

Dr. FRANCISCO PÆZ R.

Condición Jurídica de las  
Aguas en el Ecuador



ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL

## CONDICION JURIDICA DE LAS AGUAS EN EL ECUADOR

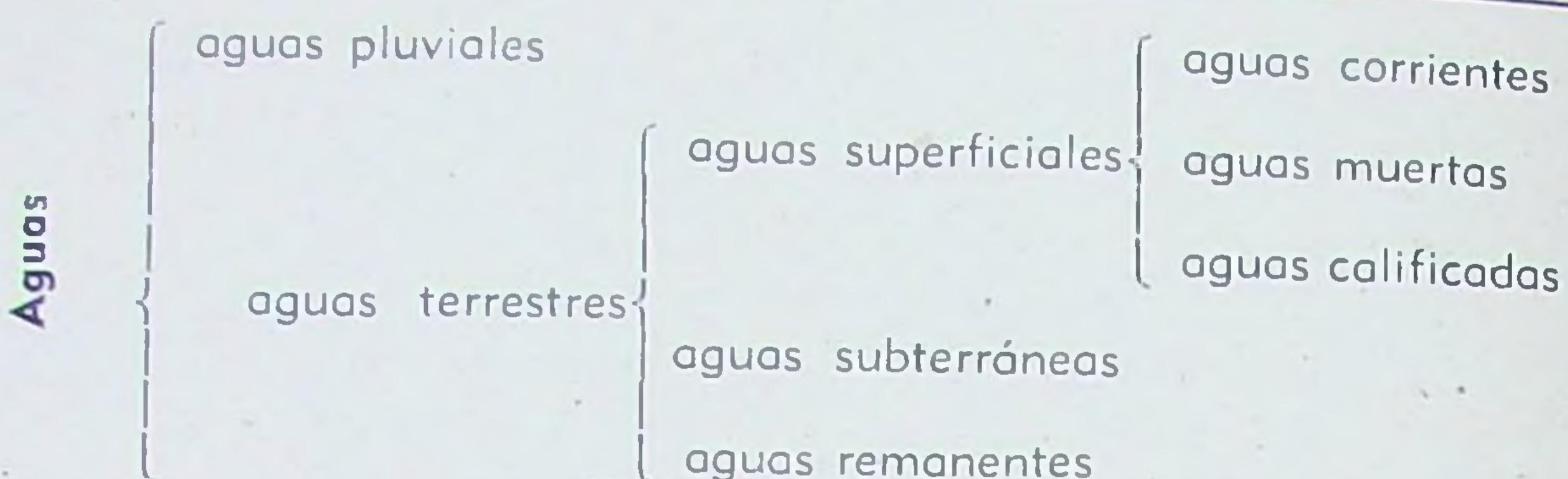
Tanto por la importancia de las aguas en la producción agrícola e industrial como por el sinnúmero de discusiones judiciales derivadas de la distribución y apropiación de este elemento, el estudio del régimen legal de las aguas en el Ecuador es de sumo interés. Por otro lado, es ésta una materia que se encuentra caoticamente desparramada en diversas leyes carentes de unidad y armonía; no hay sistema que responda a una orientación definida o a una idea central que reúna las disposiciones legales bajo un régimen lógico y jurídico.

Es, pues, útil hacer un bosquejo sistematizado del régimen legal de las aguas en nuestro país y, tanto desde el punto de vista especulativo como del profesional, facilitar la comprensión y ordenar los aspectos y soluciones consignados por nuestras leyes, dentro de un material tan disperso y dislocado. Y es a ésto a lo que tiende el presente trabajo.

Para tal finalidad es preciso partir de esta dilucidación: cuándo son las aguas de dominio público del Estado y cuándo son de propiedad particular, cualquiera que sea la calidad, condiciones, ubicación, movilidad o estado de éllas? Y se puede encuadrar todo problema y solución concretando y limitando a tres las diversas posibilidades en que pueden encontrarse las aguas, en relación a su dominio y a su goce o uso.

Y estas tres únicas posibilidades son las siguientes: 1<sup>a</sup> aguas de dominio privado; 2<sup>a</sup> aguas de dominio público y de uso público, y 3<sup>a</sup> aguas de dominio público y de uso privado.

Para establecer, en cada caso, a cual de estos tres tipos de dominio o calificación jurídica pertenecen las distintas aguas a las que pueden referirse nuestras leyes, así como para ordenar el estudio, clasificaremos aquéllas de conformidad con el siguiente cuadro:



**AGUAS LLUVIAS.**—Cuál es la condición legal de las aguas lluvias? Hemos de entender por tales, las aguas procedentes inmediatamente de las lluvias, antes de que puedan confundirse con otras aguas, y que sea, por lo mismo, posible establecer que no tienen otra procedencia. Estas aguas al caer, o se incorporan a la tierra, consumiéndose en élla, o si las lluvias son sostenidas y abundantes, forman arroyos o corrientes que van a incrementar otras corrientes de agua ya establecidas, o se precipitan, en forma de nieve, en las cumbres o valles de nuestras cordilleras que, con los deshielos, pasan a incrementar ríos y riachuelos.

El Código Civil no se **ocupa** de determinar la naturaleza jurídica de las aguas lluvias ni los derechos de que son susceptibles; pero desde el Derecho Romano se les consideraba a estas aguas como comunes por derecho natural. Qué derecho tiene el dueño de un predio sobre las aguas lluvias que en éste caen? **Puede aprovecharse** de éllas, mientras corren por el predio, construyendo estanques o represas para retenerlas o incorporándolas a corrientes de su pertenencia o uso, ejerciendo sobre éllas una especie de derecho de ocupación, que no el de accesión, como opinan algunos tratadistas, porque prescindiendo de las aguas lluvias que son absorbidas naturalmente por la tierra, pueden seguir el declive natural del terreno y correr hacia los predios inferiores, si el dueño del predio en el cual caen las aguas lluvias no hace obras que las detengan y permitan su aprovechamiento, o sea un acto de ocupación. Podríamos, pues, precisar la naturaleza jurídica de las aguas lluvias que caen en un predio, diciendo que son comunes hasta el momento en que el propietario hace alguna obra material para coptarlas; pero tan pronto como han sido ocupadas por éste, se convierten en aguas de propiedad privada, y no solamente de uso privado, según la necesaria diferenciación que hemos establecido. En efecto, nadie podría discutir el derecho del dueño del sue-

lo en que han caído las aguas lluvias que él ha represado, de disponer de tales aguas, no solamente para sus necesidades o menesteres, como también pudiera hacerlo quien apenas tiene el derecho de "usar" de éllas, sino también enagenándolas, como sólo puede hacerlo quien tiene la propiedad absoluta de una cosa. Es muy conocido, en ciertas poblaciones de la provincia de Manabí que carecían de agua potable, el uso de algibes que recibían las aguas lluvias y que permitía a sus propietarios venderlas a altos precios como agua potable.

