

La Propiedad de las Aguas en el Perú

por MANUEL SANCHEZ PALACIOS

Catedrático Principal Titular
de Derecho Rural

Es de todos conocida, la tradicional división de lo jurídico, hecha por Ulpiano, en normas de Derecho Público y normas de Derecho Privado. Paralelamente a esta división, se ha hecho una clasificación de las cosas o bienes, en bienes del dominio público, del Estado; y bienes del dominio privado, de los particulares.

Si, en términos generales, todos aceptan este distinguo, cuando se trata de determinar el concepto de "Bienes del Dominio Público" para diferenciarlos de los demás bienes, de dominio privado, la Doctrina se diversifica, se divide y cada uno quiere señalar los caracteres propios y peculiares de uno y otro grupo de bienes.

No se pretende en este trabajo, dilucidar la controversia, ni señalar por simpatía o por cualquier otra razón, la Doctrina más aceptable. No. Nuestra tarea se va a reducir a presentar lo que el ordenamiento jurídico del país, tiene establecido sobre la propiedad de las aguas, dentro de la tradicional clasificación de bienes que queda recordada.

Nuestra Carta Política establece en el art. 33 que "No son objeto de propiedad privada, las cosas públicas, cuyo uso es de todos, como los ríos, lagos y caminos públicos"; y el art. 822 del Código Civil enumera entre los bienes del Estado: 1º "Los bienes de uso público" o sea los ríos, lagos y caminos públicos", y 2º "el mar territorial y sus playas". En este último Cuerpo de Leyes se agrega en el art. 823 que "los bienes de uso público, son

inalienables e imprescriptibles". De modo que como regla general, definitiva, los bienes de "uso público" o dominiales que pertenecen al Estado, no salen de su dominio.

Para los fines de este trabajo conviene advertir que el término "ríos, lagos", comprende tanto el volumen de las aguas, como el cauce o lecho por el que discurren, o donde se hallan; y que este concepto, es diferente del de "caudal de aguas" o "corriente de aguas", que sólo comprende el volumen de las aguas, abstracción hecha del cauce.

En disposición separada, en el art. 37 de la Constitución, se declara que "las minas, tierras, bosques, aguas y en general todas las fuentes de riqueza, pertenecen al Estado, salvo los derechos legalmente adquiridos", agregándose luego, que "la ley fijará, las condiciones de su utilización por el Estado o de su concesión en propiedad o en usufructo a los particulares". Esta declaración figura repetida en el art. 822 inc. 4º del C.c. cuando dice "Son del Estado: ... 4º— las tierras públicas, entendiéndose por tales, las que no han tenido dueño y las que han sido abandonadas por el dueño que tuvieron; las minas y los bosques y demás fuentes naturales de riqueza, antes de su concesión; los ríos y demás aguas corrientes y los lagos, así como sus respectivos cauces y álveos". Como se ve, aquí se refiere ya a "caudal de aguas" a "corrientes de agua" no a "cursos de aguas" o ríos, y se refiere también, en forma separada, a cauces y álveos.

Este segundo grupo de bienes, constituido por las fuentes naturales de riqueza, aún siendo del Estado, por no estar en la categoría de los de uso público, pueden entregarse a particulares ya sea en propiedad o simplemente en aprovechamiento. Ejemplo del primer caso, o sea entrega de propiedad, es el de la tierra: el dueño originario de ella, el Estado, puede entregarla al particular para que la disfrute como suya, con las limitaciones que señala la misma Constitución. Ejemplo del segundo caso son las aguas o sea la entrega del simple volumen de aguas para su aprovechamiento por los particulares.

En esta forma, el ordenamiento jurídico del Perú señala entre los bienes del Estado, unos que no pueden salir nunca de su dominio y son los de uso público; y otros constituidos por las fuentes de riqueza que se pueden entregar a los particulares, en propiedad, como las tierras o simplemente para su aprovechamiento como las aguas.

Hay que mencionar además, un tercer grupo de bienes que igualmente pertenece al Estado, pero como persona de derecho privado, los que éste puede vender, arrendar, donar y en fin celebrar sobre ellos otros contratos. Son los que figuran en el inciso 3º del art. 822 del C.c. ya citado. El Estado actúa sobre ellos, como cualquier particular aunque ciñendo su actividad a normas señaladas.

