

# LA INSTITUCIÓN DE LA CADUCIDAD EN EL PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL CÓDIGO DE AGUAS EN CHILE

## THE INSTITUTION OF EXPIRATION IN THE BILL THAT REFORMS THE WATER CODE IN CHILE

*Ariel Plissock Castillo\**

RESUMEN: El presente artículo analiza el proyecto de reforma al *Código de Aguas* de Chile, cuestión que lleva adelante el Ejecutivo, actualmente se encuentra en segundo trámite constitucional en el Senado para próxima votación. En él se contemplan importantes modificaciones a la actual legislación de aguas, dentro de las cuales se examina la figura de la caducidad de los derechos de aprovechamiento de aguas, tema central del proyecto de reforma, que, a su vez, examina a la luz del Derecho Público y Privado la institución de la caducidad. Asimismo, se hace un análisis crítico sobre las visiones que enfrentan a los interesados. Finalmente, se propone también desde el punto de vista del autor, una solución a la problemática detectada, la cual tiene su origen en la *Constitución Política de la República de Chile* del año 1980.

PALABRAS CLAVE: Caducidad – *Código de Aguas* – Derecho de aprovechamiento de aguas.

ABSTRACT: This article studies and comments on the Chilean Water Code Reform Project, a reform carried out by the executive, which is currently in second constitutional process in the Senate of the Republic of Chile for the next vote. It includes important modifications to the current water legislation in Chile, within which the figure of the expiration of the rights of water use is analyzed central theme of the reform project, in turn, is analyzed in the light

---

\* Abogado, Licenciado en Derecho de la Universidad Gabriela Mistral de Chile, Magíster en Derecho Ambiental y Ecología de la Universidad del Desarrollo de Chile, Profesor titular de las cátedras de Derecho Regulatorio y Derecho Ambiental de la Universidad Autónoma de Chile y Universidad Central de Chile, respectivamente. Correo electrónico: [aplissock@ghpycia.cl](mailto:aplissock@ghpycia.cl)

of Public and private law the institution of expiration, also makes a critical analysis of the visions that face the interested parties. Finally, it is also proposed from the author's point of view, a solution to the problematic detection that starts from the base of the Political Constitution of the Republic of Chile of 1980.

KEY WORDS: Expiration – Chilean Water Code – Rights of water use.

\* \* \*

Ya se encuentra en el Senado, para discusión, el segundo trámite constitucional del proyecto de reforma al *Código de Aguas*<sup>1</sup> que lleva adelante el Ejecutivo, el que previamente ingresó por una moción parlamentaria de diputados de distintas bancadas (Accorsi, De Urresti, Jaramillo, León, Meza, Molina, Pérez, Sepúlveda, Teillier, Valespín), el cual introduce sendas modificaciones al decreto con fuerza de ley N° 1.122 de 1981, del Ministerio de Justicia, más conocido como el *Código de Aguas*. Dicha moción fue reforzada por una indicación sustitutiva de S.E la Presidenta de la República en 2014, por medio de un mensaje<sup>2</sup> que, en síntesis, tiene como eje central recoger las mejores experiencias internacionales en materia de regulación del uso y propiedad del agua, por una parte, y, por otra, adaptar y responder a las nuevas necesidades propias de nuestro país.

Se hace necesario implementar dos ideas orientadoras que refuerzan la administración, uso y disposición de los recursos hídricos. En primer lugar, para los nuevos derechos de aprovechamiento de aguas existe un cambio de concepción, pasando de ser perpetuos a tener una extensión temporal, adicionalmente proteger el consumo humano y el saneamiento como usos prioritarios del agua. En segundo lugar, se complementan normas que permitirían fortalecer las atribuciones de la Dirección General de Aguas, especialmente en la regulación temporal del ejercicio de uso de los derechos de aprovechamiento, se modifican normas relativas a remate de estos, cuya patente no ha sido pagada, como también se resguardarían los derechos de los actuales propietarios y finalmente se establece el beneficio de una exención al pago de la patente por no uso de las aguas a las asociaciones de agua potable rural.

La polémica no ha estado exenta de discusión en este proyecto, ya que el uso que se le da al agua es transversal a distintos sectores, sea el consumo humano-sanitario, la agricultura, las comunidades, la hidroelectricidad o el sector minero. A su vez, se contraponen distintos intereses, donde se debería priorizar el consumo humano, no ignorando la coexistencia de estos sectores bajo una institucionalidad que funcione de manera eficiente, con claras po-

<sup>1</sup> Proyecto de Ley que Reforma al Código de Aguas, *Boletín* 7543-12.

<sup>2</sup> Proyecto de Ley que Reforma al Código de Aguas, *Mensaje* 459-362.

líticas, planes y programas en vías de mejorar el buen manejo y uso de este vital recurso.

