

REVISTA DE DERECHO

AÑO XXII ENERO - MARZO DE 1954 N.º 87

DIRECTOR: ORLANDO TAPIA SUAREZ

COMITE DIRECTIVO:

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



ESQUELA TIPOGRAFICA SALESIANA — CONCEPCION (CHILE)

**COLABORACION DEL SEMINARIO
DE CIENCIAS ECONOMICAS**

MARIO JARPA FERNANDEZ

**Abogado y Ayudante del
Seminario de Ciencias Económicas**

**ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA
ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS**

(Conclusión)

37.—La compraventa de derechos de agua, ¿comprende las preferencias o privilegios, de existir éstos en materia de distribución de aguas?—En principio, puede afirmarse que la venta de un derecho comprende todas las facultades y todos los derechos que es posible considerar anexos a aquel que se transfiere.

En consecuencia, y como no hay disposición especial en contrario, debemos concluir que la enajenación de los derechos de agua comprende también los privilegios o preferencias, incluso en lo referente a la distribución, si aceptamos que en ella mantienen su aplicación esos privilegios o preferencias.

38.—Cuestión anexa: ¿existen preferencias o privilegios en la distribución? (1)—Sabemos que, dentro del Código de Aguas, se contiene una serie de artículos que se refieren a la existencia de

(1) Ver al respecto: Jarpa Fernández, Mario: La Escasez de las Aguas (Problemas jurídicos a que ella da origen), Memoria de Prueba (Concepción, 1953), páginas 68 y siguientes, Números 136 y siguientes, y también Informe del Profesor Emilio Rioseco E., página 7 de la misma Memoria antes citada.

preferencias o privilegios. Entre ellos podemos citar el artículo 84 y el artículo 90 inciso 2.º, según el cual, los derechos de los asociados se incorporarán a la Asociación con arreglo al título de que consten, con sus privilegios y preferencias, si las tuvieren, y no podrá imponérseles en lo futuro cargas o gravámenes de los que estuvieren exentos por sus títulos, ni alterarles los que tuvieren según los mismos. Por su parte, el artículo 105 autoriza se establezcan en los Estatutos de las Asociaciones de Canalistas reglas permanentes para la distribución, sin menoscabo de los derechos a que se refiere el inciso 2.º del artículo 90 recién citado. Además, el inciso 3.º del artículo 109 dice que los accionistas que por sus títulos estén exentos de pago de gastos, se entenderá que únicamente lo están de los ordinarios de conservación y explotación, pero no de los extraordinarios; salvo que estuvieren exentos en forma expresa, de estos gastos, por dichos títulos.

Finalmente, el artículo 329 inciso final del Código de 1948, decía que, en todo caso, la distribución extraordinaria se haría sin perjuicio ni menoscabo de los derechos preferentes o privilegios que tuviere algún interesado.

En el Mensaje con que se presentó al Congreso este Código, se lee: "Para el ingreso de los interesados a las Asociaciones se garantiza en forma absoluta sus derechos de agua, los cuales se incorporarán con arreglo al título de que consten, y si son derechos preferentes o privilegiados, no podrá imponérseles otras cargas o gravámenes que los contenidos en sus títulos, ni alterar la medida, forma y modo de gozar de sus aguas; así por ejemplo, si el privilegio o preferencia consisten en una forma especial de marco, no se le obligará a cambiarlo, o si consisten en sacar aguas con dotación completa en tiempo de escasez, deberá respetarse ese derecho".

En presencia de esas disposiciones, cabe preguntarse: ¿admite el Código en actual vigencia, excepciones a la regla general de la proporcionalidad en la distribución de los derechos de agua?

En otras palabras, ¿entenderá el Código de Aguas subsistente el derecho de los canalistas que hubieren adquirido sus derechos bajo la sola vigencia del Código Civil, a sacar la dotación completa de sus aguas, aún en tiempos de escasez, y con tal que con ello no se lesionen derechos constituidos con anterioridad?

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

21

Ello parece desprenderse de lo dicho en las líneas que preceden, pero hay quienes creen que no es posible aceptar esta conclusión, pues a ello se opone el artículo 12 de la Ley de Efectos Retroactivos, según el cual, todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad a ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a sus goces y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley.

Otros piensan, y entre ellos el Profesor Rioseco, "que el nuevo Código de Aguas no ha extinguido, ni limitado expresamente, el uso o ejercicio del derecho de aprovechamiento que se ejerce en virtud de un título de fecha anterior a él, para que pueda aplicarse el artículo 12 de la ley de 1861, y por el contrario, los artículos 24, 84, 90 inciso 2.º, 149 y 300 inciso 1.º, dan base para sostener que la preferencia de este derecho adquirido —la cual no es más que una modalidad de su ejercicio—, queda inalterable y debe respetarse en la distribución, aún frente a otras mercedes de ejercicio permanente (artículo 24)".