Si se trata de las aguas lluvias que corren por un camino público, podemos señalar para éstas la misma naturaleza jurídica que hemos anotado en el caso anterior, teniendo ahora sí, una disposición legal expresa, la del artículo 892 del Código Civil, según la cual el dueño de un predio puede servirse como quiera de las aguas lluvias que corren por un camino público, y torcer su curso para servirse de éllas. Ninguna prescripción puede privarle de este uso". Esta imprescriptibilidad consagra el carácter de bien común que hemos atribuído a las aguas lluvias, de manera que si el dueño de un predio inferior, a lo largo de un camino público, ha estado utilizando por treinta o más años, las aguas lluvias que corrían por dicho camino, torciendo, hacia su predio, el curso de éllas, no puede alegar prescripción alguna a su favor, ni impedir que el dueño de un predio superior, desvíe en su beneficio las aguas lluvias que corren por el camino público, privando parcial o totalmente al anterior del aprovechamiento de las aguas. En este caso también, tan pronto como las aguas han sido captadas por el propietario de un predio, puede ejercer sobre éllas un derecho absoluto de dominio, pero sólo presente, en el sentido de que, en cada vez, tiene que renovar su acto de ocupación para adquirir la propiedad de las aguas.

Habíamos opuesto a las aguas pluviales, las aguas terrestres; y para el objeto del presente estudio, éstas fueron subdivididas en aguas superficiales y aguas subterráneas, con el criterio que fácilmente se desprende de los términos empleados.

Por la diferente reglamentación y soluciones que les acuerda nuestra legislación, debemos agrupar en tres categorías a las distintas clases de aguas superficiales: así, a las únicas las comprenderemos con el nombre genérico de "aguas corrientes"; una segunda categoría corresponde a las aguas

cuyo mayor volumen aparente se encuentra detenido o estancado, como en las lagunas y en los lagos, y las llamaremos "aguas muertas"; y a una tercera categoría pertenecen ciertas aguas que aún cuando pueden ser corrientes o muertas, según la nomenclatura enunciada, la ley les da diferente reglamentación, en razón de su naturaleza o calidad, y son las aguas medicinales, termales, minerales, etc., y las hemos llamado "aguas calificadas".

**AGUAS CORRIENTES.**—En el primer grupo, el de las "aguas corrientes", se comprenden todas las aguas, cualesquiera que sea su volumen, que se deslizan superficialmente en cualquier clase de cauce, comprendiendo desde los ríos más caudalosos hasta el más insignificante hilo de agua corriente.

Para determinar la clase de dominio o de derecho que se puede ejercer sobre éllas, parece que el Código da una solución sencilla y completa, con solo diferenciar si corren por cauce natural o por cauce artificial: si lo primero, son aguas de dominio público; si lo segundo, son aguas de dominio privado. Pero nada tan susceptible de inducir a conclusiones erróneas o incompletas, como la aceptación de esta regla en forma absoluta, ya que hay aguas que corren por cauces naturales y son dominio privado; y hay aguas que corren por cauces artificiales y son de dominio público; siendo esta segunda aseveración la más importante, porque innova toda una tradición y un convencimiento largamente mantenidos.

El segundo inciso del artículo 628 del Código Civil que declara como bienes nacionales de uso público las aguas que corren por cauces naturales, señala la excepción relacionada con las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, atribuyendo el dominio de éllas al dueño de ésta.

Para ordenar el estudio de la naturaleza jurídica de las aguas corrientes, que son las que en la práctica tienen la mayor importancia económica y social, vamos a ver cuáles de entre éstas son de dominio privado; cuáles de dominio público pero de uso privado; y cuáles de dominio público y de uso público.

Podríamos decir, en forma enumerativa, que las únicas aguas corrientes de propiedad privada son las siguientes: a) las que corriendo por cauces naturales o artificiales, nacen y mueren dentro de una misma heredad, en el sentido expli-

catorio que nos traía la Ley de Aguas y que ahora se encuentra incorporado al Código Civil en la Codificación vigente, de que se entenderá que mueren en una heredad no sólo las aguas que no salen de la misma, sino aquellas que, dentro de la heredad, desembocan en otra corriente de agua (Incisos 2º y 3º del artículo 628 del Código Civil, edición de 1950); b) las aguas que hicieren correr, dentro de sus predios, el o los propietarios ribereños de un lago de propiedad particular (inciso 2º del art. 629 del Código Civil); c) las aguas medicinales, termales, minerales, etc. que corren sobre la superficie, y que la ley atribuye al propietario del suelo en que brotan (art. 4º de la Ley de Aguas dictada el 17 de junio de 1936); d) las aguas lluvias corrientes, en la forma y condiciones ya expuestas; e) las aguas corrientes señaladas en las letras a), b), c) y d) de esta enumeración y que hubieran sido adquiridas por terceras personas, por un título translatorio de dominio, por sucesión por causa de muerte o por prescripción; y f) las aguas corrientes de propiedad del Estado, como bienes fiscales, y que hubieran sido validamente adquiridas por particulares, incluyéndose entre éstas las aguas negociadas por entidades como la Caja Nacional de Riego. Fuera de estas aguas, toda otra agua corriente cualquiera que sea su condición o procedencia, es de dominio público.