Existen distintas doctrinas y filosofías. Se confrontan, por una parte, quienes promulgan que los recursos naturales están al servicio del hombre y, otros, que señalan lo opuesto, en vías de oponer resistencia a todo control sobre la naturaleza. Teniendo como base el principio de sustentabilidad y su graduación conceptual, sostienen unos que todo recurso natural debería concebirse como capital crítico; otros, solo como capital natural, es decir, que solo existe un rol ecosistémico fundamental para el desarrollo de la vida. Estas teorías han desencadenado, como bien analiza en su última obra el profesor Canut de Bon L.<sup>3</sup>, dos visiones: el conservacionismo y el preservacionismo. El primero, un enfoque antropocéntrico en que el hombre está al centro de la naturaleza y de su capacidad de dominio sobre esta. El segundo, postura que plantea lo inverso, otorgándole a la naturaleza el papel principal, debiendo ser preservada en su estado actual, doctrina que ha ganado adeptos y reconocimientos constitucionales en los llamados derechos de la tercera generación, que, dicho sea de paso, ya existen países que albergan tales proteccionismos, como es el caso de Ecuador<sup>4</sup>, donde la naturaleza es sujeto de derechos y obligaciones, y en Bolivia<sup>5</sup>, con la industrialización de los recursos naturales con pleno respeto y protección del ambiente, y sus pueblos indígenas.

Chile aún es lejano a legislaciones de corte proteccionista, no obstante que esta, como otras indicaciones legislativas, tienen dicha orientación. El ingreso del país como primer país sudamericano miembro de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) demandó una nueva institucionalidad ambiental para el país, la cual se basa en un ministerio del ambiente que propone los planes, políticas y programas en materia ambiental; luego, un servicio de evaluación ambiental que evalúa los proyectos de inversión que entran a dicho sistema. Por otra parte, una superin-

<sup>3</sup> CANUT DE BON (2007).

<sup>4</sup> *Constitución Política de la República de Ecuador*, capítulo séptimo, artículo 71: "La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observarán los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivará a las personas naturales y jurídicas, y a los colectivos, para que protejan la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman un ecosistema".

<sup>5</sup> *Constitución Política de Bolivia*, capítulo tercero, Políticas Económicas. Artículo 319-I: "La industrialización de los recursos naturales será prioridad en las políticas económicas, en el marco del respeto y protección del medio ambiente y de los derechos de las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos y sus territorios. La articulación de la explotación de los recursos naturales con el aparato productivo interno será prioritaria en las políticas económicas del Estado".

tendencia del ambiente que fiscaliza los proyectos y vela por el cumplimiento de otro tipo de normas de carácter ambiental y, finalmente, los tribunales ambientales que resuelve las controversias en la materia.

En materia de aguas, ya existe, desde el año 2011, un documento del Banco Mundial<sup>6</sup> que diagnostica la gestión de los recursos hídricos en nuestro país, donde se identifican ocho desafíos vinculados a aspectos legales e instrumentos de gestión, que se reducen en: proteger los derechos de agua de los grupos vulnerables, mejorar la protección de los requerimientos hídricos para los ecosistemas y servicios asociados, mejorar los mercados de aguas, mantener la seguridad hídrica de los derechos de aguas, seguir avanzando en el uso efectivo de los derechos de aguas, hacer la gestión del agua subterránea más sostenible, profundización en las medidas ya tomadas para asegurar la calidad del agua y mejora del registro público de los derechos de aprovechamiento de aguas. Lo que no incorpora el referido informe es el eje central que propone el proyecto de reforma impulsado por el Ejecutivo, el cual incluye causales de caducidad bajo ciertos escenarios que mermarían el estado actual del que gozan los derechos de aprovechamiento de aguas en nuestro país. El cambio es radical y se traduce en que pasan de tener el carácter perpetuos a ser meramente derechos a temporales.

En la práctica, este debate se explica en que los dueños de los derechos de aprovechamiento no quieren cambios en su titularidad y propiedad, visión del todo legítima al haber constituido o adquiridos estos derechos válidamente bajo la legislación común aplicable. Por otra parte, el Ejecutivo, con una propuesta transformadora bajo una nueva concepción, pretende terminar con la propiedad de los derechos de aprovechamiento a perpetuidad, transformándolos en meras concesiones, las que son esencialmente revocables bajo ciertos parámetros de no uso del recurso, inscripción, construcción de obras, etc. A tal ha llegado la oposición a este proyecto que la máxima autoridad del gremio de agricultores, reunidos por la Sociedad Nacional de Agricultores, Patricio Crespo, ha señalado en innumerables oportunidades su rechazo a esta iniciativa:

“Es un maquillaje. Le cambiaron el color al maquillaje, pero es lo mismo. Los parlamentarios quieren transformar el derecho de aprovechamiento de agua, que es un derecho de propiedad sobre el agua que se extrae en una concesión. La concesión es un permiso que te dan limitado en el tiempo y que te pueden caducar por no uso o por no inscripción. En cambio, la propiedad se pierde una sola manera: expropiando y pagando indemnización. El derecho que tenemos los agricultores está amparado en el número 24 artículo 19 de la Constitución, que señala que es propiedad del titular los derechos de agua reconocidos u otorgados conforme a la ley”<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> Banco Mundial (2011): *Chile, Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos*.

