, si aceptáramos la interpretación restringida del concepto "fin determinado", este caso sería casi imposible. Podría, en teoría, señalarse quizá el siguiente: Se destina cierta cantidad de agua al regadío de un fundo determinado. Más tarde, éste se subdivide en dos porciones, y, en seguida, el dueño de una de ellas vende al otro sus derechos de aprovechamiento. El agua sigue destinada al regadío de aquellas tierras para las cuales se concedió, y bien puede suceder que para la misma clase de cultivo; únicamente que ahora se destina una mayor cantidad de hectáreas, pertenecientes a un solo propietario, a dicho cultivo.

Del estudio de los artículos 24 —que en su parte final establece que las mercedes se concederán sin perjuicio ni menoscabo de los derechos anteriormente adquiridos—, 47 —que prescribe, a propósito de las mercedes para usos industriales, fuerza motriz y otros usos, que la extracción y restitución de las aguas se hará siempre en forma que no perjudique los derechos de los terceros constituídos sobre las mismas aguas— y 23 inciso 3.º —el artículo en estudio—, así como del espíritu general del Código, podemos llegar a la conclusión, confirmada por el artículo 582 del Código Civil— que autoriza al titular del derecho de dominio para gozar y disponer arbitrariamente de la cosa objeto de su dominio, en cuanto no sea contra la ley o contra derecho ajeno—, de que no debe permitirse la venta y transferencia de derechos de aguas, cuando ella lleva anexa un cambio de bocatomas y éste implique un perjuicio para terceros.

La autoridad competente para conocer de este reclamo parece ser la justicia ordinaria, ya que el caso en estudio no cabe en los contemplados en el inciso primero del artículo 138, que es aquella disposición legal que determina la competencia de los Directorios de las Asociaciones de Canalistas como Tribunales Arbitrales.

(Continuará)
