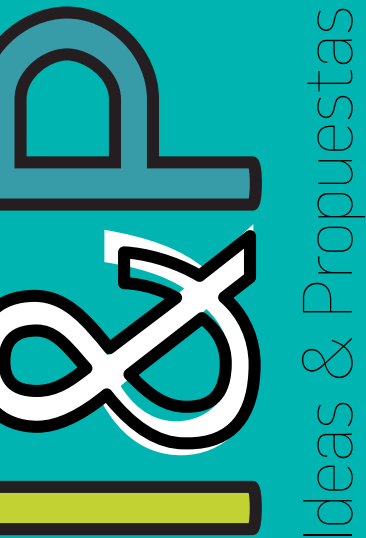


FJG

FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN

REFORMA AL CÓDIGO DE AGUAS Y NUEVAS CADUCIDADES

Nº 345 | 20 de abril 2022



RESUMEN EJECUTIVO

En el presente *Ideas & Propuestas* se hace una aproximación al debate del Código de Aguas, a propósito de las nuevas caducidades, el que considera el DFL n° 1.122 (de 1981), la reforma del 2005 y las narrativas actuales que se encuentran en la Convención Constitucional sobre esta materia.

Con fecha 6 de abril de 2022, se publicó, en el Diario Oficial, la Ley N° 21.435 que reforma el Código de Aguas vigente (de 1981) modificando numerosas normas e instituciones del mismo.

Dentro de las diversas reformas introducidas, merecen-para efectos de este trabajo-destacar aquellas normas que establece causales de caducidad de derechos de aprovechamiento de aguas que no estaban contempladas en el texto modificado.

En efecto, si se examina el texto original del Código de Aguas, contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1.122, de 1981, se observará que, prácticamente, no se establecen hechos o circunstancias que pudiesen generar la caducidad de un derecho de aprovechamiento de aguas; incluso, puede sostenerse que aquellos derechos de aprovechamiento de aguas, o mercedes de aguas, otorgadas bajo el amparo de legislaciones anteriores y que sí estaban sujetos a eventuales caducidades conforme la misma normativa, dejaron de estar afectados a dicha posibilidad de extinción, toda vez que el artículo 311 del Código de Aguas establece que el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas reconocidos o constituidos bajo la vigencia de leyes anteriores, se han de regir por las disposiciones del nuevo Código de Aguas promulgado en 1981.

Sólo podría mencionarse como una eventual excepción, aquella causal de extinción que afecta a todo derecho

de aprovechamiento de aguas que recae sobre aguas subterráneas y otorgado en un acuífero (o sector hidrogeológico de aprovechamiento común, como se dice ahora) declarado como zona o área de restricción, pues tal cual señala el artículo 66 del Código de Aguas, la autoridad puede dejarlos sin efecto (caducarlos) en el evento de que se generen los efectos que la misma norma establece, situación del todo entendible si se considera que, en materia de derechos de aprovechamiento de aguas referidos a aguas subterráneas, no existen los llamados derechos eventuales, toda vez que los acuíferos (fuente natural en materia de aguas subterráneas) son embalses subterráneos (Custodio, Llamas, 1996) y resulta que, sobre las aguas embalsadas no proceden derechos de aprovechamiento de aguas eventuales (Art. 18 del Código de Aguas). Pero esta excepción sólo confirma la regla general.

Ahora bien, la idea de establecer causales de caducidad o de extinción del dominio del titular sobre un derecho de aprovechamiento de aguas empezó, quizás tímidamente, en la reforma introducida al Código de Aguas por la Ley N° 20.017, de 2005. En efecto, dicha ley y a propósito de la patente por no uso de las aguas que comenzó a gravar a los derechos de aprovechamiento de aguas, introdujo un artículo 129 bis 16 al Código de Aguas, según el cual si en el procedimiento de remate por desamparo de un derecho de aprovechamiento de aguas (esto es, por



Foto: aysen.com

no haberse pagado la respectiva patente por no uso (debiendo hacerlo su titular) se lo adjudicase el Fisco o cualquiera institución el sector público, éste, o ésta, está en la obligación de renunciar al mismo derecho de aprovechamiento de aguas en el plazo establecido por la norma, con la cual el mismo derecho desaparece. Es una verdadera caducidad, pero disfrazada bajo el nombre de "renuncia".

Ahora bien, la Ley N° 21.435 sin duda agrega nuevas causales de caducidad, pudiendo -en términos generales- citarse como ejemplos el nuevo texto del artículo 6 bis del Código de Aguas, introducido por la indicada ley, según el cual los derechos de aprovechamiento de aguas se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo de las aguas en los términos que dicha norma y aquellas

a que el artículo reenvía establecen; también, la Ley N°21.435 establece la caducidad de derechos de aprovechamiento de aguas en el evento que no sean inscritos en el plazo que el artículo segundo transitorio de la misma señala; en fin, lo mismo respecto de derechos de aprovechamiento de aguas susceptibles de regularización (artículo primero transitorio).

