

RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EXTRACCIÓN O RETENCIÓN DE AGUAS PARA ALIMENTAR UN EMBALSE CONSTRUIDO POR EL FISCO Y DE SU DISTRIBUCIÓN POSTERIOR

ALEJANDRO VERGARA BLANCO
Abogado. Doctor en Derecho
Profesor de Derecho de Aguas
Pontificia Universidad Católica de Chile

RESUMEN

Se analiza en este trabajo, en primer término, la situación jurídica de los derechos de aguas, en relación a la construcción de un embalse, en un sistema hídrico en que tendrán que ser distribuidas las aguas entre los antiguos usuarios (titulares de derechos antiguos: "acciones de río") y los usuarios del nuevo embalse (titulares de derechos nuevos: "acciones de embalse"). Para ello, se revisa el estatuto jurídico de la constitución de los derechos de aguas y de las reservas de aguas necesarias para operar un embalse; el necesario respeto a los derechos de terceros y la transferencia y propiedad de tales derechos y obras a los beneficiarios.

En segundo término, y sobre la base de los anteriores desarrollos, se ofrece un breve esquema de la manera en que se deberán distribuir las aguas entre los antiguos usuarios del sistema hídrico (sea que adquieran o no derechos de aguas para embalsarlas) y los titulares de derechos nuevos para ser ejercidos en un embalse.

SUMARIO

INTRODUCCIÓN. I. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE AGUAS EN RELACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN DE NUEVOS EMBALSES. *A/Derechos de aguas nuevos, reservas de aguas y derechos de terceros.* 1. Derechos nuevos. 2. El caso excepcional de las reservas de aguas. 3. Respeto a los derechos antiguos. *B/Propiedad de las obras de un embalse construido por el Fisco.* *C/Transferencia de derechos de agua a los beneficiarios de un embalse.* **II. EXTRACCIÓN O RETENCIÓN DE AGUAS PARA EL LLENADO DE UN EMBALSE Y SU POSTERIOR ACUMULACIÓN.** 1. Extracción o retención de aguas para alimentar un embalse en virtud del ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas. 2. Distribución del agua de un río a los titulares de derechos de aguas "antiguos" y "nuevos", a partir de la construcción de un embalse. **CONCLUSIONES.**

INTRODUCCIÓN

a. En el caso de los proyectos de construcción de nuevos embalses por el fisco (en virtud del estatuto del DFL 1.123, MOP, 1981, que establece normas sobre ejecución de obras de riego por el Estado), se plantea la cuestión de las aguas de la corriente natural (río), que pueden considerarse legítimamente utilizables para la operación futura de tales embalses. Así, cabe preguntarse sobre la legitimidad de la siguiente posibilidad (usualmente contemplada en los anteproyectos de la Administración): que el llenado inicial y permanente del embalse se realice aprovechando las aguas que estadísticamente se consideran "excedentes" de riego; esto es, aquellas aguas que estacionalmente no utilizan los titulares de antiguos derechos de aprovechamiento de aguas del mismo sistema hídrico (usualmente, regantes: agricultores).

b. El problema que analizo dice relación con las posibilidades jurídicas de realizar legítimamente la extracción o retención de caudales desde un río para alimentar un embalse regulador construido por el fisco (y, por lo tanto, necesariamente sujeto al citado DFL 1.123, de 1981), destinado a favorecer la “seguridad” o “regularidad” del uso del agua (usualmente para riego); para lo cual deberá considerarse, además, que los usuarios de las aguas, en relación a sus antiguos derechos, están normalmente sometidos a la distribución de las mismas por una junta de vigilancia.

La cuestión es la siguiente: ¿es legítimo, sin la voluntad de los titulares de antiguos derechos de aprovechamiento en un río, extraer el caudal que exceda a la cantidad máxima utilizada tradicionalmente por los usuarios actuales (esto es, los llamados “excedentes de riego”, que se producen en los meses de invierno), con el fin de acumularlo en un nuevo embalse?

Para obtener una respuesta se plantea como necesario analizar, desde el punto de vista jurídico, la operación práctica de un nuevo embalse: la realidad. En los hechos, el caudal disponible en el río, a partir de la construcción y operación de tal embalse, deberá ser distribuido entre tres tipos de usuarios: los titulares de “acciones de río”, esto es, antiguos usuarios del río, entre los que cabe distinguir los que suscriban nuevas “acciones de embalse”; y los que no lo hagan; y, en fin, los nuevos usuarios, que suscriben nuevas “acciones de embalse”. Entre todos ellos se originará una relación que puede ser problemática, pues las aguas serán distribuidas no sólo respecto de los derechos en el río, sino también ahora en relación a los volúmenes embalsados; distribución esta que corresponde en el sistema legislativo de aguas vigente, autónomamente, a las juntas de vigilancia.

c. Un tema conectado es el relativo a la distribución de las aguas en el sistema hídrico en que se ejercen nuevos derechos de agua para alimentar un embalse. Al respecto, en algunos casos la Dirección General de Aguas, al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas respectivos (en los casos vinculados a embalses, de carácter eventual), lo ha hecho asignándoles un caudal expresado, únicamente, en una medida de tiempo anual: esto es, en que la medida de tiempo a partir de la cual se fija la cantidad de aguas que se autoriza extraer es “un año”; contraponiéndose así a la forma en que las juntas de vigilancia realizan la distribución, las que operan con una unidad de tiempo casi instantánea: el segundo. Este tema, al que me he referido en una oportunidad anterior¹, es relevante en la extracción o retención de aguas que se realicen para alimentar un embalse, pues puede llegar a producirse perjuicio a los antiguos usuarios del río.