39.—Problemas a que da origen la solución del N.º 37.—Estudiando el problema, en el supuesto que se entienda que las citadas preferencias subsisten bajo la vigencia del nuevo Código, podemos plantear, entre otros, los siguientes problemas:

a) Existe un derecho preferente en un afluente, y se enajena en favor de un propietario que captará estas aguas en el cauce principal. Sabemos que en este caso se requiere la autorización prescrita por el artículo 23 inciso 3.º, y que puede también ser necesaria la contemplada en el artículo 26.

A primera vista, esta situación no daría origen a ningún problema. Sin embargo, no es así. Debemos recordar que, de acuerdo con las reglas que contenía el Código Civil sobre distribución de aguas, las mercedes preferían, en épocas de escasez, en el orden de su concesión, teniendo las más antiguas, derechos a su dotación íntegra, y sin que las más nuevas pudieran entrar en el ejercicio de sus derechos, sino cuando estuvieran íntegramente satisfechas las primeras.

Ahora bien, imaginemos que los derechos que se enajenan se hubieran constituido bajo la sola vigencia del Código Civil y que

hubiera sido el primer derecho allí constituido. Tuvo, pues, durante esa sola vigencia, una preferencia absoluta. Y si aceptamos que ella subsiste aún bajo la vigencia del Código de Aguas, tendremos que reconocerle esta facultad también al nuevo dueño, no obstante extraer ahora sus aguas fuera del afluente en cuestión.

En épocas de sequía, y antes de la enajenación, podemos suponer que el citado afluente no tuviera un caudal suficiente para satisfacer todos los derechos en él constituidos. Por consiguiente, quedaban derechos de agua sin poder ejercerse y este afluente nada entregaba al caudal matriz.

Se enajena el derecho que gozaba de preferencia absoluta. Queda, pues, en el afluente, un sobrante de aguas. ¿Pueden las otras mercedes, en épocas de escasez, usar de estas aguas, ahora no captadas, en el afluente mismo?

El pronunciarse por la afirmativa origina perjuicios a las mercedes, o, en general, a los derechos de aprovechamiento existentes en el cauce principal en el caso que no exista en éste aguas sobrantes o que las que existan no alcancen a igualar la dotación del derecho preferente que ahora se captará en esta sección. Y ese perjuicio va, según se ha dicho en el N.º 30 en contra del sistema del Código, y no puede, por tanto, aceptarse esta solución.

Confirma lo recién expuesto, en el sentido de que no sería posible aceptar que los derechos subsistentes en el afluente en cuestión pueden usar de las aguas que antes habrían correspondido al derecho de aprovechamiento preferente, lo dispuesto en el artículo 8.º del Código de Aguas, que pone de manifiesto la intención del legislador de considerar, como un solo todo a cada cuenca u hoya hidrográfica, con la sola excepción de las secciones en que puede ella dividirse, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 159 del mismo Código, y lo dispuesto en diversos de sus artículos —91, 105, 135 N.º 2, 161, 171 N.º 1, 175 N.º 1, etc.— de los que se desprende la facultad de regular, en los Estatutos, o por acuerdos, del directorio de las organizaciones creadas por el Código, la distribución de las aguas.

b) El mismo caso planteado anteriormente, puede dar origen a un problema de más difícil solución en el evento de que el afluente en cuestión no tenga actualmente, en épocas de escasez, agua su-

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

23

ficiente para satisfacer los derechos del aprovechamiento preferente, sea éste o no el único existente allí. ¿Podría en esta situación exigir, en el cauce principal, preferencia por el total del gasto a que, según sus títulos tiene derecho, o tan sólo a aquella cantidad que el afluente puede aportar al cauce principal? Dentro de la ley, la situación no es clara, pero, para respetar los derechos adquiridos, habría que concluir que tiene ese derecho tan sólo a aquella cantidad que el afluente puede aportar.

c) Situación que se presenta cuando un derecho preferente, que se ejercía en un cauce principal, se enajena y el nuevo titular desea captarlo en un afluente. Naturalmente que si en el afluente no hay, normalmente, aguas suficientes para satisfacer este nuevo derecho, el Presidente de la República no debe dar la autorización de que trata el artículo 23.

Pero, en el supuesto que el afluente tuviera, en el momento en que se autoriza el traslado de la bocatoma, un caudal suficiente, y más tarde sobreviniera escasez, sea en forma temporal y accidental, o con carácter de definitiva, motivada esta última, por ejemplo, por cambios del régimen hidrológico, ¿tendría derecho a ejercer la preferencia la merced en estudio?

