

DETERMINACIÓN Y FIJACIÓN
DE LOS CAUCES NATURALES EN CHILE.
EL LÍMITE ENTRE UN BIEN NACIONAL
DE USO PÚBLICO Y LA PROPIEDAD PRIVADA

DETERMINATION AND FIXATION
OF NATURAL WATER SOURCES IN CHILE.
THE LIMIT BETWEEN A NATIONAL ASSET
FOR PUBLIC USE AND THE PRIVATE PROPERTY

*Alejandra Cabrera Pacheco**

Resumen

En el presente trabajo determinaremos cuáles son las normas jurídicas que, en nuestro país, regulan los cauces naturales como bienes nacionales de uso público, en cuanto a su relación con las propiedades riberanas. Analizaremos el modo en que la jurisprudencia y los órganos de la Administración han enfrentado y resuelto los conflictos que se presentan entre ambos tipos de propiedad, precisando si estas soluciones han sido correctas. Finalizaremos con las correspondientes conclusiones.

Palabras clave: cauces naturales, propiedad riberana, accesión, delimitación.

Abstract

In this paper, we determinate the legal rules governing our country in natural channels as national assets for public use in terms of their relationship with riparian properties. We will analyze how the jurisprudence and administrative bodies have faced and solved conflicts that arise in between the two types of property, specifying if these solutions have been correct. We finish with the relevant conclusions.

Keywords: natural channel, riparian property, accession, delimitation.

* Abogada, Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Magister en Derecho Ambiental de la Universidad del Desarrollo. Artículo recibido el 26 de octubre de 2017 y aceptado para su publicación el 1 de marzo de 2018. Correo: acabrera@manquehue.net.

Introducción

En Chile, entre los años 2000 y 2002, se presentaron algunos recursos de protección ante los tribunales de justicia, que solicitaban el amparo de los derechos de propietarios ribeños, a cauces naturales. Todo ello generó alguna inquietud en la doctrina para, luego, caer en el olvido.

No obstante, los conflictos en relación con los cauces han seguido presentándose y las soluciones dadas no siempre cumplen con una adecuada individualización de las normas aplicables y una correcta fijación de su sentido y alcance. Esta situación refleja una falta de entendimiento de la genuina relación jurídica existente entre estos bienes nacionales de uso público y la propiedad ribeña, cuestión que intentaremos dilucidar.

Para ello, determinaremos y analizaremos las normas que regulan la relación entre los dos bienes mencionados, tanto desde la visión del Derecho Público como desde la tradicional visión del *Código Civil* y el Derecho Privado en general. Luego, estudiaremos en detalle jurisprudencia de la Corte Suprema y de la Contraloría General de la República.

Es necesario precisar que nuestro trabajo se limita a la relación entre la propiedad privada ribeña y el cauce natural de uso público desde el punto de vista del dominio del suelo y la línea que los divide, cuestión no por ello menos importante, ya que puede tener implicancias no solo en materias de construcción sino, también, en derechos de agua, servidumbres con fines energéticos y ambiente.

Para finalizar, ofrecemos las pertinentes conclusiones.

I. La relación jurídica entre los cauces naturales y la propiedad ribeña.

Un caso de dominio público versus propiedad privada

Nuestro trabajo versa sobre la relación entre dos clases de bienes: los cauces, que constituyen bienes nacionales de uso público, y las propiedades ribeñas que son, por regla general, propiedad privada, aunque también, eventualmente, pueden tener la calidad de bien nacional. A continuación, ofrecemos una reseña introductoria.

El artículo 19 N° 23 de la Constitución Política consagra la posibilidad jurídica que tiene toda persona de adquirir y ser titular del derecho de propiedad sobre bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporeales, protegiendo a las personas de aquellos actos de poderes públicos que de modo arbitrario o contrario al ordenamiento jurídico establezcan

prohibiciones de acceso a la propiedad de bienes lícitos, de acuerdo con los modos de adquirir que establezca la ley¹. Lo descrito corresponde al denominado “derecho a la propiedad” y constituye la regla general en cuanto a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, salvo las excepciones expresamente contempladas en la misma disposición constitucional².

Ahora bien, la Constitución contempla tres excepciones, taxativas y de derecho estricto, a la libre apropiación por las personas:

- a) Aquellos bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres.
- b) Los bienes que deban pertenecer a la nación toda y la ley lo declare así.
- c) Los bienes exceptuados en otros preceptos de la Constitución³.

El primer caso mencionado es el de las cosas comunes, las que se encuentran reguladas en el artículo 585 del *Código Civil*⁴ y, en estricto rigor, son las únicas no susceptibles de dominio alguno⁵.

En los otros dos casos, esto es, en los bienes nacionales y los exceptuados expresamente por la Constitución, lo que existe es una excepción a la libre apropiabilidad privada, ya que los particulares no pueden ser sus dueños, pero sí puede serlo “La Nación toda”⁶.

En fin, lo que hace el artículo 19 N° 23 es establecer la denominada *summa divisio* entre la libre apropiabilidad privada y el dominio público.

¹ Humberto NOGUEIRA ALCALÁ, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, pp. 143-144.

² José Luis CEA EGAÑA, *Derecho Constitucional chileno*, p. 556.

³ En esta tercera excepción se encuentran las minas, los hidrocarburos, los canales de televisión, las aguas y las armas. Véase CEA, *op. cit.*, pp. 556-557.

⁴ Véase, Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De los Bienes I*, pp. 151-154. Ejemplos de estos bienes son el aire como elemento respirable, la altamar y el espacio exterior. Véase Ángela VIVANCO MARTÍNEZ, *Curso de Derecho Constitucional. Bases conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, pp. 228-229. Entre las cosas comunes están los espacios internacionales declarados patrimonio común de la humanidad, como la altamar y el espacio extraatmosférico ya mencionados, los grandes fondos marinos y la Antártica. Su carácter limitado y susceptibilidad de agotamiento y deterioro hacen que el Derecho tienda a limitar y controlar su utilización.

⁵ CEA, *op. cit.* p. 556.

⁶ Para un análisis crítico de la titularidad del dominio público, véase Fernando ATRIA y Constanza SALGADO, *La propiedad, el dominio público y el régimen de las aguas en Chile*, p. 36 y ss. Estos autores consideran que la reserva de bienes o *publicatio* no constituye una excepción a la libre apropiabilidad, una “antigarantía” o restricción, sino que debe entenderse como una necesidad de que ciertos bienes cumplan una función pública. La protección se limitaría solo a los bienes que “no deban pertenecer a la nación toda”.

Por su parte, el artículo 19 N° 24 de la Carta Magna establece una reserva exclusiva a favor del legislador en materia de propiedad, la que apunta no solo a las facultades del dominio sino, también, al establecimiento de los modos de adquirirlo. Esta norma resulta importante en nuestro estudio debido a que profundizaremos precisamente en un modo de adquirir el dominio.

El Tribunal Constitucional ha expresado que en el dominio público es indispensable la intervención del legislador. La Constitución regula algunas materias, pero en general, entrega esta tarea a la ley común. Es la denominada reserva o *publicatio*. La incorporación de los bienes al dominio público no se presume, más aún, requiere de acto expreso. Si la reserva corresponde a una categoría de bienes, se puede hacer mediante precepto legal general, y en la medida que los bienes respectivos cumplan con las características físicas definidas, se entienden incluidos⁷.

Lo descrito aplica a los cauces naturales, los cuales tal como lo veremos más adelante y según cumplan con las características físicas que indica el legislador en el *Código de Aguas*, serán bienes nacionales de uso público.

Respecto a la *publicatio*, el Tribunal Constitucional manifiesta que ella produce una vinculación real del bien afectado con una finalidad que el legislador determina, modificando su estatus y sometiéndolo al derecho público. Por ello, los particulares no pueden alcanzar dichos bienes mediante normas de Derecho Privado⁸.

Tal es el caso de los objetivos a que están destinados los cauces naturales, que solo pueden cumplirse si tienen el carácter de bien nacional de uso público. Como ejemplo, podemos mencionar: contener y movilizar las aguas, contribuir a la mantención y protección del ambiente y, en especial, la flora y fauna que depende de ellos, entre otras cosas.

Así, la *publicatio* permite el máximo aprovechamiento posible, respetando el bien y su destino primordial. Por ello la Administración se reserva potestades para salvaguardar la función pública, expresada en el uso eficiente del bien⁹.

En Chile, el enfoque predominante en cuanto al dominio público ha sido la denominada teoría tradicional o clásica, cuyo principal referente es Luis Claro Solar y que es seguida por la mayoría de los autores chilenos¹⁰.

⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), rol 1281, 14 de agosto de 2009, considerando trigésimo cuarto, párrafos primero y segundo.

⁸ *Op. cit.*, párrafo tercero.

⁹ *Op. cit.*, párrafo cuarto.

¹⁰ Autores que adhieren a esta teoría son, por ejemplo, Arturo Alessandri, Manuel Somarriva, Guillermo Varas, Ernesto Merino, Manuel Jara Cristi y Enrique Silva Cimma.