Establecido como queda que la propiedad de las aguas toca o corresponde al Estado y que éste sólo concede a los particulares el aprovechamiento de las mismas, conviene subrayar sobre esto, que hay diferencia entre dominio y aprovechamiento. El primero se refiere a la cosa misma; el segundo, a la utilidad que élla proporciona. Por eso, con relación a las aguas, algunos autores distinguen el derecho a "la sustancia de las aguas" del derecho a la "fuerza" de las mismas. La primera es exclusiva del Estado; la segunda puede concederse a los particulares.

Aprovechamientos de aguas

En la legislación sustantiva del Perú o sea en el Código de Aguas sólo hay dos clases de aprovechamientos de aguas: el que toca a todos los hombres, por su condición de tales; y el que corresponde a una persona o entidad, en mérito de una concesión expresa del Poder Público. El tipo de aprovechamientos correspondiente al primer caso, figura distribuido en el Código de Aguas en tres capítulos: el referente a los aprovechamientos comunes de aguas para usos domésticos; el de los aprovechamientos comunes para pesca; y los aprovechamientos, igualmente comunes, para la navegación y flotación. El segundo grupo está constituido por las concesiones específicas, que pueden ser para varios fines. Así hay concesión de aguas para riego; concesión de aguas para usos industriales; concesión de aguas minero-medicinales para balneación y para mesa, etc.

Aprovechamientos comunes para usos domésticos.— En los ríos, o sea en las corrientes de agua que discurren por sus cauces naturales "todos podrán usar de ellas para beber, lavar ropas, vasijas y cualesquiera otros objetos, bañarse y abreviar o bañar caballerías y ganado con sujeción a los reglamentos y bandos de Policía Municipal". Así lo dispone el art. 137. Este

aprovechamiento no constituye un derecho que concede la ley, sino que va ínsito en todo individuo, sin distinción de nacionalidad, y en cualquier lugar del país, para satisfacer sus necesidades de vida. La ley simplemente reconoce y garantiza ese aprovechamiento. Por eso corrientemente se dice que este aprovechamiento común no constituye un derecho privado, sino un derecho público que a todos toca y que no tiene otra limitación que la que pueda imponer las disposiciones de la administración o de los municipios, disposiciones que defienden la higiene, la seguridad, y la salud de todos, como lo dispone el artículo citado.

El aprovechamiento anteriormente reconocido, también puede hacerse valer, en las corrientes de agua apartadas de sus cauces naturales y que discurren por acueductos abiertos por particulares, y no obstante que esas aguas están destinadas a un aprovechamiento particular. Por eso el art. 138 del C. de Aguas dispone: "de las aguas que apartadas artificialmente de sus cauces naturales y públicos, discurren por canales, acequias, o acueductos descubiertos, aunque pertenezcan a concesionarios particulares, todos podrán extraer y conducir en vasijas, la que necesiten para usos domésticos o fabriles y para el riego de plantas aisladas, pero la extracción habrá de hacerse precisamente a mano, sin género alguno de máquina o aparato y sin detener el curso del agua, ni deteriorar las márgenes del canal o acequia. Todavía deberá la autoridad limitar el uso de este derecho cuando cause perjuicio al concesionario de las aguas. Se entiende que en propiedad privada nadie puede penetrar para buscar o usar el agua a no mediar licencia del dueño".— Como se vé sólo hay dos limitaciones a esta forma de aprovechamiento: que la extracción se haga a mano y que no perjudique al concesionario. Fuera de esto en propiedad privada precisa la autorización del dueño para este aprovechamiento.

Igualmente el art. 139 dice que "del mismo modo en los canales, acequias o acueductos de aguas públicas al descubierto, aunque de propiedad temporal de los concesionarios, todos podrán lavar ropas, vasijas u otros objetos, siempre que con ello no se deterioren las márgenes ni exija el uso a que se destinen las aguas, que éstas se conserven en estado de pureza".

En esta misma clase de canales no se podrán bañar, ni abreviar ganados ni caballerías, sino precisamente en los sitios destinados a este objeto.

Aprovechamientos comunes para la pesca.— Los peces y demás seres que viven en los ríos y arroyos, no tienen dueño. Precisamente, por esto, el C. de a. dispone en el art. 140 que todos pueden pescar en ellos. (Los ríos y arroyos aunque de propiedad del Estado, son conforme a la Constitución de dominio público). Eso sí sujetándose a las leyes y reglamentos que expida el Ministerio de Agricultura o los Municipios, y siempre que con dichas labores, no se interrumpa la navegación o la flotación.

El mismo derecho a la pesca es posible ejercitarlo, en canales o acueductos construídos por particulares, excepto el caso en que dichos particulares tengan el aprovechamiento o mejor, el derecho, especialmente reservado (141); pero la pesca en dichos lugares debe hacerse únicamente con anzuelos, redes o nazas y sujetándose a las normas que sobre el particular se haya dictado.

