UFG. 2739.

Microsystem - MOP_DGA

PLA

PONENCIAS
A LAS JORNADAS (I, II, II y IV)
DE DERECHO DE AGUAS
PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE.

(Santiago, 1998, 1999, 2000 y 2001)

DIRECCION GENERAL DE AGUAS
Centro de Información Recursos Hídricos
Área de Documentación

S.D.T; Nº 137

AUTOR:

CHRISTIAN NEUMANN MANIEU
ABOGADO.
DIRECTOR REGIONAL
DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS
DE VALPARAÍSO

LEG-2739
c.1

NOTA DE PRESENTACIÓN:

En este documento se han compilado cuatro ponencias que el autor ha presentado y efectuado en ese mismo número de Jornadas de Derecho de Aguas, que el Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, ha llevado a cabo desde el año 1998.

Estos trabajos son:

1.- "De la libertad para afiliarse o desafiliarse de una Organización de Usuarios de Aguas". (Ponencia a las Primeras Jornadas de Derecho de Aguas. Santiago de Chile, 1998).

2.- "Del procedimiento especial de regularización de derecho de aprovechamiento del artículo 2° Transitorio del Código de Aguas". (Ponencia a las Segundas Jornadas de Derecho de Aguas. Santiago de Chile, 1999).

3.- "Aspectos generales, derechos y obligaciones en las organizaciones de usuarios de aguas" (Ponencia a las Terceras Jornadas de Derecho de Aguas. Santiago de Chile, 2000).

4.- Muñoz R., Jaime y Neumann M., Christian: "El requisito de no causar perjuicio o menoscabo a derechos de terceros: un aporte sustancial del Código de Aguas de I981". (Ponencia en conjunto a las Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas. Santiago de Chile, 2001).

Es del caso señalar que las ponencias signadas con los números 1 y 2, se han publicado, respectivamente, en la Revista Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 1/N°2 - julio - diciembre 1999, pp. 393 – 408, y en la Revista Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. II/N°1 – enero - junio - 2000, pp. 211 - 246). Por su parte, las ponencias señaladas con los números 3 y 4, se encuentran formando parte de las Actas respectivas que se hayan en Prensas.

Finalmente, es preciso destacar que los pareceres del autor en caso alguno representan la opinión oficial de la Dirección General de Aguas, organismo donde se desempeña como Director Regional en la Región de Valparaíso, la que en todo caso, suele ser citada y debidamente identificada en cada uno de estos trabajos.

Quillota, abril del 2002.

DIRECCION GENERAL DE AGUAS
Centro de Información Recursos Hídricos
Área de Documentación

"DE LA LIBERTAD PARA AFILIARSE O DESAFILIARSE DE UNA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS DE AGUAS"

(Ponencia a las I Jornadas de Derechos de Aguas
Pontificia Universidad Católica de Santiago,
Noviembre de 1998)

DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS
Centro de Información Recursos Hídricos
Área de Documentación

Autor:
Christian Neumann Manieu

Santiago, Noviembre de 1998.

"DE LA LIBERTAD PARA AFILIARSE O DESAFILIARSE DE UNA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS DE AGUAS"

Christian Neumann Manieu.[1]

SUMARIO:

I.- Prólogo. II.- En cuanto al ejercicio individual de un derecho de aprovechamiento de aguas. III.- En cuanto al ejercicio colectivo de un derecho de aprovechamiento de aguas. IV.- Análisis en particular de las hipótesis propuestas: IV.A.- De la afiliación voluntaria a una organización de usuarios. IV.B.- De la afiliación forzada a una organización de usuarios. IV.C.- De la desafiliación voluntaria a una organización de usuarios. IV.D.- De la desafiliación forzada a una organización de usuarios. V.- Conclusiones.

I.- PRÓLOGO:

Nuestra legislación de aguas consagra una total libertad para usar[2] las aguas terrestres a que se tiene derecho, facultando actualmente a su titular a usar en todo o en parte el mismo o no usarlo por un periodo determinado, como, asimismo, en cuanto se lo permita el título respectivo, a destinar las aguas en los usos que desee, a enajenarlo separadamente de los demás bienes a que éste se encuentre asociado, o bien, a disponerlo en todo o en parte. En definitiva, el titular del correspondiente derecho de aprovechamiento de aguas es soberano para ejercerlo a su arbitrio en la medida en que no vaya en contra de la Constitución y la ley, como de derecho ajeno.

Por otra parte, la señalada legislación consagra normas que establecen y regulan los medios necesarios para ejercer los derechos de aprovechamiento[3], que posibilitan efectivamente al titular de este el ejercicio del mismo en forma individual o colectiva.

En relación con el ejercicio de derecho de aprovechamiento resulta pertinente destacar que, en la medida que se requieran hacer obras para ello, o bien, se desee por su titular cambiar su punto de ejercicio o la fuente de abastecimiento o protegerlo en general, por ejemplo, deberá estarse a las acciones, autorizaciones y procedimientos que expresamente dispone el actual Código de Aguas, como, en su caso, a los remedios jurídicos que el resto del ordenamiento legal preceptúa, materias que en todo caso deben tenerse presente como complementarias al presente trabajo.

---

1 Abogado. Actualmente se desempeña como Director Regional de Aguas de la V Región. Candidato a Magíster en Derecho de Aguas del Instituto de Derecho de Minas y Aguas de la Universidad de Atacama.

2 En cuanto a la libertad de uso de las aguas, ver Vergara Blanco, Alejandro: "La libre transferibilidad de los derechos de aguas" (Revista Chilena de Derecho. Vol.. 24, N°2, pp 369 - 393, 1997). P 378.

3 Bienes incorporales que, en todo caso, deberán existir como tales y encontrarse regularizados y determinados en todas sus menciones, según corresponda, conforme a las normas del Código de Aguas.

Ahora bien, es posible constatar, en particular, en cuanto al ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas en forma colectiva o en conjunto con otros titulares a través de obras comunes que se someten a la jurisdicción de una organización de usuarios que reconoce y regla el actual Código de Aguas, el problema que se suscita cuando un titular de este tipo de bien incorporal pretende ingresar voluntaria o forzadamente a una de ellas, o bien, salir o ser forzado a salir de aquella.

En efecto, no obstante que el ordenamiento legal reconoce y asegura el derecho de propiedad en todas sus formas y especies, y, consecuentemente, la libertad de transferibilidad de los bienes sobre la cual ella recae, se estima por algunos - en cuanto a los derechos de aprovechamiento de aguas - que ella contiene algunos obstáculos que no permiten su eficiente reasignación por el mercado[4].

En ese sentido, en nuestra opinión, aparece que la obligación de ejercer el derecho de aprovechamiento conjuntamente con otros titulares a través de unas mismas obras en común, o bien, que no se reconozca la facultad de asociarse o no, voluntaria o forzadamente, con otros titulares en un momento determinado, salvo los casos legales que expresa y excepcionalmente estableció el legislador, puede conllevar que a partir de una interpretación rígida de las normas respectivas, y, no obstante, haber operado los procedimientos y mecanismos legales ante las autoridades competentes - que entre otros aspectos, deben velar por los derechos de terceros - haga que el ejercicio del respectivo derecho se encuentre sometido a un modo o condición[5] que podría conculcar o menoscabar en su esencia el mismo.

Es precisamente a este tema al que pretendemos aportar[6] algunos antecedentes para ser promovidos en el seno de esta Primera Jornadas de Derecho de Aguas, pues de alguna manera estimamos que la condición particular en que se encuentre el ejercicio del derecho de aprovechamiento constituirá una externalidad especial del mismo afectando su libre transaccibilidad.

II.- <u>EN CUANTO AL EJERCICIO INDIVIDUAL DE UN DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS:</u>

A modo de referencia parece necesario destacar algunas consideraciones generales sobre el ejercicio individual[7], sin perjuicio de que el por si sólo amerita ser tratado de manera individual y

---

[4] En cuanto a los obstáculos citados, ver Vergara Blanco, Alejandro: "La libre transferibilidad de los derechos de aguas" (Revista Chilena de Derecho. Vol.. 24, N°2, pp 369 - 393, 1997). pp 382 -391.

[5] Cabe precisar que en nuestra parecer el acto de constitución originaria de un derecho de aprovechamiento puede legítimamente establecer modos o condiciones a que deberá someterse el derecho que se crea, fundado en lo dispuesto en los artículos 149 N° 7 y 150 del Código de Aguas, como en lo resuelto recientemente por el Tribunal Constitucional de Chile según el mérito de la sentencia de fecha 13 de octubre de 1997, dictada en los autos rol N° 260, referidos al requerimiento de inconstitucionalidad formulado por 30 diputados de los algunos preceptos del proyecto de modificación del Código de Aguas de 1981. De manera que, en ese sentido, no se está vulnerando en caso alguno lo preceptuado en los artículos 6 y 7, como en el N° 26 del Artículo 19 de la Constitución Política, pues el derecho de aprovechamiento de aguas nace a la vida jurídica con una determinada modalidad, cual es precisamente, la que en su ejercicio su titular deberá observar el modo o condición determinada, y, en esos mismos términos tanto el primero como el último de sus dueños deberá ejercerlo, sin que por ello pueda presumirse que este bien incorporal tiene en si misma una externalidad que dificulta su libre transferibilidad.

[6] Las opiniones vertidas en el presente trabajo en caso alguno representan la opinión oficial del Servicio Público en el que actualmente trabaja su autor.

[7] Para precisar, aún cuando bajo la denominación uso individual de aguas, ver Vergara Blanco, Alejandro: "Régimen jurídico de la unidad de medida de los derechos de aguas, Su esencial conexión con la distribución de aguas superficiales". (Revista de Derecho de Aguas. Vol. VII, pp 39 - 69, 1996). p 50.

sistemática por las diversas aristas y complejidades que se desencadenan a su alrededor.

En este contexto, resulta pertinente tener presente lo establecido en el artículo 8 del actual Código de Aguas que preceptúa que el que tiene un derecho de aprovechamiento lo tiene, igualmente, a los medios necesarios para ejercitarlo. Así, el que tiene derecho a sacar aguas de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella aunque no se haya establecido en el título.

Por su parte, en concordancia con la norma anterior, el artículo 9 de ese mismo Código, dispone que el que goza de un derecho de aprovechamiento puede hacer, a su costa, las obras necesarias para ejercitarlo.

En armonía con las normas anteriores, el artículo 25 del actual Código de Aguas, señala que el derecho de aprovechamiento conlleva, por el ministerio de la ley, la facultad de imponer todas las servidumbres necesarias para su ejercicio, sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes.

Esta última disposición legal debe ser coordinadas con las contenidas en los artículos 69 y siguientes del Código de Aguas, que establecen las normas generales y particulares aplicables a las servidumbres[8] relacionadas con las aguas, sin perjuicio de las normas contenidas en los artículos 820 y siguientes del Código Civil, en cuanto reglas supletorias.

De manera que, en general, podemos sostener que en nuestro ordenamiento legal existen normas que regulan y aseguran debida y oportunamente el ejercicio individual de un derecho de aprovechamiento de aguas, estatuto jurídico que, en todo caso, debe ser armonizado con las normas contenidas en los artículos 19 Nºs 2 y 24, y 20 de la Constitución Política de la República, y con los artículos 171 y siguientes, 177 y siguientes, y 181 y siguientes, del Código de Aguas, entre otros, en cuanto a procedimientos judiciales en materias de aguas referidos en particular a la protección del ejercicio de los derechos de aprovechamiento que recaen sobre ellas.

Finalmente, en relación al ejercicio individual de un derecho de aprovechamiento de aguas cabe destacar que existen una serie de procedimientos especiales en el actual Código de Aguas que se relacionan con él, sea en cuanto a facilitarlo sea en cuanto a asegurarlo, como, asimismo, una vasta gama de acciones y recursos que se pueden impetrar para garantizar su oportuno y debido ejercicio, tanto en la Constitución Política como en otros cuerpos legales[9].

De lo anterior, es posible inferir que si bien a partir del ejercicio de un derecho de

---

[8] A este respecto resulta destacable concordar las reglas que se citan con las normas contenidas en los artículos 76 a 93 del Código de Aguas y en los artículos 861 y 870 del Código Civil, por estar ellas directamente destinadas a regular en particular la servidumbre de acueducto, gravamen que en general constituye el medio especial que se vale el titular del respectivo derecho de aprovechamiento para ejercerlo cuando no es de aquellos que se denominan propietarios o usuarios riberanos.

En cuanto a la servidumbre de acueducto, cabe destacar que se le clasifica de continua y aparente, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 822 y 824 del Código Civil, razón por la cual, en virtud de lo establecido en el artículo 882 del Código Civil, puede ésta adquirirse por título, o por prescripción de cinco años.

Asimismo, en relación con esta especie de servidumbre legal, en atención a lo dispuesto en las normas del Código de Aguas citadas precedentemente, cabe destacar que ella no constituye materia de juicio el derecho de imponerla, sino que mas bien el trazado, el monto del precio de indemnización a que se refiere el artículo 82 del Código de Aguas, como cualquier otro aspecto o particularidad a que dichas normas se refieren.

[9] A modo de enumeración no taxativa, tener presente las acciones posesorias, las declaraciones de áreas de reducción temporal, de restricción y de prohibición, respecto de las aguas subterráneas, como la solicitud de agotamiento de los cauces, o bien, las acciones de amparo económico, de protección, de cegamiento de pozo, entre otras.

aprovechamiento podrían ocasionarse obstáculos al mismo, en caso alguno ellos podrían estimarse como una externalidad que afectara su libre transaccibilidad, pues, precisamente, el legislador previniendo la producción de dichas barreras estableció un conjunto de normas que resguardaran debidamente el derecho de dominio sobre este bien como cada una de las facultades que son de la esencia de la propiedad.

III.- EN CUANTO AL EJERCICIO COLECTIVO DE UN DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS:

Podemos constatar que en diversas oportunidades el ejercicio de un derecho de aprovechamiento se realiza en forma colectiva[10] con otros titulares de este tipo de bien incorporal, lo cual suele hacerse bajo una forma de organización de usuarios de aguas que la institucionalidad normativa de aguas terrestres establece y regla, para lo cual resulta pertinente tener presente, en forma especial, las normas contenidas en los artículos 186 y siguientes, en los artículos 177 y siguientes, 247 y siguientes, y 283 y siguientes, todos del Código de Aguas, normas que damos expresamente por reproducidas, y que versan sobre las organizaciones de usuarios que se regulan por ese Código y que se encuentran, por tanto, sometidas a la fiscalización de la Dirección General de Aguas, tanto en sus aspectos de distribución de las aguas como económicos.

Ahora bien, el problema se plantea cuando una organización de usuarios de aguas no reconoce y no acepta que un titular de un derecho de aprovechamiento pueda ingresar o salir voluntariamente de ella, o bien, aquella organización desea hacer ingresar o salir de ella forzadamente a un titular de derecho de aguas; o bien, aquel titular desea afiliarse o desafiliarse voluntaria o forzadamente de aquélla.

Planteadas así las variables del problema se pueden distinguir las siguientes situaciones:

1.- Afiliación voluntaria a una organización de usuarios;
2.- Afiliación forzada a una organización de usuarios;
3.- Desafiliación voluntaria de una organización de usuarios; y,
4.- Desafiliación forzada de una organización de usuarios.

En relación con el tema en análisis deben tenerse presente las siguientes consideraciones generales:

Primero, lo planteado en estas hipótesis en caso alguno se encuentran alejadas de la realidad cotidiana, pues cualquiera de ellas pueden plantearse con ocasión, por ejemplo, por la presentación de una solicitud de la construcción, modificación, cambio o unificación de bocatomas, o cambio de fuente de abastecimiento, o traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento, o bien, por cambio de punto de captación del mismo sobre aguas subterráneas.

Segundo, la tipología recién propuesta no tan solo se encuentra fundada en la presencia o no de la voluntad de los interesados sino que del mandato legal, por lo cual tendremos casos cuyo fundamento emanara de la fuerza de los hechos como del tenor de la ley; por tanto, habrá casos de

---

[10] Bajo la denominación uso colectivo de aguas, ver Vergara Blanco, Alejandro: "Régimen jurídico de la unidad de medida de los derechos de aguas, Su esencial conexión con la distribución de aguas superficiales". (Revista de Derecho de Aguas. Vol. VII, pp 39 - 69, 1996). p 50.

afiliación o desafiliación, voluntaria y forzada, existiendo en esta última, aquella que resulta de una resolución judicial o por ordenarlo así la ley.

Tercero, en nuestra opinión existe virtualmente[11] caso de ingreso voluntario a una organización de usuarios cuando exista un nuevo titular del derecho de aprovechamiento sometido a su jurisdicción, sea con ocasión de su venta u otro acto entre vivos como por acto por causa de muerte, y, así también existirá, correlativamente, un caso de retiro forzado de ella.

En efecto, dentro de la tesis general que se desarrolla en este trabajo - cual es que la afiliación o desafiliación es material, esto es, el ingreso o salida propiamente tal del derecho de aprovechamiento de la jurisdicción de la organización de usuarios de aguas - la circunstancia de que el ingreso o desafiliación sea formal no resulta relevante, pues esta siempre será la última instancia o recurso que podrá invocar y ejercer el titular respectivo para no continuar o formar parte de la organización de usuarios de aguas; de manera que esta situación puede ser considerada como una figura residual, aún cuando exista un mandato expreso de la ley que obligue a la afiliación o desafiliación.

Por último, en cuanto a la información acerca de si tal o cual derecho de aprovechamiento se encuentra sometido a la jurisdicción de una organización de usuarios determinada, resulta pertinente tener presente que constituye una obligación de la correspondiente organización, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 205[12] del Código de Aguas, llevar un Registro de Comuneros o Asociados en que deben anotarse los derechos de aguas de cada uno de ellos, el número de acciones y las mutaciones de dominio que se produzcan, siendo improcedente efectuar estas últimas, mientras no se practiquen las inscripciones correspondientes en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces[13].

IV.- ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LAS HIPÓTESIS PROPUESTAS:

Analicemos los casos anteriormente propuestos en forma separada, a fin de proponer las observaciones y opiniones a su respecto:

IV.A.- DE LA AFILIACIÓN VOLUNTARIA A UNA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS:

Hay afiliación voluntaria o ingreso voluntario a una organización de usuarios, cuando un titular de derecho de aprovechamiento por su sola voluntad consiente libre y soberanamente con el

---

[11] Digo virtualmente, pues en nuestra opinión se trataría de un caso de afiliación o desafiliación formal en contraposición a una material, pues el derecho de aprovechamiento continuaría sometido a la jurisdicción de la respectiva organización de usuarios, es decir, no existiría un retiro físico del derecho.

Para mayores antecedentes sobre la afiliación o desafiliación formal, consultar en Agurto Tapia, Patricio: "Organizaciones de usuarios de aguas y libertad de asociación". (Revista de Derechos de Minas y Aguas. Volumen II, Santiago de Chile, !991). pp 129.

[12] Esta norma debe ser concordada con lo dispuesto en los artículos 255, 258, y 274 N°5, todos del Código de Aguas, razón por la cual, dicha obligación debe entenderse referida a todas la organizaciones de usuarios que con arreglo a la legislación sobre aguas terrestres de aguas se constituye y organiza.

[13] Al respecto debe tenerse presente que la enajenación o venta de los derechos de aprovechamiento de aguas que se encuentran inscritos en los Registros de Propiedad de Aguas de los Conservadores de Bienes Raíces competentes se encuentran sometidas a todas las disposiciones que rigen a la propiedad raíz inscrita, en cuanto no hayan sido modificadas por el Código de Aguas. En este sentido consultar los artículos 21, 112 y siguientes, 117 y 121, entre otros, del actual Código de Aguas.

órgano competente de la organización respectiva, ingresar a ella para captar, conducir y distribuir su derecho de aguas a través de las obras comunes sometidas a la competencia de aquella, en conjunto con los demás derechos que se encuentran sometidos a su jurisdicción.

En cuanto a este tipo de afiliación, cabe precisar desde ya que no caben dudas que hay ingreso voluntario a una organización de usuarios cuando todos los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que usan de unas mismas obras comunes acuerdan constituirla de consuno por escritura pública, según lo disponen los artículos 187, 258, 263 en concordancia con el 267 y 269, todos del actual Código de Aguas.

No existe mejor fundamento para sostener esta afirmación, cuando a la formación y existencia de la organización deben concurrir todos los titulares de los derechos que se conducen por la obra común, a través del otorgamiento y la firma de la competente escritura pública. De no existir el referido acuerdo de voluntades - consentimiento - de todos los titulares, la constitución y existencia de la organización deberá hacerse por la vía judicial.

En este evento, en nuestra opinión, se consagra expresamente lo establecido en los artículos 10, 12 y 1545 del Código Civil, esto es, el principio de la autonomía de la voluntad como el principio de la libertad de contratación o contractual[14].

Ahora bien, en relación con la afiliación voluntaria resulta oportuno señalar que el artículo 199 en relación con el artículo 241 Nº 6 del actual Código de Aguas, reconoce y regla efectivamente la posibilidad de ingresar convencionalmente a una organización de usuarios ya formada, para lo cual el directorio está facultado legalmente para conocer de dicha solicitud, darle tramitación, establecer las condiciones, gastos (costos), y momento en que ella ha de efectuarse, entre otras consideraciones.

En este caso, sólo se considera la incorporación de nuevos derechos a la organización de usuarios que existe y funciona como tal y que no se encontraban sometidos a la jurisdicción de la organización[15] correspondiente; como, asimismo, en nuestra opinión, existe una aplicación clara del principio de la autonomía de la voluntad tanto del titular respectivo como de la organización de usuarios, como, además, un reconocimiento expreso de la garantía de la libertad de asociación que asegura la Carta Fundamental. Tanto dicho principio como ese derecho fundamental, no caben dudas que deben estar dirigido por un ánimo que gobierna la voluntad de los interesados que permite por tanto otorgar los consentimientos y las convenciones correspondientes[16] .

---

[14] En opinión contraria ver Agurto Tapia, Patricio:"Organizaciones de usuarios de aguas y libertad de asociación". (Revista de Derechos de Minas y Aguas. Volumen II, Santiago de Chile, I991). p 127.

[15] Cabe destacar que si se tratan de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, esto es, de derechos que han sido creados originariamente o reconocidos, para el caso de quedar ellos comprendidos dentro del territorio donde existe competencia de una junta de vigilancia determinada, su ingreso es obligatorio según lo preceptúa el artículo 272 del actual Código de Aguas.

Para el caso de los demás tipos de organizaciones de usuarios de aguas de que trata el citado Cuerpo Legal no hay norma particular al respecto, y, en nuestra opinión, hay aquí un caso de interpretación restrictiva, razón por la cual no puede arguirse dichas circunstancias tanto a los casos que no quedan comprendidos en la citada norma legal como al resto de las organizaciones.

Es más, si el legislador de aguas pretendió que ese mismo efecto se produjera respecto de las demás organizaciones de usuarios que estableció en el Código de Aguas, lo habría dicho expresamente, sin necesidad de que algún interprete posterior debiera recurrir, por ejemplo, al aforismo: donde existe a misma razón (la distribución) existiera la misma razón (afiliación obligatoria del nuevo derecho a la jurisdicción de la organización).

[16] En relación con la materia de las convenciones respectivas, deberá considerarse si hay compra o arrendamiento de las obras existentes en virtud de lo dispuesto en el artículo 202 del Código de Aguas.

En efecto, algunos podría encontrar en ese ánimo un caso de afectio societatis, es decir, aquel que rige la voluntad de las partes contratantes de una sociedad civil o mercantil[17], por ejemplo; en nuestro parecer, en cambio, ese ánimo es otro, que tiene como contenido el de que las aguas a que tienen derecho los titulares respectivos se capten, se conduzcan, se almacenen y se distribuyan a través de unas obras comunes, a fin de reducir costos en lo que se refiere tanto a la construcción, mantención, reparación y/o modificación de las mismas como a resguardarse conjuntamente de extracciones ilegítimas de terceros, entre otras causas legítimas[18] que pueden motivar dicho ánimo.

Finalmente, en relación con este tipo de ingreso a una organización de usuarios, debe dejarse constancia que a partir de este el titular del respectivo derecho tendrá los mismos derechos y obligaciones que los demás comuneros o miembros de la organización, como esta las mismas facultades y obligaciones que la ley o los estatutos le hayan otorgado respecto de los derechos sometidos a su jurisdicción.

IV.B.- DE LA AFILIACIÓN FORZADA A UNA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS:

Hay afiliación forzada a una organización de usuarios, cuando se gestiona para que un titular de derecho de aprovechamiento de aguas en contra de su voluntad o de la correspondiente organización de la que actualmente no forma parte, ingrese a esta con la posibilidad de captar, conducir y distribuir su derecho de aguas a través de las obras comunes sometidas a la competencia de aquella y en conjunto con los derechos de aprovechamiento que se encuentran sometidos a su jurisdicción.

En relación con esta tipología, resulta pertinente destacar que existen casos legales de ingreso forzado de un titular de derecho de aprovechamiento de aguas a una organización de usuarios, como lo son aquellos que se desprenden de lo dispuesto en el artículo 51 en armonía con

---

En efecto, de acuerdo al mérito de lo establecido en la citada norma, las obras que forman parte del sistema sometidos a la jurisdicción de la organización de usuarios pertenecen a quienes la hayan adquirido de acuerdo a las normas del derecho común, presumiéndose (al parecer, una presunción simplemente legal) que ellas son de los titulares de los derechos que extraigan, conduzcan o almacenen aguas en ellas, en la proporción a sus derechos, razón por la cual no resulta atendible suponer que un dueño vaya aceptar que por obras de su dominio, sin retribución a cambio, esto es, por mera liberalidad, se capten, conduzcan o almacenen aguas de un titular de derecho de aprovechamiento que, en su oportunidad, no contribuyo financieramente a su construcción. En ese contexto, aparece razonable que entre las convenciones respectivas, se contemple regla sobre dicha circunstancia a fin de evitar conflictos futuros.

[17] En contra de esa opinión, consultar en Agurto Tapia, Patricio:"Organizaciones de usuarios de aguas y libertad de asociación". (Revista de Derechos de Minas y Aguas. Volumen II, Santiago de Chile, l991). pp 127.

No obstante lo anterior, en nuestra opinión cabría argumentar una razón más genérica para no estar de acuerdo en denominar dicho ánimo como afectio societatis. En efecto, siendo que el ánimo de asociarse con otros solo depende de la mera voluntad de aquel o aquellos que quieren hacerlo para un fin determinado, en cuanto no sea contrario a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado, este podrá ser de tal entidad como las causas que lo motivan, y , por tanto, la afectio societatis no es más que uno de los tantos ánimos por el cual legítimamente cualquier persona puede asociarse en conformidad a la Constitución y a las leyes en nuestro país.

A mayor abundamiento, respecto de la causa que mueve el ánimo y , por tanto, la voluntad de las personas para asociarse, deben tenerse presente las normas contenidas en los artículos 2284 y 2304 y siguientes del Código Civil, referidas al cuasicontrato de comunidad, como a las normas de la Ley N° 18.603, de l987, denominada Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos.

Cabe concluir, entonces, que la referida afectio sería propia y conducente a la que guía a los contratantes de una sociedad comercial o civil, como uno de los que autoriza legítimamente la legalidad vigente; asimismo, el ánimo de los titulares de derechos de aprovechamiento de consentir en constituir voluntariamente o de ingresar voluntariamente a una organización de usuarios, sería otro de aquellos que permite la referida legalidad.

[18] Entre estas, pueden encontrarse las facultades que se delegan al directorio de la organización, en este sentido, por ejemplo, ver artículos 241 y 274 del Código de Aguas.

los 252 y siguientes del Código de Aguas, y artículo 65 inciso final de ese mismo Código en concordancia con el artículo 28 de la Resolución DGA N° 186, de l996, esto es, la creación y organización de una comunidad de obras de drenaje o de una comunidad de aguas subterráneas a partir de la declaración de un área de restricción, respectivamente.

Estos casos contemplan una organización de usuarios que se generan por el solo mandato legal, comprendiéndose en ella a todos los titulares de los derechos de aprovechamiento respectivos dado su especial situación y finalidad[19].

Cabe precisar, que si bien las normas respectivas autorizan que la constitución de este tipo de organizaciones se puede hacer por escritura pública o por resolución judicial, en caso alguno se está estableciendo una excepción a la obligación legal e indivisible de que el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en estos casos debe efectuarse colectivamente; es decir, la constitución de la organización sea por la vía que fuere es obligatoria para todos los titulares, como así también lo es el ejercicio de sus correspondientes derechos a través de las indicadas obras que dan lugar a la formación y existencia de las citadas organizaciones.

En definitiva, lo único que queda sometido a la autonomía de la voluntad de los titulares respectivos es la forma en cómo se constituirá la organización, esto es, si por la vía contractual o la judicial, mas no su existencia y el ejercicio conjunto de los derechos de aguas.

En cuanto a casos legales de ingreso forzado a una organización de usuarios de aguas, debe tenerse presente, además, aquel particular que establece el artículo 272 del Código de Aguas, esto es, que por el otorgamiento de derechos, por la construcción de nuevas obras de riego o de regulación de la cuenca se constituya un nuevo derecho de aprovechamiento de aguas, su titular por el solo ministerio de la ley queda incorporado a la junta de vigilancia respectiva[20], constituyendo una obligación correlativa de la autoridad competente, el de declararlo formalmente.

Ahora bien, en cuanto a los casos de afiliación forzada que tienen su fundamento en la fuerza de los hechos, resulta pertinente indicar, desde ya, que el Código de Aguas no ha reglamentado en forma particular esta situación a través de reglas generales, por lo cual ella debe ser analizada a partir de la interpretación de las atingentes disposiciones del Código de Aguas como las del resto del ordenamiento legal.

En ese sentido, debe tenerse presente lo establecido en el inciso quinto del artículo 188 del Código de Aguas, en cuanto no puede constituirse una comunidad de aguas si existe otra organización ya constituida en la obra común que tenga la misma jurisdicción. Dicho principio también es aplicable, en nuestro parece, a las demás organizaciones de usuarios que reglamenta el Código de Aguas, en virtud de lo establecido, por ejemplo, en los artículos 257 y 258 respecto de las asociaciones de canalistas, y en los artículos 3°, 263, 264 y 267, respecto de las juntas de vigilancia.

---

[19] Cabe precisar que en estos casos, en nuestro parecer, no existiría mérito para alegar menoscabo, detrimento o perjuicio a los derechos de aprovechamiento y a la libertad de asociación, pues existen razones superiores que el legislador ha tenido en cuenta para establecerlos excepcionalmente. Así, por ejemplo, que todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidas en una área declarada de restricción, esto es, aquellos que se encuentran en el sector hidrogeológico en que existe riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de los derechos de aprovechamiento, puedan tener la oportunidad efectiva de ejercerlos no obstante la relativa escasez del recurso hídrico.

[20] Hay aquí un fuerte argumento de texto para avalar la hipótesis de que a la competencia de una junta de vigilancia se encuentran sometidos todos los derechos de aprovechamiento de aguas que se ejercen dentro de la jurisdicción de ella, y, por tanto, deben ser comprendidos todos al momento de efectuarse la distribución de las aguas por aquélla.

En cuanto a este tipo de afiliación, en nuestra opinión el procedimiento a que debería someterse la pretensión en análisis, aparece por regla general que el demandante[21] debería invocar aquél establecido en el artículo 177 y siguientes del Código de Aguas, toda vez que en dichas normas se contiene el procedimiento judicial ordinario en materias de aguas[22].

En efecto, la primera de las normas invocadas dispone que al referido procedimiento sumario se pueden someter las cuestiones relacionadas con la constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas, como así también las demás relacionadas con ellos que no tengan un procedimiento especial.

Dichas así las cosas, sea porque la materia se encuentra relacionada en especial con el ejercicio del derecho de aprovechamiento, o sea porque la causa de pedir, esto es, la afiliación forzada del demandante a la organización demandada, puede quedar comprendida dentro del ámbito general de las materias que pueden ser discutidas a través de este procedimiento, cabe concluir que este sería el procedimiento idóneo y ajustado a derecho para solicitar dicho ingreso.

No obstante lo expuesto, debe tenerse presente que existe un procedimiento especial al respecto que podría ser invocado por el demandante según lo establecido en los artículos 194 y 195 del actual Código de Aguas. En las referidas normas se reconoce y regla la posibilidad de que aquel titular de derecho de aprovechamiento de aguas que hubiese sido preterido o que no haya asistido en la constitución de la respectiva organización de usuarios[23], sea por la vía convencional (escritura

---

21 Sea este el titular de un derecho de aprovechamiento que pretende ser afiliado forzadamente a la jurisdicción de una organización de usuarios, o sea aquélla que pretenda afiliar en contra de su voluntad a un titular.

22 Podría pensarse que esta materia podría quedar entregada a la competencia de la Dirección General de Aguas por aplicación de lo preceptuado en el artículo 130 del Código de Aguas, esto es, a través del procedimiento administrativo ordinario (general), pues es materia de su competencia, toda cuestión o controversia relacionada con la adquisición o ejercicio de los derechos de aprovechamiento que de acuerdo al Código de Aguas es de competencia de ese Servicio, y es competencia de aquél, lo relacionado con la distribución, por ejemplo, según lo previene el artículo 283 de ese mismo Cuerpo Legal, e incluso, la no observancia de lo resuelto por la Dirección General de Aguas u otra que se constatara, podría ser objeto de multa de acuerdo a lo prescrito en el artículo 173 y siguientes del citado Código, sin perjuicio de obtener el cumplimiento de lo ordenado con auxilio de la fuerza pública, según lo establecido en el artículo 138 del Código en comento.

Nosotros pensamos, en cambio, que esta materia es de exclusiva competencia de la justicia ordinaria, y no de la autoridad administrativa, tanto por los efectos patrimoniales como por los derechos fundamentales que se encuentran en juego. Lo anterior, se funda de una interpretación armónica y sistemática de lo reglado en los artículos 241 N°7, 114 N°1, 116 N°2, 84 y 85, todos del Código de Aguas.

Asimismo, en particular, la competencia que reconoce el artículo 130 del Código de Aguas a la Dirección General de Aguas, en cuanto a la distribución, en nada dicen relación con la posibilidad legal de imponer al titular de un derecho de aprovechamiento el gravamen que un bien de su dominio debe ser ejercido por obras de propiedad de un tercero, cuando la ley expresamente no ha otorgado dicha atribución, violentando, consecuencialmente, el principio de legalidad que prescriben los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

A mayor abundamiento resulta oportuno destacar, en términos generales, de acuerdo a las normas que reglan la nulidad procesal del Código de Procedimiento Civil, que tanto las partes como los tribunales deben tomar todas las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos en los procedimientos judiciales como de los mismos, sea respecto de los que se establecen en dicho cuerpo legal como en otros especiales, como lo es el Código de Aguas. En ese sentido esta obligación debería ser prevista por la autoridad administrativa al decidir si es o no competente para conocer de esta materia al momento de darle tramitación. Esta argumentación tiene como fundamento lo dispuesto en el artículo 19 N°2 de la Constitución Política, en cuanto nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que la ley señale, como que toda sentencia (la resolución administrativa, en este caso lo sería) de un órgano competente (la Dirección General de Aguas no lo sería) debe fundarse un proceso previo legalmente tramitado, el cual debe, en todo caso, ser racional y justo.

Todo indica, salvo la decisión unilateral del interesado como la asunción del riesgo de la nulidad absoluta de lo obrado en sede administrativa, que la materia en análisis debe ser discutida a través del procedimiento idóneo y ajustado a derecho, esto es, el procedimiento sumario especial de aguas ante tribunal competente a que se refieren los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas..

23 En relación al tipo de organización de usuarios que puede ser demandada, cabe concluir que dentro de ellas deben ser consideradas tanto a las comunidades de aguas como a las de drenajes, a las asociaciones de canalistas como a las juntas de vigilancias, según lo disponen expresamente los artículos 253, 255 258, 259, y 267 del actual Código de Aguas.

pública) sea por la vía judicial (sentencia ejecutoriada), puede reclamar en cualquier tiempo de ello a través de juicio sumario.

En este evento, se trata de la situación precisa de que al momento de constituirse o conformarse la respectiva organización de usuarios, al reclamante no se le haya considerado en la misma o se le haya asignado un derecho distinto en la distribución, todo lo cual faculta con arreglo a derecho a invocar esas normas, sin perjuicio que en el fondo, las normas procedimentales serán precisamente las referidas al procedimiento sumario antes individualizado.

En ese sentido, en nuestro parecer, dicho procedimiento y normas no resultan estar ajustadas a derecho cuando se pretende ingresar forzadamente a una organización de usuarios en virtud de una sentencia judicial, cuando el correspondiente derecho de aprovechamiento jamás se ha captado o se ha conducido a través de las obras comunes sometidas a la jurisdicción de la demandada, y, aún más, cuando es necesario trasladar su ejercicio, en forma previa y luego de la decisión favorable de la autoridad competente.

En conclusión, estas ultimas normas reglan una situación diversa aún cuando la causa de pedir, en el fondo, es la misma, esto es, obtener la afiliación forzadamente a una organización determinada, como también lo es, el procedimiento judicial a que tal petición se someta.

No obstante lo expuesto, este autor tiene la opinión de que con arreglo a derecho, salvo aquellos casos en que la ley lo ordena expresamente, a un titular de derecho de aprovechamiento como a una organización de usuarios de aguas no podría obligársele por sentencia judicial a afiliarse o a incorporar a un titular de derecho de aprovechamiento que se encontrara fuera de los casos previsto en los artículos 194 y 195 del Código de Aguas, o que no tuviera, en un principio, derecho a captar, conducir y distribuir las aguas que le corresponde por las obras matrices y derivadas sometidas a la jurisdicción de dicha entidad.

En efecto, en atención a los principios generales de derecho y a lo dispuesto en especial en el inciso 2º del Nº 15, del artículo 24 de la Constitución Política de la República, fundado en una interpretación a contrario sensu del tenor literal de la referida garantía constitucional, ninguna asociación contra su voluntad puede ser obligada a hacer pertenecer a ella a una persona determinada que originariamente no se ha considerado, como, asimismo, una persona determinada contra su voluntad no puede ser obligada a pertenecer a una organización determinada, someterse a su jurisdicción, como a la voluntad mayoritaria de sus miembros, entre otras consideraciones, en las cuales no haya mediado su competente consentimiento.

Aún más, una decisión judicial que obligara a afiliarse forzadamente a una organización de usuarios podría ir en contra de la garantía constitucional del respeto y protección que debe darse a la vida privada y pública de la persona[24], como de alguna manera, atentar el derecho a la libertad personal[25], manifestada concretamente en la forma de residir y permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro lado del todo de su territorio o de una parte de él, o de una parte de una cuenca o en torno a una fuente natural determinada[26].

---

[24] Ver artículo 19 N°4, de la Constitución Política de la República.

[25] Ver artículo 19 N°7 de la Constitución Política de la República.

[26] Lo expuesto debe ser armonizado con lo prescrito en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política, en cuanto con dicha decisión judicial podría entenderse que las indicadas garantías o derechos fundamentales podrían ser afectados en su esencia o imponerseles una condición o requisito que impida su libre ejercicio.

A mayor abundamiento, a partir de una decisión judicial que obligue a una persona a afiliarse forzadamente, podría eventualmente configurarse la posibilidad que en el futuro se conculcara el derecho que tiene el titular del derecho de aprovechamiento a desarrollar cualquier actividad económica a que se encuentran asociadas las aguas, pues precisamente, al deber de captar las aguas a que tiene derecho como a conducirlas por obras sometidas a la jurisdicción de una organización de usuarios determinada, el titular del derecho se vería enfrentado a los acuerdos que se adoptaren en cuando a la forma de distribuir las aguas en épocas de relativa escasez[27] o de extraordinaria sequía[28], sin perjuicio del deber de contribuir a los costos ordinarios o extraordinarios que generan las obras comunes[29], entre otras consideraciones.

No obstante a los reparos recién formulados, que en caso alguno los desvirtúan, resulta pertinente destacar que nuestra legislación contempla casos de afiliación forzada tanto en contra de la voluntad de respectivo titular como de la correspondiente organización, por lo cual habría fundamento legal (legítimo)para la indicada pretensión excepcionalmente, sin perjuicio, que pudiera estimarse, por algunos, que ellos corresponden a situaciones que operarían de pleno derecho y que se encuentran relacionadas más bien con un tipo especial de servidumbres.

En cuanto a la afiliación forzada de un titular en contra de la voluntad de una organización de usuarios[30], resulta fundamental tener presente lo establecido en los artículos 77, 84, 85 y 241 Nº7 del actual Código de Aguas y el artículo 861 del Código Civil, pues a partir de su interpretación concordada y sistemática se puede establecer que existiría no tan sólo mérito sino que fundamento ajustado a derecho por el cual en caso de no afiliar voluntariamente la organización al titular del derecho, ella podría ser no tan solo demanda sino obligada a incorporar[31] al demandante (titular) por sentencia judicial a firme.

En esta situación se pueden distinguir tres fundamentos distintos entre sí para justificar tal pretensión, lo cual es aplicable tanto a los casos en que existe un ejercicio individual de derecho de aprovechamiento como cuando el se efectúa conjuntamente con otros titulares[32]:

a.- El titular de una servidumbre de acueducto constituida sobre predio propio que obligue a usar el mismo canal a otra persona (titular) que quiera conducir sus aguas por su heredad;

b.- El titular de un predio que está gravado con una servidumbre de acueducto y se le trata de imponer la construcción de un nuevo acueducto; y,

---

[27] A partir de una interpretación armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 241 N°s 3, 4 y 14, 255, 258, 274 N°s 1 y 2, y 114 N°3, todos del Código de Aguas.

[28] Ver artículos 314 y 315 del Código de Aguas.

[29] En este sentido, ver artículos 213, 214, 215, 216, 223, 226 N°2, 255, 258, 267, y 274 N° 3 y 9, entre otros del Código de Aguas.

[30] Este caso, en nuestra opinión, como un adecuado y robusto argumento podría usarse respecto de todas las organizaciones de usuarios de que trata el Código de Aguas, de acuerdo a la interpretación armónica y sistemática que de las diversas normas de dicho Código hemos efectuado en este trabajo.

[31] Ver en este sentido Figueroa del Río, Luis Simón: "Asignación y Distribución de las Aguas Terrestres". (1° Edición, 1995, Editado por Departamento de Publicaciones de la Universidad Gabriela Mistral, Santiago de Chile). p 109.

[32] Cabe señalar que estos casos son tratados por la doctrina como situaciones especiales en la servidumbre de acueducto, en particular se habla de ellos como servidumbre "en"acueductos. Ver en este sentido Vergara Duplaquet, Ciro: "De las servidumbres en materias de aguas". (Hederra Donoso, Ana: Comentarios al Código de Aguas. Editorial Jurídica de Chile, 1960), tomo II, pp 253.

c.- El uso de bocatoma de un canal existente en el mismo cauce natural de uso público a que tiene derecho el titular demandante para captar aguas, y, consecuentemente, para conducirlas por las obras sometidas a la jurisdicción de la demandada hasta el lugar en que pueda derivarlas independientemente de aquélla hacia el lugar de su aprovechamiento.

En cuanto a la afiliación forzada de un titular del derecho de aprovechamiento tanto en contra de su voluntad como de la voluntad de una organización respectiva, debe tenerse presente lo preceptuado en el artículo 272 del Código de Aguas, pues, aquí no tan solo no existe necesidad de consentimiento sino que además hay obligación de implementar la debida incorporación tanto por la propia junta de vigilancia, como de declararlo formalmente por la autoridad en el acto administrativo respectivo.

De no cumplirse la obligación por la autoridad correspondiente en el momento oportuno, deberá interponerse por quien corresponda, esto es, el titular o la junta de vigilancia, los recursos respectivos[33] solicitando que el acto administrativo se enmiende con arreglo a derecho, o bien, en el caso de no cumplir con sus obligaciones correlativas la organización, el titular demandarla a través del procedimiento judicial ordinario en materias de aguas[34].

Finalmente, respecto de este tipo de ingreso a una organización de usuarios de aguas, el titular del derecho de aprovechamiento tendrá los mismos derechos y obligaciones que los demás integrantes de la organización, como ésta las mismas facultades y obligaciones que la ley y los estatutos lo facultan sobre los derechos sometidos a su jurisdicción.

Asimismo, en cuanto a los gastos que se originen por la afiliación forzada serán de cargo del demandante, esto es, si ha sido el titular el que ha compelido a la organización deberá asumir todos aquellos costos que el cumplimiento del fallo origine, en cambio si el actor ha sido una organización de usuarios, ella deberá soportar los gastos que se devenguen con la incorporación del nuevo derecho a su jurisdicción[35].

IV.C.- <u>DE LA DESAFILIACIÓN VOLUNTARIA DE UNA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS</u>:

Hay desafiliación o salida voluntaria de una organización de usuarios, cuando se permite que un titular de derecho de aprovechamiento por su sola voluntad salga o se retire de la organización de usuarios a la que pertenece hasta esa fecha, con la posibilidad de captar, conducir y distribuir su derecho de aguas a través de las obras comunes sometidas a la competencia de otra organización, o bien, de ejercer individualmente su derecho de aprovechamiento.

No caben dudas que el titular del derecho de aprovechamiento de aguas en su calidad de dueño de este bien incorporal[36] - y, por lo tanto, titular de la facultad de ejercerlo de acuerdo a su

---

[33] Es decir, tanto los recursos de reconsideración como de reclamación establecidos en los artículos 136 y 137 del Código de Aguas, respectivamente.

[34] Este es aquel contemplado en el artículo 177 y siguientes del Código de Aguas. Si bien, algunos considerar que esta materia es de aquellas que queda comprendida y, por tanto, sometidas a las reglas del juicio ejecutivo de obligación de no hacer, en nuestra opinión no se ajusta a derecho, fundamentalmente por lo dispuesto expresamente en los artículos 2° y 3° del Código de Procedimiento Civil como del tenor de lo preceptuado en el artículo 177 del Código de Aguas.

[35] Esta opinión se funda de la aplicación en la especie de lo establecido en el artículo 199 del Código de Aguas.

[36] Según lo dispuesto en el artículo 19 N°24 de la Constitución Política de la República y artículo 6 del Código de Aguas.

sólo arbitrio en la medida que no sea contraria a la ley o derecho ajeno[37], como con arreglo a las limitaciones y obligaciones que se derivan de la función social de la propiedad[38] -, tiene la legítima posibilidad de hacerlo en forma individual o colectiva, como la facultad de ingresar o de salir de una organización para ejercerlo o no en conjunto con otros titulares de derechos de aguas a través de unas mismas obras comunes.

En ese orden de ideas, el titular de un derecho de aprovechamiento en caso alguno puede ser privado de su propiedad o del bien sobre el cual ella recae como afectar algunos de los atributos o facultades esenciales de este derecho fundamental, salvo la figura de la expropiación[39].

A mayor abundamiento, debe tenerse presente el contenido material de la garantía constitucional de la libertad de asociación[40], de cuyas normas generales se puede inferir que es un elemento de su esencia, además del ánimo, la voluntad libre y consiente del afiliado como de la entidad o asociación.

En este contexto, se desprende que en todo momento y de acuerdo a los intereses y necesidades del titular del derecho de aguas, este podrá tomar la decisión de desafiliarse de la organización de usuarios, y en ese caso, convenir las condiciones que permiten su implementación[41]. En este sentido, resulta fundamental tener presente los principios de la autonomía de la voluntad como de la libertad contractual, por las cuales titular y organización de usuarios podrán soberanamente convenir las condiciones por las cuales con arreglo a derecho se materializa la desafiliación respectiva.

Ahora bien, como el ejercicio del derecho de aprovechamiento desafiliado no podrá efectuarse por las obras sometidas a la jurisdicción de la organización de la que ya no es parte, como a que no es posible que respecto de unas mismas obras o competencia existan dos o más organizaciones con jurisdicción sobre ellas, su titular deberá trasladar su ejercicio[42] a otro punto de la misma fuente sometiéndose a las reglas respectivas del Código de Aguas[43], para luego ejercerlo[44]

---

37 Ver artículo 582 del Código Civil.

38 Según lo prescrito en el inciso segundo del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

39 En nuestra opinión esta institución es la materialización de una de las facultades por la cual el Estado vuelve a demanializar en todo o en parte un bien que es objeto del tráfico jurídico entre privados, a fin de afectarlo a un uso y propiedad de todos los habitantes de la Nación, o de ingresarlo al patrimonio fiscal.

En todo caso, la expropiación respecto de las aguas deberá ajustarse a las normas contenidas en el artículo 27 del Código de Aguas, en el artículo 19 N°s 24 y 26 de la Constitución Política, y en los del Decreto Ley N° 2.186, de 9 de junio de l978 (Diario Oficial).

40 Respecto de esta garantía existe no tan solo la historia de su establecimiento según el tenor de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, sino que, además, una vasta bibliografía nacional. Tanto esa historia como doctrina, se han considerado genéricamente en este trabajo.

41 A este respecto, en cuanto al contenido de las convenciones, tener presente lo señalado en la cita N°16 de este trabajo.

42 Esto a menos que el titular pudiera constituir una servidumbre sobre algún predio riberano a la fuente natural desde la cual tiene derecho a extraer las aguas. Salvo, que pudiera constituir una servidumbre en acueducto, como lo hemos señalado en la cita N° 32 de este trabajo.

43 Ver en este sentido lo dispuesto en el artículo 163 del Código de Aguas. Al respecto, también podrían plantearse las hipótesis regladas por los artículos 158 y siguientes de ese mismo Código, esto es, cambio de fuente de abastecimiento; o bien, para el caso de las aguas subterráneas, el cambio de punto de captación del derecho, a que se refiere el artículo 33 de la Resolución DGA N° 186, de l996.

44 Esto será siempre que se haya accedido por la autoridad competente a su solicitud, pues en caso contrario, no es lógico que el titular se quede sin la oportunidad y derecho de ejercerlo como tampoco que la organización de la que era parte, deba soportar sin la

individualmente o afiliarse convencional o forzadamente a otra organización, según procediere.

Finalmente, no obstante lo expuesto, en nuestra opinión, no resulta procedente la desafiliación convencional de una organización de usuarios en los casos en que la ley ha establecido el ejercicio conjunto de unos determinados derechos de aprovechamiento, lo que de alguna manera en este trabajo los hemos señalado como de afiliación forzada por mandato de la ley.

IV.D.- <u>DE LA DESAFILIACIÓN FORZADA DE UNA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS</u>:

Hay desafiliación o salida forzada de una organización de usuarios, cuando se gestiona para que un titular de derecho de aprovechamiento contra su voluntad o la de la correspondiente organización, salga o se retire de esta a fin de que ese derecho se capte, conduzca y distribuya a través de las obras comunes sometidas a la competencia de otra organización, o bien, que se ejerza individualmente.

De la revisión de las normas del Código de Aguas se desprende que el legislador no estableció reglas a este respecto, de manera que habrá que analizar esta hipótesis bajo las normas que se disponen en el resto del ordenamiento legal.

Sin embargo, desde ya, resulta indispensable señalar que en nuestra opinión no existe legítimamente la facultad de desafiliarse[45] forzadamente de una organización, sea por voluntad del titular, sea por la de la organización, respecto de aquellos casos en que la ley ha establecido perentoriamente que el ejercicio de unos determinados derechos debe hacerse de manera conjunta, lo cual se encuentra fundado en los méritos que tuvo el legislador para cada caso en particular.

Desde esa perspectiva, cabe analizar la eventualidad de una desafiliación forzada producto de la fuerza de los hechos, esto es, cuando se funda en una resolución judicial a firme motivada por la pretensión del demandante, sea este el titular del derecho, sea la organización de usuarios.

Ahora bien, así como hemos sostenido que podría compelerse judicialmente a un titular de derecho de aguas para ingresar a una organización de usuarios determinada, como soportar una organización el ingreso que un derecho que no se encontraba sometido originariamente a su jurisdicción, con la misma fuerza de la razón sostenemos que podría ser forzado judicialmente a salir de ella aquél.

En efecto, no obstante lo aseverado en cuanto a la garantía constitucional de la libertad de asociación y a los demás derechos fundamentales, aparece conforme a derecho que existiría mérito suficiente para no tan solo impetrar la correspondiente acción sino que a ser acogida por la competente sentencia judicial, pues nadie está obligado a mantenerse en la indivisión[46] como a mantener-

---

correspondiente retribución o participación en los costos ordinarios o extraordinarios, el gravamen de permitir que por las obras sometidas a su competencia, se capten y conduzcan las aguas a que tiene derecho el titular desafiliado.

De no existir acuerdo, estaremos en este evento ante la necesidad de obtener por la vía judicial sea por el titular sea por la organización la afiliación forzada, retrotrayéndose, a lo menos, a las condiciones a que ambos se encontraban antes de convenir la desafiliación voluntaria.

[45] Estamos hablando de la desafiliación material. En cuanto a la formal revisar lo expuesto en la cita N° 11 de este trabajo.

[46] Ver en este sentido lo prescrito en los artículos 1317 y 2312 N°3 del Código Civil,

se asociados[47] indefinidamente, salvo aquellos casos en que la ley lo ordena expresa y excepcionalmente, razón por la cual el titular o la organización, en su caso, ante tribunal competente[48] y por medio del procedimiento sumario a que se refieren los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas[49], podrían demandar legítimamente la desafiliación.

Por otra parte, siendo de la esencia de la existencia de la organización de usuarios el ánimo de los titulares de los derechos de aprovechamiento el estar asociados y formar asociación, aparece que la falta de aquél[50] por uno o por algunos de ellos[51] respecto de uno o más asociados, amerita gestionar la desafiliación forzada de ese o esos derechos sometidos a la jurisdicción de la organización.

En todo caso, es importante destacar que la legitimidad de la analizada pretensión, traerá coetáneamente la discusión en sede judicial, tanto los temas de las garantías constitucionales que se encuentran en juego como los eventuales perjuicios que pudieren derivarse a las partes como a terceros los resultados de la sentencia.

De no accederse judicialmente a la referida pretensión, salvo que se pactara la desafiliación convencional, titular y organización quedarían incólumes en su derechos y atribuciones, como en sus obligaciones correlativas.

En cuanto a los gastos que se ocasionaren por la implementación de la desafiliación, cabe indicar que ellos serán ser de cargo de aquel que la ha solicitado.

V.- <u>CONCLUSIONES:</u>

En mérito de todo lo expuesto podemos inferir las siguientes:

1.- El derecho de aprovechamiento de aguas en nuestro país puede ser ejercido individual o colectivamente, lo cual dependerá de la situación particular en que se encuentre el respectivo derecho de aprovechamiento como el uso que de las aguas pretenda su titular.

En ese sentido, el derecho de aprovechamiento se podrá ejercer conjuntamente con otros

---

47 Ver en este sentido por ejemplo lo dispuesto en los artículos 2107, respecto de la sociedad civil, en el Código Civil; y en el artículo 42 N°1 de la Ley N° 18.603, de 1987 (Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos).

