Boletín N° 9.413-09

Proyecto de ley, iniciado en moción del Honorable Senador señor Walker, don Patricio, que modifica el Código de Aguas regulando la caducidad del derecho de aprovechamiento de agua.

En general, se puede señalar que, someter los derechos de aprovechamiento de aguas a un régimen de caducidad se fundaría en que tales derechos serian ejercidos respecto de un bien que, conforme con la Constitución y las leyes, es calificado como bien nacional de uso público, lo que significa que por regla general, ellos pueden ser usados por todas las personas en igualdad de condiciones.

Por otra parte, en otros casos nuestra legislación establece, que un derecho adquirido a partir de un Acto Administrativo se encuentre sujeto a un régimen de caducidad, asociado al incumplimiento de obligaciones e, incluso, en el caso de las concesiones marítimas existe la facultad de poner término a la concesión sin expresión de causa.

I. Régimen normativo aplicable al agua

El numeral 23 del artículo 19 de la Constitución Política asegura a todas las personas: "La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes;"

A este respecto Evans de la Cuadra señala que "La Constitución garantiza la libertad para adquirir a cualquier título lícito, y de hacer ingresar al dominio privado de las personas toda clase de bienes (...) y todas las cosas susceptibles de ser incorporadas a un patrimonio personal. La adquisición del dominio supone la protección constitucional de derecho de propiedad sobre los bienes." Así, lo garantizado por esta norma constitucional es el derecho para adquirir el dominio de sobre toda clase de bienes pero no de una manera absoluta, pues establece ciertas categorías de ellos que quedan fuera del comercio y por tanto respecto de las cuales no es posible la apropiación por parte de los particulares: aquellas que la naturaleza ha hecho común a todos los hombres y las que, a través de una declaración legal, deben pertenecer a la nación toda.

En materia de aguas esta norma debemos complementarla con los artículos 589 inciso primero y 595 de Código Civil y el artículo 5° del Código de Aguas. La primera de estas normas dispone: "Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda". Con esto tenemos que los bienes nacionales y aquellos que deben pertenecer a la nación toda, de los que habla el texto constitucional, conforman una misma categoría. Molina Guaita señala que, en todo caso, "Hay que atender a la naturaleza de los bienes y no sólo a la voluntad del legislador."

La segunda de las normas, el artículo 595 del Código Civil, se refiere específicamente a las aguas y prescribe que "Todas las aguas son bienes nacionales de uso público" con lo que las aguas serían de aquel tipo de bienes cuyo "(...) uso pertenece a todos los habitantes de la nación". No obstante, esta afirmación debemos entenderla en concordancia con lo que dispone la última de las normas que hemos citado más

arriba: el artículo 5° del Código de Aguas que dispone: "Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código."

Del análisis de estas normas tenemos que las aguas son bienes nacionales de uso público, es decir, sobre ellas se ha establecido una reserva estatal o publicatio de su titularidad; en otras palabras, es el Estado el titular de las mismas. Así, la segunda parte del artículo 5° del Código de Aguas tiene su explicación en esta reserva que se hace de las mismas. En palabras de Vergara Blanco "(…) todo uso de las aguas por los privados debe necesariamente ser concedido por el Estado: éste otorga a los particulares una 'concesión o merced de aguas' ".

II. Derechos de aprovechamiento de agua

Sobre las aguas como bienes nacionales de uso público, el Estado otorga, mediante una concesión administrativa, un "derecho de aprovechamiento" que no es otra cosa que la entrega de un poder jurídico "(...) que se manifiesta por la posibilidad que tiene una persona, natural o jurídica, de usar agua, de utilizar agua para los fines que estime convenientes, de acuerdo con las características de su título."

El Código de Aguas en su artículo 6° incisos primero y segundo define este derecho: "El derecho de aprovechamiento es 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. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley."

Es, por tanto, un derecho que se le otorga a los particulares, de manera gratuita, para que puedan aprovechar las aguas y, como tal se incorpora dentro del patrimonio de las personas. Consecuentemente, se encuentra protegido constitucionalmente por la garantía contenida en el artículo 19 N° 24 de nuestra Constitución Política, tanto por la garantía general contenida en el inciso primero de dicho numeral -"El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales. (...)"- y de manera específica en su inciso final al prescribir "Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;".

Ahora bien, a diferencia de otros derechos que el Estado, a través de la Administración, constituye a favor de los particulares, este derecho no se encuentra sujeto a un régimen de caducidad. Por el contrario, por tratarse de un derecho real, los derechos de aprovechamiento, una vez legalmente constituidos, sólo van a extinguirse para su titular en la medida que otra persona los adquiera, mediando la respectiva tradición del derecho o por prescripción adquisitiva.

Sin embargo, es necesario además hacer referencia a dos figuras que se regulan en el Código de Aguas que implican la extinción del derecho para su titular: la renuncia y el remate por no pago de la patente por no uso de los derechos de agua.

Respecto de la renuncia, esta se encuentra contemplada, como una forma de extinción de los derechos de aprovechamiento, en el artículo 6° inciso final del código del ramo que establece: "Si el titular renunciare total o parcialmente a su derecho de aprovechamiento, deberá hacerlo mediante escritura pública que se inscribirá o anotará, según corresponda, en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador

de Bienes Raíces Competente. El Conservador de Bienes Raíces Informará de lo anterior a la Dirección General de Aguas, en los términos previstos por el artículo 122. En todo caso, la renuncia no podrá ser en perjuicio de terceros, en especial si disminuye el activo del renunciante en relación con el derecho de prenda general de los acreedores.".

Esta renuncia es la única forma en que un particular se deshace de su derecho de aprovechamiento y este, en cierta forma, vuelve a manos del Estado. Para que ella tenga efectos, debe ser hecha mediante escritura pública y debe inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas y anotarse en el Catastro Público de Aguas.

