

Concesion de mercedes de aguas

La lejislacion en proyecto.—Bases para una reglamentacion.

POR

GUILLERMO FUENZALIDA G.

(Conclusion)

En la sesion del Senado Conservador celebrada el 4 de Junio de aquel año, se acordó pedir informe al Ilustre Cabildo de Santiago, «sobre la porcion de agua que compone un regador, para salir de la duda que se ha propuesto, opinando unos que es una cuarta en cuadro, otros que es una sesma, i minorando algunos esta cantidad.»

El Cabildo de la capital en informe de 11 de Junio espuso que no habia cosa decidida sobre la porcion de agua que componia un regador. «Todo parece estar sujeto—dice el informe—al mas o ménos desnivel del terreno que proporcione la ocupacion de un peon; porque el agua que éste puede distribuir regando, es lo que propriamente se llama regador; pero aun para esto no hai una regla fija en la cantidad de agua que puede gobernar, por la mas o ménos actividad del que riega i disposicion o preparacion del terreno para el curso del agua.»

Como se ve, las dudas quedaban en pie i hubo necesidad de recabar de don Domingo Eyzaguirre, técnico encargado de los trabajos del Canal de Maipo, una opinion sobre este punto. El señor Eyzaguirre evacuó un informe en 2 de Julio i dijo que segun su opinion, un regador debia de ser «de cuarta en cuadro con desnivel de quince pulgadas por cuadra al salir del canal, o cerca del lugar donde se lleve, haciéndose de todos modos donde se midan los regadores un piso de fábrica para que conserve el canal este desnivel.»

Con estos antecedentes, el Senado Conservador acordó en sesion del 9 de Julio enviar un oficio al Supremo Director, fijando las dimensiones de cada regador «en una cuarta de ancho i una sesma de alto. De este modo cada vara cúbica dará 24 regadores en vez de 16, que se produce midiéndose de cuarta en cuadro, calculándose de

que así, i con el desnivel de quince pulgadas en cuadra, se hace un regador proporcionado.»

Fijadas estas dimensiones en Octubre del año citado se mandó publicar avisos en la *Gaceta Ministerial* de que se vendian regadores del rio Maipo con las dimensiones que se ha indicado; i para asignar los precios a cada regador, el Senado Conservador pidió al Director Supremo todos los antecedentes producidos. Con ellos a la vista, en sesion del 5 de Noviembre se celebró el siguiente acuerdo: «Mantener la fijacion de las dimensiones de todo regador en los términos acordados, a saber: una sesma de alto, una cuarta de ancho i *quince pulgadas de desnivel en cuadra*». Con esa misma fecha se pasó oficio al Director Supremo, trascribiendo dicho acuerdo, i este documento fué el que sirvió de base para la redaccion del Senado Consulto de que venimos ocupándonos, i que comienza así: «Conformándome con lo acordado por el Excmo. Senado en 5 del corriente, vengo a declarar por regla jeneral, etc.»

De manera, pues, que la lei se remite a sus antecedentes, i si en el testo no se indica la distancia en que debe aplicarse el desnivel de 15 pulgadas, en aquellos se halla el dato precisado en forma bien clara i terminante.

Pero despues de todo, la discusion interpretativa continúa pendiente i fuerza es que este estado de cosas se finiquite con la nueva lei, estableciéndose un réjimen racional de distribucion de agua, que venga a fijar la medida legal, basada en el aforo de la corriente, que casi siempre es de caudal variable i no en el ancho o forma de las bocatomas.

El proyecto que existe pendiente del Senado llena en este punto un verdadero vacío. Establece como unidad legal el regador, declarando que equivale a un escurrimiento de quince litros por segundo, volúmen, que repetimos, ya ha sido aceptado por la práctica casi unánimemente. El proyecto antiguo que sobre esta misma materia alcanzó a discutirse en las Cámaras Lejislativas en el año 1902 disponia mas o ménos lo mismo, pero no se ponía en el caso bien corriente de que el caudal de los rios fuera variable, de que éstos pueden someterse a turno por escasez sobreviniente.

El proyecto actual consulta este punto en forma mui aceptable, pues establece la division proporcional de la corriente. «Sin embargo, dice, en las corrientes de caudal variable el regador es una parte alícuota de ella, que se determinará dividiendo el caudal normal en partes de quince litros por segundo i queda sometido a las alzas i bajas de la corriente de que emana, sin que aquellas puedan dar derecho a un gasto efectivo mayor de 30 litros por segundo».

Como se ve, el proyecto se pone en el caso de abundancia i escasez. Existiendo la primera, todos los canales que tengan derechos adquiridos sobre la corriente no pueden sacar mas de 30 litros por unidad; el sobrante queda libre para terceros que pueden optar a él en condiciones de eventualidad. Si sobreviene escasez, la norma fijada no dará lugar en la práctica a dificultades de ninguna especie. Las mercedes que se hubieren concedido en el carácter de condicionales o eventuales, con cargo al sobrante que se produzca en épocas de abundancia, quedarán en receso, i las perma-

nentes dispondrán del caudal que arrastre el río a prorrata del respectivo número de regadores a que tengan derecho.

Si no se presentaren interesados a la totalidad del sobrante, en las épocas de crece, «los canales que tengan derecho adquirido a elevar su dotacion en tiempo de abundancia a mas de 30 litros por segundo, por cada 15 litros que estraigan en el caudal normal, conservarán el exceso como un derecho eventual preferente a cualquiera otro de la misma naturaleza adquirido con posterioridad».

Tal es el sistema ideado en el proyecto que venimos estudiando. Su practicabilidad descansa en el aforo de la corriente, operacion bastante delicada, que no puede llevarse a cabo sino en una prolongada serie de años, pero que al fin i al cabo es la base mas justa i equitativa que podia encontrarse para la distribucion de las aguas.

IV

Otro vacío que ha de llenar la lei es el referente a la autoridad que debe conceder las mercedes de agua, de cualquiera naturaleza que sean.

Hoy en día se presentan numerosas dificultades debido a que, segun las disposiciones vijentes, son varias las autoridades que se consideran facultadas para conceder mercedes de agua, segun sean para regadío o para usos industriales.

Segun el artículo 26, número 2 de la Lei de Municipalidades de 1891, corresponde a estas Corporaciones la facultad de «conceder, sin perjuicio de derechos adquiridos por terceros, mercedes de agua de rios o esteros de uso público *que corran esclusivamente dentro del respectivo territorio municipal.*»

El inciso 2.º de dicho número establece que «cuando el río o estero recorra o divida dos o mas territorios, se aplicarán las disposiciones de la respectiva ordenanza jeneral de 3 de Enero de 1872»; pero esta ordenanza no contiene ninguna disposicion referente a la autoridad que debe conceder las mercedes de agua, de donde se ha inferido que la lei de 1891 dejó subsistente el artículo 102 de la lei anterior de Municipalidades de 1887, en cuyo inciso 3.º dispone que, «las mercedes o permisos para sacar agua de un río, corresponden al jefe del departamento en que el saque o toma haya de establecerse». En este sentido se han pronunciado diferentes fiscales de la Excm. Corte Suprema.