<sup>7</sup> Diario *El Pulso*, entrevista a Patricio Crespo e indicaciones al proyecto de *Código de Aguas*. “Le cambiaron el color al maquillaje, pero es lo mismo”. Santiago, 10 de abril de 2017.

Argumentos que no dejan de ser ciertos en la óptica del agricultor, quien muchas veces ha hipotecado su finca y el agua para tener acceso al crédito.

Dicho lo anterior, esta disputa es digna de analizar bajo lógicas, tiempos y realidades diversas que me veo obligado a comentar. Primeramente, la *Constitución Política de la República de Chile* de 1980, sobre la base de una legislación robusta, le otorga a los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas, un derecho real, el cual se inscribe en un registro especial (de aguas) de los conservadores de bienes raíces respectivos. Este *Código*, en aquellos tiempos, pretendía recuperar confianzas, atraer inversiones e impulsar el mundo agrícola, tiempos donde reinaba el desconcierto, luego de procesos de reforma agraria, inestabilidad, intervenciones y expropiaciones con el fin de sociabilizar la propiedad que, por el contrario, la Comisión de Estudios para La Nueva Constitución, con visión proteccionista y garantista, resguardó.

Secundariamente, una visión economista en la cual, la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República de Chile (en adelante CENC), primo la industrialización y explotación de recursos naturales. No obstante, el paradigma de hoy afronta otras realidades que desconciertan y limitan la industrialización a todo evento, fenómeno que, de manera gradual, amenaza y mandata a hacerse cargo de este inconveniente por el cual el Estado no tiene herramientas para restringir y asignar los derechos de aprovechamiento de aguas. Asimismo, nuevos fenómenos naturales amenazan un mayor control estatal, como es el calentamiento global, el cual, producto de gases de efecto invernadero, acarrea consecuencias mediatas e inmediatas que generan consecuencias irreversibles para futuras generaciones, visión que el *Código de Aguas* del año 1981 no se replanteó.

En consecuencia, el tema neurálgico en este proyecto de reforma es la modificación a este régimen de propiedad-perpetuo que se tiene sobre el derecho de aprovechamiento de aguas que el proyecto de reforma pretende limitar, disponiendo que el uso y goce de ellas tendrá una duración máxima (treinta años), pasando a ser una mera concesión administrativa y, al mismo tiempo, se introducen causales de caducidad no existentes en la actual legislación, lo que precariza aun más estos derechos.

En efecto, sabemos que el derecho de aprovechamiento de acuerdo con el artículo 6° inciso 1° del *Código de Aguas* lo define como "(...) 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 normas de este Código". Se trata, entonces, de un derecho real de contenido propio, el cual una vez otorgado por la autoridad con potestades para ello se incorpora al patrimonio del titular. Al respecto, el inciso 2° del citado artículo 6°, agrega: "El derecho sobre las aguas es de dominio de su titular, quién podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley".

Tales consideraciones nos llevan a concluir que el derecho de aprovechamiento, es un derecho real, según lo estatuye el propio *Código* en el artí-

culo 6 inciso 1°; ergo, tiene idéntica naturaleza que aquellos que establece el artículo 577 del *Código Civil*. Lo anterior implica que, una vez otorgado el derecho, el titular no puede ser privado de él administrativamente, esto es, no puede ser dejado sin efecto por la propia decisión de la administración. A su vez, como derecho real, se encuentra sujeto al Derecho Común. Por ello, el artículo 129 del *Código de Aguas* dispone:

“el dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue por la renuncia señalada en el inciso tercero del artículo 6° y, además, por las causas y formas establecidas en el derecho común”.