La solución parece ser la misma que la indicada en la parte final de la letra b) de este número.

d) Por nuestra parte creemos que el Presidente de la República debería, en todos los casos ya enumerados, y como condición previa para permitir el traslado de la bocatoma —autorización necesaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 23 inciso 3.º—, exigir que se renunciara a la preferencia o privilegio que dice relación con la distribución.

40.—Situación que se presenta si se enajenan derechos de ejercicio eventual, atribuyéndoles una calidad diversa.—Posibilidad de prescripción. Nos encontramos aquí en presencia de un caso en que se trata de adquirir por prescripción, no un derecho de aprovechamiento, sino una modalidad de su ejercicio.

Hay que tener presente que no procede adquirir por prescripción en contra de la Nación, el carácter de derecho de ejercicio

permanente, ya que el artículo 249 dispone que ello es posible "de la misma manera que podría adquirirse el derecho mismo", y, como en el caso propuesto no es posible adquirir por este modo el derecho —pues el artículo 23 establece que el "derecho de aprovechamiento sólo puede adquirirse en virtud de una merced... y ni aún el goce inmemorial bastará para constituirlo en cauces naturales"—, hay que concluir que tampoco es posible adquirir esta calidad.

Debe observarse que la solución anterior procede para el caso en que se trate de adquirir "en contra de la Nación", la calidad de derecho de ejercicio permanente. Surge esta pregunta: ¿hay otros casos, diversos de éste?

En teoría, podría decirse que puede privarse a un particular del derecho a considerar como de aprovechamiento permanente, su derecho de aprovechamiento, adquiriendo esta modalidad para sí otra persona, que pasaría a obtener, entonces, en contra de otro particular, y no en contra de la Nación, la calidad de permanente de un derecho de aprovechamiento. Pero el caso es demasiado complicado y de muy difícil aplicación en la práctica.

41.—Situación que se produciría si se enajenan derechos de ejercicio permanente, atribuyéndoles el carácter de eventuales.— El caso es de difícil ocurrencia en la práctica y, de producirse, tendría quizás por objetivo, considerada la situación desde el punto de vista del vendedor, el traspasar, si así pudiéramos decir, el carácter de derecho de ejercicio permanente a otro aprovechamiento del cual él fuera titular, situado en el mismo cauce, de un gasto igual o inferior al derecho enajenado, pero de ejercicio eventual. Consideramos, sin embargo, que ese presunto fin perseguido, no operaría, pues la ley no ha permitido que las partes cambien, arbitrariamente, el carácter o naturaleza de un derecho de aguas.

42.—La venta de un predio, sin mencionar el agua que está destinada a su uso, cultivo o beneficio ¿comprende o no a ésta?— La respuesta es afirmativa, pues, como dice el artículo 2.º, las aguas, atendida su naturaleza, son muebles; pero destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, se reputan inmuebles. Por su parte, los artículos 1830 y 570 del Código Civil disponen que en la

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

25

venta de una finca se comprenden, naturalmente, todos los accesorios que, según los artículos 570 y siguientes, se reputan inmuebles, y sabemos que en el citado artículo 570 se consideran inmuebles las cosas muebles que estén permanentemente destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble.

43.—Alcance sobre lo dicho en el número anterior.—Debemos hacer presente que ello se refiere tan sólo a la venta, esto es, al título traslativo de dominio, pero no a la transferencia en sentido estricto, o sea, a la tradición de los derechos de aguas. A esta última se aplican los preceptos contenidos en los artículos 235 y siguientes del Código de Aguas.

44.—¿Cómo se perfeccionan los contratos sobre derechos de aguas?—El artículo 237 dispone que "se perfeccionarán por escritura pública los actos y contratos traslativos de dominio de derechos de aprovechamiento, como también la constitución de derechos reales y los actos y contratos traslativos de los mismos".

45.—Ambito de aplicación del artículo 237.—Se aplica sólo a los contratos y a los actos traslativos o constitutivos de gravámenes sobre "derechos de aprovechamiento".

En consecuencia, no se aplica a los contratos que tengan por objeto gravar o transferir derechos de agua que no constituyan derecho de aprovechamiento, como ocurre, por ejemplo, tratándose de aguas de dominio privado.

46.—Alcance de la expresión "derechos de aprovechamiento".—Si tratáramos de precisar este concepto mediante el estudio de los artículos 12 y 23 del Código de Aguas, llegaríamos a la conclusión de que son dos los requisitos necesarios para que exista un derecho de aprovechamiento: a) que el derecho en cuestión recaiga sobre aguas de dominio público; y b) que se haya obtenido o adquirido por merced concedida por el Presidente de la República.