Pero las disposiciones citadas no han podido referirse sino a las mercedes para regadío, de tal manera que las concedidas para fuerza motriz quedaban escluidas. En vista de esta circunstancia, el Ministerio de Industria i Obras Públicas, por circular número 714, de 19 de Mayo de 1902, resolvió—mientras se dictaba una lei que determinara con exactitud a quien correspondia otorgar las concesiones de mercedes de agua para usos industriales—diferir este conocimiento al Gobernador del Departamento donde el saque o toma iba a ubicarse, de acuerdo con los informes evacuados al respecto por el Consejo de Defensa Fiscal i por diversos fiscales de la Excm. Corte Suprema. Los gobernadores, antes de librar el decreto de concesion, debian enviar los antecedentes en consulta al Supremo Gobierno.

Esta circular fué derogada por el decreto reglamentario vijente número 254, de 8 de Febrero de 1907, segun el cual corresponde al Ministerio de Industria i Obras Públicas dictar el decreto de concesion, pero debiéndose presentar las solicitudes ante el Gobernador del Departamento en donde se ubicará la boca-toma.

De lo anterior se desprende que actualmente las Municipalidades están facultadas para conceder las mercedes para regadío, cuando el rio o estero nace i muere dentro del territorio municipal respectivo; cuando el rio o estero atraviesa varios territorios municipales, son los Intendentes o Gobernadores quienes pueden conceder esta misma clase de mercedes; i en cuanto a las concesiones de agua para fines industriales únicamente conoce de ellas el Ministerio de Industria i Obras Públicas.

No obstante, muchos interesados recurren directamente a este Ministerio solicitando mercedes para regadío, en la duda de si corresponde el conocimiento de ellas a las Municipalidades, a los Intendentes o Gobernadores, i en la mayoría de los casos, las solicitudes presentadas ante estos últimos funcionarios son sometidas a la resolucion del Gobierno, equiparándolas a las de usos industriales i aplicándoles las disposiciones del decreto reglamentario de 8 de Febrero de 1907, el cual, por su redaccion, espíritu i antecedentes que lo fundaron, no puede referirse a ellas. Sin embargo, actualmente en la práctica, dicho decreto se está aplicando a las mercedes para regadío, en la parte que les es pertinente.

Existe, pues, una verdadera anarquía en esta materia, lo que da lugar a infinitas controversias, pues siendo varias las autoridades que intervienen, es imposible no lesionar derechos adquiridos por terceros en una misma corriente, i que emanan de títulos en ninguna parte inscritos i sólo conocidos de la autoridad que los creó. La frase ya consagrada por el uso, «sin perjuicio del derecho de terceros», léjos de evitar dificultades, ha dado márgen a un semillero de juicios, muchos de ellos en actual tramitacion.

Tomando en consideracion todos estos antecedentes, el Ejecutivo presentó al Congreso Nacional en Octubre de 1907, un proyecto de lei que hoi está abandonado, i segun el cual la concesion de mercedes de agua en los rios i corrientes naturales de uso público i la concesion de aguadas, se haria exclusivamente por el Presidente de la República, fundándose en que esta autoridad era la única que disponia de los elementos i medios de informacion necesarios para asegurarse de la seriedad de las peticiones i para garantir el derecho de terceros.

En realidad que hasta cierto punto esto no era el *desideratum*, i por eso el proyecto que existe en el Senado ha evolucionado conforme a las prácticas establecidas en algunos paises, confiriendo a los jueces letrados la facultad de conceder las mercedes de agua.

Esta solucion es la mas preferible de todas, apesar de que en doctrina se viene a legalizar una verdadera invasion de atribuciones, pues el único que puede administrar los bienes nacionales de uso público es el Poder Ejecutivo. Sin embargo, se podria salvar esta dificultad, entregando al Poder Judicial solamente el conocimiento de la tramitacion de las peticiones, hasta dejarlas en estado de sentencia definitiva, diga-

mos así, i pasando en seguida los antecedentes al Supremo Gobierno para su resolución, conforme al mérito que arroje el espediente respectivo. Con este procedimiento se mantendría la independencia de los poderes públicos establecida por la Constitución i se fortificaría la armonía que debe existir entre ellos auxiliándose mutuamente.

Sin embargo, esto no pasaría de ser sino un nimio escrúpulo legal, que para respetarlo habría necesidad de optar por una tramitación que sería demasiado engorrosa. Además, aquí no se trataría de la primera innovación, pues ya otra ley, al constituir la propiedad minera, dió intervención única i amplia al Poder Judicial, i en este caso se procedería por analogía o asimilación. Finalmente, consideramos perfectamente dentro de la ley la atribución que en el caso actual tendría el Presidente de la República para delegar sus funciones en una autoridad tan digna de confianza como es el Poder Judicial; i en este sentido el proyecto que entraría en vigencia no podría merecer objeciones de ninguna naturaleza.

Pero en esta cuestión principal nos encontramos con una secundaria, i es la relativa a la competencia de los diferentes jueces cuando el río atraviese o separe diversas provincias o departamentos. El proyecto que existe en el Senado, al conferir esta atribución a dichos funcionarios, no toma de base para la competencia de ellos el punto en que se construirá la boca-toma sino la ubicación de la corriente, tomando en cuenta o previendo el caso de que pueda tratarse de una concesión para fines industriales o de otro carácter en que la ejecución de las obras i la restitución de las aguas puede estenderse a más allá de la superficie que puede ocupar una boca-toma.

El artículo 21 del citado proyecto establece:

«Las mercedes de agua se solicitarán del juez létrado del departamento en que estuviere ubicada la corriente. Si ésta dividiera o atravesara diversos departamentos, será juez competente el del departamento más antiguo, i si separare o atravesare dos o más provincias, lo será el de la cabecera de la provincia de más antigua creación».

Estimamos a este respecto que es más conveniente aplicar lisa i llanamente en este caso el artículo 824 del Código de Procedimiento Civil, que establece un orden de competencia de jueces en los juicios sobre distribución de aguas más amplio i mucho más práctico.

El proyecto se pone en dos casos: que la corriente atraviese o divida diversos departamentos, o que separe o atravesare dos o más provincias. En el primer caso es competente el juez del departamento más antiguo; en el segundo, el de la cabecera de la provincia de más antigua creación.

¿Qué entiende el proyecto por «departamento más antiguo»? ¿Se referirá a la capital del departamento, residencia del juez? Parece que no, pues se habría indicado en tal caso la ciudad i no el departamento. Pero ¿cómo determinar la antigüedad del departamento? Como muy bien se sabe, casi todos los departamentos de la República han sido creados por ley, la misma ley que ha creado la provincia a que pertenece. Si tomamos por base la fecha de su creación, nos encontraremos a cada paso con que varios departamentos tienen una misma antigüedad. Hai más aun: existen algunos

departamentos que han sido segregados de una provincia i han pasado a otra. ¿Desde cuándo se cuenta la antigüedad de esos departamentos?