Según esta opinión, el dominio público corresponde a los bienes nacionales de uso público y los bienes fiscales o del Estado son de dominio privado. La distinción entre ambos se centra, principalmente, en el atributo de intransferibilidad de los primeros y que es, en efecto, el más relevante para el Derecho Privado¹¹.

La teoría clásica, según Santiago Montt Oyarzún, asimila los bienes nacionales de uso público al dominio público del Estado, y los bienes fiscales a su dominio privado, cuestión que critica de modo enérgico, entre otras cosas, debido a que la teoría tradicional se ha visto superada por el Derecho Administrativo actual. Este es hoy el Derecho Estatutario de la Administración y rige, por regla general, las situaciones en que ella actúa como *potentior personae*.

Además, indica el autor, sería una teoría inconstitucional, ya que los bienes que deben pertenecer a la nación estarían constituidos no solo por los nacionales de uso público sino por todos los que el Estado requiere para cumplir sus cometidos, los que incluirían, también, bienes fiscales afectos a servicios públicos¹².

En definitiva, la discusión doctrinaria se ha dado más bien en el ámbito de los bienes fiscales. En relación con los bienes nacionales de uso público, consideramos que, sea que se acepte la teoría tradicional de corte patrimonialista o las más modernas, basadas en la afectación al uso público o a un servicio público, en definitiva, lo que prima es que es el legislador quien determina, por regla general, cuáles bienes son nacionales de uso público, las características que deben cumplir para ser tales y las normas que los regulan.

Es más, los bienes nacionales de uso público no se encuentran inscritos ni requieren inscripción en los registros de propiedad de los Conservadores de Bienes Raíces a nombre del Estado.

Es necesario tener en mente todo lo expuesto, pues a propósito de los cauces naturales se genera, en principio, una suerte de zona intermedia de difícil precisión dogmática.

Durante la década de 1950, nacen las primeras opiniones que comienzan a proponer categorías nuevas para el análisis de los bienes fiscales, como son Patricio Aylwin Azócar y Jorge Reyes Riveros. Véase Santiago MONTT OYARZÚN, *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*, pp. 241-247.

¹¹ Al respecto y para más información véase CLARO, *Explicaciones...*, *De los bienes I*, *op. cit.*, pp. 151-162.

¹² MONTT, *op. cit.*, pp. 253-255.

II. Regulación de los cauces en Chile como una categoría de Bienes Nacionales: entre el Código Civil y el Código de Aguas

Resulta medianamente claro que en la materia que tratamos concurren dos áreas del Derecho en histórica rivalidad, lo que podría hacer resurgir la discusión acerca de la supletoriedad del Derecho Civil con respecto al Derecho Administrativo y lo adecuado o inadecuado que ello puede resultar.

Por un lado, Juan Carlos Ferrada Bórquez expresa que, en principio, el *Código Civil* es un ordenamiento inadecuado para regular las relaciones jurídico-públicas, ya que los presupuestos en que descansa y los fines que persigue son diametralmente distintos a los previstos en el ámbito administrativo. El autor considera imposible tanto una traslación inmediata de las normas privadas al área pública como la aplicación de una regla de supletoriedad general¹³.

El ya citado Santiago Montt indica que el Derecho Privado se admite en la regulación de algunos bienes nacionales solo por lo irrazonable que resulta extender el régimen del dominio público a todos los bienes que usa la Administración. De hecho, muchas veces, y de modo paradójico, resulta más adecuada y correcta la gestión del patrimonio público recurriendo al Derecho Privado, pues permite una mejor definición de la relación del Estado con algunos de los bienes de su patrimonio, en especial de aquellos denominados fiscales¹⁴.

Por su parte, Alejandro Vergara Blanco manifiesta que las normas y la disciplina civil forman parte del Derecho Privado, y las normas y la disciplina del Derecho Administrativo forman parte del Derecho Público, biparticiones que contraponen bases y principios. Por ello, precisa, y salvo que el legislador haga directamente aplicable las normas de distintos sectores, el intérprete puede originar distorsiones en las bases y principios de una institución si arrastra normas de sectores contrapuestos del Derecho¹⁵.

¹³ Juan Carlos FERRADA BÓRQUEZ, “Los principios estructurales del Derecho Administrativo chileno: un análisis comparativo”, p. 116.

¹⁴ MONTT, *op. cit.*, pp. 247-255. Pero la regulación de tales bienes exige la mantención del núcleo básico del Derecho Administrativo y la protección de los derechos fundamentales; y no perder de vista que el Estado está al servicio de la persona humana y su meta es el bien común, para lo cual le resultan indispensables, esenciales e insustituibles ciertos bienes, los que indiscutiblemente pertenecen a la nación toda. Véase MONTT, *op. cit.*, p. 255. En referencia a esta última cuestión, Luis Claro Solar indica que el legislador reconoce que, para alcanzar el común bienestar y el progreso social, es necesario que el Estado tenga un patrimonio propio. Véase CLARO, *Explicaciones... De los bienes I, op. cit.*, p. 158.

¹⁵ Alejandro VERGARA BLANCO, *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho Común”*, pp. 43-46.

Los autores citados concuerdan en que, como regla general, el Derecho Privado no resulta idóneo en materias propias del Derecho Público, pero todos ellos hacen alguna precisión. La más relevante para nuestro trabajo surge de las palabras de Alejandro Vergara, quien manifiesta que excepcionalmente se puede aplicar el Derecho Privado cuando el legislador así lo prescribe.

Esta última opinión resulta trascendental respecto de los cauces naturales, ya que, como veremos, el legislador se remite de modo expreso desde el Derecho Público al Privado en dos instituciones: la accesión de suelo y la demarcación.

1. REMISIÓN DEL CÓDIGO DE AGUAS AL CÓDIGO CIVIL: LA ACCESIÓN DE SUELO

Tanto el *Código Civil* como el *Código de Aguas* entregan conceptos de cauce. El *Código* de Andrés Bello en su artículo 650 inciso segundo expresa:

“El suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas, forma parte de la ribera o del cauce, y no accede mientras tanto a las heredades riberanas”.

Por su parte, el artículo 30 del *Código de Aguas* indica:

“Álveo o cauce natural de una corriente de uso público es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas”.

En nuestro ordenamiento jurídico, el legislador también define los conceptos de bienes nacionales y bienes nacionales de uso público. Sin embargo, el *Código Civil* no incluye entre los últimos a los cauces naturales, limitándose a indicar en su artículo 650 que el suelo que forma parte de ellos, mientras sea tal, no accede a las propiedades riberanas¹⁶.

Es el artículo 30 inciso segundo del *Código de Aguas* el que prescribe que el suelo que constituye cauce es de dominio público, confirmando lo que expresa el *Código Civil*: no accede a las propiedades riberanas.

La Contraloría General de la República ratificó lo anterior en el dictamen N° 50.157 “Sobre entidad competente para determinar que un

¹⁶Téngase presente lo preceptuado en el artículo 35 del *Código de Aguas*, que expresa: “Álveo o lecho de lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas, es el suelo que ellas ocupan en su mayor altura ordinaria. Este suelo es de dominio privado, salvo cuando se trate de lagos navegables por buques de más de cien toneladas. Es aplicable a estos álveos lo dispuesto en el artículo anterior”.

cauce natural tiene el carácter de bien nacional de uso público” de fecha 7 de noviembre de 2007, expresando: “...es el legislador quien determina que por regla general un cauce natural tiene el carácter de bien nacional de uso público...”.

Es importante tener en mente que ambas normas legales mencionan la adquisición de suelo como modo de adquirir el dominio con una finalidad que en principio no resulta clara.

Siendo manifiesto que los cauces son bienes nacionales de uso público y que su regulación es mixta, la realidad nos presenta un problema atendida la dinámica de estos bienes. Ante las fluctuaciones de los cauces, ¿cuándo y cómo se determina lo que es cauce y lo que constituye inmueble riberano? Y ¿cómo se fijan los límites entre ambos bienes?

El artículo 34 del *Código de Aguas* indica con claridad, que en los casos de accesiones de suelo se estará a lo dispuesto en el *Código Civil*, y es justamente la institución de la adquisición de suelo como modo de adquirir el dominio la que regula esta relación que se encuentra en permanente mutación. A través de ella, se determina la naturaleza jurídica del suelo, esto es, si se trata de propiedad privada o bien nacional de uso público cauce¹⁷.

Esta relación es constante y dinámica, es decir, está sujeta a un permanente cambio natural regulado de forma expresa en la ley mediante los distintos tipos de adquisición de inmuebles: aluvión, avulsión, mutación del álveo, división de un río en dos brazos que no vuelven a juntarse y nuevas islas.

Si se cumplen los requisitos de la adquisición de suelo, lo que en un momento es propiedad privada al siguiente puede convertirse en cauce, esto es, en un bien nacional de uso público. Del mismo modo, el suelo, que es cauce, puede perder su calidad de tal y pasar a ser parte del inmueble riberano¹⁸.