En los ríos navegables o flotables, será posible construir encañizadas, como medio de pescar, pero los daños que en ellas se produzcan, por los barcos y maderas, no darán derecho a indemnización alguna, salvo que deliberadamente se realicen (143).

En los viveros y criaderos de peces, nadie podrá dedicarse a la pesca sin permiso del concesionario (144).

Aprovechamientos comunes para la navegación.— Conforme al art. 149 del Código de Aguas, la navegación en los ríos es completamente libre para toda clase de embarcaciones nacionales, sin otras limitaciones que las impuestas por los reglamentos del caso. Al Gobierno toca señalar qué ríos son navegables y cuáles son simplemente flotables y, en ambos casos, si en todo o en parte (195). Se ha concedido a los Prefectos la facultad de señalar provisionalmente, los sitios de embarque, tanto de pasajeros como de mercancías, en los ríos navegables y en los flotables (146).

Para que el Estado cumpla, en las mejores condiciones, la misión de señalar los ríos susceptibles de navegación o sólo de flotación, está autorizado para permitir o para contratar la realización de obras que faciliten la navegación, en las mejores condiciones, o para hacer navegables, ríos que no lo son (147). Si para realizar la obra hubiera que destruir presas, fábricas o privar de riego alguna propiedad, está autorizado para proceder a la expropiación, sin perjuicio de indemnizar los daños y perjuicios que pueda ocasionar (148).

En los ríos que no han sido declarados navegables o flotables, los dueños de las márgenes, o terceros con autorización de ellos, pueden establecer barcas de paso que faciliten el servicio de sus tierras, o el ejercicio de las industrias a que estuvieran dedicados (150).

La flotación es el medio de transporte más antiguo y precisamente, por su naturaleza y condiciones, se le llama "navegación secundaria". Los ríos simplemente flotables, son verdaderos caminos, aunque en inferiores condiciones a los navegables y facilitan grandemente el transporte. No tienen más limitaciones que su realización en determinadas épocas del año, o sea durante las crecientes, época fijada en un reglamento, por la prefectura respectiva, para evitar accidentes.

Aprovechamientos especiales

Los aprovechamientos especiales o simplemente "aprovechamientos", en sentido estricto, pueden ser debidos a un hecho natural que se produce en la propiedad privada, hecho al que la ley reconoce y da eficacia jurídica; y también pueden proceder de un acto expreso de la administración.

Se considera un hecho natural, ajeno a la ley, la caída de lluvias en un predio. Este hecho natural, facilita y permite al dueño del predio aprovechar de las aguas pluviales, mientras discurran por su propiedad, pudiendo inclusive, recogerlas. Para este fin "podrá construir dentro de su propiedad, estanques, pantanos, cisternas o aljibes donde deban estar conservadas o emplear cualquier otro medio adecuado, siempre que con ello, no cause perjuicio al público o a tercero". (art. 1º).

También es un hecho natural, el brote de un manantial, dentro de la propiedad privada. En tal caso el dueño puede aprovechar dichas aguas "mientras discurran por los mismos terrenos" (art. 5).

Cuando las aguas pluviales o las de manantiales, salen de las tierras de propiedad particular, el aprovechamiento no puede ser conseguido sino por concesión del Poder Público. Entre nosotros no hay sino un solo organismo encargado de tramitar esas concesiones y es la Dirección de Aguas. Esta distribución es vigilada y controlada, en la costa por las Administraciones Técnicas y en la sierra por los Administradores de aguas.

La concesión

El título para gozar de los aprovechamientos de aguas, para un fin determinado consta en la "concesión" que algunos llaman permiso. Pero el permiso es un derecho precario susceptible de ser revocado, aún sin causa, en cualquier momento, por la autoridad que lo confirió, mientras que la concesión es el otorgamiento de un derecho, para que sea ejercitado, mientras subsistan determinadas condiciones.

Naturaleza jurídica de la concesión.— Sin negar importancia a las distintas explicaciones que se han dado respecto a la naturaleza jurídica de la concesión que consiste en entregar a particulares, una fuente natural de riqueza, para que éstos la utilicen en fines de carácter particular, aunque con innegables repercusiones en el acrecentamiento de la riqueza pública, vamos a referirnos a tres de las más difundidas.