d. Existe otro tema estrechamente vinculado, y dice relación con los volúmenes de aguas que ya están acopiadas en el nuevo embalse, pues se ha planteado la posibilidad de considerar tales volúmenes de agua como “nuevas disponibilidades” para constituir un nuevo derecho de aguas sobre las aguas embalsadas, a partir de lo señalado en el artículo 22 del Código de Aguas, que se refiere a aguas existentes en “obras estatales de desarrollo del recurso”, intentando asignarles a los embalses el papel de “fuentes de abastecimiento” de aguas, al igual que una fuente natural².

Al respecto, y a pesar de los términos de ese artículo 22, he podido concluir en un trabajo anterior³ que, a partir de un análisis atento del sistema de derecho de aguas chileno, la posible constitución de nuevos derechos respecto de aguas embalsadas (incluido el caso de los embalses fiscales, los que en definitiva serán traspasados a particulares) es un acto contrario a Derecho, y la Dirección General de Aguas no estaría legalmente habilitada para ello, pues quebrantaría la garantía constitucional de la propiedad que tienen los dueños sobre los volúmenes de aguas embalsadas, consagrada en el artículo 19 N° 24 de la Constitución.

¹ Ver el trabajo del autor: “Medida o unidad de tiempo en que se deben expresar los derechos de aprovechamiento de aguas”, en *Revista de Derecho de Aguas*, vol. 9 (1998), p. 185-194, donde aporto ejemplos.

² Vid. J. GUTIÉRREZ, “Constitución de derechos de aprovechamiento en embalses estatales”, ponencia a las *III Jornadas de Derecho de Aguas*, Santiago, 20 y 21 de noviembre de 2000.

³ Véase: “(Im)posibilidad jurídica de constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas sobre las acumuladas en un embalse” (en prensas) en: *Actas de la V Convención Nacional de Usuarios de Agua*, Ovalle (embalse La Paloma), septiembre de 2000.

Al igual que en el caso de la unidad de tiempo⁴, la Dirección General de Aguas ha constituido algunos derechos de aguas en que señala que la “fuente de abastecimiento” es un embalse⁵, pero el que lo haya hecho con anterioridad no implica que ello haya sido legítimo⁶.

Lo que se examinará en este trabajo es esencialmente el estatuto jurídico de los derechos de aprovechamiento de aguas que permiten, con su ejercicio, la extracción o retención de aguas de una corriente para el llenado de un embalse (I); y, en seguida, los problemas que se pueden suscitar en relación a esa extracción o retención de aguas en un sistema hídrico donde existen usualmente antiguos usuarios, cuyos derechos han de ser respetados; y existen, además, juntas de vigilancia, cuyas facultades de distribución también han de ser respetadas (II).

I. SITUACIÓN JURÍDICA DE LOS DERECHOS DE AGUAS EN RELACIÓN A LA CONSTRUCCIÓN DE NUEVOS EMBALSES

La hipótesis planteada en este trabajo dice relación con la construcción de una obra de riego financiada por el fisco (la que se rige íntegramente por lo dispuesto en el DFL 1.123, de 1981, que establece normas sobre ejecución de obras de riego por el Estado, y su reglamentación), por lo que para analizar los problemas relativos a la gestión de esos embalses conviene examinar previamente tres aspectos relativos a los derechos de aguas, regulados en el estatuto legal bajo el cual se construyen estas obras⁷: en primer término, la necesaria constitución de nuevos derechos de aguas, que amparen la futura operación del embalse (A); luego, la propiedad de las obras futuras (B); y, en fin, la transferencia de los derechos de aguas respectivos (C).

A/Derechos de aguas nuevos, reservas de aguas y derechos de terceros

1. *Derechos nuevos.* Al respecto, el estatuto vigente establece la siguiente regla: una vez aceptado el proyecto de embalse (“obra de riego”) por los beneficiarios (regantes), la Dirección de Obras Hidráulicas⁸ “deberá solicitar [a la Dirección General de Aguas] el otorgamiento de los correspondientes derechos de aprovechamiento de agua, permanentes o eventuales, que requieran las obras” (vid. art. 6° inc. 1° DFL 1.123), solicitud que se tramitará conforme al procedimiento general dispuesto en el Código de Aguas (13 inc. 1° DS 285).

2. *El caso excepcional de las reservas de aguas.* Excepcionalmente, en caso que existiesen “reservas de agua” y “que se encontraren vigentes” a 1981, conservarán esa calidad hasta que la Dirección General de Aguas “otorgue con cargo a ella” los nuevos derechos de aprovechamiento de aguas a los usuarios debidamente individualizados y organizados (vid. arts. 1° transitorio DFL 1.123 y 10 DS 388, de 1982).

⁴ Visto en la letra c, anterior, en que se han constituido ilegítimamente derechos de aprovechamiento de aguas, vinculados a embalses, con la sola determinación de un volumen por unidad de tiempo anual (por ejemplo, millones de metros cúbicos al año: m³/año).