48 Para determinar el tribunal competente deben concordarse las normas establecidas en los artículos 118 y 178 del Código de Aguas.

49 Insisto, en cuanto a que este es el procedimiento que prima en materias de aguas. Ver lo expuesto en la cita N°22 de ese trabajo.

50 Los hechos sobre los cuales se funda el acuerdo de desafiliar a un derecho de aprovechamiento de la organización, en nuestra opinión debería estar basado en que la existencia de la organización estuviera en peligro, lo cual podría ocurrir cuando los hechos revistieran la condición de ser contrarios a la moral, al orden publico o a la seguridad del Estado, como del mantenimiento de la afiliación del ese derecho, pudiera conculcarse, menoscabarse o ponerse en peligro algunas de las garantías que la Constitución asegura a todas las personas. En ese sentido, resulta fundamental que los hechos en que se funda la demanda sean de tal gravedad, que la colisión de derechos debe ser zanjada con una sentencia judicial que vele no tan sólo por los derechos de las partes, sino de la legalidad como de los derechos de terceros.

En ese contexto, cualquier otra causal que se argumentara para adoptar un acuerdo por la asamblea carecería del mérito necesario para que el tribunal respectivo acogiera en su decisión la pretensión de desafiliación.

51 En todo caso, la mayoría de la asamblea convocada especialmente para ello. Ver en este sentido los artículos 226 N°6, 227 y 241 N°16 del Código de Aguas.

refundirá en el consentimiento, esto es, el acuerdo libre y determinado de los interesados, es decir, del titular y de la organización, que permita efectivamente y a tiempo, tanto el ingreso correspondiente como el ejercicio del derecho de aguas.

5.- La afiliación forzada, salvo los casos establecidos por el legislador[58], por regla general deberá demandarse judicialmente[59], lo cual trae aparejado el tema de la constitucionalidad o no de la pretensión, por un eventual menoscabo o perjuicio a las garantías constitucionales antes señaladas, materias que por tanto deberán ser discutida en dicha sede judicial conjuntamente con lo solicitado.

En ese sentido, la competente sentencia judicial deberá no tan sólo tener presente el principio de legalidad, sino que evitar la nulidad de lo obrado ni contradecir entre otros el principio de la economía procesal, como, en especial, no constituir una conducta que pudiera conculcar o menoscabar algunos de los derechos fundamentales que reconoce y ampara la Constitución Política[60], por lo que en definitiva debiera ser revocada o anulada.

6.- La desafiliación voluntaria, en la medida que no se este en presencia de un caso de afiliación legal forzada, como que de la convención no se deriven perjuicios a terceros, y que la autoridad competente haya autorizado que el ejercicio se efectúe en otra fuente o punto de ejercicio, según procediere, podrá convenirse legítimamente entre el titular y la organización, rigiendo plenamente en este caso los principios de la autonomía de la voluntad, de la libre contratación y el derecho de la libertad de asociación, que se refundirán en el consentimiento, esto es, en el acuerdo libre y determinado entre los interesados.

7.- La desafiliación forzada deberá ser siempre demandada judicialmente, pues no tan solo bastara invocar la facultad que nace de retirase en cualquier tiempo de una organización en función de una interpretación de la garantía de la libertad de asociación, sino que los hechos que la motivan deberán ser de tal gravedad que permita acceder a ella no obstante la colisión de derechos.

En ese sentido, la referida colisión está configurada no tan sólo por el eventual perjuicio que se puede ocasionar a un tercero o la propia organización con la eventualidad de que se acceda o no a la desafiliación, sino que, además, con la circunstancia de que siendo la distribución de las aguas la causa que principalmente motiva la constitución de organizaciones de usuarios, esta potestad no se afecte seriamente al no estar todos los derechos sometidos a la jurisdicción[61] de la respectiva organización.

---

[58] En nuestra opinión operan de pleno derecho y constituyen una situación especialísima, por lo cual debe interpretarse restrictivamente.

[59] Teniendo presente entre otros argumentos, los citados precedentemente; sin perjuicio de que el tribunal deberá observar la Constitución y las leyes en virtud de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, como lo dispuesto en cuanto a las normas de nulidad procesal de que trata el Código de Procedimiento Civil, entre otras disposiciones legales.

[60] En este sentido ver artículo 80 de la Constitución y Auto Acordado de la E. Corte Suprema sobre substanciación del recurso de inaplicabilidad de las leyes, de fecha 22 de marzo de 1932.

[61] En especial, este argumento se esgrime respecto de las juntas de vigilancia, pues la distribución de las aguas que efectúan las comunidades o asociaciones de canalistas, es a prorrata o turnalmente de acuerdo al caudal que ingresa por la bocatoma de la organización, y dependen, en la medida que ellas formen parte de una junta de vigilancia, de los caudales que estas distribuyan en los períodos de relativa escasez hídrica. En los casos en que esas organizaciones no formen parte de una junta y exista extrema sequía, operara lo dispuesto en el artículo 315 del Código de Aguas.

En todo caso, en cuanto a la distribución y a la cantidad de aguas que les corresponde a los organizados titulares de derechos de aguas, consultar Vergara Blanco, Alejandro: "Régimen jurídico de la unidad de medida de los derechos de aguas. Su esencial conexión con la distribución de las aguas superficiales. (Revista de Derecho de Aguas, Vol VII, pp 39 -69, 1997).

De manera que, en virtud de esta confrontación de intereses y derechos cuyo origen se deriva de la pretensión de desafiliación, aparece indispensable, dado la finalidad propia de los tribunales de justicia, que sean ellos los que en definitiva conozcan y fallen el asunto sometido a su competencia.

8.- En cuanto a los casos de afiliación o desafiliación forzada por el sólo ministerio de la ley, en nuestra opinión, en cuanto subsistan las consideraciones de hecho y derecho que tuvo en vista el legislador para establecerlos, ni titular ni organización de usuarios podrían pretender con arreglo a derecho obtenerlas, pues ellas miran en beneficio no tan sólo de ellos mismos sino del resto de los usuarios legítimos de aguas, cuyo fundamento último podemos encontrarlo tanto en el bien común como en el orden público económico que el Constituyente de l980 estableció y regló robustamente.

9.- En lo que respecta al ánimo que gobierna al titular de un derecho de aprovechamiento como a la organización respectiva - tanto en cuanto a la afiliación como a la desafiliación, sean voluntaria o forzada, respectivamente, - constituye uno de los tantos especiales que puede llevar a uno u a otro a asociarse con otros con el propósito de alcanzar el fin o causa que los motiva.

En ese sentido, este ánimo no puede ser confundido con la afectio societatis, pues el es especial respecto de las partes que desea formar sociedad.

En consideración a lo anterior, el ánimo que lleva a titular y organización a convenir la afiliación o desafiliación voluntaria, en todo caso, no podrá ser contraria a la moral, al orden público, a la seguridad del estado, como a derecho de tercero.

Asimismo, el afecto que motiva al interesado a solicitar la afiliación o desafiliación forzada de un derecho a una organización de usuarios, además, de las referidas limitaciones deberá salvaguardar respecto de la contraria los derechos fundamentales que reconoce y protege la Constitución Política, entre los cuales se encuentran la libertad de asociación, la igualdad de la ley y ante la ley, la seguridad de no afectar o limitar en su esencia ni en su libre ejercicio los derechos que las leyes regulan y complementan en cuanto a las garantías que la Carta Fundamental establece, entre otras.

10.- En cuanto al procedimiento para obtener forzadamente la afiliación o desafiliación de un derecho de aprovechamiento a una organización de usuarios, es único, idóneo y legal el establecido en los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas.

Asimismo, este procedimiento sumario debe ser aplicado, sin reparo alguno, respecto de los casos previstos en los artículos 194 y 195 del Código de Aguas.

En todo caso, será tribunal competente para conocer de esa pretensión aquel que resulte de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 178 y 118 del Código de Aguas.

11.- Por último, en la medida que cualquier interesado como el órgano competente que sea requerido, respete y observe el principio de legalidad en sus conductas, lo cual incluye, en definitiva, el no afectar en su esencia los derechos ni imponer condiciones que impidan su libre ejercicio, sea en el individual o colectivo de un derecho de aprovechamiento de aguas, no configurara una externalidad específica al mismo que afecte su libre transferibilidad.

En efecto, la posibilidad de obtener la afiliación o desafiliación, sea voluntaria o forzada, de un derecho de aguas en una organización de usuarios determinada, se encuentra en estrecha

relación con los atributos de uso y goce del dominio que son de la esencia de esta clase de bien incorporal; de manera que cualquier obstáculo doctrinal o jurisprudencial, salvo los casos legales, que se configuren en torno a dicha posibilidad tendrá un efecto directo sobre la libre disponibilidad de dicho bien.

A lo anterior, debe agregarse que el Código de Aguas establece expresamente un conjunto de procedimientos que facultan al titular del respectivo derecho de aprovechamiento a buscar el eficiente y óptimo aprovechamiento de las aguas a que tiene derecho en concordancia a sus fines e intereses, en ese contexto legal, la existencia y el debido amparo de la facultad de ingresar o salir, convencional o judicialmente, de una organización de usuarios tiene un respaldo en ellos, pues es atendible inferir que el legislador de aguas siempre tuvo en vista por un lado, que la libertad de uso de las aguas conlleva necesariamente que su titular tenga la posibilidad de ejercerlo de la manera más conveniente a su intereses, como por otro, dada la libre transferibilidad de los derechos de aguas que estableció, se requiere consecuentemente que los adquirentes de este tipo de bienes tengan los medios ciertos, necesarios y oportunos para ejercerlos en uno u otro punto de la respectiva fuente natural o en otra distinta.

En definitiva, el no reconocer y permitir que existe libertad para ingresar o salir un titular de derecho de aguas de una organización de usuarios de aguas determinada, conlleva establecer por la vía consensual o judicial no tan sólo un obstáculo al libre ejercicio del mismo, con la consiguiente ilegalidad, sino que, además, una limitación arbitraria e ilegal que en su esencia afecta gravemente el derecho de dominio que se tiene sobre el derecho de aprovechamiento sin perjuicio de otras garantías constitucionales.

"DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE REGULARIZACIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DEL ARTÍCULO 2° TRANSITORIO DEL CÓDIGO DE AGUAS"

(Ponencia a las II Jornadas de Derechos de Aguas
Pontificia Universidad Católica de Santiago,
Noviembre de 1999)

Autor:
Christian Neumann Manieu

Santiago, Noviembre de 1999.

"DEL PROCEDIMIENTO ESPECIAL DE REGULARIZACIÓN DE DERECHO DE APROVECHAMIENTO DEL ARTÍCULO 2º TRANSITORIO DEL CÓDIGO DE AGUAS"

Christian Neumann Manieu.[1]

SUMARIO:

I.- Presentación;
II.- Del objeto del procedimiento de regularización del artículo 2º transitorio del Código de Aguas; III.- Análisis sinóptico del artículo 2º transitorio del Código de Aguas; IV.- De la interpretación de los elementos del artículo 2º transitorio del Código de Aguas; V.- De la competencia de la Dirección General de Aguas; VI.- Análisis de algunos casos y situaciones en particular; VII.- De la competencia de los Tribunales de Justicia; y, VIII.- Conclusiones.

I.- PRESENTACIÓN:

En los últimos años la Dirección General de Aguas ha experimentado un ingreso sostenido de solicitud de regularización[2] de derecho de aprovechamiento[3] de aguas fundadas al tenor de lo establecido en el artículo 2º transitorio[4] del Código de Aguas.

---

[1] Abogado. Actualmente se desempeña como Director Regional de Aguas de la Quinta Región de Valparaíso. Candidato a Magíster en Derecho de Aguas del Instituto de Derecho de Minas y Aguas de la Universidad de Atacama.

[2] Cabe precisar que en nuestra opinión para obtener tal reconocimiento el Código de Aguas contempló por una parte un procedimiento general y ordinario para todo tipo de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas que se encuentra reglado en los artículos 177 y siguientes, y, por otra, tres procedimientos especiales y excepcionales para esa misma finalidad que establecen y norman respectivamente los artículos 1º, 2º y 5º transitorios de ese mismo cuerpo legal.

Por esta razón, en particular, es que titulamos este trabajo como "...procedimiento especial de regularización...". Es más, algunos avistan que el procedimiento de constitución judicial de una organización de usuarios de aguas, como lo es el caso de una comunidad de aguas, de que tratan los artículos 188 y siguientes del Código de Aguas, podría ser otro especial procedimiento para reconocer derechos de aguas, básicamente fundado en el tenor del artículo 189 en concordancia con el artículo 197, y de lo prescrito en los artículos 194 y 195, de ese mismo cuerpo legal. Incluso, además, se sostiene que también sería posible obtener el referido reconocimiento a través del procedimiento de la formación de roles provisionales de usuarios por la Dirección General de Aguas que tratan los artículos 164 y siguientes del Código de Aguas, en especial, en virtud de lo establecido en los artículos 165 inciso final, 167, 168 y 169., de ese mismo cuerpo legal.

[3] Con dicha presentación se inicia uno de los procedimientos especiales que permite obtener el reconocimiento de un derecho de aguas sobre el cual el inciso final del Nº 24, del artículo 19 de la Constitución Política de l980, reconoce y garantiza un derecho de propiedad.

[4] Este artículo transitorio establece que: "Los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia este Código, podrán regularizarse cuando dichos usuarios hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo, en conformidad con las reglas siguientes:

Esta afirmación en principio no tendría un halo de inquietud o de peligro, pues precisamente con dicha conducta no se estaría más que ejerciendo un derecho por sus legítimos titulares y haciendo realidad el espíritu que tuvo en vista el legislador al establecer este tipo de procedimiento. Pero la verdad sea dicha: en la fuerza de los hechos, algunas solicitudes presentadas al amparo del procedimiento en análisis no serían del todo legítimas como se pudiera esperar.

Por otra parte, al no existir un texto que contenga la historia fidedigna del establecimiento de las normas del Código de Aguas no hay mas que respecto de esta institución la interpretación administrativa, la judicial y la dogmática que se ha desarrollado a la luz del caso a caso desde su vigencia.

En cuanto a la interpretación administrativa[5], debemos precisar que ella ha jugado un papel fundamental para determinar el sentido y alcance tanto del procedimiento como de las normas que lo rigen, la que ha sido plasmada en particular en los informes y oficios que se han evacuado a los tribunales de justicia de acuerdo al tenor de las disposiciones legales respectivas. No obstante lo anterior, resulta indispensable destacar que la Dirección General de Aguas en su calidad de Organismo rector competente ha dictado una nueva instrucción[6] respecto del procedimiento de regularización del artículo 2º transitorio del Código de Aguas[7] en atención a que estimó

---

a) La utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno;
b) La solicitud se elevará a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en el párrafo lº, del Título I del Libro II de este Código;
c) Los terceros afectados podrán deducir oposición mediante presentación que se sujetará a las reglas señaladas en la letra anterior, y
d) Vencidos los plazos legales, la Dirección General de Aguas remitirá la solicitud y todos los antecedentes más la oposición, si la hubiere, al Juez de Letras en lo Civil competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes de este Código.

El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural".

5 Pertinente es señalar que resulta más relevante en número y materias la jurisprudencia que emana de la propia Dirección General de Aguas que aquella de la Contraloría General de la República, es más, esta última se ha dictado generalmente con ocasión del control de legalidad - a través de la sanción denominada toma de razón - de los actos administrativos dictados por ese Servicio en los procedimientos de constitución originaria de derecho de aprovechamiento de aguas que en especial sobre este procedimiento.

6 Estas instrucciones se encuentran contenidas en la Minuta Nº165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, e impartidas por el Director General de Aguas según su Oficio DGA Nº 725, de 5 de noviembre de 1999. En cuanto a las anteriores instrucciones, estas se encontraban contenidas en el Oficio DGA Nº 591, de julio de 1983.

7 No obstante que la Dirección General de Aguas mediante el Oficio Nº 223, de fecha 22 de marzo de 1996, del Director General de Aguas al Señor Presidente de la Excma. Corte Suprema, solicito que esa Excma Corte dictará " ...instrucciones de carácter y aplicación general para todos los tribunales del país, con el objeto de obtener una debida interpretación y aplicación de esta norma transitoria del Código de Aguas, en lo que dice relación con el conocimiento y fallo de este tipo de procedimiento de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas", tal presentación sólo motivo como resolución una recomendación del Pleno de dicho Máximo Tribunal en el sentido de disponer que se "oficiese a todas las Cortes de Apelaciones del país, para que éstas pongan en conocimiento de todos los jueces que ejerzan jurisdicción en lo civil de sus respectivos territorios jurisdiccionales, del oficio dirigido a esta Corte Suprema por el Director General de Aguas, para que lo tengan presente, si lo estiman del caso, al hacer uso de sus facultades".

indispensable dar orientaciones e instrucciones sobre diversos aspectos que se relacionan con esta institución de reconocimiento de derecho de aguas[8].

Por su parte, la interpretación judicial lamentablemente ha quedado sometida a la restricción interpretativa que establece el tenor del inciso final del artículo 3º del Código Civil, siendo escasas su recopilación [9] y difusión [10], y, en cuanto a las opiniones de los autores nacionales, ellas se encuentran dispersas, salvo la relativa sistematización efectuada por algunos[11] de ellos.

Con el propósito de colaborar[12] con la información y estudio de este procedimiento, hemos estimado necesario consignar sistemáticamente algunas consideraciones[13] respecto de este tipo de regularización de derecho de aguas, a fin de aportar en su conocimiento y debida aplicación tanto para la citada Repartición Pública, como de los propios interesados, abogados, Tribunales de Justicia, por una parte, y, por otra, de generar un documento de discusión que lleve en su oportunidad, si existe mérito, ha realizar las perfeccionamientos o modificaciones legales que permitan su absoluta sujeción al actual estado de derecho o su derogación, si procediere.

Finalmente, cabe tener presente que el fundamento de este procedimiento y por tanto de su normativa radica en lo preceptuado tanto en el artículo 7[14] del Decreto Ley Nº 2.603, de 1977, como de lo prescrito en el artículo 19 Nº 24, inciso final, de la Constitución Política[15]; de manera que su

---

8 Respecto del procedimiento de regularización del artículo 1º transitorio del Código de Aguas, la Dirección General de Aguas a través del Oficio DGA Nº 626, de fecha 18 de agosto de l995, procedió a aclarar su sentido y alcance, (Revista de Derecho de Aguas, Vol.. VI, 1995, pp 301-304).

9 Consultar "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena: Código de Aguas". (Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 1997). pp 161 - 165.

10 En todo caso, debe resaltarse los comentarios contenidos en diversos números del Informe Constitucional, de la oficina de abogados Guillermo Bruna C., Raúl Bertelsen R., Waldo Ortuzar L., y otros, y, en especial, los que se consignan en los diversos volúmenes de la Revista de Derecho de Aguas del Instituto de Derecho de Minas y Aguas de la Universidad de Atacama, los cuales algunos se citan en este trabajo.

11 En ese sentido consultar en Vergara Blanco, Alejandro: Derecho de Aguas,(Editorial Jurídica de Chile, 1998., tomo II, pp 339 - 350), y en Agurto Tapia, Patricio: "Adquisición originaria de los derechos de aprovechamiento de aguas en obras de riego Fiscal, bajo la normativa legal vigente desde l981. Inaplicabilidad del artículo 2º transitorio del Código de Aguas" y "Algunos errores y deficiencias del actual Código de Aguas" (Actas de las Tercera Convención Nacional de Regantes, organizada por la Confederación de Canalistas de Chile.).

12 Las opiniones del autor no representan en caso alguno el parecer oficial del Servicio Público en donde presta sus servicios. En ese entendido, las referencias al parecer de la Dirección General de Aguas se expresan y se citan clara y definidamente en este trabajo.

13 El autor deja expresa constancia de la desinteresada colaboración prestada por los integrantes del equipo técnico de la Oficina de la Dirección General de Aguas de la Quinta Región de Valparaíso, tanto en el análisis como con sus observaciones a las opiniones que se han vertido y sostenido en este documento por el suscrito.

14 Somos de la opinión que encontrándose acreditados los respectivos presupuestos de hecho y sin perjuicio de los restantes antecedentes que puedan derivarse de otros medios de prueba, para los efectos del recurso de protección y dentro de su ámbito propio de aplicación, en cuando a esta norma, debe considerarse al recurrente dueño del derecho de aprovechamiento de aguas.

15 Respecto del estatuto legal y constitucional de los derechos susceptibles de ser regularizados como de los denominados usos consuetudinarios de aguas, consultar en Vergara Blanco, Alejandro: "Derecho de Aguas", (Editorial Jurídica de Chile, Iº Edición, diciembre de l998), tomo II, pp 329.

análisis debe ser efectuado en función de dicha institucionalidad, como en particular, del Código de Aguas y complementariamente, de las derecho común, tanto de fondo como procedimentales.

II.- DEL OBJETO DEL PROCEDIMIENTO DE REGULARIZACIÓN DEL ARTÍCULO 2º TRANSITORIO DEL CÓDIGO DE AGUAS:

El derecho de aprovechamiento de aguas es un bien incorporal[16] y en virtud de esa naturaleza cualquier persona tiene la libertad para adquirir su dominio[17] como ser titular del amparo constitucional del derecho de propiedad sobre el mismo[18], sea este derecho constituido o reconocido[19], en cuanto estas garantías [20] son insertan dentro del denominado Orden Público Económico como derechos fundamentales[21] que la referida Carta Constitucional expresamente reconoce y protege a toda persona.

Concordante con lo anterior, dentro de la institucionalidad del país existe en relación con la materia en análisis una legislación de fondo - que al igual que la Constitución, todo Órgano del Estado[22] como los particulares[23], están obligados a respetar y acatar - la que se encuentra

---

16 Tener presente lo establecido en los artículos 565, 576 y 577 del Código Civil, y 6 del Código de Aguas.

17 En este sentido ver artículo 19 Nºs 14 y 23 de la Constitución Política de la República de l980.

18 Consultar artículos 19 Nº 24 y 20 de la Constitución Política de la República de l980. En cuanto al amparo legal de los derechos de aprovechamiento de aguas, ver lo establecido en los artículos 181 y siguientes del Código de Aguas como en el artículo 23, de la Resolución DGA Nº 186, de l996, que estableció "Normas sobre Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas". En cuanto a jurisprudencia, consultar "Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena: Código de Aguas". (Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago de Chile, 1997). pp 119 - 121.

19 A partir de distinguir entre derecho de aprovechamiento de aguas constituido de derecho de aguas reconocido, Vergara Blanco, Alejandro: "Derecho de Aguas", (Editorial Jurídica de Chile, lº Edición, diciembre de l998), tomo II, pp 307 - 367, realiza un interesante estudio acerca del Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas, en especial de su regularización y catastro, en el cual trata sistémicamente algunas reflexiones acerca de las regularizaciones de los derechos de aprovechamiento.

20 En relación a la necesaria y racional armonía que debe existir entre la libertad para adquirir el dominio de un derecho de aprovechamiento de aguas como el dominio que se tiene sobre él, esto es, el derecho a la propiedad y el derecho de propiedad dentro de nuestro ordenamiento legal, consultar sentencias de la Corte Suprema y Corte de Apelaciones de Antofagasta, recaída en causa sobre recurso de protección. (Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. III, l992, pp 364.)

21 Ver dicotomía entre libertades públicas (derechos públicos subjetivos) y potestades públicas a que da lugar el Orden Público Económico, en Vergara Blanco, Alejandro: "El orden público económico-minero y la superposición de concesiones". (Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. II, l991. pp 81-86).

22 Esto es, por observancia del Principio de Legalidad establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

23 En ese mismo orden de ideas, cabe destacar que los preceptos de la Constitución obligan, asimismo, a toda persona, institución o grupo, sin perjuicio del reconocimiento y amparo de ellos y la protección de su adecuada autonomía para que puedan cumplir sus propios fines específicos, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 6, en concordancia con lo prescrito en el inciso 3º del artículo 11, ambos de la actual Constitución Política.

contenida en el Código de Aguas, ordenamiento legal que se inserta dentro de la normativa que en la forma y en el fondo posibilita las citadas garantías constitucionales y dicho Orden Público Económico.

En relación con la regularización de un derecho de aprovechamiento es deber de toda autoridad competente velar por el Orden Público Económico que sé materializa en la circunstancia de garantizar a todos los agentes económicos que actúan en el mercado, sean personas naturales o jurídicas, publicas o privadas, la posibilidad de obtener su reconocimiento legal con estricto apego a la Constitución y a la ley[24], teniendo presente que las respectivas solicitudes constituyen una manifestación expresa de la garantía constitucional del derecho a petición[25].

En otro orden de ideas, cabe destacar que el actual Código de Aguas no establece como un requisito ni de la solicitud ni de la resolución administrativa que constituye originariamente un derecho de aprovechamiento de aguas, que el derecho real de aprovechamiento que se crea se encuentre o deba estar asociado a un uso, a una actividad, a un proyecto o a una inversión determinada, así tampoco, en nuestra opinión, el derecho de aguas que se regulariza se encuentra en dicha circunstancia, razón por la cual cabe inferir que en caso alguno la autoridad competente[26] sea al momento de informar o de pronunciarse en definitiva sobre la respectiva petición, puede eventualmente exigir el cumplimiento de dicho requisito, pues con esa conducta podría conculcar o amenazar alguna garantía constitucional del interesado, o afectar o infringir alguna disposición contenida en algún ordenamiento legal de fondo[27].

---

24 La ley Nº 19.253, de 5 de octubre de l993, que estableció "Normas sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas y creo la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena", dispone en su artículo 21 letra c) la creación de un Fondo de Tierras y Aguas Indígenas para financiar la constitución, regularización o compra de derecho de aguas o financiar obras destinadas a obtener este recurso., Asimismo, este cuerpo legal, en su artículo 64, que forma parte del Párrafo 2º del Título VIII, denominado "Disposiciones Particulares Complementarias para Aimaras, Atacameños y demás Comunidades Indígenas del Norte del País", establece que "Se debe proteger especialmente las aguas de las comunidades Aimaras y Atacameñas. Serán considerados bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esta ley, las aguas que se encuentren en terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes, sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito de conformidad al Código General de Aguas. No se otorgarán nuevos derechos de aguas sobre lagos, charcos, vertientes, ríos y otros acuíferos que surten de las aguas de propiedad de varias Comunidades Indígenas establecidas por esta ley sin garantizar, en forma previa, el normal abastecimiento de agua a las comunidades afectadas".

Cabe hacer presente que, este estatuto legal tiene gran impacto no tan sólo respecto del procedimiento de constitución originaria de derecho de aprovechamiento de aguas sino que en aquellos que pretenden ser regularizados, sin perjuicio de lo que se puede sostener respecto de las garantías de igualdad ante la ley, de derecho de propiedad y no afectación en la esencia respecto de los derechos de aguas cuyos titulares no pertenecen a estas comunidades indígenas.

25 Consultar en ese sentido lo establecido en el Nº 14, del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

26 Respecto del procedimiento de regularización contemplado en el artículo primero transitorio del Código de Aguas, el Conservador de Bienes Raíces respectivo y, los Tribunales de Justicia, en su caso; en cuanto al procedimiento establecido en el artículo segundo de ese mismo ordenamiento, la Dirección General de Aguas -, Organismo dependiente del Ministerio de Obras Públicas - en la fase administrativa, como de los Tribunales de Justicia, en la fase judicial de ese procedimiento, y, finalmente, respecto del procedimiento a que se refiere el artículo quinto transitorio de ese mismo Código, el Servicio Agrícola y Ganadero.

27 Esto se encuentra en directa relación con la observancia de los requisitos de no causar perjuicio a tercero y a que la solicitud respectiva sea legalmente procedente. Evidentemente, esta interpretación es discutible, pero las normas de la Constitución deben ser interpretadas de la manera más acorde, armónica y sistemática a los principios que la inspiran y a las instituciones que establece y garantiza, lo cual, en nuestra opinión, justifica plenamente y conforme a derecho dicho sentido y alcance. En ese mismo sentido, tener presente respecto de la autoridad administrativa competente las normas de la Ley Nº 18.575, de 5 de diciembre de l986, denominada Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la

Ahora bien, dentro del referido marco constitucional y legal resulta pertinente dejar constancia que el derecho de aprovechamiento de aguas se puede adquirir entre otros modos, por acto administrativo de la autoridad correspondiente[28], por el sólo ministerio de la ley, por sentencia judicial ejecutoriada que declare la prescripción adquisitiva, por tradición, todo ello de conformidad con lo establecido en los artículos 21 y 129 del Código de Aguas y en el artículo 19 Nºs 23 y 24, inciso final, de la Constitución Política de la República.

En cuanto al modo de adquirir tradición del derecho de aprovechamiento se hace necesario distinguir entre aquellos que están inscritos de aquellos que no lo están en el correspondiente Registro del Conservador de Bienes Raíces competente.

Así, respecto del derecho de aprovechamiento inscrito, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 117 del Código de Aguas, su tradición se efectuará por inscripción del título en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces[29]. Esta norma debe ser relacionada con las contenidas en los artículos 21, 113, 114 Nº 5, 121 y 317, del Código de Aguas, y artículo 19 Nºs 24 y 26 de la Carta Constitucional vigente.

En cambio, si el derecho de aprovechamiento de aguas es de aquellos que no están inscritos, previo a su inscripción[30] deberá este regularizarse ya sea a través de los procedimientos especiales establecidos en los artículos 1º o 2º o 5º transitorios del Código de Aguas, según corresponda, u obtener sentencia favorable a través del procedimiento judicial establecido en los artículos 177 y siguientes del mismo ordenamiento legal, que declare su existencia o constitución, como lo sería a vía de ejemplo, la adquisición por prescripción de un determinado derecho[31]. Estas normas deben relacionarse con lo preceptuado en los artículos 21, 113, 114 Nº7 y 317, del Código

---

Administración del Estado y las especiales, como la Ley Nº 18.834, de 23 de septiembre de 1989, denominada "Estatuto Administrativo".

[28] En relación a que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es un derecho real que se constituye originariamente por un acto de autoridad, conforme al procedimiento establecido en el Código de Aguas, que culmina con la Resolución constitutiva del derecho, inscrita en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo, pertinente es necesario dejar constancia de que antes de dictarse el acto administrativo constitutivo del derecho de aguas, de reducirse éste a escritura pública e inscribirse en el competente registro, el derecho de aprovechamiento no ha nacido al mundo jurídico, pues precisamente emerge, originariamente, en virtud de la mencionada resolución y su competente inscripción, esto es, que mientras tal derecho de aprovechamiento no se constituya de acuerdo a las normas establecidas en la ley, tal derecho no existe, según , por lo de más, tal como lo declaro en los considerandos séptimo y octavo de la sentencia de fecha 13 de octubre de 1997, dictada por el Tribunal Constitucional de Chile, en los autos rol Nº 260, referidos al requerimiento de inconstitucionalidad formulado por 30 diputados, de los algunos preceptos del proyecto de modificación del Código de Aguas de 1981.

[29] Reafirmando esta opinión, "la posesión del derecho de aprovechamiento de aguas constituidos en forma originaria se adquiere por la competente inscripción y el poseedor se presume dueño de la cosa que posee", consultar en ese sentido la sentencia del 30º Juzgado Civil de Santiago de fecha 28 de octubre de 1991, recaída en causa sobre tercería de dominio. (Revista de Derecho de Aguas Vol. V, 1994, pp 185 - 191). Tener presente, además, lo establecido en los artículos 20, 21, 112, 117, 121 y 129 del Código de Aguas.

[30] Esta que ya no será el modo de adquirir el derecho de aprovechamiento, sino registro e historia del mismo.

[31] En opinión en contra, respecto del procedimiento para declarar la prescripción adquisitiva de un derecho de aprovechamiento a través del procedimiento sumario, sino a través de uno de lato conocimiento, consultar sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 4 de junio de 1992, recaída en causa sobre recurso de reclamación. (Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. III, 1992, pp 348).

de Aguas y artículo 19 Nºs 23 , 24, inciso final, y 26 de la Constitución Política de la República.

En cuanto al procedimiento de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas es del caso precisar que él está sustentado en que el uso o aprovechamiento de las aguas debe cumplir con ciertos requisitos que permiten revestirlo de legitimidad y reconocimiento pleno que lo constituye en un derecho de aprovechamiento de aguas que en principio no ha nacido al mundo jurídico a partir de un acto originario de autoridad, es decir, se trata de usos que de facto, primero, y, luego, por su formalización y registro en un Catastro Público de acuerdo al procedimiento[32] que establece la ley, se han transformado jurídicamente en un derecho.

En fin, la regularización de este bien incorporal de carácter real, es el mecanismo por el cual se ajusta a las normas del actual derecho de aguas un derecho subsistente o existente creado en la fuerza de los hechos[33], en las más de las veces sin el contenido, las características o elementos esenciales[34] de un derecho de aprovechamiento de aguas constituido a partir de un acto concesional con arreglo al vigente Derecho de Aguas; de manera que la regularización, no es más que un procedimiento que persigue el reconocimiento de la existencia fáctica de un derecho, esto es, el incorporar este bien al actual régimen normativo del Derecho, incorporación que se traduce en "un reconocimiento de su existencia (no su constitución, pues ellos ya existen) con la finalidad de incluirlo en los registros correspondientes, facilitando su transferencia y transmisión de las titularidades, como su inventario y catastro"[35], como contribuir a su certeza y resguardo frente a terceros, en especial, al escriturarlo en un documento que haga plenamente prueba de su existencia, de su titular, y de las demás consideraciones o especificidades[36], que lo hacen un bien incorporal determinado o determinable, y, por tanto, un bien del patrimonio de su titular y objeto

---

[32] En cuanto al procedimiento de regularización de derecho de aguas que establece el actual Código de Aguas, es pertinente tener presente que el "artículo 1º transitorio del Código de Aguas tiende a mantener la historia de la posesión y propiedad de derecho de aprovechamiento alguna vez inscritos; el artículo 2º transitorio del mismo Código permite la formalización de un derecho adquirido por prescripción, incluso contra título inscrito y formalización de derechos no inscritos, o que se extraen individualmente de una fuente natural; y, en fin, el artículo 5º transitorio tiende a establecer el contenido y a formalizar los derechos provenientes del proceso de la Reforma Agraria..." según Vergara Blanco, Alejandro "Derecho de Aguas", (Editorial Jurídica de Chile, Iº Edición, diciembre de 1998), tomo II, pp 347.

[33] El Oficio Nº 591, de julio de 1983, de la Dirección General de Aguas, por el cuales e imparten instrucciones acerca de este procedimiento especial de regularización de derecho de aprovechamiento, a sus diversas dependencias, señala que esa norma "tiene por objeto regularizar situaciones de hecho que afectan personas que se encuentran usando actualmente recurso de aguas".

[34] Tener presente en cuanto al perfeccionamiento de los títulos en que consten los derechos de aprovechamiento de aguas, lo establecido en los artículos 44 y siguientes del Reglamento del Catastro Público de Aguas (D.S. MOP Nº 1.220, de 1997).

[35] Según lo entiende Vergara Blanco, Alejandro "Derecho de Aguas", (Editorial Jurídica de Chile, 1998, dos tomos) . p 348, tomo II.

[36] Respecto de las especificaciones o, bien sea dicho, de las menciones del derecho de aprovechamiento regularizado, en la mayoría de los casos ellas no están acordes a las que rigen para los derechos nuevos que se crean al amparo del Código de Aguas de 1981. Para esos efectos, resulta oportuno tener presente las presunciones establecidas en los artículos 309, 310, 311, 312 y 313 del Código de Aguas como lo establecido en los artículos 44, 45 y 46 del Reglamento del Catastro Público de Aguas, contenido en el Decreto Supremo MOP Nº 1.220, de 30 de diciembre de 1997. Asimismo, tener presente, además, acerca del contenido y de las características esenciales de los derechos de aprovechamiento de aguas en Vergara Blanco, Alejandro: "Derecho de Aguas", (Editorial Jurídica de Chile, 1998, dos tomos) tomo II, pp 339 - 345.

legítimo[37] del mal denominado mercado de aguas[38] en nuestro país.

Finalmente, cabe resaltar que este procedimiento de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas es de carácter excepcional, de manera que sus normas deben ser siempre interpretadas en sentido restringido y aplicadas ellas en los casos en que expresamente lo autoriza el legislador.

III.- ANÁLISIS SINÓPTICO DEL ARTÍCULO 2º TRANSITORIO DEL CÓDIGO DE AGUAS:

Aparece del examen de la norma en estudio aspectos relacionados con el procedimiento, con la solicitud y sus publicaciones, con las oposiciones y su resolución, como con el informe técnico y otras consideraciones, las que abordaremos a través de un estudio de sus aspectos más esenciales.

III.a.- Del procedimiento:

En relación con el procedimiento de regularización que sé encuentra consagrado y reglamentado en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, resulta pertinente señalar que él es aplicable tanto a derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas, como respecto de aquellos derechos de aprovechamiento no inscritos y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural[39].

Ahora bien, este procedimiento está conformado por dos instancias consecuenciales y distintas, una primera, en sede administrativa ante la Dirección General de Aguas[40], y, una segunda,

---

37 Lo que se transa son los derechos de aprovechamiento de aguas mas no, en nuestra opinión, las aguas, pues éstas jamás son objeto del tráfico jurídico entre privados en cuanto forman parte del Dominio Público, esto es, dada su calidad legal de bienes nacionales de uso público en ellas se encuentran de manifiesto los principios de la inalienabilidad e imprescriptibilidad que de suyo hace ilegítimo su tráfico bajo las formas y normas del derecho común.

38 Creemos que la denominación correcta a esta transferencia de bienes incorporales es libre transferibilidad de derechos de aprovechamiento de aguas, pues lo que efectivamente es objeto de la transaccibilidad, es la facultad de usar, gozar y disponer del derecho de aprovechamiento (potencia jurídica - facultad - que autoriza legítimamente a su titular para extraer un caudal de aguas superficiales o subterráneas, de una manera determinada, en un período y volumen determinado, en un punto cierto y prefijado, desde una fuente natural precisa), mas no de las aguas que jamás son objeto del tráfico jurídico entre privados en atención a su calidad de bienes nacionales de uso público, en cuanto no haya operado su previamente desafectación con arreglo a derecho.

39 Respecto de lo que debe entenderse por "derechos de aprovechamiento que se extraen en forma individual de una fuente natural, debe tenerse presente que se trataría de aquellos derechos cuyas aguas se extraen por canales propios y exclusivos desde un cauce natural, pero en el que no existe junta de vigilancia constituida que permitiera efectuar su inscripción en la forma prescrita en el artículo 115 del Código de Aguas". (Oficio de la Dirección General de Aguas Nº 591, de julio de l983, que imparte instrucciones acerca del artículo 2º transitorio del Código de Aguas) . Asimismo, sin perjuicio de lo anterior, resulta de interés relacionar este tipo de derecho de aprovechamiento con lo establecido en el artículo 115 del Código de Aguas.

40 Cabe precisar que esa fase administrativa está radicada en la Oficina de este Servicio del lugar por aplicación de la norma del artículo 130 del Código de Aguas y por estar expresamente delegada su competencia en el Director Regional de Aguas según el mérito de la letra B-28 de la Resolución DGA Nº 501, de fecha 26 de diciembre de 1989.

ante el Juez de Letras en lo Civil competente.

En sede administrativa[41], el procedimiento de regularización se tramita de acuerdo a los requisitos, forma, plazos y procedimientos que el propio artículo 2º transitorio prescribe, y, además, de acuerdo a las normas contenidas en el párrafo 1º, del Título I, del Libro II del Código de Aguas.

El procedimiento ante la Dirección General de Aguas se desarrolla entre la presentación de la solicitud y el momento en que la respectiva Oficina Regional de ese Servicio[42] remite la solicitud y todos los antecedentes, más la oposición, si la hubiese, y el correspondiente informe técnico, al Juez de Letras en lo Civil competente[43], momento procesal en el cual la tramitación de la solicitud se eleva a la instancia judicial correspondiente.

En sede judicial, el tribunal competente conocerá y fallará la solicitud de regularización de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguiente del Código de Aguas, esto es de acuerdo al procedimiento sumario establecido en el Titulo XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil, juicios en los cuales se podrá decretar de oficio la inspección personal del tribunal, el nombramiento de peritos y un nuevo informe de la Dirección General de Aguas[44], entre otras diligencias probatorias.

Cabe destacar que agotada la instancia administrativa, en la cual no le corresponde a la Dirección General de Aguas emitir pronunciamiento definitivo sino su parecer técnico y legal[45], los

---

41 Se entiende que esta instancia constituye en la práctica una revisión previa del Órgano Administrativo para someter la petición de regularización a la resolución de la Justicia, según el mérito de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 9 de marzo de l995 (Revista de Derecho de Aguas, Vol. VI, 1995, p 258).

42 Para mejor comprensión, según lo dispone el inciso primero del artículo 130 del Código de Aguas, "la Oficina de este Servicio del lugar".

43 Para determinar la competencia del tribunal de Letras en lo Civil, debe estarse a si hay un solo Juzgado de Letras en Lo Civil en la comuna o si existen varios con igual competencia en ella, o si se trata de un lugar de asiento de Corte, de acuerdo a lo establecido en los artículos 175 y 176 del Código Orgánico de Tribunales.

44 De acuerdo a lo establecido en la letra B-17, de la Resolución DGA Nº 501, de 28 de diciembre de l989, la competencia para evacuar este tipo de informe está radicada en los Directores Regionales de la Dirección General de Aguas.

45 Respecto del contenido de este informe existe discusión. Algunos piensan que este informe debe solamente contener una simple relación de hechos y circunstancias acerca de los requisitos, en cambio, otros que debe serlo tanto en el ámbito legal y técnico.

Nuestra opinión es que tratándose de un informe que debe orientar debidamente al juez, a que es un informe que tiene muchas veces la fuerza de uno de perito, esto es, aquél que emana de quien tiene conocimientos especialísimos sobre la materia sobre el que versa, y, finalmente, por que compartimos la opinión de que en todas las cuestiones relacionadas con las aguas terrestres superficiales o subterráneas, que deben ser sometidas al conocimiento y resolución de los tribunales de justicia, debe constar el parecer técnico y la interpretación legal administrativa que a dicho respecto tenga la Dirección General de Aguas; lo anterior se funda en el vasto, genérico, e incluso, en la mayoría de los casos, particular conocimiento jurídico y técnico que posee ese Servicio en materia de aguas, en sus procesos hidrológicos, en su gestión y administración, en su conservación y protección, lo cual redunda, además, en que en el proceso respectivo se dará efectiva garantía de un debido e informado proceso, lo que salvaguarda los derechos de las partes en él y contribuye decididamente a la función jurisdiccional de los Tribunales de Justicia con el debido respeto de las garantías constitucionales de las partes como lo son el debido e informado proceso, la no afectación de los derechos, entre otros.

antecedentes deben ser elevados a la instancia judicial competente, quien es precisamente la que debe avocarse al conocimiento y fallo de la solicitud de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, esto es, si procede o no acoger la solicitud y tener, por tanto, reconocido el derecho de aguas.

III.b.- <u>De la solicitud de regularización de derecho:</u>

Respecto de la petición de regularización se pueden distinguir dos aspectos específicos: i) su contenido y ii) su lugar de presentación.

III.b.i.- <u>Del contenido de la solicitud:</u>

Dado que el artículo 2º transitorio del Código de Aguas sólo hace referencia a las normas contenidas en el párrafo 1º, del Título I, del Libro II del Código de Aguas, esto es, aquellas que van de los artículos 130 a 139, ambos inclusive, no resulta procedentes conforme a derecho que la solicitud respectiva deba cumplir con los requisitos contenidos en el artículo 140 de ese mismo cuerpo legal[46].

Como consecuencia de lo anterior, aparece indispensable que la solicitud de regularización deberá contener los elementos o datos que permitan determinar el derecho de aprovechamiento de aguas que se está haciendo uso, esto es, si se trata de un derecho inscrito, no inscrito o que se extrae individualmente de una fuente natural. Además, en particular, debería indicar el nombre del álveo de las aguas que se desean aprovechar; su naturaleza, esto es, si son superficiales o subterráneas, corrientes o detenidas; si el derecho a regularizar es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas; la cantidad de agua que se extrae y que constituye el caudal en volumen por unidad de tiempo del derecho; el o los puntos donde se ha captado el agua y el modo que se ha utilizado para extraerla; y, en el caso de un derecho de uso no consuntivo, el punto de restitución de las aguas y la distancia y desnivel entre la captación y la restitución.

A partir de lo precedentemente afirmado podría sostenerse que hay una aparente confusión. Ello no es tal, pues hemos señalado que a la solicitud de regularización no se le aplica la norma del artículo 140 del Código de Aguas porque el no forma parte de las normas a que se refiere el Párrafo 1º, del Título I, del Libro II, de dicho ordenamiento legal. En ese contexto, los requisitos de la solicitud a que se refiere el artículo 140 del Código en estudio sólo rigen para aquellas solicitudes de constitución originaria de un derecho de aprovechamiento y que deben someterse tal cual por lo demás lo ordenan los artículos 20 y 23 del Código de Aguas, ante la Dirección General de Aguas.

Por otro lado, sostenemos que resulta indispensable que el peticionario individualice, determine o entregue datos, indicios o antecedentes que permitan identificar el derecho que se pretende regularizar. En ese contexto planteamos los requisitos que señalamos precedentemente,

---

[46] Incluso es más, los requisitos de forma de este tipo de solicitudes no son aquellos que se exigen para deducir la demanda judicial en los términos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil. (Sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 9 de marzo de l995. Revista de Derecho de Aguas, Vol. VI, 1995, p 257)., razón por la cual, legítimo es inferir que no podría ser legalmente procedente deducir la excepción de ineptitud del libelo que establece el artículo 303 Nº4 de ese mismo Código Procedimental.

los cuales en parte se confunden con algunos que contiene el artículo 140 del Código de Aguas, pero no son todos. Así una solicitud de regularización nada dice acerca de la comuna o de la provincia, donde se encuentra ubicada la captación de las aguas subterráneas o las que recorren las aguas superficiales, respectivamente, o los demás antecedentes, como son la distancia entre el punto de restitución, desnivel, etc, por ejemplo.

No obstante lo expuesto, resulta recomendable que el peticionario de una regularización de derecho aguas se guíe o tenga como referencia los requisitos que contempla el artículo 140 del Código de Aguas, pues con ello no cabrían dudas que obtendría una mayor identificación o determinación del derecho efectivamente, restringiendo, incluso, el ámbito o tenor de las oposiciones, por ejemplo, o que se sostuviera que la solicitud o publicaciones de estilo afectan la acertada inteligencia de terceros, sin perjuicio de si lo estima pertinente el peticionario otorgar a su solicitud una forma con los requisitos que preceptúa el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

En conclusión, no aparece contradicho que debe individualizarse debidamente el derecho de aguas que se pretende regularizar, quedando al arbitrio del peticionario el cómo hacerlo, pues el legislador no estableció normas de forma y fondo al respecto.

En otro orden de materias, naturalmente el peticionario indicará que el aprovechamiento de las aguas lo ha efectuado ininterrumpidamente, libre de clandestinidad y violencia, y sin reconocer dominio ajeno, sin aportar mayores antecedentes tanto que lo demuestren como que estén relacionados con las menciones anteriores que exija la naturaleza del derecho que se solicita regularizar, sin perjuicio de que estas materias son parte de la indagación administrativa y del conocimiento y fallo de los tribunales de Justicia, en las fases respectivas que conforman este procedimiento, razón por lo cual su mención no resulta inoficiosa pues el solicitante estaría alertando a terceros que al menos formalmente cumple con los requisitos de fondo y de procedencia de su solicitud.

En fin, resulta razonable que tanto la solicitud como las publicaciones de estilo den cuenta o contengan los datos que permitan a la autoridad competente como a los terceros interesados, determinar debidamente el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar, a fin de resguardar los bienes jurídicos comprometidos con dicha presentación, en especial, los demás derechos de aprovechamiento constituidos o que sean susceptibles de regularizar que pudieran eventualmente verse afectados con esta pretensión.

II.b.ii.- <u>Del lugar de presentación de la solicitud</u>:

De acuerdo a lo establecido en el artículo 130 del Código de Aguas, la solicitud de regularización debe presentarse ante la oficina de la Dirección General de Aguas del lugar[47], o ante el Gobernador respectivo[48], en virtud de lo preceptuado en la b) del inciso primero del artículo 2º.

---

[47] Tener presente a este respecto el tenor del Dictamen Nº 872, de 13 de enero de l993, de la Contraloría General de la República, sobre delegación de facultades y competencias de los Directores Regionales de este Servicio (Revista de Derecho de Aguas, Vol. V, p 206, 1994), y la letra B-28 de la Resolución DGA Nº 501, de 1989.

[48] Respecto al lugar de presentación de la solicitud que se regla por el artículo 130 del Código de Aguas, debe tenerse presente que la Dirección General de Aguas tiene oficias regionales y provinciales y que las gobernaciones "son las autoridades de gobierno interior en las provincias. De ello se sigue que la competencia está fijada por la provincia, sentido en

transitorio de ese mismo cuerpo legal.

Lo anterior se determinara según sea la provincia o la comuna, en su caso, donde se encuentre el punto de captación o ejercicio del derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar, para lo cual resulta atendible tener presente lo establecido en el artículo 118 del Código de Aguas.

III.c.- <u>De las publicaciones legales de la solicitud:</u>

El legislador de aguas con relación a dar a conocer o poner en conocimiento la solicitud de regularización a los terceros que pudieran eventualmente verse afectados con ella, esto es, la forma de notificación o medida de publicidad, dispuso que se debía efectuar sobre la base de la publicación en ciertos y determinados diarios o periódicos, tal como por lo demás ocurre con una solicitud de constitución originaria de derecho de aprovechamiento de aguas.

Así, en cuanto a su número, dónde deben hacerse, su contenido y forma, esto es, íntegra o en extracto, las publicaciones de la solicitud de regularización deben someterse a las normas establecidas en el artículo 131 del Código de Aguas, en conformidad a lo dispuesto en la letra b) del inciso primero del artículo 2º transitorio de ese mismo cuerpo legal.

A partir de la correcta interpretación de la citada disposición legal, no debería existir duda razonable, es más, creemos que la jurisprudencia judicial y administrativa[49], como de la propia Dirección General de Aguas, sirven para respaldar este sentido y alcance, como ilustrar a los peticionarios y al propio tribunal que ha de resolver la respectiva pretensión.

Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente señalar en relación con esta medida de publicidad a terceros de esta especie de solicitud, lo previsto en el inciso primero del artículo 34 de la Ley Nº 19.253, de 1993, esto es, que los Servicios de la Administración del Estado y los organismos de carácter territorial, cuando traten de materias que tengan injerencia o relación con cuestiones indígenas, deberán escuchar y considerar la opinión de las organizaciones indígenas que reconoce esta ley, lo cual es aún más relevante en el caso de establecido para los Aimaras, Atacameños y demás Comunidades Indígenas del Norte del país de acuerdo a lo prescrito en el artículo 64 de ese Cuerpo Legal.

En todo caso, es nuestra opinión que está obligación[50] se cumple por la Dirección General

---

que debe entenderse lugar. En consecuencia, la presentación de estas solicitudes (de regularización) deben efectuarse ante la oficina de la Dirección General de Aguas de la provincia, si existe, o ante el gobernador correspondiente. La Oficina Regional solamente podrá recibir solicitudes relativas a la provincia en que tenga su asiento"(Oficio Nº 591, de la Dirección General de Aguas de julio 1983). Agregamos, aunque dentro del radio urbano de una sola de las comunas de ella tenga su domicilio o asiento.

[49] Resulta pertinente tener presente el dictamen Nº 950, de 11 de enero de 1995, de la Contraloría General de la República, en cuanto a las publicaciones en extracto y de los datos que deben contener a fin de no contravenir la acertada inteligencia de los terceros de que habla el artículo 131 del Código de Aguas, y que es plenamente aplicable a las solicitudes de regularización de derecho de aguas.

[50] Esta es una carga legal y procesal de la Administración y no de los peticionarios, pues así se desprende de lo expresamente establecido en las normas de la Ley Nº 19.253, de 1993. La publicidad de la petición tanto a los que se puedan sentir afectados con ella o no, se resguarda debidamente por los interesados con las publicaciones de prensa de

de Aguas a lo menos haciendo uso de la facultad establecida en el inciso final del artículo 131[51] del Código de Aguas[52], como de hacer constar, en su oportunidad, la opinión de esas comunidades en el respectivo informe técnico, sin perjuicio de lo que en definitiva resuelva el tribunal correspondiente.

III.d.- <u>De la presentación de oposición a la solicitud</u>:

De acuerdo a lo establecido en la letra c) del inciso primero del artículo 2º transitorio del Código de Aguas, las oposiciones que se deduzcan en contra de una solicitud de regularización de derecho de aprovechamiento deberán efectuarse a través de una presentación que se sujetará a las reglas[53] señaladas en párrafo 1º, del Título 1º del Libro II del Código de Aguas, razón por la cual, en la especie, deberán estarse a la forma, plazo y trámites que dispone el artículo 132 de ese mismo cuerpo legal.

En ese entendido, los terceros que se sientan afectados con la solicitud de regularización deberán oponerse[54] dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de la última publicación de la notificación a que se refiere el inciso final del artículo 131 del Código de Aguas, en su caso[55].

---

estilo, en las cuales no se requiere ni precisa individualizar la persona y numero de los afectados. En ese sentido consultar el considerando decimotercero de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 9 de marzo de l995 (Revista de Derecho de Aguas, Vol.. VI, 1995, p 258).

51 Esta facultad es genérica, por lo cual ese Servicio puede siempre disponer la notificación personal de la solicitud de regularización cuando aparezca de manifiesto la individualidad de la o las personas afectadas con la presentación y el número de éstos no haga dificultosa la medida. Al respecto cabe tener presente las normas sobre notificación personal y por aviso que dispone el Código de Procedimiento Civil.

52 En nuestro parecer, como consecuencia del ejercicio de esta facultad - obligación respecto de las comunidades indígenas - la Dirección General de Aguas debería ordenar expresamente por medio de una resolución se efectúe esta notificación, designado para estos efectos a un ministro de fe, tal como procede para los efectos del artículo 139 del Código de Aguas. En cuanto a los gastos que esta diligencia irrogue, debe estarse a lo establecido en el artículo 135 de ese mismo Código.

No obstante lo anterior, aparece del examen de las resoluciones de delegación de funciones y atribuciones dictadas por el Director General de Aguas, que dicha facultad no se encuentra expresamente delegada en los Directores Regionales de ese Servicio, razón por la cual resulta recomendable dictar el acto administrativo que así lo establezca a fin de agilizar dicha diligencia.