1.— *Teoría contractual de la concesión.*— Conforme a ella (sostenida por tratadistas alemanes), la Administración del Estado, en el cumplimiento de sus actividades, puede presentarse como persona jurídica de carácter privado, o como persona jurídica de carácter público. Pero cuando otorga una concesión —se dice— no obra como persona jurídica de carácter privado, sino que contrata como persona jurídica de carácter público. De este modo —se agrega— la concesión es un contrato de Derecho Público, porque el Estado interviene como tal frente a un particular. Para justificar esta explicación se dice también que es el contrato mismo el que rige la concesión por mucho que el Poder Público haya actuado ciñéndose a la ley y por mucho que el propósito de la concesión tienda a cumplir uno de los fines del Estado.

Ahora, en la realidad se sabe, que en la concesión no hay concierto de dos voluntades obteniendo ventajas recíprocas sino que una voluntad que persigue una fuente de riqueza, propone su utilización para fines privados. La administración en uso de sus facultades discrecionales, puede aceptar la propuesta, denegarla, o aceptarla con modificaciones. No hay igualdad de condiciones para la contratación. Siempre imperan las condiciones que sugiere o dicta la administración y que el petionario si le conviene, las acepta.

No sólo esto. La concesión se otorga bajo condición resolutoria. Aunque se sostenga que la concesión es firme, si el peticionario, no cumple las estipulaciones a su cargo, procede la caducidad, porque el Estado no pierde su derecho sobre lo que entrega. Su poder reivindicatorio está siempre latente. Por eso a pesar de su lógica, no parece exacta la teoría que considera la concesión como contrato.

2.— *Teoría de las leyes - concesiones.*— Ella ha sido expuesta por Leon Duguit quien estima que en las concesiones no hay contrato y que tampoco la administración actúa libremente, sino de acuerdo con preceptos legales pre-establecidos o sea normas legislativas que fijan término, modo y condiciones del otorgamiento de la concesión. A la administración sólo le queda la facultad de otorgar la petición o denegarla, en mérito de los preceptos legales de que dispone. De este modo la ley lo hace todo y la administración simplemente actúa conforme (se dice por cuenta) a ella.

Pero con relación a esta tesis, la concesión no es un contrato de adhesión. Se produce como algo más suave, maleable que la ley. En muchas ocasiones, la administración tiene que aceptar las propuestas del peticionario aunque no encajen dentro del molde rígido de la ley. Por eso no parece tampoco exacta esta explicación que se hace de la concesión.

3.— *Teoría de Santa María de Paredes.*— Según este profesor español, la administración en nombre del Estado otorga el uso de un bien, a cambio de algo que debe cumplir el peticionario, y que el mismo presta. Aquí la administración nada impone, sino procura encausar la propuesta del peticionario, para que concuerde con las facultades de que ella dispone. La administración actúa como órgano fiduciario del Estado para conceder una fuente de riqueza, en forma de prestación de bienes del Estado, pero sujeta a ciertas condiciones.

Gracias a esta figura, de la concesión, la administración tiene facultad para promover un régimen de economía que superando los intereses del individuo, multiplica la riqueza pública. Para tal fin la administración goza de prerrogativas como, proceder discrecionalmente en el otorgamiento de la concesión, discrecionalidad, para la facultad otorgativa, no para modificar o suprimir normas de procedimiento que por ser de orden públi-

co son irrenunciabiles. Por eso a la administración, como fiduciaria del Estado, toca proceder con libertad para atender o denegar la petición siendo de advertir que en la concesión hay principalmente obligaciones del concesionario, a cambio de la simple intervención de la administración, obligaciones que previamente acepta el peticionario y que debe cumplir.

Con esto se deja establecido que la concesión de aguas, cualesquiera que sean las formas que la expliquen, corresponde únicamente a la administración. La voluntad de los particulares, no puede eludir esta intervención, ni soslayarla para un aprovechamiento. En el Perú hay funcionarios exclusivamente destinados a entregar el aprovechamiento de las aguas y a la vez funcionarios encargados de controlar dicho aprovechamiento.

*La concesión especial de aprovechamiento de aguas
para riego; sus caracteres.*

Cualquiera que sea la explicación que se acepte, acerca de la naturaleza de la concesión, ella tiene notas distintivas, caracteres peculiares, propios, que la misma ley enumera. Así:

1º— No hay aprovechamiento sin autorización gubernativa o sea, sin concesión previa (art. 158 C. de a.) En este sentido carece de eficacia legal la convención entre particulares, cediéndose el aprovechamiento de las aguas, si no hay intervención de la autoridad que concede los aprovechamientos.

