

ELEMENTOS DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

GONZALO MUÑOZ ESCUDERO

*Profesor de Derecho de Aguas
Universidad Católica del Norte
Universidad Gabriela Mistral*

Se trata, aquí, de determinar y explicar cuáles son los elementos que definen un determinado derecho de aprovechamiento y que lo diferencian de los demás.

Se señala, comúnmente, que tales elementos son tres, a saber:

- I. Una fuente determinada.
- II. Una dotación determinada.
- III. Un punto de captación determinado.
- IV. A los elementos anteriores, habría que agregar las características del derecho de aprovechamiento.

Análisis de cada uno de ellos:

I. UNA FUENTE DETERMINADA

El punto de partida en esta materia es el artículo 22 del Código de Aguas, con arreglo al cual el derecho de aprovechamiento se puede constituir sólo en fuentes naturales o en obras estatales de desarrollo del recurso.

A) Cauces naturales

A los cauces naturales se refieren los artículos 30 y siguientes del Código de Aguas. En primer término, estas normas legales distinguen entre cauces naturales de aguas superficiales corrientes y cauces naturales de aguas superficiales detenidas.

Los primeros se encuentran definidos en el artículo 30 inciso 1º, en los siguientes términos: *"Alveo o cauce natural de una corriente de uso público es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas"*.

En seguida, se refiere el inciso 2º del mismo artículo, al dominio y a las posibilidades de uso de este suelo.

Por su parte, de conformidad con los artículos 30 inciso 3º y 34, deben aplicarse las reglas que el Código Civil establece a propósito del modo de adquirir accesión –específicamente de inmueble a inmueble– en los casos de aluvión, avenida, inundación, variación de curso de un río o división de este en dos brazos.

Ahora bien, siempre en relación con los cauces naturales de aguas superficiales corrientes, el artículo 31 prescribe que las mismas reglas del artículo 30 –en cuanto al dominio, posibilidades de uso y a la accesión de inmueble a inmueble– se aplican también a los álveos de corrientes discontinuas de uso público, salvo que esas corrientes discontinuas estén formadas por aguas pluviales, caso en el cual el respectivo cauce natural pertenece al dueño del predio.

Por su parte, el artículo 35 define el álveo o lecho de los lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas, señalando que *"es el suelo que ellas ocupan en su mayor altura ordinaria"*. Agrega que este suelo es de dominio privado, salvo cuando se trate de lagos navegables por buques de más de cien toneladas.

Vale decir, en cuanto al dominio del cauce, aquí el principio general es el inverso del de

los cauces de aguas corrientes; por cuanto la regla general es que aquellos sean bienes nacionales de uso público, en tanto que respecto de los segundos, la regla general es que sean de dominio privado.

Ahora bien, si bien el Código de Aguas define los cauces naturales, de aguas superficiales tanto corrientes como detenidas, y especifica a quién corresponde su dominio, se hace necesario delimitarlos, para efectos de conocer cuáles son sus deslindes precisos y, consecuentemente, cuáles son los deslindes de los predios colindantes.

Para llevar a cabo tales operaciones, el ex Ministerio de Tierras y Colonización, actualmente Ministerio de Bienes Nacionales, dictó el 31 de Agosto de 1978 el Decreto Supremo N° 609 que fija normas para establecer deslindes propietarios riberanos con el bien nacional de uso público por las riberas de los ríos, lagos y esteros, publicado en el Diario Oficial el 24 de enero de 1979¹

Con respecto a la fuente natural, cabe señalar que, tratándose de aguas superficiales, este elemento puede ser modificado; situación que se encuentra tratada en los artículos 158 y siguientes del Código de Aguas: Del cambio de fuente de abastecimiento.

Aunque este cuerpo legal no lo menciona, resulta evidente que tanto el cauce natural desde el cual se solicita el cambio, como, asimismo, aquel hacia el cual se pide tal cambio, deben pertenecer a una misma cuenca u hoya hidrográfica, por ser esta un todo, un sistema.

En caso contrario, esto es, si se pidiera el cambio hacia un cauce natural de una cuenca distinta de aquella en que se tiene, se estaría, en definitiva, pidiendo, en esencia, un nuevo derecho de aprovechamiento.

Cabe hacer notar que hay ciertos casos en que, dependiendo de la fuente natural en que se encuentren las aguas, específicamente aguas superficiales, se tendrá el derecho de aprovechamiento por el solo ministerio de la ley.

Es el caso de las aguas que corresponden a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad, como, así mismo, sobre

las aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas, de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en los cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros, a la fecha de vigencia del Código de Aguas (29 de octubre de 1981).

