

LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA A PARTIR DE UN ACTO NULO DE NULIDAD DE DERECHO PÚBLICO EN MATERIA DE DERECHO DE AGUAS

FERNANDO DOUGNAC RODRÍGUEZ¹

CONSIDERACIONES PREVIAS

Últimamente ha surgido una interesante polémica respecto del alcance que podría tener la declaración que efectúen los tribunales de justicia de la nulidad de derecho público de una resolución de la Dirección General de Aguas que hubiere otorgado derechos de aprovechamiento de aguas. El presente artículo pretende reflexionar sobre los alcances que ella tendría.

CONSIDERACIONES GENERALES

El "Derecho de Aprovechamiento de las Aguas" es el permiso o autorización otorgada por la autoridad correspondiente que reuniendo los requisitos que estatuye el artículo 149 del Código de Aguas, permite que un particular que ha cumplido con las condiciones que señala el artículo 140 del mismo cuerpo legal, use y goce en forma exclusiva determinadas aguas, bienes nacionales de uso público. Este derecho se constituye "originariamente" de un "acto de autoridad" (inciso primero del artículo 20 del Código de Aguas).

El acto administrativo que le da origen es un acto reglado² por la ley (el Código de Aguas), en cuanto a su motivo, objeto y fin. Por lo tanto, está plenamente dentro de la esfera del derecho público. Él nace cuando la autoridad, cumplien-

do con los presupuestos que la ley establece para su constitución, así lo otorga.

Don Patricio Agurto Tapia, ex abogado jefe de la "Dirección General de Aguas", en un interesante artículo publicado en la "Gaceta Jurídica" califica como una "*desafectación administrativa*" el acto de autoridad por el cual la Dirección General de Aguas, o el Presidente de la República, en su caso, constituyen mediante "Resolución" o "Decreto Supremo", respectivamente, derechos de aprovechamiento de aguas en forma "originaria". Al respecto dice que es el:

"... modo de adquirir el dominio por excelencia del derecho de aprovechamiento, no contemplado en el artículo 588 del C. Civil..."³.

Don Lorenzo de la Maza y don Pedro Lira Urquieta, en su clásica obra "Régimen Legal de las Aguas en Chile" definen la "Merced de Aguas", concepto del todo similar al de "Derecho de Aprovechamiento", como:

"El permiso concedido a los particulares por la autoridad competente, para extraer de los ríos y demás corrientes naturales consideradas como bienes nacionales de uso público, la porción de aguas necesarias para el regadío, para usos domésticos o industriales o para la producción de energía eléctrica"⁴.

A su vez, doña Ana Hederra lo describe en términos similares, haciendo también referencia al carácter de "permiso" que ella tiene⁵.

¹ Presidente de la O.N.G. "Fiscalía del Medio Ambiente" (Fima-Chile; Profesor de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Miembro del Consejo Consultivo de la Comisión Nacional del Medio Ambiente (CONAMA). Ex profesor de Derecho Indígena de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Ex profesor de Historia del Derecho de las Facultades de Derecho de las universidades: Católica de Chile, Gabriela Mistral, Central y de Las Condes, actual Universidad del Desarrollo).

² "Actos Reglados" son aquellos autorizados por la ley, que señalan expresamente sus motivos (Patricio Aylwin Azócar, "Derecho Administrativo", Apuntes de Clases, Tomo II, Editorial Universitaria S.A., año 1962, página 55.

³ Patricio Agurto Tapia, "La Propiedad de las Aguas en el Derecho de Aprovechamiento", "Gaceta Jurídica", año 1992, septiembre, N° 147, páginas 7 a 16, Editorial Jurídica ConoSur Limitada..

⁴ Pedro Lira Urquieta y Lorenzo de la Maza "Régimen Legal de las Aguas en Chile", página 72, Editorial Nascimento, Santiago, Chile, año 1940.

⁵ "Comentarios al Código de Aguas", Ana Hederra y otros, coordinador Ciro Vergara, Tomo I, página 232, N° 236 Editorial Jurídica de Chile, año 1960, Santiago, Chile.

Como se ve, en ambas definiciones se resalta el carácter de "permiso" o "concesión" de la autoridad para que un particular use el bien nacional de uso público "aguas" en forma exclusiva, es decir, reconocen que, en su inicio, tal derecho nace de un acto administrativo.

En la misma obra citada se destaca la diferencia entre "permiso" y "concesión"⁶, señalándose que en la primera, la ocupación del bien nacional de uso público es provisoria y revocable, mientras que en la segunda, el concesionario adquiere ciertos derechos, los que, incluso, en caso de término anticipado de la misma, pueden dar lugar a indemnización de perjuicios. Hoy en día es claro que en la mayoría de las concesiones los derechos del concesionario pueden ser objeto de actos y contratos, incluso siendo ellas transferibles, como ocurre, por ejemplo, en la ley de Concesiones de Obras Pública⁷.

Estimamos que la palabra "permiso" usada en la definición de "merced de aguas" dada por los autores citados, no está empleada en el sentido específico recién mencionado, sino que en un sentido lato, esto es, como "autorización" del Poder del Estado competente.

No obstante lo anterior, debe tenerse presente que la autorización que concede la Dirección General de Aguas para usar y gozar las aguas es una concesión *sui generis*, irrevocable por la autoridad que la otorgó, y que, cuando el acto administrativo que le da origen es válido, ingresa al patrimonio del beneficiado. Este puede usar, gozar y disponer del derecho en la forma que estime conveniente, quedando amparado desde ese momento por la garantía constitucional del dominio de acuerdo a lo establecido en el inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución.