¹⁷ El modo de adquirir el dominio denominado adquisición se encuentra definido en el artículo 643 del *Código Civil* y regulado en el artículo 644 y siguientes del mismo *Código*. El párrafo segundo del título V del libro II del *Código* de Andrés Bello, denominado “De las accesiones de suelo”, artículos 649 a 656, establece la adquisición entre predios, también llamada por la doctrina “adquisición de bienes inmuebles” o adquisición de inmueble a inmueble o natural”. Arturo ALESSANDRI, Manuel SOMARRIVA y Antonio VODANOVIC, *Tratado de derechos reales. Bienes*, p. 176 y ss.

¹⁸ José P. Vergara Bezanilla indica lo siguiente “Los ríos son dinámicos y la corriente de las aguas es fluctuante. En sus creces y bajas periódicas ocupan y desocupan alternativamente el suelo del cauce, sin que por ello éste pierda su condición de tal, lo que vale tratándose de corrientes discontinuas (artículo 31 del *Código de Aguas*), esto es, que se interrumpan o fluyan intermitentemente. No obstante, cuando en forma lenta e imperceptible las aguas se han retirado provocando un aumento de las riberas, se presenta el fenómeno del aluvión (artículo 649 del *Código Civil*)”. José Pablo VERGARA BEZANILLA, “Notas sobre el aluvión en el dominio fluvial”, p. 134.

En el caso del aluvión, la doctrina clásica chilena concuerda en que se trata de una institución que constituye una compensación natural al riberano por el daño que sufre o puede sufrir debido a la invasión de las aguas en sus tierras o a la destrucción o cambios que experimentan las riberas con el movimiento de las aguas. Se trata, entonces, de una retribución por el riesgo que corren por el hecho de ser colindantes con el agua¹⁹.

El aluvión permite adquirir el suelo de modo lento e imperceptible y solo cuando las aguas se hayan retirado definitivamente, ya que el suelo que el agua ocupa y desocupa en forma alternativa en las creces y bajas periódicas, constituye cauce. Por lo demás, el aluvión nunca puede tener origen en obras que alteren de forma artificial el curso del río, como rellenos o escombros que se arrojan al cauce u obras de ingeniería²⁰. Así lo ha fallado nuestra jurisprudencia²¹.

Las demás clases de accesión de suelo suelen producirse de modo más perceptible, en algunos casos, incluso, violento²².

De la lectura de los artículos pertinentes a la accesión de suelo, se desprende con certeza que debe tratarse de causas naturales, que sean apreciables a la vista del observador y que constituyan modificaciones definitivas del cauce. De no ser así, el agua volverá a escurrir por el mismo suelo que lo hacía antes, no perdiendo, entonces, cada bien su calidad original de nacional de uso público o propiedad privada riberano, respectivamente.

La exclusividad de la aplicación de la accesión de suelo, como modo de adquirir el dominio en materia de cauces naturales, queda clara en palabras de Gonzalo Vial Correa, quien el año 2004 expresaba lo siguiente

¹⁹ Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De los Bienes II*, pp. 136-137; ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *op. cit.*, p. 177. En la misma línea cautelar de la propiedad aledaña a los cauces, el *Código Civil* entrega a los propietarios riberanos en el artículo 654 –que regula la mutación del álveo– la facultad de hacer, con permiso de autoridad competente, las obras necesarias para restituir las aguas al cauce acostumbrado. Constituye, como es posible apreciar, una forma de proteger la propiedad inmueble de los cambios que sufra el cauce. Su ejercicio impedirá que, en definitiva, se cumplan los requisitos de la accesión como modo de adquirir el dominio. Esta facultad procederá en aquellos casos de modificaciones del álveo más violentas y claramente identificables, y donde no existan obras de ingeniería que mantengan el cauce en su lugar o cuando ellas sean destruidas por la fuerza de las aguas.

²⁰ VERGARA BEZANILLA, *op. cit.*, p. 136.

²¹ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO (2008), “Inmobiliaria Los Cóndores S.A. con Fisco de Chile”, rol 11.960-2004, 10 de diciembre de 2008.

²² Consideremos la particular situación de nuestro país debido al desnivel entre la cordillera y el mar, lo que hace que los cambios en los ríos sean, a veces, en especial desastrosos. Luis CLARO SOLAR, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado. De los bienes*, tomo II, p. 137.

en torno a la controversia judicial que se suscitó unos años antes respecto al cauce del río Mapocho:

“Si no cabe constituir propiedad privada sobre el cauce del Mapocho, ni aún por prescripción, es claro que la sola inscripción o cadena de inscripciones de dominio particular, aunque sea muy extendida en el tiempo, no ha podido ni puede hacer cesar, en ningún momento, el dominio público sobre dicho cauce, ni sobre ninguna parte de él, ni ser antecedente confirmatorio de un correlativo dominio privado”²³.

Esto tiene especial importancia y fundamento legal en los artículos 724, 728 y 2498 del *Código Civil*.

El cauce, como bien nacional de uso público, no puede ser adquirido por prescripción por el propietario riberano debido a lo preceptuado en el artículo 2498 del *Código* de Andrés Bello: el cauce es un bien que está fuera del comercio humano²⁴ y, a su vez, la propiedad ribेरana no puede adquirirse por prescripción por el Estado, ya que no procede prescripción adquisitiva contra inmuebles inscritos, tal como lo indican los artículos 724 y 728 de la misma norma legal.

La posesión inscrita solo cesa si la inscripción se cancela sea por voluntad de las partes o por una nueva inscripción en el Conservador de Bienes Raíces, en que el poseedor inscrito transfiere su derecho, o por sentencia judicial. En el caso de los cauces, solo una sentencia judicial puede *reconocer* la existencia de accesión de suelo, modificando los títulos de dominio y, como consecuencia, la superficie o cabida de los bienes involucrados.

En estricto rigor, la relación entre el cauce y la propiedad ribेरana solo está sometida a las normas de la accesión de suelo. Tal como lo mencionamos, la relación es dinámica y la única vía razonable de regulación es mediante este modo de adquirir que es, así manifestado por Andrés Bello en el artículo 703 del *Código Civil*, el justo título constitutivo de dominio.

Ello implica tener en mente que la accesión como modo de adquirir el dominio es de carácter originario y que el hecho de ser constitutivo de

²³ Gonzalo VIAL CORREA, “Controversia judicial sobre el río Mapocho”, p. 121 y ss.

²⁴ El TCC expresa que el dominio público es un ámbito exento de propiedad privada. Esta última resulta ser un límite al dominio público y el artículo 19 N° 23 es un claro indicio de la preferencia del constituyente por la propiedad privada frente al dominio público. Este órgano del Estado manifiesta que la técnica demanial impone contornos negativos a la propiedad privada. Lo bienes nacionales están sujetos a un régimen jurídico especial y entregados para su tuición, conservación y cuidado a distintas autoridades. Su uso privativo por particulares es excepcional y sobre ellos no cabe prescripción, ya que son inapropiables. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL (2008), rol 1281, 14 de agosto de 2009.

dominio implica que por sí solo sirve para constituirlo²⁵, o sea, es título y modo.

En definitiva, solo en un caso cabe constituir propiedad privada sobre el cauce, y es cuando deja de ser tal, siempre aplicando las normas de la accesión como modo de adquirir. Ello acarrea en consecuencia, que la sentencia judicial que se dicte en el juicio ordinario donde se conozcan controversias sobre esta materia, será meramente declarativa, esto es, se limitará a reconocer la existencia de una situación ya constituida mediante el modo de adquirir el dominio.

2. ACCIONES REIVINDICATORIAS EN MATERIA DE CAUCES NATURALES.

LA ACERTADA APLICACIÓN DE LA ACCESIÓN DE SUELO EN MATERIA DE CAUCES

En cuanto a la jurisprudencia dictada por los tribunales superiores de justicia, en materia de acciones ordinarias ejercidas por propietarios riberaños contra el fisco de Chile, la tendencia es manifiesta. Los tribunales han identificado claramente las normas aplicables y las han interpretado de forma correcta.

En los dos casos que veremos, las acciones han sido desestimadas, a nuestro parecer en forma acertada.

El año 1998 en “Inmobiliaria Los Cóndores S.A con Fisco de Chile”²⁶, se dedujo demanda en juicio ordinario de reivindicación, solicitando que se declare que el fisco debe devolver la posesión de un lote de terreno ubicado en la ribera del río Mapocho, el cual había adquirido ese mismo año por compraventa.

En el año 1995, la Municipalidad de Lo Barnechea denunció al secretario regional ministerial de Bienes Nacionales que el terreno riberaño tenía la calidad de inmueble sin dueño, por lo que fueron inscritos a nombre del fisco.

Según expresa la parte demandante, los terrenos en cuestión serían parte de su inmueble principal riberaño al río, invocando la accesión como fuente del dominio.

El fisco solicita el rechazo de la demanda, indicando que la extensión de terreno que reivindica la demandante corresponde a terrenos generados por rellenos llevados a cabo durante la década del sesenta del pasado siglo

²⁵ CLARO, *Explicaciones...*, *De los bienes I*, *op. cit.*, p. 445.