A este respecto, debe tenerse presente que por Decreto Supremo N° 11, de fecha 15 de enero de 1998 (D.O. de 19/6/1998), del Ministerio de Defensa Nacional (Subsecretaría de Marina), se fijó la nómina oficial de lagos navegables por buques de más de cien toneladas.

B) Obras estatales de desarrollo del recurso

Me he referido fundamentalmente a los cauces naturales, porque, por regla general, serán estos los únicos sobre los cuales se podrán constituir derechos de aprovechamiento. En efecto, tal como ya se señaló, de conformidad con el artículo 22 del Código de Aguas, tales derechos podrán otorgarse sobre aguas existentes sólo en fuentes naturales o en obras estatales de desarrollo del recurso, siendo estas últimas los únicos cauces artificiales sobre los cuales podrán otorgarse derechos de aprovechamiento.

Esta norma, en lo que se refiere a las obras estatales de desarrollo del recurso, apunta, fundamentalmente, a las obras de riego construidas por el Fisco, específicamente por la Dirección de Riego, la que, al igual que la Dirección General de Aguas, depende del Ministerio de Obras Públicas.²

La razón de que no se puedan constituir derechos de aprovechamiento sobre otras obras artificiales —que no sean las construidas por el Estado para el desarrollo del recurso— es simple: para poder ejecutar tales obras, el particular debe tener, previamente, la titularidad

¹ El Código de Aguas no define ni clasifica las fuentes naturales de aguas subterráneas, tema de suyo complejo desde el punto de vista técnico y, consecuentemente, para abordarlo desde la perspectiva legal.

² a) Con respecto al otorgamiento de derechos de aprovechamiento en obras de riego construidas por el Estado y total o parcialmente terminadas a la fecha de entrada en vigencia del actual Código de Aguas, véase el artículo 11 de las Disposiciones Transitorias de este cuerpo legal.

b) En general, en relación con el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas en obras de riego construidas por el Estado, véase el Decreto Ley N° 1.123, de 1981, publicado en el Diario Oficial el día 21 de diciembre de ese mismo año, que establece normas sobre ejecución de obras de riego por el Estado, inserto en el apéndice del Código de Aguas.

de los respectivos derechos de aprovechamiento sobre las aguas que se conducirán o almacenarán en ellas, según el tipo de obra de que se trate. En consecuencia, no es posible otorgar un derecho de aprovechamiento sobre aguas ya dadas con anterioridad en otro derecho de aprovechamiento.

Clara demostración de que para construir obras artificiales se requiere ser previamente dueño de un derecho de aprovechamiento de aguas, son, por ejemplo, el que para solicitar la autorización a la Dirección General de Aguas para construir una bocatoma, se deben expresar en la respectiva petición, entre otras menciones, los títulos que justifiquen el dominio de los derechos de aprovechamiento que se captarán con las obras que se pretende ejecutar (artículo 151 del Código de Aguas); el que para que se tenga derecho a imponer servidumbre legal de acueducto, deben cumplirse ciertos requisitos, uno de los cuales es ser titular de un derecho de aprovechamiento de aguas. Esta exigencia se desprende de lo dispuesto en el artículo 25 del Código de Aguas, en cuanto es sólo ese derecho el que conlleva, por el ministerio de la ley, la facultad de imponer todas las servidumbres necesarias para su ejercicio, sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes (artículo 25 del Código de Aguas).

Ahora bien, a la individualización de la fuente natural se refieren el artículo 140 N° 1, a propósito de los requisitos de una solicitud de constitución de un derecho de aprovechamiento, y el artículo 149 N° 2, a propósito de los requisitos de una resolución o de un decreto supremo, según el caso, que otorgue tal derecho.

Los cauces artificiales, también denominados canales, por otra parte, se encuentran definidos en el artículo 36 inciso 1° del Código de Aguas, en los siguientes términos: "*Canal o cauce artificial es el acueducto construido por la mano del hombre*". Se agrega en esta misma norma legal que forman parte del mismo las obras de captación, conducción, distribución y descarga del agua, tales como bocatomas, canoas, sifones, tuberías, marcos partidores y compuertas; añadiéndose que estas obras y canales son de dominio privado.

Norma esta última que es plenamente concordante con aquella contenida en el artículo 202, también del Código de Aguas (ubicado en el Título relativo a De las Comunidades de

Aguas), la cual se refiere, también, al dominio de estas obras artificiales: "*Las obras que formen parte de un sistema sometido a la jurisdicción de una comunidad de aguas pertenecerán a quienes hayan adquirido su dominio en conformidad a las normas de derecho común*".

Se presume dueño de las obras a los titulares de derechos que extraigan, conduzcan o almacenen aguas en ellas, en la proporción de sus derechos".

En seguida, el artículo 36 inciso 2° del cuerpo legal de la especialidad, define los embalses: "*Es la obra artificial donde se acopian aguas*".