Por Derecho Común debe entenderse el Derecho Civil; en consecuencia, en principio, el titular solo podrá ser privado de su derecho por vía expropiatoria, sin perjuicio de la prescripción adquisitiva. También el derecho de aprovechamiento es *un* derecho principal, pues se encuentra jurídicamente desligado del bien (predio, industria, mina, empresa de agua potable etc.) al que están destinadas las aguas o que se van a beneficiar con ellas y, por consiguiente, si se enajena un predio sin hacer referencia a tales derechos, se entiende que la venta no los comprende, acorde con la regla del artículo 317 del *Código de Aguas*. Además, se expresa en volumen por unidad de tiempo, de acuerdo con el artículo 7° del *Código de Aguas*, lo que, en la práctica, suele utilizarse los litros por segundo, metros cúbicos por segundo, etc. Por otra parte, la posesión de los derechos de aprovechamiento de aguas se adquiere por la competente inscripción. Una vez inscrito el derecho de aprovechamiento en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo, se encuentra sujeto al régimen de posesión inscrita que contempla el *Código Civil*; ergo, la inscripción conservatoria es requisito, prueba y garantía de la posesión de dicho derecho real (artículos 20 inciso 1<sup>a</sup>, 117 y 121 del *Código de Aguas* y artículo 728 y siguientes del *Código Civil*). Finalmente, este derecho confiere a su titular las facultades de uso, goce y disposición, lo que significa que puede transferirse por acto entre vivos y transmitirse por causa de muerte. Así, su titular puede venderlo, arrendarlo, gravarlo con hipoteca, donarlo etc.; tal dominio se encuentra tutelado por la garantía constitucional del derecho de propiedad, conforme al artículo 19 N° 24 inciso final de la *Constitución Política de la República* el cual reconoce “el derecho de los particulares sobre las aguas, reconocidas o constituidas en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”.

De acuerdo con lo anterior, clara es la naturaleza jurídica que se les dio a las aguas, tratadas por la *Constitución Política de la República* 1980 y en el *Código de Aguas* de 1981. Se le otorga a las aguas un régimen especial, único en el mundo, dándole características de derecho real, lo que implica ejercer este derecho sin respecto a determinada persona, facultando a su titular para usar, gozar y disponer de ese derecho en conformidad a la ley, amparado constitucionalmente. De esta forma el derecho de aprovechamiento de aguas es

una concesión otorgada por el Estado, pero en propiedad, donde está el principal problema, ya que más bien crea un error conceptual debido a que el titular de este derecho más que un concesionario es un propietario, titular de un derecho de dominio, propiedad tutelada constitucionalmente que solo puede ser privada, como sostendremos en este artículo, por una causa de utilidad pública producto de una expropiación y, por ende, su consecuencial pago.

Ahora bien, este razonamiento que no debiera estar en discusión, lo está, debido a que el proyecto de reforma procura introducir causales de caducidad que afectarían la propiedad de estos derechos de aprovechamiento válidamente otorgados, bajo una legislación, que no contempla este modo de extinguir las obligaciones que a continuación trataremos.

## LA CADUCIDAD EN EL DERECHO PRIVADO COMO MODO DE EXTINGUIR LAS OBLIGACIONES

Cuando estudiamos los efectos del transcurso del tiempo en las relaciones jurídicas de naturaleza privada, vemos la caducidad. Rene Abeliuk decía que estamos en presencia de ella:

“cada vez que la ley establezca un plazo para ejercitar un derecho o ejecutar un acto, sin que sea posible ejercer tal derecho o ejecutar el acto una vez vencido dicho plazo”<sup>8</sup>.

Por su parte, Alessandri y Somarriva sostenían:

“cuando la ley o la voluntad del hombre prefija un plazo para el ejercicio (realización de un hecho cualquiera, o ejercicio de una acción judicial), de tal modo que, transcurriendo el término, no puede ya el interesado verificar el acto o ejercitar la acción”<sup>9</sup>.

## LA CADUCIDAD EN DERECHO PÚBLICO

El profesor Bermúdez, señala:

“la caducidad se presenta como una forma anormal de extinción del acto administrativo que opera en aquellos casos en que el acto contiene una modalidad, ya sea un plazo, condición resolutoria u otra, que de cumplirse conlleva la desaparición del acto administrativo”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> ABELIUK (1990), p. 655.

<sup>9</sup> ALESSANDRI y SOMARRIVA (1962), p. 106.

<sup>10</sup> BERMÚDEZ (2011), p. 568. En el mismo sentido, véase SOTO KLOSS (1984), p. 508.

Asimismo, la doctrina ha desarrollado diversas causales de caducidad en el Derecho Público, pudiendo distinguirse, a modo de ejemplo: caducidad de acciones, pretensiones, preclusión de trámites administrativos procedimentales del proceso administrativo.

### CADUCIDAD DE ACCIÓN O PRETENSIÓN

Cuando ha transcurrido un plazo para interponer recursos administrativos o contencioso-administrativos, sin que se haya efectuado tal actuación<sup>11</sup>. Adicionalmente habría *caducidad de derechos* en los casos en que un derecho nazca a la vida jurídica sujeto a un plazo determinado, o en que previamente se contemple como sanción ante el incumplimiento de obligaciones o condiciones impuestas por la ley al titular de un acto<sup>12</sup>. Por último, se concebiría *caducidad de potestades* en los casos que la ley establezca un plazo determinado dentro del cual un órgano administrativo ejerza una potestad, de manera tal que transcurrido dicho plazo no sería posible que aquella sea ejercida<sup>13</sup>.