²⁶ 18º JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO (2008), “Inmobiliaria Los Cóndores S.A con Fisco de Chile”, rol C-3524-1998, confirmada por la CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 11.960-2004, 10 de diciembre de 2008.

por acción humana y no a suelo producto de aluvión y que el Estado ha tenido la posesión de esa zona desde el año 1979.

El tribunal de primera instancia rechazó la demanda, sentencia que es confirmada por la Corte de Apelaciones, indicando que era el actor quien debía acreditar los fundamentos de su acción en cuanto a que su propiedad ha experimentado crecimiento en su extensión y cabida, producto del aumento de la ribera del río.

El tribunal, sobre la base de informe pericial, concluyó que no ha existido aluvión, sino material árido aportado por el río sobre el cual, durante años, se depositó de forma ilegal basura, y luego material de excavaciones.

A nuestro entender, esta decisión concuerda plenamente con lo sostenido por la doctrina en cuanto a que el aluvión debe tener origen natural y nunca puede ser obra del hombre. Por lo tanto, los terrenos ganados de modo artificial al río, no acceden a las heredades ribejanas.

Por lo demás, el terreno que se pretendía reivindicar no corresponde, a nuestro juicio, a un bien nacional de uso público, sino a un inmueble fiscal, inscrito a nombre del fisco.

El año 2008, en el caso “Sociedad Turística Los Saltos S.A. con Corporación Nacional Forestal y Protección de Recursos Naturales y Fisco”²⁷, se ejerció una nueva acción reivindicatoria, esta vez, por terrenos que deslindaban con el río Petrohué.

La demandante sostenía que su predio tenía como deslinde oriente el río antes mencionado, en la zona donde se encuentran los denominados Saltos del Petrohué. En esta parte, el río tiene dos brazos que se separan y luego vuelven a unirse, dejando una zona en seco. Según la demandante, el límite oriente de su propiedad era el brazo principal del río, el cual llevaba agua durante todo el año. El brazo menor, que al secarse en algunos periodos dejaba un terreno expuesto, de una superficie aproximada de cincuenta hectáreas, era parte de su predio.

La Corte Suprema rechaza los recursos interpuestos y con ello la demanda, considerando que los jueces de la instancia fallaron adecuadamente al aplicar las normas civiles. Por esta vía determinaron que ambos brazos corresponden al mismo río Petrohué y, por lo tanto, no pertenecen a la demandante ni ha podido adquirirlos por accesión de suelo, ya que el curso de agua puede suspenderse en ciertos periodos del año sin afectar la identidad de una misma corriente y, además, se trata de un brazo que se separa y luego vuelve a juntarse. Ello resulta concordante con las especiales

²⁷ CORTE SUPREMA (2008), “Sociedad Turística Los Saltos S.A. con Corporación Nacional Forestal y Protección de Recursos Naturales y Fisco”, rol 3698-2007, 19 de diciembre de 2008.

características topográficas de la geografía chilena, en especial en zonas montañosas, de deshielos y grandes diferencias climáticas²⁸.

En estricto rigor, lo que la Corte Suprema hace es una aplicación rigurosa de las normas civiles sobre accesión de suelo y, en especial, el artículo 655 del *Código Civil*, que regula el caso de un río que se divide en dos brazos. Si los brazos no vuelven a juntarse, los terrenos que quedan en seco permanentemente acceden a las propiedades ribe-ranas. Por el contrario, y como sucede en el caso en estudio, si los brazos vuelven a juntarse, no se produce accesión a favor de los predios ribe-ranos, constituyendo ambos brazos del río parte del cauce.

Estimamos que esta sentencia es no solo clara y correcta sino que, además, sienta un precedente indispensable en materia de accesión de suelo, ciñéndose con fidelidad a las normas civiles que regulan la relación entre el cauce natural y los inmuebles ribe-ranos, tal como ya lo analizamos.

3. NORMAS REGLAMENTARIAS

PARA LA FIJACIÓN DEL LÍMITE DEL CAUCE NATURAL:

DECRETO SUPREMO N° 609 Y SU REMISIÓN A LA DEMARCACIÓN

Una segunda clase de normas, ahora aplicables a la fijación del límite, la línea divisoria entre el cauce como bien nacional de uso público y la propiedad ribe-rana, es una regulación de carácter administrativo y específica para esta tarea.

El decreto supremo N° 609²⁹, publicado el año 1979 en el *Diario Oficial*, es la norma reglamentaria que regula la delimitación de los cauces con los inmuebles ribe-ranos, estableciendo con este fin un procedimiento de carácter administrativo.

Esta norma indica en su letra A, número 3) que es el Ministerio de Bienes Nacionales el encargado de *fijar* administrativamente los deslindes de los ríos, lagos y esteros mediante decreto supremo de esta repartición pública. Es posible apreciar que la tarea corresponde en forma expresa al Ministerio mencionado, cuestión que conviene tener presente, pues no es la regla en materia de demarcación entre bienes raíces, tal como lo veremos más adelante.

La fijación del deslinde se puede llevar a cabo de oficio por el Ministerio de Bienes Nacionales "...cuando las circunstancias así lo exigieren..."

²⁸ CORTE SUPREMA (2008), "Sociedad Turística Los Saltos S.A. con Corporación Nacional Forestal y Protección de Recursos Naturales y Fisco", rol 3698-2007, 19 de diciembre 2008, considerando N° décimo séptimo.

²⁹ El decreto supremo N° 609 se titula: "Deroga Decreto N° 1.204, de 1947, y fija normas para establecer deslindes propietarios ribe-ranos con el bien nacional de uso público por las riberas de los ríos, lagos y esteros".

o a petición del propietario riberano respectivo, en ejercicio del derecho a la demarcación regulado en el artículo 842 del *Código Civil*³⁰. Se produce aquí una nueva y nítida remisión desde normas reglamentarias a una institución de naturaleza civil.

En el caso “Tagle con Dirección General de Aguas”³¹, se interpuso recurso de reclamación por una propietaria riberana al río Mapocho en la comuna de Padre Hurtado contra la Dirección General de Aguas, la cual había emitido una resolución obligándola a retirar rellenos llevados a cabo en la ribera del cauce.

El organismo público mencionado se defendió expresando que la reclamante no había dado cumplimiento al decreto supremo N° 609, el cual indica que la única persona que puede solicitar la delimitación es la propietaria; que la mayor parte de las cuencas(sic)³² del territorio nacional no están deslindadas y que es responsabilidad de los dueños solicitarlo.

La Segunda Sala de la Corte Suprema denegó el recurso de casación en el fondo interpuesto por el organismo público, indicando que la aludida “vertiente” (sic)³³ no tiene fronteras fijadas ni siquiera en un procedimiento administrativo.

³⁰ El *Código Civil* no define la demarcación. La doctrina la define como “...un conjunto de operaciones que tiene por objeto fijar la línea de separación de dos predios colindantes de distintos dueños, y señalarla por medio de signos materiales”. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *op. cit.*, p. 194. Esta facultad se ejerce a través de la acción de demarcación, acción civil conocida y fallada por la justicia ordinaria y que se aplica solo en caso de no existir disputa entre los dueños de los predios; de lo contrario la acción que corresponde entablarse es una reivindicatoria o una posesoria, según sea el caso. Rodrigo BARCIA LEHMANN, *Lecciones de Derecho Civil chileno. De los bienes*, pp. 190-191. Arturo Alessandri, Manuel Somarriva y Antonio Vodanovic, citan jurisprudencia de la Corte Suprema de 28 de marzo de 1955. La Corte Suprema manifiesta que debe concluirse que se trata de una gestión judicial encaminada a la conservación de la cosa, ya que el fallo solo tiene alcance declarativo de derechos preexistentes y no constituye un nuevo título a favor o beneficio de ninguno de los litigantes. Esta última aseveración resulta fundamental en materia de cauces. ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *op. cit.*, tomo II, pp. 194-195.

³¹ CORTE SUPREMA (2001), “Tagle, Magdalena Sofía con Dirección General de Aguas”, rol 473-09, 16 de junio de 2001.

³² Cuenca no es lo mismo que cauce. La primera se encuentra definida por la Real Academia de la Lengua Española del modo que sigue: “Territorio rodeado de alturas. Territorio cuyas aguas afluyen todas a un mismo río, lago o mar”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, p. 685.

³³ Vertiente es un conjunto de cuencas cuyas aguas van a desembocar a un mismo mar u océano. Geomorfológicamente corresponde a lo que se denomina vertiente hidrográfica. Disponible en www.catedu.es/geografos/images/Documentos/recursos_hidricos_2011_wiki.pdf [fecha de consulta: 12 de marzo de 2017]. Desde este punto de vista, Chile posee solo una vertiente hidrográfica, la vertiente Pacífica. Otro sentido en que puede usarse el término ‘vertiente’ es como escape de aguas subterráneas hacia la superficie. Disponible en <http://significado.net/vertiente/> [fecha de consulta: 12 de marzo de 2017].

Como es posible apreciar, tanto la Corte como la Dirección General de Aguas no solo utilizan sin acierto el lenguaje técnico sino que, además, interpretan de modo absolutamente equivocado el decreto supremo N° 609.

