

POSIBILIDAD LEGAL DE CONSTITUIR DERECHOS DE APROVECHAMIENTO EN EMBALSES ESTATALES

JOSÉ A. GUTIÉRREZ GONZÁLEZ

Abogado

Jefe Asesoría Jurídica

Dirección de Obras Hidráulicas - MOP

El presente trabajo tiene por finalidad demostrar la posibilidad legal de constituir derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente sobre las aguas acumuladas en embalses estatales.

Me voy a referir a las actuales disposiciones vigentes, no a las que deberían existir según la opinión de cada interesado o estudioso del derecho de aguas, para concluir, a su vez, que el actual proyecto de modificación al Código de Aguas, que se refiere a su artículo 22, no es realmente una nueva facultad que se otorga a la Dirección General de Aguas para constituir derechos de aprovechamiento de aguas, sino que sólo es una aclaración de una facultad ya existente desde hace diecinueve años en nuestro Código vigente.

I. NORMAS LEGALES QUE REGULAN LA MATERIA

El artículo 22 del Código de Aguas dispone que "La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales del desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros".

La norma indicada debe interpretarse en concordia con lo previsto en el artículo 17 del Decreto Supremo N° 285, de 1994, que reglamenta el procedimiento para la aplicación del DFL N° 1.123, de 1981, sobre ejecución de obras de riego por el Estado, en el sentido que en las obras estatales de desarrollo del recurso los derechos de aprovechamiento los asignará la Dirección General de Aguas a petición de la Dirección de Obras Hidráulicas y que tales obras son exclusivamente los embalses.

Aún más, en el actual proyecto de modificación del artículo 22 del Código de Aguas, que se tramita en el Congreso Nacional, y con la finalidad de que no pueda existir duda alguna sobre el particular, se precisa el concepto de "obra estatal de desarrollo del recurso", señalando que ellas son los embalses construidos por el Estado. Con ello, se pretende, además, armonizar esta disposición con aquella del artículo 2°, inciso 4°, del mismo cuerpo legal, que alude expresamente a los embalses, de forma tal que, en caso alguno, podríamos entender que con ello, por primera vez, se esté permitiendo crear derechos sobre embalses.

De lo expuesto, aparece de manifiesto que sólo excepcionalmente se pueden constituir derechos de aprovechamiento en fuentes distintas a las naturales, y ello sólo cuando estamos en presencia de una obra estatal de desarrollo del recurso (embalses construidos por el Estado). De la norma indicada se desprende también que jamás se pueden constituir derechos de aprovechamiento sobre aguas acumuladas en embalses por particulares.

Asimismo, de lo previsto en el artículo 18 inciso 2° del mismo Código aparece que sobre las aguas *lacustres o embalsadas* no pueden constituirse derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual. A contrario sensu, en dichas fuentes sólo se pueden constituir derechos de ejercicio permanente. Ejemplos de ello existen muchos: lago Elizalde, Chapo, etc.

Ahora bien, corresponde ahora preguntarse la razón tenida a la vista por el legislador para establecer la excepción de permitir constituir derechos de aprovechamiento en embalses estatales.

Para ello, primeramente debemos dar respuesta a la siguiente pregunta: ¿Por qué se estima que los embalses son obras estatales de desarrollo del recurso? La respuesta, en nuestro concepto, es porque los embalses son las únicas obras hidráulicas que permiten acopiar aguas (al decir del artículo 36 del Código de Aguas), esto es, atendida su particular naturaleza, posibilitan acumular el recurso hídrico, para que éste sea utilizado cuando se le necesite, mientras que otras obras hidráulicas (canales, sifones, canoas, etc.) no lo desarrollan, sino que sólo tienen por finalidad conducir o transportar el agua hasta el lugar de su aprovechamiento, perdiéndose en su camino aquella que se infiltró y la que se evaporó.

De más está decir que sólo se puede constituir un derecho de aprovechamiento sobre aguas acumuladas en base a un derecho previo del Estado o Fisco. Lo normal es que ese derecho sea eventual y en caso alguno significa que éste se transforme en permanente. Por el contrario, siempre debe subsistir este derecho eventual en la fuente natural para que al ejercitarse permita acumular el recurso. Es sobre las aguas acumuladas que se constituirá el derecho permanente que la ley permite.

II. FICCIÓN LEGAL

Cuando se creó la facultad de constituir derechos de aprovechamiento en obras estatales de desarrollo del recurso (artículo 22), el legislador no quiso sino resolver, de una manera definitiva, la forma de distribuir equitativamente las aguas acumuladas en este tipo de obras estatales (embalses como dice el inciso 4º del artículo 2º del Código de Aguas). Por ello es que dispuso, expresamente, que se podrían constituir derechos, siempre que no se perjudiquen ni menoscaben derechos de terceros, en dos tipos de fuentes: a) En fuentes naturales, y b) En fuentes artificiales (Obras estatales del desarrollo del recurso).