### CADUCIDAD DE TRÁMITES PROCEDIMENTALES

Se da en los supuestos en que la ley establece un plazo breve para que una parte efectúe ciertos actos, sin que estos puedan realizarse una vez cumplido el plazo contemplado.

### CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO

Cuando el proceso administrativo termina de una manera anormal, por causa imputable a la parte interesada, sin que este haya reanudado el plazo, o la administración no haya dictado una resolución expresa notificando la respectiva resolución dentro del plazo máximo contemplado para tal efecto<sup>14</sup>.

Un ejemplo clásico hoy de caducidad general<sup>15</sup> sería la de la Resolución de Calificación Ambiental, contemplada en el artículo 25 ter de la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente ley N° 19.300, modificado por la ley N° 20.417<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Recursos Administrativos, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ (2011), p. 551.

<sup>12</sup> TARDÍO PATO (2005), p. 358.

<sup>13</sup> *Ibid.*

<sup>14</sup> SANTAMARÍA (2009), pp. 99-100.

<sup>15</sup> HERRERA y RUIZ-TAGLE (2014), pp. 169-190.

<sup>16</sup> La resolución que califique favorablemente un proyecto o actividad caducará cuando hubieren transcurrido más de cinco años sin que se haya iniciado la ejecución del proyecto o



En materia de aguas, encasillaríamos lo expuesto en la caducidad de derechos; recordemos que en la anterior codificación en materias de aguas, existían causales de caducidad.

En efecto, el *Código de Aguas* del año 1969 contemplaba la caducidad sobre mercedes de agua al cambiar el titular su objeto por el que fue otorgado el derecho, y la caducidad contemplada en los decretos de razonamientos.

El *Código de Aguas* del año 1969 en su artículo 30<sup>17</sup> daba la facultad a la Dirección General de Aguas para caducar derechos si no se utilizaban tales derechos durante dos años consecutivos o si cesaba su utilización para la cual se concedieron; del mismo modo, si se les daba a las aguas una utilización diversa, al infringirse lo dispuesto en el artículo 12 del *Código*, el cual prohibía la cesión de los derechos de aprovechamiento de aguas, salvo las excepciones contempladas en dicho artículo, las que consistían brevemente en extraer aguas de un cauce natural solo para el riego, con el fin de embalsarlas o si no se efectuaban las obras hidráulicas dentro de plazo necesarias para aprovechar el recurso, adicionalmente si se infringían las normas de los artículos 257 y 259 sobre el otorgamiento de la merced provisional y obras para su aprovechamiento.

---

actividad autorizada, contado desde su notificación. El reglamento deberá precisar las gestiones, actos o faenas mínimas que, según el tipo de proyecto o actividad, permitirían constatar el inicio de la ejecución del mismo.

<sup>17</sup> La Dirección General de Aguas podrá decretar caducados en todo o en parte los derechos de aprovechamiento, cualquiera que haya sido su origen, en los siguientes casos: a) Si no se utilizaren las aguas durante dos años consecutivos o si cesare la utilización para la cual se concedió el derecho de aprovechamiento; b) Si se da a las aguas una utilización diversa de la señalada en la concesión infringiendo lo dispuesto en el artículo 39 de este *Código*; c) Si se cede el derecho de aprovechamiento lo dispuesto en el artículo 12 de este *Código*; d) Si se extrajeren aguas de un cauce natural infringiendo lo dispuesto en el artículo 54 de este *Código* y e) Si el titular del derecho de aprovechamiento no efectuare en las obras hidráulicas, dentro del plazo que la Dirección General de Aguas le señale, las modificaciones o reparaciones necesarias para la seguridad de ellas mismas, de las poblaciones o caminos y otras de interés general. En este caso, la Dirección General de Aguas deberá, previamente a la declaración de caducidad del derecho, requerir al interesado para que realice las obras dentro del plazo que ella señale, bajo apercibimiento de pagar una multa equivalente al monto de hasta cinco sueldos vitales mensuales para empleado particular de la industria y del comercio del Departamento de Santiago. En los casos de las letras a) y c) la Dirección General deberá declarar caducados los derechos de aprovechamiento. Si el concesionario no diere cumplimiento a las condiciones establecidas en los artículos 257 o 259 o en el inciso segundo del artículo 263, la Dirección General de Aguas podrá declarar también caducada la concesión provisional quedando sin valor las tramitaciones efectuadas. Si el afectado estimare ilegal la declaración de caducidad, podrá reclamar por dicha causa, dentro del plazo de quince días, ante la Corte de Apelaciones respectiva, la cual resolverá en única instancia procediendo breve y sumariamente. La Corte fallará con los antecedentes que se le presentaren debiendo en todo caso pedir informe a la Dirección General de Aguas. En contra de la sentencia no procederá el recurso de casación. En estos reclamos procederá siempre la habilitación de feriado de vacaciones. Si la Corte tiene varias salas, conocerá una de ellas designada por sorteo. Habrá acción popular para denunciar, ante la Dirección General de Aguas, las infracciones a que se refiere el presente artículo.