53 Cabe tener presente que en la fase administrativa de este procedimiento, los opositores no requieren actuar bajo patrocinio de abogado ni conferir el mandato respectivo, salvo que por su propia voluntad así lo dispongan soberanamente.

54 La presentación deberá efectuarse materialmente, sea en la Oficina de Partes de la Oficia del Servicio del lugar o de la Gobernación Provincial respectiva, según corresponda, y deberá contener entre otros datos, la designación de un domicilio dentro del radio urbano donde la efectúa, de acuerdo a lo establecido en el artículo 139 del Código de Aguas, norma que es absolutamente aplicable a este tipo de procedimiento como sus efectos.

55 No debe confundirse el derecho de los terceros para oponerse en el trámite administrativo de este procedimiento con los derechos que el opositor tiene como sujeto de la relación procesal controvertida en el juicio sumario propiamente tal, pues no caben dudas que puede intervenir como parte en éste aquellos que deduzcan oposición dentro del plazo legal como los que lo han hecho extemporáneamente en la etapa administrativa, ya que esta circunstancia no hace precluir el derecho de los afectados en la etapa judicial propiamente tal y, por tanto, a ser oídos y tenidos como parte, toda vez que en caso contrario, sería excluir del juicio a que se refiere el artículo 177 y siguientes del Código de Aguas a los opositores extemporáneos, admitiendo que el proceso se llevará sin legítimo contradictor o tercero afectado, y transformando este en

Luego, dentro del quinto día de recibida la oposición, sea la Oficina del servicio del lugar o la gobernación, en su caso, debe dar traslado de ella al regularizador[56] (peticionario), para que éste la responda dentro del plazo de 15 días.

En lo referido a quién puede deducir oposición a una solicitud de regularización, aparece claramente que todo aquel que se sienta afectado en sus derechos con dicha pretensión[57], en especial, si dicho perjuicio está en directa relación con un derecho de aprovechamiento de aguas, sea constituido o reconocido o en trámite de ello. Aún más, podrá deducir la oposición aquel que tiene conocimiento de que la petición no se encuentra ajustada a derecho, esto es, que el aprovechamiento de las aguas no cumple con el uso ininterrumpido, a que este no lo es dentro del plazo legal ni se efectuaba a la entrada en vigencia del Código de Aguas, o no cumplía con los demás requisitos que establece la ley para dicho reconocimiento.

Incluso es más, podría ocurrir que aquel que tiene inscrito a su nombre el derecho de aprovechamiento de aguas que se pretende regularizar deduzca oposición, tal como por lo demás lo establecen los artículos 724, 728, 731, 2505, 716 en relación con el artículo 2510 regla tercera, todos del Código Civil.

Finalmente, de estas actuaciones[58] como de su mérito la Dirección General de Aguas deberá dejar constancia en el respectivo expediente administrativo[59] que se crea para ese efecto de acuerdo a las normas que a este respecto ha establecido dicho Servicio en el Manual correspondiente[60].

III.e.- <u>De las aclaraciones, inspecciones oculares, e informes para mejor informar</u>:

En atención a que la letra b) del inciso primero del artículo 2º transitorio del Código de Aguas

---

un asunto de jurisdicción voluntaria, con lo cual se contravendrían las normas constitucionales del debido proceso y la bilateralidad de la audiencia. (Considerando decimosexto de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valdivia de 9 de marzo de l995. Revista de Derecho de Aguas, Vol. VI, 1995, p 260).

[56] También el peticionario se encuentra obligado a efectuar la designación de domicilio que establece el artículo 139 del Código de Aguas, como ha soportar los efectos de su no designación.

[57] Resulta pertinente tener presente lo establecido en los artículos 17 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, en cuanto a la pluralidad de acciones y partes en este procedimiento de regularización, en especial, en lo que respecta a su fase judicial.

[58] Resulta pertinente destacar que en el caso que no se deduzcan oposiciones a una solicitud de regularización, procede que la Oficina del servicio del Lugar o la gobernación respectiva extiendan certificado por el cual se acredita el hecho de no haberse ellas deducido como que el plazo legal para ello se encuentra vencido. Al respecto cabe precisar que esa actuación solamente corresponde a la autoridad respectiva, esto es, ante quien competentemente se haya presentado la solicitud. En ese sentido consultar jurisprudencia Nº1, del artículo 132, del Repertorio de Legislación y Jurisprudencia chilenas (2º edición, Editorial Jurídica de Chile, 1997), p 90.

[59] Este expediente es identificado con una sigla que se desglosa en NR – Nº de Región - Provincia – Nº de ingreso correlativo, según el Manual de Procedimiento de la Dirección General de Aguas..

[60] El vigente Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, está aprobado por Resolución (exenta) DGA Nº 1700, de 8 de julio de l999.

establece que la solicitud de regularización de un derecho de aguas se debe ajustar en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en las normas contenidas en los artículos 130 a 139 del Código de Aguas, resulta absolutamente procedente que la Dirección General de Aguas a través de su Oficina respectiva, luego de haberse vencido los plazos a que se refieren los artículos 133 y 134 del Cuerpo Legal citado, de oficio o a petición de parte (interesado u opositor), mediante resolución fundada, solicite las aclaraciones, decrete las inspecciones oculares y pida los informes correspondientes para mejor informar.

En efecto, en nuestra opinión, la citada norma transitoria faculta expresamente a la citada Repartición para que en el ejercicio de su competencia, que se desarrolla en la fase administrativa del procedimiento de regularización, pueda recopilar y obtener información[61] del solicitante como del opositor o de un tercero, con el objeto no de resolver en definitiva la solicitud sino de allegar todos los antecedentes o datos que permitan efectivamente mejor evacuar su informe al tribunal de justicia competente[62].

A mayor abundamiento, dado que ese órgano administrativo debe en su oportunidad remitir todos los antecedentes que conforman el respectivo expediente[63] al tribunal competente, a que la carga procesal de recopilar y obtener información lo faculta para agregar al expediente todos los datos o documentos que estime pertinentes - dentro de plazo prudente- sin que a este respecto

---

61 No caben dudas que en el caso de decretarse inspección ocular por ese Servicio, deberá determinar la suma que el interesado deberá consignar para cubrir los gastos de esta diligencia de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 135 del Código de Aguas.

62 En relación con las medidas o diligencias que podrían decretarse, la Dirección General de Aguas, ha estimado, según el mérito de la Minuta N°165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, e impartidas por el Director General de Aguas según su Oficio N° 725, de 5 de noviembre de 1999, entre otras, las siguientes: Declaraciones juradas notariales del peticionario como de testigos, relativas, por ejemplo, a que ha estado haciendo uso efectivo de las aguas desde más de cinco años antes de la vigencia del Código de Aguas de l981 como también en la actualidad; que tal aprovechamiento lo ha sido libre de clandestinidad y violencia y sin reconocer derecho de tercero respecto del derecho de aprovechamiento que pretende regularizar; declaraciones notariales al peticionario referidas a que no ha tenido juicios en relación con el uso de las aguas que pretende regularizar, como del tipo de cultivo o uso ha que destinado las aguas, copias de inscripciones del predio donde se ubica la captación, la que puede ser de él o de su antecesor legal, para lo cual deberá adjuntar la correspondiente a los anteriores dueños, como copia de los instrumentos o sentencias que han servido de base para la transferencia o transmisión; instrumentos en que conste la existencia de una servidumbre o de la autorización del dueño del predio para aprovechar las aguas del derecho a regularizar de una captación ubicada en predio privado de tercero; pruebas de bombeo o registro de aforos relacionados con el derecho a regularizar; facturas u otros documentos públicos o privados en el cual conste antigüedad y caudal del derecho como de las obras por las cuales extrae o capta, como lo son las cuentas de luz eléctrica, pago cuotas a organizaciones de usuarios, etc.; planos o cartografía antigua referidos a la zona donde su ubica la extracción y que de cuenta de su existencia a una fecha determinada; fotografías aéreas del lugar donde se halla la captación, en la cual se pueda apreciar la existencia del aprovechamiento de las aguas que se pretende regularizar a una fecha determinada; constatación o certificación de la organización de usuarios de aguas que tenga competencia dentro del área donde se ubica la captación del derecho; antecedentes de otros servicios Públicos en que puedan existir antecedentes respecto de quien ha usado las aguas, desde que fecha, caudal, el punto de extracción, etc., tales como Municipalidades, INDAP, SAG, CONAF, INIA, Ministerio de Agricultura, Dirección de Obras Hidráulicas, CIREN-CORFO; catastro de usuarios de aguas u otros antecedentes que obren en el Servicio, como estudios hidrológicos del sector, rol de usuarios, etc; y otras que proponga el interesado, el opositor o que tengan relación directa con los requisitos que establece el artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

63 El mérito del expediente tramitado ante la Dirección General de Aguas, es un elemento probatorio que tiene un rango especial y constituye, en la práctica, la constatación de la revisión que ese Servicio efectúa previamente a la decisión judicial, razón por la cual es razonable concluir que su examen por el tribunal al momento de resolver no tan solo es obligatorio sino que una pieza fundamental para su decisión definitiva.

pueda estimarse que tiene limitación en cuanto al régimen y medios de prueba[64], y a que en su calidad de organismo asesor, consultor e informante de los Tribunales de Justicia en materias de aguas terrestres, según se infiere por lo demás de los artículos 177, 179, 183, 270 y 291del Código de Aguas, esta en la obligación no tan solo de emitir su opinión sino de adjuntar los elementos en que ella se sustenta con el propósito de evacuar con debida diligencia su informe.

III.f.- <u>Del informe técnico de la Dirección General de Aguas</u>:

De conformidad con lo establecido en la letra b) del inciso primero del artículo 2º transitorio y del inciso final del artículo 134 del Código de Aguas, reunidos los antecedentes solicitados más los que obren en el expediente administrativo respectivo, la Oficina del lugar de la Dirección General de Aguas debe emitir un informe técnico sobre la solicitud de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas sometida a su consideración, en un plazo máximo de cuatro meses, a partir del vencimiento del plazo de 30 días a que se refiere el inciso anterior de esa misma norma.

En particular respecto del informe del citado Servicio, resulta relevante precisar su importancia como su estructura y su contenido.

i).- En cuanto a su importancia, cabe destacar que constituye el documento de respaldo de la opinión de la Dirección General de Aguas sobre una determinada solicitud de regularización, razón por la cual en él deben contenerse las diversas consideraciones técnicas y legales como los antecedentes que sustentan las conclusiones, esto es, que ameritan o no acceder a la regularización solicitada, es decir, la opinión fundada del Servicio si es o no procedente acceder a la solicitud en los términos que en ella se expresan, sin perjuicio de lo que resuelva en definitiva, dentro de su competencia, el respectivo tribunal.

ii).- En lo que dice relación con su estructura, la Dirección General de Aguas ha determinado un formato[65] con el propósito de establecer un informe técnico tipo en esta materia

---

[64] Esto es sin perjuicio que resulta razonable estimar que el estatuto jurídico aplicable al régimen probatorio deben coincidir tanto en la jurisdicción administrativa como en la judicial, como con el aporte de elementos de convicción a la decisión final, no es legítimo restringir o menoscabar su ámbito incluso es más, circunscribirlo a las rígidas normas probatorias del derecho común. Consultar en ese sentido el considerando duodécimo de la sentencia de 9 de marzo de l995 de la Corte de Apelaciones de Valdivia. (Revista de Derecho de Aguas, Vol.VI, 1995, p 257).

[65] En ese contexto, según la Minuta Nº165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, e impartidas por el Director General de Aguas según su Oficio Nº 725, de 5 de noviembre de 1999, se debe superponer al modelo de informe técnico sea para aguas superficiales o subterráneas, a que se refieren los anexos 1 y 2 del Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos vigente, la siguiente estructura:

1.- <u>ANTECEDENTES DE LA SOLICITUD</u>:

1.a.- Solicitud: Descripción detallada de ella, es decir, precisar el derecho que se pretende regularizar tal como se encuentra consignado en la respectiva solicitud.
1.b.- Publicaciones: En qué diario o periódico se han efectuado como las fechas de ellas.
1.c.- Oposiciones: Si se han deducido o no, como quienes lo han efectuado. Así también si se dio traslado de ella al peticionario.

2.- <u>ANTECEDENTES TÉCNICOS DE LA VISITA A TERRENO:</u>

2.a..- Descripción de la visita a terreno:
2.b.- Observaciones: - Si se dan decretado aclaraciones, inspecciones oculares, e informes

para todas las Oficinas del Servicio.

iii).- Respecto del contenido del informe técnico que la Dirección General de Aguas debe evacuar en un proceso de regularización, en nuestro parecer debe contener su opinión técnica y legal de a lo menos si la utilización del derecho ha sido libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno, a si la utilización del derecho a ha sido ininterrumpida, en cuanto a la antigüedad del uso del derecho, y respecto del caudal de aguas que se ha usado y que conforma el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar.

III.g.- <u>De la resolución de la o las oposiciones</u>:

En virtud de las publicaciones que se efectúan con arreglo a lo establecido en el artículo 131 del Código de Aguas, los terceros que se sientan afectados pueden deducir oposición a la solicitud de regularización. Para esos efectos, los opositores deben someterse a las normas establecidas en el artículo 132 del Código de Aguas, tanto en la forma y plazo.

Ahora bien, la Oficina de la Dirección de Aguas del lugar o la gobernación respectiva, en su caso, debe dar traslado de la oposición u oposiciones deducidas al peticionario para que en plazo de 15 días la o las evacuen.

Cabe destacar que la o las oposiciones deducidas a una solicitud de regularización de derecho de aprovechamiento, son de exclusiva competencia del Juez de Letras en lo Civil competente, quien debe conocerlas y fallarlas de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo

---

correspondientes para mejor informar al peticionario, el estado de ellas, y eventualmente un resumen de sus resultados.
- Si ha existido consulta a los antecedentes de la DGA, o de otros Servicios Públicos, como de sus resultados.

3.- <u>CONCLUSIONES:</u>

3.a.- Si la solicitud como sus publicaciones legales dan cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 130 y 131 del Código de Aguas.
3.b.- Si se constató la existencia y ubicación de la obra por la cual se capta el derecho de aprovechamiento conforme a la solicitud.
3.c.- Si la obra de captación denota ser de antigua data, por lo que cumpliría con los requisitos exigidos en el artículo 2°Transitorio del Código de Aguas, en cuanto al tiempo de uso de las aguas.
3.d.- Si hay antecedentes que acrediten el uso ininterrumpido, libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno del derecho de aprovechamiento a regularizar.
3.e.- Si hay antecedentes sobre si el caudal del derecho a regularizar concuerda con las características de la obra de captación y, por tanto, con el derecho.
3.f.- Si dentro del área de protección solicitada del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas a regularizar existen o no otras captaciones de derechos de aprovechamiento constituidos por la autoridad, regularizados de acuerdo a este mismo procedimiento, y si hay otras captaciones de derechos que sean eventualmente susceptibles de ser regularizadas o que se encuentren en trámite de constitución originaria en este Servicio .
3.g.- En el caso de existir oposiciones, parece del todo recomendable que el Servicio emita su parecer técnico respecto de ellas, sin perjuicio de lo que resuelva el tribunal en definitiva.
3.h.- La opinión del Servicio, en cuanto a que si de acuerdo a los antecedentes que obran en el expediente administrativo y a lo constatado en la inspección ocular, se dan los presupuestos que permitan aseverar que la petición de regularización en análisis es procedente o no.

177 y siguientes del Código de Aguas[66].

En ese entendido, no corresponde a la Dirección General de Aguas pronunciarse sobre ellas por estar radica su competencia en los tribunales de justicia, lo que no obsta a que respecto de ellas esa Repartición tanto técnica como legalmente exponga su parecer en el correspondiente informe al órgano jurisdiccional.

III.h.- <u>De la resolución de la petición de regularización:</u>

La resolución definitiva de la solicitud de regularización de un derecho de aprovechamiento no es de competencia de la Dirección General de Aguas, pues todos los antecedentes generados en la etapa de tramitación administrativa de ella como los que se han adjuntado durante la sustanciación del procedimiento sumario en sede judicial y que sirven de base para la dictación de la sentencia definitiva[67] por el Juez de Letras respectivo[68], constituye materia que es de exclusiva competencia de esa autoridad[69].

Cabe destacar que en contra de la sentencia definitiva que se dicte con ocasión de una solicitud de regularización, proceden los recursos que regla el Código de Procedimiento Civil, como, asimismo, las demás instituciones procesales, como el abandono de la instancia, la prescripción, la cosa juzgada, el desasimiento y la preclusión, por citar algunas de ellas, y respecto de las cuales deben estarse a las normas que establece la citada ley procesal.

III.i.- <u>Del registro de la sentencia:</u>

A parte del registro de la sentencia judicial que recaiga en definitiva sobre una solicitud de regularización de derecho de aprovechamiento en el libro copiador de sentencia[70] del respectivo Tribunal de Letras, como la que debe efectuar el peticionario en el Registro de Propiedad de Agua del Conservador de Bienes Raíces correspondiente[71], de acuerdo a lo que establece el artículo 114

---

66 En ese sentido consultar en especial el Dictamen Nº 11.668, de 1984, de la Contraloría General de la República.

67 En relación con los requisitos de la sentencia definitiva de primera instancia o de la de segunda que modifique o revoque en su parte dispositiva las de otros tribunales, debe estarse a lo que establece el artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de tener presente lo dispuesto en el auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias, de fecha 30 de septiembre de 1920, que se encuentra contenida en el Apéndice de ese mismo Código de Enjuiciamiento Civil.

68 En cuanto a determinar cuál es el Juzgado de Letras en Lo Civil competente para conocer de este tipo de solicitudes de regularización de derecho de aguas, deben observarse las normas que a este respecto establece el Código Orgánico de Tribunales, en especial, lo relativo a los elementos de la materia y territorio y distribución de causas.

69 En ese sentido consultar los Dictámenes Nºs 11.668, de 1984, y 16.579, de 1984, ambos de la Contraloría General de la República.

70 Ver a este respecto lo establecido en el número 1 del artículo 384 del Código Orgánico de Tribunales y los Auto Acordados de la Corte Suprema de fecha 1 de abril de 1966, sobre registro de sentencias, y el de 27 de agosto de 1982, (Diario Oficial de 8 de septiembre de 1982) que complemento el anterior.

71 En cuanto al registro de la sentencia en el Conservador de Bienes Raíces que es competente para efectuar la inscripción respectiva., tener presente lo dispuesto en el artículo 118 del Código de Aguas.

Nº7 del Código de Aguas, ella debe ser registrada además en el respectivo registro del Catastro Público de Aguas según lo dispone el artículo 122 del Código de Aguas, y, en particular, los artículos 13, 15 b) 1, y 16 b) 1, del Reglamento de dicho Catastro que estableció el Decreto MOP Nº 1.220, de l997[72].

Para los efectos del registro en el citado Catastro Público, cabe destacar que si bien en el oficio conductor por el cual la Oficina del lugar de la Dirección General de Aguas respectiva envíe todos los antecedentes al Tribunal competente, solicita que en su oportunidad se remita copia de la sentencia ejecutoriada a fin de dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 122 del Código de Aguas ello no es suficiente, pues de acuerdo a lo preceptuado en los artículos 32 y 37 y siguientes del Reglamento del Catastro Público de Aguas, el peticionario una vez inscrita la sentencia en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente a la luz de lo dispuesto en el artículo 114 Nº7 del Código de Aguas, debe cumplir con la inscripción en el registro respectivo de ese Catastro, requiriéndola por escrito y acompañando copia de aquella.

Finalmente, en relación con el registro del derecho de aprovechamiento regularizado en el indicado Catastro de Aguas resulta de interés tener presente las normas de los artículos 33, inciso segundo, y 43, inciso segundo, del citado Decreto MOP Nº 1.220, de l997, en cuanto a que la Dirección General de Aguas no recepcionará[73] solicitud alguna relativa a este derecho como de las dirigidas a obtener las autorizaciones y/u oposiciones que en esa norma se señalan, a menos que los interesados exhiban copia autorizada del respectivo registro en el Catastro Público de Aguas, como que deberá exhibirse copia de la inscripción del derecho en el registro de propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces que corresponda, para los efectos de ser incorporado en el registro competente del citado Catastro.

IV.- DE LA INTERPRETACIÓN DE LOS ELEMENTOS DEL ARTÍCULO 2º TRANSITORIO DEL CÓDIGO DE AGUAS:

La norma transitoria del Código de Aguas en análisis contiene elementos que permiten ser interpretados tanto por el tribunal, como por el peticionario y sus opositores.

Por otra parte, en atención a la experiencia y conocimiento legal y técnico que la Dirección General de Aguas tiene acerca del aprovechamiento de las aguas terrestres en el país, ha estimado que se encuentra en el deber de establecer el debido sentido y alcance de los diversos elementos y requisitos que se establecen para el procedimiento de regularización de derecho de

---

72 Este decreto fue tomado razón por Contraloría General de la República con fecha 15 de julio de l998 y su publicación se efectúo en el Diario Oficial con fecha 27 de julio de l998 .

73 Dispone la citada norma que no se pueden recepcionar y por tanto, es legítimo inferir que no se pueden someter a tramitación las solicitudes de competencia de esa Repartición ni aún oposiciones a las mismas, mientras el peticionario no demuestre tener cumplido con la inscripción de su derecho de aprovechamiento en el Registro del Catastro respectivo, para lo cual deben exhibir (mostrar) copia autorizada del registro correspondiente.

Esta situación, generalmente, en nuestra opinión se traducirá en la práctica que el peticionario deberá adjuntar con su solicitud una copia autorizada del registro competente del Registro Público de Derecho de Aprovechamiento de Aguas a que se refieren los artículos 13 a 16 de ese Reglamento, pues en la mayoría de los procedimientos de que conoce y resuelve ese Servicio se refieren o recaen sobre este tipo de bien incomercial.

aprovechamiento en estudio[74].

A partir de ese escenario, sistematizamos a fin de contribuir a determinar el debido sentido y alcance de los mismo, dejando constancia que los fundamentos o referencias que se efectúan al Código Civil están basado en lo expresamente establecido en el artículo 21 del Código de Aguas, el que por lo demás hace concordancia y armonía con lo prescrito en los artículos 4 y 13 de ese Ordenamiento de Derecho Común, pues el Código de Aguas no contiene conceptos como tampoco establece elementos que permitan al interprete entender que ha querido decir o que se entiende por ciertos requisitos que establece la norma transitoria del Código de Aguas. En razón de ello, estimamos que procede que estos sean determinados en su debido sentido y alcance haciendo uso de las normas de interpretación de la ley que disponen los artículos 19 y siguientes del Código Civil, sin perjuicio de aplicar las demás normas de ese Código, como es, por ejemplo, que el que no tiene ánimo de señor y dueño del derecho de aprovechamiento no tiene su posesión[75], como el que cumple y acredita el cumplimiento de los requisitos de esa institución civil, debe reputarse dueño del derecho de aprovechamiento de aguas[76].

IV.a.- <u>El uso ininterrumpido lo es antes de la vigencia del Código de Aguas:</u>

En cuanto con el plazo del uso ininterrumpido a que se refiere la norma del artículo 2º transitorio diversa opinión. Unos plantean, que el plazo de este uso lo es hasta después de los cinco años de entrada en vigencia del Código de Aguas; otros, en cambio, que este plazo es de cinco años antes de la vigencia del Código de Aguas. En todo caso, no existe discusión en el hecho de que el aprovechamiento debe ser a lo menos coetáneo o debe existir a la fecha de entrada en vigencia esta ley especial de Aguas[77].

Ahora bien, en nuestra opinión el plazo de cinco años que requiere este particular uso lo es antes de la vigencia del Código de Aguas de 1981, esto es, 5 años contados hacia atrás del día 29 de octubre de 1981, fecha en que fue publicado en el Diario Oficial el Decreto con Fuerza de Ley Nº 1.122 que fijo su texto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 6 y siguientes del Código Civil, y

---

74 La opinión oficial de ese Servicio respecto del sentido y alcance de los elementos que contiene el artículo 2º transitorio del Código de Aguas se encuentra contenida en la Minuta Nº165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, e impartidas por el Director General de Aguas según su Oficio DGA Nº 725, de 5 de noviembre de 1999.

75 En ese sentido la jurisprudencia ha sostenido que "el hecho de presentar una solicitud de derecho de aprovechamiento sobre aguas cuyo actual uso y ejercicio se alega, por considerar que no se está en posesión de ellos, permite tener por establecido que no se tiene el ánimo de señor y dueño de tales derechos de aguas, por lo tanto tampoco se tiene posesión" , en ese sentido, consultar la sentencia del 30º Juzgado Civil de Santiago, en causa sobre tercería de dominio, de 28 de octubre de 1991. (Revista de Derecho de Aguas, Vol. V, 1994, pp 185 - 191).

76 Así, se puede desprender de una interpretación armónica y sistemática de los resuelto para un caso en que se aplica el artículo 7º del D.L. Nº 2.605, de 1979, respecto de una regularización reglada por el artículo 2º transitorio del Código de Aguas .Sentencia recaída en recurso de protección, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso de 6 de noviembre de 1994. (Revista de Derecho y Jurisprudencia, tomo 83, 1986, II, 5º , pp 75 - 84, o en Revista de Derecho de Aguas, Vol. V, 1994, pp 236 - 241).

77 Tener presente que este es un elemento básico para la procedencia de este tipo de solicitudes, al respecto consultar sentencia de 11 de junio de 1993, del 3º Juzgado Civil de Santiago (Revista de Derecho de Aguas, Vol. IV, 1993).

que, por tanto, de acuerdo a las normas que reglan la vigencia de la ley, el Código de Aguas entro en plena vigencia.

Respecto del uso inmemorial de las aguas y por ende de su uso ininterrumpido, resulta pertinente destacar que aquél siempre tiene una protección oficial[78] por el actual Ordenamiento del Derecho de Aguas[79]. Así, se desprende, por ejemplo, de una interpretación sistemática y concordante de lo establecido en los artículos 22, 23, 114 números 2 y 7, 115, 129, 130 y siguientes, 141 inciso final, 164 y siguientes, 181 y siguientes, 188, 189, 194,195, 197, 259, y 270 del Código de Aguas, como en los artículos 5, letra c) inciso segunda parte, 13 número 1, 21, 23 inciso primero, y 24 inciso segundo, de la Resolución DGA Nº 186, de l996.

IV.b.- Quién puede regularizar:

La norma en análisis contempla tres situaciones, a saber: a) persona distinta del titular del derecho inscrito que se pretende regularizar; b) persona que usa un derecho no inscrito[80]; y, c) persona que extrae un derecho en forma individual desde una fuente natural[81].

En nuestra opinión, en cualquiera de estas situaciones la petición podrá ser presentada por una persona natural o jurídica, por sí o por sus representantes legales[82]; como también lo podrá

---

78 Para resaltar esta protección, consultar sentencias de la Corte Suprema y Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 18 de julio de l991, recaída en causa sobre recurso de reclamación, en cuanto la Dirección General de Aguas debe respetar dentro del procedimiento especial de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas, los derechos de aprovechamiento que terceros hayan adquirido en virtud de legislaciones anteriores, ya que no puede perjudicar ni menoscabar derecho de terceros. (Revistas de Derecho de Minas y Aguas, Vol. III, l992, pp 321 -325, y Vol. VI, l995, pp 262 - 263).

79 No obstante, la Contraloría General de la República a través del dictamen Nº 17.570, de 23 de julio de l986, ha determinado que respecto de los usos inmemoriales a que se refiere el artículo 20 del Código de Aguas, esto es , derecho de aprovechamiento de aguas de que se es titular por el solo ministerio de la ley, este uso "no tiene en su concepto otro valor que el de una mera expectativa y que carece de validez frente a una petición para constituir un derecho de aprovechamiento".

En virtud de dicho criterio, los derechos de aprovechamiento de aguas que son susceptibles de regularizar en los cuales claramente existe un uso inmemorial, se podría sostener erróneamente esta misma doctrina.

En todo caso, para consultar una opinión distinta ver dictamen Nº 1.408, de 20 de enero de l992, de esa misma Entidad Contralora. (Revista de Derecho de Aguas, Vol. IV, l993, pp 291-292).

80 Mediante dictamen Nº 37.369, de 1988, la Contraloría General de la República señalo que "frente a la falta de reducción a escritura pública y de inscripción del acto constitutivo de la merced (.. de aguas..) el artículo 2º transitorio, inciso final, del actual Código de Aguas, contempla un procedimiento administrativo judicial (sic) para inscribir derecho de aprovechamiento no inscrito por cualquier motivo, regularización a la que pueden optar las interesadas". En esté mismo sentido, consultar el dictamen Nº 16.579, de l994, de esa misma Entidad Fiscalizadora.

81 Para aclarar el sentido y alcance de esta parte de la norma transitoria en estudio, consultar sentencia de fecha 7 de julio de l992, de la Corte de Apelaciones de La Serena, recaída en causa sobre juicio sumario de regularización de derecho de aprovechamiento. (Revista de Derecho de Aguas, Vol. IV, l993, pp 221 -223).

82 El peticionario podrá actuar a través de mandatario e incluso constituir patrocinio y otorgar poder a una abogado habilitado, al respecto ver artículos 2116 y siguientes del Código Civil y artículos 6 y 7 del Código de Procedimiento Civil, respectivamente.

efectuar sus continuadores legales[83], es decir, aquel que por cualquier título demuestre que lo es en la actualidad de uno anterior o del originario.

En ese sentido, aparece fundamental que quien efectúe la presentación respectiva debe demostrar que efectivamente ha hecho uso ininterrumpido del derecho que pretende regularizar, o bien, que aquellos que lo han precedido en el uso, efectivamente lo hayan estado aprovechando, dentro del plazo legal.

En relación con lo anterior, se ha sostenido en cuanto a la persona del peticionario que para que su solicitud pueda prosperar constituye elemento indispensable que la utilización de las aguas estuviera ya iniciada por el solicitante a la época de entrada en vigencia del Código de Aguas, esto es, a octubre de l981, sin reglar ni solucionar los problemas que se derivan de las personas naturales o jurídicas que han iniciado el uso con anterioridad[84].

Esta interpretación plantea dos problemas, el primero que se trataría de una acción personalísima que solo podría ser intentada por quien era titular del aprovechamiento de aguas a regularizar, es decir, un derecho personalísimo y por tanto indelegable[85]; y, el segundo, de si sé pueden agregar los usos de los antecesores legales a aquél que invoca el regularizante.

Respecto del primer tema, nosotros sostenemos que dado el carácter de bien incorporal real que presenta el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar no es de aquellos del cual nacen acciones personales, esto es, que pueden ser solamente ejercidas por ciertas y determinadas personas que generalmente la ley se encarga de señalar taxativamente; es más, siendo un bien incorporal, además de las normas que se han invocado en las citas de este trabajo, es del caso tener presente las que establecen los artículos 583, 889, 891, 715, 2498 y 2512 del Código Civil, los cuales interpretados armónica y sistemáticamente permiten aseveran legítimamente que no hay restricción respecto de la identidad del peticionario, pues la acción de solicitar la regularización del derecho de aprovechamiento se tiene respecto de la cosa sin respecto de determinada persona, tal como por lo demás lo dispone expresamente el artículo 577 del Código Civil.

En cuanto al segundo problema, es nuestro parecer que resulta del todo procedente que el peticionario continuador legal en el aprovechamiento del derecho a regularizar, puede adicionar a su tiempo de uso ininterrumpido el de sus antecesores, con sus mismas virtudes y vicios, pues el requisito del uso del derecho de aguas se entiende cumplido sumando al uso propio del solicitante más el de los antecesores, lo que queda corroborado cuando existe un título que da continuidad a la utilización, como sería el caso de una compraventa o una sentencia judicial a firme que concede la posesión efectiva de la herencia, u otra. En ese sentido, pensamos que es procedente aplicar en la especie el principio a que se refiere el artículo 17 del Código Civil, más aún por lo prescrito en el artículo 715 de ese mismo cuerpo legal.

---

83 Tener presente lo establecido en el artículo 717, 718, 719 y 2500 todos del Código Civil.

84 En este sentido consultar la sentencia del 3° Juzgado Civil de Santiago recaído en la causa sobre procedimiento sumario de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas, de fecha 11 de junio de l993. (Revista de Derecho de Aguas, Vol. IV, año l993, pp 287 - 289).

85 Respecto a que el aprovechamiento de las aguas da lugar a la regularización de un derecho de aprovechamiento es de carácter personalísimo indelegable, intransferible e inalienable consultar sentencia de fecha 20 de mayo de l994, del Juzgado de Letras de Panguipulli (Revista de Derecho de Aguas, Vol.. VI, 1995, pp 261 -262).

IV.c.- <u>Qué es lo que se regulariza:</u>

La acción de regularización recae sobre un derecho de aprovechamiento de aguas que ha sido usado ininterrumpidamente por el peticionario como por su o sus antecesores, en su caso, es decir, un bien incorporal determinado respecto del cual es necesario constituir un título para someterlo al sistema de aprovechamiento legítimo de las aguas terrestres que regla el Código de Aguas.

Respecto de lo anterior, resulta necesario destacar que en la presentación como en las publicaciones competentes se debe individualizar claramente tanto la naturaleza como el tipo de ejercicio del derecho que se regulariza, es decir, si es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo discontinuo o alternado con o entre varias personas. Asimismo, deberá indicarse si el recae sobre aguas superficiales corrientes o detenidas, o subterráneas, como el caudal de las aguas que ininterrumpidamente se han usado. Además, aparece indispensable que se señale la fuente natural desde donde se han extraído las aguas como el lugar preciso donde ellas se han captado ininterrumpidamente, como si se trata de un derecho de aprovechamiento que está inscrito a nombre de otro, o que no ha estado inscrito, o que se extrae individualmente desde la fuente natural.

Al expresarse estas menciones se está precisamente determinado cuáles, cuánto, cómo y dónde se han usado y gozado las aguas, es decir, cual es el derecho de aprovechamiento determinado que se pretende regularizar bajo la norma en estudio.

IV.d.- <u>La utilización del derecho a regularizar debe ser libre de clandestinidad y/o violencia y sin reconocer dominio ajeno</u>:

La Dirección General de Aguas entiende que existe una utilización libre de clandestinidad del derecho de aprovechamiento a regularizar, cuando ella lo ha sido no ocultándola de aquellos que tienen derecho para oponerse a ella[86]. Compartiendo ese sentido, aparece concordante tener presente lo establecido en el artículo 713 en armonía con el artículo 715 del Código Civil.

Asimismo, se entiende por ese Servicio que la utilización de un derecho de aprovechamiento no es libre de violencia, cuando ella se ha adquirido por la fuerza actual o inminente contra el que tiene derecho sobre el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar, o bien contra el que las usaba sin título o lo hacia en representación de otro[87], en este sentido existe armonía con lo preceptuado en los artículos 710, 711 y 712 en concordancia con el artículo 715, todos del Código Civil.

Se entiende finalmente por esa Repartición que la utilización del derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar lo es sin reconocer dominio ajeno, cuando la uso de

---

86 Según la Minuta N°165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, e impartidas por el Director General de Aguas por Oficio N° 725, de 5 de noviembre de 1999.

87 Según Minuta N°165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, e impartidas por el Director General de Aguas por Oficio N° 725, de 5 de noviembre de 1999.

las aguas o el ejercicio del derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar lo ha sido a nombre propio como señor y dueño y sin atribuir derecho de dominio a otro[88].

Como se desprende de los referidos conceptos, resulta la mayoría de las veces imposible que en la respectiva visita a terreno el técnico de la Dirección General de Aguas pueda verificar la ocurrencia o no de estas circunstancias, salvo las meras declaraciones de vecinos o de los propios interesados o de terceros sean o no opositores a la solicitud respectiva, como de las trazas o indicios que en terreno se puedan constatar.

En virtud de ello, resulta del todo razonable que este requisito debe quedar para ser resuelto por el tribunal respectivo de acuerdo al mérito de la prueba que se rinda en la correspondiente causa, sin perjuicio que a su respecto el Servicio competente emitan su parecer, más aún cuando existan antecedentes en el expediente administrativo que demuestren en uno u otro sentido su cumplimiento o no, lo cual debería expresamente señalarse en el informe técnico como las fuentes que permiten efectuar tales afirmaciones.

En definitiva, este requisito es materia de prueba y de la decisión del tribunal competente, no obstante la opinión de la Dirección General de Aguas emita como del mérito de los antecedentes que sirva adjuntar para ilustrar al juez.

IV.e.- <u>La utilización del derecho a regularizar debe ser ininterrumpida</u>:

Este requisito no debe ser confundido con el tipo de ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas que se trata de regularizar, esto es, a que el sea continuo, es decir, al que permite usar las aguas en forma ininterrumpida durante las veinticuatro horas del día y los trescientos sesenta y cinco días del año, pues de ser así, solo podrían regularizarse derechos con ese tipo de ejercicio.

Lo que se pretende por la norma es que el uso de las aguas, cualquiera que haya sido su ejercicio, lo haya sido permanentemente durante el plazo que establece la norma legal, de una manera que permita que esa misma persona, por sí o por sus representantes[89], o bien sus continuadores legales[90], lo hayan hecho efectivamente sin que a su respecto cualquiera otra persona lo haya usado en su intermedio o bien haya impetrado alguna reclamación ante los tribunales de justicia.

---

88 Según Minuta N°165, de fecha 28 de octubre de 1999, del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, e impartidas por el Director General de Aguas por Oficio N° 725, de 5 de noviembre de 1999.

89 Al respecto tener presente lo establecido en los artículos 719, 720, 721, 730, 2116 y siguientes del Código Civil...

90 Nosotros somos de la opinión que para cumplir con el plazo de uso ininterrumpido que exige el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, el peticionario puede a su arbitrio agregar el tiempo de su antecesor, basado en lo establecido en el artículo 2500 en relación con la norma del artículo 717, todos del Código Civil, debiendo alegarse. Es posible ello, pues a partir de lo prescrito en el artículo 2498 del Código Civil y teniendo presente que sea de buena o mala fe, sea con justo titulo o no, y sin reconocer derecho de tercero, no obstante ese derecho real estar inscrito (a pesar de lo establecido en el artículo 724 de ese mismo Código), se ha tenido posesión de este bien incorporal, y en el fondo, es lo que reconoce como propiedad la propia Constitución Política en el artículo 19 N° 24, en su inciso final.

En efecto, este requisito hace referencia a que el derecho de aprovechamiento se haya estado usando sin interrupciones por el regularizante o por sus antecesores legales dentro del plazo legal, es decir, cuando el aprovechamiento o uso del derecho de aguas no lo haya efectuado en los hechos otra persona, o bien, que a consecuencia de un recurso o acción ante los tribunales de justicia, el verdadero dueño o el que se pretende por tal del derecho a regularizar, tenga o haya tenido la intención de recobrarlo o hacer cesar la posesión del mismo a la persona del regularizador.

En el fondo se requiere que el uso no haya sido suspendido por otra persona ni por la fuerza de los hechos ni por una acción ante los tribunales de justicia, de manera que lo que se discutirá en el fondo y es materia de prueba, es si ha existido interrupción - natural o civil - de la prescripción, según lo disponen los artículos 716 en relación con el artículo 2510, regla 3ª, y artículos 2498, 2501 y siguientes del Código Civil.

Vistas así las cosas, el informe de la Dirección General de Aguas que se evacua luego de efectuar la visita ocular de estilo, debería visualizar y constatar si las aguas han sido usadas bajo esa condición, por un lado, y, por otra, permitir aseverar que efectivamente así lo ha sido de acuerdo al mérito de todos los antecedentes que obran o forman parte del expediente administrativo respectivo.

Naturalmente, el referido Servicio ante la duda deberían dejar expresa constancia en sus correspondientes documentos de que no existe certeza[91] con el propósito de que el tribunal requiera del peticionario, si así lo estima necesario, los antecedentes probatorio que demuestren la efectividad del uso ininterrumpido, al fijar éste como uno de los hechos sustantivos y controvertidos que conforman el auto de prueba, de manera que el interesado y el opositor, en su caso, rindan prueba sobre el mismo.

En cambio, si existe certeza para la Oficina del lugar del Servicio sobre el uso ininterrumpido del agua no caben dudas que así debe decirse agregando los antecedentes que avalan tal opinión. En todo caso, del estudio de lo obrado en el expediente administrativo, el juez deberá fijar los puntos de prueba, razón por lo cual podrá estimar si es necesario allegar pruebas de las partes sobre este requisito o darlo por cumplido, sin perjuicio del derecho que tienen las partes a pedir que se agregue o modifique el auto de prueba[92].

IV.f.- <u>La antigüedad del uso del derecho de aprovechamiento de aguas que se pretende regularizar:</u>

Uno de los aspectos que necesariamente ha concitado problemas en la aplicación de esta institución, es la determinación de la antigüedad del uso del derecho que se pretende regularizar.

---

91 Ello debe ser así, pues no resulta razonable aseverar un hecho del cual no existe certeza de su ocurrencia, ya sea por falta de antecedentes o porqué de la inspección ocular no se pueden desprender indicios que así lo demuestren en conciencia al menos al técnico informante, toda vez que se asume una responsabilidad innecesaria y no contribuye debidamente a ilustrar la decisión judicial.

92 Ver artículos 684 y 685 en concordancia con lo establecido en los artículos 318 y siguientes, todos del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, ha sido costumbre señalar que las obras denotan antigua data con lo cual la Dirección General de Aguas, en su oportunidad, suele aseveran en su Informe Técnico que dado que las obras a través de las cuales se captan las aguas son antiguas así también lo es el derecho a regularizar como su caudal.

Al respecto, cabe precisar que hay obras que por su sistema de construcción o por los materiales empleados en ellas permiten sostener sin equivocación que aquellas son de una aproximada fecha de antigüedad, con lo cual se infiere asimismo que las extracciones que se han efectuada a través de ellas son de antigua data. Si además, existen trazas u otros indicios inequívocos de uso y su antigüedad, aparece razonable la deducción antes señalada[93].

Sin embargo, existen obras respecto de las cuales no se pueden concluir tan certeramente su data, sea porque por los materiales usados en su construcción, por su diseño y otras características de la obra, no es posible aseverar que ellas corresponden o no a un período determinado o determinable, o bien, porque de acuerdo a los antecedentes que obran en el Servicio informante o en otras fuentes que se consultan y que forman parte del respectivo expediente administrativo, no aparecen indicios de la existencia de tales obras de captación en alguna fecha al menos anterior al plazo legal, de lo que no es posible afirmar consecuentemente con certeza su antigüedad.

En estos casos, en nuestro parecer resulta fundamental que la Dirección General de Aguas para mejor informar la regularización al tribunal haga uso de sus facultades, razón por la cual debe decretar en el expediente administrativo diligencias[94], entre otras las indicadas anteriormente en este documento, esto es, aquellas que hemos denominado genéricamente solicitudes de aclaraciones o antecedentes que permitan ilustrar cada uno de los puntos que debe contener el informe técnico correspondiente.

Sin perjuicio de lo expuesto, constituye una gestión diligente de ese Servicio el evacuar fundadamente el informe técnico, razón por la cual en él deben citarse o hacer referencia o adjuntar copia de los antecedentes que obren en poder de la respectiva dependencia de ese Servicio, tales como catastros de usuarios, fotografías, etc, en los cuales consten las aseveraciones que en el documento técnico se consignan, sin perjuicio de los demás medios de prueba que se agreguen en

---

93 Ha dicho la jurisprudencia administrativa que "...El uso inmemorial de las aguas no tiene en su concepto otro valor que el de una mera expectativa y que carece de validez frente a una pretensión para constituir un derecho de aprovechamiento..."(Dictamen Nº 17.570, de 23 de julio de l986, de la Contraloría General de la República). Pero esa afirmación, respecto de la regularización de un derecho de aguas es precisamente uno de los elementos propios de la pretensión, de manera que en la medida que las obras denotan uso, que este es antiguo, que este se ha efectuado sin clandestinidad y violencia, y que ellas tienen la capacidad para captar y conducir las aguas a que se refiere la petición, debe entenderse que se configuran los supuestos de hecho que establece el artículo 2º transitorio del Código de Aguas.

94 Dicha facultad resulta necesaria que sea ejercida en el más breve plazo, y, en la medida de lo posible, dentro de los treinta días que los antecedentes se encuentran en estado según lo dispone el artículo 134 del Código de Aguas, para que con ello no se dilate la tramitación de la solicitud ante ese Servicio. En concordancia con lo anterior, resulta razonable otorgar un plazo de a lo menos treinta días, contado desde la fecha del oficio respectivo, al peticionario para que este pueda acompañar los antecedentes o aclaraciones solicitadas, como acceder a las prórrogas que el solicite. Asimismo, es aconsejable tener presente que suele indicarse en el competente documento de la citada Repartición que de no acompañarse los antecedentes requeridos, el informe técnico se evacuará con solo los antecedentes que obren en el expediente. Ahora bien, vencido el plazo otorgado o el de la prórroga, en su caso, sin que se hayan acompañado los antecedentes por el peticionario, parece razonable que el informe técnico de la Dirección General de Aguas consigne el hecho de haberse requerido tales y cuales antecedentes como los fundamentos por los cuales ellos se han requerido.

la causa civil por las partes respecto de este requisito[95].

IV.g.- El caudal de aguas que se ha usado y que conforma el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar:

Naturalmente debe existir plena armonía entre el caudal de aguas del derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar con la capacidad de las obras, pues de otra forma no se avistaría como efectivamente dicho caudal se ha extraído ininterrumpidamente dentro del plazo legal desde la fuente natural.

Si no existe esa armonía o aparecen antecedentes que la pongan en dudas, resulta razonable que se deje expresa constancia de dicha situación en el informe técnico correspondiente, y, en razón de ello, se exprese la opinión del Servicio informante que no es posible acceder a la solicitud de regularización conforme a derecho pues aparece presuntamente que la extracción ininterrumpidamente del caudal de aguas del derecho que se pretende no ha sido posible tanto a través de ellas como durante el tiempo que la norma exige, sea porque las obras jamás han tenido esa capacidad o porque no hay otros indicios que así manifiestamente lo demuestren, salvo lo que en definitiva resuelta el tribunal de acuerdo a los demás medios de prueba que las partes rindan en la causa civil[96].

Finalmente, nos parece legítimo que en la petición de regularización se exprese el caudal del derecho de aguas en volumen por unidad de tiempo, a fin de regularizarlo de acuerdo al tenor de las especificidades que la actual ley de aguas establece para todos los derechos de aprovechamiento[97], de no permitirse esta posibilidad, pensamos que podría vulnerarse entre otros el principio de la economía procesal. En todo caso, el peticionario deberá demostrar que ese es el caudal de su derecho y el que ha aprovechado de acuerdo con los requisitos legales, sin perjuicio de ser materia que el indicado informe de la Oficina del Servicio Público competente deberá pronunciarse claramente.

V.- DE LA COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS:

En relación con la regularización de derecho de aprovechamiento de aguas fundado en las normas que establece el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, resulta relevante tener presente

---

95 En todo caso, pensamos que no resulta legítimo regir la preclusión ante sede administrativa como la imposibilidad de acompañar por el peticionario fuera de plazo o ante el tribunal de justicia competente los antecedentes que desvirtúen en todo o en parte las aseveraciones o conclusiones del informe de estilo que evacua el citado Servicio, sin perjuicio del derecho de obtener que se fijen los puntos de prueba que le asisten a su pretensión y de rendir los medios de prueba que lo comprueban, en la respectiva fase judicial de este procedimiento.

96 Cabe destacar que este hecho constituye aquel que puede ser catalogado de sustancial, pertinente y controvertido, razón por la cual siempre procede en nuestro parecer que se fije como punto del auto de prueba correspondiente.

97 Si esto no fuera posible, en un juicio posterior el titular del derecho de aguas regularizado debería complementar judicialmente su título. La acción, en todo caso, debería someterse a las normas de los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas.

la opinión del organismo rector en materias de aguas continentales, en especial, porqué tal como lo hemos dicho, es de suyo importante la consulta al mismo como la trascendencia de su informe.

Al respecto, la Dirección General de Aguas ha sostenido invariablemente en este último tiempo, en primer término, la opinión de que "se hace necesario que en todas aquellas cuestiones relacionadas con las aguas terrestres, superficiales o subterráneas, que sean conocidas y falladas, tanto por la vía contenciosa como por la no contenciosa, sea en única, primera o segunda instancia, por los diversos tribunales del país, sea que tengan o no una tramitación especialmente establecida, se disponga de manera obligatoria por los tribunales de justicia, que debe requerirse informe a ese Servicio con el propósito de que en el respectivo proceso conste el parecer técnico y la interpretación legal administrativa que a dicho respecto tenga esa Repartición"[98].

Dicho parecer está fundado en "... que existe una razón de conveniencia para contar y consultar siempre el conocimiento jurídico y técnico que posee este Servicio en materia de aguas, la que reside principalmente en la garantía de un debido e informado proceso, el que salvaguarda los derechos de las partes en el proceso y contribuye decididamente a la función jurisdiccional de los Tribunales de Justicia".

Agrega la Dirección General de Aguas que "...dicha conveniencia radica también en el hecho que esta Repartición Pública, como un órgano más del Estado, debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ellas, como asimismo, debe actuar dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley, de conformidad con lo establecido en los artículo 6 y 7 de la Constitución Política de la República; razón por la cual debe velar porque sus actos no sean nulos, lo que conlleva a que no teniendo interés en los resultados del juicio, manifieste su opinión sin más ánimo e intención que el buen resguardo y vigilancia de un bien nacional de uso público como son las aguas terrestres, apegándose estrictamente a derecho y a los principios de la ciencia hidráulica, así como a las mediciones y demás elementos de convicción de hecho que sustentan sus conclusiones".

En atención a lo anterior, ese Organismo Público precisa que "...de acuerdo a diversas disposiciones legales, el informe de la Dirección General de Aguas es obligatorio en algunos procedimientos, tal es el caso del recurso de amparo judicial de aguas regulado en los artículos 181 y siguientes del Código de Aguas; como también lo es, respecto del recurso de reclamación en contra de las Resoluciones Administrativas que este Servicio dicta en materias propias de su competencia; también lo es en el procedimiento de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas reglamentado en el artículo 2º transitorio del mismo ordenamiento legal antes señalado. Asimismo, en algunos casos, el citado informe es facultativo para los Tribunales de Justicia, como lo es en el procedimiento sumario establecido en el artículo 177 y siguientes del Código de Aguas, el que dice relación con juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas, como de todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tenga establecido un procedimiento especial; también lo es, tratándose del conocimiento y fallo de los recursos de protección en materia de aguas, siempre y cuando así se haya dispuesto en los

---

98 Esta opinión forman parte del tenor del Oficio Nº 223, de fecha 22 de marzo de l996, del Director General de Aguas al Señor Presidente de la Excma. Corte Suprema, el cual sólo motivo como resolución una recomendación del Pleno de dicho Máximo Tribunal en el sentido de disponer que se "oficiese a todas las Cortes de Apelaciones del país, para que éstas pongan en conocimiento de todos los jueces que ejerzan jurisdicción en lo civil de sus respectivos territorios jurisdiccionales, del oficio dirigido a esta Corte Suprema por el Director General de Aguas, para que lo tengan presente, si lo estiman del caso, al hacer uso de sus facultades".

correspondientes antecedentes, sea a petición de parte o de oficio, por las respectivas Iltmas. Cortes de Apelaciones del país".

En fin, esta Repartición sostiene que en "...este contexto, y en virtud de la gran demanda hídrica experimentada en el último tiempo, la que se expresa en el aumento de solicitudes de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas ingresadas a esta Repartición, además, de la mayor escasez de recursos hídricos disponible en las fuentes naturales, así como la importancia que el agua ha adquirido en el desarrollo nacional, todo lo cual debe ser armonizado con las políticas de administración de los recursos hídricos que de acuerdo a las atribuciones y facultades legales tiene esta Dirección General de Aguas, se hace necesario que este Servicio haga presente las consideraciones de hecho, técnicas y de derecho, en cada caso en particular que sea sometido al conocimiento y fallo de los Tribunales de Justicia, con el propósito de tener al día, por una parte, la real y efectiva disponibilidad física y jurídica del recurso hídrico en la correspondiente fuente natural, lo que conlleva la debida protección de terceros; como asimismo, la información adecuada para hacer uso de las facultades de fiscalización de que se encuentra investida esta Dirección General de Aguas, como para el cumplimiento de la obligación legal que tiene este Servicio de hacer constar toda la información que tenga relación con las aguas en el Catastro Público de Aguas, en virtud de lo dispuesto en el artículo 122 del Código de Aguas, entre otras materias".

En conclusión, es opinión del citado Órgano Público que el informe a que se refiere la letra b) del inciso primero del artículo 2º transitorio del Código de Aguas, es obligatorio, y, en ese sentido, tanto lo es para la propia institución como para los tribunales de justicia, y, además, se colige que la importancia de las consideraciones de hecho, técnicas y de derecho relacionadas con las aguas que en cada caso en especial es sometido a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia, está en estrecha relación con las competencias y atribuciones de que se encuentra dotado dicho Servicio, como lo son, entre otras, la determinación de la disponibilidad del recurso hídrico en las fuentes naturales, las facultades de fiscalización de que se encuentra investida, y la observancia de la obligación de hacer constar toda la información acerca de las aguas en el Catastro Público de Aguas.

En definitiva, obtener en materia de aguas terrestres de todos los órganos del Estado un irrestricto apego a los principios y pleno respeto de las garantías que consagran los artículos 1, 6, 7 y 19 Nºs 2, 3, 21, 23 y 24 de la Constitución Política vigente, esto es, los principios del bien común, de la igualdad de la ley y ante la ley, de desarrollar cualquier actividad económica, como los del derecho a la propiedad y el derecho de propiedad, principios que se encuentran insertos en el denominado Orden Público Económico como en el legítimo y debido ordenamiento que regula el aprovechamiento de las aguas terrestres en el país.

VI.- ANÁLISIS DE ALGUNOS CASOS O SITUACIONES, EN PARTICULAR:

Con ocasión de la aplicación de este procedimiento de regularización, aparecen algunos casos o circunstancias[99] en los cuales suelen existir opiniones diferentes. Con el propósito de

---

[99] Naturalmente ,en la práctica, se dan muchos otros problemas por la aplicación del procedimiento de regularización en análisis que no se abordan en este trabajo , pues en opinión del autor los desarrollados por su trascendencia y reiteración, manifiestan más interés para ser abordados en este trabajo. Lo anterior no excluye, que en el futuro se puedan consignar los voluntariamente preteridos.

colaborar con su análisis y establecer criterios claros y definidos que permitan resolverlos, se exponen las siguientes ideas:

VI.a.- <u>La Dirección General de Aguas no es parte en el procedimiento de regularización</u>:

En efecto, es nuestro parecer que esa Repartición no se la puede considerar parte en este procedimiento de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas, razón por la cual no debe ser ella citada - a petición de parte o de oficio por el tribunal - al comparendo de contestación, avenimiento o prueba, como tampoco procede notificársele resolución alguna que en los autos judiciales se dicte, salvo que se trata de una diligencia en que se ordene evacuar un informe complementario de acuerdo al mérito de lo obrado en el respectivo expediente judicial o de la sentencia a firme para los efectos del artículo 122 del Código de Aguas.