Cuáles aguas corrientes son de dominio público "y uso público"? Todas las aguas corrientes que no siendo de propiedad privada, según la enumeración precedente, **corren por cauces naturales**. Estas aguas pertenecen a la nación toda y su uso es público. Pero como esta posibilidad de uso general crearía, en la práctica, dificultades, rozamientos o controversias entre los ciudadanos que quisieren gozar de un mismo caudal de agua de uso público, el legislador se vió obligado a reglamentar el modo, cuantía y condiciones de este uso o aprovechamiento.

Y tenemos, entonces, lo que podemos llamar las "mercedes de aguas", y la oportunidad de hacer una distinción establecida por nuestra legislación sobre aguas, distinción que no sólo es poco conocida entre particulares, sino aún en el campo profesional muy poco socorrida. Me refiero a dos formas muy diversas de aprovechamiento de aguas corrientes de uso público: la una que podríamos llamar "merced legal" de aguas, y la otra, ésta si plenamente conocida y practicada, que es la "merced judicial" de aguas.

Por la "merced legal" de aguas el propietario de un predio puede utilizar aguas de dominio público para todo menester, inclusive para riego de su heredad, sin necesidad —y ésto es lo importante y característico— de trámite alguno ni autorización judicial ni administrativa. La "merced judicial" de aguas es aquella tan conocida y practicada que consiste en obtener del juez competente, la adjudicación de una cantidad determinada de aguas de dominio público, para los usos denunciados al Juzgado que otorga la concesión, de conformidad con el Código de Procedimiento Civil, en la Sección denominada "De los juicios de adjudicación y goce de aguas".

Fero si existe una "merced legal" de aguas por la cual se puede aprovechar de aguas de dominio público sin necesidad de trámite e intervención judicial, ¿con qué objeto existe y se reglamenta la "merced judicial" de aguas? Si existiera esta "merced legal" de aguas, ¿quién fuera tan ingenuo que para utilizar aguas de dominio público tuviera que incurrir en procedimientos dilatados y costosos, si el mismo disfrute le está concedido por la ley, sin trámite ni expensa algunos?

Sinembargo, la existencia de la "merced legal" de aguas es indiscutible en nuestra legislación; pero no toda persona puede hacer valer en su favor esta concesión de la ley; y, además, no todas las personas en cuyo beneficio ha establecido la ley esta merced se han acogido a ella, prefiriendo, en la mayor parte de las veces por desconocimiento de su situación de privilegio, obtener la adjudicación judicial de aguas.

La "merced legal" de aguas es una concesión que la ley ha establecido sólo en favor de los propietarios ribereños respecto de las aguas corrientes de dominio y uso públicos que atraviesan sus heredades, para aprovecharlas en cuanto uso doméstico, agrícola o industrial pudiera interesarles, sin trámite ni autorización algunos, como una compensación por los posibles perjuicios que la vecindad de las aguas pudiera acarrearles, por inundación, erosión, avulsión, etc.

Aparte de los elementos comunes a toda concesión de aguas de uso público, en la "merced legal" hay dos peculiares que le diferencian de la adjudicación judicial: el uno es la limitación a determinadas personas, ó sea los propietarios ribereños de la corriente de aguas de uso público; el otro elemento es la prescindencia de todo trámite judicial o ad-

ministrativo: existe el derecho al disfrute de las aguas no por reconocimiento o declaración de autoridad o funcionario alguno, sino por la mera circunstancia de su calidad de propietario ribereño.

Esta que hemos llamado "merced legal" de aguas se encuentra contenida en el artículo 888 del Código Civil, que dice: "El dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren naturalmente por ella, aunque no sean de su dominio privado, el uso conveniente para los menesteres domésticos, para el riego de la misma heredad, para dar movimiento a sus molinos u otras máquinas y abrevar sus animales". Y no sería aceptable la argumentación de que, si bien el artículo 888 del Código Civil consagra el derecho al aprovechamiento de las aguas corrientes de uso público, en favor de los propietarios ribereños, este derecho debería ser reconocido y declarado en cada caso particular por el juez competente, de conformidad con el Código de Procedimiento Civil, como en todo caso de adjudicación de aguas de uso público, porque estaría, en primer lugar, contrariando el texto claro del artículo 888 del Código Civil; y porque, además, la regulación del Código de Procedimiento Civil para la adjudicación de aguas de uso público, se halla establecida en favor de "cualquier persona". Y no hacía falta, entonces, consagrarse este derecho sólo en beneficio de los "propietarios ribereños", una vez que éstos se hallaban comprendidos en la denominación general de "cualquier persona" que usa la ley al tratar de la merced judicial de aguas. A diferencia del derecho que tiene toda persona para obtener la adjudicación de aguas de uso público, por declaración judicial, los "propietarios ribereños" tienen la facultad de aprovecharse de las aguas corrientes que cruzan por su heredad, en razón, justamente, de su calidad de ribereños, sin necesidad de intervención ni declaración judicial, como compensación de los evidentes peligros que la vecindad de las aguas pudiera traerles.

Otra disposición del mismo Código Civil, la del artículo 636, corrobora esta distinción entre la "merced legal" y la "merced judicial" de aguas, cuando dice que no se podrá sacar canales de los ríos, para ningún objeto, **sino con arreglo a las leyes** u ordenanzas respectivas. Cuáles serían estas **leyes** para los "propietarios ribereños"? Evidentemente el artículo 888 del Código Civil, porque de otro modo no tendría razón de ser la disposición de este artículo. Y cuáles serían

las leyes a las que tendrían que acogerse las personas que necesitan utilizar aguas de uso público y que no son "propietarios ribereños"? Las del Código de Procedimiento Civil, que constituyen precisamente la "merced judicial" de aguas.

El artículo 915 del Código Civil indica que las mercedes de aguas que se conceden por autoridad competente (por tanto se refiere a las mercedes de aguas que hemos llamado "judiciales"), se entenderán sin perjuicio de los derechos anteriormente adquiridos en éllas, disposición que, a la vez, permite solucionar problemas que pudieran originarse cuando de las aguas de que un propietario ribereño ha estado sirviéndose, según la merced legal de aguas, otra persona tratara de aprovecharlas a base de una adjudicación judicial.