En el caso de los decretos de razonamiento, el artículo 35<sup>18</sup> del *Código de Aguas* del año 1969 daba la facultad al Presidente de la República, por medio de decreto supremo, para fijar áreas de racionalización del uso del agua, quedando, en tal caso, extinguidos todos los derechos de aprovechamiento existentes en dicha área, caso que ocurrió en la década de 1980 sobre algunos derechos de aprovechamiento constituidos sobre aguas superficiales y corrientes del río Mapocho.

Por otra parte, el *Código* reguló los casos de derechos de aprovechamiento provisionales, los cuales también existía la sanción de caducidad.

Disponía el artículo 6 transitorio del *Código de Aguas* de 1981:

“Los derechos de aprovechamiento otorgados provisionalmente de acuerdo a las normas del código que se deroga, (‘el Código de Aguas de 1969’) continuarán tramitándose hasta obtener la concesión definitiva conforme a dichas normas”.

Lo que básicamente significaba que esta norma transitoria dejaba en subsistencia un régimen o sistema con el fin de regular actuaciones anteriores a la entrada en vigencia del *Código de Aguas* de 1981. El fin de esta disposición era dar la posibilidad de que dichas actuaciones, comenzadas en la anterior codificación, pudieran consolidarse manteniendo así su subsistencia. Cabe hacer presente que el *Código de Aguas* de 1981 no contempla la institución de la caducidad, ni tampoco las mercedes provisorias, por lo cual estas se mantienen afectas en todos sus aspectos a la legislación anterior. La caducidad contemplada en el *Código de Aguas* de 1969 fue la consecuencia prevista expresamente en el propio acto de la concesión provisional para el evento de incumplimiento de las obligaciones de presentar proyectos o ejecutar obras en los plazos y condiciones allí indicadas. En aquella época, la declaración de caducidad no importaba una vulneración expresa del ar-

---

<sup>18</sup> El Presidente de la República podrá establecer por decreto supremo áreas de racionalización del uso del agua. Desde la publicación en el *Diario Oficial* del decreto que establezca un área de racionalización del uso del agua, quedarán extinguidos todos los derechos de aprovechamiento existentes en dicha área, sin perjuicio de los cuales los usuarios continuarán utilizando las aguas del mismo modo que anteriormente hasta que la Dirección General de Aguas conceda nuevos derechos de aprovechamiento. Los nuevos derechos de aprovechamiento se otorgarán por la Dirección General de Aguas sin sujeción a los trámites establecidos en el Título I del Libro II. El Presidente de la República podrá crear, modificar o suprimir los seccionamientos de las corrientes naturales comprendidas en un área de racionalización del uso del agua. La Dirección General de Aguas podrá, una vez otorgados los derechos a que se refiere el inciso tercero, exigir en los plazos y condiciones que ella determine, la constitución de juntas de vigilancia o asociaciones de canalistas o la organización de comunidades de agua en los cauces comprendidos en las áreas de racionalización, bajo apercibimiento de que las constituya la propia Dirección General por cuenta y cargo de los titulares de los respectivos derechos de aprovechamiento. Serán aplicables, en lo demás las disposiciones del presente *Código*.

título 19 número 24 inciso final de la *Constitución Política de la República*, por la sencilla razón de que estas causales estaban predeterminadas por el legislador, consecuencia tal, que para la Dirección General de Aguas pasaba a ser una facultad declararla. En tal sentido, cabe destacar el dictamen N° 10.006<sup>19</sup> del año 1991, por el cual la Contraloría General de la República se pronunció sobre una resolución de la Dirección General de Aguas que aprobaba obras de aprovechamiento y concedía, definitivamente, un derecho de aprovechamiento de aguas de un estero a un concesionario, resolviendo que el concesionario tenía una merced otorgada en carácter provisional, no cumpliendo este, dentro de plazo, con las condiciones que se le impusieron al otorgársele el derecho en relación con las obras de aprovechamiento, obligación definida por la ley N° 9.009, artículo 270<sup>20</sup>, vigente a la época, impidiéndose la aplicación del *Código de Aguas* de 1981, ni regular situaciones anteriores, más bien el principio de irretroactividad de la ley ratificado en todas sus partes, habiendo operado la caducidad no pudiendo revivirse con arreglo a la nueva legislación un derecho que quedó definitivamente extinguido por mandato de un ordenamiento que le era plenamente aplicable.