Sin embargo, el segundo requisito no tiene aplicación tratándose de los casos a que nos referimos en el N.º 10, ni tampoco con

relación a los derechos adquiridos antes de la vigencia del Código de Aguas.

En efecto, y con relación a la situación de los derechos de agua adquiridos antes de la vigencia del Código de Aguas, el artículo 300 del Código de Aguas establece, en primer lugar, que sus disposiciones se aplicarán sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos, y el inciso 2.º añade: "En consecuencia, subsistirán los "derechos de aprovechamiento" que a la fecha de la promulgación de este Código se hallen reconocidos por sentencia ejecutoriada y los que emanen... etc.", enumerando a continuación las distintas fuentes que, antes de dicha vigencia, se reconocía a los derechos de agua.

47.—¿Cómo se perfecciona, entonces, el contrato de compraventa de aguas de dominio privado?—La respuesta la encontramos en el artículo 245 del Código de Aguas, ya que como veremos, estos derechos no se encuentran sujetos al régimen de inscripción.

48.—Texto del artículo 245.—Dice esta disposición que los derechos de aprovechamiento de aguas que no estén sujetos al régimen de la propiedad inscrita, se transferirán y se transmitirán conjuntamente con el predio de que forman parte y la tradición de esos mismos derechos, cuando se haga separadamente del predio, se efectuará por escritura pública.

49.—Derechos que no están sujetos al régimen de inscripción.—Del estudio del Título IX del Libro I del Código de Aguas, titulado "Del Registro de Aguas y de la Inscripción", se llega a la conclusión de que hay dos clases de inscripciones: a) una que se practica en un Registro especial que lleva la Dirección General de Aguas, y a que se refiere el artículo 235; y b) otra que se practica en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces, y a que se refieren los artículos 236, 239, 240 y varios otros del mismo Título.

En este número nos referiremos, siguiendo el orden de los números anteriores, a la inscripción en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces.

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

27

Para estudiar qué derechos de aprovechamiento o, en general, qué derechos de agua no están sujetos al régimen de inscripción, hay que analizar, principalmente, los artículos 239 y 240 del Código del ramo.

De ellos es posible concluir que:

1.º—Están sujetos al régimen de inscripción todos los derechos de aguas que formen parte de una Comunidad de Agua o de una Asociación de Canalistas;

2.º—No están afectos, en ningún caso, al régimen de inscripción, los derechos de agua que recaigan sobre aguas de dominio privado;

3.º—En una situación intermedia se encuentran los derechos de agua que, en cauces de dominio nacional, ejerce una persona que "extraiga sus aguas de la corriente natural independiente de otro derecho" (artículo 240).

Aquí hay que distinguir varias hipótesis: a) Este titular no ha sido incluido en la constitución de la respectiva Junta de Vigilancia: en ningún caso le son aplicables las reglas sobre inscripción que estamos estudiando; b) Dicho titular ha sido incluido en la constitución de la respectiva Junta de Vigilancia. En este caso, hay que subdistinguir: b') de hecho no ha inscrito sus derechos, no se ha acogido al régimen de inscripción: no se le aplica ese régimen, y sigue siéndole facultativo inscribirlos cuando lo estime conveniente a sus derechos; b'') de hecho ha inscrito sus derechos: en este caso, "efectuada dicha inscripción, los actos y contratos de dominio de esos derechos, su transmisión, como también la constitución y tradición de derechos reales sobre ellos, quedarán sometidos a lo dispuesto en el artículo anterior" (artículo 240, inciso final).

50.—Respuesta al problema planteado en el N.º 47.—De acuerdo con lo estudiado en los números precedentes, la enajenación de esos derechos de agua en forma separada al predio a cuyo uso, cultivo o beneficio estaban destinadas, o, en general, al cual

pertenecían, no tiene, en cuanto a la forma como se perfecciona el contrato traslativo, reglas especiales en el Código de Aguas.

Es necesario, entonces, aplicar las disposiciones generales del Código Civil, en especial las contenidas en los artículos 1801, 570, 571, etc., en relación con lo establecido en el artículo 2.º del Código de Aguas, y de aquí podemos concluir que el contrato traslativo de estos derechos de agua, en forma separada del predio a que pertenecen, se reputa perfecto desde el momento en que las partes han acordado la cosa y el precio. En otras palabras, se trata de contratos consensuales.

Dejamos establecido que, como lo diremos en el N.º 53, esta conclusión no se aplica a la enajenación en sentido estricto, mejor dicho, a la transferencia o tradición de estos mismos derechos.