En cuanto a la "merced judicial" de aguas es una concesión que la ley establece en favor de toda persona que tiene necesidad de aprovechar aguas de uso público, cumpliendo con los trámites detallados en el Código de Procedimiento Civil, y obteniendo, por tanto, la autorización del juez civil de la jurisdicción del lugar en donde trata de abrir el bocacaz. Esta merced de aguas es muy conocida y tiene abundante aplicación en la práctica, dándose el caso de que gran parte de las aguas que se encuentran actualmente bajo el dominio privado han tenido, inmediata o mediadamente este origen, creando situaciones equívocadas y escabrosas, como lo examinaremos en este mismo trabajo.

Establecida la distinción entre la "merced legal" y la "merced judicial" de aguas, cabe preguntarse ¿qué clase de derecho tiene el concesionario de una merced legal o judicial de aguas? Debemos contestar enfáticamente que siempre, **sin excepción alguna**, el beneficiado con una merced legal o judicial de aguas ha adquirido no el dominio sino simple y exclusivamente el derecho de uso sobre tales aguas; y ni siquiera este derecho en forma ilimitada, sino dentro de los alcances precisos de la concesión; al concesionario de aguas de uso público podrá llamársele propietario de su derecho de uso, (como al usufructuario se le puede llamar dueño de su derecho de usufructo), pero no es dueño de las aguas. Las disposiciones legales no permiten ni la duda ni la discusión. Del mismo articulado del Código de Procedimiento Civil que reglamenta el juicio de adquisición y goce de aguas se desprende incuestionablemente que el Juez, a nombre del Poder Público, autoriza al peticionario el aprovechamiento

de un determinado caudal de aguas de uso público para los menesteres especificados en su demanda, y sólo a condición de que las utilice para el objeto pedido, a tal extremo que, según el inciso segundo del artículo 753 del Código de Procedimiento Civil, "si el concesionario de aguas no realizare, dentro de tres años, la obra para la cual le fueron concedidas, se tendrá por caducado su derecho". Y no es sólo del Código de Procedimiento Civil que se llega a esta conclusión; existe una disposición concluyente en la Ley de aguas que impide, en todo caso, llegar a otra conclusión. En efecto, el artículo 5º de la Ley de Aguas dice: "La propiedad de las aguas que corren por cauces naturales corresponde al Estado, teniendo los particulares únicamente el derecho de goce, limitado de conformidad con las disposiciones legales".

Refiriéndonos a los atributos que los romanos distinguían en el derecho de dominio, tendríamos que decir que las personas beneficiadas por una concesión de aguas, han adquirido el *jus utendi*, mas no el *jus fruendi* ni el *jus abutendi*; y decimos que ni siquiera el *jus fruendi*, ya que este atributo permitiría al adjudicatario obtener los frutos naturales o los frutos civiles de la cosa, y frutos civiles de las aguas serían las pensiones de arrendamiento que el concesionario pudiera percibir dando las aguas adjudicadas en arrendamiento, goce que le está vedado ya que las aguas concedidas deben utilizarse sólo en los usos directos para los cuales fueron solicitadas y adjudicadas. Y no se ha sabido de nadie que haya pedido a un juez adjudicación de un determinado caudal de aguas para obtener una renta dándolas en arrendamiento; y aún cuando alguien ignorantemente lo hubiera solicitado con esta finalidad, ningún juez podía concederle esta merced judicial de aguas.

Y si aún el goce de aguas, como aprovechamiento de todos los frutos tanto naturales como civiles de éllas, está excluido de la concesión otorgada por el juez al adjudicatario, no hay para qué decir hasta qué punto es inaceptable e ilegal la pretendida y harto practicada facultad de meros adjudicatarios de aguas de uso público, para enagenarlas y disponer de éllas como verdaderos dueños. Y lo grave dentro del aspecto práctico de la situación, es que una cantidad elevadísima de traspasos de dominio sobre aguas, tiene este origen, siendo así que tales traspasos son absolutamente nulos, y que un número insospechado de los que actualmente creen tener el derecho de propiedad sobre aguas, carecen

de todo fundamento legal para alegar esta calidad, con el agravante de que ni siquiera el transcurso del tiempo, por mucho que sobrepase de los treinta años señalados como base para adquirir por prescripción extraordinaria, puede sanear esa nulidad, ya que se trata de bienes de dominio y uso público; y es sabido e indiscutido que estos bienes son imprescriptibles.

Importaría saber, ahora, cuál es la condición jurídica de las aguas que han sido captadas o canalizadas por los concesionarios de éllas. Es curioso señalar cómo la condición de éstas cambia automáticamente en el momento de la captación o canalización, tanto en el caso de la merced legal como de la merced judicial de aguas. Mientras no haya una obra material por parte del adjudicatario, las aguas son de **dominio público y de uso público**, como lo son todas las aguas corrientes que se deslizan por cauces naturales. salvo las excepciones anotadas. Pero qué condición toman cuando han sido captadas o canalizadas por los respectivos beneficiarios de la concesión legal o judicial? Son de dominio privado? Ya sabemos que no, ya que el concesionario no adquiere otro derecho que el de uso. Son de uso público? Tampoco, porque de ser así no tendría ningún objeto la adjudicación; siendo, en cambio, el efecto de ésta, el que las aguas canalizadas por el adjudicatario ya no deben ser usadas por ninguna otra persona que por su beneficiario, quien tiene sobre éllas un derecho **exclusivo y excluyente**, sin que por ello —y ésto es lo fundamental— dejen de ser aguas de "dominio público". Se trata, pues, de aguas de dominio público pero de **uso privado**, un uso tal que, en tanto es legítimo, excluye a toda otra persona.

Las aguas corrientes, según los diferentes casos que hemos estudiado, pueden ser, por tanto, de dominio público y de uso público; de dominio público y de uso privado; y de dominio privado.