La caducidad en el proyecto de reforma al *Código de Aguas* actual, contempla causales de caducidad a los derechos de aprovechamiento de aguas, las cuales operarían por el solo ministerio de la ley, es decir, sin necesidad de una declaración judicial para el caso de no verificarse el uso efectivo del recurso dentro de ciertos plazos prefijados, dependiendo de qué tipo de derecho se trata. Para el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, que son aquellos que facultan a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad, la caducidad operaría durante un plazo de cuatro años contados desde su otorgamiento y en los no consuntivos, que son aquellos que permiten emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho; la caducidad se haría efectiva en un plazo de ocho años, contados desde su otorgamiento.

El proyecto establece que el uso efectivo de las aguas permitiría impedir esta sanción de caducidad, acreditando el titular dicho uso mediante la construcción de obras suficientes y aptas para ello, las cuales sean capaces de permitir la captación o alumbramiento de las aguas, su conducción hasta el lugar de uso y la restitución del recurso (caso de los derechos no consuntivos). No obstante, el inconveniente radica principalmente en que en el proyecto de reforma no especifica la autoridad y el procedimiento ante el cual se verificaría la construcción de estas obras, lo que atisba una facultad evidente-

<sup>19</sup> Dictamen de la Contraloría General de la República, N° 10.006, 22 de abril de 1991.

<sup>20</sup> *Código de Aguas* de 1969, artículo 270, "La solicitud deberá ser acompañada de un estudio de las obras de sondaje, el cual contendrá un croquis de situación, una memoria explicativa, un presupuesto aproximado y los demás datos que el interesado crea conveniente agregar".

mente discrecional de la Dirección General de Aguas. Por otra parte, en lo relativo al pago de patentes por no uso de los derechos de aprovechamiento, el proyecto de reforma también contempla la sanción de caducidad, distinguiéndose el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos y de ejercicio permanente, cuando transcurran catorce años sin que el titular del derecho construya obras de captación y extracción para su aprovechamiento y para los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos y de ejercicio permanente, caso en que las obras de captación no se construyan en un plazo de doce años contados desde su constitución. La contabilización de los plazos por la no utilización de las aguas empezaría a regir desde el 1 de enero del año siguiente al de la entrada en vigencia de la ley. En el caso de derechos constituidos o reconocidos con posterioridad a la fecha indicada, los plazos se computarán desde su constitución o reconocimiento.

Por último, el proyecto agrega la caducidad del derecho de aprovechamiento para el caso que la escritura pública en que se haga constar su acto de constitución no haya sido inscrita en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo dentro del breve plazo de sesenta días contados desde el otorgamiento del derecho. En este caso, cabe preguntarse, qué pasaría con los derechos reconocidos y usos consuetudinarios (inmemoriales y ancestrales) los cuales tienen la imposibilidad física y material de inscripción, lo que quedarían desamparados al contemplar un plazo muy acotado para lograr tal finalidad de inscripción, más bien quedarán afectos a la sanción de caducidad por falta de inscripción.

Dable es considerar que la falta de inscripción hoy no ha impedido que estos usos se les reconozcan *ipso iure*, como plenos derechos, solo por el hecho de usarse el agua, reciente jurisprudencia ha protegido estos usos ancestrales, dentro de los fallos más destacados el caso Chusmiza-Usmagama<sup>21, 22</sup>

<sup>21</sup> Corte Suprema (2008): Rol 2840-2008. Sentencia pronunciada por la Segunda Sala, integrada por los ministros: Nibaldo Segura P., Jaime Rodríguez E., Rubén Ballesteros C., Hugo Dolmestch U. y el abogado integrante Luis Bates H.

<sup>22</sup> Corte Suprema (2008): Rol 2840-2008, considerando 6º: "Se regulariza un uso inmemorial del recurso hídrico reconocido por el legislador en el artículo 64 de la Ley N° 19.253 como un derecho de ciertas comunidades indígenas y que se ha reflejado, en la especie, en actos positivos de señor y dueño que, sin duda, descartan reconocer dominio ajeno, como lo son la construcción del socavón del cual emanan las aguas, de los estanques de acopio del canal conductor, de las terrazas de cultivo, además del mismo asentamiento humano reflejado en las modestas casas que conforman los poblados de Chusmiza y Usmagama, aspectos fácticos sobradamente demostrados en la causa y consignados expresamente en el motivo décimo del edicto en revisión". Acorde con lo razonado, parece necesario resaltar lo sostenido por este máximo tribunal en la causa rol 986-2003, cuando expresa: "no se puede sino concluirse que el procedimiento del tantas veces citado artículo 2º transitorio del Código sobre la materia, permite regularizar y no constituir derechos, pues los que se normalizan existen previamente y su propiedad no está en discusión, pues emanan de la ley. Se trata de una norma procesal no sustantiva, que sólo tiene por objeto regular la forma de inscripción de un derecho que,

no obstante, la nueva y discordante línea jurisprudencial de la Tercera Sala de la Corte Suprema en miras a desconocer la regularización de estos usos.