No hemos tenido ocasion de revisar las actas de la sesion en que se discutió este artículo, en el seno de la Comision que suscribe el proyecto; pero no hace falta, porque en todo caso en la forma que ha sido aceptada no conviene, por la diversidad de cuestiones que se suscitan con el solo examen teórico de él, cuestiones que en la práctica darán motivo a tropiezos insubsanables.

Por esta razon optamos por la aplicacion del artículo 824 del Código de Procedimiento Civil, que contempla tambien dos casos: que el cauce separe o atraviase diversos departamentos de una misma provincia, o que separe o atraviase dos provincias. En el primer caso es competente el juez de la cabecera de la provincia; en el segundo, el de la cabecera de la provincia de mas antigua creacion. Es cierto que en esta disposicion ha quedado un caso sin comprenderse: cuando las provincias sean de igual creacion; pero este caso se presentará una sola vez, cuando se trate de las provincias de Arauco i Bio-Bio, creadas en la misma fecha, el 13 de Octubre de 1875, i casualmente fronterizas.

Establecida la autoridad que debe otorgar las concesiones de agua, corresponde fijar las atribuciones de las oficinas técnicas que han de coadyuvar a la accion de los jueces letrados, pues en esta materia debemos presumir que estos funcionarios carecen de los conocimientos especiales que se necesitan para apreciarla sin ayuda de peritos. Seria uno de los casos contemplados en el número 1.º del artículo 413 del Código de Procedimiento Civil. Los jueces intervendrán mui bien en la tramitacion de las peticiones, en la ordenacion del procedimiento, en la recepcion de las pruebas i demas incidentes de carácter contencioso procesal que se promuevan durante la secuela del asunto; pero en las materias de carácter técnico que tienen que presentarse, no podrán resolver con entero conocimiento de la materia sin la ayuda de personas especialistas, que conviene sean ingenieros del Estado.

De capital importancia para la mejor i mas justa resolucion que debe recaer sobre una peticion de aguas, consideramos la creacion de una oficina especial, dependiente del Ministerio de Industrias i Obras Públicas. Actualmente existe en la Direccion de Obras Públicas la Inspeccion de Hidráulica, que conoce de todas las peticiones que se tramitan por el Ministerio citado; pero esta oficina, cuya importante labor aumenta progresivamente a medida que se multiplica la constrccion de obras marítimas i fluviales, de agua potable i de salubridad que estan a su cargo, no podrá—una vez dictada la lei—seguir atendiendo la materia que nos ocupa con la especialidad que ella requiere. Se hace, pues, necesario organizar una oficina independiente, destinada esclusivamente a informar sobre las mercedes de agua i en cuyo archivo se protocolizarian todos los duplicados de las piezas de carácter técnico, como planos i demas antecedentes respectivos que pasaran en informe.

Esta oficina contaria con el personal necesario para hacer los aforos de las corrientes, para resolver en cada caso las cuestiones técnicas, i a ella se le encomendaria la tarea de fijar el volúmen de agua de cada concesion, tomando en cuenta el

objeto, la fuerza que se va a desarrollar o la estension de terrenos que se desea regar; de fijar los plazos para la construccion de las obras; de dictaminar sobre si éstas han sido ejecutadas de acuerdo con los planos aprobados, i sobre los cuales tambien habria informado oportunamente; i en fin, fijaria todas las demas condiciones técnicas en que se podria otorgar una merced. El Presidente de la República quedaria facultado para dictar el Reglamento relativo a las atribuciones de esta oficina.

En la concesion de mercedes de aguas minerales, termales i medicinales conveniria dar tambien intervencion al Instituto de Higiene, al cual corresponderia practicar los análisis químicos de las aguas destinadas a algun aprovechamiento relacionado con la salubridad pública.

V

Uno de los vacios de la actual reglamentacion que la lei debe llenar, es el referente a la garantía que debe exijirse a todo peticionario para responder de la seriedad de su peticion, garantía que podria hacerse efectiva mediante la presentacion de una boleta de depósito por una suma determinada.

Esta reforma es tanto mas necesaria cuanto que en la práctica se ha visto que la falta de ella da lugar a numerosos abusos. Hubo un tiempo en que se desarrolló una verdadera fiebre de peticiones de agua; los solicitantes jeneralmente no eran industriales, ni agricultores que llevaban el propósito de aprovecharlas, sino el de acapararlas oportunamente a fin de realizar despues un negocio lucrativo. Se dictó el Reglamento de 1907, bastante favorable para la industria, pero no suficiente para impedir el mal, que aun existe, aunque en menor escala.

El proyecto que existe en el Senado consulta esta reforma. Segun el artículo 24, la presentacion deberá ser acompañada de una boleta de depósito en arcas fiscales, a la orden del Juez, de una suma equivalente a diez pesos por regador solicitado. Este depósito será devuelto en su totalidad si el juzgado denegase la concesion; i si la denegacion fuere parcial, se devolverá la parte correspondiente a los regadores denegados. El resto quedará en garantía de la ejecucion de las obras (art. 29). Si la capacidad de las obras ejecutadas fuere suficiente sólo para el aprovechamiento de una parte de los regadores solicitados, podrá el interesado pedir que se reduzca su título a esa parte; en este caso sólo se devolverá la parte del depósito correspondiente al número de regadores concedidos; aplicándose el resto a fondos fiscales, para lo cual el Juez enviará la correspondiente comunicacion a la Direccion de Contabilidad. (Art. 30).

Por el tenor de estos artículos, parece que el proyecto solamente hubiera tomado en cuenta las mercedes para regadío. Ademas, por medio de este procedimiento no se llena el objeto que debe perseguir el establecimiento de una garantía destinada a responder de la seriedad de la peticion, pues, como se ha visto, dicho depósito se devuelve en el caso de una denegacion total. Muchas veces el denegamiento puede fundarse precisamente en la falta de seriedad de la peticion, i sin embargo en este caso no

habria sancion. En el único caso en que existe tal sancion es cuando el concesionario no ejecuta obras de una capacidad suficiente para el aprovechamiento de los regadores concedidos, siendo que pueden presentarse circunstancias posteriores ajenas a la voluntad del concesionario, de carácter fortuito, que le impidan invertir una suma igual a la presupuestada para la ejecucion total de las obras, i no seria justo ni equitativo que por esta causal se le castigara, existiendo de por medio buena fé i buenos propósitos.

Estimamos, pues, que el mecanismo adoptado por el proyecto no es del todo satisfactorio. Si se fija una cantidad por regador, no se evitará con ello que los peticionarios limiten su solicitud a lo estrictamente necesario, ya que se les devolverá la parte correspondiente a los regadores denegados. Se parte de la base, al hacer esta consideracion, que las oficinas técnicas no informarán siempre favorablemente las peticiones en la estension solicitada, sino limitativamente, conforme a las necesidades de la industria o a la estension de terrenos regables.