Esta interpretación se basa en las siguientes consideraciones[100]:

i).- La Dirección General de Aguas no tiene facultades para acoger o rechazar la solicitud de regularización que se tramita ante ella, pues esta facultad está entregada única y exclusivamente al competente Juez de Letras en lo Civil, lo cual se desprende expresamente de las normas del inciso primero letra d), del artículo 2º transitorio del Código de Aguas, de acuerdo a las normas de interpretación de la ley que establecen los artículos 19 y siguiente del Código Civil;

ii).- De los vicios, omisiones y errores, como de las demás consideraciones que se produzcan o se manifiesten durante la tramitación en sede administrativa de una petición de regularización, como de aquellas de carácter legal y técnico que ameritan acceder o no a la solicitud de regularización, ese Servicio debe informar al correspondiente Tribunal, el cual los deberá sopesar conjuntamente con el mérito de los demás antecedentes e informaciones sumarias que sé alleguen al proceso.

iii).- La Dirección General de Aguas, en su calidad de ente rector de las aguas terrestres, de acuerdo a sus facultades y atribuciones legales, debe emitir un informe en el cual deja constancia de las consideraciones legales y técnicas que sé encuentran avaladas por los criterios y principios fundados en la ciencia hidráulica con pleno apego a derecho, sin que le competa algún interés directo en los resultados definitivos de la gestión que pueda estimarse como una pretensión concordante o contrapuesta a la del solicitante de regularización. En definitiva, este informe es eminentemente técnico y jurídico, el que se evacua en su calidad de Servicio especializado por la Repartición señalada.

iv).- La opinión legal y técnica de la Dirección General de Aguas que está contenida en el correspondiente informe puede ser desvirtuada por el solicitante de regularización o por el o los opositores de acuerdo a los demás medios de prueba o justificaciones que acompañe en autos, entre los cuales, por cierto, sé encuentra el informe de peritos, tal como por lo demás se infiere de lo preceptuado en el artículo 178 y 180 del Código de Aguas;

---

100 En todo caso, cabe hacer presente que estos argumentos se encuentran contenidos en el citado Oficio Nº 223, de fecha 22 de marzo de l996, del Director General de Aguas al Señor Presidente de la Excma. Corte Suprema.

v).- En definitiva, de acuerdo a lo dispuesto expresamente en la última parte de la letra d), del inciso primero, del artículo 2º transitorio del Código de Aguas, el Juez de Letras en lo Civil competente, debe conocer y fallar esta solicitud de regularización de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes del Código de Aguas, lo cual debe ser interpretado en forma armónica con lo dispuesto en el artículo 179 de ese mismo ordenamiento legal, en cuanto que en estos juicios se podrá decretar de oficio, entre otras diligencias probatorias, el informe de la Dirección General de Aguas.

En razón de ello, no cabe dudas que la correcta interpretación es que el legislador previó y dispuso que la Dirección General de Aguas no era parte en este tipo de procedimiento de regularización, sino que sólo le compete llevar adelante la tramitación de la solicitud ante sede administrativa, dictar el competente informe, y remitir todos los antecedentes al Juez competente, sin perjuicio que durante la tramitación de la solicitud de regularización de acuerdo a las normas del juicio sumario, este Servicio evacué informe decretado de oficio o a petición de parte.

VI.b.- <u>Si el peticionario se desiste de su solicitud ante la Dirección General de Aguas:</u>

Hemos señalado que la Dirección General de Aguas debe remitir al Juzgado respectivo un oficio con los antecedentes completos de la citada petición contenidos en el expediente administrativo con el objeto de obtener de esa autoridad jurisdiccional una resolución definitiva.

Puede ocurrir que el peticionario por razón de su soberana voluntad o de un vicio que invalidé su petición o el procedimiento se desista de ella ante la sede administrativa, o bien lo haga en la causa civil ante el juez correspondiente[101].

En nuestro parecer, la Dirección General de Aguas en el oficio que adjunta todos lo obrado en el expediente administrativo, debería informar de dicha presentación al Tribunal competente a fin de que la conozca y resuelva, sin perjuicio de asistirle el derecho de una solicitud de regularización o de proponer su opinión de denegar la solicitud por haber operado un desistimiento de la misma.

En efecto, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, el conocimiento y fallo - conforme a las normas del procedimiento sumario - es de competencia del respectivo Juzgado de Letras, correspondiéndole a la Dirección General de Aguas solamente su conocimiento y tramitación en sede administrativa, lo cual concluye con el informe técnico de estilo y la remisión de todos los antecedentes al Tribunal de Letras correspondiente.

De manera que, en atención a lo expuesto el Servicio citado a objeto de colaborar con la resolución de la solicitud de regularización e inscripción de derecho de aprovechamiento de aguas, debe informar al respectivo tribunal y hacer presente que se sirva dictar la correspondiente resolución por la cual se tenga por desistido de ella al peticionario, con el propósito de hacer expreso el equivalente jurisdiccional que pone término al procedimiento en estudio, toda vez que conforme a derecho dicha Repartición carece de jurisdicción para ello, todo lo cual será salvo mejor parecer del competente tribunal[102].

---

101 Esta última situación deberá ser resuelta conforme a las normas del Derecho de Procedimiento Civil, contenidas entre otras en los artículos 148 y siguientes de ese Cuerpo Legal.

102 Confirma esta opinión, la sentencia del Juzgado de Letras de Limache, de fecha 17 de junio de 1999, recaída en

En todo caso, hacemos presente que por el hecho de haber operado el desistimiento del peticionario, los efectos de la sentencia que recaiga sobre ella no pueden entenderse que afectan el derecho de iniciar un nuevo procedimiento de regularización, pues de no ser así habría que concluir que el peticionario no podría regularizar su derecho de aguas nunca a través del procedimiento que regla el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, es decir, en este caso somos de la opinión que solo se produce cosa juzgada respecto del derecho a ese procedimiento y en caso alguno se produce la extinción de la acción como tampoco esta situación da derecho para alegar la excepción de cosa juzgada, según lo reglan respectivamente los artículos 150 y 177 del Código de Procedimiento Civil[103].

Finalmente, cabe hacer presente que la Oficina Regional respectiva deberá solicitar siempre al tribunal respectivo que, en su oportunidad, se remita copia de la sentencia a firme dictada en los autos a fin de incorporarla al Catastro Público de Aguas que esta Repartición debe llevar en conformidad a lo establecido en el artículo 122 del Código de Aguas.

VI.c.- <u>Si la petición no contiene los datos para determinar el derecho que se pretende regularizar:</u>

Aparece en algunos casos que la petición de regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas no contiene los datos para determinar o individualizar debidamente el derecho que se pretende regularizar, lo que puede haber sido representado por opositor a esta o no.

En este evento, es razonable que la Dirección General de Aguas deje expresa constancia de dicha situación en su informe técnico y, en razón de ello, exprese la opinión de que no es posible acceder a la solicitud de regularización conforme a derecho, pues aparece que el peticionario no ha cumplido con los requisitos que establece el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, esto es, que la solicitud y las publicaciones no son del todo legalmente procedente, salvo lo que en definitiva resuelva el tribunal tanto respecto de incorporar este hecho como punto de prueba como de lo que disponga en su sentencia definitiva.

Cabe consignar que la sanción señalada para este incumplimiento o infracción a la ley, implica que el peticionario debe presentar de nuevo la solicitud respectiva, toda vez que el vicio inválida solamente la solicitud y el respectivo procedimiento de regularización, mas no hace extinguir de modo alguno el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar, es decir, lo que se pierde en esta situación es el derecho a seguir tramitando la solicitud en atención al vicio y no la posibilidad de regularizar el derecho de aprovechamiento, para lo cual deberá iniciarse de nuevo el procedimiento respectivo.

---

causa sobre procedimiento de regularización, autos rol Nº 38.475.

[103] Hacemos extensivo estos efectos respecto del caso en que el desistimiento haya operado en la fase judicial de este procedimiento. Una razón más para sostener esta tesis se puede visualizar en los casos que reglan los artículos 194 y 195 del Código de Aguas.

VI.d.- <u>Si en las publicaciones legales se ha omitido algún dato o requisito legal que afecte la acertada inteligencia de terceros:</u>

Toda solicitud de regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas en virtud del procedimiento que regla el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, debe ser puesta en conocimiento de los terceros a fin de que hagan valer sus derechos, lo que constituye en sí el objeto que persiguen las publicaciones de estilo a que se refieren el artículo 131 del Código de Aguas, según lo prescrito en la letra b) del inciso primero de esa norma transitoria.

Ahora bien, con ocasión de esas publicaciones puede ocurrir que se haya omitido algún dato, elemento o requisito legal que afecte la acertada inteligencia de terceros. En esta circunstancia, aparece conforme a la razón que la Dirección General de Aguas deje expresa constancia de dicha situación en su informe técnico y, en razón de ello, exprese la opinión de que no es posible acceder a la solicitud de regularización conforme a derecho, pues aparece que el peticionario no ha cumplido con los requisitos que establece el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, esto es, que no es del todo legalmente procedente y causa perjuicio a derecho de tercero, salvo lo que previamente resuelva el tribunal al momento de fijar los puntos de prueba, en cuanto establezca como uno de ellos si la solicitud se ajusta a derecho, esto es, si la petición cumple con los trámites de publicidad respecto de terceros de acuerdo a lo establecido en el artículo 131 del Código de Aguas como de lo que resuelva en definitiva en su sentencia.

Cabe señalar que la sanción que procede por esta infracción implica que el peticionario debe presentar de nuevo la solicitud respectiva, toda vez que el vicio inválida ésta como el respectivo procedimiento mas no hace extinguir de modo alguno el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar.

A este respecto, es oportuno tener presente lo que ha sostenido la Contraloría General de la República[104] respecto de las publicaciones legales efectuadas en extracto de una solicitud de constitución originaria de derecho de aprovechamiento, pues es legítimo sostener la misma opinión o razones respecto de hechos o situaciones similares aún cuando se traten de aquellos que se constatan en otro procedimiento administrativo reglado por el Código de Aguas.

Hay que tener presente, además, que como no es posible aplicar a la solicitud de regularización la norma contenida en el artículo 140 del Código de Aguas, esto es, los requisitos que debe contener una solicitud de constitución originaria de derecho de aprovechamiento, la eventual infracción a la acertada inteligencia se debe ponderar en función a si en las publicaciones de estilo se han puesto en conocimiento de los terceros y debidamente todos los antecedentes que permitan tomar conocimiento del derecho de aprovechamiento de aguas determinado que se pretende regularizar, como si de esa solicitud se afecta sus derechos.

En definitiva, lo que se pierde en esta situación es el derecho a seguir tramitando la solicitud en atención al vicio de derecho en las publicaciones y a la acertada inteligencia de terceros, y, no por tanto la posibilidad de regularizar el derecho de aprovechamiento, para lo cual deberá el peticionario iniciar de nuevo el procedimiento respectivo.

---

104 Esta doctrina se encuentra contenida en el Dictamen Nº950, de fecha de 1995, de esa Entidad Fiscalizadora.

VI.e.- <u>Si no se acompañan las publicaciones legales:</u>

No obstante haber efectuado el peticionario las publicaciones legales, puede ocurrir que no las acompañe al expediente administrativo, a pesar de habérsele requerido por la Dirección General de Aguas que lo haga en un plazo determinado.

En este evento resulta razonable que la Dirección General de Aguas deje expresa constancia de esta situación en el informe técnico y, en razón de ello, exprese la opinión de que no es posible acceder a la solicitud de regularización conforme a derecho, pues aparece que el peticionario no ha cumplido con los requisitos que preceptúa el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, salvo lo que en definitiva resuelva el tribunal tanto respecto de agregar este hecho como punto de prueba como de lo que resuelva en su sentencia.

En todo caso, el peticionario siempre que la resolución respectiva no se encuentre ejecutoriada conforme a lo que establece el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, podrá acreditar en la causa judicial respectiva haber cumplido con las publicaciones competentes como que ellas se han efectuado dentro de plazo y no afectan a la inteligencia de terceros, y en ese sentido, puede acontecer que el tribunal al momento de fijar los puntos de prueba establezca como uno de ellos si la solicitud se ajusta a derecho, esto es, si cumple con los trámites de publicidad respecto de terceros de acuerdo a lo establecido en el artículo 131 del Código de Aguas, sin perjuicio de lo que respecto de ello resuelva en definitiva.

La sanción a esta infracción que se propone, esto es, la denegación de su solicitud por no ser legalmente procedente, está fundada en la circunstancia de que el peticionario no ha efectuado la especial forma de notificación a terceros de su petición, es decir, que no ha dado cumplimiento con el requisito de publicidad legalmente establecido, lo que implica que el peticionario deberá presentar de nuevo la solicitud respectiva e iniciar por tanto un nuevo procedimiento, toda vez que el vicio o infracción constatada inválida la solicitud y el respectivo procedimiento mas no hace extinguir de modo alguno el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar.

VI.f.- <u>Si no se acompañan los antecedentes que solicite la Dirección General de Aguas:</u>

En virtud de lo preceptuado en el artículo 134 del Código de Aguas, la Autoridad Administrativa competente puede haber dispuesto en el expediente administrativo que el peticionario acompañe antecedentes relacionados con todos o alguno de los requisitos a que se refiere el artículo 2º transitorio del Código de Aguas. En ese caso, puede ocurrir que el solicitante no acompañe tales datos, documentos, etc, o estos sean incompletos, y/o, en definitiva, transcurra el plazo que dicho Servicio señale.

En estos casos resulta aconsejable que la Oficina del lugar de la Dirección General de Aguas deje expresa constancia de esta situación en el informe técnico respectivo y, en razón de ello, exprese la opinión de que no es posible informar adecuadamente al tribunal sobre tal punto, elemento o requisito, solicitando al tribunal, si lo tiene a bien, en su oportunidad requerir tales antecedentes al peticionario y solicitar a esta Repartición, en su oportunidad, un informe técnico complementarios de acuerdo a su tenor, todo ello salvo lo que en definitiva resuelva el tribunal tanto respecto de fijar dicha circunstancia como un punto de prueba como de lo que establezca en su

sentencia.

Cabe consignar que lo anterior no implica una sanción para el peticionario, sino que como consecuencia de su falta de cooperación, la Dirección General de Aguas se ve impedido de informar adecuadamente sobre tal o cual requisito, no obstante ello debe elevarse para conocimiento y fallo la solicitud y sus antecedentes al tribunal competente para que el resuelva lo que estime en derecho.

VI.g.- **Si el peticionario no acompaña fondos y no se efectúa la inspección ocular y el respectivo informe técnico:**

De acuerdo a lo establecido en el artículo 135 del Código de Aguas, esto es, que los gastos que irroguen las presentaciones ante la Dirección General de Aguas, como lo es una solicitud de regularización según lo establece ella letra b) del inciso primero del artículo 2º transitorio del Código de Aguas, son de cargo del interesado y los que originen las medidas que dicha Dirección adopte de oficio, será de cargo de ella; de manera que si ese Servicio Público estima necesario practicar inspección ocular, es ajustado a derecho que determine la suma que el interesado debe consignar para cubrir los gastos de esta diligencia.

Para tal efecto, suele ordinariamente esa Repartición formalmente requerir al peticionario de una suma determinada, señalándole la forma y en que plazo. En la mayoría de las veces, los interesados cumplen con poner los fondos a disposición de esa Dirección General, en los menos, no.

En el caso de que el peticionario no remita los fondos, resulta razonable que la Dirección General de Aguas deje expresa constancia de esta situación en el informe técnico competente y, en razón de ello, exprese que no es posible informar adecuadamente la respectiva solicitud, solicitando al tribunal, si lo tiene a bien, en su oportunidad, requerir tales fondos al peticionario y disponer que ese Servicio evacué el informe técnico respectivo, todo ello salvo lo que en definitiva resuelva el tribunal.

Lo anterior no implica una sanción para el peticionario que de mérito para denegar su solicitud, pues se trata de una diligencia que establece la ley que no se ha podido efectuar como consecuencia de la falta de cooperación del propio peticionario, por lo que ese Servicio se ve impedido de informar adecuadamente la solicitud respectiva al tribunal.

Ahora bien, dicho informe y demás antecedentes deben ser elevados al tribunal competente, para que tome conocimiento y resuelva lo que estime en derecho. Esto es, resolver derechamente sin el informe de la Dirección General de Aguas o bien, apercibir al peticionario para que efectúe la remisión de fondos a fin de sufragar los gastos en que debe incurrir el referido Servicio para emitir el informe que la ley establece expresamente.

En todo caso, resulta indispensable destacar que tanto para esa Repartición[105] como para

---

105 La Dirección General de Aguas ha hecho saber a la Excma. Corte Suprema que en todos los asuntos contenciosos o voluntarios que sean de competencia de los tribunales de justicia, se le requiera su opinión técnico legal, lo que consta por lo demás del mérito del Oficio de este Servicio Nº 223, de fecha 22 de marzo de l996.

los interesados y el propio tribunal, es relevante que ese Servicio emita su opinión respecto de la solicitud de regularización respectiva, sin perjuicio de lo establecido expresamente en las normas de los artículos 134, 135 inciso final, y la letra d) del inciso primero del artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

VI.h.- <u>Si el punto de captación indicado por el solicitante no coincide con el constatado por la Dirección General de Aguas:</u>

Una de las menciones que determinan específicamente el derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar, es precisamente el punto desde donde se captan las aguas, sean estas superficiales o subterráneas. Cabe precisar que la identificación de dicho punto podrá efectuarse haciendo uso de las Coordenadas Geográficas (UTM), o bien haciendo referencia a la distancia que este se ubica de accidentes geográficos, infraestructura público o cualquier otro punto de referencia que permita determinar donde se ubica la captación del derecho respectivo.

En ese contexto, no es una infracción menor el que no se indique el punto de captación del derecho a regularizar, así como el que efectivamente no exista la debida correspondencia entre el señalado en la solicitud y en las publicaciones con aquél que verifica la Dirección General de Aguas en terreno como consecuencia de la visita técnica de estilo. En el primer caso, en nuestra opinión el Servicio competente debería informar a la luz de lo que se expuso en los puntos VI.c.- y VI.d.- de este documento. En el segundo caso, esa Dirección General debería dejar expresa constancia de dicha situación en su informe técnico y, en razón de ello, expresar la opinión de que no es posible acceder a la solicitud de regularización conforme a derecho, pues aparece presuntamente que la extracción ininterrumpidamente del derecho que se pretende no lo ha sido en el punto que indica el solicitante, sea porque no existen obras o porque no hay otros indicios que así manifiestamente lo demuestren, sin perjuicio de afectar tanto la acertada inteligencia de terceros y de causar una desinformación que hace que los terceros no hagan valer sus derechos, todo sin perjuicio de lo que en definitiva resuelva el tribunal.

Esta incongruencia entre el punto de captación señalado y el punto constatado, en nuestra opinión es fundamental, pues aquél se encuentra íntimamente vinculado tanto con el hecho de haberse estado extrayendo un caudal de aguas, con su aprovechamiento ininterrumpido como con que el se haya efectuado dentro del plazo que señala la ley, sin perjuicio de los derechos de terceros.

VI.i.- <u>Si el derecho que se pretende regularizar se ejerce conjuntamente con otras personas (por unas mismas obras) y se omite dicha situación en la solicitud y publicaciones</u>:

Este caso trata de que existiendo varias personas naturales o jurídicas, solo una de ellas pretende regularizar para si solamente el derecho de aprovechamiento a través de este procedimiento, con el consiguiente perjuicio para los demás. Por tanto, en este evento no se considera una petición que una persona hace para sí y en beneficio de otras, o lo hace en representación de varias en la misma solicitud, respetando consecuentemente el derecho que le asiste a los demás.

De esta situación debe dejarse expresa constancia por la Dirección General de Aguas en su informe técnico y, en razón de ello, expresar la opinión de que no es posible acceder a la solicitud de regularización conforme a derecho, pues aparece presuntamente que la regularización del derecho que se pretende no se está efectuando con pleno respecto de los derechos que tienen todos los que han usado ininterrumpidamente del mismo, salvo lo que en definitiva dictamine el tribunal, tanto respecto de si este hecho constituye un punto respecto del cual debe rendirse prueba como de lo que resuelva en definitiva en su sentencia.

Lo que se persigue en estas circunstancias es poner en conocimiento del tribunal de esta situación y salvaguardar de alguna manera los derechos que terceros determinados o determinables que pueden tener sobre las aguas que han usado ininterrumpidamente en conjunto o alternado con aquel que pretende regularizar sólo en su favor. Al respecto resulta oportuno tener presente lo establecido en los artículos 718 y 2504, del Código Civil.

La sanción debería ser que el peticionario debe perder el derecho a continuar con el procedimiento de regularización en trámite, debiendo reiniciar el mismo en el cual se consideren a las personas preteridas o se distinga claramente el derecho de aprovechamiento que por esa obra común[106] captan dos o más titulares de dos o más derechos de aprovechamiento de aguas.

VI.j.- <u>Si la Dirección General de Aguas debe emitir pronunciamiento acerca de las alegaciones, argumentos o razones que hacen valer los opositores a la solicitud de regularización:</u>

Hemos señalado anteriormente que debe dejarse constancia en el informe técnico que evacua la Dirección General de Aguas respecto de una solicitud de regularización, del hecho de que se ha deducido oposiciones a ella como así también que resulta atendible que esa Repartición exprese su opinión legal y técnica respecto de ellas, sin perjuicio de que su conocimiento y resolución es competencia exclusiva del Tribunal Civil competente.

No obstante lo anterior, además parece razonable que el referido Servicio adjunte los antecedentes que obran en su poder y que dicen relación con las alegaciones, argumentos o razones que los oponentes invocan, a fin de ilustrar la decisión judicial.

En definitiva, no existe obstáculo legal que inhiba a la citada Dirección General a emitir su opinión sobre la procedencia o no de las acciones, alegaciones, defensas y observaciones que el o los oponentes hubieren hecho valer en contra de una determinada solicitud de regularización, pues entendemos que así como el legislador expresamente estableció en el artículo 179 del Código de Aguas la consulta a esa Repartición - en su calidad de Servicio Público rector en materias de aguas terrestres - en todos aquellos asuntos que se someten a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia según lo ordena el artículo 177 de ese mismo Código, lo mismo previó respecto de este especial procedimiento de regularización.

---

106 Respecto de la propiedad de las obras comunes por las cuales dos o más personas captan, conducen, distribuyen y almacenan sus derechos de aprovechamiento de aguas, tener presente lo establecido en el artículo 202 del Código de Aguas.

Es más, si el legislador ordenó en la letra b) del inciso primero del artículo 2º transitorio del Código de Aguas que la solicitud respectiva debe elevarse a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en las normas de los artículos 130 a 139 de ese mismo Cuerpo Legal, tácitamente está ordenando a ese Servicio que debe dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 134[107] de ese Código, esto es, además de solicitar las aclaraciones, decretar las inspecciones oculares y pedir los informes correspondientes para mejor resolver, y una vez reunidos los antecedentes solicitados, esa Repartición debe emitir un informe técnico, que naturalmente debe permitir al tribunal dirimir la cuestión debatida.

Si no se arribará a esa interpretación, a la luz de lo establecido en el artículo 179 del Código de Aguas, esto es, que en la respectiva causa judicial se dispusiera informar por la Dirección General de Agua de oficio o a petición de parte, se obtendría el mismo resultado con la salvedad que en el proceso respectivo no se habría salvaguardado uno de sus principios rectores que lo informan como lo es el de la economía procesal.

En fin, no hay dudas razonables para que cualquiera sea la oportunidad, la Dirección General de Aguas haga presente su opinión técnica y legal no tan solo de la solicitud sino de las oposiciones que se hayan deducido en contra de ella, sin perjuicio de lo que las partes puedan demostrar en relación con los puntos de prueba que se fijen como de lo que en definitiva resuelva el tribunal.

VI.k.- <u>Una solicitud de regularización de derechos de aguas en fuentes que han sido declaradas agotadas, o que respecto de ellas existe un área de reducción temporal, de restricción o de prohibición decretada o en trámite</u>:

El Código de Aguas respecto de las aguas superficiales ha establecido la facultad[108] del Director General de Aguas de declarar agotada[109] una fuente natural, sean estos cauces naturales[110], lagos, lagunas[111] u otros, por lo cual se inhibe la posibilidad de constituir nuevos derechos consuntivos permanentes en ella; en cuanto a las aguas subterráneas, ha establecido las instituciones de la reducción temporal del ejercicio de los derechos de aprovechamiento[112] a prorrata

---

107 Respecto de esta norma tener presente para su interpretación sistemática y concordada, las normas de los artículos 6, 7, 38, 73 y 79 de la Constitución Política de la República de l980, y artículo 8 de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

108 Consultar el artículo 283 del Código de Aguas respecto de esta atribución, la cual debe ser concordada con las normas que establecen los artículos 130 a 139 de ese mismo Código, respecto de su procedimiento.

109 En cuanto a que la junta de vigilancia respectiva puede presentar una petición fundada a fin de obtener esta declaración, ver artículo 274 Nº6, del Código de Aguas.

110 Ver artículo 30 del Código de Aguas respecto a lo que se entiende por cauce. En contraposición, consultar artículo 36 de ese mismo Código respecto de lo que la ley entiende por canal o cauce artificial, como por embalse.

111 Ver artículo 35 del Código de Aguas respecto a lo que se entiende por la ley por álveo o lecho de los lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas.

112 Respecto de esta limitación, consultar el artículo 62 del Código de Aguas, y artículo 26 de la Resolución DGA Nº 186, de l996, que estableció normas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas.

entre los perjudicados, la de área de restricción[113] en cuanto exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero con el consiguiente perjuicio de los derechos, y la zona de prohibición[114] para nuevas explotaciones en protección del acuífero.

Ahora bien, puede suceder que el punto de captación del derecho de aprovechamiento que se pretende regularizar se encuentre ubicado precisamente dentro de algunas de estas situación. Al respecto no caben dudas que de estas restricciones o circunstancias deben dejarse expresa constancia por la Autoridad Administrativa en su informe técnico a fin de ilustrar al tribunal en su decisión final y resguardar los derechos de terceros.

En ese contexto, la información que el Servicio Público proporciona al tribunal respectivo naturalmente servirá de base para la sentencia respectiva, en la cual debería dejarse expresa constancia de la existencia de esas situaciones particulares a fin de salvaguardar los derechos de terceros ubicados en estos eventos y de hacer participe de los efectos de estas instituciones al derecho de aprovechamiento que pretende reconocer como a su titular, en especial en lo que respecta a las áreas de restricción y a la institución de la reducción temporal.

En ese entendido, pensamos que no se afecta ni el derecho de aprovechamiento a regularizar ni el procedimiento de regularización, como tampoco que el tribunal en su sentencia incurriría en el vicio de ultra petita[115], el que esa autoridad jurisdiccional en uso de sus facultades haga extensivo los efectos de estas situaciones al derecho de aguas que se reconoce como a su titular, salvaguardando los derechos de otros titulares como a las propias fuentes naturales, en su caso.

VI.I.- <u>El área de protección de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas que se pretende regularizar:</u>

Como se ha dicho la solicitud de regularización de un derecho de aprovechamiento de aguas no está sujeta a la norma que establece el artículo 140 del Código de Aguas, pues ella sólo se somete a las normas del Código de Aguas contenidas entre los artículos 130 a 139, ambos inclusive, del Código de Aguas[116]. En ese contexto, una petición de este tipo respecto de aguas

---

113 Respecto de esta institución, consultar los artículos 65, 66 y 67 del Código de Aguas, y artículos 27, 28, 29, 30 y 31 de la Resolución DGA Nº 186, de 1996.

114 En cuanto a esta zona, consultar los artículos 63 y 64 del Código de Aguas, y artículo 32 de la Resolución DGA Nº 186, de 1996. En especial, además, ver Resolución DGA Nº 909, de 1996, que identificó y delimitó las zonas que corresponden a acuíferos que alimentan vegas y los llamados bofedales de las regiones de Tarapacá y Antofagasta.

115 Ver al respecto artículo 768 Nº 4, del Código de Procedimiento Civil.

116 A mayor abundamiento, resulta pertinente invocar como otro argumento, que el artículo 23 del Código de Aguas ordena expresamente que la constitución originaria de un derecho de aprovechamiento debe someterse al procedimiento establecido en los artículos 140 y siguientes de este Código, siendo aplicables en forma supletoria, las normas contenidas en el Párrafo 1º, del Título I, del Libro. Es decir, las normas de los artículos 130 a 139 del referido cuerpo legal, reglan el procedimiento general administrativo ante la Dirección General de Aguas, el cual es siempre aplicable en el caso que exista silencio en las normas que reglan los especiales. En ese contexto, el requisito de señalar el área de protección a un derecho de aguas subterráneas a regularizar no es exigible, y, por ende, no hay infracción en caso de su omisión tanto en la solicitud como en las publicaciones legales.

subterráneas no debería indicar el área de protección[117].

Sin embargo, nuestra ley de aguas vigente establece un área de protección para los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, esto es, un mínimo de 200 metros de distancia entre captaciones sea en una franja paralela a la captación subterránea y en tomo a ella, o bien, a un círculo con eje en el centro del pozo, según sea el caso, de acuerdo a la interpretación armónica y sistemática de las disposiciones contenidas en nuestro ordenamiento legal especial de aguas terrestres[118].

Como consecuencia de lo anterior, es nuestra opinión que aunque el derecho de aguas subterráneas a regularizar bajo la legislación en que se empezó a ser aprovechado no establecía este beneficio legal, aparece del todo razonable que tal protección mínima legal debería quedar desde ya reconocida conjuntamente con el derecho, y, en ese entendido, no existiría inconveniente que el peticionario en su solicitud solicite que su derecho quede resguardado con el área de protección legal, esto es, con un área de protección. Menos aún, existiría reparo para el tenor de la sentencia judicial respectiva que así lo declarara, siempre que no incurriera en vicio de ultra petita que regla el artículo 768 Nº 4 del Código de Procedimiento Civil.

Ahora bien, en el caso que el peticionario deseare que el área de protección del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas que regulariza sea mayor, ello debería justificarse por el solicitante a través de una memoria técnica que contenga entre otros antecedentes, las características del acuífero y de la captación, como otros datos hidrogeológicos que así lo demostrarán[119].

En este evento, no caben dudas que en el informe técnico del Servicio deberá existir una opinión sobre tal solicitud, que deberá comprender a lo menos si existe razón para ello, si existen otros derechos de aguas subterráneas en el acuífero que tengan un área de protección mayor a la mínima legal, si los informes o antecedentes técnicos proporcionados por el peticionario son contundentes y concordantes con la solicitud, entre otros.

En definitiva, sostenemos que no hay reparo alguno para que el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas que se regulariza, conjuntamente con su reconocimiento judicial, obtenga la declaración de que goza de la protección mínima legal de un área de protección, definida de acuerdo a la norma que establece el artículo 24 de la Resolución de la Dirección General de Aguas Nº 186, de l996.

---

[117] Ver artículo 140 Nº1, segunda parte, artículo 61, y 149 Nº 2, todos del Código de Aguas, y artículos 19 y 23 y siguientes de la Resolución DGA Nº186, de l996.

[118] Como consecuencia de un análisis sistemático de las normas contenidas en los artículos 61 y 140 Nº1, segunda parte, del Código de Aguas, y en los artículos 23 y siguientes de la Resolución de la Dirección General de Aguas Nº 186, de l996.

[119] Hacemos aplicable el espíritu y tenor de las normas contenidas en los artículos 6 y 130 del Código de Aguas; artículo 25 de la Resolución DGA Nº 186, de l996, y artículos 1, incisos 4º y 5º, 6, 7 y 19 Nºs 2, 3, 24 inciso final, y 26, de la Constitución Política de la República.

VI.m.- <u>Es posible que el derecho de aprovechamiento de aguas que se pretende regularizar lo sea con la condición de respetar un caudal ecológico:</u>

Se plantea la posibilidad de si resulta legítimo establecer que un derecho de aprovechamiento que se regulariza en virtud de lo establecido en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, puede ser sometido a la observancia de un caudal ecológico, es decir, que con su reconocimiento se disponga que su titular en su ejercicio debe siempre dejar escurrir un caudal determinado en la fuente natural de tal suerte de que previamente escurre el caudal ecológico y luego se ejerce el derecho en la medida que exista un caudal sobrante en el punto captación que lo permita[120].

Naturalmente, que esta modalidad ambiental en el ejercicio del derecho a regularizar se centra principalmente respecto de aquellos derechos que recaen sobre aguas superficiales, aunque estimamos[121] que no es imposible en el futuro mediato que también lo sea respecto de las aguas subterráneas.

Ahora bien, surge al respecto la opinión negativa, básicamente, fundada en el hecho de que lo que se regulariza es un derecho existente - aun cuando no formalizado de acuerdo a la legislación de aguas vigente - y que de acuerdo a lo prescrito en el inciso final del número 24, del artículo 19 de la Constitución vigente, sobre el derecho de aprovechamiento de aguas reconocido hay un derecho de propiedad que podría verse afectado o conculcado.

Es decir, no podría establecerse ni por la Dirección General de Aguas, en su informe técnico respectivo, ni por la sentencia judicial dicha restricción o limitación, pues en la esencia se estaría vulnerando o afectando dicho dominio al imponérsele una condición o requisito que impide su libre ejercicio, tal como por lo demás, se ha ejercido hasta la fecha, a lo menos, desde el inicio del proceso de formalización legal, en virtud de lo dispuesto en el Nº 26 del artículo 19 de esa misma Carta Fundamental; incluso es más, expropiándosele a su titular (regularizador) parte del bien incorporal sin concurrir los requisitos legales de acuerdo a lo establecido en el artículo 19 Nº 24, inciso 3º y de las normas que establecen el artículo 27 del Código de Aguas y el DL Nº 2.186, de l978.

A partir de dicha argumentación existe la impresión de que tal modalidad ambiental no podría establecerse respecto de un derecho de aguas que se reconoce a través de este procedimiento. Por otra parte, se plantean las siguientes razones para sostener su procedencia:

---

120 Abordamos este tema, además de contribuir al desarrollo dogmático de esta disciplina del derecho, con el propósito de generar algunas ideas respecto del derecho ambiental que aún en ciernes en nuestra institucionalidad ha empezado a gravitar fuertemente en el análisis que se efectúa respecto del uso y aprovechamiento de los recursos naturales en nuestro país, y consecuencialmente respecto de las aguas terrestres y su aprovechamiento legítimo.

Dejo, además, constancia que este tema no es para nada pacífico, el cual requiere de un estudio particular, profundo y sistemático, lo cual excede el objeto de este trabajo, sin perjuicio de estimar que en los hechos es posible verificar la situación de un derecho de aguas que se pretende regularizar conforme a este procedimiento que se este ejerciendo en una fuente que esté sujeta a esta modalidad ambiental que restrinja su ejercicio.

121 Sin perjuicio de que respecto de las aguas subterráneas su estudio es más dificultoso como dispendioso, en el futuro respecto de ellas deberá considerarse la necesidad de mantener un caudal ecológico en el acuífero.

i).- No obstante el macizo resguardo que la Carta Política vigente reconoce y resguarda respecto del derecho de propiedad, el propio constituyente estableció no tan solo límites sino la obligación del titular de ese derecho de observarlos y respetarlos a través de lo que se ha denominado la función social de la propiedad que contempla como tales a los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad pública, la salubridad pública y la conservación del patrimonio ambiental.

Como consecuencia de esas limitaciones constitucionales, el derecho de dominio en nuestro país no es absoluto, sin perjuicio de que en lo hechos no lo es nunca frente al derecho de dominio de los demás, como lo demuestran por lo demás el tenor de las sentencias o demás equivalentes jurisdiccionales que han resuelto los conflictos a que ello da lugar.

ii).- Ahora bien, en función de lo expuesto, constituye una limitación al derecho de dominio la conservación del patrimonio ambiental, el cual debe ser concordado y sistematizado con las normas que preceptúa el artículo 19 Nº 8 de la Constitución Política, como con las contenidas en la Ley Nº 19.300[122], de l994, teniendo presente, además, lo dispuesto en el artículo 9º transitorio[123] del Código de Aguas.

---

122 En particular, debe tenerse presente lo preceptuado en los artículos 41 y 42 de esta ley,. A saber, la primera disposición citada señala que el "uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas", al respecto cabe señalar que esta norma tiene el carácter o naturaleza de imperativa, que alcanza tanto a los administrados como a la administración, y constituye un importante fundamento, motivo o razón del acto administrativo denominada resolución calificatoria del Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o de la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) que puede establecer condiciones al ejercicio de derechos de aprovechamiento asociados a un proyecto o actividad sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), como lo es la obligación de mantención de un caudal mínimo ecológico.

Por su parte, el artículo 42, expresa que el "organismo público encargado por la ley de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá, de acuerdo con la normativa vigente, la presentación y cumplimiento de planes de manejo de los mismos, a fin de asegurar su conservación.

Estos incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones ambientales:

a) Mantención de caudales de agua, y conservación de suelos
b) Mantención del valor paisajístico, y
c) Protección de especies en peligro de extinción, vulnerables, raras o insuficientemente conocidas".

Concluye este artículo estableciendo que "los planes de manejo regulados en el mismo no se aplicarán a aquellos proyectos o actividades respecto de los cuales se hubiere aprobado un EIA o una DIA". La excepción anterior, se justifica plenamente, ya que se, entiende que las exigencias ambientales contenidas en el plan de manejo, como es la mantención de caudales de agua, debieron haberse hecho dentro del SEIA.

En todo caso, no caben dudas que dentro del SEIA se puede condicionar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas asociados al proyecto evaluado, no sólo a través de exigir la mantención de caudales de agua que protejan la biota asociada, sino también a través de otras condiciones que tengan por objeto la protección de bienes ambientales como el valor paisajístico, turístico, antropológico, arqueológico o histórico de la zona o zonas asociadas al uso de las aguas.

123 Esta norma dispone que "Hasta que no se dicten las disposiciones legales referentes a la conservación y protección de las aguas, corresponderá a la Dirección General de Aguas aplicar la política sobre la materia y coordinar las funciones que, de acuerdo a la legislación vigente, correspondan a los distintos organismos y servicios públicos". A modo ilustrativo, por no ser materia de este trabajo, dejo constancia de la opinión mayoritaria de que esta disposición transitoria habría sido derogada total y tácitamente por las normas que establece la Ley de Bases del Medio Ambiente Nº 19.300, de l994.

Aún más, la norma del artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política, en cuanto a las limitaciones y obligaciones del derecho de propiedad sobre toda clase de bienes que se deriven de la función social establecidos en la ley, entre las cuales se hayan los intereses generales de la nación y la conservación del patrimonio ambiental, se encuentra en plena armonía con lo dispuesto en la norma del artículo 19 Nº 8 de la Constitución, en cuanto esta dispone que asegura a todas las personas el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, imponiendo al Estado el deber de velar porque este derecho no sea afectado y tutelar por la protección del medio ambiente, preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental.

Este deber constitucional impuesto al Estado, constituye el fundamento último para imponer condiciones ambientales específicas al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas[124], como lo es respetar un caudal de aguas pasante en la fuente natural, como caudal ecológico mínimo.

iii).- Por otro lado, la exigencia de un caudal ecológico mínimo no constituye una privación, supresión o imposibilidad absoluta del ejercicio de las facultades esenciales que emanan ni del derecho de propiedad[125] que se tiene sobre el derecho de aprovechamiento de aguas[126] como tampoco, en especial, sobre este último bien incorporal real[127].

En efecto, el titular de los derechos de aprovechamiento, conserva el dominio sobre éstos, sin afectarse las facultades esenciales que emanan del mismo, esto es, uso, goce y disposición.

La mantención de un caudal mínimo en las fuentes naturales sólo puede llegar a constituir una limitación indirecta y eventual al ejercicio de los referidos derechos de aguas. Constituye una limitación indirecta, en el sentido que no se prohíbe explícitamente el uso de un determinado

---

124 Cabe señalar que la posibilidad de establecer condiciones al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas se encuentra en plena concordancia con lo establecido en el Código de Aguas y en la Constitución Política de la República. En efecto, el inciso 2º del artículo 6 del Código de Aguas preceptúa que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley. Esta norma sujeta el ejercicio del referido derecho a lo que dispongan la leyes en la materia, y , es precisamente, la ley 19.300 la que estipula que pueden establecerse condiciones ambientales al ejercicio de determinados derechos, como es el caso, por ejemplo, del derecho de aprovechamiento de las aguas asociado a una obra o proyecto determinado sometido al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

125 Ver en este sentido artículos 6, inciso final, 21, 112 y siguientes, y 129, entre otros del Código de Aguas, y artículos 583 y 891 del Código Civil.

126 En nuestra opinión, respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas asociados a una obra o proyecto de aquellos a los cuales se refiere el artículo 10 de la ley Nº 19.300, de acuerdo al marco constitucional y legal reseñado en este trabajo, la resolución calificatoria con que concluye el SEIA es una herramienta jurídica adecuada y eficaz para establecer condiciones o limitaciones ambientales al ejercicio de los derechos y libertades, entre los cuales, se encuentran estos derechos Asimismo, resulta del todo legítimo concluir, que una condición ambiental a que debe someterse el proyecto u obra que tiene asociado el ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas, es la imposición de un caudal ecológico mínimo si es que no se contempla en el acto de constitución originaria, o del aumento de aquél establecido por la autoridad competente, al momento de su constitución, pues él constituye una restricción autorizada por ley al ejercicio de dicho derecho de aprovechamiento, en función de proteger el medio ambiente, uno de los objetivos de la ley Nº 19.300, según lo dispuesto en su artículo 1º.

127 Respecto del concepto legal de derecho de aprovechamiento de aguas ver lo dispuesto en el inciso primero del artículo 6 del Código de Aguas, teniendo presente que son facultades de esta potencia jurídica el uso y goce de las aguas mas no la de disponer de ellas.

porcentaje de aguas, sino que se fija un mínimo de caudal que debe correr o escurrir por la fuente al momento de ejercerlo, el cual debe ser siempre respetado en atención a los fines ambientales con él perseguidos, y, es una limitación eventual, en el sentido que el ejercicio de los derechos de agua se vería restringido sólo en el evento que el caudal pasante en el curso de agua disminuye en tal cantidad que para mantener el caudal mínimo exigido y necesario para su finalidad, deba restringirse temporalmente el ejercicio del derecho de aguas solo en cuanto a su caudal.

En decir, la restricción que se impone en virtud de respetar un caudal ecológico solo lo es en cuanto una modalidad al ejercicio del derecho de aguas, que solamente se asocia a su uso mas no a su goce y disposición, lo cual, en todo caso, es solo en el evento que el caudal de la fuente no lo es tanto como para abastecer todos los derechos y que impide se cause una pérdida, disminución, detrimento o menoscabo significativo al medio ambiente o a uno o mas de sus componentes, como lo es el agua propiamente tal como la diversidad biológica asociada y los demás recursos naturales.

El tema queda abierto para su discusión, pero en todo caso pensamos que deberá asumirse una posición al respecto en el futuro próximo, toda vez que lo que está en juego no es tan solo la protección del medio ambiente, la conservación del patrimonio ambiental y la preservación de la naturaleza como el derecho de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, sino que la posibilidad cierta de que el aprovechamiento legítimo de las aguas en el país lo sea de una manera sustentable conciliando el desarrollo económico sin vulnerar entre otros el principio del bien común.

VII.- <u>DE LA COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA:</u>

De acuerdo a lo establecido en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas a los tribunales de justicia les compete conocer y fallar la solicitud de regularización de acuerdo a las normas del juicio sumario que establecen los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas.

Para esos efectos, la Dirección General de Aguas debe siempre remitir todos los antecedentes a fin de que el tribunal competente la resuelva sea acogiéndola o denegándola.

En ese contexto, no corresponde ni el archivo de los antecedentes ni el rechazo de la solicitud por ese Servicio, sino que por el contrario debe hacer presente las faltas, infracciones, errores o vicios que en la forma y /o en el fondo ameritan que el tribunal dicte tal o cual resolución.

Como se dijo anteriormente, la Dirección General de Aguas no es parte en los procesos de regularización, razón por la cual no corresponde que ella asista a los comparendos que se decreten por el tribunal competente ni recurra en contra de los fallos que en ellos se dicten, ya que a esa Repartición solamente le corresponde evacuar los informes técnicos más no hacer alegaciones o defensas que en tal o cual sentido, como lo deben hacer el interesado o los terceros opositores, permitan al Juzgado dictar la correspondiente sentencia.

Por otro lado, si en el respectivo procedimiento de regulación que se tramita en sede judicial se dispone que ese Servicio emita informe respecto de todo o en parte, complementario o no de uno anterior, procede que la respectiva Oficina Regional lo evacué y adjunte los antecedentes que fundan el mismo.

Finalmente, cabe insistir que resulta necesario que el tribunal competente remita, en su oportunidad, copia de la sentencia a firme que recaiga en el procedimiento de regularización a fin de incorporarla al Registro respectivo del Catastro Público de Aguas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 122 del Código de Aguas, situación que en la mayoría de las veces no ocurre[128].

En otro orden de materias, no obstante las ideas que se han planteado en este trabajo sobre normas e instituciones referidas a este procedimiento en su fase judicial, es pertinente señalar que tanto la acción como las excepciones, alegaciones, defensas y observaciones que el peticionario o los opositores efectúen sea la fase previa administrativa como en la judicial deben tender directamente ha tener por acreditados todos y cada uno de los requisitos que establece la ley, razón por la cual constituye, en nuestro parecer, el procedimiento ordinario ante la autoridad jurisdiccional que esta deberá recibir la causa a prueba, salvo que haga uso de la facultad contenida en el artículo 685 del Código de Procedimiento Civil, de acuerdo al mérito de lo obrado.

Por otra parte, además, es pertinente expresar algunas ideas respecto de las situaciones en que se haya como en la que no se haya deducido oposición a la solicitud de regularización, en cuanto a quien debe notificarse la resolución que cita las partes a la audiencia del quinto día de acuerdo a lo prescrito en el artículo 683 del Código de Procedimiento Civil.

En el evento en que se haya deducido oposición, no caben dudas que procede notificar a los terceros opositores, lo que deberá efectuarse con arreglo a lo dispuesto en el artículo 40 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pues se trata de la primera notificación que se efectúa en la gestión o fase judicial de este procedimiento, aún cuando algunos han sostenido que bien podría efectuarse por cédula en atención a que ya en el procedimiento se ha efectuado notificación personal por aviso, a lo menos, como que lo que se pretende es dar cumplimiento a una resolución que ordena la comparecencia personal de las partes.

En todo caso esta situación no reviste de mayores inconvenientes, como tampoco la forma de notificación que según sea la opción que adopte quien tiene su carga procesal deberá evitar la nulidad de lo obrado.

En el caso en que no se haya deducido oposición a la solicitud de regularización, no se visualiza por tanto a quien y en qué forma notificar la resolución que cita a comparendo.

Con relación a esas interrogantes es nuestro parecer que puede adoptarse el criterio que ellas se resuelven mediante la notificación por avisos que establece el artículo 54 del Código de Procedimiento Civil, pues, en estos caso se desprende inequívocamente que es difícil de determinar tanto la individualización como la residencia de las personas que habría que notificar personalmente o por cédula la referida resolución.

Es más, de alguna manera el Código de Aguas establece este tipo de notificación como la forma general de efectuar o dar cumplimiento a la formalidad de publicidad a terceros respecto de los procedimientos que el contempla, pues el artículo 131 de ese Cuerpo Legal es precisamente una de las normas del procedimiento general administrativo que rigen en subsidio de las especiales. Incluso, es más, dicha forma de notificación es precisamente la rige para el caso de formación por la vía judicial de las comunidades de aguas, según lo preceptúan los artículos 188 y 197 del Código

---

128 Esta situación en parte se ha pretendido subsanar mediante la norma establecida en el artículo 33 del Reglamento del Catastro Público de Aguas contenido en el D.S. MOP Nº 1.220, de l997.

de Aguas, especie de notificación que también es aplicable a los casos de constitución de asociaciones de canalistas y de juntas de vigilancia, según se desprende de lo establecido respectivamente en los artículos 258 y 267 de ese mismo Código.

En conclusión, somos de la idea que a través de esta forma especial de notificación se da por cumplido con arreglo a derecho la notificación a todo aquel que tenga o pueda tener interés respecto de la solicitud y sus resultados como el dar cumplimiento formalmente con ese requisito de publicidad en sede judicial.

VIII.- CONCLUSIONES:

De lo expuesto en este documento caben inferir las siguientes conclusiones:

a.- El procedimiento de regularización contemplado en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas es especial y solo aplicable a los casos que regla, por lo que la procedencia de la petición respectiva solamente lo es en la medida que del mérito de lo obrado en el expediente judicial se hayan acreditado el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos legales.

Por tanto, cualquier situación que no quede comprendida en las hipótesis que plantea esa norma, o bien, aquellas en las cuales no se cumplen con todos sus requisitos deben ser resueltas a través del procedimiento judicial ordinario que prescriben los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas, salvo que se ajusten a otro de los procedimientos especiales que establece ese mismo cuerpo legal.

b.- Dado el silencio de la norma respectiva en cuanto a reglar situaciones no previstas como a determinar el sentido y alcance de ella como de sus requisitos, resulta del todo procedente aplicar las normas del derecho común, tanto aquellas que se disponen respecto del procedimiento en el Código de Procedimiento Civil, como las de fondo contenidas en el Código Civil.

De manera que en la medida que existan pasajes oscuros o silencio de la norma transitoria del Código de Aguas, tanto la autoridad administrativa como la jurisdiccional, como el interesado y todo aquel que tenga interés en el resultado de la acción deducida, podrán legítimamente invocar las reglas contenidas en esos cuerpos legales en sus debidos documentos o presentaciones.

c.- La norma del artículo 2º transitorio del Código de Aguas es clara en cuanto a la competencia de la Dirección General de Aguas y a la jurisdicción de los Tribunales de Justicia. Entonces, no es lícito que la autoridad administrativa se avoque al conocimiento y fallo de la petición pues ello lo es de exclusiva facultad de autoridad jurisdiccional, sin perjuicio de que en su informe haga valer su opinión respecto de la procedencia o no de todos y cada uno de los requisitos legales que ameritan en su parecer acceder a la solicitud o no, lo cual en todo caso, es posible de desvirtuar en la fase judicial de este procedimiento a través de los medios de prueba que franquea la ley por el peticionario o por los opositores, en su caso.

d.- Dentro de la próxima reforma al Código de Aguas resulta conveniente contemplar aquella que perfeccionen, complementen y aclaren no solamente el sentido y objeto de este procedimiento de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas, sino que los elementos y requisitos que dicha norma establece, básicamente, con el propósito de otorgar una debida guía a los tribunales de

justicia.

Incluso es más, estableciendo efectivamente la posibilidad de que conjuntamente con el reconocimiento del derecho, se reconozca a este con sus especificaciones o menciones conforme al actual ordenamiento de aguas, como el hecho de que puedan ser beneficiados con área de protección aquellos que recaen sobre aguas subterráneas o con un caudal mínimo ecológico o sujeto a las limitaciones vigentes, como lo son la existencia de una zona de prohibición o de un área de restricción, entre otros temas.

Asimismo, dicha reforma debería considerar al momento de pronunciarse en definitiva sobre la procedencia o no de la solicitud de regularización por el tribunal correspondiente, de modo relevante la opinión técnico legal de la Dirección General de Aguas, pues en su calidad de Organismo Público especializado y rector en materias de aguas terrestres, investigador, recopilador de información y fiscalizador del recurso hídrico, que como un órgano más del Estado esta al servicio de la persona humana, vela por el bien común como de los demás bienes jurídicos consagrados en la Constitución, y, que en términos generales, no tiene más afán que coadyuvar debidamente a los tribunales de justicia salvaguardando los derechos de terceros, entre los cuales no tan solo se encuentra el derecho de propiedad sobre los derechos de aguas susceptibles de ser reconocidos a través el competente procedimiento de regularización sino que también del medio ambiente, el cual contempla entre otros la preservación, conservación y protección de las aguas dulces o terrestres del país como de los demás recursos naturales asociados a estas.

e.- No obstante lo anterior, es nuestro parecer más profundo que la referida reforma debería establecer una fecha cierta de término o de vigencia de esta institución, pues no resulta atendible que esta norma dure interperitamente y que, por tanto, pueda ser invocada por los interesados que en un número significativo de casos resulta ser instrumento - una ley - de blanqueo de situaciones de hecho ilegítimas que con el tiempo se revisten de legalidad, y, en los casos menos significativos, pero no por ello menos relevantes, constituye una situación que puede sorprender a la autoridad, como en la mayoría de ellos causar perjuicio a derecho de terceros, básicamente por no tener éstos acceso a la publicidad o notificación que este procedimiento contempla, o bien, por no impetrar las acciones o recursos que le franquea la ley para defender su interés comprometido.

En fin, estimamos que este procedimiento especial de regularización de derecho de aprovechamiento de aguas puede ser derogado, pues en caso alguno se imposibilita que aquellos titulares de que habla el artículo 2º transitorio del Código de Aguas quedarían en la indefensión, pues el reconocimiento de su derecho podría válidamente obtenerse a través de aquel que reglan los artículos 177 y siguientes de ese mismo Código, claro está que perfeccionando el artículo 179, en el sentido de hacer obligatorio el informe de la Dirección General de Aguas, y de otorgarle el valor de plena prueba y directa vinculación de su mérito a lo que se resuelva en definitiva por el tribunal competente.

Con ello, no tan sólo se eliminaría la fase administrativa de este procedimiento, acelerando el conocimiento y fallo de la petición, sino que además se esfumaría el halo de inquietud o peligro que esta institución provoca y que a algunos permite revestir injustificadamente la actuación de la Administración con un velo de burocracia, en su sentido negativo, y falta de transparencia y probidad tan infundadamente sostenidos, por lo demás.

Quillota, Noviembre de 1999.

"ASPECTOS GENERALES, DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUAS"

(Ponencia a las III Jornadas de Derechos de Aguas
Pontificia Universidad Católica de Santiago,
Noviembre del 2000)

DIRECCION GENERAL DE AGUAS
Centro de Información Recursos Hídricos
Área de Documentación

Autor:
Christian Neumann Manieu

Santiago, Noviembre del 2000.

"ASPECTOS GENERALES, DERECHOS Y OBLIGACIONES EN LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS DE AGUAS"

Christian Neumann Manieu.[1]

SUMARIO:

1.- Prólogo; 2.- Aspectos generales; 3.- De los tipos de organizaciones de usuarios; 4.- De los órganos de una organización de usuarios; 5.- De las atribuciones y competencias de la administración de una organización de usuarios; 6.- De los derechos y obligaciones de los miembros de una organización de usuarios; 7.- Comentario final; y, 8.- Bibliografía.