Por ser el derecho de aprovechamiento de aguas uno de carácter patrimonial, se establece una situación en que la renuncia no produce efectos: cuando ella es hecha en perjuicio de los derechos de los acreedores. Lo anterior, por cuanto una persona, a fin de ocultar sus bienes y que sus acreedores no puedan cobrar sus créditos, podría renunciar, total o parcialmente, a los derechos de agua de que es titular, lo que obviamente se traduce en un perjuicio para tales terceros.

En relación al remate de los derechos de aguas por no pago de la patente por no uso podemos señalar que, a diferencia del caso anterior, tal derecho no desaparece sino que es transferido, de manera forzosa en este caso, a un tercero que pasa a ser su nuevo titular. De esta forma, no se produce, como en el caso de la renuncia, una devolución del derecho hacia el Estado, en su calidad de titular de los bienes nacionales de uso público, sino que tal derecho puede seguir siendo ejercido y transferido en el denominado mercado de las aguas.

III Régimen de caducidad de otros derechos constituidos administrativamente

A diferencia de lo que ocurre con los derechos de aguas, existen en nuestro ordenamiento, otros derechos que son constituidos por parte de la Administración del Estado a favor de los particulares de manera gratuita.

Así, por ejemplo, el Decreto Ley N° 1.939 de 1977 que establece normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, al regular las transferencias a título gratuito de bienes fiscales, sujeta dichas transferencias a un régimen de caducidad, la que se aplica cuando el beneficiario con la transferencia no diere cumplimiento a las obligaciones impuestas, infringiere las prohibiciones que se le fijaren, sin derecho a indemnización (artículo 94).

Por otra parte, en el caso de las concesiones marítimas, las que al igual que los derechos de aguas se ejercen sobre un bien nacional de uso público, se encuentran sujetas a un régimen de caducidad. En este sentido el artículo 7° de la Ley de Concesiones Marítimas establece las siguientes causales de caducidad:

"a) El atraso en el pago de la renta de concesión correspondiente a un período anual o a dos períodos semestrales;

b) La infracción de cualquiera disposición del presente decreto con fuerza de ley o del reglamento, y

c) El incumplimiento de alguna de las obligaciones establecidas en el decreto de concesión."

Además, cabe destacar que los artículos 9° y 10 de esta ley establecen a favor del Estado el derecho a poner término a las concesiones, incluso sin expresión de causa y sin derecho a indemnización para el concesionario.

IV. Establecimiento de un régimen de caducidad en materia de derechos de aprovechamiento de aguas

A partir de lo dicho, establecer un régimen de caducidad de derechos de agua, no aparece como algo exótico a nuestro ordenamiento jurídico. De lo que se ha dicho, tenemos que las aguas son bienes nacionales de uso público y el derecho que se concede a los particulares es un derecho de aprovechamiento de las mismas y no un derecho de propiedad de las mismas.

Por otra parte, los derechos que tienen como fuente actos administrativos, están sujetos a un régimen de caducidad, esto es, que el incumplimiento de determinadas obligaciones, establecidas por la ley e incluso por el acto que concede el derecho abre la opción de poner término a tal derecho, fundado en el referido incumplimiento.

Así, para poder establecer un régimen de caducidad de los derechos de aguas, sería necesario establecer a nivel legal y específicamente en el Código de Aguas los siguientes aspectos:

• Las causales de caducidad de los derechos de agua, tomando en consideración el tipo de derecho de que se trate (consuntivo, no consuntivo, de ejercicio permanente o esporádico, etc.);

• El procedimiento y requisitos para declarar la caducidad;

• El régimen de reclamación de la declaración de caducidad.

Atendidas las consideraciones formuladas, vengo en proponer el siguiente,

PROYECTO DE LEY

Artículo único: Introdúcese las siguientes modificaciones al Código de Aguas:

a.- Agréganse los siguientes incisos segundo y tercero al artículo 21: "El derecho de aprovechamiento se extinguirá o caducará si las aguas no se utilizaren durante tres años consecutivos o durante el plazo señalado en la concesión, si cesare durante ese plazo la utilización para la cual se concedió o si se diere a las aguas una utilización distinta a la señalada en la concesión.

La Dirección General de Aguas, a petición de cualquier persona interesada declarará la caducidad de acuerdo al procedimiento de los artículos 130 y siguiente de este Código y su resolución podrá ser objeto de reconsideración ante la Corte de Apelaciones respectiva, según lo dispuesto en los artículos 136 y 137"

b.- Reemplázase el número 7 del artículo 114 por el siguiente: "7. Las resoluciones judiciales ejecutoriadas que reconozcan la existencia o declaren la caducidad total o parcial de un derecho de aprovechamiento inscrito."

c.- Agrégase al artículo 129, después del punto final que se elimina, la frase "y en este Código".

d.- Agrégase al artículo 140 los siguientes números 5 y 6 nuevos, pasando el 5 a ser 7 y el 6 a ser 8: "5. El uso o destino que se dará a las aguas; y la ubicación y extensión del terreno, industrial o establecimiento que va a aprovecharlas; 6. El plazo dentro del cual se iniciará el uso de las aguas sobre las que se hará efectivo el derecho, que no será superior a 3 años a contar de su otorgamiento. Podrá solicitarse y concederse un plazo mayor cuando los proyectos lo requieran, lo que calificará la Dirección General de Aguas".

e.- Introdúcese al artículo 149 un N° 7 nuevo, pasando el actual N° 7 a ser N° 8: "7. El plazo dentro del cual deberán usarse las aguas. Podrá prorrogarse este plazo por parte del Director General de Aguas."