Es, pues, mas conveniente fijar una cantidad determinada, la suma de doscientos pesos, por ejemplo, para las peticiones, i de cincuenta para las oposiciones. La primera de estas cantidades consignadas se devolveria al interesado al obtener el título definitivo de la concesion (en seguida comenzaria a pagar una contribucion, como luego indicaremos). La suma consignada para reponder de las oposiciones seria devuelta cuando se diere lugar a ellas. Ambas consignaciones se aplicarian a beneficio fiscal en el caso de denegacion total. Podria, con todo, facultarse a los jueces letrados para eximir a los peticionarios de esta sancion, cuando apareciere que han obrado de buena fe i con seriedad, debiendo espresarse en tal caso los fundamentos o motivos especiales que han autorizado la exencion.

Concedido el título definitivo i devuelta la garantia depositada para responder de la seriedad de la peticion, hai que preocuparse de asegurar en forma mas o menos efectiva el aprovechamiento de las aguas concedidas, pues se supone que el Estado, al desprenderse de ellas, lo hace con el objeto de que sean utilizadas por los agraciados, i es justo que exija esta condicion.

Este punto es de bien difícil solucion. El proyecto consulta a este respecto una disposicion, la del artículo 38, segun la cual las mercedes definitivas, inscritas o no inscritas, concedidas ántes o despues de la lei, se extinguirian total o parcialmente si trascurrieren diez años sin haberse ejercido en todo o en parte el derecho de estraer el agua de la corriente. Se establece, como se ve, algo mui parecido al antiguo sistema que existia sobre amparo de la propiedad minera, desgraciado sistema que dió lugar a una infinidad de juicios i que finalmente hubo de suprimirse.

Este sistema no es, pues, conveniente i en todas partes ha caido en desuso; como tambien aquel otro relativo al mantenimiento de obras aparentes, tan defectuoso en la práctica como el anterior, porque ademas de no ser bastante para garantir el apro-

vechamiento de las aguas, no es tampoco un sistema capaz de mantener la estabilidad del derecho que se concede al concesionario.

La mejor solución, la base más preferible sobre la cual debe descansar la existencia del derecho de usar i consumir las aguas, por más arbitraria que parezca *prima facie*, sería el establecimiento de una contribución o patente, quitando a los concesionarios su carácter de gratuidad, pero dejando en cambio una amplia libertad de explotación al concesionario, en la confianza e inteligencia de que nadie estará más interesado que él en aprovechar la inversión de los capitales que representa la construcción de las obras respectivas.

En buenas cuentas, no sería ya una concesión sino una especie de arrendamiento, efectuado en condiciones especialísimas, como que llevaría envuelto el consumo de la cosa limitativamente. En el caso de concesiones para fuerza motriz se constituiría lisa i llanamente un derecho parecido al de usufructo remunerado.

Para no entorpecer la acción particular, para no transformar en una gabela esta contribución, se le podría reducir a una cantidad módica de dinero comparada con la importancia o valor del derecho concedido.

Actualmente, por lo demás, los dueños de canales pagan el sueldo del juez de aguas (véase el art. 7.º de la Ordenanza de 1872 i art. 827 del Código de Procedimiento Civil). La contribución que impondría la ley serviría para atender este servicio en una forma reglamentada por el Presidente de la República, análogamente a la de otros servicios de esta misma naturaleza. De manera, pues, que esto no sería una innovación; se daría establecimiento legal a algo ya establecido voluntariamente para las mercedes destinadas al regadío i se extendería ahora a las demás concesiones, de fuerza motriz, etc.

Finalmente conviene que esta contribución o patente sea fijada de acuerdo con la región en que se va a ubicar la concesión, o sea, tomando en cuenta el valor e importancia que tenga el agua en las distintas zonas del país.

Respecto de la forma en que esta contribución sea pagada i la autoridad a quien correspondería percibirla, sería cuestión atributiva del Presidente de la República.

Podría establecerse el pago de la patente por semestres anticipados en la Tesorería Fiscal del departamento en que se halle ubicada la boca-toma. El no pago de la correspondiente a un año haría presumir abandono de la concesión i daría lugar a la caducidad, volviendo las aguas a poder del Estado, o mejor dicho, quedando nuevamente en condiciones de libre aprovechamiento, en calidad de corriente de uso público.

VI

Las formalidades que debe llenar una petición de mercedes de agua son más bien materia de un reglamento que de una ley. Sin embargo, conviene sobre este particular fijar en ella las líneas generales, dejando los detalles al Reglamento.

Las disposiciones que al respecto podrían dictarse tendrían la mayor parte el

carácter de particulares, aplicables a cada concesion, segun su objeto; i mui pocas serian las jenerales:

En este punto, el proyecto del Senado es bastante completo en lo que se refiere a mercedes para regadío i usos industriales. Las exigencias que aquí impone están casi todas vijentes en la práctica, especialmente en las concesiones de mercedes que se tramitan por intermedio del Ministerio de Industria i Obras Públicas; de manera, pues, que el proyecto viene a dar fuerza de lei a esa parte de la actual reglamentacion. Solamente habria que completarla con algunas disposiciones destinadas a consultar aquellos casos en que el agua pudiera ser solicitada para otros fines, incluyendo tambien las formalidades que debe llenar una peticion de aguadas, aguas subterráneas, minerales, medicinales i termales.

Referente a las aguadas i aguas subterráneas, debiérase exigir especialmente de los interesados la indicacion en metros cúbicos por dia del volúmen de agua que ellas producen, su ubicacion o la de los piques donde se hará la captacion subterránea, referida a puntos conocidos, el nombre de las demas aguadas o piques mas próximos al lugar de la concesion, si los terrenos circunvecinos son fiscales o particulares i si contienen sustancias minerales explotables.

Estas disposiciones serian de carácter especial, sin perjuicio de las jenerales aplicables a todas las concesiones i que fueren adaptables a ella, como ser, las formalidades que deben exigirse respecto de la aplicacion de las aguas o al objeto del aprovechamiento, que no puede ser otro sino aquel para el cual fueron concedidas; i las que deben exigirse respecto de la propiedad de los terrenos en que se ejecutarán las obras de aprovechamiento. Mas arriba indicábamos la idea de que toda concesion debia llevar envuelta la de los terrenos necesarios de uso público. En consecuencia, al tramitarse la solicitud de merced, debe el interesado, al mismo tiempo jestionar, en el caso de que se trate de terrenos ajenos, la adquisicion estrajudicial de ellos o la espropiacion en su caso, o la autorizacion o permiso del dueño. En defecto de lo anterior, podria jestionar la servidumbre de apoyo de obras, la de acueducto, i demas que fueren necesarias. Todo esto podria ser motivo de una diligencia sumaria preliminar o de un incidente judicial que se tramitaria conforme a las reglas comunes del Código de Procedimiento Civil.

A la solicitud deberá acompañarse por duplicado i con firma de ingeniero, la tela de un plano oficial de la rejion en que se encuentren ubicadas las aguadas o aguas subterráneas que se soliciten, en el cual se marcaria con toda precision el punto de ubicacion de la concesion en jeneral, el punto de aprovechamiento i el trazado probable de las obras de aduccion.