⁵ Tal es el caso de la resolución DGA N° 220, de 1992, que constituyó un derecho de aprovechamiento en el “embalse Laguna del Maule”, que desde 1948 es una laguna artificial: en realidad, la fuente sólo puede ser el río Maule.

⁶ En el historial de confusiones de “fuentes naturales” o de “disponibilidades” ilegítimas, pero no vinculadas a embalses, puede agregarse también el caso de los “derrames”, a los que una antigua doctrina legal de ese Servicio les dio el carácter de “disponibles”: ver, del autor: “Constitución de derechos de aprovechamiento sobre derrames”, en: *Revista de Derecho de Aguas*, vol. VI (1995), p. 129-142 (incluido en mi obra *Derecho de Aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), tomo 2.

⁷ Para lo cual extraigo algunos párrafos de mi trabajo anterior: “Estatuto jurídico de la transferencia a particulares de obras de riego sometidas al DFL N° 1.123, de 1981, y de las deudas derivadas de su construcción”, en: *Revista de Derecho de Aguas*, vol IX (1998), pp. 195-207.

⁸ La antigua Dirección de Riego se denomina ahora Dirección de Obras Hidráulicas. Vid. Ley N° 19.525, Diario Oficial, de 10 de noviembre de 1997.

Para el caso de las obras de riego construidas por el Estado que al año 1981 hubiesen estado total o parcialmente terminadas, la Dirección General de Aguas, “*otorgará derechos de aprovechamiento*” (artículo 11 transitorio del Código de Aguas). Al armonizar esta disposición con lo dispuesto en el art. 1° transitorio del DFL 1.123, recién citado, resulta que si existían “reservas de aguas” a 1981, se deberán solicitar con cargo a ellas nuevos derechos conforme al procedimiento común.

En todo caso, las “*reservas de aguas*” es una institución que ya no existe en la legislación vigente, y no está contenida en disposición permanente alguna de la legislación; es una institución pretérita, de la legislación anterior, hoy derogada; sólo existe una mención a ella en la 1ª disposición transitoria del Código de Aguas, refiriéndose a las “*que se encontraren vigentes*” en 1981, las que debían transformarse en derechos de aprovechamiento a favor de los usuarios (y no del fisco). Entonces, ya no se puede decretar nuevas reservas⁹, pues no existe ley alguna que faculte para ello a ningún órgano de la Administración.

3. *Respeto a los derechos antiguos.* En cuanto a los derechos de aprovechamiento de agua en uso, permanentes o eventuales “*que tengan obras construidas*” según la ley, no serán afectados y quedarán eximidos de todo gravamen que provenga de la construcción de las obras que se ejecuten, “*sin perjuicio de pagar lo que les corresponda por los nuevos derechos que suscriban*” (art. 6° inc. 2° DFL 1.123, de 1981).

De lo anterior surge que, en su caso, respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas, necesarios para el proyecto, construcción y operación de una obra de riego por el fisco, deberán distinguirse las siguientes tres situaciones:

- a) Los derechos de aprovechamiento existentes en el río, o sección de río. Estos derechos, según la ley, no serán afectados (art. 6° inc. 2° DFL 1.123 y 22 Código de Aguas). Y esta intangibilidad va mucho más allá de que tengan o no obras construidas (como lo señala, de forma algo anacrónica, el artículo 6° inc. 2° DFL 1.123, de 1981, dado que a partir de ese año rige una nueva legislación de aguas, que no contiene obligación al respecto)¹⁰, y se refiere a todo tipo de derechos antiguos en la misma corriente.
- b) Si existen “reservas de agua” vigentes a 1981, con cargo a ellas se otorgarán derechos de aprovechamiento “a los usuarios debidamente individualizados y organizados” (art. 1° transitorio Código de Aguas).
- c) Si no existen tales reservas, se deberán constituir nuevos derechos (art. 6° DFL 1.123), siempre que exista disponibilidad en la corriente natural (art. 22 y 141 inc. 4° Código de Aguas). Estos derechos quedarán, en definitiva, inscritos a nombre de los usuarios (art. 8° y 10 inc. 2° DFL 1.123); en la práctica, les serán traspasados, pues su constitución se realiza a favor del fisco¹¹.

B/Propiedad de las obras de un embalse construido por el Fisco

De acuerdo al esquema fijado por la legislación vigente, cuando las obras que construya y financie el Estado tengan por objeto regularizar¹² el régimen de una corriente natural de uso público o de parte de ella “*los usuarios beneficiados deberán organizarse en junta de vigilancia*” (art. 8

⁹ Como lo dice, con razón, L. S. FIGUEROA DEL RÍO, *Asignación y distribución de las aguas terrestres* (Santiago, Universidad Gabriela Mistral, 1995), pp. 46 y 47.

¹⁰ Vid. igualmente, art. 6° transitorio del DFL N° 1.123, de 1981, que aclara esta situación, referida más bien a los derechos antiguos que no se habían consolidado aún a 1981.