NATURALEZA JURÍDICA DEL ACTO ADMINISTRATIVO DE CONSTITUCIÓN ORIGINAL DEL DERECHO

Lo anterior nos lleva a discutir cuál es la naturaleza jurídica del acto de autoridad que constituye originalmente un derecho.

Su naturaleza jurídica es la de un acto administrativo reglado por el Código de Aguas, que radica el uso y goce general que corres-

ponde a todos los habitantes de la Nación sobre los bienes nacionales de uso público, entre ellos, las aguas (N° 23 del artículo 19 de la Constitución en relación con los artículos 589 inciso 2°; 595 y 598 del Código Civil y artículo 5° del Código de Aguas), en una persona determinada con exclusión de todos los demás, por así autorizarlo expresamente la misma Constitución (inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución) y la ley (art. 20 del Código de Aguas). Esto significa que para que tal acto sea efectivamente el que se reputa como tal, debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos que la ley establece para su dictación. Los artículos 6 y 7 de la Constitución que consagran el principio de legalidad de los actos administrativos, son claros al respecto: las autoridades deben ceñirse estrictamente a lo que la Constitución y las leyes preceptúan y actuar dentro de la esfera de su competencia. La sanción al proceder en contrario de estas normas es la nulidad de derecho público.

El modo de adquirir el derecho de aprovechamiento originariamente no encuentra su origen en las normas del Derecho Civil, sino que en las del Derecho Administrativo. Sobre este punto es menester hacer una precisión. La palabra "originariamente" usada por el artículo 20 del Código de Aguas se refiere, precisamente, a la distinción anotada. Significa que el derecho nace a la vida jurídica exclusivamente por medio de un acto administrativo. Con posterioridad, una vez que este derecho de aprovechamiento existe sin vicios, es decir que esté validamente constituido, se incorpora como tal (como derecho) al patrimonio del titular, previo su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces.

Desde la inscripción referida, el titular "adquiere" la posesión jurídica de ese derecho de aprovechamiento, pudiendo usar, gozar y disponer de él de acuerdo a las normas del Derecho Civil. De aquí que lo que el inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución asegura a las personas sea el dominio sobre ese derecho, siempre que haya sido "constituido" (acto de autoridad válido) "en conformidad a la ley".

Sostener lo contrario sería afirmar que podría haber en el Código de Aguas un modo de adquirir "originario", esto es, constitutivo del derecho de aprovechamiento, que no requiriera para su existencia de un acto válido de la autoridad. Esa afirmación se contrapondría al texto claro del artículo 20 del Código de Aguas, y repugnaría, también, con la letra del inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución.

⁶ "Comentarios al Código de Aguas", Ana Hederra y otros, coordinador Ciro Vergara, Tomo I, página 222, N° 229 (parte redactada por Demetrio Figueroa Contreras), Editorial Jurídica de Chile, año 1960, Santiago, Chile.

⁷ artículo 21 del D.S. N° 900 de 1996, de Obras Públicas, que fijó su texto definitivo.

FORMA DE CONSTITUIR EL DERECHO REAL DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

La razón que tuvo la ley para ser tan restrictiva respecto a este tema se encuentra en la naturaleza jurídica del bien sobre el cual recae el derecho de aprovechamiento. En efecto, él recae sobre un bien nacional de uso público denominado "agua". El Código Civil señala en su artículo 595 que:

"Todas las aguas son bienes nacionales de uso público".

Esta norma ha sido ratificada con posterioridad en el Código de Aguas al disponer en su artículo 5°:

"Las aguas son bienes nacionales de uso público..."

La característica especial que presentan los bienes nacionales de uso público es que ellos son declarados como tales por ley (*N° 23 del artículo 19 de la Constitución*); su dominio pertenece a la Nación toda, no al Estado (*artículo 589 del Código de Aguas*); y su uso y goce pertenece a todos los habitantes de la Nación (*inciso 2° del artículo 589 y artículo 595 del Código Civil*). Por las razones expuestas, ellos se encuentran fuera del comercio humano, esto es, sobre ellos no es posible alegar posesión material ni adquirirlos jamás por prescripción, dado que ella supone para operar, entre otros requisitos, que se encuentren dentro del comercio humano (*artículos 2492 y 2498 del Código Civil*).

Conscientes el constituyente y el legislador de estas peculiaridades que presentan las aguas como bienes nacionales de uso público, pero atentos a la necesidad de garantizar a los particulares su uso y goce exclusivo de ellas a fin de fomentar la agricultura, la industria, el comercio, etc.⁸, creó la figura singular del "derecho real de aprovechamiento de aguas", que faculta a su titular para usar en exclusividad las aguas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el Código de Aguas (*inciso 1° del artículo 6° del Código de Aguas*). Este derecho es de dominio de su titular (*inciso 2° del artículo 6° del Código de Aguas*) y está amparado en el inciso final del N° 24 de la Constitución por la garantía del dominio.

La calidad permanente de bien nacional de uso público que poseen las aguas, exige que su exclusión del uso comunitario o colectivo⁹ solo pueda ser dictaminada por la autoridad a través de un acto administrativo reglado, esto es, autorizado y normado por la ley. A su vez, para adquirir el dominio sobre ese derecho administrativo se requiere que sea una ley que así lo disponga, de acuerdo a lo que señala el inciso 2° del N° 24 del mismo artículo 19 recién citado, donde se proclama:

"Solo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad..."

Ahora bien, la única norma legal que establece la forma de adquirir el dominio "originario" de un derecho de aprovechamiento es la contemplada en el artículo 20 del Código de Aguas, ninguna más.