Como vimos, la delimitación del cauce es un derecho basado en la demarcación y puede ser ejercido tanto por el propietario riberano como por el Ministerio de Bienes Nacionales, no siendo en absoluto responsabilidad exclusiva de los dueños de los inmuebles riberanos y menos una obligación. Esta situación no elimina, por supuesto, la conveniencia de su fijación o que el Ministerio lo haga, tal como indica la norma: "cuando las circunstancias así lo exigieren"³⁴.

En un recurso de protección del año 2002, la Corte Suprema vuelve a cometer el mismo error, al confirmar la sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, donde impide a la Dirección de Obras Hidráulicas de la X Región llevar a cabo acciones de mantención en el denominado estero Lobos³⁵.

Se consideró que lo principal era determinar si los actos se habían llevado a cabo en el cauce o en propiedad privada. Además, se manifiesta que no se está discutiendo la naturaleza del cauce, sino que en el lugar, y sobre la base de la inspección personal del tribunal, no había estero alguno y que, a mayor abundamiento, no se entendía la existencia de inscripción de dominio a favor de los recurrentes.

Nos parece bastante claro que la Corte confunde la situación, pues se trata de un procedimiento cautelar que no permite ahondar en materias propias de acciones ordinarias, que permitirían determinar la naturaleza del suelo. Además, dicta sentencia basado en una inspección personal, pasando por alto cualquier deferencia técnica hacia el órgano administrativo involucrado.

Finalmente, hace alusión a la inscripción registral de dominio particular, la cual no tiene relación con la existencia del cauce. Este bien nacional de uso público existe y es tal mientras se apegue al concepto de cauce entregado por el legislador. Entonces, y ante la duda, lo que correspondía era un juicio declarativo de lato conocimiento.

Por lo demás, y en referencia a los dos casos citados, los órganos administrativos con competencia en materia de cauces deben ejercer control sobre los cauces naturales, aunque sus deslindes no estén fijados, por el solo hecho de ser bienes nacionales de uso público. A nuestro juicio, su

³⁴ Pensamos que la fijación del deslinde en estas circunstancias es una facultad discrecional del Ministerio de Bienes Nacionales, ya que la norma no entrega criterios para tomar la decisión.

³⁵ CORTE SUPREMA (2002), "Agüero Vera, Evalterio con Director de Obras Hidráulicas X Región", rol 1813-2002, 24 de junio de 2002.

protección no puede quedar condicionada a la dictación de un acto administrativo, que se basa en el ejercicio de un derecho.

Continuando con el análisis del decreto supremo N° 609, entrega algunas normas para determinar los terrenos que constituyen cauce, aunque aclarando que ellas se usan “...sin perjuicio de las demás de orden técnico que deban aplicarse”³⁶. Las normas que entrega son:

- a) un concepto de lecho³⁷
- b) un concepto de cauce³⁸ y
- c) el concepto de creces extraordinarias³⁹.

Para cumplir con la tarea de fijación de deslindes, el Ministerio de Bienes Nacionales *oirá* previamente al Departamento de Defensas Fluviales de la Dirección General de Obras Públicas perteneciente al Ministerio de Obras Públicas. Este órgano emitirá al respecto un informe técnico con un plano de la zona e *indicará* en este documento el deslinde respectivo⁴⁰.

A este mismo respecto, la Contraloría General de la República en el dictamen N° 50.157, ya mencionado dijo

“...al Director General de Obras Públicas le compete indicar los deslindes de los cauces naturales con los particulares ribereños para los efectos de

³⁶ Estas normas denominadas “...demás normas técnicas que deban aplicarse...” presentan el inconveniente de que el legislador no indica cuáles son ni dónde se encuentran.

³⁷ El decreto supremo N° 609 hace sinónimas las palabras ‘lecho’ y ‘álveo’. “Se considerará lecho o álveo de río, lago o estero, la porción de tierra por la que permanentemente corren las aguas”. Por otro lado, el *Código de Aguas* hace sinónimas las palabras ‘cauce’ y ‘álveo’.

³⁸ El decreto supremo N° 609 indica: “Se considerará cauce de río, lago o estero la superficie que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces periódicas ordinarias”. Cabe consignar que esta definición es distinta a las que entregan el *Código Civil* y el *Código de Aguas*. Estas normas legales no aluden en ningún momento a “creces periódicas ordinarias”, sino a “creces y bajas periódicas”.

³⁹ El decreto supremo N° 609 expresa: “Se considerarán creces extraordinarias, aquellas de rara ocurrencia y que se deban a causas no comunes, producidas sin regularidad, durante períodos, en general, mayores de cinco años. Los terrenos ocupados y desocupados alternativamente en estas creces extraordinarias, no se considerarán cauce de ríos, lagos o esteros y, por tanto, pertenecen a los propietarios riberanos”. Como ya indicamos, el concepto usado por el legislador para definir el cauce son las crecidas periódicas. No habla de crecidas extraordinarias ni ordinarias. El reglamento introduce una distinción que el legislador no hace. Por lo demás, y si se desea obtener un concepto de crecidas ordinarias, debe interpretarse la norma reglamentaria aludida *a contrario sensu*.

⁴⁰ Respecto al valor del informe mencionado, véase el artículo 38 de la ley N° 19.880 sobre Bases de los Procedimientos Administrativos y Actos de la Administración, que establece, como regla general, que los informes son facultativos y no vinculantes, y cuando deben ser emitidos por otros órganos de la Administración, se puede continuar sin ellos si no han sido emitidos dentro de plazo. La norma permitiría, entonces, que el Ministerio de Bienes Nacionales fije el deslinde sin el informe de la Dirección General de Aguas.

la dictación por el Ministerio de Bienes Nacionales del decreto supremo correspondiente...”,

dejando así claramente determinada cuál es la labor que corresponde a cada uno de los órganos de la Administración involucrados.

Una vez fijado el deslinde por el Ministerio de Bienes Nacionales, este se mantiene en vigor durante la tramitación de un eventual reclamo⁴¹, constituyendo, a nuestro entender, uno de los motivos por los cuales resulta fundamental la protección del propietario riberano, ya que el Estado, basado en el decreto de fijación de deslindes, podría llevar a cabo tanto actos materiales como administrativos sobre ese suelo.

Nos parece errado que el decreto supremo N° 609 señale en su numeral 4, que provee normas para los efectos de “determinar cuáles son los terrenos que constituyen cauces”. Esto resulta contradictorio con el título mismo del decreto en cuestión y con la finalidad de fondo de la norma reglamentaria, que es establecer los deslindes entre las propiedades ribe-ranas y el cauce, esto es, fijar una línea divisoria, y en ningún caso determinar la naturaleza del suelo, cuestión que se lleva a cabo, tal como ya lo hemos dicho, mediante la aplicación de las normas civiles sobre accesión de suelo en juicio declarativo de lato conocimiento.

En lo referente a la impugnabilidad del decreto supremo de fijación de deslindes del cauce, la norma reglamentaria analizada dispone los recursos que proceden en su contra. Ellos son de dos clases: un recurso de reclamación⁴² ante la misma autoridad que dicta el acto administrativo mediante el cual se delimita el cauce y, enseguida, una vez vencido el plazo de sesenta días para su interposición, las acciones y recursos judiciales que correspondan. Entre estos últimos figuran como regla general, por ejemplo, la nulidad de derecho público, la acción reivindicatoria y la acción de protección constitucional⁴³.

⁴¹ El hecho de que el decreto que fija el deslinde se mantenga en vigor mientras se tramita su impugnación se encuentra en armonía con la presunción de legalidad de los actos administrativos establecida en el artículo 3, inciso 8° de la ley N° 19.880. Además, este decreto no se encuentra sujeto a toma de razón por la CGR. Para más información sobre esto último, véase Iván ARÓSTICA MALDONADO, “El trámite de Toma de Razón de los actos administrativos”, p. 152 y ss.

⁴² Pensamos que lo expresado en el decreto supremo N° 609 no excluye los demás recursos administrativos que se puedan interponer, entre otros, el recurso jerárquico, tal como lo preceptúa la ley N° 19.880: “Ley de Bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado”, la cual tiene, por lo demás, el carácter de supletoria de los procedimientos administrativos especiales.

⁴³ Vencido el plazo para reclamar administrativamente, el perjudicado solo puede interponer acciones judiciales. Así lo confirmó el Máximo Tribunal en sentencia de pro-

Por último, el decreto supremo N° 609 determina quién asume los costos que la fijación conlleva. Los propietarios riberaños pagan la mitad de los costos de fijación del deslinde, pero la totalidad de las obras fluviales de defensa. Se indica expresamente que el dueño del inmueble riberaño debe contribuir "...con los fondos necesarios para la construcción de las defensas...". Como el legislador no distingue si el propietario riberaño paga todo o parte de las obras de defensa, es factible entender que no cabe al intérprete distinguir, por lo que le corresponde pagar la totalidad del valor de esas construcciones.

Es indispensable no perder de vista que el fundamento de la delimitación de los cauces se encuentra en la demarcación civil. Si comparamos estas instituciones, ambas tienen el mismo efecto jurídico, esto es, son meramente declarativas y solo fijan una línea divisoria. Así lo dijo también la Contraloría General de la República en el dictamen N° 50.157, indicando en su penúltimo párrafo que los organismos públicos involucrados solo deben limitarse a constatar la existencia y características del cauce al momento de ejercer sus facultades.