1.- PRÓLOGO:

Desde el siglo diecinueve hasta hoy, todo usuario de aguas en nuestro país debe exhibir un título donde conste el derecho de aguas que extrae desde una fuente natural, de los cuales, algunos, pueden ser ejercidos directamente desde el cauce en atención a su condición de riberanos, en cambio, otros, lo son a través de unas obras que deben construirse amparadas en las debidas servidumbres; asimismo, unos, son ejercidos individualmente y, otros, en forma colectiva por unas mismas obras. En fin, todos los derechos de aguas desde siempre deben ajustarse en su existencia y ejercicio a derecho de acuerdo a las necesidades y posibilidades que tienen sus titulares.

En este contexto, el ejercicio de unos derechos de aprovechamiento de aguas efectuados en común por unas mismas obras, bajo la institución de las organizaciones de usuarios, han contraído su temática a la distribución de las aguas y a las obras en común, "a partir de las cuales se establece la medida de cada derecho o su porcentaje en la obra común"[2], sin perjuicio que el tema de la distribución de las aguas en Chile se realiza en forma autónoma por esas propias organizaciones, en la medida que estas existen y no se dan las condiciones para que la autoridad deba ejercer sus facultades de redistribución en épocas de extraordinaria sequía o se haya dado cumplimiento a los acuerdos respecto del sistema de reparto respectivo, sea que este se encuentre inscrito o no[3], que haga injustificado por tanto la fiscalización de la organización por la autoridad competente, entre los hechos más destacables.

---

[1] Abogado. Actualmente se desempeña como Director Regional de Aguas de la Quinta Región de Valparaíso. Magíster en Derecho de Aguas del Instituto de Derecho de Minas y Aguas de la Universidad de Atacama.

[2] Vergara B., Alejandro: "Conflictividad judicial sobre recursos hídricos en un sistema de mercado de derechos de aguas" (Revista de Derecho de Aguas, Vol. VIII, pp 33 –40, 1997) p 36.

[3] Ver en este sentido lo establecido en el artículo 114 N°3 en relación con las normas de los artículos 211, 241 N°s 2 y 5, y 274 N°2, todos del Código de Aguas.

En cuanto a las obras, estas han ido construyéndose, ampliándose, modificándose o perfeccionándose, o bien, revistiéndose de acuerdo a las necesidades y/o a la capacidad económica de sus dueños, sin perjuicio de los aportes estatales canalizados a través de los diversos instrumentos que para tales fines se han ido creando o implementándose, esto es, con más recursos financieros en el presupuesto nacional.

Ante el escenario de aprovechamiento en común por unas mismas obras de los derechos de aprovechamiento, uno de los principios fundamentales[4] en que se sostiene la actual Política Nacional de Aguas[5], es que debe propenderse "a la participación de los usuarios, de las organizaciones sociales y del ciudadano común en la gestión del recurso hídrico, reflejando de ese modo el carácter de bien social, económico, ambiental y cultural de los recursos hídricos; contribuyendo con ello al proceso de profundización democrática en la Sociedad"[6], para lo cual dentro de los siete temas que ella plantea, como líneas de acción, se formulan respecto de la administración del agua y las organizaciones de usuarios "...diversas iniciativas orientadas a fortalecer sus actividades y ampliar la participación de los usuarios, mejorando sus capacidades técnicas y de gestión"[7].

---

[4] Las opiniones del autor no representan y comprometen en caso alguno la opinión oficial del Servicio Público en donde presta sus servicios. En ese entendido, las referencias al parecer de la Dirección General de Aguas se expresan y se citan clara y definidamente en este trabajo, como así las del autor.

[5] Este documento que fue presentado al Presidente de la República señor Eduardo Frei Ruíz-Tagle con ocasión de la celebración de los 30 años de la Dirección General de Aguas, el 11 de noviembre de l999, se encuentra a disposición de los interesados en el Centro de Información de Recursos Hídricos de la citada Repartición, como también es posible su consulta por INTERNET en www .MOP.cl/inter/dga.

[6] Ver Política Nacional de Recursos Hídricos, p 7.

[7] La referida Política plantea como diagnóstico de la situación actual, que: "...La administración del agua es asumida por los propios usuarios, organizados para tal efecto. Este sistema ha operado desde larga data cumpliendo en lo fundamental con sus principales objetivos, en forma autónoma y sin costo para el Estado. En general, se constata que el nivel de eficiencia de las organizaciones de usuarios, está íntimamente asociado al grado de escasez del recurso, siendo más eficientes mientras más escasa es el agua.

Se agrega que, "5.5.2. Sin embargo, la forma de administración y distribución del recurso por parte de los usuarios no ha evolucionado en concordancia con las exigencias actuales, las que plantean escenarios de uso más intensivos, nuevas posibilidades tecnológicas avanzadas, problemas de naturaleza distinta y desafíos en relación con la gestión integrada del recurso. Se aprecia que existen problemas de capacidad técnica y de gestión administrativa en las organizaciones de usuarios para adaptarse a esta nueva situación, a pesar que, el Código de Aguas les entrega una serie de instrumentos que les permiten un mejor desempeño. Existen múltiples atribuciones que éstas no utilizan, sea porque las desconocen o porque no tienen la capacidad para implementarlas. Se estima que muchas de ellas podrían mejorar tanto la gestión como el manejo interno de conflictos".

Continua, señalando que "5.5.3. Existen importantes áreas geográficas sin organizaciones de usuarios legalmente constituidas. Por otra parte, se dan casos donde, existiendo dichas organizaciones, éstas no representan al conjunto de los usuarios o tienen una baja participación de los mismos en sus decisiones. Esta situación, en algunos casos, se explica por el temor de los regantes a perder su control debido a que, según la actual legislación, también pueden participar y llegar a constituirse en mayoría los poseedores de los derechos no consuntivos".

Se deja constancia que, "En esta materia cabe destacar que el Estado, a través de la Dirección General de Aguas, con fondos propios y regionales, ha venido desarrollando un programa de organización legal de los usuarios en diversas regiones del país con énfasis en la regularización de los derechos de agua de los regantes más que en la gestión de las organizaciones".

En ese contexto, el documento en cita plantea como proposiciones las siguientes acciones:

a.- Promover "...en el caso de aquellas organizaciones de usuarios constituidas bajo la vigencia de códigos y leyes anteriores al actual Código de Aguas, la modificación y adecuación de sus estatutos, con el objeto de que estén en concordancia con la legislación actual..."[8].

b.- "...Por otra parte, en el caso de las organizaciones no constituidas legalmente, la Dirección General de Aguas profundizará su programa de organización legal de las mismas..."[9].

c.- "...Resulta de fundamental importancia avanzar en el fortalecimiento de las organizaciones de usuarios en su capacidad técnica y administrativa, en su representatividad y en el nivel de participación en las decisiones que adopten. Este fortalecimiento es importante para mejorar su gestión interna así como en su interacción con otros actores en escenarios de gestión a nivel de la cuenca. Al efecto, se buscará dotar de personería jurídica a las comunidades de aguas y, por otra parte, se utilizarán los mecanismos necesarios para permitir que los usuarios se integren a las organizaciones que les corresponden..."[10].

d.- "...De acuerdo con lo anterior, es necesario convocar a los actores públicos y privados para efectuar una revisión de la actual normativa legal con el fin de modernizar las estructuras de organización existentes. Entre los temas que se deberán resolver está la forma de incorporar a las organizaciones los distintos tipos de usuarios de manera equilibrada para el resguardo armónico de sus intereses. Para estos efectos la DGA[11] está desarrollando un diagnóstico a nivel nacional del funcionamiento de las organizaciones actuales y la DOH[12] ha desarrollado estudios en cuencas específicas..."[13].

e.- "...Se formulará un programa de capacitación, a mediano y largo plazo, con el apoyo conjunto de los sectores público y privado, para mejorar la capacidad de gestión de las organizaciones, el desarrollo técnico del sector y fomentar la cultura hídrica. El programa consultará, en general, la capacitación respecto de las atribuciones legales

---

Por otra parte, "5.5.4. Se estima que, más de la mitad de las organizaciones de usuarios existentes no se han constituido legalmente, existiendo así una administración informal de los recursos hídricos, cuya eficiencia podría mejorarse notablemente si sus miembros fuesen capacitados en aspectos técnicos, legales y administrativos".

8 Ver Política Nacional de Recursos Hídricos, punto 5.5.5 de p 52.

9 Ver Política Nacional de Recursos Hídricos, punto 5.5.6 de p 52.

10 Ver Política Nacional de Recursos Hídricos, punto 5.5.7 de p 52.

11 Abreviatura con que se designa a la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas.

12 Abreviatura con que se designa a la Dirección de Obras Hidráulicas del Ministerio de Obras Públicas, antes denominada Dirección de Riego.

13 Ver Política Nacional de Recursos Hídricos, punto 5.5.8 de p 52.

de las organizaciones. Se considera la posibilidad de crear una instancia especializada de capacitación, como existe en otros países. En este sentido se buscará incluir esta posibilidad en el proyecto de reestructuración del Instituto Nacional de Hidráulica, o seguir el ejemplo de organismos como el instituto el Chileno del Cemento, del Asfalto u otros..."[14].

f.- "...Se incentivará, a través de iniciativas públicas, la organización legal de comunidades de aguas subterráneas en acuíferos críticos; situación que resulta factible en aquellos acuíferos en que ha sido declarada área de restricción..."[15].

De manera que en torno a la preocupación institucional de qué debemos hacer como país para que en un marco de sustentabilidad ambiental, el agua no se transforme en una seria limitante para el desarrollo social y económico del mismo, y, que por el contrario, el agua sea un elemento que lo potencie, aparece necesario determinar y robustecer el rol relevante que este específico cuerpo intermedio[16] tienen en la gestión del recurso hídrico, de manera que a partir del necesario fortalecimiento institucional, administrativo, técnico, entre otros aspectos, de este tipo de organizaciones, estas se constituyan en el actor relevante, formal, informado y eficaz que tanto requieren la gestión integrada de cuenca como de los recursos hídricos, en especial, dentro de dichos marco y desarrollo nacional.

De las organizaciones de usuarios de aguas se ha escrito más o menos en forma vasta por nuestra doctrina[17], pero ello lo ha sido bajo al amparo de la vigencia de los anteriores cuerpos legales que las reglaban[18], lo cual hay que tener presente en cuanto sistematizaciones y referencias que coadyuvan al antes referido marco como al mencionado desarrollo en torno al agua dulce como a estas organizaciones en particular, pero que sin dudas deben ser ajustados a los términos de las disposiciones vigentes.

Ahora bien, con el propósito de aportar en la sistematización y el fortalecimiento institucional de las organizaciones de usuarios de aguas de acuerdo con las actuales normas del derecho de aguas, en materias tales como lo son aspectos generales, como su naturaleza jurídica, objeto, constitución y extinción, entre otros, y las facultades y competencias – expresadas en derechos y obligaciones - que sus órganos tienen y que

---

14 Ver Política Nacional de Recursos Hídricos, punto 5.5.9 de p 52.

15 Ver Política Nacional de Recursos Hídricos, punto 5.5.10 de p 52.

16 Ver en este sentido, artículo 1, inciso tercero, en armonía con lo dispuesto en el artículo 19 N°15, de la Constitución Política de la República.

17 Destaco en forma especial los trabajos contenidos en Hederra Donoso, Ana: "Comentarios al Código de Aguas" (2 tomos, Editorial Jurídica de Chile, 1960).

18 En la actualidad se pueden consultar al respecto últimos trabajos como de Figueroa Del Río, Luis Simón : "Asignación y distribución de las aguas terrestres" (Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Gabriela Mistral e impreso en sus talleres, Primera Edición, 1995. Santiago de Chile), y de Alegría Calvo, María Angélica y Otro: "Diagnóstico de la situación actual de las organizaciones de aguas a nivel nacional", (Revista de Derecho Administrativo Económico de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. II/N°1 – enero-junio 2000, pp 21-40).

deben ejercer, en el sentido expuesto en las líneas propositivas de la antes citada Política Nacional, hemos estimado plausible[19] tanto el presente trabajo como su estructura a fin de que éste al amparo de las Terceras Jornadas de Derecho de Aguas contribuya a tales objetivos.

Finalmente, cabe destacar que resulta imposible hacerse cargo, en un trabajo como este, de toda la problemática como de las controversias o simples desavenencias que ocurren durante la vida ordinaria en este tipo de organizaciones, pero estimamos que a partir de su desarrollo a través de sus aspectos generales como de las atribuciones derechos y obligaciones de sus órganos y miembros, se entrega información y otorgan algunos criterios o directrices que permiten a éstas construir y adoptar las soluciones particulares, dentro de su propia autonomía, sin perjuicio de las que son de competencia de los órganos estatales o judiciales[20].

2.- <u>ASPECTOS GENERALES</u>:

En relación con las organizaciones de usuarios[21] existen diversas materias que son de interés general y que se vinculan directamente con los temas de este trabajo, como lo son su concepto (a), su naturaleza jurídica (b), su objeto (c), su forma de constitución (d), su forma de organización (e), quienes forman parte de ella (f), su jurisdicción (g), su patrimonio (h), el domicilio (i) y su forma de extinción (j). A ellos pretendemos aportar a continuación como deslinde de referencia del objeto de este documento.

---

19 Dejo constancia que este trabajo debe ser contextualizado dentro de la labor que realizan otros interesados como son la DGA y la DOH, ambos del Ministerio de Obras Públicas, en cuanto al fortalecimiento de estas organizaciones, como las propias acciones que éstas últimas realizan como lo representan los trabajos : "sistema de telemetría para la distribución de las aguas de sus miembros que ejecuta la Junta de Vigilancia de la Primera Sección del Río Maipo" (Región Metropolitana) que se puede encontrar en Actas de la IV Convención de la Asociación de Canalistas de Chile (En prensas) ; o el novedoso "sistema de construcción de ha implementado la Asociación de Canalistas del Embalse Recoleta" (Cuarta Región de Coquimbo) en Actas de la IV Convención de la Asociación de Canalistas de Chile (En prensas); o bien, las acciones que respecto de la gestión y tecnificación de la misma están efectuando tanto el Rol Provisional del embalse Digua, la Asociación Canal Pencahue, como las juntas de Vigilancia del río Longaví y el Lontúe, (Séptima Región del Maule, o la proposición particular de un Plan Director del río Aconcagua, a cargo de la Confederación del río Aconcagua, que a la fecha de este trabajo según sus mandantes se encontraba en la fase de corrección del Informe final, sólo por destacar algunas iniciativas.

20 Preciso es tener presente que el Código de Aguas, en cuanto solución de conflictos o controversias entrega su conocimiento y resolución a los Tribunales de Justicia, dejando al órgano estatal rector en materias de aguas continentales, como lo es la Dirección General de Aguas, como un Servicio informante en el rango de perito. Ver a este respecto lo dispuesto en los artículos 177 y 179 del Código de Aguas, y artículo 2° transitorio de ese mismo Código.

21 Al día 30 de octubre del 2000, las organizaciones de usuarios de aguas que se encuentran inscritas en los respectivos registros del Catastro Público de Aguas ascendían al número total de 3.495 organizaciones, que desagregados por tipos de organizaciones corresponden a las siguiente: Juntas de Vigilancias: 32; Asociaciones de Canalistas: 75, Comunidades de Aguas (tanto superficiales como subterráneas): 3.387, y Comunidades de Obras de Drenaje: 1.

2.a.- Del concepto:

Las organizaciones de usuarios de aguas pueden ser conceptualizadas, en general, como aquellos cuerpos intermedios de la sociedad[22] que con o sin personalidad jurídica, están constituidos por titulares[23] de derechos de aprovechamiento de aguas[24], que tienen por objeto el ejercicio en conjunto de aquéllos mediante la captación o toma de las aguas desde la respectiva fuente de abastecimiento, esto es, de la hoya hidrográfica o cauce natural o del acuífero o de la obra artificial, en su caso, por unas mismas obras, para repartirlas entre ellos conforme a sus títulos o al caudal existente, como de efectuar la construcción, explotación, conservación y mejoramiento de las obras necesarias para dicho ejercicio o aprovechamiento en común.

Si bien, es restrictivo este concepto, en él se pueden identificar los elementos esenciales de estas organizaciones como su objeto, naturaleza, miembros, entre otros. Asimismo, a partir de él es posible efectuar una clasificación de este tipo de organización, principalmente en función de la naturaleza de las aguas.

Finalmente, es dable precisar que al revestir de la calidad jurídica de cuerpo intermedio de la sociedad a las organizaciones de usuarios de aguas, no lo es con el propósito de politizarlas sino que de reconocer que ellas actúan o pueden hacerlo dentro de las fases agonal o arquitectónica de los procesos políticos que naturalmente se desarrollan en el país, sin perjuicio de estimar personalmente que en virtud de dicha naturaleza tienen directa relación con los aspectos sociales y de solidaridad de que se pueda revestir la sociedad y su institucionalidad en el cumplimiento de sus cometidos o ejercicio de sus atribuciones, respectivamente.

2.b.- De la naturaleza jurídica:

En primer término, son una organización voluntaria de personas[25] que tienen un objetivo común como lo es el ejercicio en conjunto de unos derechos de

---

22 Pertinente resulta destacar que a partir de reconocer a las organizaciones de usuarios la naturaleza de cuerpos intermedios, lo cual se funda en lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 1° de la Constitución Política, le son aplicables las normas de los artículos 6 y 7 de esa misma Carta Política, sin perjuicio de comprender que a partir de ello es legítimo su proceder como grupo de interés como que en su accionar bien pueden constituirse en un grupo de presión. Para claridad de lo dicho, en cuanto a grupo de interés o de presión, en su caso, ver Neumann Manieu, Christian: "Reflexiones en torno a la politicidad de los grupos de interés" (Revista Política, del Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Chile, N°30, Santiago de Chile – Noviembre, 1992, pp 243 –272).

23 Estos pueden ser personas naturales o jurídicas, incluso, organizaciones de usuarios regladas por el Código de Aguas como las comunidades de aguas y asociaciones de canalistas, lo cual dependerá de la entidad respectiva; como se verá más adelante.

24 Estos pueden corresponder a derechos de aguas superficiales o subterráneas, consuntivos o no, de ejercicio permanente o eventual, continuo, discontinuo o alternado. En cuanto a su origen, podrán ser de aquellos constituidos por la autoridad competente o ser de aquellos regularizados de conformidad a las normas de los artículos 1°, 2° o 5° transitorios del Código de Aguas.

25 En ese sentido, ver Neumann M., Christian: "De la libertad para afiliarse o desafiliarse de una Organización de Usuarios de Aguas" (Revista Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 1/N°2 - julio - diciembre 1999, pp. 393 - 408).

aprovechamiento de aguas de que son titulares sus miembros, por medio de unas mismas ciertas obras.

En segundo lugar, estas organizaciones pueden tener personalidad jurídica[26] o no, que, en general, respecto de su constitución, funcionamiento y fiscalización se encuentran regidas por las norma del Código de Aguas, y, finalmente, se pueden encontrar declaradas organizadas o no, situaciones de las cuales se desprenden efectos diversos[27].

En fin, no caben dudas que este tipo de organización es de aquellos cuerpos intermedios de que habla la Constitución Política, que reglan en particular el Código de Aguas, y que respecto de los cuales la Dirección General de Aguas, organismo dependiente del Ministerio de Obras Públicas, tiene competencia para su fiscalización y supervigilancia, en su calidad de ente rector en materias de aguas continentales del país, de acuerdo a la citada Ley de Aguas, sin perjuicio de las atribuciones de otros órganos del Estado en materias propias de su competencia, como lo es el Ministerio de Justicia respecto de la personalidad jurídica, por ejemplo, o bien, la Dirección del Trabajo respecto de las relaciones laborales que se den en su interior, o el Servicio de Impuestos Internos, en cuanto este tipo de organización sea sujeto tributario, sólo por citar algunos de aquéllos.

2.c.- <u>Del objeto:</u>

El Código de Aguas consagra normas que establecen y regulan los medios necesarios para ejercer los derechos de aprovechamiento[28] y, que, por tanto, posibilitan efectivamente a su titular el ejercicio del mismo[29] en forma individual o colectiva.

Ahora bien, es posible constatar, en particular, en cuanto al ejercicio de un derecho de aguas que éste puede ser en forma individual o en conjunto con otros titulares a través de obras comunes que se someten a la jurisdicción de una organización de usuarios que reconoce y regla el actual Código de Aguas.

---

[26] Respecto de las organizaciones de usuarios de aguas que gozan de personalidad jurídica, ellas corresponden a las de derecho privado en oposición a las de derecho público, y, en cuanto a esta característica, se reglan por las normas del Derecho Civil y sus normas complementarias. He allí, por lo demás, el sentido de las normas de los artículos 258 inciso final y 267, ambas del Código de Aguas.

[27] El principal de éstos, es que las organizaciones pueden quedar sometidas o no a la fiscalización de la Dirección General de Aguas de acuerdo a lo prescrito en los artículos 283 y siguientes en armonía con las letras c) y d) del artículo 299, todos del Código de Aguas.

[28] Estos derechos deben contener todas las menciones y especificidades que el Código de Agua emplea para determinar con precisión este tipo de bien incorporal, para lo cual deberá estarse a lo dispuesto en los artículos 32, 33, 37 y siguientes, 44 y siguientes del Reglamento del Catastro Público de Aguas, contenido en el D.S. MOP N° 1.220, de 1997.

[29] En relación con el ejercicio de derecho de aprovechamiento resulta pertinente destacar que, en la medida que se requieran hacer obras para ello, o bien, se desee por su titular cambiar su punto de ejercicio o la fuente de abastecimiento o protegerlo en general, por ejemplo, deberá estarse a las acciones, autorizaciones y procedimientos que expresamente dispone el actual Código de Aguas, y el artículo 33 del Reglamento del Catastro Público de Aguas (D.S. MOP N° 1220, de 1997).

Para los efectos de ejercer colectivamente con otro titulares de derechos de aguas, el respectivo titular deberá ser miembro de la correspondiente organización, motivación que será una de las causas principales que dicho titular tendrá para ingresar a una de ellas.

En cuanto al objeto mismo de una organización de usuarios[30], este será el de distribuir las aguas[31] a que tienen derecho sus miembros, a través de las obras sometidas a su jurisdicción, desde el cual es posible desagregar las siguientes acciones: tomar las aguas a que tienen derecho a captar sus miembros desde el canal matriz o desde el cauce natural o el acuífero, en su caso; repartir las aguas entre los titulares de derechos de aguas (comuneros o asociados) de acuerdo a como rezan sus títulos o en proporción al caudal matriz, cuando corresponda; construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos, embalses y otras que sean necesarias para su aprovechamiento; y, resolver los conflictos que con ocasión de las acciones anteriores se presenten.

En concordancia con lo anterior, resulta de interés destacar lo preceptuado en el artículo 266 del Código de Aguas, en cuanto la propia ley asigna que las juntas de vigilancia tienen por objeto administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en los cauces naturales, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común y realizar los demás fines que les encomiende la ley. Incluso es más, dispone expresamente que este tipo de organizaciones de usuarios podrá construir, también, nuevas obras relacionadas con su objeto o mejorar las existentes, con autorización de la Dirección General de Aguas, en su caso.

De ese objetivo genérico se desprenden además otras particulares acciones, como lo son la administración de las obras comunes, la resolución de los conflictos entre los miembros de la organización entre sí como de aquéllos con las decisiones adoptadas por las asambleas generales o el directorio o administradores, en su caso, o bien, la defensa de los intereses de la organización y sus miembros frente a pretensiones de terceros (servidumbres, hurto de aguas, entorpecimiento al libre escurrimiento de las aguas por obras o conductas, entre otras), o decisiones de las

---

30 En cuanto al objeto de una organización de usuarios, es dable tener presente el tema de si ellas pueden perseguir lucro. Al respecto somos de la opinión que en sus actividades este tipo de organizaciones no les es ilegítimo el obtenerlo como lo es en el caso de que debidamente facultados por la asamblea general de miembros, procede a arrendar ciertos y determinados caudales de aguas a terceros de que son dueños aquéllos, o cuando, en el procedimiento de constitución de servidumbre pasiva a que se pueden encontrar sometidas las obras sometidas a su jurisdicción, obtienen por el pacto respectivo una suma determinada.

Tampoco, en nuestro parecer, es cuestionable el caso de que a partir de su expertiz en el tema de la distribución de aguas, el órgano administrador de la organización – debidamente facultado por los miembros de la organización -celebre contrato de prestación de servicios con tal objeto, pues con ello se obtienen recursos que ingresando ene le patrimonio de la organización se pueden destinar a sufragar gastos ordinarios, extraordinarios o especiales del respectivo ejercicio anual.

En todo caso, el tema tienen algunas complejidades, lo cual lo reviste de complejo. En relación con la posibilidad de obtener lucro por parte de las organizaciones de usuarios, ver el N°3.c.- de este trabajo.

31 En cuanto a este concepto de distribuir las aguas, lo asumimos en su acepción más genérica, en oposición a la particular que sería aquellas que emana de la acción de repartir las aguas ingresadas al sistema de obras entre los miembros de la organización.

diversas autoridades que se relacionan con ellas como lo son el Ministerio de Justicia, la Dirección General de Aguas, la Dirección de Obras Hidráulicas, Comisión Nacional de Riego, Servicio de salud, Servicio Agrícola y Ganadero, entre otras.

En fin, las organizaciones de usuarios tienen por propósito efectuar la distribución de las aguas conforme a derecho entre sus miembros y de mantener adecuadamente en operación las obras destinadas a ello, en el entendido que ello se encuentra en plena armonía con el ánimo de quienes la constituyen o forman parte, sin perjuicio de conocer y resolver, como arbitro arbitrador, los conflictos que de ello emane, sin perjuicio de las otras materias que la ley y los estatutos se encarguen de señalar.

2.d.- <u>De la constitución:</u>

El tema de la constitución de una organización de usuarios dice relación al cómo se forma. En ese entendido, es posible distinguir cuando entre todos los titulares de derechos de aguas que conducen sus aguas por obras comunes están plenamente de acuerdo (i) o cuando no lo están (ii).

2.d.i.- <u>De la constitución por escritura pública</u>:

Encontrándose de acuerdo todos los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas que se captan, conducen y distribuyen por obras comunes, estos pueden por escritura pública constituirse en una organización de usuarios.

Esta forma de constitución no ofrece reparos respecto de las comunidades de aguas, de las comunidades de obras de drenaje o de desagüe en beneficio común, de las asociaciones de canalistas y de las juntas de vigilancia.

En efecto, el artículo 187 del Código de Aguas dispone expresamente que las comunidades de aguas se encuentran autorizadas para convenir por escritura pública su constitución, para luego reglar en los artículos 188 y siguientes, otra forma de constitución, la judicial. Mismo criterio es aplicable respecto de las comunidades de obras de drenaje o de desagüe en beneficio común, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 252 y 253 de la referida Ley de Aguas. En cuanto a las asociaciones de canalistas, el artículo 257 del citado Código establece que la constitución de la asociación y sus estatutos se hará por escritura pública suscrita por todos los titulares de derechos a que se refiere el artículo 186 y necesitarán de la aprobación del Presidente de la República, previo informe de la Dirección General de Aguas.

Finalmente, en cuanto a las juntas de vigilancia, si bien el Código de Aguas en el artículo 263, inciso segundo, señala que su constitución y sus estatutos, constarán en escritura pública que se someterá a la aprobación del Presidente de la República, previo informe de la Dirección General de Aguas, este tipo de organización, asimismo, podrá constituirse por escritura pública siempre que concurran a suscribirla la totalidad

de las personas u organizaciones señaladas en el artículo 263, de acuerdo a lo previsto en el inciso final del artículo 269 de esa misma Ley.

De las menciones de la escritura pública respectiva, debe estarse a los que señala el artículo 198 del Código de Aguas[32], con las adecuaciones y menciones necesarias de acuerdo con la naturaleza y especificaciones respectivas de cada tipo de organización de usuarios, las que entre otras podrán ser aquellas que se contemplan en los artículos 8, 9,10 y 11 del Reglamento del Catastro Público de Aguas, contenido en el D.S. MOP N° 1.220. de l997, sin perjuicio de aquellas materias que los interesados puedan pactar soberanamente reglas diversas a las que establece la ley o normar materias en que ésta guarda silencio.

2.d.ii.-<u>De la constitución por sentencia judicial</u>:

A falta de acuerdo entre todos los titulares de derechos de aguas que aprovechan las aguas a través de obras en común, a requerimiento de cualquier interesado[33] en constituirla, podrán las organizaciones de usuarios de aguas hacerlo por la vía de los tribunales de justicia[34].

Esta forma de constitución que no ofrece reparos respecto de las comunidades de aguas[35], de las comunidades de obras de drenaje o de desagüe en beneficio común[36], y de las juntas de vigilancia[37]; si, en cambio, las manifiesta respecto de las asociaciones de canalistas.

---

[32] A esta conclusión arribamos de acuerdo a la interpretación sistemática y armónica de lo previsto en los artículos 188, 255, 258 y 267, todos del Código de Aguas.

[33] No caben dudas que siempre este interesado deberá ser titular de derecho de aprovechamiento de aguas, pero respecto de las comunidades de aguas como de las juntas de vigilancia, de acuerdo a lo previsto en los artículos 188 y 269 del Código de Aguas, es titular también de esta acción la Dirección General de Aguas.

En cuanto a las comunidades de obras de drenaje o de desagüe en beneficio común y de las asociaciones de canalistas, en nuestro parecer debe distinguirse. Así respecto de las organizaciones de drenaje o de desagüe en beneficio común, pensamos que no es posible, en cambio, en cuanto a las asociaciones de canalistas, no obstante no existir norma expresa que autorice a la mencionada repartición estatal, somos de la opinión que podría impetrar tal acción, en atención a una causa de necesidad de bien común o a una mejor gestión del recurso en un punto determinado de la cuenca.

[34] En cuanto al tribunal competente para conocer de la constitución judicial de una organización de usuarios, corresponde precisar que respecto de las comunidades de aguas, lo es el Juez del lugar en que esté ubicada la bocatoma del canal principal, de acuerdo a lo establecido en el inciso primero del artículo 188 del Código de Aguas; en cuanto a las comunidades de obras de drenaje o de desagüe en beneficio común, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 253 del Código de Aguas, lo es el de la comuna en que se encuentre ubicado cualquiera de los predios de desagüe; y, en cuanto a las juntas de vigilancia, el Código de Aguas en el inciso segundo de su artículo 269, preceptua que será Juez competente el de la capital de la provincia si el cauce atraviesa solo una y, si separa o atraviesa dos o más, lo será el juez de la capital de la provincia donde nace el cauce. Nada se dice respecto del tribunal que debería conocer de la constitución judicial de una asociación de canalistas, pero resulta atendible aplicar el criterio de las comunidades de aguas que tienen un grado de homologación lo establecido en el artículo 112 del Código de Aguas, sin perjuicio de que las normas del Código que rigen a las comunidades de aguas constituyen las normas generales en estas materias.

[35] Ver en este sentido lo dispuesto en los artículos 188 y siguientes del Código de Aguas.

[36] Ver en este sentido el artículo 253 del Código de Aguas.

En efecto, dado que las normas contenidas en los artículos 257 y siguientes del Código de Aguas no dan expresas noticias de que su constitución se pueda provocar por la vía judicial, se sostiene[38] que la asociación de canalistas sólo puede serlo por el acuerdo pleno de todos los titulares de derechos de aguas que aprovechan en común unas mismas obras, esto es, que no puede ser constituida por sentencia judicial.

Es nuestro parecer, dicha interpretación tan literal no tan sólo provoca obstáculo tanto respecto de algunos de aquellos titulares que pretendieran constituirla sino que a la conveniencia que exista una organización que colabore con la gestión de una fuente natural o localidad geográfica determinada.

Por otro lado, esta interpretación restrictiva, vulnera o conculca el principio de la libertad de asociación[39], pues también una sentencia judicial constituye documento idóneo y oponible a todos - como lo es un acto jurídico bilateral - en donde consta la voluntad de asociarse[40], como los puntos fundamentales de la individualización del canal y de cada uno de los asociados, con sus respectivos derechos de aguas, como los estatutos aprobados que los interesados desean darse y que en caso alguno pueden ser contrarios a derecho, sin perjuicio que respecto de este tipo de organización de usuarios existe la posibilidad de que rijan supletoriamente las disposiciones del Código de Aguas[41].

---

37 Ver en este sentido lo establecido en los artículos 270 y 271 del Código de Aguas.

38 Opinión que en atención al elemento gramatical que establece el artículo 19 del Código Civil, se basa en lo dispuesto en el artículo 257 del Código de Aguas, esto es, "...La constitución de la asociación y sus estatutos se hará por escritura pública suscrita por todos los titulares de derechos a que se refiere el artículo 187...". Sin perjuicio, ver en este sentido Figueroa del Río, Luis Simón: "Asignación y distribución de las aguas terrestres" (Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Gabriela Mistral e impreso en sus talleres, Primera Edición, 1995. Santiago de Chile), p 117, en cuanto sostiene que la constitución de la asociación dado que requiere necesariamente de un documento donde conste la unánime voluntad de asociarse, por lo cual deben estar necesariamente resuelto los puntos fundamentales de la individualización del canal, y de cada uno de los asociados, con sus respectivos derechos de aguas.

Asimismo, sostiene este autor citado que respecto de este tipo de organización siempre habrá estatutos aprobados por los interesados, pues respecto de ella no existe la posibilidad que rijan supletoriamente las disposiciones del Código de Aguas, como es en el caso de las comunidades de aguas.

39 Es más, de no admitirse la vía judicial de constitución, los interesados solo podrían conformar una comunidad de aguas con el consiguiente agravante de que este tipo de organización de usuarios no goza del beneficio de la personalidad jurídica, lo cual resta operatividad ante diversos organismos financieros, crediticios, de fomento y otros.

40 Aquí estamos planteando la posibilidad de la constitución judicial por la mayoría de los interesados, pero esta razón es más válida cuando estamos frente a la hipótesis del inciso final del artículo 207 del Código de Aguas.

41 He aquí otra desavenencia. El inciso primero del artículo 258 del Código de Aguas dispone que "Son igualmente aplicables a las asociaciones de canalistas y a las otras organizaciones de usuarios, las disposiciones del Párrafo 1° de este Título, en cuanto sean compatibles con su naturaleza y no contradigan lo dispuesto en sus estatutos". A la luz de dicha norma debemos concluir que en caso de contradicción de las reglas de los estatutos con una norma contenida en los artículos 187 a 251 del Código, priman aquellas por sobre las segundas.

Esto no parece razonable y menos ajustado a derecho. En efecto, el artículo 251 de la Ley de Aguas sólo autoriza, si bien respecto de las comunidades de aguas, que en los estatutos se pacten reglas diversas a aquellas que señalan los artículos que expresamente indica, y, además, genéricamente, lo permite también en los casos en que en ese mismo sentido se faculte para ello. De manera que es posible inferir que es posible interpretar que esta norma restringe el sentido y alcance de la regla contenida en el artículo 258.

Finalmente, somos de la opinión que no constituye elemento de la esencia de las asociaciones de canalistas que la constitución como los estatutos aprobados deben revestir la calidad de unánimemente acordados por todos los interesados, tanto en cuanto entre sus causales especificas de su extinción no se señala expresamente por la Ley de Aguas vigente, la concurrencia de todos los interesados a tal acuerdo, como por la circunstancia que a éstas le son aplicables la norma del artículo 224, en cuanto a los acuerdos de las asambleas y sus quórums, por así disponerlo expresamente el artículo 255 del Código de Aguas.

De manera que de acuerdo al aforismo de que las cosas se deshacen de la misma forma en que se hacen, cabe inferir – no extensamente – que si es posible el acuerdo de una mayoría de los miembros de la organización para acordar su extinción, es porque así también les asiste la posibilidad de concordar su constitución, por lo cual el quórum no es la unanimidad de los miembros sino que la mayoría de estos.

En definitiva, reducir la constitución de una asociación de canalistas sólo a la forma por escritura pública, además de poner en riesgo la garantía constitucional de libertad de asociación, hace imposible por la voluntad de al menos uno de los interesados la existencia y funcionamiento de este tipo de organización en contra del parecer de muchos, con el consiguiente perjuicio para éstos como para el logro de una debida gestión del recurso en una fuente determinada, sin perjuicio de los problemas[42] que acarrea la no existencia de una organización como lo son la resolución de los problemas de distribución de las aguas, de la mantención, reparación y operación exenta de peligro o riesgos para terceros de las obras de captación, conducción y almacenamiento, los hurtos de aguas, los conflictos entre los interesados, en fin, de todos aquellas materias que conoce y ejerce jurisdicción una organización de usuarios con el consiguiente provecho para el bien común.

2.e.- <u>De la declaración de organizada</u>:

Con este tema no se pretende resolver el cómo se estructura la organización de usuarios sino que corresponde al momento y a porqué sucede lo prescrito en el artículo

---

Ahora bien, en nuestro parecer, no por su diversidad institucional tanto las asociaciones de canalistas como las juntas de vigilancia podrían establecer normas estatutarias diversas respecto de cualquier materia que el Código de Aguas se encarga de reglar, pues de alguna manera hay dentro de dicha institucionalidad reglas que están acordes con el estado de derecho vigente, en especial, con el Orden Público, las cuales podrían verse en peligro o en algunos casos conculcarse.

Asimismo, la autonomía de los cuerpos intermedios que consagra la Carta Política tiene como marco el respeto de las garantías constitucionales como del ordenamiento legal, lo cual se desprende de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de ella.

[42] Al no existir una organización de usuarios, los problemas que se originen entre los diversos interesados titulares de derechos de aguas deberán ser resueltos por los Tribunales de Justicia, recargando inadecuadamente su labor y eficacia, sin perjuicio de judicializar aquéllos, que podrían ser abordados por el directorio o administrador tal como lo disponen los artículos 244 y siguientes del Código de Aguas.

196 del Código de Aguas, esto es, a que por medio del registro[43] de la organización en el respectivo archivo del Catastro Público de Aguas, a cargo de la Dirección General de Aguas[44], estas se entienden organizadas, y, por tanto, quedan sometidas a la supervigilancia y fiscalización, cuando corresponda, de esa autoridad, lo que en caso alguno significa desconocer su existencia y funcionamiento, pero no con arreglo a las normas del Código de Aguas.

Cabe destacar que esta declaración, también es pertinente respecto de las demás organizaciones de aguas que regla el Código de Aguas, tal como por lo demás lo establecen los artículos 132, 255, 258 y 267 de ese mismo Código, sin perjuicio de lo dispuesto en las normas respectivas del Reglamento sobre Registro de Organizaciones de Usuarios[45] como del Reglamento del Catastro Público de Aguas[46].

Asimismo, debe tenerse presente que tal registro siempre será obligatorio en cuanto las organizaciones de usuarios procedan a modificar sus estatutos, y que tal gestión, en todo caso, es previo siempre a la inscripciones que se efectúen en el Conservador de Bienes competente de acuerdo a lo prescrito en el artículo 114 N°s 1 y 2 del Código de Aguas.

En conclusión, la importancia de este tipo de declaración radica no tan solo en los aspectos de publicidad, registro histórico y formalidad que provee a una organización de usuarios el estar incorporada en un Registro del Catastro Público de Aguas, sino que los efectos jurídicos que de ello emana, como lo son entre otros los efectos del ejercicio de las facultades de supervigilancia y fiscalización por parte de la Dirección General de Aguas.

2.f.- <u>De los miembros</u>:

Naturalmente, quienes integran una organización son aquellos que han participado desde su origen en el proceso de su constitución y primeros momentos de su funcionamiento, miembros que suelen ser denominados, por ejemplo, los

---

[43] Para los efectos de obtener la correspondiente anotación y registro de la organización de usuarios en el competente Registro Público de Organizaciones de usuarios, de acuerdo a los artículos 122 del Código de Aguas y artículos 4, 6 y siguientes del Reglamento del Catastro Público de Aguas, debe presentarse solicitud adjuntando los antecedentes respectivos, sea la escritura pública o la sentencia judicial, entre otros, a la oficina del lugar de la Dirección General de Aguas, momento en el cual se genera un expediente administrativo (individualizado con las siglas NJ = que corresponde a las juntas de vigilancia, NA = Asociación de Canalistas, o NC = comunidades de aguas, nomenclaturas según ordena el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, aprobado por resolución DGA (exenta) N° 1.700, de 8 de julio de 1999), para que, previo informe técnico de la oficina regional, se remita al Abogado Archivero del Departamento Legal (artículo 30 N°1, del Reglamento), para que luego de su análisis, este funcionario eleve la pertinente proposición al Director General de Aguas para que en uso de sus facultades ordene por resolución el registro de la organización (artículo 6 inciso final, del Reglamento).

[44] Ver artículo 132 del Código de Aguas.

[45] Este Reglamento está contenido en el Decreto Supremo MOP N° 187, de 1983, que fue publicado en el Diario Oficial de 28 de junio de 1983.

[46] Este Reglamento está contenido en el Decreto Supremo MOP N° 1.220, de 1997, que fue publicado en el Diario Oficial de 25 de julio de 1998.

fundadores. No obstante, con el devenir de su existencia se integraran[47] nuevos miembros sea porque han adquirido[48] algún derecho de aprovechamiento de aguas de algunos de aquellos fundadores o, bien, porque ingresan nuevos derechos para ser captados, conducidos, almacenados y distribuidos por las obras sometidas a la jurisdicción de la organización.

De estos hechos da cuenta el Registro[49] de miembros de la organización, en el cual se deben anotar los derechos de agua de cada uno de ellos, el número de acciones y las mutaciones de dominio que se produzcan, las que no se pueden inscribir mientras no se practiquen las inscripciones correspondientes en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces[50].

Cabe destacar, que en nuestra opinión, el ingreso o salida de un miembro, y, consecuentemente, del respectivo derecho de aprovechamiento de aguas, de o desde una organización de usuarios tiene como fundamento además del afectio societatis, el derecho fundamental consagrado en el artículo 19 N° 15, de la Carta Política, y, por tanto, dichas circunstancias deben ajustarse en todo evento al derecho vigente a fin de no conculcar o lesionar dicha garantía[51].

Por otra parte, los interesados en formar parte de una organización de usuarios, sea que no hayan comparecido a la escritura pública de constitución o no hayan asistido al comparendo judicial, en su caso,, o bien, no se les haya asignado lo que les corresponde en la distribución de las aguas[52], podrán presentarse reclamándolo en cualquier tiempo ante el Tribunal competente en Lo Civil, bajo el procedimiento sumario, pero sin que se altere mientras tanto lo que esté acordado o resuelto y sin que proceda que en este nuevo juicio se decreten medidas precautorias que impidan o embaracen la

---

47 En cuanto al ingreso a una organización de usuarios de aguas o a su salida de ella, sea voluntaria o forzadamente, ver en Neumann M., Christian: "De la libertad para afiliarse o desafiliarse de una Organización de Usuarios de Aguas" (Revista Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 1/N°2 - julio - diciembre 1999, pp. 393 - 408).

48 En relación con las normas que rigen la tradición de los derechos de aprovechamiento de aguas inscritos como a los contratos traslaticios que se celebren para tales efectos, consultar entre otros los artículos 21, 129, 113, 118 y 121 del Código de Aguas.

49 Este registro está establecido en el artículo 205 del Código de Aguas, norma que si bien es aplicable a las comunidades de aguas, también lo es respecto de las demás organizaciones de usuarios que regla el Código de Aguas, en virtud de lo prescrito en los artículo 255, 258 y 267 de ese mismo Código Cabe destacar además, en relación con este registro, la norma dispuesta en el artículo 223 del Código de Aguas, en cuanto sólo tienen derecho a voto los miembros de la organización que se encuentren inscritos en él, sin perjuicio de los demás requisitos para el ejercicio de ese derecho.

50 Ver artículos 114 y 118 del Código de Aguas en cuanto a cuáles son los títulos, actos y contratos y sentencias que son obligatorios de inscribirse en el registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces y a cuál es el aquél competente para ello.

51 Para mayores antecedentes, ver Neumann M., Christian: ídem Nota N° 47.

52 Ver en este sentido lo dispuesto en el artículo 194 del Código de Aguas, norma que en todo caso es aplicable tanto a las comunidades de aguas, a las asociaciones de canalistas de acuerdo a lo establecido en el artículo 259, y a las juntas de vigilancia por disponerlo el artículo 267 del Código de Aguas. En cuanto a las comunidades de drenaje o de desagüe en beneficio común, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 255 del Código de Aguas, en tanto no se atente con su naturaleza y el interesado sea efectivamente un beneficiario de dichos sistemas.

ejecución de dichos acuerdos o resolución, en tanto las sentencias ejecutoriadas que se dicten en este proceso modifiquen los acuerdos o las resoluciones anteriores y ordenen se apliquen con preferencia a éstos desde que se reclame su cumplimiento[53].

Por último, siempre está abierta la posibilidad de ingresar voluntariamente a una organización de usuarios en la medida que convencionalmente quienes lo hacen incorporen al canal , más bien al caudal matriz a distribuir por la organización, nuevos derechos de aprovechamiento, asumiendo los gastos que ello implica, en especial en las obras de captación, conducción, almacenamiento y distribución que sean pertinentes, lo que implica que tendrán los mismos derechos y obligaciones que los demás miembros de la organización[54].

Finalmente, constituye requisito habilitante para ser reputado miembro de una organización de usuarios, el hecho de ser titular de un derecho de aprovechamiento que se ejerza a través de las obras sometidas a la jurisdicción de la organización, y, en ese entendido, el titular de este bien incorporal[55] puede ser una persona natural o jurídica con o sin personalidad jurídica, con o sin fin de lucro, o bien, otra organización de usuarios, como lo puede ser una comunidad de aguas respecto de una asociación de canalistas o aquélla y/o ésta respecto de una junta de vigilancia[56], por ejemplo.

2.g.- <u>De la jurisdicción</u>:

La jurisdicción de una organización de usuarios de aguas consiste en el campo o radio u órbita de acción y tuición que tiene sobre los diferentes derechos de aprovechamiento de sus miembros y las obras sometidas a su competencia, lo cual en el caso de las juntas de vigilancia, desde el punto de vista del territorio, será más extensa que el resto de las organizaciones de usuarios de aguas superficiales, pues abarcará toda la hoya hidrográfica, salvo la hipótesis de que su jurisdicción sólo comprenda una sección independiente de la corriente natural de la cuenca. En el fondo esta institución dice relación con aspectos de materia, territorio, obras, derechos de aprovechamiento y caudales de aguas, como de los conflictos que a partir de aquellos se origen y que son materia del conocimiento y resolución de una organización de usuarios de aguas.

Para el caso de las comunidades de aguas como de las de obras de drenaje o de desagüe en beneficio común como de las asociaciones de canalistas, en lo concerniente a la administración de los canales, distribución de las aguas y a la jurisdicción que con arreglo al artículo 244 del Código de Aguas, corresponde al

---

53 Para mayores antecedentes consultar lo prescrito en los artículos 194 y 195 del Código de Aguas.

54 Ver artículo 199 en armonía con lo establecido en el artículo 241 N° 6, ambos del Código de Aguas.

55 Dentro de la clasificación que el derecho Civil realiza de las cosas, se encuentran los bienes corporales y los incorporales. Dentro de estos últimos considera los derechos reales o personales. En ese entendido, el derecho de aprovechamiento de aguas es un bien incorporal.

56 Ver artículo 263 del Código de Aguas.

directorio sobre los comuneros, la jurisdicción se extenderá hasta donde exista comunidad de intereses, aunque sólo sea entre dos comuneros, no obstante, en lo referente a la administración de los canales y a la distribución de las aguas, podrán los estatutos estipular una menor extensión de sus atribuciones[57].

Respecto de las juntas de vigilancia, cabe distinguir entre aquellas cuyo territorio jurisdiccional abarca toda la cuenca hidrográfica de aquellas que solo lo constituye una sección natural que distribuye las aguas en forma independiente de las secciones[58] vecinas. En el primero de los casos, es posible presumir que esta organización de usuarios tendrá competencia, en nuestro país, desde la naciente de la cuenca hasta su desembocadura al mar, respecto de las segundas, su competencia lo será desde el nacimiento de la sección al término de ella.

Ahora bien, hemos señalado que la jurisdicción consiste en el radio de influencia que una organización tiene sobre los derechos de aprovechamiento de aguas

---

57 Ver artículo 200 del Código de Aguas. Cabe destacar que si bien es aplicable a las comunidades de aguas esta norma, también lo es respecto de las demás organizaciones de usuarios por aplicación de lo dispuesto en los artículos 255, 258 y 267, todos del Código de Aguas.

58 El tema del seccionamiento en contraposición del principio de la unidad de la corriente, excede con creces el ámbito de este trabajo. Para consultar de aquellos ver : Seda Mora, Mario: La personalidad jurídica y la constitución de las juntas de vigilancia" (en Hederra, Ana: tomo II, pp 19 – 23; en Figueroa del Río, Luis Simón : ídem nota N° 18, p 27; y en Vergara Blanco, Alejandro: "El principio de la unidad de la corriente en el derecho de aguas": Derecho de Aguas, tomo I, pp 239 - 256).

Sin perjuicio de lo anterior, respecto de las juntas de vigilancia y el seccionamiento de los ríos, resulta atendible tener presente que el es un hecho que se produce por la natural configuración hidrológica de nuestros cauces, lo que constituye una especial particularidad de ellos. Asimismo, el seccionamiento admite ser clasificado en natural y voluntario.

En cuanto al seccionamiento natural, es aquel que se produce a medida que el río comienza a descender desde su naciente al mar o desde una sección vecina, luego de haberse recuperado - en virtud del ejercicio que de los respectivos derechos de aprovechamiento que agotan en algún tramo el recorrido del curso de aguas, o bien por infiltraciones de las aguas superficiales hacia el subsuelo del cauce, quedando al descubierto su álveo. Luego, más abajo, la corriente natural se restablece como consecuencia de las filtraciones y afluencia de otras aguas, o por otras causas, constituyendo este hecho un nuevo cauce – algunos lo denominan un río distinto del resto de la cuenca - que es aprovechado por los interesados del sector en forma independiente, hasta que se agotan nuevamente el cauce o este desemboca al mar.

En cuanto al voluntario, el legislador reconoce el seccionamiento de los ríos hecho por los propios interesados y con anterioridad a la ley de aguas vigente, aún en el caso de que el se hubiera efectuado sin basarse en una ley que los autorizara, y siempre que distribuyan sus aguas en forma independiente de las secciones vecinas. Ahora bien, este tipo de seccionamiento puede deberse a que el que exista a la fecha de promulgación del Código de Aguas y en conformidad a las leyes anteriores, sección que se considera como corriente distinta para los efectos de la distribución, o bien, que el exista en una corriente natural en que se distribuyan sus aguas en forma independiente de las secciones vecinas de la misma corriente.

En relación con el seccionamiento de los ríos, cabe tener presente en general, además, que él está destinado a facilitar la distribución de los derechos de aprovechamiento de aguas de una manera independiente entre cada una de ellas, razón por la cual el legislador autoriza la constitución de tantas juntas de vigilancias como secciones existan en un cauce natural.

Ahora bien, el reconocimiento de secciones no es un impedimento para que según el tenor de la ley, esto es, de acuerdo al principio de la unidad hidrológica de la cuenca, las juntas de vigilancia operen en toda la cuenca, estableciéndose las especificidades de la distribución de cada una de ellas, cuando corresponda en los estatutos respectivos.

constituidos o que se constituyan o se incorporen a ella en el futuro, que escurren en una misma fuente natural o cauce artificial, según los casos señalados por el legislador, comprendiéndose en ella los ámbitos siguientes:

i) El ámbito territorial, esto es, la extensión de un territorio que cae bajo potestad de la junta de vigilancia, que puede ser toda la cuenca o una sección independiente del cauce o de otras secciones[59]; el acuífero, respecto de las comunidades de aguas subterráneas; área o espacio que ocupan las obras sometidas a su jurisdicción respecto de las asociaciones de canalistas y demás organizaciones..

Al respecto, cabe tener presente el principio general de que no es posible constituir una organización de usuarios si existe otra ya constituida en la obra común y que tenga la misma jurisdicción[60], salvo la circunstancia del caso de la asociación de canalistas respecto de las comunidades de aguas, como del caso de las juntas de vigilancia respecto de las asociaciones de canalistas y las comunidades de aguas, pues estas tienen jurisdicción en toda una cuenca u hoya hidrográfica o en una de sus secciones de la corriente natural[61].

Asimismo, el hecho del seccionamiento de los ríos, en parte también constituye una excepción a dicho principio, en cuanto en una misma cuenca pueden coexistir más de una junta de vigilancia. Finalmente, encontramos también excepción, en el caso del artículo 207 del Código de Aguas, en que dos o más miembros de la organización extraen sus aguas en común por un mismo dispositivo, se constituyan en una comunidad de aguas independiente, asociación de canalistas o en cualquiera otra organización que convengan, cuestión que da lugar, entre otros efectos, a los previstos en el artículo 85 del Código de Aguas.

---

[59] Cabe tener presente que el principio general en esta materia es que la junta de vigilancia tiene jurisdicción en toda una cuenca u hoya hidrográfica, lo cual se desprende de lo dispuesto en los artículos 3° y 263 del actual Código de Aguas, de manera que el seccionamiento de una corriente natural, constituye la excepción tanto en cuanto a la posibilidad que ella exista como a la eventualidad que se pueda constituir una junta de vigilancia como a su competencia territorial.

[60] Ver inciso quinto del artículo 188 del Código de Aguas.

[61] En relación con el ámbito territorial de la jurisdicción de una junta de vigilancia, resulta pertinente concluir que el abarca desde la naciente hasta la desembocadura de la corriente natural, esto es, en toda la extensión de la cuenca, o bien, desde el inicio de una de sus sección hasta su termino, cuando respecto de él ha operado su seccionamiento. Es decir, en un principio, no resulta atendible suponer que la competencia territorial de una junta de vigilancia sea diversa a la cuenca o a la sección respectivamente, pues con ello ninguna área o zona del río quedaría como un terreno de nadie o sin la competencia de una determinada junta de vigilancia.

Lo anterior, es sin perjuicio de que los estatutos de una junta de vigilancia determinada declare que su jurisdicción comienza donde se ubica la bocatoma del primer canal o primer derecho de aprovechamiento sometido a su competencia, y que ella, además, concluye aguas abajo de la última de las captaciones sometidas a su competencia.