Como se trata de un acto administrativo reglado, la forma de constituir un derecho de aprovechamiento está dada por las normas del Código de Aguas, en especial las que indican sus artículos 140, 141 y 149. Solo si se adecua a ellas el acto administrativo, nace original y válidamente tal derecho. El inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución es claro al respecto: la propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas se adquiere cuando ellos están "constituídos de conformidad a la ley", ley que, en este caso particular, no es otra que el ya citado Código de Aguas. A contrario sensu, si los derechos no han sido constituídos de acuerdo a las normas del Código de Aguas, no hay tal propiedad.

Las normas del Código de Aguas que reglamentan la constitución de los derechos de aprovechamiento son normas de "derecho público", de donde deviene que, por su propia naturaleza, ellas sean también de "orden público"¹⁰. Este concepto de "orden público" aun cuando no está definido en nuestra legislación, ha sido interpretado por la Excma. Corte Suprema como:

⁹ La doctrina considera como características propias del uso común de los bienes nacionales, los siguientes: a) debe usarse de acuerdo o conforme a su destino (plaza, camino, etc.); b) su uso es normal; c) es anónimo; d) es colectivo; e) es pasajero o fugaz; f) es *sine die*; y g) es único. Ver María Eugenia Álvarez Barros, "Naturaleza Jurídica del Uso Común de los Bienes Nacionales de Uso Público", Memoria de Prueba, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Editorial Universitaria, año 1964.

¹⁰ Patricio Aylwin Azócar, "Derecho Administrativo", Apuntes de Clases, Tomo I, Editorial Universitaria S.A., año 1962, página 6.

⁸ Pedro Lira Urquieta y Lorenzo de la Maza, "Régimen Legal de las Aguas en Chile", Editorial Jurídica de Chile, año 1940, páginas 71 y 72.

“el ordenamiento general de la sociedad dirigido al cumplimiento de sus fines esenciales (fallo de 23 de agosto de 1956)¹¹”.

En otras palabras, el orden público mira al cumplimiento por parte del Estado de su obligación constitucional de promover el bien común, esto es, crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución establece (inciso 4° del artículo 1° de la Constitución). El aprovechamiento comunitario o colectivo de los bienes nacionales de uso público permite este bien común. Solo en circunstancias especiales la Constitución y la ley autorizan el uso y goce individual de ellos. Una de estas ocurre en el caso de las aguas, cuando se dan las condiciones y se cumple con los requisitos que indica el Código del ramo.

De acuerdo a las normas de “derecho público” del Código de Aguas, el derecho de aprovechamiento de aguas se constituye “originariamente” por acto de autoridad (artículo 20 del Código de Aguas). Ello tiene que ser así pues dado que las aguas son bienes nacionales de uso público, su administración (no su propiedad) en nombre de la comunidad nacional corresponde al Estado. Esta forma de administración muchas veces ha sido llamada también dominio “eminente”, aunque a pesar de su nombre, no es un dominio propiamente tal; o por lo menos, como lo concibe el Derecho Civil. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española es:

“el que se considera propio del Estado, por razón del bien común, con respecto a la propiedad privada”.

Para don Rafael Fernández Concha el “dominio eminente” es sinónimo de “dominio político”, y entiende por tal:

“El dominio político versa sobre el territorio de la Nación, y consiste en la facultad, que a esta le compete, de ordenar todo lo relativo a él según las exigencias del bien público. Dicho dominio, llamado eminente, dice pues orden a la soberanía; y es hasta cierto punto una parte de ella, como quiera que tiene el derecho a ejercer privativamente la autoridad temporal sobre el territorio, de legislar, de juzgar y de administrar acer-

ca de lo que a él toca. Mas no por esto deja de tener razón de dominio o propiedad; lo tiene: 1° porque importa una conexión del territorio con la Nación, en virtud de la cual aquel es propia de esta en orden al ejercicio de la soberanía; y 2° porque importa asimismo la facultad de utilizar el territorio en muchos respectos, vgr. imponiendo contribuciones sobre los bienes...¹²”.

En el sentido recién expresado de “dominio eminente”, los bienes nacionales también son bienes del Estado, aunque la propiedad sobre ellos es solo “eminente”, es decir, solo para resguardar el bien común (inciso 4° del artículo 1° de la Constitución.) El dominio o propiedad corresponde solo a la Nación (N° 23 del artículo 19 de la Constitución).

Claro Solar se explaya sobre las características de los “bienes nacionales de uso público” y el dominio eminente que sobre ellos posee el Estado. Al respecto sostiene:

“Para asegurar la utilidad que estos bienes están llamados a proporcionar, es indispensable que sean conservados y mantenidos aptos para producirla; requieren de gastos periódicos de conservación y reparación, a que el Estado tiene el deber de subvenir, y la vigilancia constante de las autoridades para que los particulares los respeten y todos los particulares puedan servirse de ellos. Esta parte del patrimonio nacional tiene una destinación permanente; el Estado como propietario de estos bienes tiene el dominio eminente de ellos precisamente porque los particulares no pueden incorporarlos a su patrimonio; pero el dominio del Estado no es de la misma naturaleza que del que tiene sobre los demás bienes que forman su patrimonio privado. En efecto, de los tres elementos que constituyen la propiedad, el uso, usus, o facultad de servirse de parte de las utilidades de la cosa, el Estado no lo ejerce personalmente, son los habitantes, nacionales o extranjeros, los llamados a usar estos bienes y a obtener, en provecho personal, la utilidad que su destinación proporciona; el goce, fructus, o el derecho de recoger los frutos o entradas, no existe generalmente en esta clase de bienes, aunque excepcionalmente puede haberlo en ciertos casos, como en el peaje de un puente o camino; y en cuanto a la disposición, abusus, no es aplicable a esta clase de bienes mientras perma-

¹¹ Patricio Aylwin Azócar, “Derecho Administrativo”, Apuntes de Clases, Tomo I, Editorial Universitaria S.A., año 1962, página 6.