¹¹ Vid., como ejemplo, las siguientes resoluciones que otorgan derechos a favor del fisco, vinculados a los embalses que se indica: Resolución DGA N° 339, de 1991 (embalse Puclaro); Resolución DGA N° 220, de 1992 (embalse Laguna del Maule); Resolución DGA N° 324, de 1995 (sistema embalse Digua); Resolución DGA N° 152, de 1992, modificada por la N° 382, de 1991 (embalse Coihueco), las que transcribo parcialmente en: *Revista de Derecho de Aguas*, vol. IX (1998), p. 191-192.

¹² Si bien la ley menciona la expresión transcrita, en la práctica se usa la expresión “*regular*” una corriente natural.

DFL 1.123). Claramente la legislación impulsa a los beneficiarios a organizarse tanto en junta de vigilancia como, complementariamente, en asociaciones de canalistas y comunidades de aguas, “con el objeto de un mejor aprovechamiento y administración de las obras” (art. 21 DS 285).

Al respecto, es relevante que los usuarios se organicen, al menos por dos aspectos: primero, durante el período de explotación provisional por el Estado, las decisiones se tomarán de común acuerdo con la respectiva organización de usuarios, y los costos serán de cargo de estos últimos (arts. 11 y 12 DFL 1.123); y segundo, el dominio de las obras será transferido, según la ley, prioritariamente a la organización de usuarios (art. 8 DFL 1.123).

De estos aspectos, es realmente relevante el relativo al traspaso de la propiedad de las obras. De acuerdo a la ley, el decreto supremo que fija el costo de las obras, “dispondrá que el dominio de las obras y los terrenos que ellas ocupen sea transferido a las Juntas de Vigilancia, Asociaciones de Canalistas, o a falta de ellas a los usuarios, y autorizará a la Dirección [de Obras Hidráulicas] para otorgar las escrituras correspondientes que contendrán los compromisos de pago respectivos” (art. 13 DFL 1.123)¹³. En este caso, la administración de las obras corresponderá a los usuarios, de acuerdo a las normas de seguridad para la explotación y conservación que establezca la Dirección [de Obras Hidráulicas] respecto de las obras “transferidas” las que, según el reglamento, “se insertarán en las escrituras públicas o en los convenios respectivos de traspaso” (art. 27 DS 285, de 1995).

Entonces, desde estos textos aparece que el traspaso de las obras se efectuará colectivamente a una organización de usuarios, y sólo a falta de ellas a los usuarios. En este último caso, dado que necesariamente se conformará una comunidad (a partir del hecho de usar una obra común: vid. art. 186 Código de Aguas: “embalse”), es improbable que el traspaso no sea directamente a una organización de usuarios, dados los términos del art. 21 inc. 2° DS 285, que estimula la organización (“siempre deberán organizarse”, señala).

La referencia a “derechos de obras” (esto es, “derechos proporcionales en una obra de riego fiscal”), que realiza el art. 1° letra g del DS 285, de 1995, o a que “la propiedad de toda obra se dividirá en partes alícuotas o acciones”, como lo establecen los arts. 13 inc. 2° y 15 N° 4 del DS 285, de 1995 y 2° del DS 388 de 1982, para sus respectivos casos, son incompatibles con el criterio legal de transferir la obra toda a la organización de usuarios. Sólo serían válidos estos conceptos reglamentarios para el caso que la obra sea transferida a usuarios individuales; pero aún en tal caso se formará una comunidad (art. 186 Código de Aguas).

Normalmente las transferencias están sujetas a reembolso. No obstante, debe consignarse además que la legislación contempla la posibilidad del traspaso gratuito a sus beneficiarios de las obras construidas al año 1981, aun cuando ellas no se encontraren concluidas (art. 7 transitorio del DFL N° 1.123, de 1981)¹⁴.

C. Transferencia de derechos de agua a los beneficiarios de un embalse

Como se dijo antes, para la construcción de una obra hidráulica, la Dirección de Obras Hidráulicas “deberá solicitar el otorgamiento de los correspondientes derechos de aprovechamiento de aguas” (art. 6° inc. 1° DFL 1.123), y ello será posible cuando exista disponibilidad de agua, sin afectar derechos de terceros (art. 6° inc. 2° DFL 1.123 y arts. 22 y 141 inc. 4° Código de Aguas)¹⁵. También puede tal Dirección recurrir a las “reservas de agua” a que se refiere el art. 1° transitorio del DFL 1.123 (y el art. 10 DS 388).

¹³ No obstante lo anterior, por razones de interés público, el Presidente de la República podrá disponer que el Estado conserve en su patrimonio las obras y continúe con su administración o explotación. En este caso, los beneficiados con las obras estarán obligados a pagar una cuota anual, por concepto de uso de ellas y de gastos de explotación (art. 14 y 15 DFL 1.123).

¹⁴ Vid. el DS N° 388, de 1982, que reglamenta el procedimiento para la aplicación de este mandato legal.

¹⁵ Estos derechos, como se dijo, usualmente se constituyen a favor del Fisco-Dirección de Obras Hidráulicas, aun cuando el art. 11 transitorio DFL 1.123 contempla la hipótesis de otorgamiento a los usuarios, debidamente individualizados y “organizados”.