En consecuencia, es posible sostener con arreglo a derecho, que la primera bocatoma sometida a la jurisdicción de una junta de vigilancia puede encontrarse ubicada aguas abajo en varios metros o kilómetros de la naciente de la cuenca o de la sección, respectivamente, como así también, su término puede encontrarse aguas arriba varios metros o kilómetros donde se termine física o territorialmente la sección o la cuenca, según sea el caso. En razón de lo anterior, puede suceder que el territorio jurisdiccional de una junta de vigilancia no abarque toda la cuenca o la sección respectiva, siendo lo normal que ella si lo abarque.

ii) El ámbito de los cauces de las aguas, esto es, el álveo[62] o el canal[63] por el cual escurren las aguas superficiales, o el acuífero o pozo[64] respecto de las subterráneas, a que tienen derecho los miembros de la organización.

iii) El ámbito de las aguas, esto es, los diversos caudales de recursos hídricos que se encuentran sometidos a su administración y distribución, como lo son las aguas superficiales o subterráneas, las aguas corrientes o las detenidas, entre otras a que tienen derecho los miembros de la organización en atención a su calidad de titulares de derechos de aprovechamiento.

iv) El ámbito de los derechos de aprovechamiento de aguas, que son precisamente la esencia del quehacer de este tipo de organización, y que comprende a los derechos que se hayan incorporado a su competencia, cuyos caudales debe distribuir por las obras comunes.

v) El ámbito de la explotación y conservación de las obras necesarias para la distribución y el aprovechamiento común y particular de sus interesados.

En fin, la jurisdicción de una organización de usuarios de aguas abarca diversas materias, la cuales por la importancia que algunos de sus miembros le otorgan al tema de la distribución de las aguas quedan otras en el olvido o en la inacción o falta de atención por parte de la organización o sus órganos, a pesar que ellas se encuentran en directa relación con el o los motivos por los cuales sus miembros han decidido formarla y para lo cual, además, han designado un órgano administrador que vele por sus intereses debidamente declarados y contenidos en los estatutos respectivos o en la Ley de Aguas vigente.

Por lo anterior, resulta atendible que la organización respetando el orden jurídico persiga y enlace los objetivos específicos con la institucionalidad que se ha dado, de manera de efectuar las debidas acciones, implementar las instrucciones o las sanciones que sean del caso adoptar para alcanzarlos.

2.h.- Del patrimonio:

El tema del patrimonio[65] está asociado a la existencia de una persona natural o jurídica, es uno de sus atributos. En ese entendido, respecto de las comunidades de

---

62 Ver artículo 30 del Código de Aguas, respecto del cauce natural de una corriente de uso público, y artículo 35 de ese mismo Código, respecto de los lagos, lagunas, pantanos y demás aguas detenidas.

63 Ver artículo 36 del Código de Aguas.

64 Respecto de estos cauces naturales o artificiales, el Código de Aguas contempla definiciones legales. En cuanto a las palabras pozo y acuífero habrá que recurrir a aquellas que establecen los que profesan la respectiva ciencia o arte, o, en su defecto, aquellas contenidas en otras leyes, pues el Código de la especialidad no las define, de acuerdo a las normas de interpretación de la ley establecidas en los artículos 21 y 22 del Código Civil.

aguas[66] como las de obras de drenaje y desagüe en beneficio común[67] aparece que ello no es posible, pues ellas carecen de personalidad jurídica[68], a diferencia de lo que ocurre con las asociaciones de canalistas y las juntas de vigilancia.

Asimismo, cabe tener presente, que este conjunto universal de bienes que tiene un valor pecuniario está sometido al arbitrio y sola voluntad de su titular, y que cada persona no tiene más que uno de ellos. En ese entendido, lo que decidan cada junta general ordinaria o extraordinaria, constituirá la expresión de esa voluntad a la cual los demás órganos de la organización deberán estarse, en el entendido que acordada legalmente es obligatoria para todos los miembros de la organización.

En cuanto al patrimonio de una organización de usuarios, pertinente es señalar que el es absolutamente independiente de aquel de que son titulares los miembros de esta, pues las organizaciones, en especial, aquellas que tienen personalidad jurídica tiene su existencia y su funcionamiento en forma independiente de los individuos que las componen, establecen o administran. En fin, existe y debe existir en sus aspectos contables, de administración y cualquier otro, la precisión de una absoluta separación de los patrimonios.

Ahora bien, los bienes que forman parte de una organización de usuarios están constituidos por aquellos que provienen de los recursos pecuniarios o de otra naturaleza que aporten los miembros de aquella, el producto de las multas, los bienes que adquieran a cualquier título para fines de la organización[69], incluidos los frutos[70] o intereses[71] que se devenguen[72].

Cabe destacar que los derechos de aguas de que son titulares sus miembros no son bienes de la organización sino que solamente tienen respecto de ellos la administración así como las obras que están sometidas a la jurisdicción y por las cuales

---

65 Pueden señalarse diversos concepto de patrimonio, pero hacemos nuestro solo para estos efectos aquel que señala que corresponde al "conjunto de derecho y obligaciones apreciables en dinero" según Claro Solar, Luis "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado"(Santiago de Chile, 1927, Tomo V, p 509).

66 Cabe destacar que en el actual proyecto de modificación del Código de Aguas que se encuentra a la fecha en sus trámites finales en el Congreso Nacional, se establece que las comunidades de aguas gozarán de personalidad jurídica, precisamente como una forma de contribuir a su fortalecimiento y para que éstas puedan actuar, en especial, con mayor facilidad ante las instituciones del sistema financiero nacional, por ejemplo.

67 Salvo que se constituyan como una asociación de canalistas de acuerdo a lo previsto en el artículo 261 del Código de Aguas.

68 La actual modificación del Código de Aguas, aún pendiente a la fecha en el Congreso Nacional, precisamente contiene norma por la cual a las comunidades de aguas se les conferirá personalidad jurídica, nada en cambio se establece para las comunidades de drenaje o desagüe en beneficio común.

69 Ver artículo 201 del Código de Aguas. En todo caso, esta misma norma, el artículo 260 de ese ordenamiento, la transcribe textual para el caso del patrimonio de las asociaciones de canalistas.

70 Ver artículos 644, 645 y 646 del Código Civil.

71 Ver artículos 647 y 648 del Código Civil.

72 Ver artículo 241 N°13 del Código de Aguas.

se captan, conducen, almacenan y distribuyen las aguas[73], salvo la hipótesis que una junta de vigilancia o una asociación de canalistas, como personas jurídicas distintas de la de los miembros que la forman, sea titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, caso en el cual éste como el resto de los derechos de aprovechamiento sometidos a la jurisdicción de la organización deben ser tratados de la misma manera.

En relación a los recursos pecuniarios, esto es, los aportes en dinero ellos provienen de las cuotas que los miembros de la organización deben anualmente contribuir para financiar el presupuesto a fin de solventar los gastos ordinarios y extraordinarios para el período de un año.

Así, las cuotas pueden ser de carácter ordinario, esto es, aquellas que están destinadas a financiar los gastos comunes que se realizan en las actividades ordinaria de la organización como son entre otras, los derivados de las limpias, construcción, mantención, conservación y reparación de las obras destinadas a la , como los gastos de administración y las remuneraciones del directorio y de los demás miembros o empleados como contador o celadores[74]; en cambio, las cuotas extraordinarias corresponden a aquellos aportes destinados a atender gastos imprevistos u obras o acciones especiales.

Respecto a la cuantía de unas u otras cuotas, la ley no señala valor[75], pero que respecto de ellas serán distintas en su cuantía tanto respecto de cada una de ellas como de los miembros de la organización, pues generalmente se encuentran en relación al número de acciones de que son titulares sus miembros. En todo caso, de acuerdo a lo previsto en el N°11 del artículo 241 del Código de Aguas, el directorio o administrador, en su caso, puede aumentar hasta en un treinta por ciento en el año, las cuotas ordinarias o extraordinarias, cuando aparezca de manifiesto que las fijadas en junta general ordinaria fueren insuficientes para el buen funcionamiento de la comunidad; establecer cuotas especiales para hacer frente a gastos imprevistos que no puedan ser cubiertos con las reservas acumuladas. En todo caso dará cuenta en junta extraordinaria que deberá citar en el mas breve plazo.

En lo relacionado con las multas, cabe tener presente que ella es materia que siendo de competencia del directorio o administradores en su caso, su valor no puede exceder de 10 unidades tributarias mensuales (UTM)[76], las que deberán estar

---

73 Ver artículo 202 del Código de Aguas.

74 Ver artículo 241 N° 18 del Código de Aguas.

75 Es materia de la junta general ordinaria no tan solo aprobar el presupuesto de gastos ordinarios o extraordinarios por el periodo de un año, sino que debe fijar el valor de la cuota ordinaria como de la extraordinaria que debe erogar cada uno de los miembros para cubrir esos gastos. A falta de acuerdo que apruebe el presupuesto y cuantía de aquellas, rige el anterior reajustado según la variación que haya experimentado el índice de precios al consumidor (IPC), según lo dispone el N° 2, del artículo 226 del Código de Aguas. Para el caso de las juntas de vigilancia, hay norma especial respecto de los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio eventual que se contempla en el inciso final del artículo 276 de ese mismo Código

76 Ver artículo 241 N° 12 del Código de Aguas.

establecidas con estricto apego a las normas constitucionales, legales y a las que los estatutos hayan contemplado en su caso.[77]

2.i.- <u>Del domicilio</u>:

El Código Civil define legalmente al domicilio como la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella"[78], agregando que el domicilio civil es relativo a una parte determinada del territorio del Estado[79].

Ahora bien, el Código de Aguas establece para las comunidades de aguas que su domicilio será la capital de la provincia en que se encuentre la obra de entrega o la bocatoma del canal principal, salvo que los interesados acuerden por mayoría de votos de acuerdo a las reglas del artículo 222, uno distinto[80]. Esa misma regla es aplicable a las asociaciones de canalistas. En cambio, para las comunidades de obras de drenaje o desagüe en beneficio común, el domicilio será aquél que acuerden los interesados por mayoría de votos[81]. Por su parte, para el caso de las juntas de vigilancias, el domicilio será la capital de la provincia donde se constituyó judicialmente en conformidad al artículo 271, salvo que los interesados, por mayoría de derechos de aguas, acuerden otro distinto[82].

En fin, el domicilio es uno de los elementos fundamentales de las organizaciones de usuarios, razón por la cual si este se modifica de manera absolutamente diversa a aquél que está establecido en los estatutos deberá modificarse aquellos con los inconvenientes que ello origina. Ante tal circunstancia, aparece de manifiesto que el domicilio de una organización, cumpliendo el sentido de que otorga con precisión una parte determinada del territorio del Estado, como lo es una capital de provincia o una comuna determinada, debe entenderse que tal designación - aún cuando genérica - basta desde la legalidad para darlo por cumplido, y no llegar a la exigencia de designar una predio o una calle y numeración determinada, como lo es la dirección de la sede institucional, la que puede variar tantas veces como sea necesario en el curso de la vida de la organización.

---

77 Tener presente, en todo caso, lo dispuesto en el artículo 6, inciso segundo, 19 N°s 2, 3, 4 y 7, de la Constitución Política, y artículos 244 y siguientes del Código de Aguas.

78 Ver artículo 50 del Código Civil.

79 Ver artículo 61 del Código Civil.

80 Ver inciso final del artículo 198 del Código de Aguas.

81 Ver artículo 254 del Código de Aguas.

82 Ver artículo 273 del Código de Aguas.

2.j.- <u>De la extinción:</u>

Así como existe una causa o varias para crear, constituir y organizar una organización de usuarios de aguas, hay aquellas que le ponen termino, entre las cuales hay algunas establecidas en forma expresa por el Código de Aguas y, otras, es posible de inferir del resto del ordenamiento legal.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe destacar que si de acuerdo con los motivos que ilustran tanto el ánimo de formar organización como al principio de la autonomía de la voluntad, los titulares de los respectivos derechos de aguas acuerdan la existencia, constitución y funcionamiento de una organización de usuarios, en nada obsta, en nuestro parecer, que fundados en esos mismos ánimo y principio, puedan ponerle término, lo cual es sin perjuicio de los mayores o menores inconvenientes que tal acuerdo[83] conlleve respecto del ejercicio de sus derechos de aprovechamiento de aguas, en forma individual.

Ahora bien, en cuanto a las causales legales de termino de una organización de usuarios, el Código de Aguas respecto de las comunidades de aguas dispone que ella termina por la reunión de todos los derechos de aguas en manos de un mismo dueño, es decir, que en el fondo los derechos que se ejercían por una mismas obras[84] en las cuales la comunidad tenía competencia para administrar, distribuir las aguas y ejercer jurisdicción con arreglo al artículo 244, deja de existir por cuanto no existe comunidad de intereses ya que no hay a lo menos dos comuneros[85].

En relación con las comunidades de obras de drenaje o de desagüe en beneficio común, nada dice la Ley de Aguas respecto a causales de extinción de este tipo de organización. A pesar de lo anterior y de acuerdo a lo establecido en el artículo 255 del Código de Aguas, en la medida que se acredite que no exista comunidad de intereses, y, por tanto, no existen a lo menos dos beneficiarios o personas que aprovechen las obras de los sistemas respectivos, somos de la opinión que estas comunidades deberían extinguirse, lo cual requerirá que tal hecho se haga constancia por el o interesados.

Respecto a una asociación de canalistas, la ley consagra como causales de su termino, el hecho de que se produzca la reunión de todos los derechos de agua en manos de un mismo dueño y las causales que indiquen los estatutos[86], las cuales en

---

[83] Somos de la opinión que este acuerdo debe estar conformado por la totalidad de los miembros de la organización, el cual es más, debe ser unánime, pues aquí esta en juego la posibilidad de gravar o causar lesión a un atributo del derecho de dominio que se tiene sobre el bien incorporal denominado derecho de aprovechamiento de aguas, lo cual se traduce, en definitiva, en la imposibilidad temporal de ejercer el derecho de aguas en tanto no se cuente con las obras para ello, para lo cual es previo, la constitución de las servidumbres que corresponda u obtener el ingreso a otra organización de usuarios, entre otras, sin perjuicio, de que en su caso, deberá hacerse uso de alguno de los procedimientos previstos en el Código de Aguas como son el cambio de punto de ejercicio o captación del derecho de aprovechamiento, en su caso, o la construcción o modificación de bocatoma, por ejemplo.

[84] Ver artículo 250 del Código de Aguas.

[85] Ver artículo 200 del Código de Aguas.

todo caso no podrán establecer condiciones o requisitos que entre otros graven o causen agravio, detrimento o pongan en peligro garantías o derechos fundamentales consagrados en la Constitución o en la ley, como que de alguna manera vayan en contra de la esencia y naturaleza misma de la organización de usuarios[87].

En el caso de las juntas de vigilancia, la Ley de Aguas no contempla expresamente causales de termino de este tipo de organización, razón por la cual es posible colegir a la luz de las normas vigentes del estado de derecho que ellas podrán ser todas aquellas que sean compatibles con su naturaleza y esencia, en la medida que no se afecten los derechos fundamentales que la Carta Política consagra a toda persona o la ley estable y regla[88].

Sin perjuicio de lo anterior, pertinente es dejar constancia de la existencia de una causal de extinción especialísima[89] de una junta de vigilancia, pues de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 265 del Código de Aguas, esto es, cuando se planifiquen o construyan obras de embalse, trasvase o que constituyan campos de captación de aguas subterráneas, destinadas a regular el régimen de una corriente, el Presidente de la República podrá establecer, modificar o suprimir el seccionamiento de ella, con el objeto de obtener un mejor aprovechamiento de las aguas, sin perjuicio de los derechos adquiridos. De manera que aquellas organizaciones que, en virtud de lo establecido en el artículo 264 de ese mismo Código, se habían organizado como juntas de vigilancia para los efectos de distribuir las aguas en forma independiente de las secciones vecinas de la misma corriente, pueden carecer del fundamento legal que las autorizaba para constituirse en tales y, por tanto, deben terminar su existencia legal, cuestión, que por lo demás, en nada afecta los derechos de aguas de los miembros de dicha organización pues ellos deberán necesariamente formar parte de la junta que tiene jurisdicción dentro del cauce o de su sección, en su caso, desde donde estos tienen la potencia jurídica de ejercer sus derechos de aguas.

3.- <u>DE LOS TIPOS DE ORGANIZACIONES DE USUARIOS</u>:

En el desarrollo de este trabajo hemos señalado las diversas organizaciones de usuarios que el Código se encarga de tipificar y reglar, pero con el propósito de su sistematización respecto de su ubicación dentro de una clasificación, es posible distinguir tipos de organizaciones, atendiendo a las naturaleza de las aguas, esto es, aguas superficiales (a) o subterráneas (b). Bien podrían intentarse otras ordenaciones

---

86 Ver artículo 262 del Código de Aguas.

87 Respecto de este tema, oportuno es tener presente las causales por las cuales se podría poner termino a la personalidad jurídica de este tipo de organización, razón por la cual el examen de los estatutos por las autoridades y órganos competentes deberá ser exhaustivo al momento de la constitución de ella o en la revisión de las modificaciones que se pretendan efectuar a los estatutos.

88 En este sentido tenemos presente lo expresamente dispuesto en el inciso segundo del artículo 6 de la Constitución Política de la República.

89 Sólo daremos noticias sobre esta causal, pues su análisis excede el marco del presente trabajo.

en vista a otros criterios[90], pero el criterio propuesto es aquel que de alguna manera sigue el propio Código de Aguas como también lo es el que contempla la doctrina nacional de acuerdo a las legislaciones anteriores.

3.a.- <u>De las organizaciones de usuarios de aguas superficiales</u>:

Dentro de este gran tipo de organizaciones de usuarios que aprovechan aguas superficiales[91] podemos distinguir aquellas cuya jurisdicción lo es respecto de toda la cuenca o una parte de ella o sección de una misma corriente, como son las juntas de vigilancia (i); aquellas que captan las aguas de los derechos de aprovechamiento de sus miembros por un mismo canal o embalse desde un cauce natural, como lo son las asociaciones de canalistas (ii); las que captan las aguas en un mismo canal o embalse o de que usan en común la misma obra de captación desde un cauce natural a que tienen derecho sus miembros, como lo son las comunidades de aguas (iii); o bien, aquellas que aprovechan obras de drenaje o desagüe en beneficio común (iv).

3.a.i.- <u>La junta de Vigilancia</u>:

En una manera muy general, podemos señalar que la junta de vigilancia es aquella organización de usuarios con personalidad jurídica que aprovecha o capta las aguas de los derechos de aprovechamiento de aguas de sus miembros desde una misma cuenca u hoya hidrográfica o de una de sus secciones de dicho cauce natural.

Haciendo hincapié en su objeto, se puede definir a la junta de vigilancia como la " encargada de distribuir las aguas de los ríos de acuerdo con los derechos de cada uno de los canales que extraen sus aguas desde él. Los derechos de agua que se extraen pueden ser permanentes o eventuales, consuntivos o no, y la junta agrupa por igual a todos ellos"[92].

Desde la calidad jurídica de este tipo de organización, se entiende precisamente por tal, a las "personas jurídicas de derecho privado, aprobadas por el Presidente de la República, destinadas a regularizar[93] el ejercicio de los diferentes derechos de

---

90 Otro criterio para distinguirlas podría ser aquellas que tienen personalidad jurídica de aquellas que no lo tienen, o bien, atendiendo al tipo de cauce: hoya hidrográfica, cauce natural, canal, acuífero, etc.

91 Estas son aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes y detenidas, las primeras, las que escurren por cauces naturales o artificiales, y, las segundas, las que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses. Consultar en este sentido el artículo 2° del Código de Aguas.

92 Según Peralta Toro, Fernando: "Ideas para la discusión de una política de riego, su aplicación en el caso de Chile" (Ediciones Tacora Ltda, no hay referencia al año y número de edición), p 69.

93 Según el autor de esta definición, regularizar es "el hecho de que las aguas de los diversos derechos de aprovechamientos constituidos en conformidad a la ley y conducidos por una misma corriente natural, son administrados, conservados y distribuidos dentro de un nivel equitativo – proporcional a los diferentes derechos -, dentro de un plano armónico, tendiente a lograr un aprovechamiento integral y pacífico de las aguas a que tienen derecho los diversos interesados", en Seda Mora, Mario: "La personalidad jurídica y constitución de las juntas de vigilancia" en Hederra D., Ana "Comentarios al Código de Aguas,", Idem nota N°17, tomo 2, p 23.

aprovechamientos constituidos sobre una misma cuenca u hoya hidrográfica o sobre una misma sección independiente de la corriente natural"[94]

En definitiva, este tipo de organización de usuarios es aquel cuerpo intermedio de la sociedad, con personalidad jurídica de derecho privado, que tiene por objeto la distribución de las aguas de una misma cuenca o de una de sus secciones independientes, de acuerdo a los títulos de los derechos de aprovechamiento de sus miembros o a prorrata de aquellos de acuerdo al caudal en períodos de escasez, como a las facultades de administrar y resolver los conflictos, autorizar ciertas obras, y, en definitiva, realizar todas aquellas acciones tendientes al mejor aprovechamiento de las aguas, señalados en la ley o en los estatutos.

3.a.ii.-<u>La asociación de canalistas</u>:

Es aquella organización de usuarios con personalidad jurídica en que dos o más personas aprovechan o captan las aguas de sus derechos de aprovechamiento por un mismo canal o embalse desde un cauce natural o artificial.

En cuanto a su objeto y a su calidad jurídica, encontramos señas similares a las juntas de vigilancias, variando aspectos de jurisdicción y naturaleza del cauce.

En fin, estas organizaciones de usuarios son aquellos cuerpos intermedios de la sociedad, con personalidad jurídica de derecho privado, que tiene por objeto la distribución de las aguas de una misma cuenca o de una de sus secciones independientes, de acuerdo a los títulos de los derechos de aprovechamiento de sus asociados o a prorrata de aquellos de acuerdo al caudal en períodos de escasez, administrar y resolver los conflictos, autorizar ciertas obras, y, en definitiva, realizar todas aquellas acciones tendientes al mejor aprovechamiento de las aguas, establecidos en la ley o en los estatutos respectivos.

3.a.iii.- <u>La comunidades de aguas</u>:

Son estas organizaciones de usuarios sin personalidad jurídica en que dos o más personas tienen derechos de aprovechamiento de aguas en un mismo canal o embalse o de que usan en común la misma obra de captación desde un cauce natural a que tienen derecho sus miembros de acuerdo a los títulos de sus derechos de aprovechamiento de aguas.

Este tipo de organización, en cuanto al motivo que las causa, puede conceptualizarse como no más que el hecho de que dos o más personas tomen agua de una fuente natural por una misma bocatoma y la introduzcan por un mismo canal[95],

---

94 Seda Mora, Mario, ídem Nota N°93, tomo 2, p 24.

95 Según Figueroa del Río, Luis Simón: ídem Nota N° 18, p 105.

de manera que a partir del reconocimiento de su existencia es posible distinguir los derechos de aguas como sus titulares y las obras sometidas a su jurisdicción.

En fin, es aquel cuerpo intermedio con personalidad jurídica de derecho privado, que tiene por objeto la distribución de las aguas que ingresan, se conducen o se acumulan por una misma obra artificial, de acuerdo a los títulos de los derechos de aprovechamiento de sus miembros o asociados o a prorrata de aquellos de acuerdo al caudal matriz que escurre en períodos de escasez, administrar y resolver los conflictos, autorizar ciertas obras, y, en definitiva, realizar todas aquellas acciones tendientes al mejor aprovechamiento de las aguas, de acuerdo a como regla la ley o sus estatutos.

3.a.iv.- **<u>La comunidad de obras de drenaje o de desagüe</u>:**

Son aquellas organizaciones de usuarios sin personalidad jurídica por las que dos o más personas aprovechan obras de drenaje o desagüe en beneficio común.

En especial, una comunidad de drenaje es un "organismo que agrupa a todos los usuarios que vierten sus sobrantes y /o excesos de aguas subterráneas en un mismo cauce"[96].

Al respecto, cabe precisar que tal definición no es absolutamente propia, pues esta comunidad se forma, en nuestra opinión, cuando dos o más personas utilizan un mismo sistema de obras para desaguar terrenos pantanosos o vegosos y deprimir los niveles freáticos cercanos a la superficie de sus propiedades, de manera que se puedan aprovechar o no las aguas provenientes del mismo, antes de que estas se viertan a un cauce natural o artificial, sin perjuicio del beneficio que con ello se obtenga al liberar al suelo de la humedad excesiva y hacerla por ello más apta para la producción agrícola u otra.

En cambio, una comunidad de desagüe en beneficio común es aquella organización por la cual dos o más personas aprovechan unas mismas obras con el objeto de verter y conducir los sobrantes o excedentes de las aguas, fuera del sector o zona de aprovechamiento de las mismas, para depositarlas en un cauce natural o artificial.

Este tipo de organización de aguas superficiales también se puede constituir como una asociación de canalistas de acuerdo a lo prescrito en el artículo 261 del Código de Aguas, razón por la cual, en este caso, gozarán de personalidad jurídica con todos los beneficios que ello conlleva.

Cabe destacar que este tipo de organización es de creación y regulación reciente, pues antes del Código de Aguas vigentes ellas no tenían existencia legal[97].

---

96 Según Peralta Toro, Fernando: ídem Nota 92, p 71.

97 En este mismo sentido, Peralta Toro, Fernando: ídem Nota N° 92, p 71.

3.b.- <u>De las organizaciones de usuarios de aguas subterráneas</u>:

La legislación vigente sólo contemplan que respecto de las aguas subterráneas[98] procedan las comunidades de aguas, las que podemos conceptualizar como aquellas organizaciones de usuarios sin personalidad jurídica, que usan en común la misma obra de captación de aguas subterráneas a que tienen derecho sus miembros de acuerdo a los títulos de sus derechos de aprovechamiento con un determinado acuífero.

Estas comunidades pueden nacer a la vida jurídica como consecuencia de la voluntad unánime o solo de algunos de sus titulares, como ser constituidas forzadamente como es el caso de aquella que nace como consecuencia de la declaración de área de restricción[99] que el Código de Aguas establece como una de las limitaciones respecto de la explotación de las aguas subterráneas. Cabe destacar, asimismo, que a la fecha se ha constituido y declarado organizada alguna de este tipo de organización de usuarios, y, en todo caso, algunas como consecuencia de haberse declarado áreas de restricción en el país[100].

Finalmente, aparece necesario fomentar este tipo de organización como, además, proceder a su integración a las juntas de vigilancias de la cuenca o de una de sus secciones, en su caso, pues esto contribuye no tan solo a una mejor gestión en las aristas de cantidad y calidad del recurso sino que a un debido resguardo de los derechos asociados a las aguas, y a un manejo integrado, con todos los actores usuarios de aguas dulces debidamente identificados y participando en el futuro de la cuenca respectiva.

---

98 Son éstas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas, de acuerdo a lo prescrito en el inciso final del artículo 2° del Código de Aguas.

En todo caso, cabe precisar que la clasificación de aguas superficiales o subterráneas que efectúa el Código de Aguas, es en atención a su origen, tal como por lo demás lo considera respecto de las aguas marítimas o lluvias.

En ese sentido, no obstante que las aguas subterráneas son extraídas – por la mano del hombre – desde su continente (acuífero) no mudan por tal hecho su calidad, por ejemplo, en superficiales, cuestión que si difiere cuando ello tiene su causa por hecho de la naturaleza, así el caso de las aguas de vertientes que pasan a dar lugar a la formación de un cauce de corriente natural de origen no pluvial continuo o discontinuo, de manera que su punto de captación estará ubicado en algunas de sus riberas y no en un punto determinado del eje de la obra de captación que en el sentido vertical intercepta al acuífero, a un altura (profundidad) más o menos precisa medida desde el nivel del suelo.

99 El artículo 65 del Código de Aguas define a las áreas de restricción como aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él. Agrega dicha normas que la declaración de área de restricción la efectuará la Dirección General de Aguas a petición de cualquier usuario del respectivo sector, sobre la base de los antecedentes históricos de explotación de sus obras de captación, que demuestren la conveniencia de restringir el acceso al sector. Esta norma debe ser concordada con las establecidas en los artículos 27 a 31 de la Resolución de la Dirección General de Aguas N°186, de 11 de marzo de 1996, que fue publicada en el Diario Oficial de fecha 15 de marzo de l996.

100 Cabe destacar que constituye uno de los efectos propios de la declaración de área de restricción, existe la posibilidad de constituir en calidad de provisionales derechos de aprovechamiento de aguas, tal como por lo demás lo disponen los artículos 66 y 67 del Código de Aguas y 30 de la Resolución DGA N° 186, de l996.

En este contexto, somos de la opinión[101] que precisamente las organizaciones de usuarios deberían asumir la acción que en las zonas geográficas y en su entorno donde ejercen su jurisdicción, se creen las organizaciones de usuarios de aguas subterráneas, y, que, en su oportunidad, estas se integren a las juntas de vigilancias respectivas.

3.c.- <u>De cualquier otro tipo de sociedad</u>:

El Código de Aguas vigente, en su artículo 186, señala que en virtud de los hechos que describe, esto es, si dos o más personas tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo cauce artificial o usan una misma obra en común, pueden reglamentar o constituirse además de una comunidad de aguas, de una asociación de canalistas o junta de vigilancia, en cualquier tipo de sociedad sin especificar o dar noticias de lo que ello comprende[102].

A lo anterior, debe tenerse presente, además, como es de público conocimiento, que dicho cuerpo normativo carece de la historia fidedigna de su establecimiento[103], razón por la cual hay que interpretar dicha disposición de acuerdo a las reglas generales que describen las normas respectivas del derecho común.

En ese contexto, será posible que los usuarios de aguas se puedan dar[104] con arreglo a derecho y al principio de la autonomía de voluntad, cualquier tipo de organización sea que tenga personalidad jurídica o no, tanto en cuanto el fin que se persigue con ella sea concordante con el objeto contenido en la norma legal antes citada, es decir, tomar las aguas a que tienen derecho sus miembros, repartirlas entre ellos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, conducción, almacenamiento o cualquiera otra que tienda y sea necesaria para el aprovechamiento de los recursos hídricos entre ellos.

---

101 Esta se funda en que en el futuro próximo la gestión del recurso debe contemplar tanto a las aguas subterráneas como a las superficiales, dado su interconexión claramente determinada en las cuencas del país, lo cual se agrava en épocas de extrema sequía, o como consecuencia de una explotación intensiva y permanente de las captaciones respectivas, entre otros conflictos o problemas que debe afrontar la gestión integrada de los recursos hídricos por cuencas

102 En ese contexto, el Reglamento del Catastro Público de Aguas, contenido en el Decreto Supremo MOP N° 1.220, de 1997, publicado en el Diario Oficial de 25 de julio de l998, si bien contempló, en su artículo 7, letra f), entre los seis libros que comprende el Registro Público de Organizaciones de Usuarios, el de otras sociedades a las que se refiere el artículo 186 del Código de Aguas, no indicó las menciones de carácter imperativo que requieren este tipo de organizaciones, razón por la cual aparece necesario que en una futura perfección de dicha normativa reglamentaria se contemplaran noticias y antecedentes a su respecto.

103 Sin perjuicio de esta circunstancia, ver "Actas del Consejo de Estado para la Nuevas Constitución Política, en materia de aguas terrestres" (Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. I, 1990, pp 225-226), y "Actas de la Comisión Constituyente de la Carta Política de l980" (Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. I, año l990, pp 227 – 259).

104 En este orden de ideas, es necesario tener presente el principio de la libertad de asociación, razón por la cual deberá tenerse presente tanto los hechos y efectos de la afiliación como los de la desafiliación. En ese sentido, ver Neumann M., Christian: Nota N° 25.

En esa perspectiva, podemos pensar en una Confederación de Juntas de Vigilancias de una hoya hidrográfica determinada en que existe seccionamiento de la misma, o en una más genérica, como lo sería una en que se reúnan a todos los titulares de derechos de aguas, tanto superficiales como subterráneas de una misma cuenca. De manera más específica, se puede considerar una sociedad[105] de prestación de servicios a terceros, la cual podrá tener como objeto la administración o la gestión financiera o contable de una organizaciones de usuarios de aguas, de construcción, reparación, limpieza, conservación y otros aspectos relacionados con las obras sometida a la jurisdicción de una o más organizaciones de usuarios que la conforman, o bien una empresa dedicada a la capacitación de los miembros en materias relacionadas con técnicas y sistemas que tiendan a un mejor empleo del agua, por ejemplo, o vinculada directamente a los objetos propios de una organización de usuarios.

Sin embargo, de acuerdo a otros cuerpos legales, siempre los usuarios de aguas, entendidos aquellos tanto los propios titulares de los derechos de aprovechamiento como por las organizaciones que los representen[106], podrán constituirse en otro tipo de organizaciones o conformar alguna existente, en virtud de lo establecido en los artículos 1°, inciso tercero, 6, 7 y 19 N°15, entre otros, de la Constitución Política de la República. En ese entendido pueden quedar comprendidas la actual Confederación de Canalistas de Chile como la Confederación del Río Aconcagua[107].

No obstante lo anterior, dado que las organizaciones de usuarios regladas por el Código de Aguas no persiguen fines de lucro per se[108] sino los que la ley se encarga de señalar, hay presente la necesidad de determinar si ellas lo pueden perseguir.

---

105 Pensamos que ésta puede ser una organización civil o comercial según realice actos de comercio o no, y, por tanto, estará reglada además por la ley civil o comercial, en su caso.

106 De acuerdo a lo establecido en el artículo 240 del Código de Aguas, las organizaciones de usuarios que reglamenta ese cuerpo legal, actúan representadas en el orden judicial como extrajudicial por el presidente del directorio o quien haga sus veces, teniendo en el ámbito judicial las facultades y en la forma que prescribe el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil. De las organizaciones no regladas por la Ley de Aguas, deberá estarse a sus estatutos o a lo dispuesto en la ley especial que las rijan.

107 Cabe tener presente que este tipo de organizaciones que más bien tienen que ver con elementos asociativos gremiales, están más distantes del sentido y alcance de la norma legal para ser consideradas dentro de cualquier tipo de sociedad. Además, por los conceptos de interés, reivindicaciones y autonomía, este tipo de organizaciones más bien no se ven sometidas a las facultades que la autoridad competente tiene respecto de las organizaciones regladas por Código de Aguas, como a desperfilarse de su calidad de grupo de interés o de presión, en su caso, que han fortalecido en busca de su propio posicionamiento dentro del quehacer institucional de la gestión de los recursos hídricos en el país, circunstancia, que por lo demás, dejamos constancia "como un hecho de la causa".

En todo caso, para claridad de lo dicho en cuanto a grupo de interés o de presión, en su caso, ver Neumann Manieu, Christian: "Reflexiones en torno a la politicidad de los grupos de interés" (Revista Política, del Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Chile, N°30, Santiago de Chile – Noviembre, 1992, pp 243 –272).

Para mayor precisión, en todo caso, tener presente lo establecido en el artículo 23 de la Constitución Política de la República, como en el artículo 52 de la Ley N° 18.603, de 11 de marzo de 1987, publicada en el Diario Oficial de 23 de marzo de 1987.

108 En este sentido consultar en Figueroa Tagle, Gonzalo: "Las Asociaciones de Canalistas", en Hederra D., Ana: "Comentarios al Código de Aguas". ídem Nota N°17, tomo I, p 344.

En ese sentido, podemos sostener que la Ley de Aguas vigente persigue que tanto la estructura, el objeto, los motivos y, en fin, los estatutos de las organizaciones que se constituyen conforme a sus normas, cumplan las disposiciones legales respectivas, pero no establece prohibición, a lo menos expresamente, de que conjuntamente con cumplir esa legalidad la organización en su objeto y estructura pueda contemplar la posibilidad de obtener en su existencia y funcionamiento lucro[109], pues es válido a la luz de la legislación vigente que la afectio societatis, ánimo que tienen en vista sus miembros, por lo demás lo pueda contemplar[110].

En efecto, casi sin pensarlo o bien deseándolo, el legislador del actual Código de Aguas pudo concebir la posibilidad – al no prohibirlo expresamente - que además de cumplir con los requisitos, objeto y demás aspectos que regla dicho Código, una organización podía bajo la forma de una sociedad normada por otras disposiciones perseguir fines y realizar acciones que produjera asimismo una rentabilidad a sus miembros[111], tal cual sería que ella pudiera conformar un poder comprador o colocador de los bienes o servicios que los miembros de la organización producían con el aprovechamiento de las aguas que la organización debe distribuir, y, por tales acciones obtener justa retribución; o bien, que su Know How o espertiz bajo contrato de capacitación a otras organizaciones o de prestación de servicios, generará recursos que como tales ingresan a las arcas comunes o del patrimonio de la organización.

De lo expuesto precedentemente, naturalmente aparecen algunos inconvenientes respecto de esta hipótesis[112] que resultan necesario de despejar, como son: ¿las organizaciones de usuarios regladas por el Código de Aguas son personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro?; ¿cuál sería el procedimiento de constitución de la organización y la ley que la reglamenta si persiguiera fines de lucro además de los objetos legales que se encarga de señalar?; ¿cuál es la ley que regula el funcionamiento y las relaciones de los miembros de la organización de usuarios de aguas que además persiguen fines de lucro?; ¿el lucro obtenido forma parte del patrimonio de la organización de usuarios, en cuanto persona distinta de la de sus miembros, como a qué pasa cuando la organización no tiene personalidad jurídica?; ¿los miembros de la organización tienen derecho a percibir, en proporción a sus derechos, parte de la rentabilidad obtenida en el ejercicio correspondiente por la organización, y qué legislación regla tal materia?; ¿si la organización puede como otro objeto perseguir en su ejercicio fines de lucro, a los miembros les asiste el derecho de

---

109 Ver opinión en contrario en Agurto Tapia, Patricio: "Organizaciones de usuarios de aguas y libertad de asociación" (Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. II, 1991, pp 127 – 136). En particular, sostiene este autor que las organizaciones de usuarios no son "intuito personae", carecen de fines de lucro, y a sus integrantes no los une la afectio societatis, y, por tanto, resulta del todo improcedente pensar que estas puedan revestir la forma de una sociedad comercial y les sea posible invocar el derecho de la libertad de asociación y el principio de la libertad contractual, de manera que la inclusión de las sociedades entre las organizaciones de usuarios en el artículo 186 del Código de Aguas, es errada, en atención a la naturaleza propia y funciones que cumplen y que han cumplido.

110 Consultar en Figueroa del Río, Luis Simón: ídem Nota N° 18, pp 133 -134.

111 En este mismo sentido Figueroa del Río, Luis Simón: ídem Nota N° 18, p.134.

112 En opinión de Figueroa Del Río, Luis Simón: ídem Nota N° 18, p 134, la Dirección General de Aguas se encuentra facultada por el artículo 300 letra a), del Código de Aguas para emitir dictámenes o resoluciones, y por esta vía se debería complementar esta iniciativa "de constituirse otras sociedades, sólo delineada en el Código.

imputar al pago de los gastos ordinarios o extraordinarios la rentabilidad obtenida?; ¿será necesario que la organización sea declarada como tal por la Dirección General de Aguas, de acuerdo a lo establecido en el artículo 196 del Código de Aguas?; ¿es obligatorio su registro en el archivo correspondiente del Catastro Público de Aguas?. En fin, ¿la Dirección General de Aguas tendría competencia respecto de una organización de usuarios que persigue fines de lucro, fiscalizarla en su gestión económica sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 283 del Código de Aguas?.

Hay otras interrogantes no planteadas en este documento, por lo cual será necesario avanzar en ellas por quienes tienen interés en este tema a través del debido desarrollo sistemático y pertinente.

4.- DE LOS ÓRGANOS DE LAS ORGANIZACIONES DE USUARIOS:

Dentro de cualquier organización encontramos una estructura como órganos que permiten su funcionamiento, con competencias definidas y que hacen posible el logro de los objetivos de quienes la constituyeron y la conforman en la actualidad.

Respecto de las organizaciones de usuarios podemos descubrir una estructura organizacional compuesta por un órgano que dirige, administra y resuelve (a), otro en la cual se conforma y se expresa la voluntad de la organización (b), y finalmente, los miembros[113] de la misma, que de acuerdo a esa institucionalidad hacen valer sus derechos y son apercibidos por la institución en el cumplimiento de sus obligaciones.

En todo caso, así como cualquier institución que se desarrolla y actúa en el vigente estado de derecho, las organizaciones de usuarios se relacionan permanentemente con órganos del Estado, tanto del poder ejecutivo, judicial y legislativo. En cuanto al ejecutivo, con la Dirección General de Aguas, la Dirección de Obras Hidráulicas, la Comisión Nacional de Riego, la Superintendencia de Servicios Sanitarios, Servicio Agrícola y Ganadero, Ministerios de Salud y Agricultura, entre otros; en cuanto al poder judicial, ya sea como titular de una acción deducida ante los Tribunales de Justicia o como requeridos por aquellos; y, finalmente, con el poder legislativo, por la vía del lobby u otro medio de intermediación ante los miembros de aquél en proyecto de ley que son materias de su interés[114], como lo es la actual modificación del Código de Aguas que se discute en el Congreso Nacional, por ejemplo.

De manera que esas interrelaciones, en cuanto eficaces y oportunas, deben contar con una estructura organizacional de los usuarios de aguas que permita abordarlas, la que debe a lo menos ser representativa, técnicamente capaz,

---

113 Este tema ya ha sido tratado en el punto 2.f) de este documento.

114 Insistimos en que estos cuerpos intermedios – naturaleza jurídica que hemos asignado genéricamente a las organizaciones de usuarios – dado su reconocimiento y regulación jurídica pueden asumir una calidad de grupo de interés o de grupo de presión en el cual sus actividades de interés y revindicaciones afectan directa o indirectamente a otros factores de poder o instituciones de la vida social con el fin de provocar una decisión favorable a su propia causa, sin que por ello se pretenda asumir el ejercicio del poder mismo ni la consecuente responsabilidad política de tal gestión. Ver en este sentido Neumann M., Christian: Ídem Nota N° 22.

administrativamente eficiente y plenamente conforme a los intereses de sus miembros, cuestiones que hoy conforman la temática del fortalecimiento de las organizaciones de usuarios de aguas.

4.a.- Del órgano de la administración:

Hemos señalado que la dirección y administración de una organización de usuarios de aguas, es materias de uno de los órganos de ésta, quizás el más visible tanto interna como externamente, y que de acuerdo a la ley vigente pueden ser efectuadas por un directorio o por administradores, lo cual dependerá del número de miembros que la conforman y el tipo de organización[115].

Así, tanto respecto de una comunidad de aguas o de una asociación de canalistas, podrá ser un directorio (1) cuando ella está formada por a lo menos cinco o más miembros, o bien, podrá ser uno o más administradores (2), cuando la conformen dos o hasta cuatro miembros[116]. En todo caso, sean unos u otros, ambos tienen las mismas facultades. Tratándose de una Junta de Vigilancia, procede su administración por un directorio, salvo la hipótesis de que esta organización este conformada por sólo dos canales, caso en el cual se designará uno o más administradores, quienes tienen las mismas facultades que el directorio[117].

4.a.1.- Del directorio:

Para el caso que una organización de usuarios se encuentre administrada por un directorio[118], este se compondrá por no menos de tres ni mas de once miembros, lo cual dependerá del número que conforman la misma.

En cuanto a los directores, aquellos que conforman el primer directorio o también denominado provisional[119], son elegidos en el comparendo judicial[120]; respecto de los

---

115 En el desarrollo de este tema, preciso es que se darán noticias aplicables a todo tipo de organización de usuarios dejando constancia de las especificidades de cada una de ellas, cuando correspondan.

116 Ver artículo 235 del Código de Aguas.

117 Ver en este sentido lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 271 del Código de Aguas.

118 Cabe dejar constancia que las organizaciones de usuarios regladas por el Código de Aguas no contienen normas específicas, razón por la cual son aplicables aquellas establecidas para la comunidad de aguas, en la medida que no contravengan su naturaleza.

119 Esto es, porque sólo duran en sus funciones hasta la primera junta general ordinaria de los comuneros o asociados, sin perjuicio del derecho a ser reelegidos para el nuevo directorio de la organización. Ver inciso final del artículo 228 del Código de Aguas

120 Cabe colegir que en el caso de la constitución de la organización de usuarios por la vía de escritura pública, no procede este tipo de directorio, por lo cual el que se elija durará hasta la próxima junta general ordinaria de comuneros, sin perjuicio de las elecciones extraordinarias que contempla el artículo 233 del Código de Aguas, o bien por el período que señalen los estatutos de la organización, pues es una materia respecto de la cual estos pueden

demás, son elegidos en cada junta general ordinaria de comuneros o asociados[121], resultado aquellos que en una misma votación hayan obtenido el mayor número de votos hasta completar el número de personas (cargos) por elegir, salvo que la sala por acuerdo unánime haya concordado que las elecciones se efectuarán en otra forma[122]. De no elegirse oportunamente el directorio, por cualquier causa, continuara en funciones el anterior, el cual deberá citar a la mayor brevedad a una junta general para proceder a la designación[123].

En relación con los requisitos para ser director, este deberá ser comunero o asociado, sea persona natural o jurídica, con derecho a voto[124], o bien su mandatario o representante legal de aquel, asimismo, no deberá haber sido condenado por sentencia de termino por crimen o simple delito que merezca pena aflictiva[125]. En todo caso, no pueden ser director un empleado de la comunidad. En el evento de muerte, renuncia u otras situación que inhabilite a un director, se elige un director reemplazante por el período que falta de acuerdo a lo establecido en el artículo 233 del Código de Aguas.

El directorio, en su primera sesión, debe elegir de su seno al presidente[126] y debe fijar el orden en que los demás directores lo reemplazarán, en caso de ausencia o impedimento, y, asimismo, debe determinar, por sorteo, el orden de precedencia de sus miembros a fin de establecer un director de turno mensual, de acuerdo a lo previsto en el artículo 239 del Código de Aguas.

Ahora bien, el directorio puede celebrar sesiones ordinarias y extraordinarias, siendo las primeras, las que tienen lugar los días y horas que el directorio acuerde y, las

---

establecer norma distinta a la prescrita en el inciso segundo del artículo 228 del Código de Aguas, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 251 de ese mismo ordenamiento legal.

[121] Cabe destacar que de acuerdo a lo prevenido en el artículo 236 del Código de Aguas, una copia de la parte pertinente del acta que consigne la elección de directores debe enviarse a la Dirección General de Aguas y otra al Gobernador de la provincia en que se encuentre ubicada la obra de entrega o la bocatoma del canal principal, según sea el caso .Se enviará, asimismo, a esas autoridades, copia del acta de la sesión del directorio en que se haya nombrado reemplazante, en conformidad al inciso primero del artículo 233.

[122] Consultar en este sentido el artículo 229 del Código de Aguas.

[123] Si así no se hiciere por el directorio, cualquier miembro de la organización puede recurrir ante la Dirección General de Aguas para que esta autoridad la convoque en la forma prescrita en los artículos 220 y 221 del Código de Aguas, junta que se efectuará en presencia de un Notario Público o de un funcionario designado por el Director General de Aguas, quien actuando como ministro de fe debe levantar acta de lo obrado.

[124] Cabe tener presente que sólo tendrán derecho a voto, los comuneros o miembros de la organización cuyos derechos estén inscritos en el Registro de la Comunidad y estén al día en el pago de sus cuotas, requisitos con los cuales éstos podrán comparecer por sí o representados a las asambleas respectivas. El mandato deberá constar en instrumento otorgado ante Notario Público, pero si se otorga a otro comunero, bastará una carta poder simple. Las comunidades o sucesiones comparecerán por medio de un solo representante, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 223 del Código de Aguas.

[125] Ver artículo 234 del Código de Aguas.

[126] Cabe destacar que el presidente del directorio o quien haga sus veces, debe velar por el cumplimiento de los acuerdos de éste y tendrá la representación de la organización. En el orden judicial, el presidente representa a la organización en la forma que dispone el artículo 8□ del Código de Procedimiento Civil, según lo establece el artículo 240 del Código de Aguas.

segundas, cuando lo ordene el presidente o lo pida la tercera parte de los directores, en todo caso, deberá celebrar por lo menos una sesión ordinaria en cada semestre[127].

Las sesiones del directorio se celebrará con un quórum para sesionar que represente la mayoría absoluta de éstos, y los acuerdos se tomarán por la mayoría absoluta de los directores asistentes, salvo que la ley o los estatutos dispongan otra mayoría para determinadas materias[128]. En todo caso, la asistencia[129] de los directores a las sesiones podrá ser remunerada, pagándose por sesión asistida y cuya cuantía debe ser fijada por la junta general de comuneros[130].

Por último, cabe destacar que los directores, sean del directorio provisional como de alguno posterior, o bien, los administradores en su caso, pueden se reelegidos para lo cual deberán cumplir con los requisitos correspondientes[131].

4.a.2.- <u>De los administradores:</u>

En aquellas organizaciones de usuarios que dado el número de sus miembros no es posible constituir un directorio, procede la designación de administradores, esto es cuando sean cuatro o menos los miembros de la organización[132], caso en el cual podrán ser uno o más los administradores.

Nada se dice en el Código de Aguas sobre requisitos para ser administrador, como cuando procede su designación o su reemplazo, o la forma y quórum para adoptar sus decisiones, solo señala que tendrán las mismas facultades que el directorio. Ante ello, somos de la opinión que son aplicables a los administradores las mismas reglas que rigen para el directorio, y, en ese entendido, las normas del Código les son aplicables íntegramente, sin perjuicio de lo que establezcan los estatutos respectivos.

4.b.- <u>Del órgano de las asambleas</u>:

Los negocios que interesan o afectan a la organización de usuarios se deben resolver en asambleas de miembros, en donde se expresen los diversos pareceres que existen, de manera que la voluntad de la organización se genera por la participación

---

127 Ver artículo 235 del Código de Aguas.

128 Ver artículo 238 del Código de Aguas, para consultar normas especiales.

129 Cabe destacar que de acuerdo a lo previsto en el artículo 232 del Código de Aguas, la asistencia de los directores a las sesiones es obligatoria, y si un director faltaren a tres o mas reuniones sin causa justificada, quedarán excluidos del directorio.

130 Consultar en este sentido el artículo 237 del Código de Aguas.

131 Ver inciso final del artículo 231 del Código de Aguas.

132 Respecto de las juntas de vigilancias, ver inciso segundo del artículo 271 del Código de Aguas.

activa, democrática e informada de aquellos a quienes han de beneficiar o perjudicar los acuerdos que allí se adopten.

Estas asambleas que el Código de Aguas denomina juntas generales, pueden ser ordinarias (1) o extraordinarias (2), lo cual determina no tan solo las materias a que deben avocarse, la fecha en que deben realizarse, los quórums para sesionar y para adoptar los acuerdos, entre otros aspectos que desarrollamos sucintamente a continuación.

4.b.1.- <u>De las juntas generales ordinarias</u>:

Constituyen este tipo de asambleas de miembros de una organización de usuarios aquellas que a falta de disposición especial en los estatutos respectivos, se deben celebrar el primer sábado hábil del mes de abril de cada año, a las catorce horas, en el lugar que determine el directorio o administradores[133], según el caso, que deben tratar aquellas materias que la ley o los estatutos expresamente establezcan, con los quórums de constitución y de acuerdo de sus resoluciones.

Para la citación de estas juntas procede que la convocatoria se haga con diez días de anticipación, a lo menos, indicándose el lugar, día, hora y objeto de la junta[134], por medio de un aviso que se publicará en un diario o periódico de la capital de la provincia en que tenga domicilio la comunidad, a falta de ellos, la convocatoria se realizará por medio de un aviso publicado en un diario o periódico de la ciudad capital de la región correspondiente[135].

Para los efectos de la constitución de la junta general ordinaria, habrá sala con la mayoría absoluta de los comuneros con derecho a voto. Si en la primera reunión no hubiere sala, regirá la citación para el día siguiente hábil a la misma hora y en el mismo lugar y, en este caso, la habrá con los que asistan. Con todo, podrá citarse para un mismo día en primera y segunda citación, siempre que entre una y otra haya lo menos 30 minutos de diferencia, caso en el cual regirá la norma sobre sala contenida en el inciso segundo del artículo 219 del Código de Aguas. En todo caso, para que tanto la primera como la segunda citación a este tipo de junta general surta efectos, indispensable es que se deje expresa constancia, en la convocatoria, del día y hora para el cual se cita a una nueva reunión[136].

En cuanto a las materias de que conoce este tipo de junta general, cabe destacar que corresponde a las señaladas en el artículo 226 del Código de Aguas[137], salvo que

---

133 Ver inciso segundo del artículo 218 del Código de Aguas.

134 Ver artículo 221 del Código de Aguas.

135 Ver artículo 220 del Código de Aguas.

136 Ver artículo 219 del Código de Aguas.

de acuerdo al número 6 de dicha norma y no siendo materias que requieren de especial citación, en ella se proponga alguna en especial[138].

En las juntas generales ordinarias pueden participar aquellos miembros que tienen derecho a votos, esto es, aquellos cuyos derechos estén inscritos en el Registro de la Comunidad y estén al día en el pago de sus cuotas[139], los que podrán comparecer por sí o representados[140].

En lo referido a la conformación de los quórums para tomar los acuerdos o votaciones en este tipo de junta, pertinente es tener presente que los acuerdos se toman por mayoría absoluta de los votos emitidos en ella, salvo que el Código establezca o los estatutos de la organización contemplen otra mayoría[141], para lo cual cada miembro de la organización tendrá derecho a un voto[142] por cada acción[143] que posea[144]. Las fracciones de voto se sumarán hasta formar votos enteros, despreciándose las que no alcanzaren a completarlos, salvo el caso de empate, en que

---

137 Confirma la aplicación de esta disposición a todo tipo de organización de usuarios de aguas que regla el Código de Aguas, para el caso de las juntas de vigilancia, lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 276.

138 En todo caso, es materia de junta general ordinaria la elección y nombramiento de los miembros del directorio o administradores, en su caso (artículo 228 inciso 1°, y 229, del Código de Aguas); la determinación de la cuantía de la remuneración que debe ser pagada a los directores o administradores por la asistencia a las sesiones respectivas; acordar un domicilio distinto de la organización (artículo 198, inciso final, y artículo 273, respecto de las juntas de vigilancias); conocer del aumento de hasta un 30% en el año de las cuotas ordinarias o extraordinarias adoptadas por el directorio o administradores, en su caso (artículo 241 N° 11, del Código de Aguas); acordar la autorización o no al directorio para dar en prenda maquinaria o equipos mecanizados adquiridos para los trabajos de la comunidad, o bien, los créditos de que es titular la organización en contra de los comuneros o miembros, para los efectos de obtener préstamos de capital necesario para el cumplimiento de los fines de la organización (artículos 203 y 204 del Código de Aguas), y, en definitiva, todas aquellas materias que no requieren de citación especial.

139 En cuanto al valor de la cuota de los miembros de una junta de vigilancia, en especial, en su relación entre los derechos de aguas permanentes y los eventuales, ver inciso final del artículo 276 del Código de Aguas.