51.—Forma como se perfecciona la tradición de los derechos de aprovechamiento que deban inscribirse.—Del estudio que hemos hecho en los Números 46 y 49, se desprende fácilmente la justificación de la frase "derechos de aprovechamiento que deban inscribirse", que emplea el artículo 238 del Código de Aguas.

Ahora bien, dicho artículo 238 establece que la tradición de esos derechos "se efectuará por la inscripción del título en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces", y que "de la misma manera se efectuará la constitución y tradición de los derechos reales" a que se refieren los artículos 239 y 240.

52.—Otras inscripciones que es necesario efectuar.—a) Inscripción prescrita por el artículo 235.—Establece este artículo que la Dirección General de Aguas llevará una matrícula de los canales que formen parte de la Junta de Vigilancia, con sus respectivos derechos y la forma en que deben participar en la distribución de las aguas.

Como puede observarse, el fin primordial que persigue este artículo es el de procurar la existencia de un Registro mediante el cual pueda saberse a ciencia cierta, qué cantidad de agua es la que corresponde a cada uno de los canales que extraen sus aguas directamente de un cauce natural —pues este requisito es indispensable para que pueda hablarse de "canales que forman parte de la

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

29

Junta de Vigilancia—, sin interesar, a lo menos en forma especial, cuál es la forma como esos derechos se distribuyen entre los diversos interesados que extraigan sus aguas del canal en referencia. Podría, pues, pensarse que, de acuerdo con la ley, no es necesario que deban inscribirse los actos o contratos que alteren la distribución dentro de esos canales, pero sin que tengan ninguna influencia en el monto total de los derechos de agua que a cada canal corresponda.

b) Otra inscripción prevista por el artículo 235.—Establece el inciso 2.º de esta disposición que los actos o contratos, así como las sentencias ejecutorias que alteren la distribución en los cauces naturales, se inscribirán en la Dirección General de Aguas. Esta disposición puede o no coincidir con la contenida en el inciso 1.º del mismo artículo, y a qué nos hemos referido en la letra a) precedente. En efecto, y tal como lo da a entender el artículo 240 del Código de Aguas, a que hicimos alusión en el N.º 49, bien pueden existir derechos de aprovechamiento que se capten directamente desde el cauce principal, y que no formen parte de una Junta de Vigilancia. En este caso no les sería aplicable la disposición contenida en el inciso 1.º, pero de todos modos estos actos o contratos, así como las sentencias ejecutorias, en cuanto alteren esa distribución, deberán inscribirse en el Registro que llevará la Dirección General de Aguas.

Ahora, si ese acto o contrato, o la sentencia en cuestión, no alteran la distribución, no será necesaria su inscripción.

c) Inscripción en el Registro de la Asociación de Canalistas.—De acuerdo con el artículo 98, la Asociación deberá llevar un Registro de Accionistas, en que se anotarán los derechos de aguas de cada uno de los asociados, las mutaciones de dominio que se produzcan y los gravámenes que se constituyan. Pero advierte la ley que estas inscripciones no se podrán efectuar, sin que previamente se hayan practicado las inscripciones que sean procedentes en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces.

Con el fin de facilitar que se mantenga al día dicho Registro, el artículo 99 faculta al Directorio de la Asociación para ordenar de oficio la inserción, en el Registro de la Asociación, de las ins-

cripciones respectivas que existan en el Registro de Aguas del Conservador.

Por su parte, el artículo 118 establece que sólo tendrán derecho a voto los accionistas cuyos derechos estén inscritos en el Registro social.

Dejaremos constancia, finalmente, que, de acuerdo con el artículo 162 del Código de Aguas, los artículos 98 y 99 recién citados son inaplicables a las Juntas de Vigilancia.

En cambio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 149, esos artículos son aplicables a las Comunidades de Aguas.

53.—Cómo se perfecciona la tradición de derechos de aprovechamiento que no estén sujetos al régimen de inscripción.—El artículo 245 establece que se transmitirán y transferirán conjuntamente con el predio de que forman parte, y que la tradición de esos mismos derechos, cuando se haga separadamente de dicho predio, se efectuará por escritura pública.

54.—Disposiciones que, al respecto, contenía el Código de 1948.—El artículo 271 antiguo establecía que “la tradición del dominio del derecho de aprovechamiento de las aguas y de derechos reales sobre ellas, se efectuará por la inscripción del título en un registro especial que deberá llevar cada Conservador de Bienes Raíces y que se denominará Registro de Aguas. También deberán inscribirse las concesiones de mercedes y los derechos que emanen de sucesión por causa de muerte. En la transferencia o transmisión de un predio, deberán especificarse sus derechos, salvo las excepciones legales o estipulaciones en contrario”.