No obstante, ambas instituciones difieren en algunos elementos que, a nuestro juicio, encuentran su origen en el área del ordenamiento jurídico donde cada una de ellas se ubica: la demarcación en el Derecho Privado y la delimitación de los cauces en el Derecho Público⁴⁴.

En la delimitación de los cauces las partes no están en posición de igualdad, ya que una de ellas, el Ministerio de Bienes Nacionales, es un órgano del Estado encargado del control superior de los bienes nacionales de uso público⁴⁵ y, a la vez, de fijar su deslinde⁴⁶.

tección, donde se acoge la acción interpuesta por propietarios riberaños al estero Puangue. En su considerando quinto, indica que el plazo para reclamar administrativamente es solo de sesenta días desde la publicación y que con posterioridad solo cabe ejercer acciones jurisdiccionales contra el acto administrativo en cuestión. CORTE SUPREMA, "Madrid Barros, Emilio y otros con Ministerio de Bienes Nacionales", rol 335-2001, 8 de febrero de 2001.

⁴⁴ Para un análisis más profundo de la institución civil de la Demarcación, véase CLARO, *Explicaciones...*, *De los bienes I, op. cit.*, p. 98 y ss. Véase, asimismo, ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *op. cit.*, tomo II, p. 194 y ss.

⁴⁵ Decreto ley N° 1939 del año 1977, que establece las normas sobre adquisición, administración y disposición de los bienes del Estado, expresa que el Ministerio de Bienes Nacionales ejerce el *control superior* de los bienes nacionales de uso público, sin perjuicio de la competencia que en esta materia se asigne por leyes especiales a otras entidades. Así, y como indica Jorge Bermúdez Soto, esta competencia del Ministerio de Bienes Nacionales resulta ser de carácter residual, ya que es sin perjuicio de las entregadas por leyes especiales a otros organismos sobre los mismos bienes, como a las municipalidades en el artículo 5° de la ley N° 18.675. Véase Jorge BERMÚDEZ SOTO, *Derecho administrativo general*, p. 562.

⁴⁶ El Ministerio de Bienes Nacionales actúa como juez y parte en esta materia, ya que, además de ejercer el control superior de los bienes nacionales de uso público cauces,

En el proceso de fijación de los deslindes de los cauces deben construirse obras de defensa necesarias para mantener el deslinde fijado, las cuales, para efectos de la delimitación, ocuparán el lugar que tienen los hitos en la demarcación civil.

Tanto la demarcación como la delimitación del cauce, una vez hechas, no pueden modificarse. Pero esta situación de inmutabilidad en el caso del cauce resulta ser solo la regla general, ya que existe en el mismo decreto supremo una excepción: cuando las riberas han sufrido modificaciones apreciables –a juicio del Departamento de Defensas Fluviales– y por causas naturales. Se desprende, entonces, que la delimitación de los cauces puede no resultar definitiva.

A pesar de las obras de defensa, estas pueden verse destruidas por avenidas, inundaciones u otras fuerzas violentas, lo que implicará llevar a cabo un nuevo procedimiento de delimitación y el levantamiento de estas construcciones.

La fijación del deslinde del cauce es, en este sentido, distinta a la demarcación regulada por el artículo 842 del *Código Civil*, la cual es permanente y definitiva. Esta última no puede ser cambiada por ninguno de los propietarios colindantes. Es más, su alteración se sanciona en lo civil y en lo penal⁴⁷.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES

EN TORNO A LA INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN DE LAS NORMAS CIVILES, DE AGUAS Y REGLAMENTARIAS

De lo expresado hasta ahora es posible sostener:

- a) Delimitación y demarcación son derechos. Si en el caso de la demarcación la titularidad es de los propietarios colindantes; en la delimitación, los titulares son tanto el propietario riberano como el Ministerio de Bienes Nacionales.
- b) La fijación del deslinde, al igual que la demarcación, es meramente declarativa. En ambos casos su fin es la fijación de una línea divisoria entre dos bienes inmuebles.
- c) Como todo acto administrativo, el decreto supremo de fijación de deslindes goza de eficacia temporal durante su impugnación.
- d) El decreto supremo que fija el deslinde de un cauce natural es, por regla general, inmutable. Su mantención dependerá de que

fija por sí mismo, mediante decreto supremo, el deslinde de estos, situación absolutamente distinta a la demarcación civil, donde son los tribunales ordinarios de justicia quienes conocen la acción de demarcación y fijan el deslinde entre inmuebles.

⁴⁷ Véanse los artículos 843 del *Código Civil* y 462 del *Código Penal*.

las condiciones que ameritaron su dictación se mantengan y no sean alteradas por causas naturales. Si esas condiciones cambian, se puede dictar un nuevo decreto de fijación de deslindes.

- e) Es el propietario riberano quien debe costear la construcción de las obras de defensa necesarias para mantener el deslinde fijado. En la demarcación, la colocación de los hitos es de cargo de todas las partes involucradas.

Cabe concluir, entonces, que en materia de cauces nos encontramos en presencia de tres situaciones jurídicas distintas.

La primera se refiere a que la *determinación general* del suelo que constituye cauce es tarea única y exclusiva del legislador mediante las normas civiles sobre adquisición de suelo y aquellas sobre los cauces que entrega el *Código de Aguas*. La segunda, a que la *determinación especial* del suelo, que constituye cauce en cada caso concreto de que se trate, corresponde a los tribunales de justicia en juicio ordinario de pleno conocimiento, aplicando las normas sobre adquisición de suelo. La tercera y última, a que la *delimitación*, esto es, la fijación de la línea divisoria entre el cauce y la propiedad riberano es regulada por el decreto supremo N° 609 y se lleva a cabo mediante la dictación de un acto administrativo por Ministerio de Bienes Nacionales.

III. Acciones de protección contra decretos supremos que fijan deslindes de cauces naturales

El segundo tipo de acciones importantes que se ha incoado contra decretos de fijación de deslindes de cauces naturales fueron recursos de protección, a principios del año 2000.

En cuanto al fondo de las cuestiones ventiladas en dicha sede, la Corte Suprema manifestó distintas opiniones con poco tiempo de diferencia, rechazando y acogiendo casos análogos en menos de un año.

Además, la máxima magistratura no se expresó de modo completamente claro respecto a la naturaleza y efectos del acto administrativo que fija el deslinde del cauce. Esto es así en especial en los casos de actos materiales de la Administración llevados a cabo en ejercicio de sus facultades de control superior sobre los cauces.

En la época mencionada, se presentaron algunos recursos de protección por propietarios riberanos al río Mapocho, contra decretos de fijación de deslindes dictados por el Ministerio de Bienes Nacionales en tramos del río ubicados en la zona oriente de Santiago.

Estas acciones cautelares se interpusieron juntamente con recursos administrativos, lo que provocó importantes problemas⁴⁸.

En el caso del río Mapocho y como expresara Gonzalo Vial, numerosos propietarios ribeños colindaban con este, cuyo cauce no había sido fijado. Esa fijación no interesaba hasta ese momento, pues los terrenos aledaños al Mapocho carecían de valor agrícola o urbanístico. Pero, con el desarrollo de las comunas altas de la ciudad y la mayor demanda de terrenos para viviendas, desarrollos urbanos en general y obras públicas, inevitablemente los predios aumentaron de precio y la fijación del deslinde pasó a ser vital.

Es lamentable, según Gonzalo Vial, que plantea hasta hoy, el avance de la ciudad hacia el río, aún en este cauce y en muchos otros, innumerables problemas públicos, como la protección del cauce y sus riberas⁴⁹ y playas(sic)⁵⁰, la defensa del patrimonio fiscal y la seguridad de la población en caso de crecidas.

En el caso “Zúñiga con Ministerio de Bienes Nacionales”⁵¹ del año 2000, se recurre de protección contra el decreto supremo N° 71 publicado en el *Diario Oficial* el año 1999, que fijaba el deslinde del cauce del río Mapocho en el sector San Enrique hasta el puente Lo Saldes, modificando por esta vía el decreto supremo N° 74 del año 1995, que ya había delimitado ese tramo de 13,47 km.

La Corte Suprema rechaza la acción de protección expresando que esta situación implicaba cambiar los deslindes de las propiedades ribeñas y, como consecuencia, lo que se discutía es “...si se tiene o no derecho de propiedad, sobre estos terrenos”. En vista de ello, considera:

“...no es una materia que pueda dilucidarse por la presente acción cautelar, sino que propia de un juicio declarativo de lato conocimiento...”.

Es evidente que la Corte Suprema no lleva la razón al estimar que lo que se discute es el dominio. Ello, debido a que el decreto que fija el deslinde del cauce solo determina una línea divisoria entre los bienes

⁴⁸ Al respecto véase VIAL, *op. cit.*, p. 127.