140 Esta representación debe constar en un mandato contenido en un instrumento otorgado ante Notario Público, pero si se otorga a otro comunero, bastará una carta poder simple. Las comunidades o sucesiones comparecerán por medio de un solo representante. Ver en este sentido el artículo 223 del Código de Aguas. En cuanto a la representación de los miembros de una junta de vigilancia, ver norma especial, en el inciso primero del artículo 276, del mismo Código.

141 Ver artículo 224 del Código de Aguas.

142 De acuerdo a lo establecido en el artículo 256 del Código de Aguas, respecto de las comunidades de obras de drenaje o desagüe en beneficio común, los comuneros tendrán derecho a voto por cada hectárea de dominio afecta al sistema, salvo convención en contrario. Las fracciones de votos se sumarán hasta formar votos enteros, despreciándose las que no alcanzaren a completarlos, salvo en el caso de empate, en que se computarán para decidirlo. Si no hubiere fracciones, el empate lo decidirá el presidente.

143 Ver en este sentido lo prescrito en el artículo 205 del Código de Aguas, respecto de las comunidades de aguas y las demás organizaciones de usuarios, y, en especial, la norma del artículo 268 de ese mismo Código, respecto de las junta de vigilancia.

144 Ver en el inciso segundo del artículo 276 del Código de Aguas, para el caso de las juntas de vigilancia, norma especial no para el valor mismo de las acciones de un derecho de aguas permanente respecto de un eventual, sino para los efectos de su cómputo en el resultado final.

se computarán para decidirlo. Si no hay fracciones, el empate lo debe dirimir el presidente[145].

4.b.2.- <u>De las juntas generales extraordinarias</u>:

Respecto de este tipo de junta, que corresponde a aquellas que tienen lugar en cualquier tiempo[146], que sólo pueden avocarse a los asuntos para los cuales han sido convocadas[147].

En cuanto a su citación procede efectuarla de la misma forma y menciones que procede el llamado a junta general ordinaria, con la particularidad que además se debe dirigir carta certificada al domicilio que el miembro haya registrado en la secretaria de la organización, como asimismo, puede ser promovida a lo menos por la cuarta parte de los miembros con derecho a voto con indicación del objeto por el cual se solicita[148].

Por su parte, la fecha y hora de la celebración de este tipo de junta general como los requisitos que deben tener los miembros para votar son los mismos que rigen para las ordinarias, y, en todo caso, su quórum para sesionar es el mismo que para la ordinaria como también lo es para adoptar los acuerdos y las normas que dirimen los empates.

Finalmente, cabe destacar que son materia del conocimiento y resolución de este tipo de asambleas: la modificación de los estatutos que debe acordarse por mayoría total de votos de la organización, cuyo acuerdo debe reducirse a escritura pública[149] y someterse a los trámites del registro a que se refiere el artículo 196 del Código de Aguas, como también lo es el caso en que los miembros de la organización quieran adoptar normas permanentes de la distribución de las aguas en los estatutos[150].

Asimismo, es materia de este tipo de junta general, el caso de la elección total o parcial del directorio administrador en el caso del artículo 233 del Código de Aguas, y, por último, en todas aquellas materias que sean de interés o afecten a la organización que no sean de aquellas que deben ser conocidas y resueltas en un asamblea general ordinaria y que su citación sea requerida a lo menos por la cuarta parte de los miembros con derecho a voto de la organización.

---

145 Ver artículo 222 del Código de Aguas.

146 Ver artículo 218 del Código de Aguas.

147 Ver artículo 227 del Código de Aguas

148 Es deber del directorio que cumplido con dichos requisitos proceder a citar a la junta general extraordinaria, de acuerdo a lo establecido en el N° 16 del artículo 241 del Código de Aguas.

149 Ver artículo 249 del Código de Aguas.

150 Ver artículo 211 del Código de Aguas.

5.- DE LAS ATRIBUCIONES Y COMPETENCIAS DE LA ADMINISTRACIÓN DE UNA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS:

En términos generales, destacamos que una persona es titular de derecho y de obligaciones, respecto de un órgano de una institución parece más adecuado referirse a las atribuciones y competencias como es el caso, en particular, de aquél que debe efectuar las labores de administración de una organización de usuarios, las que recaen, según sea el caso, en el directorio o en los administradores..

Ahora bien, en los estatutos de la organización se pueden contener otras materias sometidas al órgano administrativo de una organización, de aquellas que el Código de Aguas se permite nombrar, según es posible inferir de lo dispuesto en los artículo 190 N° 10 del Código de Aguas, pero, en todo caso, no diversas a las que señalan los artículos 241 y 274, por expresa disposición del artículo 251[151] del mismo ordenamiento legal.

El ámbito de la administración dicen relación con materias administrativas (a), jurisdiccionales (b), económicas y financieras (c), y de distribución de aguas y afines (d), las cuales pasamos a desarrollar.

5.a.- Materias administrativas:

Sin perjuicio de todas aquellas labores o tareas que genéricamente considera la administración de cualquier empresa u organización, comprenden, en especial respecto de una organización de usuarios, las siguientes[152]:

i.- Administrar los bienes de la asociación[153];

ii.- Resolver la forma y condiciones de incorporación de titulares de nuevos derechos de aprovechamiento a la organización[154];

---

151 Esto es aplicable tanto a las comunidades de aguas superficiales o subterráneas como a las de drenaje y desagüe, a las asociaciones de canalistas, y a las juntas de vigilancia de acuerdo a lo prescrito en los artículos 255, 258 y 267 del Código de Aguas.

152 Preciso, que destacaremos dentro de las materias sólo aquellas atribuciones y facultades más relevantes.

153 Ver en este sentido el artículo 241 N°1 del Código de Aguas, el cual hay que concordar con las normas de los artículos 201, 202, 203 y 204 de ese mismo ordenamiento legal. En cuanto a las asociaciones de canalistas, ver en especial lo dispuesto en el artículo 260 del Código de Aguas, y respecto de las juntas de vigilancia lo prescrito en el N°7 del artículo 274.

En todo caso, tener presente lo establecido en los artículos 291 y siguientes de ese mismo cuerpo legal, respecto de la facultad de fiscalización que la Dirección General de Aguas tiene respecto de la gestión económica de la respectiva organización de usuarios.

154 Ver artículo 241 N°6 del Código de Aguas y armonizar con las normas de los artículos 199 y 205 de ese mismo Código.

iii.- Someter a la aprobación de la Junta General los reglamentos necesarios para el funcionamiento del directorio, de la junta general, de la secretaría y de las oficinas de contabilidad y administración[155];

Cabe precisar que toda organización de usuarios debe contemplar un secretario[156] que con el carácter de ministro de fe está encargado de autorizar las resoluciones de las juntas generales, las del directorio como las del presidente, en su caso, como de redactar y autorizar todas las actas.

Además de las atribuciones que le confieran los estatutos, corresponde al secretario llevar los registros de la organización de usuarios; autorizar las inscripciones; mantener bajo su vigilancia y cuidado el archivo; dar copia autorizada de las piezas que se soliciten; percibir las cuotas que deban pagar los comuneros y las demás entradas de la comunidad; llevar la contabilidad, siempre que el directorio no haya confiado a otros empleados estas funciones, y ejecutar los acuerdos del directorio cuyo cumplimiento se le hubiere encargado.

A petición de cualquiera de los comuneros, en todo caso, el secretario deberá dar, dentro del término de cinco días hábiles, copia autorizada de los acuerdos que se hubiesen adoptado y que afecten a algunos de aquéllos. Si no se cumple con esta obligación, el secretario será sancionado con una multa, que no podrá exceder de una unidad tributaria mensual por cada día de retardo, que aplicará el Juez a petición de parte[157].

iv.- En el caso de las juntas de vigilancia, le corresponde la designación de los repartidores de aguas[158] que tendrán las atribuciones y deberes que contempla el artículo 278 del Código de Aguas, sin perjuicio de además aquellas que se establezcan en los estatutos. Asimismo, respecto de este tipo de organizaciones de usuarios, también procede la designación de los celadores que, sin perjuicio de las atribuciones y deberes que fijen los estatutos o unas ordenanzas dictadas para tal efecto, deben proceder en especial a la policía y vigilancia para la justa y correcta distribución de las aguas con arreglo a los derechos establecidos y a los acuerdos adoptados debiendo dar cuenta inmediata de toda alteración o incorrección que notaren[159].

---

155 Ver artículo 241N°9 del Código de Aguas. Ver respecto de del número, las atribuciones y deberes de los celadores o repartidores de aguas, en el caso de las juntas de vigilancia, lo establecido en los artículos 277, 278 N°s1 y 4, y 279 de ese mismo Código.

156 Ver artículo 248 del Código de Aguas.

157 Ver artículos 173 y 176 del Código de Aguas.

158 Ver artículo 277 del Código de Aguas.

159 Ver artículo 279 del Código de Aguas.

Cabe destacar que tanto los repartidores de aguas como los celadores[160], si maliciosamente alteraren en forma indebida el reparto o permitieren cualquier sustracción de aguas por bocatomas establecidas o por otros puntos de los cauces, incurren en las penas establecidas en el artículo 459 del Código Penal[161], esto es, pueden ser autores, cómplices o encubridores del delito de usurpación de aguas, materia que en todo caso es de competencia de los tribunales de justicia.

v.- Someter a la aprobación de la Junta General ordinaria el presupuesto de entrada y gastos ordinarios y extraordinarios, dar cuenta de la marcha de las inversiones y de la marcha de la Asociación[162];

vi.- Cumplir con los acuerdos de las juntas generales[163].

vii.- Nombrar o remover al secretario y trabajadores de la comunidad y fijar sus remuneraciones, sin perjuicio de las facultades de la junta general[164];

Tener presente estas materias respecto de los repartidores de aguas, celadores y trabajadores permanentes o transitorios como contador, secretarias o empleados administrativos, trabajadores, entre otros[165].

viii.- Citar a la junta general ordinaria en la fecha que fija la ley o los estatutos[166];

ix.- Citar a la junta general extraordinaria cuando sea necesario o lo solicite, por lo menos, la cuarta parte de los comuneros con derecho a voto, con indicación del objeto; [167]

---

160 Preciso, respecto de estos empleados de la organización es posible su existencia tanto en una comunidad de aguas o en una asociación de canalistas, aún cuando en éstas suele actuar el órgano administrativo respectivo a través de su presidente o de un director de turno.

161 Ver artículo 280 del Código de Aguas. A partir de una interpretación armónica y sistemática de estas normas, podemos concluir que si estas conductas las realizan los miembros de la organización sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 217 del Código de Aguas, hay mérito para proceder criminalmente en contra de ellos por ese mismo delito.

162 Ver Artículo 241 N°10 del Código de Aguas, y, respecto de las juntas de vigilancia, en especial, el artículo 274 N°7, de ese mismo Código. En todo caso, armonizar dichas normas con las establecidas en los artículos 226 N°2 y 241 N° 11, de ese mismo cuerpo legal.

163 Ver artículo 241 N°14 del Código de Aguas. En especial, en materias de administración, ver artículo 226 N°6 en relación con el artículo 218, todos del mismo Código.

164 Ver artículo 241 N°18 del Código de Aguas.

165 Cabe destacar que estas personas son trabajadores de la respectiva organización de usuarios, aún cuando están sometidos a las dependencia y subordinación del órgano de administración de la misma. Asimismo, es dable tener presente que las relaciones laborales de estos trabajadores y la organización se reglan por las normas del Código del trabajo y las respectivas leyes previsionales.

166 Ver artículo 241N°15 en relación con el artículo 218, ambos del Código de Aguas.

167 Ver artículo 241N°16 del Código de Aguas.

x.- Citar en el más breve plazo a junta general extraordinaria para el caso de adoptar aumento de hasta 30% del valor de las cuotas ordinarias o extraordinarias como para establecer y fijar valor de cuotas especiales[168].

xi.- Citar y efectuar las sesiones de directores o administradores, en su caso, ordinarias o extraordinarias.

xii.- Supervigilar que se lleve y se tenga al día el registro de miembros a que se refiere el artículo 205 del Código de Aguas, como los demás a cargo del secretario de la organización. Como asimismo, la dirección actualizada de los miembros de la organización[169].

xiii.- Proceder a la designación de un reemplazante por el tiempo que falta para el término del período de aquel director o administrador[170], en su caso, que como consecuencia de su muerte o pérdida de su calidad de miembro[171] de la organización, o de su mandatario o representante legal, o por el hecho de haber incurrido en causal de inhabilidad[172] debe ser reemplazado.

xiv.- Representar a la organización, en la precedencia que corresponda, en instancias judiciales como extrajudiciales.

En ese mismo contexto, representar a la organización en las asambleas generales ordinarias o extraordinarias de las organizaciones de usuarios de que formen parte, sin perjuicio del derecho de acceder a postular y ser elegido director o presidente, en su caso[173]; y,

xv.- Finalmente, ejercer todas aquellas funciones de administración que en forma particular se contemplen en los estatutos o se acuerden por la asamblea general respectiva y que no exceda el ámbito propio de la administración y vulnere los estatutos o la ley.

---

168 Ver artículo 241 N° 11 del Código de Aguas.

169 Si bien, es una obligación de los miembros de la organización designar domicilio y tenerlo actualizado en la secretaria de aquélla para el caso de citación de asamblea general extraordinaria, parece que existe el derecho correlativo del órgano administrativo de la institución de exigir su cumplimiento, pues se hace imposible el que ésta pueda efectuar por carta certificada la correspondiente notificación. Ver en este sentido lo dispuesto en el artículo 246 del Código de Aguas.

170 Ver artículo 239 del Código de Aguas.

171 Ver artículo 234 del Código de Aguas.

172 Cabe señalar que también se pierde la calidad de miembro de la organización por un hecho voluntario de algunos de ellos, como lo es en el caso de la desafiliación voluntaria, o bien, en contra de su voluntad, como lo es en el evento de la desafiliación forzada. Ver en este sentido Neumann Manieu, Christian: Idem Nota N° 25.

173 Ver artículo 276 del Código de Aguas.

5.b.- <u>Materias jurisdiccionales</u>:

Estas materias se relacionan directamente con la facultad de conocer, resolver y hacer cumplir las decisiones que los órganos competentes de la organización hayan adoptado respecto de un asunto determinado. En ese entendido, comprenden éstas las siguientes:

i.- Conocer de las reclamaciones de los repartidores de aguas o delegados[174], como de toda cuestión que se susciten sobre la repartición de aguas o ejercicio de los derechos de aguas entre comuneros, entre estos y el directorio[175];

ii.- Vigilar las instalaciones de fuerza motriz u otras y el correcto ejercicio de las servidumbres[176];

iii.- Fijar multas que corresponda aplicar a los asociados, la que no puede excede de 10 UTM.[177];

iv.- Representar a los asociados en el caso de imposiciones de servidumbres pasivas, en las obras de captación, conducción, regulación y descarga[178];

v.- Velar por el cumplimiento de las obligaciones que la ley, los reglamento y los estatutos, imponen a los asociados y a la organización de usuarios[179]; y,

vi.- Pedir a la autoridad correspondiente por intermedio del juez competente el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir y respetar las medidas de distribución acordadas[180].

---

174 Ver artículo 280 del Código de Aguas.

175 Ver artículos 243 y siguientes del Código de Aguas.

176 Ver artículo 241 N°8 del Código de Aguas.

177 Ver artículo 241 N°12 del Código de Aguas.

178 Ver artículo 241 N°7 del Código de Aguas.

179 Ver artículo 241 N°17 del Código de Aguas.

180 En efecto, el artículo 242 del Código de Aguas, faculta al directorio a solicitar de la autoridad correspondiente, por intermedio del Juez, el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir y respetar las medidas de distribución de aguas que acordase. Ordenado el auxilio de la fuerza pública ésta deberá ser concedida y de ella se hará uso con allanamiento y descerrajamiento, si fuere necesario.

Cabe destacar que, los dueños de inmuebles en que se haga la distribución de las aguas no podrán impedir que los directores, repartidores y delegados entren en sus predios cuando sea menester para el desempeño de sus funciones.

Si el dueño de un predio se opusiere, se solicitará por el directorio, en la misma forma, el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de la multa que puede imponerle el Juez. Si el dueño de la heredad fuere comunero en las aguas, la multa la aplicará el directorio.

Ver en concordancia con la citada norma, lo dispuesto en los artículos 211 y 241 N° 12 del Código de Aguas.

5.c.- Materias económicas y financieras:

La buena administración de cualquier organización requiere que las materias relacionadas con la gestión financiera y económica tenga claramente identificadas quienes debe abordarlas como cuál es el ámbito de extensión. En ese contexto, el órgano administrativo de una organización de usuarios, sin perjuicio de aquellas materias específicas que los estatutos hayan establecido para tal o cual de aquéllas, por ley se contemplan las siguientes:

i.- Elaborar y someter a la aprobación del presupuesto de la organización[181];

ii.- Aumentar hasta en 30% en el año, las cuotas ordinarias y extraordinarias, cuando aparezca de manifiesto que las fijadas en la junta general ordinaria fueran insuficiente para el buen funcionamiento[182];

iii.- Establecer cuotas especiales para hacer frente a gastos imprevistos que no pueden ser cubiertos con las reservas acumuladas[183];

iv.- Contratar cuentas corrientes en bancos y tomar dinero en mutuo y créditos[184];

v.- Dar en prenda los créditos contra los miembros de la organización o la maquinaria o equipos mecanizados adquiridos para trabajos en la organización, en garantía de préstamos que contrate la organización con el objeto de obtener el capital necesario para el cumplimiento de sus fines[185].

5.d.- Materias de distribución de las aguas y afines:

La razón de ser de las organizaciones de usuarios se ha considerado en el tema de la distribución de las aguas y los problemas o materias que se relacionan con ella. En ese contexto, aparecen las siguientes materias:

i.- Atender a la captación de las aguas por medio de obras permanentes o transitorias[186];

---

181 Ver artículos 241 N°10 y 226 N°2 del Código de Aguas.

182 Ver artículo 241 N°11 del Código de Aguas.

183 Ver artículo 241 N°11 del Código de Aguas.

184 Ver artículo 241 N°12 del Código de Aguas.

185 Ver artículos 203 y 204 del Código de Aguas.

186 Ver artículo 241 N°2, en relación con lo dispuesto en los artículos 41 y 171 del Código de Aguas. En cuanto a la modificación, construcción, unificación o cambio de la bocatoma, ver artículos 151 y siguientes del mismo Código. En el caso de las juntas de vigilancias, consultar además lo establecido en los N°s 1 y 4 del artículo 276 del Código de Aguas.

ii.- Atender a la conservación y limpia de canales y drenajes sometidos a su jurisdicción[187];

iii.- Atender a la construcción y reparación de los dispositivos y acueductos y a todo lo que tienda la goce completo y correcta distribución de los derechos de aguas de los miembros o asociados[188];

iv.- Velar porque se respeten los derechos de aguas en el prorrateo del caudal matriz impidiendo que se extraigan aguas sin títulos[189];

v.- Distribuir las aguas, dar a los dispositivos las dimensiones que correspondan y fijar turnos cuando proceda[190];

vi.- Vigilar las instalaciones de fuerza motriz u otras y el correcto ejercicio de las servidumbres[191];

vii.- Autorizar el traslado de un canal a otro o de un lugar a otro en un mismo canal, en ambos casos obras sometidas a su jurisdicción, las aguas a que tiene derecho a captar uno de sus miembros, a costa de aquel que lo solicite y en la época que fije su procedencia[192];

viii.- Resolver la forma y condiciones de incorporación de titulares de nuevos derechos de aprovechamiento a la organización[193];

ix.- Ordenar el corte (privación) de aguas de los miembros de la organización que se encuentren en mora en el pago de sus cuotas, sin perjuicio de las acciones judiciales en su contra[194].

En relación con lo anterior, esto es la facultad de privar de las aguas al comunero moroso, debe tenerse presente la norma del artículo 281 inciso segundo del Código de Aguas, que dispone que para el caso de aquel asociado que sacare agua fuera de su

---

187 Ver artículos 241 N°2 y 274 N°1 del Código de Aguas.

188 Ver artículos 241 N°2 y 274 N°1 del Código de Aguas.

189 Ver Artículos 241 N°3, 274 N°s 1 y 2; 278 N°s1, 2, 3, y 5; 279; 280 y 281 del Código de Aguas.

190 Ver artículos 241 N°5, 274 N°1; 280; 28; 211 y 114 N°3 del Código de Aguas.

191 Ver artículo 241 N°8. En especial en cuanto al tema de las servidumbres consultar las normas, entre otras, de los artículos 8, 9, 25, 69 y siguientes, y 177 y siguientes, todos del Código de Aguas.

192 Ver artículo 210 del Código de Aguas.

193 Ver artículos 241 N° 6 y 199 del Código de Aguas.

194 En todo caso, además el asociado moroso debe responder de los gastos que irrogue la contratación de un inspector encargado de aplicar y vigilar la privación del agua. Los morosos podrán ser obligados al pago de sus cuotas con los reajustes, multas, y tasas de interés que determine la junta general ordinaria o el directorio, en su caso. Las sanciones que se apliquen en conformidad a estas normas pasarán contra los sucesores a cualquier título. Todo lo anterior de acuerdo a lo previsto en el artículo 216 del Código de Aguas.

turno o alterare de cualquier manera la demarcación prescrita por el directorio o por el repartidor, será privado del agua por tiempo o cantidad doble al abuso cometido, pero que en todo caso se dejará el agua necesaria para la bebida.

Sin perjuicio de que esta norma está establecida dentro de las normas particulares aplicables a las juntas de vigilancias, es opinión nuestra[195] que ella lo es aplicable a toda organización de usuarios de aguas, pues está fundada en el principio del derecho a la sed.

x.- Llevar una estadística de los caudales que se conducen por las canales de la organización[196]; y,

xi.- Realizar programas de extensión para difundir entre los miembros de la organización las técnicas y sistemas que tiendan a un mejor empleo del agua, pudiendo celebrar convenios para ese efecto[197].

6.- DE LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LOS MIEMBROS DE UNA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS:

Como todo miembro de una organización, los titulares de derechos de aprovechamiento tienen derechos (a) y obligaciones (b) que emanan tanto de su condición de miembros de la organización de usuarios como de participar activa e informadamente del quehacer y de las resoluciones que se adopten en la institución de que forman parte.

6.a.- De los derechos de los miembros:

Las facultades de que son titulares los asociados o comuneros de una organización de usuarios abarca desde el ámbito de la gestión económica y financiera como a las decisiones que se adopten durante la vida ordinaria de la organización, sin perjuicio de los resguardos o acciones que pueden impetrar ante las diversas autoridades que tienen competencia respecto de las organizaciones de usuarios. Un catastro no exhaustivo de ellas es el siguiente:

i.- El derecho a participar en las juntas generales de la organización y en los acuerdos que se adopten en ellas;

---

195 Sirvan de fundamentos, entre otros, las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y el derecho a la vida y a la salud, como el aforismo jurídico: "donde existe la misma razón debe existir la misma disposición".

196 Ver artículo 241 N°20 del Código de Aguas. Esta materia debe ser relacionada con los registros que debe llevar la organización como aquél contemplado en el artículo 205 del Código como con el ejercicio de las facultades de distribución de las aguas a cada miembro que la integra y se encuentra al día.

197 Ver artículo 241 N°21 del Código de Aguas. Respecto de esta materia deben considerarse las normas, procedimientos e instituciones que ligadas al aprovechamiento o uso sectorial de las aguas puedan colaborar sea en el fomento, capacitación y otras acciones relacionadas con éstas.

ii.- El derecho a ser candidato y elegido administrador o director y, presidente, en su caso;

iii.- El derecho a ejercer su derecho de aprovechamiento de aguas conforme a la distribución que efectúe el directorio;

iv.- El derecho a ser remunerado y a participar en las sesiones ordinarias y extraordinarias del órgano administrativo de la organización reclamar en el caso del artículo 209 del Código de Aguas;

v.- El derecho a reclamar en el caso del artículo 209 del Código de Aguas;

vi.- El derecho a trasladar sus derechos dentro del ámbito territorial de competencia de la organización[198];

vii.- El derecho a reclamar en los casos de los artículos 243 y 244 del Código de Aguas[199];

viii.- El derecho a solicitar la fiscalización de la Dirección General de Aguas[200];

ix.- El derecho a requerir que, en conjunto con otros miembros de la organización que representen a lo menos la cuarta parte de los comuneros con derecho a voto, el directorio cite a junta general extraordinaria[201];

x.- El derecho a reclamar por el perjuicio causado por la construcción o reparación de su dispositivo de extracción de aguas de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 209 del Código de Aguas;

xi.- El derecho a oponerse a que los créditos que tiene la organización en su contra sean dados en prenda de garantía por préstamos que contarte ésta para obtener capital necesario para el cumplimiento de sus fines de acuerdo a lo previsto en el artículo 203 del Código de Aguas;

xii.- El derecho a que se le dejé el agua necesaria para la bebida[202] frente a la privación de ella impuesta por el directorio o administradores en su caso, de acuerdo a lo previsto en el inciso segundo del artículo 281 del Código de Aguas[203];y,

---

198 Ver artículo 210 del Código de Aguas.

199 Para mayores antecedentes respecto de este procedimiento arbitral ante el directorio de una organización de usuarios consultar las normas de los artículos 244 y siguientes del Código de Aguas, como respecto de las juntas de vigilancia, ver normas especiales contenidas en el artículo 275 de ese mismo Código.

200 Ver artículos 283 y siguientes del Código de Aguas.

201 Ver artículo 241 N° 16 del Código de Aguas.

202 Encontramos en esta situación del artículo 281 del Código de Aguas, un claro fundamento de que nuestra legislación recoge y resguarda "el derecho a la sed", esto es que toda persona tiene derecho al acceso al agua dulce

xiii.- En definitiva, ejercer todo derecho que amparado en cualquier legislación vigente persiga el restablecimiento o protección de algún bien jurídico de su interés[204].

6.b.- <u>De las obligaciones de los miembros</u>:

Frente a los derechos que tienen los miembros de una organización surgen las obligaciones correlativas de éstos como aquellas que pueden emanar de la voluntad de las asambleas o del órgano administrativo de la organización. A continuación mencionamos las obligaciones más relevantes[205].

i.- Asistir a las juntas generales ordinarias o extraordinarias de miembros[206];

ii.- Costear los gastos de construcción y reparación del dispositivo por el que se extraen sus aguas del sistema de canales de distribución principal[207];

iii.- Concurrir a los gastos de mantención de la comunidad, a prorrata de sus derechos[208];

---

cualquiera que sea su condición, a fin de destinarla a un uso tan indispensable como lo es la bebida que sacia la sed del ser humano, sin perjuicio del derecho a usar y gozar in situ de las aguas en cuanto formen de una fuente natural.

Este principio, también encuentra fundamento en lo dispuesto respecto de la expropiación de derecho de aprovechamiento a que se refiere el artículo 27 del Código de Aguas, como asimismo en lo establecido en el inciso primero del artículo 56 del ese mismo Código.

Las normas legales citadas, tienen en lo dispuesto en los artículos 5 inciso final, 6, 7, y 19 N°s 1, 24 inciso segundo, y 26, un amparo constitucional; en especial cuando uno de los derechos esenciales que emanan de la persona humana es el derecho a la vida y a la salud a los cuales íntimamente se relaciona este principio. Es más, en ese entendido, es razonable entender que razones de salubridad o de bien común encuentran en éste una causa justa de fundamento.

Por otra parte, este principio o derecho a la sed, en nuestra opinión es dable tenerlo presente en situación de eventos hidrológicos extremos, como lo es una sequía a que se refieren los artículos 314 y 315 del Código de Aguas, y, en ese sentido, es posible que él informe tanto el sentido y alcance de las atribuciones que la autoridad debe adoptar al momento de efectuar la redistribución o distribución de las aguas, en su caso, en especial, en caso de que por la cuantía de los caudales debe dar preferencia a un uso respecto de otros.

203 En concordancia con la norma del artículo 281, ver artículos 174, 274 N° 3 y 278 del Código de Aguas.

204 En este contexto, no tan sólo están las acciones contempladas en los artículos 181 y siguientes, 177 y siguientes, o las acciones contempladas en los artículos 123 y siguientes, todas del Código de Aguas, sino que la consagradas en la Constitución Política o en leyes especiales.

205 Este es sólo un catastro de obligaciones más significativas.

206 Ver artículo 212 N°1 del Código de Aguas.

207 Ver artículo 212 N°2 del Código de Aguas en relación con los artículos 206, 207, 208 209, 280 y 281 de ese mismo Código.

208 Ver artículo 212 N°3 del Código de Aguas en relación con los artículos 213, 214, 215 y 226 N°2 de ese mismo Código.

iv.- Respetar y acatar los acuerdo de las juntas sobre gastos y fijación de cuotas[209];

v.- Dar cuenta de las mutaciones de dominio que se produzcan respecto de sus derechos de aprovechamiento de aguas[210];

vi.- Dar cuenta de los cambios de domicilios registrados en la secretaría de la organización[211];

vii.- Extraer las aguas por medio de los dispositivos establecidos en la asociación[212];

viii.- Prohibido alterar los dispositivos de distribución sin previa autorización como de hacer estacadas u otras labores para aumentar el caudal[213].

ix.- Las demás que se establezcan en los estatutos[214];

7.- COMENTARIO FINAL:

En términos generales, no caben dudas que las organizaciones de usuarios han cumplido con su objeto principal como lo es el distribuir las aguas a que tienen derechos sus miembros conforme a los títulos, y, en épocas de relativa escasez hídrica, de acuerdo al caudal existente en la fuente, esto es, por medio del reparto

Pero hoy, estos cuerpos intermedios están llamados a asumir un rol relevante en la gestión moderna del manejo integrado de los recursos hídricos bajo la unidad hidrogeográficas de las cuencas u hoyas hidrográficas.

Al respecto, es dable destacar la visión que Andrés Bello tuvo al redactar el Código de Aguas, en cuanto señaló en el Mensaje del mismo que :"...en todo lo concerniente al uso y goce de las aguas, el proyecto como el código que le ha servido de guía[215], se ha ceñido a poco más que sentar las bases; reservando los pormenores

---

209 Ver artículos 213 y 214 del Código de Aguas. En todo caso, ver normas de los artículos 114 N°3, 116 N°s 2 y 4, y 211 de ese mismo Código.

210 Ver artículo 202 del Código de Aguas.

211 Ver inciso segundo del artículo 220 del Código de Aguas.

212 Ver artículo 206 del Código de Aguas en relación con las normas de los artículos 207, 208, 209, 280 y 281 de ese mismo Código.

213 Ver artículo 217 del Código de Aguas en concordancia con las normas establecidas en los artículos 280 y 281 de ese mismo Código.

214 Ver artículo 212N°4 del Código de Aguas en relación con las normas del artículo 249 de ese mismo Código.

215 Se refiere al Código Civil de Cerdeña.

ordenanzas especiales, que probablemente no podrán ser unas mismas para las diversas localidades[216]".

Ante ese desafío, resulta indispensable que las organizaciones de usuarios no tan sólo adecuen sus estatutos a la legislación vigente, sino que en su funcionamiento no pongan en peligro o conculquen o causen agravio a un derecho fundamental de sus miembros, o bien, que en su proceder se vaya contra norma legal expresa. No decimos que lo hagan con conocimiento de causa, sino que eventualmente por falta de información o por reglas estatutarias que hoy están en contradicción con las normas que establecen la Constitución o la ley vigente.

Asimismo, de acuerdo a sus capacidades económicas, las referidas organizaciones deberán fortalecer sus procesos técnicos tanto en cuanto a las acciones de distribución como de fiscalización, para lo cual deberán avanzar en incorporar tecnologías de punta u otras que permitan objetivar el proceso del reparto de aguas tanto desde la bocatoma del canal matriz hasta donde existe comunidad de intereses de a lo menos dos de sus miembros, sin perjuicio del control de las captaciones individuales de los asociados. Esto conlleva un gran desafío, además, si dentro de las organizaciones a nivel de cuenca se incorporan tanto los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales como las subterráneas.

En ese contexto, además, deberán incorporar dentro de su gestión los respaldos contables, de auditorias, sin perjuicio de las asesorías legales, no tan solo respecto de su proceder administrativo, sino que para hacer frente a aquellas cuestiones en que tiene interés la organización a su interior como fuera de su jurisdicción.

Por otra parte, el proceso de capacitar a los miembros de la organización en tareas de administración, liderazgo, y directivas propiamente tales, con el fin de tener futuros cuadros directivos capaces de asumir la administración de la organización como su representación, constituyen en si un gran objetivo, pues con ello se permite una mayor participación de los miembros de la organización en los destinos de la misma, haciéndolos no tan solo participes del derecho a voz y voto en las asambleas generales respectivas, sino que activamente responsables que tal o cual decisión se adopte, se implemente y se logre, con los controles respectivos; sin perjuicio del consiguiente beneficio que ello trae aparejado, como que tanto al interior de la propia organización como ante terceros estén debidamente capacitados[217] para actuar y representar, con fundamento técnico y legal, en cualquier ámbito a la organización

En ese sentido, el absoluto conocimiento de los derechos y obligaciones que cada miembro tiene en la organización como de las atribuciones y cargas de los órganos que la forman, es una fuente de certeza y seguridad jurídica de que ellos serán debidamente respetados y claramente exigidos, sin perjuicio de entender que la ley de

---

216 Ver página 23 del mensaje del Ejecutivo al Congreso proponiendo la aprobación del Código Civil, en Octava edición Oficial del Código Civil, actualizada a julio de l981.

217 Este comentario está contextualizado dentro de las áreas de gestión administrativa, desarrollos tecnológicos, entre otros, que rápidamente evolucionan en conocimiento y técnicas.

la democracia impera dentro de este cuerpo social intermedio, esto es, que la voluntad de la mayoría es vinculante y obligatoria no tan solo para aquellos que constituyen la minoría sino de los que no ejercen sus derechos o no cumplen sus obligaciones institucionales.

En fin, la demanda y aprovechamiento del agua dulce en diversos usos dentro de las propias organizaciones de usuarios, como la gestión integrada de los recursos hídricos superficiales y subterráneos, dado su mayor interconexión como consecuencia de un uso más sostenido, permanente y continuo a nivel de cuenca, y los problemas de cantidad y calidad que cada vez son más necesarios de enfrentar dentro del logro del objeto principal de éstas, insertados dentro de una gestión más global como es la de la hoya hidrográfica, requieren hoy de este cuerpo intermedio con una mayor capacidad administrativa, financiera, técnica y legal.

En efecto, la magnitud y complejidad de los conflictos relacionados con las aguas terrestres requieren de actores representativos y debidamente capaces en las materias respectivas para asumirlas, ya que no tan solo estarán en juego los intereses de los miembros de la organización de usuarios sino que el bien común, representado, entre otros, por el medio ambiente[218], una mayor productividad asociada al aprovechamiento del agua dulce y la paz social.

Ante ese escenario, el certero conocimiento como la debida armonía y correspondencia con las normas vigentes tanto de los derechos y obligaciones de los miembros de una organización de usuarios de aguas como de las competencias y atribuciones de sus órganos contenidas en los estatutos respectivos, permite construir desde el seno de la propia institución las fortalezas que es dable esperar de los usuarios de aguas organizados, ante los desafíos antes señalados como a los de la demanda, del medio ambiente y la polución, y de la variabilidad climática que ha experimentado nuestro país, que tiene en vista la actual Política Nacional de Recursos Hídricos, y en donde el ejercicio de los derechos como el cumplimiento de las obligaciones de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas es una fuente positiva para la sinergia que tal reto requiere para su prosecución y logro satisfactorio, sin perjuicio de las aciones que el Estado debe emprender de acuerdo a sus competencias y atribuciones legales.

En definitiva, el reto que nuestro país – tanto desde el sector público como desde el privado - debe afrontar respecto de las aguas dulces, esto es, ¿es qué debemos hacer para que en un marco de sustentabilidad ambiental, el agua no se transforme en una seria limitante para el desarrollo social y económico del país?, requiere de usuarios de aguas debidamente organizados y representados, dotados de capacidades técnicas y de gestión, que en una visión y manejo integral de las aguas a nivel de cuenca hidrográfica, haga frente a un aprovechamiento eficiente del mismo.

---

[218] Dentro del contexto que establece la garantía constitucional del artículo 19 N°8 de la Constitución Política, y la Ley N° 19.300, de l994.

8.- BIBLIOGRAFIA:

8.a.- Autores:

i.- Agurto Tapia, Patricio: "Organizaciones de usuarios de aguas y libertad de asociación" (Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. II, 1991, pp 127 – 136).

ii.- Alegría Calvo, María Angélica y Otro: "Diagnóstico de la situación actual de las organizaciones de aguas a nivel nacional", (Revista de Derecho Administrativo Económico de la facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. II/N°1 – enero - junio 2000, pp 21 - 40).

iii.- Claro Solar, Luis "Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado" (Santiago de Chile, 1927, tomos XV).

iv.- Figueroa Del Río, Luis Simón : "Asignación y distribución de las aguas terrestres" (Editado por el Departamento de Publicaciones de la Universidad Gabriela Mistral e impreso en sus talleres, Primera Edición, 1995. Santiago de Chile).

v.- Figueroa Tagle, Gonzalo: "Las Asociaciones de Canalistas", en Hederra D., Ana: "Comentarios al Código de Aguas", tomo I, pp. 344.

vi.- Hederra Donoso, Ana: "Comentarios al Código de Aguas" (2 tomos, Editorial Jurídica de Chile, 1960).

vii.- Merino Meza, Ernesto: "Las comunidades de Aguas", en Herreda D., Ana "Comentarios al Código de Aguas, tomo I, pp 445 - 560.

viii.- Neumann Manieu, Christian: "Reflexiones en torno a la politicidad de los grupos de interés" (Revista Política, del Instituto de Ciencia Política de la Universidad de Chile, N°30, Santiago de Chile – Noviembre, 1992, pp 243 – 272).

ix.- Neumann M., Christian: "De la libertad para afiliarse o desafiliarse de una Organización de Usuarios de Aguas" (Revista Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 1/N°2 - julio - diciembre 1999, pp. 393 - 408).

x.- Peralta Toro, Fernando: "Ideas para la discusión de una política de riego, su aplicación en el caso de Chile" (Ediciones Tacora Ltda, no hay referencia al año y número de edición).

xi.- Seda Mora, Mario: La personalidad jurídica y la constitución de las juntas de vigilancia" (en Hederra, Ana: tomo II, pp 19 – 23).

xii.- Vergara B., Alejandro: "Conflictividad judicial sobre recursos hídricos en un sistema de mercado de derechos de aguas" (Revista de Derecho de Aguas, Vol. VIII, pp 33 – 40, 1997).

xiii.- Vergara Blanco, Alejandro: Derecho de Aguas (Editorial Jurídica de Chile, 2 tomos, 1° edición, 1998).

8.b.- <u>Cuerpos legales</u>:

i.- Constitución Política de la República.

ii.- Código de Aguas de l981.

iii.- Código Civil.

iv.- Código Penal.

v.- Código de Procedimiento Civil.

vi.- Decreto Supremo MOP N° 187, de l983, que fue publicado en el Diario Oficial de 28 de junio de l983, que establece el Reglamento sobre registro de Organizaciones de Usuarios.

vii.- Decreto Supremo MOP N° 1.220, de l997, que fue publicado en el Diario Oficial de 25 de julio de l998, que establece el Reglamento del Catastro Público de Aguas.

8.c.- <u>Otros documentos</u>:

i.- Política Nacional de Recursos Hídricos (con ocasión de la celebración de los 30 años de la Dirección General de Aguas, el 11 de noviembre de l999). Se encuentra a disposición de los interesados en el Centro de Información de Recursos Hídricos de la citada Repartición, como también es posible su consulta por INTERNET en www .MOP.cl/inter/dga.

ii.- Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, aprobado por Resolución DGA (exenta) N° 1.700, de 8 de julio de l999

iii.- Resolución de la Dirección General de Aguas N°186, de 11 de marzo de 1996, que fue publicada en el Diario Oficial de fecha 15 de marzo de l996, que fija las normas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas.

iv.- Reglamento del Catastro Público de Aguas, contenido en el Decreto Supremo MOP N° 1.220, de 1997, publicado en el Diario Oficial de 25 de julio de l998,

v.- Reglamento sobre registro de Organizaciones de Usuarios, contenido en el Decreto Supremo MOP N° 187, de 1983, que fue publicado en el Diario Oficial de 28 de junio de 1983.

vi.- "Actas del Consejo de Estado para la Nuevas Constitución Política, en materia de aguas terrestres" (Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. I, 1990, pp 225 - 226).

vii.- "Actas de la Comisión Constituyente de la Carta Política de 1980" (Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. I, año 1990, pp 227 – 259).

"EL REQUISITO DE NO CAUSAR PERJUICIO O MENOSCABO A DERECHOS DE TERCEROS: UN APORTE SUSTANTIVO DEL CÓDIGO DE AGUAS DE 1981"

(Ponencia a las IV Jornadas de Derechos de Aguas Pontificia Universidad Católica de Santiago, Noviembre del 2001)

Autores:

Jaime Muñoz Rodríguez

Christian Neumann Manieu

Santiago, Noviembre del 2001.

"EL REQUISITO DE NO CAUSAR PERJUICIO O MENOSCABO A DERECHOS DE TERCEROS: UN APORTE SUSTANTIVO DEL CÓDIGO DE AGUAS DE 1981"

Jaime Muñoz Rodríguez[1].
Christian Neumann Manieu[2].

Sumario:

1.- Introducción; 2.- Generalidades; 3.- Su aplicación en el ámbito del procedimiento de asignación de derecho de aprovechamiento de aguas; 4.- Conclusiones; y, 5.- Bibliografía.

1.- INTRODUCCIÓN:

La Constitución Política de la República establece[3] que tanto los órganos del Estado como todo grupo o persona, sin perjuicio de su autonomía y libertad, se encuentran obligados a respetar los preceptos dispuestos por esta Carta Política, previniéndose que la falta de aquello origina las responsabilidades y sanciones que establece la Ley.

En armonía con dicho precepto constitucional, el artículo 2° de la Ley N° 18.575, de 1986, denominada Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado, dispone que "Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes".

El conjunto normativo citado constituye el marco dogmático en el cual se sustenta el principio de legalidad[4] y, por tanto, el proceder o actuación de cualquier Órgano o Agente del Estado, sin perjuicio de tener presente, además, lo previsto tanto en el artículo 38[5], en su inciso

---

[1] Ingeniero. Actualmente se desempeña como Jefe del Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la Dirección General de Aguas.

[2] Abogado. Actualmente se desempeña como Director Regional de la Dirección General de Aguas de la Región de Valparaíso.

[3] Consultar en este sentido lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Carta Política de l981.

[4] Este principio, según Silva Cimma, Enrique en: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado; Principios fundamentales del Derecho público y Estado Solidario" (1° edición, Editorial Jurídica de Chile, 1996), p 21, constituye el "vértice del sistema en las democracias occidentales" y que "no es otra cosa que el respeto a la ley, tanto desde el punto de vista de la función pública, de su autoridad y del origen que la materializa; esto es, respeto a esa ley en la estructura del órgano como en la actividad o gestión del mismo; como respeto también a esa ley en la actividad y gestión de los administrados, es decir, de los individuos y de la colectividad que integran, tanto en sus relaciones con la administración, como en las relaciones de unos frente a otros, partiendo naturalmente del supuesto de que el límite de mi derecho radica en el derecho del otro o en la garantía de juridicidad de la colectividad entera".

[5] Esta disposición constitucional preceptúa que "cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

final, de la Constitución Política como en el artículo 4[6] de la Ley N° 18.575, de l986, en cuanto el Estado, sus órganos y agentes deben velar por que en el ejercicio de su funciones, atribuciones y/o competencias no se lesione o cause perjuicio o menoscabo a los derechos de cualquier persona, pues de ello es posible accionar demandando la responsabilidad correspondiente.

Cabe destacar, en todo caso, que dicho principio es también exigible a cualquier persona o grupo en cuanto deben respetar en su conducta los principios y normas constitucionales como las legales y reglamentarias que conforme a la Carta Política se hayan dictado. En cuanto a los perjuicios que de ello resulte y las debidas responsabilidades como consecuencia de una conducta de particulares por acciones u omisiones unipersonales o colectivas, se encuentran sujetas también al conocimiento y fallo de los tribunales de justicia, y, por tanto, exigibles y reparables de acuerdo al orden legal vigente.

Ahora bien, el Código de Aguas de l981 fue más allá en la protección de los derechos de cualquier ciudadano como el de no causar daño o perjuicio. En efecto, con relación al proceso de asignación originaria de un derecho de aprovechamiento de aguas, estableció como norma general en su artículo 22 que "La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre las aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derecho de terceros"[7].

Este requisito de no causar perjuicio o menoscabo a derechos de terceros no sólo comprende el referido principio de legalidad sino que concatenadamente con lo normado en la Carta Política como en la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, u otro cuerpo legal específico[8], constituyen los sustentos legales que permiten fundar una acción para perseguir y hacer efectiva alguna responsabilidad objetiva del Estado en el proceso de constitución originaria de un derecho de aprovechamiento, sin perjuicio de la que le incumba al agente estatal o funcionario público en la expedición del acto administrativo que la cause u ocasione.

Entonces, ya no tan sólo se trata en el proceso de asignación de un derecho de aguas, según el legislador del Código de Aguas de l981, de acatar lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Carta Política, sino que además de prevenir situaciones de responsabilidad de la autoridad correspondiente, esto es, la Dirección General de Aguas dentro de dicho proceso, de acuerdo a lo prescrito en el artículo 38 de la Constitución Política de la República.

En ese contexto, la autoridad rectora en materias de agua dulce del país deberá tomar los debidos resguardos tanto técnicos como legales en la expedición de sus pronunciamientos dictados en el ámbito de su competencia. Asimismo, deberá existir claridad en los criterios

---

[6] Esta norma legal dispone que "El Estado será responsable por los daños que causen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus funciones, sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que los hubiere ocasionado".

[7] Cabe precisar desde ya que este requisito también es posible de exigir respecto del resto de autorizaciones y procedimientos que regla el Código de Aguas y que son de competencia de la Dirección General de Aguas, pues no obstante no existir una disposición legal que expresamente lo establezca respecto de ellos como ocurre en el caso del artículo 22 del Código de Aguas, es posible de desprenderlo de las garantías constitucionales que hacen sustento a este principio precautorio.

En cuanto a que como consecuencia del ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas se produzca un perjuicio o menoscabo a derecho de terceros, debe estarse a las normas del Código de Aguas, en cuanto a los derechos de aguas, y al resto del ordenamiento legal, para los demás tipos de derechos.

[8] Consúltense en ese sentido el Estatuto Administrativo, la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, el Código Civil y el Código Penal, entre otros.

técnicos, los que deben estar debidamente fundados y expuestos a la comunidad; deberá procederse administrativamente por medio de procedimientos prístinos e informados a los interesados, y, por sobre todo, resguardando siempre cualquier derecho de tercero[9].

Este desafío institucional[10], en el cumplimiento de obligaciones y ejercicio de atribuciones en el citado procedimiento creador de un derecho nuevo[11], resulta necesario destacarlo a la luz de la resolución de la creciente demanda que ha experimentado el recurso hídrico en el país que se constata por el sostenido aumento - desde la vigencia del actual Código de Aguas - que ha experimentado el número de solicitudes de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas ingresadas a la Dirección General de Aguas[12].

---

9 Es dable tener presente que la debida concordancia del contenido del acto administrativo, en cuanto a sus fundamentos de hecho y derecho, con los presupuestos de la respectiva norma legal, permiten reputaria tanto de válida como exenta de exceso y/o una desviación de poder, y, en ese contexto, la actuación de la autoridad administrativa se encuentra lejana de la arbitrariedad.

En efecto, en la medida que el órgano o agente estatal se acerca a la realidad de los hechos que motivan su actuación o fundamentan y determinan su decisión, existe la percepción en el administrado de que no tan sólo no hay arbitrariedad o discrecionalidad en la actuación de la Administración, sino que ésta se enmarca dentro del contenido, objeto y finalidad que persigue el principio de legalidad.

Para lo anterior, dentro del contexto del proceso de la asignación de un derecho de aprovechamiento de aguas, la debida correspondencia entre la instancia técnica y la jurídica permiten una vinculación sustentable y legítima del contenido de la resolución que se dicta respecto de la solicitud que da origen a dicho procedimiento administrativo con la realidad que denotan los hechos y los derechos de los administrados.

En este sentido ver en Madariaga Gutiérrez, Mónica: "Seguridad Jurídica y Administración Pública en el siglo XXI" (segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1993) pp 50 - 51.

10 La Dirección General de Aguas respecto de normas y procedimientos para la administración de recursos hídricos, que se encuentran estrechamente vinculados con el proceso de asignación, mediante el oficio N° 367, de 12 de mayo de 1992, complementados por los Instructivos N°s 1 al 5 y 5-1, dispuso reglas generales internas y de conocimiento público para actuar dentro de dicho ámbito de competencias.

Este Servicio, sin embargo, por Resolución DGA (exenta) N° 1.465, de fecha 5 de julio de l995, estableció que a partir de esa fecha el documento denominado "Bases para la formulación de un Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos" pasa a ser el documento oficial de la Dirección General de Aguas, en materias relativas a la tramitación de las solicitudes o presentaciones sometidas a la resolución de este Servicio, en el ámbito de la Administración de recursos Hídricos, disponiendo expresamente, además, que dicho documento pasa a ser de uso obligatorio para las Oficinas de la DGA en el citado ámbito.

Finalmente, a través de la Resolución DGA (exenta) N° 1.700, de 8 de julio de l999, se dejó sin efecto la Resolución DGA (exenta) N° 1.465, de l995, y se aprobó el documento denominado "Manual de Normas y Procedimientos par la Administración de Recursos Hídricos", declarándose que dicho documento pasa a ser de uso obligatorio para las Oficinas de la DGA en materias de administración de recursos hídricos.

11 En efecto, por el proceso de asignación la autoridad administrativa, esto es, la Dirección General de Aguas, incorpora al régimen de los bienes, una cosa incorporal que antes no existía, y que se regula como tal por las reglas del derecho civil, en especial, de acuerdo a lo que ordena el artículo 21 del Código de Aguas, en cuanto a su transferencia, transmisión y adquisición o pérdida por prescripción, salvo las modificaciones que establezca ese Código.

12 Cabe destacar que un problema importante para esa autoridad ha sido la necesidad de determinar de la mejor manera y debidamente justificada cuánta agua se puede extraer desde una fuente natural sin causar efectos adversos y no deseados como son el no afectar los derechos de terceros, y que la asignación sea justa, equitativa y sustentable de los derechos de aguas dentro de la normativa vigente.

Este desafió es más complejo respecto de los acuíferos y de las aguas subterráneas dada la condición de que suele respecto de ellas tenerse un menor conocimiento y los procesos que se desencadenan como los efectos de las decisiones adoptadas tienen una demora revestida de la velocidad de flujo y otras condiciones que generalmente son conocidas con una mayor certeza en la medida que progresa la explotación del acuífero, por lo cual los grados de oportunidad y certeza de la información no permiten sostener resultados definitivos sino cuando efectivamente se han

Esa realidad, a su turno, constituye el entorno natural donde precisamente sé percibe que "el requisito de no causar perjuicio o menoscabo a derechos de terceros constituye un aporte sustantivo del Código de Aguas de 1981" al Derecho de Aguas, y que amerita, por tanto, ser abordado dentro de las IV Jornadas de Derecho de Aguas que conmemoran los "Veinte Años de dicho Cuerpo Legal".

Santiago, noviembre del 2001.

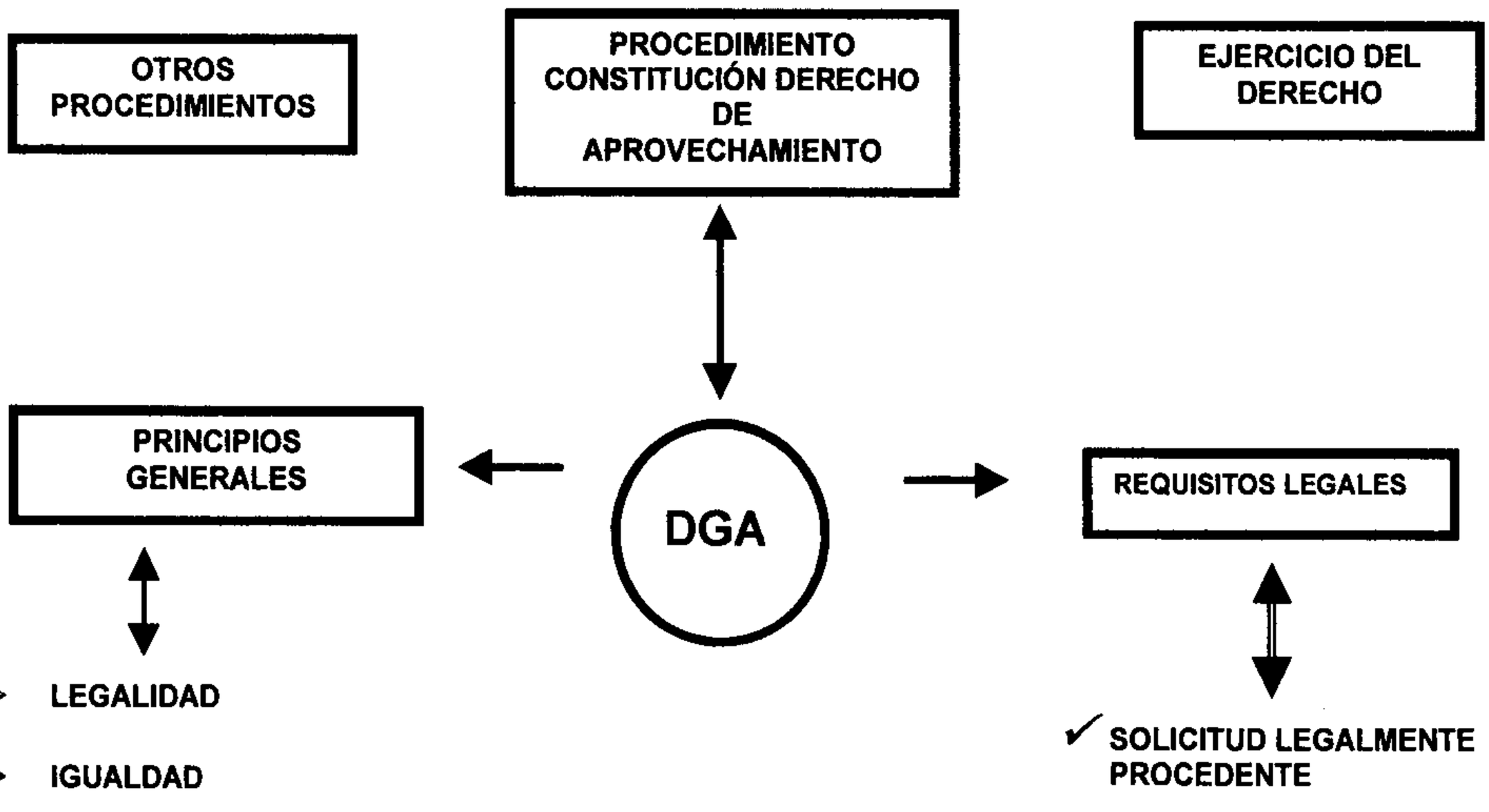
producido, por lo que en ese escenario se actúa sobre hechos consumados. Aquí radica una justificación del actuar preventivo de la autoridad, de que los efectos de sus decisiones no sean irreversibles ni causen daño o perjuicio.