Por su parte, los artículos 272 a 276, ambos números inclusivos, determinaban qué Registro de Aguas debía entenderse como competente territorialmente, la forma cómo se harían las inscripciones, prescribían la aplicación supletoria de las disposiciones civiles sobre posesión inscrita, establecían que “la posesión regular de los derechos de aguas sólo se adquirirá por medio de la correspondiente inscripción” (artículo 274) y preveían la dictación de un reglamento especial que contuviera los deberes y funciones del Conservador en lo que se refiere al Registro de Aguas.

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

31

Se nota de inmediato que el citado artículo 271 no daba margen al distingo que es posible formular hoy día, en cuanto a derechos que pueden inscribirse, esto es, derechos a los cuales les es facultativo acogerse al régimen de inscripción. Se advertía también la falta absoluta de reglamentación en cuanto a la forma de transferir los derechos de agua que no pudieran calificarse como derechos de aprovechamiento —únicos a los que se aplicaba el artículo 271—, cuando esa enajenación se hiciera en forma separada del predio.

55.—Expropiación de derechos de aguas.— El Código de Aguas se preocupa en diversos artículos de la expropiación de derechos de aguas, estableciendo en ellos, principalmente, una calificación de la utilidad pública de las aguas, en forma general, y para ciertos fines, con lo que se facilita grandemente la expropiación.

56.—Expropiación de aguas para la bebida.— El artículo 40 dispone que cuando se necesitarán aguas para los menesteres domésticos de un pueblo, esto es, para la bebida y el servicio de las habitaciones, calles y plazas de la población, se puede pedir la expropiación de las destinadas a otros usos, dejando una parte al dueño de las aguas expropiadas, e indemnizándole de todo perjuicio.

Para que proceda la expropiación invocando este artículo, no basta la mera utilidad; el que sea más económico usar de estas aguas. Es necesario que el pueblo carezca de otras, como se desprende de la expresión "cuando se necesitare aguas".

El Proyecto de 1936 disponía, en su artículo 43 inciso 2.º, que ya no aparece en el Proyecto de 1947: "Esta expropiación tendrá lugar cuando el Juez, oída la Dirección General de Aguas, establezca que no hay aprovechamientos de uso público que puedan aplicarse a dicho objeto".

57.—Necesidad de dejar al dueño de las aguas expropiadas una parte de ellas.— Si el caudal es abundante, no habrá dificultades de hacer esto, después de destinar la cantidad necesaria para satisfacer íntegramente las necesidades del pueblo.

Pero si el caudal no fuere suficiente, ¿debería la población reducir su consumo, o privarse al predio de toda su dotación? La solución más equitativa es aquella que cree lícita la expropiación total de las aguas. Por lo demás, y si no fuera ésta la solución correcta, habría en definitiva que gestionar la dictación de una ley especial que, en cada caso, calificara la utilidad pública de esas aguas y las expropiara íntegramente en beneficio del pueblo.

Nos parece que, de aceptarse la tesis propuesta, este artículo se aplicará sólo al caso en que haya dos o más regantes, de manera que ninguna de las dotaciones individuales baste por sí sola para las necesidades del pueblo, pero cuya dotación conjunta sea más que suficiente para dichas necesidades, caso en que no sería legal privar enteramente de su agua a uno de ellos, sino que habría que privar a ambos de una cuota.

Pero, ¿será preciso que dicha cuota sea proporcional? La ley no lo exige y, por el contrario, del estudio del artículo 300 se desprende que la ley no considera en un pie de igualdad a las distintas mercedes. Por tanto, puede privarse a los diversos concesionarios de cuotas también diferentes.

Por lo demás, en caso de pluralidad de titulares, y siempre que fuera posible satisfacer las necesidades del pueblo mediante la expropiación parcial de sus aguas a uno o más usuarios, sería perfectamente ajustado a derecho el que no se expropiara parte alguna a uno o más de ellos.

58.—Indemnización.—La ley exige, igualmente, que se indemnice al dueño de las aguas de todo perjuicio. Es ésta una expresión amplia, dentro de la cual cabe tanto el daño emergente como el lucro cesante, y de acuerdo con las reglas generales que informan la expropiación.

59.—Paralelo con las disposiciones del Código Civil.—Contemplaba la posibilidad de expropiación de las aguas el artículo 835 N.º 3 del Código Civil, que presenta con el artículo 40 del Código de Aguas las siguientes diferencias:

a) El Código Civil se refería a las necesidades de un pueblo vecino; el Código de Aguas no hace distingos.