A modo de conclusión, al revisar la *Constitución Política de la República* de 1980, el artículo 19 número 24 inciso final<sup>23</sup>, llama la atención del proyecto de reforma el error en la conceptualización del término que se emplea para la extinción del derecho de aprovechamiento de aguas, ya que la caducidad como hemos analizado es propio de las concesiones administrativas que son fundamentalmente precarias, debido que toda concesión impone obligaciones y su incumplimiento es sancionado con este modo de extinguir.

Esta situación no sería aplicable a los derecho de aprovechamiento de aguas constituido bajo la actual legislación, debido a que el titular de este derecho no es un concesionario, sino, más bien, como majaderamente se ha señalado, es un propietario, tiene dominio sobre su derecho, propiedad tutelada por la norma fundamental, lo que implica que sólo se puede privar a su titular por vía de la expropiación por causa de utilidad pública y consecuente pago.

Este problema de fondo ha llevado al proyecto a forzar una posición doctrinal que no tiene sustento constitucional, por la sencilla razón que sería una política pública inviable de expropiar a los dueños de los derechos de aprovechamiento de aguas a lo largo del país, fuerza concluir entonces que el titular del derecho de aprovechamiento que adquirió bajo el imperio de una ley (*Código de Aguas* de 1981), en la cual no existía causal de caducidad, sino un derecho de propiedad fuertemente amparado por la Constitución, requeriría de un proyecto de reforma constitucional con los *quorum* necesarios para modificarlo.

Tampoco podría ser privado el titular del derecho de aprovechamiento de la propiedad que tiene sobre él sujeto a un acto posterior cuya sanción sería la caducidad. Solo cabría que este modo de extinguir los derechos operará para el futuro, esto es, para el caso del otorgamiento de nuevos derechos, sujetos a caducidad, lo que tendría más asidero constitucional, facultando al Estado poder intervenir la asignación y uso de los recursos hídricos, no obstante la conocida realidad de otorgamiento y sobre-otorgamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas de norte a sur del país.

Como analizamos en el caso del *Código de Aguas* del año 1969, existía la causal de caducidad previamente establecida, la cual operaba sobre el caudal efectivamente usado, no cabiendo duda alguna cuáles eran las reglas a las que se sometía el administrado, limitándose forzosamente cualquier discrecional-

---

como ocurre en la especie, no está inscrito, pero sí reconocido legalmente. La regularización importa normativa y si el caudal que se pretende, es el efectivamente utilizado en la forma y términos previstos por el legislador".

<sup>23</sup> Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.

alidad del órgano administrativo, lo que no se traduce hoy en el actual proyecto de reforma, el cual, sin duda requiere ajustes constitucionales necesarios, tarea que concluirá próximamente el Senado de la República.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANSASEVICH, René. (1990): *Las Obligaciones* (Madrid, Montecorvo S.A.) Tomo II.
- ALESSANDRI, Arturo y SOMARRIVA, Manuel (1962): *Curso de Derecho Civil, Parte General y Las Personas* (Santiago, Editorial Nacimiento) Tomo I, Volumen II.
- BANCO MUNDIAL (2011): *Chile, Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos*, 31 de marzo de 2011. Disponible en <http://documents.worldbank.org/curated/en/452181468216298391/Chile-Diagn-243-stico-de-la-gesti-243-n-de-los-recursos-h-237-dricos>.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2011): *Derecho Administrativo General* (Santiago, Legal Publishing).
- CANUT DE BON, Alejandro (2007): *Desarrollo sustentable y temas afines* (Santiago, Consejo Minero).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (2011): *Curso de Derecho Administrativo* (Duodécima Edición, Pamplona, Civitas) Tomo II.
- HERRERA VALDEVERDE, Javier y RUIZ-TAGLE GUTIÉRREZ, Samuel (2014): "La Caducidad de la Resolución de Calificación Ambiental" en *Revista de Derecho (Valdivia)* Vol. 27 N° 1: pp. 169-190.
- SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso (2009): *Principios de Derecho Administrativo General* (Madrid, Iustel) Tomo II.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1984): "Prescripción extintiva de derechos de los administrados y cumplimiento de las obligaciones legales impuestas a la Administración", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 11 N° 2-3: pp. 505-517.
- TARDÍO PATO, José Antonio (2005): "Caducidad del procedimiento administrativo", en SANTIAGO MUÑOZ MACHADO (director) *Diccionario de Derecho Administrativo* (Madrid, Iustel) Tomo I pp. 358-366.

## Jurisprudencia

- Contraloría General de la República (1991): Dictamen N° 10.006, 22 de abril de 1991.
- Corte Suprema (2004): Rol 986-2003, 22 de marzo de 2004.
- Corte Suprema (2008): Rol 2840-2008, 13 de agosto de 2008.