⁴⁹ Las riberas están definidas en el artículo 33 del *Código de Aguas*, el cual expresa: “Son riberas o márgenes las zonas laterales que lindan con el álveo o cauce”. Estas zonas no constituyen bienes nacionales de uso público. Al respecto véase CLARO, *Explicaciones ... De los Bienes I*, *op. cit.*, pp. 209-211.

⁵⁰ Los ríos y lagos no tienen playas, solo existen playas de mar. Véase CEA, *op. cit.*, p. 135.

⁵¹ CORTE SUPREMA (2000), “Zúñiga con Ministerio de Bienes Nacionales”, rol 2750-2000, 29 de noviembre de 2000.

involucrados, teniendo iguales efectos que la demarcación civil y siendo, asimismo, un acto administrativo meramente declarativo, que se limita a reconocer una situación jurídica ya existente y no a constituir una nueva.

El máximo tribunal indica, además, que la vía empleada no es la idónea, ya que las acciones cautelares no pueden ser resueltas a través de un pronunciamiento jurisdiccional que declare dejar sin efecto o modificar el decreto recurrido, acto al que considera como no decisorio de la materia en cuestión y, por lo tanto, no sería posible que por su vía se priven, perturben o amenacen derechos fundamentales.

Un caso contrario al fallo anterior lo constituye en 2001, “Bravo con Ministerio de Bienes Nacionales”⁵², en él los recursos interpuestos y acumulados ahora contra el decreto supremo N° 109 modificatorio del anterior decreto supremo N° 71, que fue dictado como consecuencia del correspondiente proceso administrativo de impugnación, son acogidos. Esta vez se considera el decreto recurrido “...un acto jurídico por medio del cual se fijan definitivamente los citados deslindes...”⁵³.

En este caso, la Corte indica que el objeto de las acciones cautelares interpuestas es determinar si el Ministerio de Bienes Nacionales se ajustó a las normas constitucionales, legales y reglamentarias que rigen la materia o si, por el contrario, hay vicios que pudieran considerarse actos ilegales o arbitrarios que afecten derechos y garantías constitucionales de los recurrentes.

El máximo tribunal estimó que no era razonable utilizar una crecida de rara ocurrencia debida a causas no comunes o extraordinarias, como fue el caso del año 1982, para fijar el deslinde del cauce, esto es, para determinar la superficie que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas ordinarias, ya que ello va contra lo que la ley exige. Indica, además, que ello se opone a un precedente anterior de la misma autoridad administrativa que había fijado el deslinde de otro tramo el año 1995, usando el periodo de retorno de cinco años.

La Corte indica que la autoridad no entregó criterios valederos para aumentar el período de retorno⁵⁴.

⁵² CORTE SUPREMA (2001), “Bravo con Ministerio de Bienes Nacionales”, rol 2015-2001, 27 de septiembre de 2001.

⁵³ Parte de la sentencia dictada en este recurso de protección fue usada posteriormente como fundamento de una nueva acción reivindicatoria emprendida contra el fisco. Véase: CORTE SUPREMA, “Inmobiliaria Los Cóndores Uno con Fisco de Chile”, rol 31.232-2014, 8 de enero de 2015. Esta reivindicatoria, al igual que el resto de los análisis de este estudio, fue rechazada.

⁵⁴ Periodo de retorno expresado en años, se define como: el número promedio de años en que un evento puede ser igualado o excedido. Disponible en <http://eias.utalca.cl/>

A nuestro parecer, el problema radica en que el decreto supremo N° 609 no entrega criterios para utilizar “las demás normas de orden técnico que deban aplicarse”, entre las cuales podrían encontrarse la utilización de crecidas extraordinarias para la fijación del deslinde y la justificación para hacerlo. Ello constituye una deficiencia o carencia importante de esta norma reglamentaria.

La Corte Suprema estimó que el decreto recurrido:

“...se ha elaborado sobre la base de consideraciones que exceden el marco de la ley, como también la prudencia y razonabilidad necesaria, de lo que deriva su ilegalidad y arbitrariedad afectando gravemente el derecho de propiedad...”.

Como sea, el punto es que debe respetarse tanto la definición legal de cauce contenida en los *Códigos Civil y de Aguas*, como aquella que entrega el decreto supremo N° 609, el que introduce una precisión: constituye cauce solo el suelo que el agua ocupa y desocupa en las creces periódicas ordinarias.

La utilización de una crecida extraordinaria, esto es, aquellas que se producen en periodos mayores a cinco años, implicará para la autoridad administrativa justificar científica y jurídicamente esta decisión.

Arturo Fernandois opina que el fallo cauteló los derechos de los afectados que no habían sido beneficiados por la reposición administrativa, pues mediante el decreto se materializaba una expropiación. Indica, además, que la Corte hizo primar el principio de reserva legal al aplicar la definición legal de cauce, obligando a la Administración a respetar los parámetros fijados por el legislador⁵⁵.

Estamos de acuerdo con este autor en cuanto a la necesidad de protección de los propietarios riberaños y la decisión de la Corte en este sentido, en especial, al hacer primar el principio de reserva legal, pero cabe hacer una prevención. En efecto, el decreto supremo que fija el deslinde de un cauce no puede jamás, como hemos demostrado, privar del dominio al dueño del predio riberaño, materializar una expropiación, ni autorizar la modificación de una inscripción de dominio vigente, ya que solo es un acto administrativo meramente declarativo de una línea divisoria.

isi/publicaciones/unam/estudio_hidrologico.pdf [fecha de consulta: 12 de marzo de 2017]. También se define como: intervalo de tiempo medio a largo plazo transcurrido entre un fenómeno hidrológico y otro de igual o mayor magnitud. Disponible en <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002218/221862M.pdf> [fecha de consulta: 12 de marzo de 2017].

⁵⁵ Arturo FERNANDOIS VÖHRINGER, “Recurso de Protección en contra de decreto que fija cauce del río Mapocho”, pp. 196-197.

Lo que en efecto puede suceder y, por ello, resulta correcta la decisión de la Corte, es que el acto administrativo que fija el deslinde perturbe o amenace el ejercicio del derecho de propiedad.

De hecho, la Corte estima que la situación ameritaría el ejercicio de acciones ordinarias, pero a pesar de ello considera:

“...no es menos cierto que el acto impugnado es el modo en que se afecta el ejercicio del derecho de propiedad de los recurrentes y no el derecho mismo vulnerado. Por tal razón es necesario que se adopten medidas de protección, ya que el número 5 del Decreto Supremo N° 609 establece que durante la tramitación de estos recursos, se mantendrá en vigor el deslinde fijado por el Decreto Supremo, produciendo plenamente efecto y haciendo ilusoria cualquier decisión que pudiere obtenerse en el juicio declarativo”.

Como es posible apreciar, esta vez la Corte acierta plenamente, explicando, de modo claro, el mecanismo legal que funciona en este caso. El decreto de fijación del deslinde no priva del derecho de propiedad, pero puede perturbarlo o amenazarlo, permitiendo a los órganos del Estado, con competencia en materia de cauces, tomar posesión material del suelo y llevar a cabo actos que podrían resultar irreversibles, haciendo imposible el uso y goce del bien por parte de su legítimo dueño.

En el caso en análisis, el acto que la Administración llevaría a cabo era la construcción de la autopista Costanera Norte, lo que habría hecho en la práctica ilusoria cualquier acción ordinaria por parte de los propietarios ribeños una vez terminada la construcción.

Conclusiones

De lo analizado, podemos desprender lo siguiente:

1. El problema fundamental a resolver es por qué la jurisprudencia en materia de cauces ha tenido en nuestro país una constante fluctuación. En materia de reivindicación es constante y clara, pero en materia de recursos de protección y reclamación ha fallado en casi todos los casos de modo erróneo y confuso.
2. Es en el dominio público, en específico, en el ámbito de los bienes nacionales de uso público donde debemos estudiar los cauces naturales y, más específicamente, en un área intermedia que se genera entre ellos y las propiedades privadas ribeñas, debido al dinamismo de los cauces. Esto genera la necesidad de tener en mente el principio constitucional de libre apropiabilidad.

Un punto central radicaba, entonces, en preguntarnos cuáles son las normas jurídicas aplicables y su fundamento o justificación, esto es, la dinámica de los cauces, y por qué se ha generado jurisprudencia con tantos altibajos.

3. La conclusión principal es que, en materia de cauces, nos encontramos ante tres situaciones jurídicas por completo distintas y que es necesario tener en mente a fin de evitar confusiones y errores:
 - a) La determinación general del suelo que constituye cauce es tarea única y exclusiva del legislador a través de las normas civiles sobre bienes nacionales, accesión de suelo y aquellas sobre cauces que entrega el *Código de Aguas*.
 - b) La determinación especial del suelo, que constituye cauce en cada caso concreto y su diferenciación con respecto al suelo que constituye propiedad riberana, corresponde a los tribunales de justicia en juicio declarativo de lato conocimiento. Para ello, debe aplicar la norma sobre accesión de suelo y dictar una sentencia que tendrá el carácter de meramente declarativa, ya que la accesión es un modo de adquirir, constitutivo de dominio. Como consecuencia de la distinta naturaleza jurídica de cada uno de los bienes involucrados, el único modo de adquirir aplicable es la accesión. Jamás podrá el propietario riberano adquirir el cauce por prescripción, pues se encuentra fuera del comercio humano. Y, por otro lado, el inmueble riberano jamás podrá pasar a formar parte del cauce por prescripción, debido a que no cabe este modo de adquirir contra inmuebles inscritos. En definitiva, la única vía de regulación de la íntima y cambiante relación entre los cauces naturales y la propiedad riberana es la accesión de suelo.
 - c) La delimitación, esto es, la fijación del límite entre el cauce natural y la propiedad riberana corresponde a un tipo de demarcación con algunas características especiales, y se encuentra regulada en una norma de rango reglamentario, que es el decreto supremo N° 609 del Ministerio de Bienes Nacionales.