Cualquiera que sea el origen de los títulos de aguas (esto es, derechos nuevos sobre aguas disponibles u originados en “reservas de agua”), los derechos “comprometidos” (vid. art. 7° Inc. 3° DFL 1.123 y 18 DS 285) en la obra quedarán en definitiva a nombre de los beneficiarios¹⁶. Estos son los “nuevos derechos” que ellos suscribirán (vid. art. 6 inc. 2° *in fine* DFL 1.123); o que “les corresponde a los usuarios” (art. 10 inc. 1° *in fine* DFL 1.123).

Estos derechos de aprovechamiento serán “transferidos” a los beneficiarios (pues en la práctica se constituyen a favor del fisco), por lo cual ellos se comprometen a reembolsar su valor al fisco (arts. 10 inc. 2° DFL 1.123 y 15 N° 4 16 inc. 2°, 20 y 21 DS 285). Así, en la escritura correspondiente de reembolso, según la ley, “los usuarios beneficiados establecerán sus respectivas obligaciones y se transferirán los derechos de aprovechamiento correspondientes” (art. 16 inc. 2° DS 285).

Al ser transferidos estos derechos de aprovechamiento de aguas se mantendrán la misma naturaleza y las mismas características con que nacieron: el fisco no puede transferir más derechos que los que tiene y en la forma que los tiene. En el caso específico de los derechos de aprovechamiento de aguas destinados a extraer o retener y luego acopiar aguas en una obra de riego financiada por el Estado, cuyo titular es el fisco, éste traspasará la titularidad de estos derechos de aprovechamiento a los beneficiarios; derechos éstos que mantendrán las características esenciales con que fueron creados inicialmente, ya sean consuntivos o no consuntivos; de ejercicio permanente o eventual; continuos, discontinuos o alternados (vid. art. 13 DFL 1.123, de 1981).

En suma, de acuerdo a esta regulación legislativa, relativa a la ejecución de obras de riego por el Estado:

– Estas obras sólo se llevarán adelante si se cuenta con el acuerdo de los beneficiados, debiendo existir un compromiso de reembolso por parte de éstos del costo de la obra. Sólo excepcionalmente el Estado cubrirá sin reembolso parte del costo. La obra les será transferida en propiedad y para su administración ya sea a una junta de vigilancia o a una asociación de canalistas; excepcionalísimamente se considera, a falta de las anteriores, una transferencia a los usuarios; pero en tal caso se conformará una comunidad¹⁷. Cuando existan razones de interés público, el Estado podría dejar la obra en su patrimonio y bajo su Administración. O, aun, en caso de obras antiguas, el Estado podría transferirlas gratuitamente.

– En cuanto a los derechos de aprovechamiento de aguas que se constituyan para los efectos de utilizar las obras respectivas, también serán transferidos, pero directamente a cada beneficiario, en la proporción que les corresponda, y en la medida que suscriban el compromiso de reembolso del costo efectivo de las obras que les permitirá ejercer tales derechos.

II. EXTRACCIÓN O RETENCIÓN DE AGUAS PARA EL LLENADO DE UN EMBALSE Y SU POSTERIOR ACUMULACIÓN

Al respecto, se analizarán tanto la fase de extracción o retención de agua para el embalse (1) como la posterior gestión o distribución de las aguas que les corresponde a los titulares de derechos antiguos (“acciones de río”) y a los titulares de derechos nuevos (“acciones de embalse”) (2).

1. Extracción o retención de aguas para alimentar un embalse en virtud del ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas

a) Como se desarrolló arriba, para el llenado de un embalse, ya sea construido por un particular o por el fisco (de acuerdo al estatuto del DFL 1.123 (MOP), de 1981, que establece normas sobre ejecución de obras de riego por el Estado), es necesario ostentar derechos de aprovechamiento de aguas; normalmente estos derechos tienen el carácter de eventuales¹⁸.

¹⁶ Estos derechos de agua nuevos, que se constituyen a favor del fisco para la construcción de la obra, son transferidos con posterioridad a los beneficiarios de la misma (en virtud de lo dispuesto en los arts. 7 y 10 (“derechos [de aprovechamiento de aguas] que le correspondan”; “el valor de los derechos [de aprovechamiento de aguas]”), DFL 1.123 y 13 inc. 2°, 15 N° 4, 16 inc. 2° y 20 inc. 1° DS 285.

¹⁷ Tema que se desarrolla en trabajo citado: “Estatuto jurídico de la transferencia...”.

¹⁸ Sobre el concepto de derechos de ejercicio eventual, vid. arts. 16 y 18 del Código de Aguas.

El ejercicio de esos derechos de agua asociados a un embalse consiste precisamente en la extracción o retención de aguas y su posterior embalsamiento, acumulación o acopio de tales volúmenes de aguas en un embalse; acciones estas que, jurídicamente, implican agotar o afinar tal ejercicio: el hecho material de extraer o retener y acopiar el agua es, al mismo tiempo, jurídicamente, el ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas. A partir de este acopio se originan relaciones de propiedad sobre volúmenes de agua embalsada.