Tambien seria conveniente exigir una copia autorizada de los títulos de propiedad de los terrenos, industrias, etc., en cuya explotacion se aprovecharian las aguas o el consentimiento escrito de los propietarios, la escritura de constitucion de la sociedad, si la hai, para la explotacion de la merced i demas documentos que acrediten la seriedad de la peticion.

Una exigencia bastante lógica seria, en el caso de concesiones para usos indus-

triales, que los peticionarios quedaran obligados a presentar las informaciones técnicas suficientes para acreditar que la industria que se va explotar no comunicará a las aguas sustancias o propiedades nocivas a la salubridad o a la vejetacion, a fin de que la merced sea concedida en el carácter de condicional.

I ya que tratamos de este punto, hace al caso manifestar la conveniencia que existe de incorporar a la nueva legislación las disposiciones actualmente vijentes relativas a las aguadas, que establecen la forma condicional en que deben concederse en el norte: que el concesionario queda obligado a proporcionar gratuitamente el agua necesaria para los servicios de uso público, incluyendo en estos los ferrocarriles fiscales que pudieran construirse en la rejion en que estuviere situada la aguada, i a no impedir a los particulares el libre acceso a ella, ni privar tampoco del uso de ellas a las faenas mineras o de otra naturaleza que existan en las inmediaciones. Tampoco podrá, en ningun caso, entorpecer el libre tráfico de los caminos con las obras que se construyan.

Como se comprende, estas disposiciones son de trascendental importancia en la zona norte del pais.

Respecto de la tramitacion, el proyecto del Senado consulta disposiciones muy satisfactorias.

Presentadas las solicitudes, a las cuales les pondrá *cargo* el secretario del juzgado para que sean proveidas por orden riguroso de fecha, el tribunal ordenará anotarlas en un registro especial de pedimentos de agua, cuya creacion ordena el proyecto, introduciendo la mas espléndida de las reformas.

La creacion del Rejistro de Mercedes de Agua es una necesidad tanto mas sentida cuanto mayor es la importancia que aquellas toman en el desarrollo agrícola e industrial del pais. Se comprende que sin un registro en que se anote esta propiedad especialísima de las aguas, si propiedad pudiera llamarse jurídicamente, la historia de esta propiedad o derecho *sui generis*, con sus mutaciones de dominio, gravámenes, etc., nunca se le podrá constituir en una forma seria i estable, i siempre la desconfianza i la incertidumbre rodearian cualquiera transaccion o negociacion sobre ellas.

Este registro, que estaria a cargo de los Conservadores de Bienes Raices de cada departamento, se estableceria en forma igual al de la propiedad raiz, aplicándosele las disposiciones del reglamento de 24 de Junio de 1857.

Para la mejor consulta de los interesados, los índices se llevarian no solamente por el nombre del concesionario, sino tambien por el del rio, estero, aguada, etc., a fin de saber en un momento dado el número de concesiones existentes en cada corriente.

En el registro se inscribirian los títulos definitivos o provisionales de cada concesion, con designacion del juzgado o tribunal que los autorizare, el nombre del concesionario i del rio o corriente en que se halle situada la merced, el número de regadores concedidos, la ubicacion de la boca-toma, el objeto de la merced, la industria de

que se trata, la fábrica o establecimiento en que se emplearán las aguas, i en fin, todas las demas características i condiciones a que está sujeta la concesion.

La inscripcion deberá ser obligatoria para todo concesionario, incluso para aquellos que hubieren adquirido derechos con anterioridad a la lei, o sea para aquellos que tuvieren un título competente, pero que no hubieren construido obras aparentes; para los que tuvieren título no expedido por autoridad competente pero que hubieren construido dichas obras; i para aquellos que, con o sin título de cualquiera clase, estuvieren aprovechando las aguas desde mucho tiempo sin oposicion de autoridad o de terceros.

Los que se encontraren en estos casos, deberán *revalidar* sus concesiones, sujetaándose al nuevo procedimiento, e inscribiendo sus títulos en un plazo que podria fijar la lei equitativamente en un artículo de carácter transitorio.

El proyecto del Senado establece que las solicitudes se anotarán en el registro de que venimos ocupándonos, cifrándose en esta anotacion al órden riguroso de las fechas de las presentaciones. Quizas seria mas conveniente suprimir este trámite, cuyo objeto práctico no es de mucha importancia, ya que con el *cargo* que el secretario del juzgado deberá ponerle a las solicitudes cuando se presenten, se preconstituye desde luego la prueba que necesitaria el interesado para hacer valer la prioridad de su presentacion; de manera, pues, que bastaria con la anotacion del título provisional.

En seguida el proyecto ordena la publicacion en extracto de la solicitud, cinco veces cada ocho dias (cuarenta dias de término) en un periódico del asiento del juzgado i de cada uno de los departamentos en que se va a aplicar la merced. A falta de periódicos la publicacion se hará por edictos fijados en la secretaria del juzgado.

El proyecto primitivo tenia un exceso de publicaciones; i aun éste peca tambien por la abundancia; pues bastaria poner los avisos sólo en el periódico de la ciudad en que resida el juzgado, sin perjuicio de los edictos que en todo caso deberian colocarse en secretaria.

Las publicaciones tienen por objeto hacer llegar a conocimiento de los interesados la presentacion de las peticiones para los efectos de la oposicion. Actualmente este trámite es exigido con toda estrictez en las mercedes para fuerza motriz que se tramitan por el Ministerio de Industria i Obras Públicas, pero en cuanto a las para regadío, muchas de las cuales son concedidas directamente por las Municipalidades i en algunos casos por los intendentes o gobernadores, no se efectúa con regularidad i en la mayoria de los casos no se hace.

En el plazo de cuarenta dias que hemos apuntado i que aun podria reducirse a treinta, haciendo las publicaciones cada seis dias, podrán presentar sus respectivas oposiciones los que se creyeren perjudicados con la concesion. Este plazo debe ser fatal.

El proyecto establece que las oposiciones se sustanciarán sumariamente, conforme al título 12 de libro III del Código de Procedimiento Civil. Como jeneralmente ellas tendrán carácter técnico, el juzgado resolverá sobre ellas oyendo previamente a la Oficina especial de mercedes de agua a que hemos hecho referencia.

Si hubiere lugar a las oposiciones, el juzgado ordenará los libramientos del caso i oficiará a la Direccion de Contabilidad para que se haga efectiva la consignacion a favor del Fisco.

Desechadas las oposiciones, se seguirá el procedimiento adelante, se pedirá informe a la oficina de mercedes de agua i con el mérito de éste se concederá el título provisional, que debe inscribirse en el registro, i en el cual se señalará al concesionario un plazo prorrogable hasta por una sola vez, para la ejecucion i terminacion de las obras de aprovechamiento. El proyecto suprime el trámite de la presentacion de los planos definitivos de dichas obras. En realidad no hai inconveniente en hacer esta supresion; pero en cambio debiera exigirse al peticionario no solamente la presentacion de un cróquis i una reseña de las obras, sino un plano en forma con el proyecto completo, memoria i cálculos justificativos, todo autorizado con la firma de un ingeniero.