**AGUAS MUERTAS.**—Entre las aguas superficiales hemos enumerado también las aguas muertas, llamando así a aquellas cuyo mayor volumen aparente se encuentra inmovilizado, porque salvo excepcionales casos de acumulo en depresiones del terreno de aguas lluvias o de deshielos, los lagos y lagunas tienen normalmente, entrada y salida de las aguas, pero éstas, en su mayor parte, se encuentran estancadas.

Respecto de las aguas muertas caben los tres estados que hemos señalado, en cuanto a la condición jurídica de las aguas. Habrán, pues, de dominio público y de uso público; de dominio público y de uso privado, y de dominio privado.

Son de dominio y uso públicos los grandes lagos que pueden navegarse por buques de más de cien toneladas. Pero esta calificación debe entenderse como una posibilidad de orden técnico, y no limitarse al caso en que físicamente se ha realizado el supuesto legal. Es decir, que serán de dominio y uso públicos los grandes lagos que pudieran ser navegados por buques de más de cien toneladas, aún cuando nunca haya surcado sus aguas un buque de tal tonelaje. Y así, un gran lago situado en la cumbre de la cordillera será de dominio y uso públicos, si de acuerdo con los principios y cálculos de orden técnico, su caudal de aguas u otras condiciones pudieran permitir la navegación de buques de tal tonelaje, a pesar de que no va a ser posible ni útil transportar un buque de las condiciones señaladas, a dicho lago.

Las aguas muertas serán de dominio público pero de uso privado, en todo caso en que un particular hubiere obtenido en su favor una merced judicial de aguas; y no comprende el aprovechamiento de aguas muertas por merced legal de aguas, porque según la disposición que la establece, la del artículo 888 del Código Civil, sólo se refiere al caso de las aguas corrientes. Por tanto, los particulares no podrán tener sobre las aguas muertas sino una merced judicial de aguas. Y cuando la obtengan y sean canalizadas por cauces artificiales, estas aguas serán de dominio público y de uso privado.

Y cuándo tienen los particulares el dominio privado sobre aguas muertas? Cuando se trate de depósitos de aguas que no permitan la navegación de buques de más cien toneladas. Y ésto lo consagra en forma expresa nuestro Código, sin que, en cambio, hubiera previsto situaciones como las que vamos a estudiar, para las cuales carece, desgraciadamente, de una solución legal. Supongamos que un río tiene, en parte de su cauce o lecho, una enorme depresión y ensanchamiento que permite la acumulación de un gran volumen de agua; este acumulamiento de agua, que geográficamente toma el nombre de laguna o lago, según sus proporciones, vamos a suponer que no es navegable por buque de más cien toneladas; por consiguiente, según el inciso segundo del artículo 629 del Código Civil, la propiedad de este lago

pertenece a los propietarios ribereños. Ocurre, entonces, que las aguas del río son de **dominio público**, y las aguas de la laguna (que, en definitiva son las mismas del río) son de **propiedad privada**, pudiendo el propietario del predio en donde se encuentre ubicada la laguna vender parte o la totalidad de las aguas, que son de su indiscutible propiedad, a las personas que tengan interés en dichas aguas, a pesar de las adjudicaciones que pueda otorgar o haber otorgado el Poder Público, respecto de las aguas que, saliendo de la laguna, constituyen nuevamente el río. Los concesionarios alegarían, con éxito, la adjudicación judicial, y el propietario del predio en donde se encuentra la laguna, alegaría, con inatacable derecho, su calidad de dueño de las aguas de un lago que no es navegable por buques de más de cien toneladas. Y nuestras leyes, en tanto no se incorpore una necesaria reforma, no disponen de medio alguno para solucionar el problema.

**AGUAS CALIFICADAS.**—Habíamos, finalmente, enumerado entre las aguas superficiales, las aguas calificadas, llamando así a las aguas **minerales**, medicinales, termales, etc. Y nos hemos visto obligados a señalarles un lugar aparte, aún cuando pudiera tratarse, según los casos, de aguas corrientes o de aguas muertas, porque nuestra legislación les da una condición jurídica distinta, atendiendo a su calidad especial, y no a la **circunstancia** de su movilidad o estancamiento; por ésto las hemos llamado calificadas y las estudiamos separadamente, dentro de nuestra clasificación.

Estas aguas calificadas, sean corrientes o no, no podrán ser ni de dominio público y uso público, ni dominio público y uso privado; son siempre de dominio particular. Y si alguna vez estas aguas pudieran ser de dominio público, sería en calidad de bienes fiscales, cuando el Estado adquiere su dominio como cualquier otro particular, ya que el artículo 4º de la Ley de Aguas dice textualmente: "Las aguas medicinales, minerales, termales y otras de índole similar pertenecen al dueño del suelo en que brotan", adjudicación ésta no muy consecuente con el sistema, y que tal vez puede explicarse en atención a la calidad e índole especiales de estas aguas y la inconveniencia de su explotación y reglamentación como bien de dominio público y uso público.

De esta manera podemos dar por terminada la discriminación de los diversos derechos que reglamentan nues-

tras leyes con relación a las tres categorías en que hemos dividido el estudio de las aguas superficiales. Para completar el plan que hemos esbozado, nos falta tratar de las aguas subterráneas y de los remanentes.