b) En el caso de un embalse construido por el fisco, éste debe solicitar previamente la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas (art. 6º inc. 1º DFL 1.123), los que en definitiva serán traspasados a los beneficiarios de la obra de riego (arts. 10 y 13 DFL 1.123). Si el fisco constituyó derechos con el carácter de ejercicio eventual, sólo podrá traspasar a los beneficiarios derechos de igual naturaleza, los que servirán para acopiar aguas. Pero una vez ejercidos tales derechos, el hecho material de que importantes volúmenes de aguas sean acopiados materialmente en un embalse, de manera tal que otorguen, en el lenguaje técnico de la ingeniería y de la agronomía, “seguridad de uso” o “seguridad de riego”, o en el lenguaje legal, “regularidad” en el régimen de la corriente natural (art. 8º DFL N° 1.123, de 1981), no por tal razón las aguas cambian de naturaleza jurídica: éstas, una vez embalsadas, son simplemente volúmenes de aguas, que pertenecen a quien tiene título sobre ellas; aun cuando en términos técnicos, el “porcentaje de seguridad” del uso de las aguas haya “aumentado” por la construcción del embalse. Desde el punto de vista de la ingeniería, los embalses tienen por objeto “regular”, esto es, dar seguridad de uso de los recursos hídricos, dado que ellos se generan en la naturaleza en forma más o menos irregular, y de esta manera permitir la entrega de aguas con altos grados de seguridad, lo que con el solo escurrimiento natural no se produciría. Pero esta correcta visión técnica de la realidad, que tiene su propio lenguaje o terminología, no puede confundir la visión jurídica, que es distinta.

No debe olvidarse que lo que se acopia en el embalse es agua, ¡no derechos de aguas! El hecho de que las aguas acopiadas en un embalse mejoren o aseguren el riego en una zona determinada, no transforma al embalse, jurídicamente, en una fuente de abastecimiento, ni menos a las aguas allí acumuladas en bienes nacionales de uso público, respecto de las cuales pueda otorgarse nuevos derechos de aguas, por ejemplo, con el carácter de permanentes, ya que la permanencia o eventualidad es una distinción jurídica que se aplica a las aguas corrientes, en fuentes naturales (vid. arts. 16, 17 y 18 del Código de Aguas), y en ningún caso a las aguas acumuladas en obras artificiales de dominio sometido al derecho civil, pues la obra será de propiedad privada o del fisco¹⁹.

c) Para poder extraer o retener aguas desde la corriente natural y en seguida acopiar tales volúmenes de aguas en un embalse es necesario ser titular de un derecho de aprovechamiento, y las características de éste determinan la cantidad y el modo en que podrán extraerse aguas desde la corriente natural, y así poder ir produciendo el llenado de tal obra de acumulación. Este aspecto del problema puede ser analizado de acuerdo al siguiente esquema:

– Si es un derecho consuntivo, podrá extraerse o retenerse el caudal que corresponda, sin que exista obligación de restituir las aguas una vez embalsadas (art. 13 Código de Aguas)²⁰;

– Si es un derecho de ejercicio permanente, siempre se podrá extraer o retener agua desde la fuente: ya sea por el total del caudal autorizado, si hay disponibilidad; o por una parte alícuota, si la disponibilidad no es suficiente para satisfacer completamente a todos los demás titulares de derechos de ejercicio permanente de la cuenca (art. 17 Código de Aguas), según la distribución que realice, en su caso, la junta de vigilancia;

¹⁹ A partir de estos argumentos es que no se pueden constituir “nuevos” derechos de aguas respecto de las ya acumuladas: Vid., además del trabajo citado antes [(Im)posibilidad jurídica de constituir...], el artículo de opinión, “Derechos sobre aguas acumuladas”, en: “*El Mercurio*”, p. A-2, 20 de junio de 2000.

²⁰ No se menciona el caso de los derechos no consuntivos, que no permiten acopiar aguas, pues deben ser devueltas (art. 14 Código de Aguas). Tampoco se menciona en especial el caso de los derechos continuos, discontinuos o alternados (art. 19 Código de Aguas), pues deberá observárselo que señala cada título específico.

– Si es un derecho de ejercicio eventual, el agua sólo podrá extraerse o retenerse y luego acopiarse una vez satisfechos todos los derechos de ejercicio permanente en el cauce, y si ello no es posible dada la falta de disponibilidad de agua, se deberá dejar escurrir el agua de la fuente natural, sin poder retenerla o extraerla, para satisfacer con preferencia a los titulares de derechos de ejercicio permanente ubicados aguas abajo del embalse o de la bocatoma del mismo, según los casos (art. 18 Código de Aguas).

2. *Distribución del agua de un río a los titulares de derechos de aguas “antiguos” y “nuevos”, a partir de la construcción de un embalse*

a) Como primer presupuesto cabe consignar que no es legítimo para alimentar un embalse nuevo extraer o retener desde un río aguas que correspondan (o han correspondido tradicionalmente, por medio de la distribución que efectúa la respectiva junta de vigilancia) en Derecho extraer a los actuales titulares de derechos de aguas del mismo sistema hídrico.