La importancia que tendrá el título provisional, dentro del nuevo mecanismo que adoptará la lei será de grave trascendencia, pues vendrá a constituir una especie de contrato que celebrará el Estado con el concesionario, o mejor dicho, una promesa de contrato que reunirá todas las solemnidades, condiciones i especificaciones del definitivo. De consiguiente, importa consignar en él, con especial cuidado, las limitaciones a que quedará sujeto el derecho que de él emanará, derecho que no puede, pues, alcanzar a tener la amplitud del de dominio o propiedad, ya que el concesionario no podrá gozar i disponer del agua arbitrariamente sino en conformidad siempre a muy estrictas condiciones resolutorias. Viene a ser, pues, este derecho que se concede tan limitado, que en el contrato a que hacemos referencia la mayor parte de las obligaciones contraidas corresponden al concesionario, pues, para el Estado la principal i casi única es la de proporcionar el agua en una cantidad determinada, i aun todavia sin hacerse responsable de que, por tratarse de un caudal variable, por errores de cálculo o por cualquiera otra causa, pueda ese volúmen estipulado disminuir i algunas veces hasta faltar.

El plazo señalado en el título provisional para la ejecucion de las obras, dijimos que podria ser prorrogado. El proyecto establece que la prórroga deberá solicitarse ántes de vencido el término. Esta declaracion está de mas, pues queda subentendido que no hai lugar a proceder de otra manera, pues vencido el término ya no se podria pedir una prórroga, sino un nuevo plazo. Concedida la prórroga, el concesionario deberá hacerla anotar al márjen de la inscripcion del título provisional respectivo.

El título definitivo se otorgará una vez construidas las obras, devolviéndose la garantia en su totalidad cuando aquellas hubieren sido hechas de conformidad con los planos i antecedentes de la concesion, o con las modificaciones que se hubieren introducido i que hayan sido aceptadas por la oficina especial de mercedes de agua. No dice este proyecto en qué forma se comprobará el hecho de la construccion perfecta de las obras para los efectos de la concesion definitiva de la merced; i este silencio da lugar para creer que bastaria para este objeto una simple informacion sumaria.

Es precisamente este último trámite, el que ménos confianza inspira; por eso, en este caso consideramos de necesidad imprescindible el informe de la oficina especial de mercedes de agua, tanto mas cuanto que ha sido ella la que ha intervenido directamente en la aprobacion de los planos o la que ha impuesto todas las condiciones técnicas relacionadas con la ejecucion de las obras.

Se ve, pues, que en este caso el informe pericial de la oficina indicada es enteramente necesario, i al no establecer el proyecto de una manera terminante que ella debe correr con este trámite, se dejaria márgen para que pudiera intervenir cualquier otro perito, lo que no seria conveniente sobre todo si iba a ser pagado por el mismo interesado.

VII

La lei debe contener un título especial en que se trate en forma enérgica de la *caducidad* i *revalidacion* de las mercedes. En este punto, la lei debe distinguir entre las concesiones que se encuentran con título provisional i las que ya tienen título definitivo i estan pagando patente; entre las que han sido concedidas ántes de la promulgacion de la lei i las que han nacido bajo su vijencia.

Las que tienen solamente título provisional caducan *ipso-jure*, por el solo ministerio de la lei—sin que haya necesidad como sucede actualmente en la mayoria de las ocasiones, que un tercero interesado lo solicite—cuando el concesionario no ejecuta las obras dentro del plazo primitivamente señalado para ello, o dentro de la prórroga que se otorgue para este efecto.

La oficina especial de mercedes de agua se encargará de llevar las anotaciones conducentes a fin de pasar oficio al juzgado respectivo, pidiéndose la cancelacion de la inscripcion del título provisional de todos aquellos concesionarios que incurran en la omision del requisito indicado. Esto sin perjuicio de que cualquier interesado eleve solicitud particular a este respecto al juzgado competente.

Las concesiones que tengan título definitivo caducarán por falta de pago de la patente, dentro del plazo fijado por la lei. En este caso, las oficinas encargadas de la recaudacion pasarán al juzgado respectivo una nómina de las mercedes que no hayan cubierto su patente en forma legal. El juez dictará un auto, ordenando la cancelacion de los títulos al Conservador de Bienes Raices respectivo. Los particulares podrán tambien iniciar estas jestionés por su cuenta.

Respecto de aquellas mercedes que han sido concedidas con anterioridad a la lei, debe establecerse en ésta una disposicion transitoria en que se fije un plazo fatal para que los respectivos concesionarios ocurran al juzgado competente pidiendo la revalidacion de sus mercedes conforme al nuevo procedimiento.

Si no cumplieren con este requisito, cualquier interesado podrá solicitar la caducidad, ocurriendo al juzgado respectivo, quien resolverá el incidente en única instancia, previos los informes que el caso requiera.

En cuanto a aquellas otras mercedes o aprovechamientos de agua que existan sin

título de concesion al tiempo de promulgarse la lei, i cuyos dueños se hallaren en posesion pacífica i no interrumpida desde tiempo inmemorial, podrian incluirse entre las anteriores, equiparándose a ellas i exigiéndoseles los mismos trámites de la revalidacion.

Podria tambien consultarse en la lei una disposicion relativa a la caducidad forzosa o extraordinaria, como podriamos llamarla, i que recaeria sobre aquellas concesiones de agua que el Gobierno juzgare necesario destinar a algun uso público, como seria por ejemplo, el abastecimiento de poblaciones o de ferrocarriles, previo el pago de la indemnizacion correspondiente al valor efectivo de las obras ejecutadas.

Las mercedes condicionales caducarán por el solo hecho de cumplirse la condicion, sin perjuicio de pagarse la indemnizacion correspondiente, cuando hubiere lugar a ella.

VIII

Al comenzar este estudio hacíamos presente la necesidad que habia de establecer en la lei un principio de alta utilidad: que toda merced de agua debia llevar envuelta o comprender ya la concesion de los terrenos de dominio público necesarios para la construccion de las obras de aprovechamiento (concesion de aguadas o aguas subterráneas), o ya la servidumbre de apoyo de obras i de acueducto sobre terrenos particulares.

La servidumbre de acueducto ha sido establecida en el artículo 861 del Código Civil, estando sujeta a ella toda heredad «en favor de otra que carezca de las aguas « necesarias para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos, o en favor de un « pueblo que las haya menester para el servicio doméstico de los habitantes, o en fa- « vor de un establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus « máquinas. Esta servidumbre consiste en que pueden conducirse las aguas por la « heredad sirviente, a espensas del interesado; i está sujeta a las reglas que van a « espresarse».

Las reglas que sobre esta servidumbre se consultan en nuestro Código son tan sabias como todas las que forman ese cuerpo de leyes; pero para la materia que nos ocupa no son bastantes, pues bien se comprende que muchas veces esta servidumbre forzosa no serviria de nada a un concesionario de aguas si no se le ampliara tambien a los terrenos riberanos en que se ubicarán las obras de toma.