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

33

b) El Código Civil consideraba la posibilidad de pedir la expropiación sólo en el caso en que la indemnización correspondiente no se ajustara de común acuerdo; el Código de Aguas autoriza directamente esta expropiación.

c) El Código Civil se refería tan sólo al "perjuicio inmediato", debiendo entenderse por tal el perjuicio actual, efectivo, causado por la privación de las aguas; no un perjuicio futuro e hipotético proveniente del beneficio que, en el porvenir, hubiera podido obtener el propietario de la heredad con el uso posible de las aguas.

Este adjetivo "inmediato", figuraba también en el Proyecto.

60.—Otros casos en que se calificaba, en el Proyecto de 1936, la utilidad pública de las aguas que se destinaran a ciertos fines.— Los artículos 46 y 49 del citado Proyecto autorizaban la expropiación de las aguas destinadas a otros fines, en favor de los ferrocarriles y del regadío, siempre que la utilidad que esas actividades reportaren fuere mayor que el daño causado y, tratándose de aguas que pretendieren expropiarse en favor de un ferrocarril, que no estuvieren destinadas a usos preferentes a éste.

Es interesante esta última disposición, ya que ella daba importancia a las causales de preferencia señaladas hoy día en el artículo 30, no sólo para los efectos de la concesión de mercedes, sino también, después de concedidas, para los efectos señalados en este número.

61.—Agua para la bebida en caso de extraordinaria sequía.— Situación contemplada en el artículo 41, en que se autoriza el destino temporal de aguas de aprovechamiento particular al abastecimiento de una población. Esta medida debe ser adoptada por el Presidente de la República, a petición de la Dirección General de Aguas.

Los perjuicios que tal medida irroque a los particulares deben ser indemnizados por el Estado. El Código de 1948 no indicaba quién debía hacer este pago y empleaba en cambio la expresión "previas las indemnizaciones correspondientes". La palabra "previa" fué suprimida por la Ley N.º 9.896.

Si el afectado no se conforma con la resolución del Presidente de la República, puede ocurrir ante la Justicia Ordinaria, pidiendo se deje sin efecto esa medida. Es competente para conocer de estas cuestiones la Corte de Apelaciones respectiva, debiendo determinarse por sorteo la Sala que conocerá del asunto, si la Corte funcionare dividida en salas.

En estos reclamos, y según innovación de la Ley N.º 9.896, procederá siempre la habilitación de feriado de vacaciones, lo que es natural, ya que aquél tiene lugar en meses de verano, en los que precisamente podrá ser necesaria la medida en referencia, y no es posible, dada la urgencia del asunto, postergar su conocimiento.

El interesado puede pedir a la Corte que, desde luego, haga cesar la privación de aguas, acompañando los antecedentes que justifiquen su petición. La reclamación se tramita sin forma de juicio, pues el Tribunal debe fallar con los antecedentes que se le presenten, pudiendo pedir informes a la Dirección General de Aguas, y decretar, para mejor resolver —en consecuencia, puede hacerlo de oficio—, informe de peritos e inspección del Tribunal.

En contra de la resolución, y sin considerar los recursos de interpretación, procedería sólo el de queja, pues son improcedentes la apelación y la casación, ya que la Corte fallará en única instancia.

El Código de 1948 permitía se interpusiera el recurso de casación, tanto en la forma como en el fondo.

62.—De la hipoteca de derechos de agua. Referencia a las disposiciones contenidas en el Código de 1948.—El artículo 277 disponía que "la hipoteca de un predio se extiende de pleno derecho y sin necesidad de especificación a las aguas que constituyen la dotación del fundo gravado"; estableciendo, en cambio, el artículo 278 que "las aguas no podrán darse en garantía de obligaciones independientemente del inmueble, salvo que se constituya para caucionar obligaciones estipuladas por la correspondiente Asociación o Junta de Vigilancia".

63.—Concepto de hipoteca de derechos de aguas.—El artículo 6.º inciso 3.º de la Ley N.º 2.139, sobre Asociaciones de Canalistas,

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGÜAS

35

establecía que "hay hipoteca de regadores cuando se hipoteca un predio con el agua que le pertenece" y, por su parte, el artículo 246 del Código de Aguas en actual vigencia, repite este mismo concepto al disponer que "hay hipoteca de derechos de aprovechamiento de aguas cuando se hipoteca el predio con el agua que le pertenece".

64.—Cómo se perfecciona el derecho real de hipoteca.—Establece el artículo 246 inciso 2.º que la hipoteca de los derechos inscritos en conformidad a la ley, deberá inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo. Y en el inciso 3.º preceptúa que "la hipoteca de los derechos a que se refiere el artículo 245 se regirá por lo dispuesto en el artículo 2420 del Código Civil".

Sabemos que el artículo 245 —ver N.º 49— se refiere a los derechos de aprovechamiento de aguas que no estén sujetos al régimen de la propiedad inscrita.