¹² Rafael Fernández Concha, obra ya citada, N° 1226, página 463.

necen destinados a su objeto, porque el uso público a que están afectos excluye toda idea de enajenación o de constitución de derechos reales sobre ellos”.

Ahora bien, consciente del carácter de bien nacional de uso público de las aguas y del dominio eminente o administración que le corresponde sobre ellas al Estado, el Código de Aguas habla de que los derechos de aprovechamiento se constituyen originalmente por acto de autoridad.

“Constituir” de donde viene “constituye” significa:

“Establecer, erigir, fundar”

A su vez, “Originariamente” u “originalmente” significa:

“1. adv. m. Radicalmente, por su principio, desde su nacimiento y origen”.

De donde tenemos que el derecho se instituye, establece o funda desde su nacimiento, exclusivamente por un acto de autoridad.

En consecuencia, por ser las aguas bienes nacionales de uso público, razón por la cual están fuera del comercio humano, el titular de un derecho real de aprovechamiento de aguas no tiene dominio directo sobre ellas, sino que solo sobre su derecho, el cual lo faculta para usar y gozar de ellas, excluyendo a cualquier otra persona, en la porción y forma asignada.

En atención a lo anteriormente expuesto, tenemos, pues, que este derecho solo se origina, adquiere o nace, desde su inicio, por un acto de autoridad, dado que ella (la autoridad) como gerente del bien común y administradora del bien nacional de uso público “agua”, es la única facultada para conceder a los particulares un derecho de aprovechamiento exclusivo de ellas. De esa forma, las sustrae al aprovechamiento colectivo, radicando este en el titular del derecho de aprovechamiento. Por lo tanto, antes del otorgamiento de este derecho, no existe el derecho de aprovechamiento exclusivo o particular de las aguas.

LA INSCRIPCIÓN DEL ACTO DE AUTORIDAD

Sin perjuicio de lo dicho, la posesión de este derecho de origen administrativo se adquiere mediante su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

El artículo 20 del Código de Aguas¹³ preceptúa que la posesión de los derechos así constituidos (por acto de autoridad) se adquiere por la competente inscripción. En concordancia con ello, el artículo 114 del mismo Código, en su número 4, dispone que deben inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces correspondiente, las escrituras públicas que contengan el acto formal del otorgamiento definitivo de un derecho de aprovechamiento. Sobre los alcances del término “adquiere” que usa el artículo 20 citado, ahondaremos más adelante. Por el momento, baste decir que la posesión a que alude ese artículo, es la posesión del derecho de aprovechamiento, distinta del uso y goce de las aguas propiamente tal, uso y goce que por emanar de una autorización de la autoridad facultada para hacerlo, se pueden ejercer sin necesidad de la correspondiente inscripción. Desde el momento de la inscripción pasa a ser regulado el ejercicio del derecho administrativo por las normas del Derecho Civil (artículos 21 y 121 del Código de Aguas), poseyendo su titular el dominio de este derecho (inciso 2° del artículo 6° del Código de Aguas).

En consecuencia, debe distinguirse el origen del derecho de aprovechamiento de aguas “constituido” (no el “reconocido”) que es SIEMPRE un acto administrativo; del ejercicio del mismo, que se regula desde su incorporación al patrimonio del favorecido por las normas del Código Civil, con las excepciones que establezca el Código de Aguas. El acto de constitución del derecho es un acto administrativo, regido en todas sus partes por las normas del derecho administrativo; los actos de ejercicio de ese derecho ya ingresado al patrimonio de su titular, son actos del derecho civil, regido en todas sus partes por las normas del derecho civil.

Al respecto, don Alejandro Vergara Blanco sostiene:

“... las inscripciones de los títulos de aguas son más que nada una garantía y prueba de la posesión (véase Escudero, 1990, p. 66). Si esa posesión está unida a un título, es regular. La inscripción, que es, entonces, una garantía probatoria, por lo tanto no tiene una estrecha relación con la existencia misma del derecho. La inscripción cumple otro rol, un rol de certeza jurídica, pues la inscripción no es requisito de existencia de los derechos. Para que exista un derecho de aprovechamiento de aguas es necesario que haya sido constituido o reconocido. En el caso de los

¹³ Reiterado en cuanto a la obligación de inscribirlo por el inciso 1° del artículo 150 del mismo Código.

derechos constituidos, lo que se inscribe es el acto constitutivo (la resolución del Director General de Aguas reducida a escritura pública).

La inscripción en este momento no es obligatoria en general y es perfectamente posible que incluso existan derechos constituidos que no estén inscritos, pues la ley, si bien es imperativa, no establece sanción para su incumplimiento (véase art. 150 inc. 1º del Código de Aguas). En todo caso, la regla general es que los derechos constituidos estén inscritos; y si no lo están, puede hacerse en cualquier momento, pues no hay plazo para ello”.

Vemos, pues, que el mencionado autor clarifica plenamente la diferencia que existe entre el acto constitutivo original del derecho y la inscripción. De tal manera, para la existencia del derecho de aprovechamiento es requisito indispensable que haya un acto de autoridad, agregamos, válido, por las razones que expondremos más adelante, pero la inscripción no es un requisito de perfeccionamiento del acto administrativo mismo; es una acción necesaria para facilitar su ejercicio.

Una vez reducido a escritura pública el acto de concesión, él se torna irrevocable e inamovible pues de esa forma ya se ha agotado, bien o mal, la competencia de la autoridad en relación a ese derecho. Por lo demás, en múltiples dictámenes de la Contraloría General de la República, así se ha expresado. Ello no significa que el acto administrativo nulo se convalide. Él sigue siendo nulo, lo que sucede es que la autoridad otorgante no puede invalidarlo. Ello solo puede suceder en la sede jurisdiccional. En Derecho Administrativo la nulidad de derecho público no puede sanearse por el transcurso del tiempo.