Estos embalses son, principalmente, obras estatales de desarrollo del recurso, aspecto al cual ya se ha hecho mención; y embalses que se construyen para la generación de energía hidroeléctrica, materia esta última en la cual la Ley General de Servicios Eléctricos también tiene algo que decir.

II. UNA DOTACIÓN DETERMINADA

Se refiere a la cantidad de agua que corresponde a un derecho de aprovechamiento determinado.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 7° del Código de Aguas, "*El derecho de aprovechamiento se expresará en volumen por unidad de tiempo*".

Esta norma aparece reiterada, entre otros, en los artículos 140 N° 2, que trata de los requisitos de una solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento, y 149 N° 3, que se refiere a las menciones que debe contener la resolución o el decreto supremo, en su caso, que otorgue tal derecho.

Sin embargo, como se ha reiterado en otras oportunidades, no todos los derechos de aprovechamiento reúnen en sus títulos todas o, al menos, algunas de las menciones que para ellos exige la actual legislación de aguas.

Es así como hay numerosos derechos de aprovechamiento que no están expresados en volumen por unidad de tiempo, sino que están expresados en otras unidades, las más frecuentes de las cuales son las acciones³ o rega-

³ La acción representa una parte alícuota de la cantidad de agua existente en un cauce natural determinado, en un punto dado y en un momento también determinado.

dores⁴ o, lisa y llanamente, no contienen referencia alguna a la cantidad de agua que les corresponde.

Es debido a lo anterior –la imprecisión de algunos títulos de derechos de aprovechamiento en cuanto al caudal que les corresponde– que el actual Código de Aguas establece un procedimiento para convertir a volumen por unidad de tiempo derechos de aprovechamiento cuyo caudal esté expresado en otras unidades o que no tengan mención alguna al respecto. Se trata del artículo 309: “Los derechos de aprovechamiento otorgados con anterioridad a este Código, y que no estén expresados en volumen por unidad de tiempo, se entenderán equivalentes al caudal máximo legítimamente aprovechado en los cinco años anteriores a la fecha que se produzca controversia sobre su cuantía”.

Esta norma presenta, a mi modo de ver, el inconveniente que, si los últimos cinco años han sido de sequía, como ha ocurrido recientemente, entonces el caudal que se le determinará al derecho de aprovechamiento en cuestión será inferior al que históricamente ha utilizado.

Por otra parte, podría pensarse que es también un inconveniente de esta norma, el que es poco operativa, en cuanto sólo si se produce controversia podrá efectuarse la conversión del caudal de un derecho de aprovechamiento. Mientras no se produzca tal controversia, no será posible solicitarle al Tribunal competente que, en un procedimiento no contencioso, determine tal conversión.

Sin embargo, en mi concepto, ello no es así, toda vez que, en mi parecer, lo que señala el artículo 309 en análisis es que en caso que haya

controversia acerca de la cuantía de un derecho de aprovechamiento, se considerará el caudal que este ha utilizado en los últimos cinco años. Vale decir, esa será la pauta a la cual deberá sujetarse el juez competente para resolver la contienda.

Pero nada obstará, en mi parecer, para que el titular de un derecho de aprovechamiento solicite al Tribunal competente que en un procedimiento no contencioso o de jurisdicción voluntaria, determine el caudal de tal derecho en volumen por unidad de tiempo.

III. EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DEBE EJERCERSE EN UN PUNTO DETERMINADO

A esta materia se refieren, principalmente, los artículos 140 N° 3 (requisitos de una solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento) y 149 N° 4 (menciones del acto administrativo que otorga ese mismo derecho).

Así, si se trata de aguas superficiales, el título debe especificar la ubicación de la bocanilla u obra de captación correspondiente. Igualmente, si es un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, el título debe señalar con precisión la ubicación del pozo, del dren o de la respectiva obra de captación.

Además, respecto de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, este elemento en análisis tiene mayor relevancia aún, por cuanto es en función de la ubicación del punto de captación de las aguas que se define el área de protección.⁵

La práctica ha llevado a que, al igual que en Derecho Minero, en la actualidad se utilice, para efectos de determinar el punto de captación, el sistema de coordenadas U.T.M. (Universales Transversales de Mercator).

Este elemento del derecho de aprovechamiento no es irrelevante, por cuanto la disponi-

Es, por lo tanto, variable en el tiempo en cuanto a la cantidad de agua que comprende. Así, por ejemplo, si los derechos de aprovechamiento de aguas existentes en un río se encuentran divididos en un total de 100 acciones, y una persona es dueña de un derecho equivalente a 10 acciones, podrá captar el 10 % de la cantidad de agua que exista en ese río en un momento dado. Si este trae 100 litros por segundo, podrá captar 10 litros por segundo, y si trae 50 litros por segundo, podrá captar 5 litros por segundo.