65.—Referencia al artículo 2420 del Código Civil.—Establece este artículo que "la hipoteca constituida sobre bienes raíces afecta los muebles que por accesión a ellos se reputan inmuebles según el artículo 570, pero deja de afectarlos desde que pertenecen a terceros".

Vemos que en este caso el dueño del predio conserva, como es natural, el derecho de enajenar los bienes muebles que se reputan inmuebles según el artículo 570, y que mediante esa enajenación deja de afectarlos el derecho real de hipoteca, de modo que el titular de este derecho ve disminuida la caución.

66.—Caso en que, en la escritura de hipoteca de un predio, no se especifiquen sus derechos de agua.—En este caso, dispone el artículo 246 en la segunda parte de su inciso 2.º, que "se entenderán hipotecados los —derechos— que aparezcan inscritos como dotación del fundo gravado".

Naturalmente, será necesario, en cuanto procedan, practicar las inscripciones respectivas en el Registro de Aguas.

A este respecto debemos recordar que el artículo 6.º inciso 4.º de la Ley N.º 2.139, decía que, en el caso propuesto, "se enten-

derán hipotecados los regadores que aparecen inscritos como donación del fundo gravado".

67.—Situación en que se encuentran, en el caso recién señalado, los derechos de agua no inscritos.—Se aplica en este caso la disposición del artículo 246 inciso final, que hace aplicable lo prescrito en el artículo 2420 del Código Civil.

68.—Prenda de derechos de agua.—El artículo 6.º inciso final de la Ley N.º 2.139, sobre Asociaciones de Canalistas, establecía que "un regador se entiende dado en prenda cuando garantiza una obligación independientemente del inmueble a cuyo riego o fin industrial está destinado", y permitía, sin ninguna limitación, la constitución de prenda sobre tales derechos.

69.—Disposiciones que, al respecto, contiene el Código de Aguas.—El Código de Aguas se limita a establecer, en su artículo 247, que "las aguas no podrán darse en garantía de obligaciones independientemente del inmueble, salvo que se constituya para caucionar obligaciones estipuladas por la correspondiente Asociación o Junta de Vigilancia", reproduciendo así la disposición contenida en el artículo 278 del Código de 1948.

Nótese que este artículo se refiere a la garantía de obligaciones contraídas por la respectiva Asociación o Junta de Vigilancia, y no a la garantía de las obligaciones contraídas por los regantes para con dichas entidades.

70.—Referencia al gravamen establecido en el artículo 108 del Código de Aguas.—Dispone este artículo que "los derechos de aprovechamiento de aguas quedan gravados de pleno derecho, con preferencia a toda prenda, hipoteca u otro gravamen constituido sobre ellos, en garantía de las cuotas de contribución para los gastos que fijen las Juntas". Por su parte, el artículo 110 establece que "los accionistas morosos en el pago de sus cuotas pagarán intereses penales hasta del dos por ciento mensual sobre el monto de lo adeudado, y serán privados del agua durante la mora, sin perjuicio de la vía ejecutiva y del embargo y enajenación de las acciones u otros bienes del deudor".

LA ENAJENACION DE DERECHOS DE AGUAS

37

71.—Referencia a la prenda contemplada en el artículo 95.—

El artículo 95 contempla el caso en que las Asociaciones de Canalistas se encuentren empeñadas en la ejecución de "trabajos extraordinarios, como bocatomas permanentes, marcos, construcciones de nuevos acueductos y otras obras de esa importancia", y necesiten "proporcionarse el capital necesario para tales trabajos". En este caso, dicha disposición autoriza a las Asociaciones para dar "en prenda en garantía de préstamos a corto o largo plazo que ellas obtengan, o de bonos que emitan ellas mismas, a fin de proporcionarse el capital necesario para tales trabajos", "los créditos contra los accionistas procedentes de cuotas" para los mencionados trabajos extraordinarios.

El inciso segundo de este mismo artículo establece la forma como debe darse noticia a los accionistas de tal hecho.

72.—Aplicación de los artículos 95 y 108 a las Comunidades de Agua y a las Juntas de Vigilancia.—El artículo 108 es aplicable también a las Comunidades y a las Juntas de Vigilancia, pues no figura entre los artículos pertenecientes al Párrafo I del Título VI del Libro I del Código de Aguas, que los artículos 149 y 162, respectivamente, excluyen de entre las disposiciones aplicables a las mencionadas Comunidades y Juntas de Vigilancia.

En cambio, el artículo 95 no es aplicable a las Comunidades de Agua, dado lo dispuesto en el artículo 149, pero sí tiene aplicación con respecto a las Juntas de Vigilancia.