Este acto de autoridad reducido a escritura pública, se inscribe en el Registro de Propiedad de las Aguas del Conservador de Bienes Raíces. La inscripción tiene por objeto probar la posesión (ser reputado dueño) y poder constituir derechos frente a terceros, no constituir el derecho mismo ya que este nace del acto de la autoridad (artículo 20 del Código de Aguas). Es en este sentido que el artículo 20 del Código de Aguas usa la expresión “se adquiere” la posesión por la competente inscripción. Debe recordarse que la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño, siendo el poseedor reputado dueño (artículo 700 del Código Civil) y que de acuerdo al N° 24 del artículo 19 de la Constitución en relación con el artículo 583 del Código Civil, sobre los bienes incorporales se puede tener dominio. El artículo 20 del Código de Aguas está en relación con el 21 que lo sigue, donde se indica que la transferencia, transmi-

sión y la adquisición y pérdida por prescripción del derecho se efectúa de acuerdo a las normas del Código Civil, salvo en lo modificado por el Código de Aguas. Es claro que lo que se adquiere, transfiere, transmite o gana o pierde por prescripción es el derecho válidamente “ya” constituido, dado que este original y exclusivamente se adquiere por acto de autoridad.

NECESIDAD DE QUE EL ACTO ADMINISTRATIVO QUE ORIGINALMENTE CONSTITUYE EL DERECHO, SEA VÁLIDO

De lo dicho se desprende que para adquirir válidamente un derecho de aprovechamiento se requiere que el acto de autoridad que lo constituye “de raíz”, “original” u “originariamente” sea un acto administrativo válido, único capaz de producir esos efectos propios y especiales que le son característicos. Es decir, es necesario que él haya sido otorgado por la autoridad que tiene la facultad de concederlo, cumpliendo con todos y cada uno los requisitos que la ley establece para su concreción. Si así no hubiere ocurrido, vale decir, si no lo otorga el competente funcionario que actúe dentro de la esfera de su competencia; o este no cumple con los presupuestos que la ley dispone para su creación, ese acto es nulo de nulidad de derecho público por atentar en contra del principio de legalidad que informa todo el accionar de la administración; está viciado desde su inicio; no tiene validez en la vida del derecho, no pudiendo generar ninguno de sus efectos propios, esto es usar y gozar de las aguas sobre las cuales se ejerce el derecho.

La jurisprudencia ha dicho:

“Considerando¹⁴:

15º.- Que una nulidad de esa especie no vendría siendo constituida por una sentencia, como si el estado de ineficacia de la resolución surgiera a la vida jurídica en razón y a partir de la consiguiente cosa juzgada.

Ella no sería un estado independiente ni sobreviniente al acto, el que debido a sus vicios, ausencias, yerros, falencias, desviaciones, defectos y anomalías, no se habría configurado, consumado o perfeccionado como manifestación del poder jurídico de un órgano público del Estado de Derecho, sino como un simple hecho, en lo viciado, ausente, errado, falente, desviado, defectuoso o anómalo;

¹⁴ Sentencia dictada con fecha 31 de enero de 2001, por la Corte de Apelaciones de Santiago en causa “Pesca Chile S.A. con Fisco de Chile”, Rol 2.550-97.

16°.- *Que consecuencia de lo anterior sería que la nulidad se habría dado de pleno derecho, contemporáneamente a la resolución, pues es el derecho mismo, la Constitución, la que la contempla, en una reacción auto-depurativa que impone la propia lógica, y de no aceptarse la cual –en estos precisos términos de automaticidad y autosuficiencia– el administrador podría ser de constituyente, legislador y juez, a más de gobernar.*

(...)

17°.- *Que los anunciados que anteceden permiten ir dando respuesta a los grandes temas que se dejaron dichos en supra tercero. Segundo, de ser una resolución viciada, aun parcialmente, no tuvo la virtud de generar un derecho –autorización de pesca de bacalao o mero en aguas internas– que efectivamente se haya incorporado en el patrimonio de Pesca Chile S.A.*

19°.- *Si la nulidad de derecho público no puede ser saneada de manera alguna, menos podrá convalidarla el mero transcurso del tiempo, no solamente en razón de los análisis ya efectuados, sino por lo siguiente.*

Existe incompatibilidad entre los parámetros que informan la nulidad y los que subyacen en la prescriptibilidad que se invoca por la demandante, inmersa en el ámbito del derecho privado.

(...)

Distinto acontece con un derecho público que reclama siempre y sin excepciones la juridicidad de sus manifestaciones, de cara a su necesaria legitimidad, y en el que nunca podría el solo transcurso de los años devenir fuente de un derecho que ab initio no lo fue.

Por lo tanto y dilucidando finalmente el tema de la procedencia de la prescripción extintiva, la Corte la desestima en todas sus partes y aspectos, compartiendo el criterio de la sentenciadora de primer grado”.