El procedimiento, para estos efectos, finaliza con un acto administrativo denominado decreto supremo de fijación de deslindes, el cual también es un acto meramente declarativo en el que la autoridad administrativa debe limitarse a reconocer una situación preexistente. De haber dudas sobre la

naturaleza del suelo que constituye cauce, deberá recurrirse al ejercicio de acciones judiciales ordinarias.

4. Las normas jurídicas aplicables a los cauces naturales las encontramos en los dos amplios ámbitos en que se divide nuestro ordenamiento, esto es: en el Derecho Público y en el Privado y, como pudimos ver, no existe discusión posible en cuanto a la utilización de normas civiles en una materia de Derecho Público, ya que es el propio legislador el que lo ordena.
5. Fijar correctamente los deslindes de los cauces es importante, no solo debido a la necesidad de protegerlos en su calidad de bienes nacionales de uso público, en especial por el destino que tienen, sino porque, además, es indispensable proteger la propiedad privada ribera de los actos de la Administración. Ello implica tener claro que la delimitación es un derecho tanto para el propietario ribera como para el Ministerio de Bienes Nacionales, no constituyendo, en ningún caso, una obligación para el particular. Solo podría serlo para el mencionado Ministerio en caso de que las circunstancias del caso lo exigieren, tal como indica la norma jurídica aplicable.

Además, cabe tener en consideración que el decreto de fijación de deslindes no puede jamás privar del dominio al propietario ribera, pues solo fija una línea divisoria, sin afectar la propiedad privada inscrita.

Lo que sí puede suceder es que este acto administrativo perturbe o amenace el ejercicio del derecho de propiedad, en especial, considerando que se trata de un acto administrativo que se mantiene en vigor mientras se tramita un eventual procedimiento de reclamación y al que, además, se le aplica presunción de legalidad. Es importante destacar lo que ha confirmado la jurisprudencia: que vencido el plazo para reclamar administrativamente solo se puede recurrir por la vía ordinaria para impugnar del decreto que fija el deslinde. La única y excepcional posibilidad de solicitar una nueva delimitación es cuando actos de la naturaleza han destruido las obras de defensa que fijan el límite.

6. Asimismo, es necesario indicar que preservar y cuidar los cauces naturales es imprescindible, debido a que por ellos circula otro bien nacional de uso público como son las aguas. Otro motivo lo constituye la alta valoración de los suelos aledaños a cauces naturales, que los hace especialmente vulnerables frente a intereses inmobiliarios.

En fin, su cuidado resulta trascendental debido al cambio climático, el cual deja más indefensas que nunca las propiedades riberañas frente a las crecidas producto de lluvias y deshielos. Por otra parte, las sequías disminuyen el caudal de los ríos, provocando una falsa sensación de seguridad e intentos de ocupación de los cauces por parte de los riberaños, cuestión que ante las crecidas ya mencionadas, resulta en extremado peligrosa.

7. En definitiva, el estudio que hemos presentado nos ha permitido visualizar la unidad de lo público y lo privado, pues el legislador remite de forma expresa desde normas públicas a instituciones civiles, no por capricho, sino porque ellas resultan las mejores y más adecuadas para regular los cauces naturales, materia cuya importancia aumenta día a día en nuestro país.

Bibliografía

- ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA, Antonio VODANOVIC, *Tratado de derechos reales. Bienes*, 6ª ed., Santiago, Editorial Temis S.A-Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo I.
- ALESSANDRI, Arturo, Manuel SOMARRIVA, Antonio VODANOVIC, *Tratado de derechos reales. Bienes*, 6ª ed., Santiago, Editorial Temis S.A-Editorial Jurídica de Chile, 2001, tomo II.
- ARÓSTICA MALDONADO, Iván, "El trámite de Toma de Razón de los actos administrativos", en *Revista de Derecho Público*, N° 49, Santiago, 1991.
- ATRIA, Fernando y Constanza SALGADO, *La propiedad, el dominio público y el régimen de las aguas en Chile*, Santiago, Thomson Reuters, 2015.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, *Lecciones de Derecho Civil chileno. De los bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2008, tomo IV.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, *Derecho Administrativo general*, 2ª ed., Santiago, Legal Publishing, 2011.
- CEA EGAÑA, José Luis, *Derecho Constitucional chileno*, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile, 2012, tomo II.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De los Bienes I*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, vol. III, tomo VI.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De los Bienes II*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, vol. III, tomo VII.
- CLARO SOLAR, Luis, *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado. De los Bienes IV*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2015, vol. IV, tomo IX.
- FERMANDOIS VÖHRINGER Arturo, "Recurso de Protección en contra de decreto que fija cauce del río Mapocho", en *Ius Publicum*, N° 9, Talca 2002.

- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, “Los principios estructurales del Derecho Administrativo chileno: un análisis comparativo”, en *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 221-222, Concepción, 2007.
- MONTE OYARZÚN, Santiago, *El dominio público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*, Santiago, Editorial Lexis Nexis, 2002.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Santiago, Librotecnia, 2010, tomo IV.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, Madrid, Espasa Libros S.L.U.- Grupo Editorial Planeta S.A.I.C., 2014, tomo I.
- VERGARA BEZANILLA, José Pablo, “Notas sobre el aluvión en el dominio fluvial”, en *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, N° 6, Santiago, 2002.
- VERGARA BLANCO, Alejandro, *El Derecho Administrativo como sistema autónomo. El mito del Código Civil como “Derecho Común”*, Santiago, Legal Publishing, 2010.
- VIAL CORREA, Gonzalo, “Controversia judicial sobre el río Mapocho”, en *Revista del Consejo de Defensa del Estado*, N° 11, Santiago, 2004.
- VIVANCO MARTÍNEZ, Ángela, (2007): *Curso de Derecho Constitucional. Bases y conceptuales y doctrinarias del Derecho Constitucional*, 2ª ed., Santiago, Ediciones Universidad Católica, 2007, tomo I.

DOCUMENTOS EN FORMATO ELECTRÓNICO

- http://eias.utralca.cl/isi/publicaciones/unam/estudio_hidrologico.pdf
- www.catedu.es/geografos/images/Documentos/recursos_hidricos_2011_wiki.pdf
- <http://significado.net/vertiente/>
- <http://unesdoc.unesco.org/images/0022/002218/221862M.pdf>

NORMAS

- Constitución Política de la República de Chile.*
- Código Civil.*
- Código de Aguas.*
- DECRETO SUPREMO N° 609, Ministerio de Tierras y Colonización, deroga decreto N° 1.204, de 1947, y fija normas para establecer deslindes propietarios riberaños con el bien nacional de uso público por las riberas de los ríos, lagos y esteros, *Diario Oficial*, 24 de enero de 1979.
- LEY N° 19.880, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, *Diario Oficial*, 29 de mayo de 2003.
- DECRETO LEY N° 1939, Ministerio de Tierras y Colonización, normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, *Diario Oficial*, 10 de noviembre de 1977.
- Código Penal.*

JURISPRUDENCIA

- CORTE SUPREMA, rol 2750-2000, Zúñiga con Ministerio de Bienes Nacionales, 29 de noviembre de 2000.
- CORTE SUPREMA, rol 335-2001, Madrid Barros, Emilio y otros con Ministerio de Bienes Nacionales, 8 de febrero de 2001.
- CORTE SUPREMA, rol 2015-2001, Bravo con Ministerio de Bienes Nacionales, 27 de septiembre de 2001.
- CORTE SUPREMA, rol 1813-2002, Agüero Vera, Evalterio con Director de Obras Hidráulicas X Región, 24 de junio de 2002.
- CORTE SUPREMA, rol 3698-2007, Sociedad Turística Los Saltos con Corporación Nacional Forestal y Protección de Recursos Naturales y Fisco, 19 de diciembre de 2008.
- CORTE SUPREMA, rol 473-2009, Tagle Errázuriz, Magdalena Sofía con Dirección General de Aguas, 16 de junio de 2011.
- CORTE SUPREMA, rol 31.232-2014, Inmobiliaria Los Cóndores Uno Limitada con Fisco, 8 de enero de 2015.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, rol 11960-2004, Inmobiliaria Los Cóndores S.A. con Fisco de Chile, 10 de diciembre de 2008.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, rol 1281-2008, 14 de agosto de 2009.
- CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, dictamen N° 50.157, 7 de noviembre de 2007.