De frente a esta tendencia que se observa, cabe preguntarse, habida consideración del texto constitucional **vigente** a la fecha de este trabajo, si dichas causales de caducidad introducidas conversan o no con la Constitución vigente, en especial, en relación con las normas relativas al derecho de propiedad.

Al respecto, creo, que debe hacerse la siguiente distinción:

a) Derechos de aprovechamiento de aguas constituidos o reconocidos con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 21.435 (y N° 20.017 por la introducción del artículo 129 bis 16);

b) Derechos de aprovechamiento de aguas constituidos con posterioridad a la vigencia de los textos señalados.

Y para examinar dichos puntos (en especial el literal a) precedente) cabe recordar que el inciso once del Art. 19 N° 24 de nuestra Constitución señala: *“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad con la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.*

a) Derechos de aprovechamiento de aguas constituidos o reconocidos con anterioridad a la vigencia de la Ley N° 21.435 (y N° 20.017)

A mi juicio, toda causal de extinción o caducidad del dominio sobre un derecho de aprovechamiento de aguas o del derecho mismo introducida por una ley con posterioridad a la constitución del mismo derecho de aprovechamiento de aguas, pasa a ser una causal de extinción o de caducidad y, en definitiva, de pérdida del derecho o del dominio sobre el mismo de carácter sobreviniente y claramente inconstitucional, si dicha pérdida o extinción no se efectúa por ley expropiatoria (y, al respecto, con los requisitos que la misma Constitución establece).

En efecto, lamentablemente hoy día aún está en el “inconsciente” de muchas personas, incluso abogados, que el artículo 12 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes, de fecha 7 de octubre de 1861, legitima cualquier causal sobreviniente que provoque la caducidad, extinción o, en definitiva, pérdida de un derecho real o de su dominio (no debe olvidarse que incluso el nuevo texto del Art. 6 del Código de Aguas, introducido por la Ley N° 21.435, sigue definiendo al derecho de aprovechamiento de aguas como un derecho real). En efecto, dicho artículo 12 señala: *“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 [...]”.*

Por lo tanto, siguiendo dicha norma, toda causal de pérdida o extinción de un derecho real (o de su dominio) y que establezca una ley posterior a aquélla en que el respectivo derecho real se adquirió (esto es, *sobreviniente*), aparecería absolutamente legitimada.

Sin embargo, se olvida que dicho artículo 12 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes quedó absolutamente superado por el texto que, sobre la garantía del derecho de propiedad y la garantía de la esencia de los derechos, contempla nuestra constitución en sus artículos 19 N° 24 y 19 N° 26, respectivamente.



Foto: jardineriaon.com

En efecto, en primer lugar, el inciso primero del Art. 19 N° 24 de la Constitución señala expresamente que la Constitución asegura a todas las personas: “*El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales*”. Como se indicó, el propio Código de Aguas, incluso con la modificación introducida por la Ley N° 21.435, aún califica el derecho de aprovechamiento de aguas como un *derecho real*, lo que significa que es una cosa incorporal (Art. 576 del Código Civil), susceptible de una especie (clase) de propiedad (Art. 583 del Código Civil). Por lo tanto, sobre un derecho de aprovechamiento de aguas (sea constituido o reconocido conforme la ley) se tiene propiedad o dominio (lo que se confirma no sólo por el inciso primero del Art. 19 N° 24 de la Constitución, sino que -además- y para evitar toda duda, se ratifica en el inciso undécimo del mismo artículo y numeral (Evans de la Cuadra, 2004).

En consecuencia, queda amparado bajo el paraguas de la garantía constitucional de la propiedad el dominio sobre un derecho de aprovechamiento de aguas y sus atributos y facultades esenciales. Esto significa, entre otros, que nadie puede ser privado (en caso alguno, agrega la norma constitucional) de la propiedad del derecho, del bien sobre que recae ni de alguno de sus atributos o facultades esenciales, sino que sólo por la vía de la ley expropiatoria y mediando justa indemnización (Art. 19 N° 24, inciso tercero de la Constitución).

Por lo tanto, la única manera de privar del dominio sobre un bien, en la especie, sobre un derecho de aprovechamiento de aguas por causales distintas a la pérdida del dominio existentes a la época de constituirse el título (o derecho) es sólo la vía expropiatoria. De ahí que toda causal sobreviniente de pérdida de

dominio o del bien sobre que recae, distinta de la expropiación, es sencillamente inconstitucional.