El nuevo derecho que se otorgue a favor del fisco, para el llenado del embalse, no lo faculta para extraer dichas aguas aun cuando en la práctica (por su no uso actual) ellas constituyan lo que se llama “excedentes”; sólo corresponde a los titulares de derechos antiguos la posibilidad de recomenzar a usarlas cuando ellos deseen. Este nuevo derecho sólo faculta para extraer o retener aquellas aguas que no corresponda extraer a los antiguos titulares de derechos de aguas (aunque en la actualidad esa agua “se pierda”, como “excedente”, en la terminología usual), pues, de otro modo, se quebranta los derechos de aquellos titulares de derechos antiguos.

b) Si en la práctica una obra de embalse no puede ser llenada sólo con las aguas que posibilita extraer el ejercicio del nuevo derecho de aguas constituido asociado al embalse (usualmente de carácter eventual), y sólo puede ser llenada con las aguas que le corresponden a los titulares de antiguos derechos de aguas, ello no podrá hacerse sino con autorización expresa de cada titular de estos derechos antiguos, pues las juntas de vigilancia no están autorizadas para disponer de derechos de terceros, sino sólo para distribuirlos según corresponda en Derecho.

Si estos titulares de derechos antiguos aceptan la extracción o retención y posterior acopio, almacenamiento o embalse de las aguas que a ellos corresponde, y que actualmente no estén usando (los llamados “excedentes”), ello tendría las siguientes consecuencias:

1º) Una vez embalsadas tales aguas provenientes del ejercicio de los antiguos derechos de terceros, y en la proporción o cantidad que corresponda, esas aguas constituirán volúmenes de propiedad de los titulares de estos derechos, las que una vez embalsadas podrán ser libremente dispuestas sólo por sus dueños.

2º) Existe imposibilidad jurídica absoluta de considerar esas aguas embalsadas como disponibles para un novísimo derecho de aguas, pues ellas ya no constituyen aguas corrientes, de naturaleza pública, sino que son volúmenes de aguas de propiedad privada. Como se ha insistido antes, no es posible constituir nuevos derechos de aguas respecto de esas aguas embalsadas (amparándose en el ambiguo llamado del art. 22 del Código de Aguas), dado que es contrario al ordenamiento jurídico vigente, y significaría un quebranto sustantivo de la garantía constitucional de la propiedad; por lo que la Dirección General de Aguas no está habilitada para tramitar una solicitud con tal fin.

c) En el ejercicio conjunto de los “derechos antiguos” y los “derechos nuevos”²¹ se deben respetar los siguientes principios de acción:

²¹ La clasificación usual que se realiza es de accionistas de “río” y accionistas de “embalse”, que es concordante con la terminología de “derechos antiguos/derechos nuevos” que aplico, la que sugiero como convencional; la tomo a partir de la referencia del artículo 6º inc. 2º *in fine* del DFL N° 1.123 que se refiere a “nuevos derechos”. Por lo demás, en la práctica, así sucederá, dado que la construcción de un embalse no altera la validez de los “antiguos derechos”, y sólo viene a incorporar a la titularidad de los beneficiarios que lo deseen unos “nuevos derechos” (más bien, una “acción” del único derecho que se constituye usualmente a favor del fisco).

1º) *Respeto a los derechos antiguos*. Los titulares de derechos antiguos son libres de embalsar o no las aguas que según sus títulos les corresponde en el reparto usual del río; debiendo considerarse incluso aquella agua que no usen, normalmente llamada “excedente”.

La junta de vigilancia, al distribuir el agua en el sistema hídrico, no podrá privar a estos titulares de esta agua, ni destinarla a ningún otro uso no autorizado individual y expresamente por sus titulares. En otras palabras, la organización de usuarios no podrá disponer la extracción de esta agua para ser destinada al embalse sin esta autorización del titular de cada derecho.

2º) *Llenado normal del embalse (mediante el ejercicio del derecho nuevo que se constituya al efecto)*. El fisco, como titular provisional del derecho de aguas que se constituye para alimentar un embalse [derecho usualmente de carácter eventual, y que en el futuro deberá ser transferido a prorrata (“acciones”) entre los regantes que así lo deseen], sólo podrá disponer para el llenado normal del embalse, basado en tal derecho, de las aguas que le posibilite su legítimo ejercicio.

Los volúmenes de aguas así embalsados son de propiedad del dueño del embalse (que provisoriamente es el fisco, y luego la organización de usuarios respectiva) o del titular del nuevo derecho (que provisoriamente es el fisco, y en el futuro, a prorrata, los usuarios que los adquieran), y su disposición material y jurídica se atenderá a los acuerdos entre sus dueños (los usuarios o el fisco, provisionalmente) y la organización de usuarios.

3º) *Llenado extraordinario del embalse (con la anuencia de los titulares de derechos antiguos)*. Excepcionalmente, y sólo cuando los titulares de los derechos antiguos lo autoricen expresamente, el fisco (o sus futuros titulares: accionistas) podrán extraer o retener desde la fuente natural aguas que les correspondan a dichos titulares de derechos antiguos. Esto se debiera hacer normalmente mediante un convenio de embalsamiento de aguas.

Los volúmenes de aguas así embalsados son de propiedad de los titulares de tales derechos antiguos, y quedarán a su disposición para ser usadas esas aguas en el futuro. Será normal considerar que tales dueños de estos volúmenes debieran pagar por el servicio que se les presta al embalsar sus aguas (lo que ellos podrían pagar incluso, por ejemplo, con un porcentaje de sus volúmenes de aguas).