⁴ El regador, por su parte, corresponde a un dispositivo para captar aguas desde un cauce natural, que tiene determinadas dimensiones, y se encuentra definido en un Senado Consulto de 18 de noviembre de 1819: “Que el regador, bien sea del canal de Maipo, o de cualesquiera otro río, se compondrá en adelante de una sexta de alto, y cuarta de ancho, con el desnivel de quince pulgadas el que se aprecia en setecientos cincuenta pesos”.

⁵ El área de protección puede ser definida como “aquella área alrededor de una obra de captación de aguas subterráneas, sobre la cual se tiene un derecho de aprovechamiento legalmente constituido o reconocido o cuyo derecho de aprovechamiento es susceptible de ser regularizado en conformidad al procedimiento establecido en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas y cuyas dimensiones son fijadas en el acto respectivo, dentro de la cual no es posible, sin la autorización del dueño de dicha obra de captación, constituir otro derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas”.

bilidad de recurso hídrico en un punto determinado de un cauce natural puede ser diametralmente distinta a la disponibilidad existente en otro punto del mismo cauce natural.

Ahora bien, este elemento del derecho de aprovechamiento, al igual que la fuente, puede ser modificado, pero a diferencia de aquel, este puede ser variado tratándose tanto de aguas superficiales, como, así mismo, tratándose de aguas subterráneas.

En efecto, respecto de las primeras es posible solicitar lo que el Código de Aguas denomina "traslado del ejercicio de los derechos de aprovechamiento", materia a la cual se refiere su artículo 163.

Respecto de las segundas, el cambio de punto de captación lo permite expresamente el artículo 33 de la Resolución N° 186⁶, de la Dirección General de Aguas, que dispone normas de aplicación general que regulan la exploración y explotación de aguas subterráneas.

IV. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO

Se refiere a las clasificaciones legales, que distinguen entre derechos consuntivos y no consuntivos, por una parte; entre derechos de ejercicio permanente y de ejercicio eventual, por otro lado; y, finalmente, entre derechos de ejercicio continuo, de ejercicio discontinuo y de ejercicio alternado con otras personas.

El espíritu del legislador, al exigir que los títulos de derechos de aprovechamiento de

aguas mencionen todos los elementos antes señalados, es, en definitiva, que haya absoluta claridad acerca de las características de tales derechos y, consecuentemente, acerca de las posibilidades que estos otorgan a sus titulares.

A este respecto, el Reglamento del Catastro Público de Aguas⁷ (aprobado por Decreto Supremo N° 1.220, del Ministerio de Obras Públicas, de fecha 30 de diciembre de 1997 y publicado en el Diario Oficial el 25 de julio de 1998) señala, en sus artículos 44 y siguientes, que para que un derecho de aprovechamiento de aguas pueda ser incorporado en él, el título respectivo deberá ser previamente perfeccionado y regularizado de acuerdo a los criterios y presunciones que establecen los artículos 309 y siguientes del Código de Aguas, y demás pertinentes. Para tales efectos, se les atribuye la naturaleza de "esenciales" a las siguientes características de un derecho de aprovechamiento: Nombre del titular; el álveo o ubicación del acuífero de que se trata; provincia en que se sitúe la captación y la restitución, en su caso; caudal, de acuerdo a lo establecido en los artículos 7° y 268 del Código de Aguas; si el derecho es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas.

De acuerdo con el mismo Reglamento, el procedimiento a seguir para obtener tal perfeccionamiento y regularización de los títulos de derechos de aprovechamiento de aguas, es el procedimiento judicial sumario, al cual se refieren los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas.

⁶ Dicha Resolución es de fecha 11 de marzo de 1996 y fue publicada en el Diario Oficial de fecha 15 de mayo de 1996 y reemplazó a la Resolución N° 207, de 1983, también de la Dirección General de Aguas, la que trataba de las mismas materias. Sin embargo, una de las novedades que introdujo la Resolución N° 186 con respecto a esta última fue, precisamente, que aquella permite ahora el cambio de punto de captación de derechos de aprovechamiento, eso sí, con algunas restricciones: a) Que se trate de un mismo acuífero; b) Que exista disponibilidad del recurso; c) Que no se perjudique derechos de terceros; d) Que se respeten las disposiciones contenidas en la misma Resolución N° 186.

⁷ Al Catastro Público de Aguas se refiere el artículo 122 del Código de Aguas, en el cual, según dicha norma legal, constará toda la información que tenga relación con ellas y estará constituido por los archivos, registros e inventarios que el reglamento establezca. Dicho reglamento es, precisamente, el ya citado Decreto Supremo N° 1.220.