2.— En toda concesión de aprovechamiento de aguas, debe fijarse la naturaleza o mejor el fin al que se destinan las aguas concedidas. Si es para riego, debe fijarse la extensión en hectáreas, del terreno a que se destinan y su cantidad en litros por segundo (163). Si es para fines industriales, en la forma que señala el art. 1º de la ley 5491 y 6569.

3.— La concesión se tiene hecha, sin perjuicio de tercero (161). La razón es sencilla. El Estado al conceder un aprovechamiento aunque mediante edictos provocativos cita a los que pueden tener derechos anteriores, la no presentación de éstos en vía administrativa, no significa renuncia del derecho que puedan tener. Ese derecho es el que se deja a salvo conforme a esta disposición.

4.— Si la concesión es siempre para un fin específico, las aguas señaladas para un aprovechamiento, no se pueden aplicar a otro distinto. Si se desea darles otra aplicación debe formarse un nuevo expediente ya que es necesaria concesión especial para el nuevo aprovechamiento (164).

5.— La administración al otorgar una concesión, no responde de la falta o disminución en el caudal concedido y proceda esa falta de error del peticionario o de cualquier otra causa (165). Este dispositivo se justifica porque mediante él, la administración se pone a cubierto de procedimientos que pueden aún llegar al dolo, por parte de algún peticionario. Sobre todo la administración no puede responder de cualquier anormalidad en la periodicidad de las estaciones.

6.— Cuando las aguas se conceden para riego, se entiende que la concesión comprende la de los terrenos del Estado, necesario para las obras de represa y para la apertura de canales y acequias. Pero si fuera necesario utilizar propiedades de particulares, al otorgarse la concesión debe, simultáneamente, disponerse el establecimiento de una servidumbre sobre dicha propiedad (art. 1, ley 11440), para que luego se proceda a su establecimiento con arreglo al Código de Aguas.

7.— La concesión, salvo las reservas o limitaciones con que se concede, es para utilizar las aguas, en todos los instantes (166). La palabra "reservas" se refiere por ejemplo al caso en que se soliciten los sobrantes de los ríos (190) en la época de avenidas. En este supuesto la concesión no es sino para utilizar las aguas sobrantes en determinado tiempo; y el concesionario no puede ampararse en el art. 166 porque su concesión está limitada desde su origen. Hay más. Aun en el caso de que la concesión sea para aprovechamiento permanente, es posible establecer por la autoridad respectiva mitas o turnos en los casos que contempla el art. 207. Contra este dispositivo no funciona nada conforme al art. 282 del Código de Aguas.

8.— La ley señala un orden de preferencias al otorgarse la concesión (169). Pero la preferencia debe hacerse valer dentro del plazo de los avisos y del de espera que señala el Reglamento de Concesión de aguas. El referido art. 169 del C. de Aguas agrega que en caso de invocarse preferencias dentro de una mis-

ma categoría, se dará la concesión a la empresa de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de circunstancias a quien hubiere solicitado primero la concesión.

9.— Cuando se ha otorgado ya una concesión y se presenta alguien que goza de preferencia conforme al art. 169, procede el retiro de la concesión pero indemnizando previamente al concesionario. Esta regla no rige si la concesión otorgada es preferente a la nueva solicitud (160).

Por último en caso de calamidad pública, la autoridad puede otorgar, de inmediato, las aguas para contener o evitar el daño, sin que esta medida, exija indemnización alguna (171).

Caducidad de las Concesiones

La subsistencia de una concesión, en forma indefinida, depende principalmente del que la recibe, o sea de que éste cumpla con las condiciones dentro de las cuales fué otorgado el aprovechamiento. En cualquier momento que se produzca un incumplimiento, caduca la concesión, porque esa falta se estima como retiro de la voluntad de cumplir; y la Administración como fiduciaria del Estado que es el verdadero dueño y que con la concesión no pierde sus derechos, dispone por tal hecho, que se ponga fin a la concesión, o sea su caducidad (167).

Pero no sólo hay caducidad de la concesión ya otorgada, sino también de la solicitud presentada para conseguirla. Tiene lugar cuando no se cumple algún trámite, dentro del plazo fijado. Pero conviene subrayar que tal paralización, no trae consigo la caducidad de la solicitud, sino en el caso de que ella sea imputable al peticionario. La negligencia de la Administración, no puede perjudicar al interesado.

Para impedir este tipo de caducidad, se puede hacer uso del recurso de prórroga de plazos, que debe presentarse dentro del plazo primeramente señalado. No se puede prorrogar lo que ya se extinguió. La prórroga puede fundarse en razones de orden técnico o de cualquier otra naturaleza que justifique el pedido.