Respecto de la constitución de derechos en fuentes naturales, no me referiré, pues no reviste complejidad alguna. Sí interesa analizar la constitución en fuentes artificiales. Esta última no es sino una ficción legal, por medio de la cual el legislador les atribuye a las "obras estatales de desarrollo del recurso" las mismas características que tienen las fuentes naturales. En virtud de ello, resolvió el grave problema que se presentaría de no existir tal posibilidad.

Efectivamente, si se estimare que no es posible constituir derechos de aprovechamiento en obras estatales de desarrollo del recurso, se producirían al menos los siguientes problemas:

a) De considerarse que el embalse es como una botella con agua en que los propietarios del embalse sólo deben repartirla, quedaría al arbitrio de mayorías del momento para disponer del agua acumulada en una forma que no siempre representaría los intereses de todos los regantes o usuarios. Por tanto, ello nunca podría dejar conforme a todos, ni menos sería justo;

b) De estimarse que el Estado sólo puede entregar aquellos derechos de que es titular, (normalmente derechos eventuales), se producen tres nuevos problemas, a saber:

- 1.- Sólo podría entregar a los usuarios derechos eventuales, en circunstancia que la obra de desarrollo del recurso permite dar seguridad de riego o ampliar zonas de riego, lo que evidentemente constituye un contrasentido,
- 2.- Al entregar los derechos eventuales, que son los que permiten embalsar el agua, sus titulares podrían enajenarlos a terceros no regantes (ejemplo: mineros), quienes perfectamente podrían trasladar el agua a un lugar distinto del embalse, antes de embalsarla, con lo cual no se cumpliría la finalidad de la construcción de una obra regulada por el DFL 1123, de 1981, y
- 3.- Al entregar derechos eventuales ocurriría que el primer beneficiado puede, de acuerdo a nuestra legislación vigente, ejercitar en su totalidad su derecho; el segundo beneficiado, en teoría, igualmente podría satisfacer su derecho, pero los siguientes sólo si existe excedente para ello. En otras palabras, en dicho evento se deberá aplicar la distribución que señala el inciso final del artículo 18 del Código de Aguas, que señala que el ejercicio de los derechos eventuales queda subordinado al ejercicio preferente de los derechos de la misma naturaleza otorgados con anterioridad, lo que va en contra de la letra y espíritu de las normas que regulan las construcciones de este tipo de obras.

Por lo expresado, no cabe duda de la legalidad de constituir derechos en embalses estatales a la luz de nuestras disposiciones, y ello no produce sino beneficios a aquellos que serán titulares de los derechos de aprovechamiento que en ellos se les asignen, pues la distribución de las aguas se hará de acuerdo a las normas que regulan el ejercicio de los derechos permanentes (art. 17 del Código de Aguas), esto es, que se podrá usar el agua en la dotación que corresponda, o si el recurso es escaso, el caudal se distribuirá en partes alícuotas.

III.- FORMA DE CONSTITUIR EL DERECHO EN EL EMBALSE ESTATAL

En este tipo de obras la asignación de los derechos de aprovechamiento no sigue el procedimiento concesional habitual con que se otorgan en fuentes naturales, sino que se deben asignar de la siguiente manera:

- a) En las obras que se traspasan a los regantes los asigna la Dirección General de Aguas a petición de la Dirección de Obras Hidráulicas (Art. 17 del Decreto Supremo MOP N° 285, de 1994 - Reglamento del DFL N° 1.123, de 1981, sobre Ejecución de Obras de Riego por el Estado), y
- b) En las obras que permanezcan el patrimonio fiscal la Dirección General de Aguas deberá asignar los derechos de aprovechamiento a la Dirección de Obras Hidráulicas, por aplicación de lo previsto en el artículo 10 del Decreto Supremo MOP N° 388, de 1982 (Reglamento de los artículos 3°, 4° y 7° transitorios del DFL N° 1123, de 1981).

En relación a los derechos de aprovechamiento que originalmente ha tenido el Fisco para acumular el recurso en el embalse, éste puede adoptar dos caminos: O se los reserva para sí, si estima ello imprescindible para que la obra de riego cumpla su finalidad, o bien, los entrega en dominio a los beneficiarios de la obra, junto con ésta, pero con una prohibición de enajenación o bien con un gravamen respecto de tales derechos de aprovechamiento, cual es que su uso sólo podrá hacerse para acumular el agua en el embalse.

Por último, útil es indicar que cuando se ha escrito o señalado que el agua del embalse pertenece al dueño de éste, se ha incurrido en un error conceptual. El agua nunca es de dominio privado, al menos desde la dictación del Código que nos rige. Efectivamente, hasta la dictación de la Ley N° 9.909, de 1951, en su artículo 9° de la Ley citada, derogó tal precepto. A su vez, el Código de Aguas de 1951, en su artículo 10, reconocía la propiedad del agua. Hoy sólo tiene vigencia el artículo 5° del Código de Aguas de 1981, que señala, sin distinción de ninguna especie, que las aguas son bienes nacionales de uso público. Por tanto, jamás podrán pertenecer a una persona individual.