Este fallo proclama que la nulidad de derecho público opera de pleno derecho, es insanable e imprescriptible y alcanza sin lugar a dudas a los actos derivados del acto nulo. Igualmente, se ha dicho:

“Considerando¹⁵:

5° *Que, abona la conclusión anterior, lo que disponen los artículos 6 y 7 de la Constitu-*

ción Política de la República, en cuanto a que los órganos del Estado deben actuar válidamente, previa investidura regular de sus integrantes, dentro del marco de su competencia y en la forma que prescribe la ley y, por lo mismo, ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas puede atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos de los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes; previniéndose la nulidad para cualquier acto dictado en contravención a dicha norma. El mismo principio se encuentra consagrado en el artículo 2° de la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. En base a dichas normas la doctrina nacional ha elaborado la teoría de la nulidad de derecho público, que se puede producir por desviación de poder, ausencia de investidura regular, incompetencia del órgano, violación de ley y vicios de forma del acto administrativo impugnado. Esta nulidad presenta las siguientes características básicas: es retroactiva, insanable e imprescriptible, no puede convalidarse y produce consecuencias erga omnes, con efectos reflejos, porque acarrea la ineficacia de todos los actos posteriores y consecuenciales del que se estima nulo y, por último, debe declararse de oficio por los tribunales, para mantener la vigencia del orden jurídico establecido”.

(...)

CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA APARENTE POSESIÓN DE UN DERECHO DERIVADO DE UN ACTO ADMINISTRATIVO NULO

De igual forma, la posesión de su presunto titular solo da cuenta de la existencia de un acto nulo desde sus orígenes, pues ella, como tal, no puede cambiar la naturaleza del acto del cual da cuenta. Si a lo anterior se agrega que el vicio de nulidad de derecho público no puede sanearse por prescripción, tenemos que solo ha existido una apariencia de derecho incapaz de producir efecto jurídico válido alguno.

De tal manera tenemos que, si el acto original de constitución de un derecho de aprovechamiento adolece de un vicio que acarrea su nulidad de derecho público, la subsiguiente inscripción de este derecho en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces no habilita a su aparente poseedor para adquirir por prescripción tal derecho de aprovechamiento.

¹⁵ Sentencia de la Excm. Corte Suprema en causa “Bellolio, Juan con Distribuidora Chilectra Metropolitana S.A.”, publicada en Revista de Derecho y Jurisprudencia, Tomo XCV, Año 1998, Segunda Parte, Sección Primera, pág. 23 y siguientes.

Ello, dado que él nace validamente, en su inicio, de un acto de autoridad ejecutado conforme a la ley, y que la posesión de la que da cuenta la inscripción en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces solo tiene por finalidad introducir tal derecho dentro de la órbita del Derecho Civil a fin de incorporarlo al patrimonio de su titular con el objeto de, fundamentalmente, poder disponer de él. En materia de Derecho Civil, reiteradamente la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales ha sostenido que no se puede adquirir un bien por más de un modo. En el caso en análisis, el derecho de aprovechamiento se adquiere por concesión de la autoridad administrativa, el cual al inscribirse se incorpora en el ámbito del Derecho Civil para los fines ya señalados.

Como consecuencia de lo anteriormente expuesto, se desprende que la posesión útil del derecho solo es tal si el acto administrativo que la otorga es válido. Si no es así, este no puede dar lugar a tal posesión. El artículo 20 del Código de Aguas habla de que la posesión de los derechos "así constituidos" se adquiere por la competente inscripción. A su vez, la Constitución en el inciso final del N° 24 de su artículo 19 reconoce a los particulares la propiedad sobre los derechos de aguas cuando ellos estuvieren "constituidos en conformidad a la ley". De donde se colige que si el acto de autoridad es nulo por no haber sido constituido de conformidad a la ley, jamás pudo haber existido dominio ni posesión legítima por no darse los presupuestos básicos que señalan la Constitución y la ley.

En el caso de un acto administrativo nulo de nulidad de derecho público por no haberse ajustado la peticionaria en su solicitud ni la autoridad en su otorgamiento a los requisitos que establece el Código del ramo, el beneficiario jamás adquirió derechos de aprovechamiento de aguas en los términos que exige el inciso final del artículo 24 de la Constitución ("*en conformidad a la ley*"), y por lo tanto, tampoco pudo adquirirlos una eventual sucesora legal, atendido el hecho que el que transfiere un derecho lo hace con las mismas características que él tenía, no pudiendo mejorarlo. Si él no tenía tal derecho o lo tenía irremediablemente dañado, mal podría tenerlo en mejor calidad su adquirente. De esta forma el artículo 682 del Código Civil establece:

"Si el tradente no es el verdadero dueño de la cosa que se entrega por él o a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada.

Pero si el tradente adquiere después el dominio, se entenderá haberse este transferido desde el momento de la tradición".

La norma del Código Civil citada es aplicable en esta parte pues ya la autoridad ha otorgado el derecho, aun cuando este no puede generar los efectos que ella quiso por infringirse la ley.

Por lo tanto, si lo que invoca como título de dominio el posterior adquirente es la tradición que le habría efectuado su tradente, atendido lo dicho en el sentido que de acuerdo a las normas del Derecho Administrativo el derecho de aprovechamiento de aguas solo se adquiere originariamente por acto de autoridad, al ser dicho acto administrativo nulo de nulidad de derecho público, NUNCA ha sido dueña la adquirente de tal derecho de aprovechamiento pues él nació a la vida jurídica afectado de un vicio que lo priva de sus efectos propios, es decir, permitir el uso y goce de las aguas. De tal manera, la tradente al no tener derechos de dominio válidos sobre su derecho real de aprovechamiento de aguas, no pudo transferirlos tampoco válidamente a su adquirente.

LA PRESCRIPCIÓN COMO MODO DE ADQUIRIR EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS.

De conformidad a lo ya expresado, es claro que, desde la vigencia del actual Código de Aguas, el único modo de adquirir "originariamente" un derecho de aprovechamiento de aguas es cifiéndose a las normas del Código de Aguas, disposiciones de derecho público, que se radican o encuentran dentro del Derecho Administrativo, en atención al interés protegido (*bien común*), al sujeto de la norma (*el Estado*) y la naturaleza de la relación por ellas regulada (*intervención del Estado-Autoridad respecto de particulares*)¹⁶. En consecuencia, el modo de adquirir este derecho de aprovechamiento "originariamente" escapa a las reglas del Derecho Civil.