En suma, las aguas una vez embalsadas podrán ser dispuestas libremente por los dueños de tales volúmenes, en conformidad a acuerdos adoptados por la respectiva organización de usuarios o a convenios expresos de administración y pago de tales servicios; en otras palabras: de acuerdo a lo que libremente se convenga por sus dueños, pues se trata de la libre disponibilidad de bienes de propiedad privada.

CONCLUSIONES

1º. En el caso de un embalse construido por el fisco (bajo el estatuto contenido en el DFL 1.123, de 1981) se deben respetar las siguientes consideraciones:

a) El derecho de aguas que se constituye especialmente para la obra, si bien se hace usualmente a favor del fisco, tendrá que ser transferido posteriormente, a prorrata (por acciones), a todos y cada uno de los usuarios del río respectivo que así lo deseen, de acuerdo al sistema que establece el DFL 1.123, de 1981.

b) La obra misma (la barrera que posibilita el embalse y sus obras anexas) también tendrá que ser transferida en dominio, pero a la organización de usuarios respectiva; ya sea una existente o que se forme especialmente al efecto (usualmente una asociación de canalistas).

Cabe agregar que, más bien, los titulares de derechos antiguos, llamados “acciones de río”, son a su vez usualmente titulares de derechos ejercidos en una obra común (bocatoma y canal) sita en las riberas del río, a raíz de lo cual se organiza una comunidad de aguas o una asociación de canalistas: de ahí que en la práctica será más exacto hablar de la “acción de canal” (que es el título individual), que es parte de una “acción de río” (como podríamos calificar a la captación colectiva de todos los comuneros asociados).

c) Si bien la obra podrá quedar provisoriamente administrada por el fisco, en el futuro deberá ser administrada por la organización de usuarios a quien le sea transferida la obra; organización esta que, a su vez, deberá atenerse a la jurisdicción de la junta de vigilancia del río, quien es la que privativamente ostenta facultades de distribución de aguas en el río.

d) Sea quien sea que administre esta obra, en ningún caso se podrá extraer o retener para su llenado aquella agua que corresponda a los titulares de antiguos derechos, y que no sean titulares de nuevos derechos (esto es, aquellos que decidieron no suscribir nuevas “acciones de embalse”), aun cuando éstos no utilicen el agua que les corresponda (y pueda ser considerada en el habla de los técnicos y regantes, un “excedente”), sino sólo aquellas aguas que permite captar el nuevo derecho de aguas que se constituye.

Lo anterior rige, salvo acuerdo expreso en contrario de los titulares de los derechos antiguos, los que pueden autorizar que, con cargo a sus derechos antiguos (“acciones de río”) se extraigan o retengan volúmenes de agua para ser embalsados; pero, en tal caso, los titulares de estos derechos tendrán un vínculo de propiedad respecto de los volúmenes de aguas embalsadas; volúmenes estos que sólo pueden ser utilizados cuando ellos deseen (sin perjuicio de que deban considerarse las pérdidas físicas de los mismos con el transcurso del tiempo y que, además, deban soportar los gastos de administración del acopio de sus volúmenes de aguas).

e) A raíz de lo anterior, es contrario a derecho considerar las aguas embalsadas como disponibles para constituir nuevos derechos de aprovechamiento, pues tienen unos propietarios perfectamente identificables (los titulares de “acciones de embalse” u otros, que sin serlo, han decidido embalsar sus aguas provenientes de “acciones de río”).

2º. En la operación práctica de un nuevo embalse el caudal del río deberá ser distribuido por la respectiva junta de vigilancia a los siguientes tres tipos de usuarios:

a) *Primer tipo de usuario*: titulares de derechos antiguos, esto es, antiguos usuarios del río (usualmente titulares de “acciones de canal”; canal que a su vez es titular de “acciones de río”), que no adquieran una parte proporcional del nuevo derecho de aguas que se constituya al efecto por el fisco (“acciones de embalse”). Estos usuarios tienen derecho a no adquirir “nuevos derechos”, y a seguir ejerciendo sus antiguos derechos de aguas, según la distribución usual, por ejemplo, a prorrata (de sus “acciones de río”). Todo ello, salvo acuerdo expreso en contrario.

b) *Segundo tipo de usuario*: titulares de derechos antiguos (de la misma naturaleza que los anteriores), pero que adquieren una parte proporcional del nuevo derecho que posibilita el llenado del embalse (“acciones de embalse”). Estos usuarios tienen derecho a elegir: por una parte, a seguir recibiendo aguas a prorrata desde el río (en virtud de sus antiguas “acciones de canal”, según la equivalencia en “acciones de río”); o, por otra parte, a recibir agua desde el nuevo embalse, según los casos o la naturaleza de la obra, en proporción de sus derechos antiguos y nuevos, respectivamente, en la medida que, con su ejercicio, hayan podido extraer o retener aguas desde la corriente natural, y luego hayan acopiado volúmenes de agua en el embalse. Todo ello, también, salvo acuerdo expreso en contrario.

c) *Tercer tipo de usuario*: titulares únicamente de nuevos derechos, esto es, nuevos usuarios, que no ostentaban derechos antiguos (que adquieren o suscriben “acciones de embalse”). Estos usuarios tienen derecho a recibir aguas exclusivamente desde el nuevo embalse, en proporción a sus acciones nuevas. Todo ello, también, salvo acuerdo expreso en contrario.