Con ello, el Art. 12 de la Ley de Efecto Retroactivo de la Leyes ha perdido toda vigencia en lo que dice relación con la extinción de un derecho real adquirido bajo el amparo de la ley anterior; y, en cuanto a los goces y cargas, sencillamente hay que estarse a lo prescrito en el Art. 19 N° 26 de la misma Constitución.

Ahora bien, en las modificaciones realizadas al Código de Aguas, tanto por la Ley N° 21.435, como aquella efectuada por Ley N° 20.017, se ha seguido, en cierto modo, la normativa del Código de Minería (v. gr: patentes mineras versus patentes por no uso de aguas) y suele señalarse que establecer caducidades o formas de extinción del dominio sobrevinientes no atenta contra la Constitución pues, de hecho, el Código de Minería de 1983 estableció causales de caducidad de los títulos mineros vigentes con anterioridad a la vigencia del mismo Código. Se citan, por ejemplo, el artículo 65, inciso segundo y el artículo 96, inciso tercero de dicho Código, caducidades que, incluso habrían sido confirmadas por la Excm. Corte Suprema al conocer de inaplicabilidades interpuestas en la década de 1990 (v. gr: Ingreso Excm. Corte N° 20.139-92). Es efectivo que la Excm. Corte Suprema rechazó (en fallo dividido) dichos recursos de inaplicabilidad, pero la razón no fue por estimar vigente el artículo 12 de la Ley de Efecto Retroactivo de las Leyes,

sino que la razón fue que la propia Constitución posee una norma transitoria (Artículo Segundo Transitorio, inciso segundo) que da competencia expresa al Código de Minería para regular, entre otros, la extinción de los derechos mineros vigentes a la época. Independientemente que se comparta o no lo resuelto por la Excm. Corte Suprema, lo cierto que tratándose de las aguas y los derechos constituidos sobre ellas, no existe, como en Derecho de Minería, una norma transitoria de la Constitución que justifique o legitime causales de pérdida, extinción o caducidades sobrevinientes a la época en que se constituyó el derecho de aprovechamiento de aguas, por lo que toda pérdida o privación, si no es por ley expropiatoria, sencillamente es inconstitucional.

b) Derechos de aprovechamiento de aguas constituidos con posterioridad a la vigencia de los textos señalados.

Acá, el asunto parece ser un poco más sencillo.

Es indudable que la normativa legal que regla el ejercicio y pérdida de un derecho existente al momento en que el título se constituye (o, mejor dicho, el derecho se constituye) forma parte del mismo título constitutivo, por lo que no atentaría contra la normativa constitucional, pues las causales de pérdida, extinción o, sencillamente, caducidad ya estarían presentes (en la ley) al constituirse un derecho de aprovechamiento de aguas.



Foto: latercera.com

Sin embargo, e independientemente si se esté de acuerdo o no, cabe tener presente que si la ley califica una determinada institución como un “derecho real” (aún cuando, desde el punto de vista dogmático no lo sea) es porque ha querido crear una ficción y, si se quiere, *cosificar*, para el caso de la especie, al derecho de aprovechamiento de aguas. El objetivo de ello es hacerlo susceptible de apropiación, pues la propiedad sólo recae sobre las cosas y, las cosas, o son corporales o son incorporeales (Art. 565 del Código Civil). Es claro que un derecho de aprovechamiento escapa de la noción de cosa corporal, pues a pesar de poder tener un ser real (pues existe al crearlo la ley), sin embargo, no es apreciable por los sentidos y los capta la inteligencia (mientras las cosas corporales existen, las incorporeales se comprenden). Ante ello, la única posibilidad es

dar el carácter de cosa incorporal al derecho de aprovechamiento de aguas, y, específicamente, de un derecho real. Así, el derecho de aprovechamiento de aguas se cosifica, puede ser objeto de apropiación y, con ello, hacer aplicable todo el estatuto propio de la garantía del derecho de propiedad.

Por lo tanto, igual no es tan claro que incluso respecto de los derechos que se constituyan desde el mes de abril de 2022 en adelante puedan ser objeto de causales de extinción a destajo, no sólo por lo prescrito en el propio artículo 19 N° 24, inciso tercero de la Constitución, sino que, en forma destacada, por lo señalado en el numeral 26 del mismo artículo 19 en relación con el inciso segundo del citado numeral 24° (v. gr: Evans de la Cuadra, 2004).



Capullo 2240, Providencia.

www.fjguzman.cl

 /FundacionJaimeGuzmanE

 @FundJaimeGuzman

 @fundacionjaimeguzman