Ahora bien, en materia de Derecho Administrativo no es posible adquirir un derecho por prescripción. Este modo de adquirir no existe en Derecho Público, y menos en materia de derechos de aprovechamiento de aguas toda vez que este solo nace (o se crea) originariamente por un acto válido de la autoridad, nada más. A mayor abundamiento, al no existir este derecho antes de su creación (mediante un acto de la autoridad), mal podría un particular adquirir por prescripción algo inexistente (*en el evento que esta institución existiera en el Derecho Administrativo*).

¹⁶ Patricio Aylwin Azócar, "Derecho Administrativo", Apuntes de Clases, Tomo I, Editorial Universitaria S.A., año 1962, páginas 3; 4 y 5.

vo). Por su parte, otorgado el supuesto derecho a través de un acto nulo, el beneficiario lo adquiere con un vicio que lo priva por siempre de toda eficacia, dado que el acto ha nacido pero adscrito a tal insanable defecto.

Por lo tanto, la posesión de un derecho de origen administrativo no puede ser teóricamente irregular. Si ella proviene de un título que adolece de algún vicio de nulidad de derecho público, la posesión es meramente de "papel". Al acto administrativo ilegal, por no tener su fundamento en el Derecho Civil, no le son aplicables sus normas, sino las propias que rigen el Derecho Administrativo, en especial la nulidad de derecho público.

Otra cosa muy distinta son los "derechos de aprovechamiento de las aguas" válidamente constituidos, esto es el derecho real que recae sobre ellas y que consiste en su uso y goce, con los requisitos y en conformidad a las normas que prescribe el Código de Aguas (*inciso 1º del artículo 6 del Código de Aguas*). Este derecho, nacido de un acto administrativo reglado válido, es un bien comerciable dado que la Constitución y la ley lo incorporan dentro del comercio humano (*inciso final del N° 24 del artículo 19 de la Constitución; artículos 565 y 583 del Código Civil e inciso 2º del artículo 6º del Código de Aguas*). En consecuencia, se puede poseer del mismo modo como se posee cualquier bien, y por lo tanto, adquirir subsecuencialmente su dominio entre otras formas, por prescripción (*artículo 21 del Código de Aguas*). A lo anterior, se debe agregar el hecho de que por estar regidos por las mismas normas de la propiedad raíz (*artículo 121 del Código de Aguas*), su posesión se adquiere y prueba por la competente inscripción (*artículo 20 del Código de Aguas*), la que sumada al transcurso del tiempo habilitan a su titular, como se ha dicho, para ganar por prescripción adquisitiva este derecho real.

No obstante lo anterior, debemos recalcar que para que pueda operar la prescripción como un modo de adquirir un derecho de aprovechamiento ya constituido válidamente, es menester que el derecho que se pretende adquirir por este medio provenga de un acto administrativo no viciado, es decir, que esté "originalmente bien constituido". Como ya se dijo, en materia de Derecho Administrativo no existe la posesión irregular de un derecho, institución que es solo del Derecho Civil.

Pero aun así, se debe tener presente que el artículo 715 del Código Civil hace extensiva a la posesión de derechos o cosas incorporeales:

"...las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal".

El inciso 2º del artículo 2498 del Código Civil establece que la prescripción adquisitiva es un modo de adquirir los derechos reales que "están dentro del comercio humano" por haberse poseído con las condiciones legales.

Tenemos, pues, que para que ella opere se requiere, en primer lugar, que el derecho exista correctamente generado, o lo que es lo mismo, que se haya incorporado a la vida del derecho a través de un acto administrativo sin vicios que lo anulen. Si el acto administrativo es nulo, no puede dar origen a un derecho de aprovechamiento propiamente tal, y por lo tanto el derecho de aprovechamiento en sí no puede adquirirse por prescripción. En segundo lugar, es necesario que el derecho se encuentre dentro del comercio humano, es decir, que sea "comerciable". Un derecho de aprovechamiento solo es comerciable cuando ha sido legalmente constituido, pues es la autoridad la única que tiene la capacidad jurídica de generarlo. En consecuencia, los bienes que están fuera del comercio humano, no son "ajenos" en el sentido que le da a la palabra el artículo 2492 del Código Civil, por no poder ser objeto de posesión. Así, la alta mar; el aire; los bienes nacionales de uso público, como el agua, no pueden ganarse por prescripción pues son "incomerciables" (*inciso 2º del artículo 2498 del Código Civil*). Por lo tanto, que una cosa sea "ajena" significa que ella tenga otro dueño dentro del comercio humano. Así, el Diccionario de la Lengua Española señala que "ajeno" es:

"1. adj. Perteneciente a otro."

A su vez, "Perteneciente" viene de "pertenencia" y ella significa:

"1. f. Acción o derecho que uno tiene a la propiedad de una cosa"

Ahora bien, antes de que la autoridad lo otorgue no existe tal derecho, por lo que "no hay" un derecho "ajeno". Del mismo modo, si el acto administrativo que lo otorga está sujeto a un vicio (*como, por ejemplo, infringir el principio de legalidad*), el derecho de que ella da cuenta es, ineficaz para producir los efectos propios del derecho de aprovechamiento de aguas, esto es la autorización para usar y gozar de las aguas. En este sentido, podemos decir que su posesión inscrita es total e irremediabilmente inútil, dado que el acto administrativo nulo no puede ser convalidado ni por la autoridad ni por el transcurso del tiempo.