AGUAS SUBTERRÁNEAS.—Qué clase de dominio puede reconocerse sobre las aguas subterráneas? Si nos atenemos a la única disposición que trae el Código Civil, la del artículo 1007, las aguas subterráneas pertenecen al dueño del suelo bajo el cual se encuentran. Es decir, se aplica el principio clásico del dominio del suelo, según el cual el dueño de éste es dueño de la superficie y del subsuelo y de todo lo que en él se encuentra. Pero esta disposición del Código, que constaba como el artículo 936 en la edición de 1930, fué modificada, con un criterio respetuoso ya de derechos anteriormente adquiridos, por el artículo 24 de la Ley de Aguas, que dice que "el dueño de un terreno puede alumbrar las aguas que existen debajo de la superficie de ese terreno y apropiárselas por medio de pozos, galería, etc., con tal de que no sea en perjuicio de derechos adquiridos ni distraiga ni aparte aguas de propiedad ajena o adjudicadas a otro". Esta disposición, que modificaba parcialmente la regla del Código Civil, si bien obliga a respetar derechos anteriormente adquiridos, o impide que se perjudiquen las personas que tenían la propiedad o el uso de tales aguas, mantiene el sistema del dominio privado sobre las aguas subterráneas, vinculando la propiedad del suelo a la apropiación de éstas. Pero no consideraba —ni podía considerar si mantenía el sistema— la posibilidad de que alguien pudiera alumbrar aguas subterráneas en terreno ajeno, a pesar de que el dueño del terreno desconociese la existencia de tales aguas, o, conociendo, no quisiese o pudiese utilizarlas. Pero cosa de dos años después de la vigencia de la ley de Aguas, el Decreto Supremo N° 142, expedido por el General Enríquez el 22 de junio de 1938, vino a contemplar esta posibilidad. Este Decreto revoluciona todo el sistema anterior sobre aguas, encarrilando, siquiera en este aspecto, la legislación sobre esta materia hacia la única base en que debe reposar la reglamentación de este precioso elemento y de esta riqueza esencialmente social, o sea, atribuir al Estado la propiedad de todas las aguas, y conceder a los particulares lo único que necesitan y que les puede interesar, como es su uso; bien en-

tendido que ésto sólo en relación a las aguas, por su índole y papel económico, que no como criterio político general.

En virtud al mencionado Decreto, actualmente las aguas subterráneas son de dominio y uso públicos, atribuyéndose a los particulares que cumplen los requisitos y trámites que reglamenta dicho Decreto, la facultad de alumbrarlas y aprovecharse de éllas; siendo lo interesante que se rompió la relación entre la propiedad del suelo y la apropiación de las aguas subterráneas, ya que se puede denunciar y obtener la autorización para alumbrar aguas subterráneas tanto en suelo propio como en terreno ajeno. La función que desempeña el elemento agua es tal, que el aprovechamiento de éllas, que es vital para la economía privada y colectiva, no podía verse entrabado por el desconocimiento, la desidia o el egoísmo de quien, a título de dueño del suelo, podía, sin aprovecharlas él mismo, impedir a otros la utilización de las aguas contenidas en el subsuelo. Ahora, cualquiera persona que justifique la realidad y legitimidad de su utilización, puede ser autorizada para alumbrar aguas subterráneas, tanto en tierra propia como en suelo ajeno, sin otra limitación que la indemnización de los perjuicios reales que pudiera ocasionar, o el de una efectiva posesión y aprovechamiento anteriores, de las mismas aguas.

Aplicando los tres tipos de derecho que para el aprovechamiento de las aguas, hemos venido considerando a lo largo de esta exposición, deberíamos decir que las aguas subterráneas son bienes de dominio público y de uso público. Y cuando hay la autorización competente, y la realización de las obras necesarias, se convierten en aguas de dominio público, pero de uso privado, tan pronto como han sido alumbradas y canalizadas.

Cabe, por otro aspecto, anotar que en razón del artículo 24 de la Ley de Aguas y, sobre todo, el mencionado Decreto Supremo N° 142, la disposición del artículo 936 del Código Civil, en su edición de 1930, quedó derogada, y que, por tanto, el artículo 1007 del Código Civil vigente que lo reproduce textualmente, no debía constar en la Codificación realizada por la H. Comisión Legislativa, con tanta mayor razón cuanto que el artículo 8º de dicho Decreto Supremo dice expresamente: "Las disposiciones que se opongan al cumplimiento del presente Decreto se tendrán por derogadas". Y no cabe la menor duda que la disposición del art. 936 de la edición de 1930 del Código Civil (art. 1007 de la edición vi-

gente) que establece, en definitiva, que las aguas subterráneas pertenecen al dueño del suelo bajo el cual se encuentran tales aguas, se opone radicalmente a las normas del Decreto de 22 de junio de 1938, que declara las aguas subterráneas de dominio y uso públicos, y cuyas condiciones de adquisición en uso por los particulares reglamenta el mismo Decreto. (1).

**AGUAS REMANENTES.**—Nuestra actual legislación reconoce el derecho de los particulares de adquirir el uso y goce de las aguas remanentes de una heredad o industria. Y así lo establece en el art. 1º del mismo Decreto Supremo que hemos venido mencionando; y lo hace tomándolo como consecuencia de la parte final del art. 821 (art. 888 del Código Civil vigente), con una lamentable falta de coherencia y hasta de comprensión del sentido de esta disposición legal frente a la adquisición de aguas remanentes. La parte de la disposición del Código Civil a que el art. 1º del Decreto Supremo hace referencia como antecedente para reconocer el derecho de los particulares para denunciar y obtener la adjudicación de aguas remanentes, dice: "Pero aunque el dueño pueda servirse de dichas aguas, deberá hacer volver el sobrante al acostumbrado cauce, a su salida del fundo". Este no es el caso de "aguas remanentes"; las aguas que, por no ser utilizadas por el propietario ribereño (ya que el art. 888 sólo se refiere al caso de los propietarios ribereños), vuelvan a su cauce natural, no serán aguas remanentes; serán, simplemente, las mismas aguas de dominio y uso públicos que constitúan el río, arroyo o quebrada, de manera que el nuevo interesado que tratara de adquirirlas, no podría denunciarlas como aguas remanentes, sino que tendría que seguir el acostumbrado trámite judicial para adquirir la adjudicación de aguas de dominio y uso públicos que corren por cauces naturales. Es decir que la parte de la disposición legal que toma como fundamento el art. 1º del Decreto Supremo, se refiere a aguas que corren por un cauce natural, no a aguas remanentes. Agréguese a ésto que la circunstancia de relacionar el derecho a la adjudicación de aguas remanentes al citado art. 888 del Código Civil, estaría contrariando la misma intención que tuvieron los autores del alu-

(1) Sobre este punto hay un breve estudio publicado en el N° 5 del Boletín del Colegio y del Club de Abogados de Quito.

dido Decreto Supremo, ya que limitaría la denuncia de aguas remanentes sólo al caso de las "mercedes legales" de aguas, que ya hemos estudiado, sin comprender las aguas remanentes provenientes de **adjudicatarios judiciales** de aguas, porque el art. 888 del Código Civil, según hemos visto detalladamente, consagra exclusivamente lo que hemos llamado "merced legal" de aguas, en favor de los propietarios ribereños, y que es diferente de la "merced judicial" de aguas, que es la que tiene todo particular, para obtener del Juez competente, la concesión de aguas de uso público.