Por eso que en Francia, España i otros paises se ha establecido la servidumbre de apoyo de obras, de estribo de presa i de parada o partidior. En la lejislacion sobre aguas de España, nos encontramos ademas de las servidumbres nombradas, con la de abrevadero i de saca de agua, de sirga, i de ribera i márgen, que aun cuando tienen relacion con la materia que nos ocupa, no vendria bien su establecimiento en una reglamentacion de esta naturaleza.

Para nuestro objeto bastaria con la de apoyo de obras o «estribo de presa», como se le llama en otras partes, que consiste en apoyar las obras de toma en riberas aje-

nas. Esta es una servidumbre complementaria de la de acueducto que conviene establecer legalmente, en el carácter de forzosa. En la esposicion de motivos de la lei española, encontramos la razon de su existencia: «La servidumbre de acueducto, dice, seria inútil en muchos casos, si no fuera acompañada de la de estribo de presa, cuando el que necesite construirla para desviar el agua no sea dueño de las riberas o terrenos donde haya de apoyarla. Las mismas razones pues, que exigen la imposicion forzosa de aquella, reclaman la de ésta».

Esta servidumbre forzosa podria imponerse conjuntamente con la de acueducto a favor de aquel concesionario de aguas que no fuere dueño de las riberas o terrenos donde tiene necesidad de ejecutar las obras de captacion. En algunos paises esta servidumbre se concede solamente al que es dueño de una ribera i necesita apoyar las obras en la márjen opuesta. Aquí conviene establecerla aun en favor de los que no son propietarios riberanos.

Decretada la servidumbre se abonaria al dueño de los terrenos el valor de la superficie ocupada, i los daños i perjuicios que se ocasionaren, a justa tasacion de peritos, uno de los cuales seria nombrado de entre el personal de ingenieros de la oficina especial de mercedes de agua. En este caso hai que tomar tambien en cuenta los perjuicios sobrevinientes, que dependerian de la forma en que han sido proyectadas las obras. Sobre este particular debe exigirse a los peticionarios formalidades técnicas de carácter obligatorio, i en el informe que previamente deberá evacuar la oficina nombrada, ántes de concederse el título provisional, se señalarán las condiciones que estrictamente habrá necesidad de exigir, a fin de que las obras proyectadas no perjudiquen posteriormente i sin objeto alguno derechos de terceros.

El proyecto del Senado ha establecido las servidumbres a que hacemos referencia en una forma bastante ámplia. Al tratar de los derechos afectos al título provisional, establece que el poseedor de él tendrá derecho: 1.º Para ocupar materialmente los terrenos que se necesiten para la servidumbre de acueducto; 2.º Para imponer al dueño del suelo la servidumbre de ocupar i cerrar los terrenos contiguos a la boca-toma en la estension que requieran las habitaciones de las personas encargadas de la vijilancia i conservacion de las obras i la guarda de los materiales necesarios para la seguridad i reparacion de ella, debiendo el dueño del acueducto pagar el valor del terreno i un cincuenta por ciento de recargo; 3.º Para proveerse en el fundo en que está ubicada la boca-toma, de la piedra i arena que sean necesarias para las obras de captacion que convenga ejecutar en el lecho o en las riberas de las corrientes; 4.º Para apoyar en las dos riberas del cauce nacional las obras de captacion ejecutadas en la corriente; i 5.º Para imponer la servidumbre de ocupar el terreno necesario para el transporte de energia eléctrica desde la estacion jeneradora de la fuerza hasta los lugares de consumo.

Las cuatro primeras de estas servidumbres se refieren a las mercedes para regadío, i la última a las concesiones de uso de agua para fuerza motriz.

IX

Respecto a los actos traslaticios de dominio, a la transferencia, cesion o venta de las mercedes de agua, la lei debe referirse especialmente a las reglas jenerales contempladas en el Código Civil, todas ellas perfectamente aplicables a nuestra materia

Solamente hai una cuestion, que no es de mucha importancia, i sobre la cual pudiera parar mientes la nueva lejislacion. Nos referimos a la venta o cesion de una merced provisional.

Hemos visto que una concesion, ántes de llegar a ser definitiva, pasa por un estado intermediario o de transicion; i es cuando se encuentra en el carácter de provisional.

Ahora bien, ¿habria conveniencia en permitir libremente la venta o traspaso de un título provisional? ¿Convendria autorizar la venta o cesion de los derechos que confiere el título provisional sin consentimiento de la autoridad que ha concedido u otorgado la merced? Hai que tener presente que en la mayoría de los casos las mercedes de agua, el permiso que se concede para aprovecharlas i esplotarlas, está sujeto a una tramitacion en que la persona del peticionario, su formalidad, las garantias que presenta, etc., son factores que influyen directamente en el otorgamiento.

El que tiene título provisional inscrito aun no puede considerarse dueño de un derecho real: solamente ha adquirido la expectativa de un derecho que formará parte de su patrimonio, que llegará a ser de su propiedad, despues que haya cumplido con ciertas condiciones, con determinadas obligaciones que ese mismo título provisional le impone. De manera, pues, que esa expectativa viene a ser una cantidad negativa. La obligacion es un vínculo de derecho establecido entre dos personas por la cual una de ellas exige se haga algo i la otra debe ejecutar. ¿Podria recaer el contrato de compra-venta sobre una expectativa de esta naturaleza, sobre una obligacion? Legalmente, jurídicamente no hai duda que se puede.

La compra-venta es un contrato en que una de las partes se obliga *a dar una cosa* i la otra a pagarla en dinero. Aquí el vendedor entregaria un título, en que lo positivo seria un derecho que comienza a nacer, una cosa que no existe todavia; i nótese que este derecho en ciernes no va a ser absoluto, ilimitado, sino sujeto a condiciones, porque un concesionario de aguas jamas adquiere verdadero dominio sobre ellas sino simplemente derecho de usarlas o consumirlas, siempre en ciertas i determinadas circunstancias.

Segun el artículo 1813 del Código Civil la venta de cosas que no existen, pero se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condicion de existir, salvo que se espresé lo contrario o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte.

No cabe la menor duda que la venta de una merced provisional de agua quedaria comprendida dentro de esta disposicion, i no habria razon especial para impedirla o prohibirla. Así lo ha considerado el proyecto del Senado en la única disposicion

que consulta sobre el particular i que dice: «Los actos i contratos traslaticios de dominio de los derechos que confiere la anotacion, el título provisional i la concesion definitiva a que se refieren los artículos precedentes, se perfeccionarán por escritura pública i la tradicion se verificará por la inscripcion del respectivo acto o contrato en el registro de mercedes de agua. Son aplicables a estos derechos todas las disposiciones que rijen la propiedad inscrita, i especialmente la de los títulos VI i VII del libro II del Código Civil».

Como se ve, el proyecto se remite a la lei civil en lo que se refiere a la tradicion i posesion de las mercedes de agua; exige escritura pública i tradicion por medio de la inscripcion del título. Equipara, pues, las mercedes de agua a los bienes raices, porque en realidad ellas participan mas de los caracteres de las cosas inmuebles que de las muebles. Pero volvemos a la cuestion propuesta, a si convendria que estos trasposos se hicieren sin el consentimiento de la autoridad encargada de conceder las mercedes.