Por lo tanto, si el acto administrativo es nulo, es ineficaz para "crear" válidamente un derecho de aprovechamiento de aguas, no siendo posible que la posesión "de libro" que de él surja sea útil para adquirirlo por prescripción, pues de ser así, ella se originaría en algo "distinto" del derecho de aprovechamiento propiamente tal. Solo se podrían adquirir derechos sobre el acto nulo, mas no sobre el fallido derecho de aprovechamiento que se pretendió constituir.

Aceptar la tesis contraria, fuera de contravenir el texto expreso de la Constitución y del Código de Aguas, además de los principios que informan todo el Derecho Administrativo, significaría crear un peligroso precedente. En efecto, esta teoría permitiría que cualquier particular "inventara" un título aparentemente válido sobre un bien nacional de uso público y transcurrido un lapso de tiempo alegara la prescripción extraordinaria del Código Civil. Los riesgos de mezclar el Derecho Administrativo con el Derecho Civil son evidentes, máxime si se omiten las normas de este último respecto de los bienes inenajenables.

Resulta meridianamente claro que la declaración de nulidad de derecho público de un acto administrativo y los efectos de tal declaración se encuentran indisolublemente ligados por lo que se rigen también estos últimos por las normas de orden público. De tal manera, los efectos de la sentencia que declara nulo un acto de la administración *se retrotraen al momento de la dictación del mismo*, por una razón muy simple: El acto nunca ha existido como tal, es decir, como acto jurídico capaz de crear derechos, y por ello no ha podido ingresar en el ordenamiento jurídico produciendo efectos válidos. Lo anterior no es sino una consecuencia de la propia disposición del artículo 7° inciso 3° de la Carta Fundamental, la cual es operativa por sí misma. La sentencia judicial solo constata la existencia de un vicio de nulidad limitándose a reconocer y declarar (otorgando certeza jurídica a las partes) que por ello el acto (desde su dictación) es nulo y *jamás ha podido producir efectos jurídicos puesto que nunca ha ingresado al ordenamiento jurídico*.

La nulidad de derecho público judicialmente declarada produce efectos *erga omnes*, esto es, la ineficacia del acto nulo opera para todos, sean particulares o administradores. Asimismo, *su declaración conlleva la nulidad de todos aquellos actos que tengan por fundamento precisamente el acto nulo*.

Sobre este particular, la jurisprudencia ha sostenido:

"Considerando¹⁷:

2° Que tratándose de vicios incurridos en actos de carácter administrativo, la sanción de nulidad está regida por el Derecho Público y no por el estatuto que el Código Civil y otras leyes complementarias establecen al respecto. La doctrina y la jurisprudencia han señalado que tal nulidad se produce "ipso iure", es decir, sin necesidad de una declaración judicial y si alguna intervención tuviere la magistratura se limitará a dejar constancia de este hecho; es además, imprescriptible cualquiera sea el tiempo transcurrido: irrenunciable, atendido el interés público que está comprometido: todo lo cual puede expresarse en la idea de una invalidez desde su inicio y por perpetuidad.

A lo anterior no puede oponerse la idea de que la causal de nulidad proviene de un error o de una negligencia de la administración no puede esta ser invocada porque tal argumento, en definitiva, descansa en la denominada "Doctrina del acto propio", olvida que constituye un presupuesto de la misma, la necesidad de que la conducta del agente respecto de la cual se le exige convergencia debe estar constituida por una serie de actos válidos, es decir, que produzcan consecuencias de derecho, porque la uniformidad o congruencia que se busca lo es, precisamente, con respecto a los efectos de su actuar.

Por consiguiente, no cabe sostener que, habiendo transcurrido más de 5 años desde la dictación de la resolución viciada, no era posible alegar la nulidad por haber extinguido el tiempo la posibilidad de hacerla valer".

(...)

También ha dicho:

"Considerando:¹⁸

7° Que en cuanto a la presunta infracción del artículo 2332 del Código Civil, el recu-

¹⁷ Sentencia dictada con fecha 1 de abril de 1993, por la I.C.A. de Valparaíso en causa "Sociedad de Pesca Chile S.A. con Subsecretaría de Pesca", publicada en *Gaceta Jurídica*, Año 1993, Número 159, pág.180 y siguientes. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema, con fecha 9 de julio de 1993.

¹⁸ Sentencias dictadas con fecha mayo de 1999, por la Corte Suprema en causa "Sánchez Michea, Luis con Fisco de Chile"; "Lawner Steiman, Miguel con Fisco de Chile"; "Charme Schultz, Tatiana con Fisco de Chile". Se hace presente que los considerandos extractados tienen idéntica numeración y redacción en cada una de estas tres sentencias. La Corte rechazó los recursos de casación deducidos por el Fisco de Chile. Las sentencias fueron extractadas directamente de los expedientes.

rrente la hace consistir en que no se aplicó para declarar prescrita la acción de indemnización de perjuicios por la dictación de los decretos nulos; sin embargo, la aplicación de tal norma de prescripción resulta inconsistente con las características que se reconocen a la nulidad de derecho público, de modo que su aplicación conduciría a reconocer la absoluta invalidez de los actos impugnados, pero manteniendo incólumes sus efectos”.

8° Que, por lo expresado anteriormente, el recurso de casación de fondo en estudio, en

este aspecto, debe ser desestimado, pues los jueces de la instancia han hecho una correcta aplicación de las normas supuestamente infringidas al rechazar la prescripción de que se trata”.

(...)

Estas sentencias proclaman, en definitiva, que el acto administrativo de la concesión del derecho, marca indeleblemente, desde sus inicios, el derecho subjetivo de aprovechamiento que de él deviene desde el momento de su inscripción.