Hecha esta crítica, que era indispensable para la debida comprensión del Decreto Supremo, en su unidad, en cuanto reconoce el derecho para la adquisición de aguas remanentes, queda en pie, por un lado, la necesidad de suprimir la defectuosa referencia que hace el citado art. 1º del Decreto Supremo a la disposición del art. 821 del Código Civil (art. 888 de la edición vigente), referencia que, por lo demás, aún cuando hubiera sido correcta, tampoco era necesaria; y, por otro lado, queda en pie el hecho importante de que nuestra actual legislación reconoce a los particulares la facultad de pedir la adjudicación de aguas remanentes, facultad novedosa y que era indispensable para la racional utilización de esta riqueza social.

Hay otra modalidad muy interesante que trae el Decreto Supremo del General Enríquez y que merece la debida atención y un amplio estudio, porque entraña, en cuanto a las aguas remanentes de propiedad privada, una revolucionaria concepción, casi única dentro de nuestro derecho civil: la conversión de bienes de dominio privado en bienes de dominio y uso públicos, en forma gratuita e imperativa. Esta modalidad, que ha pasado casi desapercibida, es extraordinariamente importante por sus alcances prácticos y porque constituye un caso bien concreto de reforma de nuestro clásico derecho civil por presión del derecho social. Este paso, de indiscutible valor como jalón histórico en la evolución de nuestro derecho positivo, no ha traído, por una curiosa apatía o por desapercibimiento por parte de nuestros estudiosos, la crítica que se merece. Consiste en que aguas de incuestionable dominio privado pasan, en determinadas circunstancias y por puro ministerio de la ley —vale decir sin iniciativa de ningún organismo del Poder Público— pasan, digo, a ser aguas de dominio y uso públicos, de manera que cualquier

persona puede pedir para sí su adjudicación en uso, cumpliendo con un especial trámite administrativo.

El elemento que determina esta singularísima conversión es el hecho de que las aguas de dominio privado se constituyan en "remanentes", y lo más interesante está en que el concepto de "aguas remanentes", al entender del susodicho Decreto no se limita a las aguas que salen del fundo o centro industrial, sino que comprende también a las aguas que, **aún antes de salir de la heredad**, ya no fueron aprovechadas por el propietario; es decir, que las aguas de dominio privado pueden pasar a ser de dominio público desde el momento y en el volumen en que dejan de ser utilizadas por su dueño en la labor agrícola o industrial correspondiente. Consagra, pues, este Decreto, de manera inequívoca, aunque sin decirlo en forma expresa (y me sospecho que sin haber pensado en todos sus alcances), la limitación de que el derecho del propietario privado de aguas no va más allá de la utilización de éstas **como medio de producción** y para satisfacción de menesteres en que el agua sea necesaria. Tan pronto y en el exceso de la medida en que han cumplido esta función, las aguas de dominio privado se convierten en aguas de dominio y uso públicos.

Entonces se vuelven evidentes una conclusión y un problema que, acaso, no fueron totalmente queridos ni previstos por los autores del **decreto Supremo**: el propietario privado de aguas no puede obtener de éstas un lucro comercial directo, o, en otros términos, no puede enagenarlas o arrendarlas. Establecerlo así respecto del adjudicatario de aguas de uso público —como también lo hace— estaba dentro no sólo de lo conveniente sino de lo jurídico, porque, como ya lo hemos visto a lo largo de este estudio, el concesionario de aguas de dominio y uso públicos sólo tiene el derecho de usar las aguas para los fines en cuya consideración fueron adjudicadas, fines entre los cuales no está, ni podía estar, la obtención de un lucro por la negociación de las aguas. Pero entraña un principio esencialmente revolucionario para el derecho de propiedad en su molde clásico y para la situación jurídica y de hecho de los propietarios privados de aguas al momento de la vigencia del Decreto N° 142, la tácita prohibición de enagenar o arrendar aguas de dominio privado que ya no ha podido, o no ha querido, utilizar su dueño, agrícola o industrialmente o en menesteres domésticos.

Y el problema surge, tanto por lo radical e inusitado de los alcances del Decreto Supremo, como por la forma inexpressiva, reticente y demasiado general de su redacción, que al dar el concepto legal de "aguas remanentes" —que es el punto neurálgico del asunto— lo hizo, con expresiones vagas, común tanto para el propietario como para el mero adjudicatario, a base de lo que podíamos llamar "inaprovechabilidad" de las aguas, **pero en función de la heredad o de la industria**: "Son aguas remanentes, dice el inciso 2º del artículo 1º del mencionado Decreto, no sólo las que salen del fundo o centro industrial, sino las que servidas no fueron aprovechadas por el **propietario** o por quien hubiere adquirido el derecho para su uso y goce; mas, el derecho que se concede en el inciso anterior sobre las aguas remanentes no limita el que tiene el propietario o poseedor para aprovecharlas totalmente **en su propia heredad o en el objeto industrial** para el que fueron concedidas".

Y, entonces, sin decirlo expresamente, pero permitiendo llegar a ello como conclusión inequívoca, establece la limitación para el propietario privado de aguas, de negociar con ellas, ya que si pudiera o tratara de hacerlo es porque, incuestionablemente, ya no puede, o no quiere, "aprovecharlas" totalmente en su heredad o en su establecimiento industrial; y en tanto no puede así aprovecharlas, tales aguas se convierten en "aguas remanentes", respecto de las cuales, cualquier persona, al decir del artículo 2º del Decreto, puede denunciarlas y obtener su adjudicación, como aguas de dominio y uso públicos, con la sola y lógica modalidad (modalidad que tampoco la consagra el Decreto con la precisión y claridad que un texto legal requiere) de que el derecho del adjudicatario no impediría un posterior aprovechamiento, agrícola o industrial, que de las aguas pudiera hacer su original propietario.