En la actual reglamentacion referente a las concesiones para fuerza motriz se exige permiso del Ministerio de Industria i Obras Públicas para poder transferir una merced cuyos planos definitivos de las obras de aprovechamiento no estuvieren aprobados.

En la nueva lejislacion podria suprimirse este trámite, podria omitirse el consentimiento para la venta, accion o traspaso; pero en cambio, por lo ménos, seria prudente establecer que este acto traslaticio se hiciera con conocimiento de la autoridad que concedió la merced, es decir, prévio decreto judicial, en el que se dejaria constancia que el nuevo concesionario, comprador o cesionario, queda responsable del cumplimiento de las obligaciones contraidas por el vendedor o cedente, sin que en ningun caso pueda este último retirar el depósito de garantia antes que haya sido renovado por el primero.

X

Para finalizar este estudio, solamente nos queda que tratar el punto relacionado con las reservas de aguas a favor del Fisco en los rios o corrientes nacionales de uso público.

Se ha puesto en duda la facultad del Presidente de la República para reservar a favor del Fisco, negando nuevas concesiones a particulares, las aguas sobrantes de un rio, con el objeto de destinarlas al regadio de terreno, abastecimiento de poblaciones o instalacion de maquinarias jeneradoras de fuerza motriz o enerjia eléctrica para algun servicio fiscal.

Se ha sostenido que tratándose de una corriente de uso público, la autoridad encargada de conceder las mercedes de agua no puede por medio de un simple decreto quitar a las aguas ese carácter de libre aprovechamiento que les ha dado la lei.

El artículo 595 del Código Civil declara que todos los rios i las aguas que corren

por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público, o sea, su uso pertenece a todos los habitantes de la Nación.

El uso público es realizado i regulado mediante concesiones o permisos del Estado, ya que no sería posible dejar a todos los habitantes de la Nación que optaran al aprovechamiento sin limitación ni reglamentación alguna.

Pacelli, tratadista italiano, dice a este respecto que «si se dejase a todos los ciudadanos desviar el agua de los cauces públicos sin reglamentación alguna, el fin de interés jeneral que la lei persigue al destinar el agua al uso público, no se conseguiría. Puesto que el uso de la derivación importa un consumo efectivo del agua, i no puede por consiguiente ejercitarse sino por un número determinado de ciudadanos i mediante normas i cautelas que garanticen la existencia de los varios usos, no podría realizarse si fuese permitido libremente a todos. Frente a esa dificultad, consecuencia necesaria de la naturaleza de la cosa, no hai otro remedio que admitir a la derivación tan solo un número determinado de personas, i *escluir a las demas*. La exclusión se consigue mediante la prohibición de desviar las aguas de uso público, i la admisión al uso se efectúa mediante condiciones que transfieren singularmente a determinados ciudadanos el derecho de desviar».

De ahí la razón de ser del artículo 598 del Código Civil, que dispone que el uso i goce que para el riego i cualesquiera otros objetos lícitos corresponden a los particulares en los rios, estarán sujetos a las disposiciones de dicho Código i a las ordenanzas jenerales i locales que sobre la materia se promulguen. El artículo 603 agrega: «No se podrán sacar canales de los rios para ningún objeto industrial o doméstico sino con arreglo a las leyes u ordenanzas respectivas».

Atendiendo a razones de utilidad pública, el Supremo Gobierno, el Poder Ejecutivo, el Presidente de la República, autoridad competente hoi en día para conceder mercedes de agua, también lo es para negarlas, destinando el caudal sobrante de un rio a favor del Fisco. El decreto que reserva aguas de uso público para el Fisco, en el fondo no es nada mas que una concesión que se hace al Fisco, la que se entenderá sin perjuicio de derechos *anteriormente* adquiridos en ese rio, conforme a lo dispuesto en el artículo 860 del Código Civil.

Esta atribución del Presidente de la República es perfecta i absolutamente legal, pues, si no hai duda que a él corresponde la reglamentación del uso del agua, i la facultad de conceder los permisos para usarla, tampoco puede haber duda de que puede hacer una concesión individual o singular al Fisco, que es una persona jurídica de derecho público *que está sometida al derecho civil* en sus relaciones con los miembros de la sociedad, con los habitantes de la Nación. Porque bien pudiera creerse que esta concesión era un privilegio a favor de uno de los poderes públicos, o a favor de la Nación; el Fisco no es ni una ni otra cosa: es una persona o entidad como cualquiera otra particular, es la persona jurídica que representa al Estado, es la personificación civil del Estado. El Fisco no puede, pues, hacer en sus relaciones de derecho privado nada mas que lo que pueden hacer las demas personas.

El Presidente de la República, el administrador de los bienes nacionales de uso

público, en uso de las facultades que le confiere la Constitución i la lei civil, concede el sobrante de aguas de un rio a esta persona jurídica que se llama Fisco, el que no podrá hacer uso de las aguas, sino con arreglo a las leyes, como cualquier particular, i sin perjuicio de terceros.

Conforme a la teoria de Paccelli, ya citada, el Supremo Gobierno admite o concede el aprovechamiento de las aguas de un rio, sólo a un número determinado de personas, i escluye a las demas. Por razones de utilidad pública puede admitir solamente a una, al Fisco, i no hai disposicion legal ni constitucional que se lo impida.

Lo que en realidad de verdad merece objeciones i constituye una mala práctica i peor sistema, es que actualmente dichas reservas de agua a favor del Fisco se hagan sin conocimiento de los terceros que pueden alegar algun derecho a la misma corriente.

La nueva reglamentacion legal debe considerar al Fisco como un concesionario privilegiado; debe evitarle los trámites que se exigen a los particulares, i establecer en unas pocas disposiciones la forma i condiciones en que deben hacerse las concesiones de agua a su favor. Seria ridículo exigirle garantias, pago de patente, presentacion de planos i demas requisitos jenerales de que nos hemos ocupado. Bastaria con que la oficina especial de mercedes de agua, a instancias del departamento administrativo correspondiente i previo estudio de los antecedentes que administrativamente se produjeran, recabara del juzgado respectivo la autorizacion para publicar, en conformidad a las reglas que ya conocemos, avisos en los periódicos de la localidad, indicando la corriente de donde se va a sacar el agua, el objeto a que la destinará el Fisco, el volumen que se reservará a su favor, i el punto preciso de la boca-toma. Con estos datos, los terceros que se creyeran perjudicados podrán oponerse en las mismas condiciones i plazos que si se tratara de una merced particular, i llenados los trámites jenerales establecidos para estos casos, el juzgado reservaria para el Fisco el volumen de agua solicitado, otorgándole inmediatamente título definitivo i privilegiado, que seria inscrito en el Registro de Mercedes de Aguas.

Con una disposicion de esta naturaleza quedarian resguardados los derechos de terceros, se respetaria la propiedad particular, i se consultaria el interes público, que debe primar sobre cualquier otro.

Santiago, 15 de Junio de 1912.