Por otro lado, en los considerandos del Decreto N° 142 se refiere el legislador exclusivamente a los derechos de uso y goce de los adjudicatarios de aguas, no al derecho de propiedad; y pudo y debió referirse también al propietario privado de aguas, ya porque varias de sus "consideraciones" son también extensivas al propietario privado de aguas, tanto para compelirle a aprovechar productivamente de éllas, como para que no impida, por egoísmo, que otras personas puedan utilizar aguas que su propietario ya no puede aprovechar. Y este era el concepto del legislador al dictar este

Decreto. Pero con la omisión anotada, se ofrece el caso de que los "considerandos" hablan sólo del adjudicatario y en el texto del decreto, las diversas disposiciones relativas a las aguas remanentes, comprenden tanto al mero adjudicatario como al propietario.

Con todo lo dicho hay bastante para pensar en los alcances —y en los problemas— seguramente no deseados en toda su amplitud, pero, en todo caso, muy perifrásica o vedadamente contenidos en el célebre Decreto de 22 de junio de 1938; todo lo cual no quita el valor del principio —como Ciencia del Derecho— como atrevida, justa y sorpresiva evolución de nuestra legislación positiva, en materia de aguas, en especial, y, de manera general, en cuanto a la concepción misma del derecho de propiedad.

En cuanto a las aguas remanentes que provienen de adjudicatarios de aguas de uso público es muy natural, y está de acuerdo con la lógica del sistema y con el alcance de la concesión, que puedan ser denunciadas y adquiridas por cualquier persona, si ya no son aprovechadas por el adjudicatario.

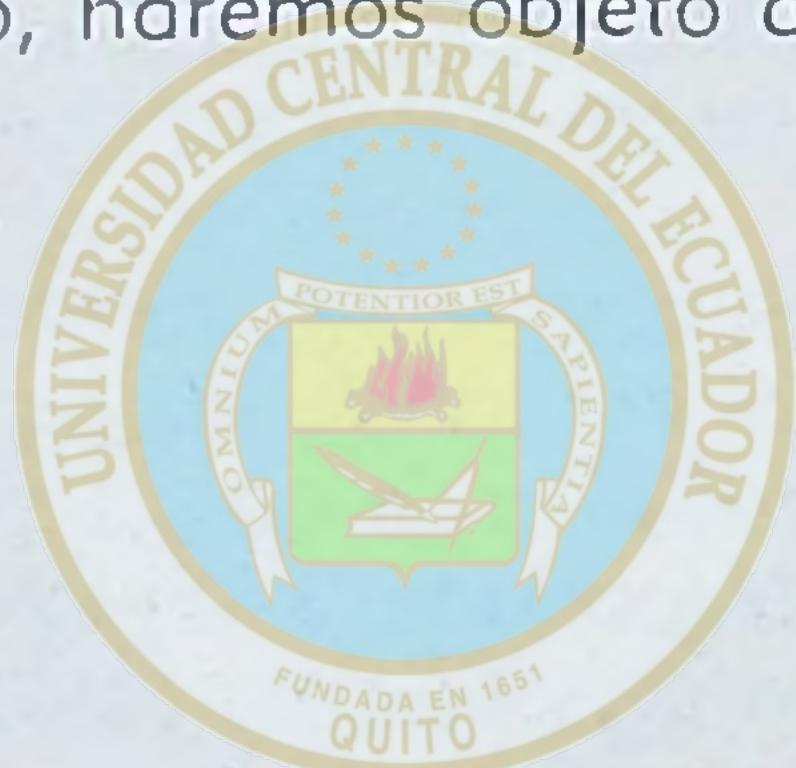
Por lo demás, las aguas remanentes siguen las reglas que hemos estudiado al hablar de las aguas corrientes, dentro de su calificación jurídica de aguas de dominio y uso públicos; de modo que otorgada una adjudicación de aguas remanentes y captadas o canalizadas éstas, se convertirán en aguas de dominio público pero de uso privado.

La diferencia con las demás aguas de dominio público y uso público radica sólo en el trámite, ya que la adjudicación de las aguas remanentes no sería judicial, como en los casos ya estudiados, sino administrativa; la entidad que la otorga es el Ministerio de Obras Públicas (el Ministerio de Obras Públicas vino a reemplazar, para el caso, al Ministerio de Previsión Social, que es al que se refería el Decreto Supremo N° 142, de conformidad con el art. 7º de las reformas a la Ley de Aguas de 5 de marzo de 1945), siguiendo un trámite un tanto diferente del de la adjudicación judicial, trámite señalado en el art. 3º del tantas veces mencionado Decreto N° 142, y que es común tanto para la concesión de aguas remanentes como de aguas subterráneas.

Tal es, a través de esta revista que he tratado que sea lo más completa posible, la condición jurídica de las aguas en el Ecuador, según el estado actual de la dispersa y muchas veces contradictoria legislación que sobre éllas tene-

mos, siendo de desearse, en esta materia, un cuerpo de leyes organizado y unitario, en cuanto a su ordenación formal; y, en lo esencial, que se le atribuya una importancia mayor a las aguas que el de una simple mercancía echada al azar al comercio privado. Juega un papel tan fundamental en la producción y en la economía pública, que debe ser eliminada del dominio particular y, sobre todo, del comercio particular; advertido que para la producción agrícola e industrial, los individuos no necesitan ser dueños del agua; déseles el uso, que es todo lo que les puede interesar, y, a base de esta idea central, legíse sobre aguas con equidad y buen sentido, devolviéndosele al agua el papel que debe jugar en la economía nacional, ya que ningún bien, privado o público, ofrece las características de este precioso elemento.

Y dentro de esta modalidad, encajaría a perfección ese feliz ensayo que es la ley de Riego y Saneamiento del Suelo, cuya crítica, especialmente en lo que concierne a la Caja Nacional de Riego, haremos objeto de un estudio independiente.



ÁREA HISTÓRICA  
DEL CENTRO DE INFORMACIÓN INTEGRAL