2.- GENERALIDADES:

La Dirección General de Aguas dentro del conjunto de competencias y procedimientos que el Código de Aguas le reconoce y entrega, tiene la potestad de constituir derechos de aprovechamiento de aguas a través del procedimiento que las normas de los artículos 130 y siguientes se encargan de establecer, y en el cual deben respetarse un conjunto de principios generales como son el de legalidad, de igualdad, de petición, de no afectación o daño y de probidad administrativa, entre otros.

El procedimiento de asignación de derechos de aguas tiene tres requisitos copulativos que sin los cuales no es posible acceder a la pretensión de constitución contenida en la correspondiente solicitud, lo cual enmarcan no tan solo el quehacer de la autoridad respectiva sino del peticionario como de todo aquel tercero que tenga interés en las resultas de lo que en el se resuelva. Estos requisitos son: a) que la solicitud sea legalmente procedente; b) que exista disponibilidad material y jurídica del recurso hídrico, y c) no causar perjuicio o menoscabo a derechos de terceros.

En la figura siguiente se puede apreciar la interacción de lo expuesto:



Ahora bien, en particular, el requisito de no perjudicar o menoscabar derechos de terceros durante el proceso de constitución de un derecho de aprovechamiento, tiene como componentes fundamentales el que se realice una conducta, el que no se produzca un resultado determinado o determinable y que lo no querido por la norma se produzca respecto de alguien.

En cuanto a la conducta que se pretende evitar, importa en dos aspectos: uno, que sea una acción o una omisión, y, dos, que su actor se encuentra referido tácitamente a la autoridad competente, esto es, la Dirección General de Aguas[13].

La realización de una acción como la no - ejecución de la misma es variante de la conducta de la autoridad al momento de conocer, analizar y resolver sobre una solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento, y, en ese entendido la actuación de la autoridad debe estar fundada, entre otras consideraciones, en respetar el principio precautorio de no causar los efectos no deseados por la norma del artículo 22 del Código de Aguas.

Con relación a que la conducta sea realizada por la autoridad y no exigible respecto de otro administrado, más bien constituye una importante salvaguardia a toda la comunidad, pues no tan solo existe el deber de los diversos órganos del Estado de contribuir con el bien común sino que en el ejercicio de sus competencias constituirse en protector[14] de los derechos de cualquiera, aún cuando exista silencio de aquél[15].

Respecto al resultado no querido que se identifica en el menoscabo o perjuicio sobre un derecho no hay dudas sobre lo que se debe entender por ellos, pues hay bastante jurisprudencia sin perjuicio de lo que establece el sentido natural y obvio que se encarga de fijar el Diccionario de la Real Academia Española.

---

[13] La calidad de actor también es posible de establecer respecto del peticionario, pues sí el debe respetar las normas de la Constitución y las leyes en su proceder, ello lo es también en cuanto a que con su solicitud no puede llegar a producir un menoscabo o perjuicio a un bien de tercero, aún cuando pudiera estimarse que hay un grado de mera tentativa, es decir, de que se entiende que con la presentación y publicaciones de estilo de la petición respectiva se da principio a la ejecución de una conducta que causa daño o perjuicio pero que faltan uno o más hechos para su complemento.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe agregar que si con la solicitud se causa perjuicio o menoscabo a un derecho de tercero, sea que se haya deducido oposición por el directamente ofendido o por cualquier tercero, dentro o fuera de plazo, la autoridad correspondiente deberá denegar la petición pues de lo contrario vulneraría una norma expresa como el principio de legalidad.

[14] Esto debe ser comprendido cómo que la autoridad en la esfera de sus competencias debe asumir un rol de salvaguardar siempre los bienes o derechos no tan solo del interesado sino que de cualquier tercero. Se trata de focalizar en hechos y conductas concretas el principio precautorio de no afectación.

Al respecto, es necesario destacar que correlativamente al indicado rol y principio que enmarcan el debido proceder de la Administración, la ley penal tipifica como delito el causar daño a otro, disponiendo penas de acuerdo a la avaluación del daño causado, incluso, en aquellos de escaso monto, las sanciona como faltas.

Lo anterior, procede respecto de conductas exigibles a los agentes del Estado en el ejercicio de sus facultades y atribuciones y no a sus órganos o dependencias, pues el propio Estatuto Administrativo en su artículo 15 dispone que la responsabilidad administrativa es sin perjuicio de la civil o penal.

[15] Precisamos. Sea que exista oposición a la solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento o no se haya deducido, siempre la Administración debe velar por no causar perjuicio o menoscabo a derechos de terceros. La existencia de una oposición no siempre - dado el interesado, la forma y en el tenor en que se deduce - comprende la generalidad de derechos como terceros que deben resguardarse. Así, tampoco la existencia de no oposición deducida confiere algún grado de restricción a la autoridad al momento de resolver, pues precisamente es en dicho momento en que en uso de su competencia y atendiendo a este requisito como al principio de legalidad debe formular si hay perjuicio o menoscabo a derecho de terceros y cómo se produce éste, o bien, si no hay tales circunstancias.

Finalmente, importa destacar en cuanto de este requisito qué derechos comprende, es decir, el contenido de los derechos[16] de terceros que no se pueden afectar o menoscabar como consecuencia del procedimiento de resolución de una solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento.

En relación a ello, existe la opinión por una parte, que él solo está referido a los derechos de aguas, y, por otra, que dicho contenido no tan solo puede restringirse a dichos bienes incorporales específicos sino que el requisito debe comprender a cualquiera de que sea titular el tercero.

Dado que la Administración debe actuar preventivamente en el ámbito de sus competencias, y, en ese entendido proceder con celo de que sus actuaciones no ameritarán ser reputadas por ejemplo de actos u omisiones arbitrarios o ilegales que causen privación, perturbación o amenaza de algún derecho[17], como a que la Dirección General de Aguas al pronunciarse sobre la procedencia legal de una solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas, ha sostenido que tanto el requisito de ser legalmente procedente la solicitud como de no causar perjuicio o menoscabo a derecho de terceros "deben ser concordados y aplicados dentro del contexto de la legislación nacional general vigente, y por tanto no tan solo en particular, a las normas establecidas en el Código de Aguas"[18], parece atendible que el requisito en análisis comprende tanto a los derechos de aprovechamiento de aguas como a los demás derechos de que pueda ser titular un tercero a quien le afecte la solicitud respectiva.

Cabe precisar en cuanto a los derechos de aprovechamiento que estos comprenden tanto a los constituidos como a los regularizados y a los que son susceptibles de regularización, todos los cuales a su turno deberán ser considerados en los respectivos balances hídricos[19].

En lo que respecta a los demás derechos, sin realizar una enumeración taxativa podemos señalar al Derecho a la propiedad, al Derecho de propiedad, al Derecho de emprender o realizar

---

16 Destacamos que se trata de un bien determinado, esto es, un bien incorporal, pues los bienes en el derecho nacional vigente se clasifican en cosas corporales e incorporales, y, las últimas, en derechos y obligaciones. Consultar a este respecto, los artículos 565 y siguientes del Código Civil.

17 En todo caso, este proceder es más amplio que aquel que tuvo en vista el constituyente en el artículo 20 de la Carta Política de 1980, y, por ello, no tan solo se puede amparar a través de la interposición de la acción de protección sino que proceden asimismo otras como la de amparo económico, por citar alguna.

18 Ver en este sentido Jaeger Cousiño, Pablo: "Sobre la procedencia legal en la constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas" (Ponencia a las Primeras Jornadas de Derecho de Aguas, en Revista de Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol I/N°2, 1999, pp 387 - 392) p 392.

19 Como una manera de colaborar con la correcta determinación de los balances y de qué derecho se debe respetar, la norma del artículo 33 del Reglamento del Catastro Público de Aguas contenido en el Decreto Supremo N° 1.220, de 1997, ordena en su inciso segundo que "La Dirección General de Aguas no recepcionara solicitud alguna relativa a los derechos de aprovechamiento de aguas a que se refiere el inciso anterior, como las dirigidas a obtener las autorizaciones para la construcción, modificación, cambio o unificación de bocatomas,... o a obtener el cambio de fuente de abastecimiento... o a obtener la autorización de traslado del ejercicio de los derechos de aprovechamiento..., o en general, cualquiera solicitud relacionada con su derecho, incluidas las presentaciones a que se refieren los artículos 132 y siguientes del Código de Aguas, a menos que los interesados exhiban copia autorizada del registro respectivo en el Catastro Público de Aguas.

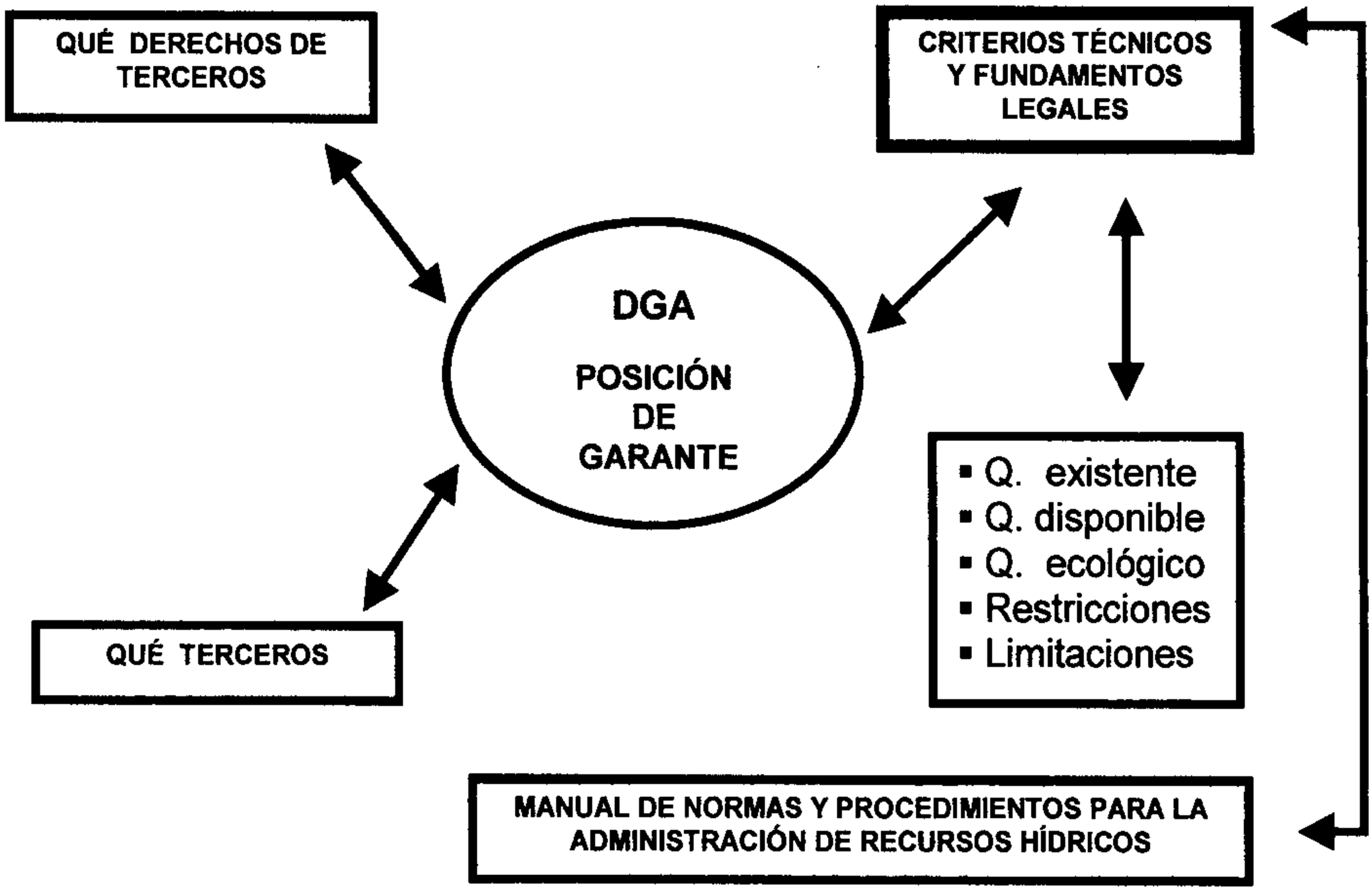
Dicha norma debe ser concordada con las establecidas en los artículos 32, 44 y siguientes de ese reglamento, a partir de lo cual, por otra parte es posible inferir que son los propios titulares de derechos de aguas los que deben cumplir con estas cargas, a fin de que la autoridad pueda velar fielmente en el desempeño de sus atribuciones con el resguardo debido de sus derechos.

actividad económica; al Derecho a vivir en el medio ambiente libre de contaminación; el derecho a la salud, entre otros.

Por último, para que la conducta y el resultado no querido por el legislador no se produzcan respecto de un tercero, es preciso señalar que aquél debe ser entendido en su sentido más amplio, es decir, no será condición necesaria sólo proteger los derechos de los terceros que se han opuesto a la solicitud si no que también de aquellos que no lo han hecho; asimismo, deberán considerarse no tan solo entre aquellos terceros a los que son titulares de un derecho de aguas sino a los que son de otros derechos, incluso es más, al propio medio ambiente tal como por lo demás lo ha declarado la propia Corte Suprema.

En concordancia con lo anterior, resulta destacable la circunstancia que la autoridad competente de conocer, tramitar y resolver sobre la petición de constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas, esto es, la Dirección General de Aguas, mediante el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos fijó el marco de acción técnico, jurídico y de procedimientos de estudios y resolución de toda solicitud que se presentan ante ella como que su uso es oficial y obligatorio a nivel nacional, con lo cual se permite establecer consistencia y transparencia a su accionar institucional, sin perjuicio de constituir un debido referente de información para los usuarios de aguas como cualquiera persona que tenga interés en los temas que en el se contienen, con lo cual efectivamente se permiten concretar salvaguardias a los derechos de cualquier tercero durante el respectivo procedimiento administrativo ante dicha autoridad.

En el cuadro siguiente se puede apreciar la relación e interrelación de los elementos expuestos precedentemente:

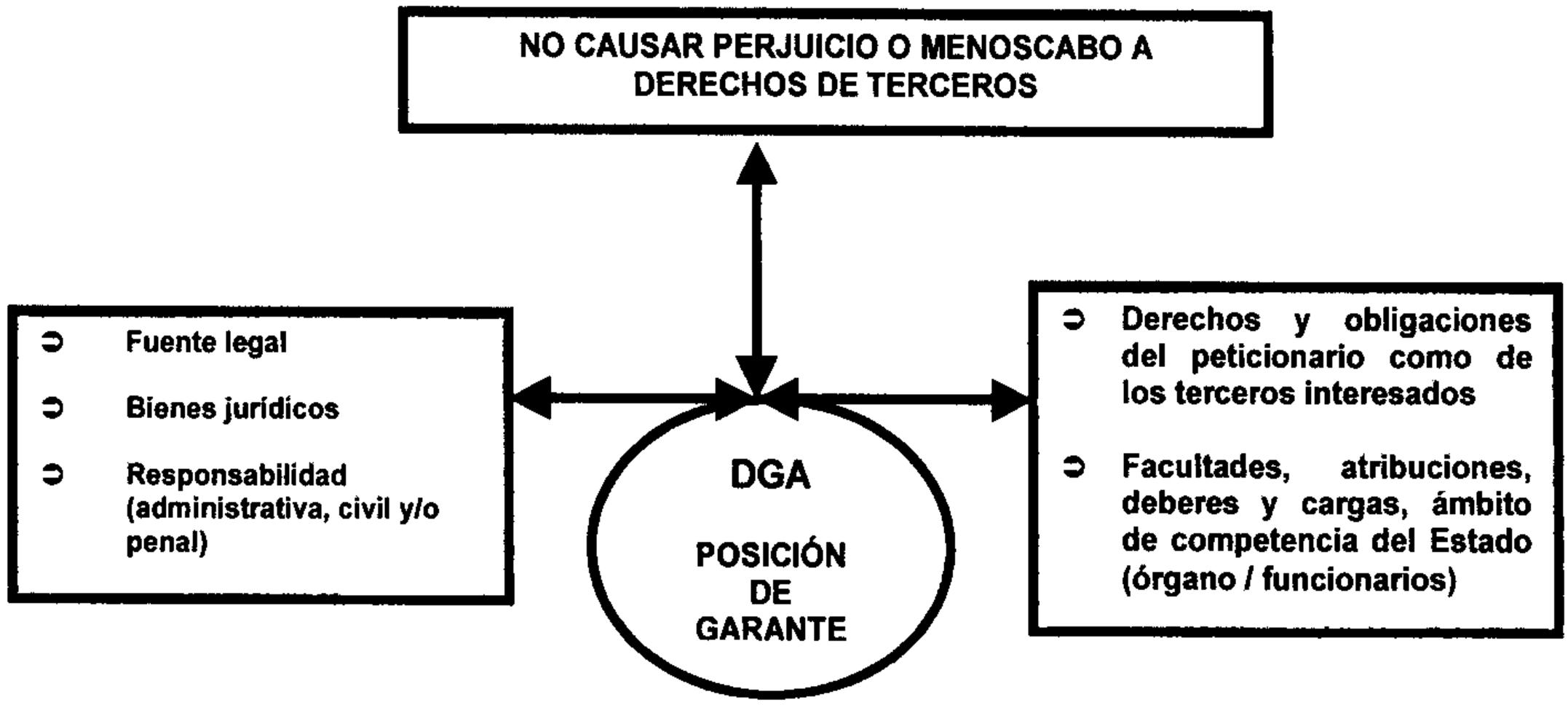


Finalmente, en el marco de estas generalidades, cabe precisar que la posición de garante que la Dirección General de Aguas asume, en particular, dentro del procedimiento de constitución de un derecho de aprovechamiento, tiene su fundamento legal en las normas de los artículos 20, 22, 141, inciso final, todos del Código de Aguas[20], que los bienes jurídicos comprometidos son aquellos derechos de terceros a los que nos referido, y que la responsabilidad administrativa de los funcionarios de dicho Servicio es sin perjuicio de la civil o penal que se derive de su proceder. Asimismo, dentro del ámbito de competencias de esta Repartición existen, por una parte, atribuciones y facultades como obligaciones, deberes y cargas, respecto de las cuales no resulta atendible la excusabilidad sin justificación u otra infracción de ellas, sean que se encuentre establecida en la Ley Orgánica de Bases de la Administración del Estado o en otros cuerpos legales especiales.

En ese contexto, la posición de garantía que los derechos de terceros no serán menoscabados o perjudicados tiene un fundamento legal que permite accionar o excepcionarse, demandarse o excusarse, por parte de la autoridad garante como de los interesados respecto de una solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento. En efecto, esta posición da acción a los terceros interesados para exigir que la Dirección General de Aguas deniegue la respectiva petición, como, por otra parte, otorga excepción en cuanto autoriza a este Servicio a denegarla, sin perjuicio de las responsabilidades que se deriven de dicho proceder o no[21].

En conclusión, el requisito de no causar menoscabo o perjuicio a los derechos de terceros pone a la Dirección General de Aguas en la posición de proteger los bienes jurídicos – expresados en derechos - de cualquier tercero dentro del proceso de asignación de derecho de aprovechamiento de aguas, lo cual constituye un mandato legal como una expresión concreta del principio general precautorio reconocido y reglado en la Carta Política vigente de que el Estado y sus órganos, agentes y/o funcionarios en el desempeño de sus cometidos no debe causar perjuicio o daño a los administrados.

En el esquema siguiente se sintetiza lo expuesto:



---

[20] Deben relacionarse estas normas de la Constitución Política vigente ya con las citadas en este trabajo, como de las normas respectivas del Código Civil y del Código Penal.

[21] Tener presente, la posibilidad de demandar la nulidad de lo obrado o las responsabilidades que se puedan exigir y demandar por el tenor y decisión contenida en el respectivo acto administrativo.

3.- APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DEL PROCEDIMIENTO DE ASIGNACIÓN DE DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS:

El derecho de aprovechamiento de aguas es un derecho real que ingresa al patrimonio de las personas como consecuencia del proceso de asignación que efectúa el Estado y que tiene dos grandes características: su entrega en forma gratuita y que ella es a perpetuidad.

Como consecuencia que el derecho de aprovechamiento es perpetuo[22] y no está sujeto a caducidad[23], se obliga a la autoridad a entregar derechos de aprovechamiento en carácter de permanentes[24] y definitivos sobre un caudal sustentable en el largo plazo.

En este sentido y considerando el marco jurídico vigente, la autoridad rectora tiene la obligación de evitar la sobreexplotación de los recursos hídricos tanto por razones de sustentabilidad en el largo plazo de los aprovechamientos como la necesidad de resguardar los derechos de los usuarios existentes o de terceros.

Naturalmente, las condiciones físicas de la fuente natural como las propias de las aguas superficiales y subterráneas son diferentes. Son dos mundos diversos que sin embargo coexisten en relación y armonía, y, en ese contexto, sus similitudes, diferencias y particularidades deben reflejarse al momento de determinar su existencia y disponibilidad como su aprovechamiento[25].

Para lograr lo anterior, deben asumirse criterios técnicos propios para cada mundo hídrico que permitan identificar, medir y gestionar cada uno de ellos de acuerdo a sus especificidades como, además, los que tiendan a hacerlos interactuar en esas mismas dimensiones dentro del régimen legal vigente[26].

En particular, en el proceso de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas importan - en relación con el requisito en estudio de este trabajo - que de acuerdo a la legislación vigente se hace indispensable establecer y aplicar criterios que permitan resolver las solicitudes

---

22 A diferencia del sistema de asignación que reglaba el Código de Aguas de 1969, que distinguía entre merced provisional de la merced definitiva, el actual estatuto jurídico dispone que el procedimiento de creación de un nuevo derecho de aprovechamiento de aguas no está sujeto a construcción de las obras para su ejercicio para revestirse de definitivo.

He allí, entonces la posibilidad de que existan derechos que no se ejercen por no existir las obras para ello, y, por tanto, la posibilidad que haya caudales de aguas que no se encuentran disponibles jurídicamente en la fuente, pues se encuentran directamente asociados a aquellos derechos de aguas que no se ejercen, situación que crea la confusión de que en la fuente natural hay aguas y que obliga que aquellos a quienes se les ha negado la posibilidad de constitución de derecho de aprovechamiento recurran a las reglas del mercado, esto es, al proceso de la reasignación de los recursos hídricos, a fin de contar con ellos y poder, en consecuencia, llevar adelante sus proyectos, obras o inversiones.

23 Esta es una característica notoria que hace "de propio" el sistema concesional de aguas en nuestra legislación, pues las concesiones administrativas "per se" son esencialmente sujetas a caducidad.

24 Entiéndase como permanencia en el tiempo y no como la forma de ejercicio del derecho de aguas a que se refieren los artículos 16 y 17 del Código de Aguas.

25 Para mayor información acerca de las aguas subterráneas en el Código de Aguas de 1981, ver ponencia de Muñoz R., Jaime, en estas IV Jornadas de Derecho de Aguas (Panel 10).

26 Sin perjuicio de tener presente el principio de la unidad de la corriente a que se refiere entre otros el artículo 3 del Código de Aguas.

sin contradecir el principio precautorio[27] de la actuación de la administración a que se refiere dicha condición legal.

Así, es posible distinguir en el procedimiento de constitución[28] de asignación de derecho de aguas, relacionados con la cantidad de aguas que se desea extraer desde una fuente natural determinada, criterios técnicos e interpretaciones legales sobre caudal existente (a), caudal disponible (b), caudal ecológico (c), restricciones legales (d), y limitaciones (e), materias que se encuentran directamente vinculadas al requisito de no causar perjuicio o menoscabo a derechos de terceros.

3.a.- EN CUANTO A LA CANTIDAD DE CAUDAL EXISTENTES DE AGUAS:

En términos generales podemos entender que el caudal de aguas existentes en una fuente es aquel que sé percibe a través de nuestros sentidos y que mediante algún proceso de medición en un punto determinado de aquélla, nos permite sostener que dado el valor de registro existe un caudal determinado, sin poder asegurar que él esté jurídicamente disponible o ser un bien libre para ser asignado a otro titular por medio de la creación de un derecho nuevo de aprovechamiento por la autoridad.

---

27 Cabe destacar que este principio también opera en beneficio del titular de la solicitud de constitución, pues cuando se solicitan derechos de aprovechamiento de aguas y no existe disponibilidad del recurso en la forma solicitada como no exista posibilidad de efectuar un remate (que solo procede respecto de las aguas superficiales en atención a lo dispuesto en el artículo 60 del Código de Aguas), la Dirección General de Aguas tiene como política ofrecer al interesado la alternativa de concederle un caudal menor al solicitado de acuerdo a la disponibilidad existente, y/u ofrecerle la constitución de un derecho de ejercicio diferente al solicitado.

Con este ofrecimiento, la Dirección General de Aguas no tan sólo están reconociendo la existencia de derechos de aprovechamiento que deben ser respetados en la fuente natural y que pueden ser de terceros opositores o no a la solicitud, sino que contribuyendo con el peticionario - quien suele no conocer la realidad hídrica de la fuente -, en especial, respecto de la disponibilidad de las aguas, pues garantiza el ejercicio del "derecho ad rem", esto es, de llegar a ser titular en dominio de una cosa incorporal, como lo es el derecho de aprovechamiento de aguas, aún cuando lo sea en ejercicio, caudal o condiciones distintos a los originalmente solicitados por el peticionario.

28 La Dirección General de Aguas en cuanto organismo técnico en materia de aguas se encuentra dotado de la potestad de constituir derechos de aprovechamiento sobre dicho recurso existente en fuentes naturales (ríos, esteros, lagos, acuíferos, etc.) según lo disponen expresamente las normas de los artículos 20 y 22 del Código de Aguas.

En este procedimiento, el ejercicio de esa facultad se materializa mediante la expedición del correspondiente acto administrativo (resolución) según lo disponen los artículos 149 y 150 del Código de Aguas.

Ahora bien, resulta procedente la constitución del derecho de aprovechamiento solicitado en la medida que la solicitud sea legalmente procedente, exista disponibilidad del recurso hídrico y no se perjudiquen ni menoscaben derechos de terceros, según lo ordenan expresamente los artículos 22 y 141 inciso final del Código de Aguas.

Las exigencias citadas revisten la característica de ser copulativas, razón por la cual si la petición es procedente legalmente, existe disponibilidad del recurso hídrico y no se lesionan derechos de terceros, la autoridad está obligada a constituir originariamente el derecho solicitado. Por el contrario, la omisión de cualquiera de los requisitos indicados, da lugar necesariamente a la denegación de la petición respectiva.

Finalmente, pertinente es destacar someramente que la procedencia de la petición de constitución de derecho - que tiene entre otros fundamentos el derecho contenido en el artículo 19 N° 14 de la Constitución Política - dice relación con que ella se formule ante las autoridades políticas o administrativas que señala el artículo 130 del Código de Aguas, que en ella se indiquen las menciones o datos que exige taxativamente el artículo 140 de esa misma codificación; que se publique en la forma y dentro del plazo que establece el artículo 131 del Código del ramo, y a que se compruebe la existencia de las aguas. Tanto el requisito de que exista la disponibilidad como el que no se cause perjuicio o menoscabo a derechos de terceros constituyen las materias en análisis de este trabajo.

General de Aguas ha señalado que la comprobación de la existencia de dichas aguas, en particular, no está ligada necesariamente a la terminación total de todas las faenas asociadas a la construcción de la obra de captación respectiva.

Inferimos, la existencia de un caudal de aguas en una fuente natural es un elemento de la esencia de la solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas, razón por la cual su no constancia constituye causal de denegación de la petición tanto por no ser legalmente procedente como por la circunstancia que se causará perjuicio a derecho de terceros; por ejemplo, al crear una demanda legítima de agua – sustentado en el título derecho de aprovechamiento - en una fuente que no tiene recursos y cuyo titular de derecho (de papel) jamás podrá usar y gozar como que en cuyo tráfico jurídico, como consecuencia de la facultad dominical de su disposición, lesionará patrimonialmente a un tercero.

En fin, la no existencia de recurso hídricos en función del requisito copulativo de procedencia de una petición de derecho de aguas de no causar perjuicio o menoscabo a derecho de tercero, pone a la autoridad respectiva en la obligación de denegarla, sin más trámite, luego de haber recavado todos los antecedentes correspondientes..

3.b.- EN CUANTO A LA CANTIDAD DE CAUDAL DISPONIBLE DE AGUAS:

Respecto de esta materia se hace necesario en su exposición distinguir entre las aguas superficiales de las subterráneas, por tener metodologias, estudios y otros aspectos de diverso tratamiento.

Desde el punto de vista técnico, la constitución de derecho de aprovechamiento de aguas superficiales estará dada principalmente por la cantidad de recurso hídrico disponible en el punto de captación solicitado, o sea, por la cantidad y tipo de derecho solicitado y por la demanda del recurso a respetar en la zona de estudio (derechos constituidos, derechos susceptibles de regularización, petición de derechos pendientes, caudal ecológico, etc.). En otras palabras, es necesario efectuar un balance entre el caudal existente en la fuente y el recurso comprometido en ella.

En todo caso, para evaluar el recurso disponible en el punto de captación de un derecho de aprovechamiento[32] debe considerarse el máximo de información como la aplicación de técnicas de hidrología y de estadísticas para determinar el recurso hídrico superficial y su probabilidad de excedencia asociada.

Asimismo, en la evaluación del recurso disponible, resulta importante establecer las particularidades del comportamiento hidrológico de la fuente evaluada, como indicar si los recursos disponibles determinados corresponden a un sector determinado del cauce, como ser sectores de cabecera de la fuente o a sectores con aportes intermedios, o de recuperaciones, entre otros, los cuales es posible de obtener de la aplicación de diversas fuentes de información como estudios[33], estadísticas, mediciones[34], entre otros antecedentes[35].

---

32 En ese sentido ver Anexo VI del Manual de Normas y Procedimiento para la Administración de Recursos Hídricos a que se refiere la cita N° 10 de este trabajo.

33 Entre estos estudios, la Dirección General de Aguas considera que cuando se requiera analizar solicitudes de derechos de aprovechamiento en que sea necesario efectuar un estudio hidrológico por parte del solicitante, o cuando el peticionario desee realizar algún análisis complementario al efectuado por el Servicio, efectuar un estudio hidrológico de caudales en el punto de captación, el cual contendrá en general, los siguientes aspectos :

En todo caso, resulta del caso destacar que en el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, la autoridad competente efectúa una serie consideraciones y análisis, como ha dispuesto un conjunto de instrucciones de cómo proceder respecto de las estimaciones de grandes, medianos o pequeños caudales solicitados, si éstos se solicitan respecto de lagos y lagunas con o sin salida, si las fuentes se ubican en cuencas[36] con control hidrométrico en su salida o no, en cuanto a los derechos de aprovechamiento y usos a respetar[37], a la existencia de interferencias entre obras y derechos de aprovechamiento superficiales[38], entre otras consideraciones, a fin de determinar cabalmente el caudal disponible

---

a) Generación de una estadística de caudales medios mensuales en lo posible de 30 años, en el punto de captación involucrado en la petición, mediante algún método hidrológico conocido y generalmente aceptado.
b) Validación de la estadística anteriormente generada, mediante la ejecución de aforos mensuales realizados durante un período de tiempo adecuado a los fines del estudio.
c) Análisis de la estadística del recurso existente, para probabilidades de excedencia del 5, 10, 50, 85 y 95 %, con gráficos de variación estacional de caudales en un año hidrológico. Debe indicarse que tipo de distribuciones de frecuencia es de mejor ajuste para cada mes.

Con este proceder, este Servicio estima que no tan sólo brinda una oportunidad concreta de proteger los intereses del peticionario, sino que de tener lo mayor y mejor calidad de antecedentes al momento de resolver, dado entre otros el espíritu y fin de lo dispuesto en el artículo 134 del Código de Aguas y la Política del Servicio en cuanto a la atención de usuarios.

[34] Respecto de esto, el Manual de Normas y Procedimientos respectivos que estableció la Dirección General de Aguas dispone que deben considerarse a lo menos los siguientes:

- Estudios de evaluación del recurso hídrico superficial, balances hidrológicos, etc., realizados principalmente por el servicio y/o también por otras instituciones públicas o privadas.

- Estadísticas de caudales medios mensuales generadas en estaciones fluviométricas del Servicio y de otras instituciones públicas o privadas. Con relación a las estadísticas fluviométricas, debe procurarse por medio de técnicas hidrológicas llevarlos al punto de captación del nuevo derecho en estudio. Para estimar las probabilidades de excedencia asociadas a los caudales, el Servicio cuenta con un programa que determina dichas probabilidades para 7 distribuciones de frecuencia de caudales (Weibull, Normal, Log-Normal, Log-Normal 3, Gumbel, Gamma y Gamma-3) con test de "chi cuadrado" para estimar cual es la distribución de mejor ajuste en cada caso.

- Estadísticas de precipitaciones mensuales de estaciones pluviométricas del Servicio y de otras instituciones públicas o privadas.

- Aforos de estiaje realizados por el servicio en el punto de captación, o cercano al punto de captación con las debidas indicaciones para su mejor interpretación y aplicación. Es necesario que se realicen a lo menos tres (3) aforos en la temporada de estiaje, y que éstos sean realizados conforme a las normas hidrométricas del Servicio. Deben considerarse además los aforos realizados anteriormente en el mismo lugar, para la evaluación de otras peticiones anteriores. Todos estos aforos servirán para validar el método de estimación de caudales.

[35] En armonía con lo dispuesto en el inciso final del artículo 134 del Código de Aguas.

[36] Cuando se estudia hidrológicamente una zona que corresponde al lugar de ubicación del punto de captación del derecho solicitado, es primordial conocer el comportamiento hídrico de la respectiva cuenca. Para ello es indispensable tener una visión clara de los factores que intervienen en su balance hidrológico.

[37] El referido Manual establece que "Se deberá analizar los derechos de aprovechamiento otorgados o solicitados, y los usos a respetar, ya que el caudal que se puede otorgar dependerá de la diferencia entre el caudal existente en el río menos los derechos que deben ser respetados y la demanda ambiental. Para este propósito, se podrán usar como fuentes de información los registros del Conservador de Bienes Raíces correspondientes; los archivos del Servicio, tanto a nivel regional como nacional; los Catastros de Usuarios de Aguas; capacidad de canales; estudios realizados por la Dirección General de Aguas, tales como las regularizaciones masivas de derechos de aprovechamiento, etc".

[38] Esta situación se plantea básicamente frente a la construcción de las obras destinadas al aprovechamiento de derechos no consuntivos, al respecto la Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago declaró en 1992, como doctrina

de las aguas superficiales y que respecto de él cual puede ser objeto de la asignación de un derecho nuevo de aprovechamiento.

Por su parte, en relación con las aguas subterráneas, es oportuno remarcar que la disponibilidad comprobada a que se refiere el artículo 20 de la Resolución DGA. N°186, de 1996, significa que el caudal expresado en volumen por unidad de tiempo que se contiene en la solicitud debe estar sustentado en las pruebas técnicas correspondientes, y que, asimismo, la Dirección General de Aguas al momento de estudiar y analizar la petición le compete determinar la disponibilidad del recurso[39], toda vez que esa autoridad sólo puede constituir el derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas cuya disponibilidad hubiere sido comprobada[40].

Es necesario destacar, en general, que tanto la no existencia del recurso como su no disponibilidad, constituyen en sí razón suficientemente legal para denegar la correspondiente petición de constitución de derecho de aprovechamiento. Entonces he allí la trascendencia de dictar un acto administrativo que resguarda los derechos de terceros pero no satisface la pretensión de derecho nuevo contenida en la correspondiente solicitud[41].

Ahora bien, existen criterios técnicos fijados por la propia autoridad competente, toda vez, que en esta materia estamos en presencia de una potestad discrecional en el sentido de que la determinación de los parámetros para determinar y comprobar la disponibilidad le competen a la autoridad que debe ejercerla[42].

---

mayoritaria, que existe incompatibilidad absoluta entre solicitudes que sobre las mismas aguas, pretendan aprovechar dichas aguas mediante obras de aprovechamiento que se interfieran; resultando en la práctica imposible el ejercicio de los derechos solicitados.

La Dirección General de Aguas, adoptando dicho criterio, analiza y resuelve dichas solicitudes considerando como área de influencia del derecho, para los efectos de analizar y resolver otras solicitudes, el tramo comprendido entre la restitución del derecho y el punto de intersección del nivel de aguas máximas de la citada obra de aprovechamiento con la corriente natural.

[39] La jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República contenido entre otros en los dictámenes N°s 1.408, de 1992, 23.228, de 1995, y 12093, de 1996, ha expresado que la determinación de la disponibilidad del recurso hídrico, es una materia eminentemente técnica de competencia de la Dirección General de Aguas, quien debe considerar este requisito al tiempo de constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, teniendo presente al adoptar una decisión los derechos legalmente constituidos o reconocidos que se encuentre inscritos y los usos susceptibles de regularizarse de acuerdo con los procedimientos transitorios que contempla el Código de Aguas.

[40] Destacase esta situación pues al no ser procedente la hipótesis del remate a que se refieren los artículos 142 y siguientes del Código de Aguas, de acuerdo a lo previsto en la norma de artículo 60 de ese mismo cuerpo legal, queda por visualizar la validez respecto de la asignación por el Presidente de la República de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas.

[41] Aquí yace la causa misma que justifica la controversia jurídica - técnica sobre la que se pronuncia el respectivo acto administrativo y que da sustento, a su turno, para reputar que el procedimiento administrativo de constitución de derecho es en su esencia controvertido, y no tan solo por qué un o más terceros que se sienten perjudicados o amenazados en sus derechos deduzcan oposición bajo los términos del artículo 132 del Código de Aguas.

Dicha consideración, además, no resulta menor frente al principio precautorio de no afectación a derecho de terceros a que se refiere el artículo 22 del Código de Aguas, de acuerdo a los términos que en este trabajo se ha venido exponiendo.

[42] Resulta indispensable hacer presente que los criterios y procedimientos que la Dirección General de Aguas aplica en la determinación de la existencia y disponibilidad son homogéneos y oficiales, en cuanto están establecidos para todas las solicitudes de igual entidad, naturaleza y ejercicio, y son obligatorias para todas las Oficinas, Dependencias y funcionarios del Servicio, sin perjuicio de que son de conocimiento público.

Los criterios técnicos definidos por la Dirección General de Aguas[43], para determinar y comprobar la disponibilidad en el caso de las aguas subterráneas se pueden agrupar en aquellos que permiten definir el caudal explotable a nivel de fuente natural o acuífero y aquellos que permiten determinar el caudal explotable a nivel de obra de captación o pozo[44]. En consecuencia, para constituir derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas es menester saber cuánta agua hay disponible a nivel del acuífero[45] y no solamente, en la obra de captación[46], pues este criterio constituye la única manera de dar cabal cumplimiento a lo estatuido en el artículo 22 del Código de Aguas, en cuanto a velar por que no se lesionen o perjudiquen los derechos de terceros constituidos o reconocidos en la misma fuente, esto es, el acuífero[47].

Dado que existen una serie de obras de captación de aguas subterráneas para la extracción de este recurso, razón por la cual para determinar el caudal que es posible extraer desde cada uno de esos tipos de obras, la Dirección General de Aguas requiere que el solicitante

---

43 Como criterio general, la Dirección General de Aguas considera el caudal sustentable en el largo plazo como el recurso disponible a nivel de la fuente o acuífero para otorgar derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en carácter de permanentes.

Para los efectos de determinar la disponibilidad de agua subterránea susceptible de explotar a nivel de acuífero, el criterio técnico establecido indica el siguiente procedimiento:

a) Determinación de los derechos y usos susceptibles de ser regularizados, a respetar en el acuífero.
b) Determinación del porcentaje de uso efectivo de los derechos y usos a respetar (por tipo de actividad) definiendo así la demanda real sobre el acuífero.
c) Determinación de la oferta sustentable en el largo plazo del recurso; y, finalmente,
d) Establecer el balance entre la demanda real y la oferta del recurso subterráneo en el acuífero.

Si el balance efectuado resulta positivo, es posible constituir derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en carácter de permanentes.

44 En ese sentido cabe destacar que para constituir un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas es necesario que la obra de captación (pozo) sea capaz de entregar el caudal requerido, y que además, exista el recurso a nivel de la fuente natural (acuífero).

Así, una prueba de bombeo permite el análisis de las obras de captación de aguas subterráneas y del acuífero en que se encuentran. El estudio de las variaciones de los niveles, es precisamente en lo que consiste la prueba de bombeo y lo que permite obtener información, tanto sobre la obra de captación de aguas subterráneas en sí, como sobre las características del acuífero desde él cual se desea extraer el agua con el derecho nuevo de aprovechamiento solicitado.

45 Para los efectos de determinar la disponibilidad de las aguas subterráneas susceptible de explotarse a nivel de la fuente natural o acuífero, el criterio técnico de la Dirección General de Aguas se funda en un análisis detallado de la realidad de los acuíferos a lo largo del país, basado en estudios, series de pruebas de bombeos, modelos hidrogeológicos, etc.

46 En efecto, la determinación del caudal susceptible de explotar desde un pozo (obra de captación) es una condición necesaria pero no suficiente para comprobar la disponibilidad del recurso hídrico, dado que si bien con las pruebas de bombeo de un pozo es posible determinar cuál es el caudal que se puede explotar de dicho pozo, evidentemente no se determina ni se comprueba si existe recurso disponible a nivel de la fuente natural o acuífero que sea susceptible de ser objeto de constitución de derecho de aprovechamiento.

47 En atención a ello, es opinión de la Dirección General de Aguas que el dictamen N°14.641, de 1996, de la Contraloría General de la República que expresa que la disponibilidad del recurso (en el caso de las aguas subterráneas) debe acreditarse con respecto a cada punto de captación (pozo) en forma especifica, es erróneo. En efecto, debe tenerse presente que la autoridad constituye el derecho en una fuente natural, acuífero en este caso, de suerte que la disponibilidad debe determinarse y comprobarse en relación a ella, y no solo respecto de la ubicación del pozo o sondaje, pues la determinación y comprobación efectuada en la forma indicada es la única manera de dar cumplimiento al mandato de legislador en orden a preservar el uso y goce de los derechos constituidos y reconocidos en la misma fuente

efectúe las pruebas suficientes[48] de acuerdo a la obra de captación de que se trate, esto es, captaciones de tipo pozo profundo[49], pozos de gran diámetro[50], punteras[51], o drenes[52].

Por último, cabe destacar que así como respecto de la disponibilidad de las aguas superficial también es posible respecto de las subterráneas, que el peticionario realice algún análisis hidrogeológico complementario[53] al efectuado por el Servicio para los mismos efectos, en

---

48 Las pruebas requeridas por la Dirección General de Aguas corresponden a las establecidas en la Norma Chilena NCh N° 777/2.

49 Para captaciones de tipo pozo profundo, será necesario contar con los antecedentes técnicos que permitan por lo menos, determinar la curva característica y el radio de influencia de la explotación subterránea que se está analizando (Ver Anexo VIII del Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos a que se refiere la nota de pie de página N°10 de este trabajo), asimismo, se exigirá una prueba de bombeo de gasto constante para el caudal solicitado, con una duración de 24 horas como mínimo y con un tiempo de estabilización o de franca tendencia a la estabilización de los niveles, es decir que presenten una variación tan pequeña que pueden considerarse estabilizados; mínimo de 180 minutos. Se requerirá también, las pruebas de gasto variable con caudales de bombeo ascendentes. Se requerirá también el perfil estratigráfico del pozo.

Cabe destacar que el caudal susceptible de extraer desde este tipo de obras corresponderá al caudal de gasto constante con estabilización mínima de niveles por 180 minutos.

50 Cuando se bombea un pozo de gran diámetro, el caudal bombeado tiene dos orígenes : uno, el aportado por el acuífero, y el otro, el aportado por el volumen de agua que el mismo pozo tiene almacenado en el momento de iniciar el bombeo. Así, en obras de captación de gran diámetro, como pozos norias, se requerirá una prueba de gasto constante para el caudal solicitado, con estabilización de niveles de por lo menos 180 minutos. El caudal estabilizado es el susceptible de extraer desde este tipo de obras.

Si no es posible lograr la estabilización de niveles, se podrá realizar también una prueba de agotamiento de la noria, con medición de toda la recuperación. En este caso el caudal susceptible de extraer podrá ser determinado por ejemplo, mediante el método de Porchet, el cual mediante el uso conjunto del descenso y la recuperación, permite conocer en todo instante el caudal que aporta el acuífero al pozo independientemente del aportado por el almacenamiento de dicho pozo. (Ver anexo IX del Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos a que se refiere la nota de pie de página N° 10 de este trabajo).

51 En el caso de extracción de aguas subterráneas mediante sistema de punteras, se requerirá una prueba de gasto constante para el caudal solicitado, con estabilización de niveles de por lo menos 180 minutos. El caudal estabilizado es el susceptible de extraer desde este tipo de obras. En este caso, el control de niveles deberá efectuarse en una de las punteras del sistema o en una habilitada especialmente como puntera de observación para el control de niveles.

52 Para el caso de extracción de aguas subterráneas a través de drenes, se requerirá una prueba de gasto constante para el caudal solicitado, con estabilización de niveles de por lo menos 180 minutos. El caudal estabilizado es el susceptible de extraer desde este tipo de obras. En este caso, el control de niveles deberá efectuarse en una de las cámaras del sistema o en el pozo colector.

53 Este tipo de estudios deberá contener, en general, los siguientes aspectos:

a) Catastro actualizado de pozos, galerías, vertientes, norias con derecho o susceptibles de ser regularizadas, el que debe considerar información de caudales y niveles de agua, estratigrafía con el fin de definir la demanda acuífera, su distribución y características hidrogeológicas.
b) De acuerdo a la evaluación preliminar de los antecedentes anteriores, definir la realización de pruebas de bombeo con medición en pozos de observación para determinar los valores de los coeficientes de almacenamiento (s) y transmisibilidad (T).
c) La realización de perfiles geofísicos orientados a definir la geometría acuífera del basamento para apoyar la determinación del volumen almacenado en la cuenca.
d) Definir dirección de escurrimiento del agua subterránea con el fin de verificar posibles perjuicios entre terceros.
e) Cuantificar la recarga media que corresponde al acuífero.
f) Establecer, cuando corresponda, si existe conexión hidráulica entre la captación y otros derechos y/o usos a respetar; y,
g) Efectuar un balance hidrogeológico.

el entendido que la decisión[54], en definitiva, será aquella de la Autoridad Administrativa de acuerdo al cúmulo de antecedentes que se tengan a ese respecto.

Finalmente, es necesario dejar constancia[55] del tenor de la sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 21 de noviembre del 2001, recaída en la causa sobre recurso de casación de fondo, Ingreso Nº 4.031 – 2000, que rechazando dicho recurso deducido en contra de una sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que, a su turno, rechazo un recurso de reclamación (ingreso Nª 1242 – 2000), deducido en contra de la resolución DGA V Región (exenta) Nº 358, de 20 de marzo del 2001[56], estableció la doctrina (considerando 11º) "Que, por lo demás, del estudio armónico y comparado de las disposiciones contenidas en los artículos 62, 63 y 141 del Código de Aguas, se puede concluir que en general existen tres vías para resguardar los recursos hídricos en el caso de no ser suficientes para abastecer a todos los posibles interesados y permitir así su aprovechamiento en forma racional, respetando las debidas precedencias y los derechos preexistentes. Una, amplia y preventiva, por medio de una declaración general de prohibición de explotación respecto de una zona, para proteger el acuífero, emitida por la Dirección General de Aguas; una segunda, temporal, de reducción del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a prorrata de ellos, en un caso de que la explotación por algunos usuarios cause perjuicio a otros titulares, y, finalmente otra, específica y particular, relativa a determinada solicitud de explotación en un lugar definido, ante la no disponibilidad del recurso, que se concreta por medio de una resolución recaída en el procedimiento establecido en el artículo 141 del Código de Aguas, cuando se pide el otorgamiento de un derecho conforme al artículo 63 del mismo cuerpo legal".

Es decir, que el proceder la Dirección General de Aguas al momento de discernir sobre la existencia o no disponibilidad del recurso hídrico en una fuente natural, que resuelve una petición de asignación de derecho de aprovechamiento, constituye en si un instrumento eficaz de protección no tan solo de las aguas en sí, sino de una salvaguardia concreta y efectiva de su aprovechamiento en forma racional, respetando las debidas precedencias y los derechos preexistentes.

Incluso, es más, en la citada sentencia, en su considerando 9º, se expresa"...que el concepto de "disponibilidad" dice relación con la posibilidad de aprovechar y explotar aguas subterráneas – recurso de por sí, limitado – sin detrimento de otros titulares de derechos, y no con la mera existencia de dicho elemento líquido", con lo cual hace suya expresamente la tesis de la autoridad competente de que el balance hídrico constituye un instrumento eficaz para la toma de decisiones dentro del procedimiento de asignación de derecho, como que constituyen conceptos diversos como

---

54 Cabe destacar que informará siempre esta decisión, el criterio general de la Dirección General de Aguas de considera el caudal de explotación sustentable como el recurso disponible a nivel de la fuente para determinar los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas susceptibles de otorgarse en carácter de permanentes y definitivos, en cuanto ese caudal de explotación permite un equilibrio de largo plazo del sistema, otorga respaldo físico a los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas otorgados, no genera afección a derechos de terceros (tanto derechos superficiales como subterráneos) y no produce impactos no deseados a la fuente y al medio ambiente.

55 Estas ideas se agregaron con posterioridad al documento original entregado, pues la sentencia que se comenta, es un antecedente posterior a las IV Jornadas de derecho de Aguas, pero que dado lo relevante que resulta su tenor y las materias allí tratadas, los autores han considerado de interés en incorporar y comentar.

56 Este acto administrativo denegó las petición de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, de una captación ubicada en el acuífero de Casablanca, según da cuenta el mérito de lo obrado en el expediente ND – V- 5 - 3247, en atención "a que realizado por ese Servicio el balance hídrico del acuífero del valle de Casablanca, se determinó que no existe caudal disponible para constituir nuevos derechos de aguas subterráneas en dicha cuenca; que lo anterior se funda en el mérito de la Minuta Nº 15, de fecha 10 de octubre de l996, y Minuta Nº 3, de 6 de enero del 2000, ambas de este Servicio; que constituye requisito fundamental para la constitución legal de un derecho de aprovechamiento de aguas, tanto que exista disponibilidad como que no se afecten derechos de terceros; que en el sector donde se ubica la captación del derecho de aprovechamiento solicitado, se ubica dentro de la referida área".

los efectos que producen el de la existencia del recurso y el de la disponibilidad del mismo, aún cuando ambos, en definitiva, se materialicen en un acto administrativo de la Dirección General de Aguas, sin perjuicio de reafirmar que la falta de disponibilidad, en si, constituye un detrimento a los derechos de otros titulares.

En conclusión, a falta de disponibilidad de las aguas superficiales o subterráneas solicitadas, procede denegar la petición no tan sólo por que existe tal en la fuente natural donde se ubica el punto de captación, sino que, además, que con ello se salvaguarda los derecho de los otros titulares.

3.c.- EN CUANTO A LA CANTIDAD DE CAUDAL ECOLÓGICO DE AGUAS:

Dentro del marco legal y normativo vigente, la Dirección General de Aguas ha desarrollado una política para la gestión sustentable de los recursos hídricos cuyo objetivo central es lograr una asignación y la consecuente gestión y explotación sustentable de las aguas en Chile, con el debido resguardo a los derechos de terceros, incluida la demanda ambiental. Así, teniendo como fundamento, la Ley de Bases del Medio Ambiente[57], ese Servicio ha estimado necesario la regulación del uso o aprovechamiento de los recursos hídricos de acuerdo a la normativa vigente teniendo presente las consideraciones ambientales referidas a la mantención de caudales de aguas como a la mantención del valor paisajístico y la protección de especies vulnerables[58], entre otras consideraciones.

Ahora bien, existen diversas definiciones del caudal ecológico[59], pero una definición pertinente a los fines de la Dirección General de Aguas[60], es el de "caudal mínimo que debieran tener los ríos para mantener los ecosistemas presentes, preservando la calidad ecológica".

Para estimar este caudal mínimo se pueden utilizar distintas metodologías, las cuales dependiendo del grado de información requerida se pueden agrupar en los siguientes criterios básicos: a) Definirlo como un determinado porcentaje del caudal natural del río, o, b) Buscar

---

57 Esta ley es la N° 19.300, de 1994, y cuyas disposiciones deben ser concordadas entre otras con la garantía constitucional del artículo 19 N° 8 de la Carta Política y con la norma del artículo 9 transitorio del Código de Aguas.

58 Esta preocupación institucional se ha vertido, por ejemplo, en incorporar normas expresas sobre el caudal ecológico en el Código de Aguas, a través de la actual modificación que se está tramitando en el Congreso Nacional.

Así, se contemplan normas como que " Al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, la Dirección General de Aguas garantizará la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo, en especial, asegurar un caudal ecológico mínimo"; que "El caudal ecológico mínimo no podrá ser superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial. El Presidente de la República reglamentará la forma de precisarlo.", que "En casos calificados, el Presidente de la República podrá, mediante decreto fundado, fijar caudales ecológicos mínimos diferentes, sin atenerse a la limitación establecida en el inciso anterior".

En todo caso lo anterior, es sin perjuicio de las normas y criterios establecidos en el Manual para la Administración de recursos Hídricos a que se refiere la nota de pie de pagina Nº 10 de este trabajo.

59 En el marco de estas Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas se contempla más información acerca de este caudal y el parecer de la Dirección General de Aguas. Ver en ese sentido la ponencia de Daiber, María Paz y Pardo, Mónica: "El derecho de aprovechamiento de aguas y sus aspectos ambientales" (panel 6).

60 Es importante destacar que la Dirección General de Aguas realiza una estimación general del Caudal Ecológico según la experiencia internacional existente, razón por la cual frente a discrepancias con el peticionario, será responsabilidad de éste efectuar los estudios de detalle de acuerdo con las pautas que al efecto le fije este Servicio.

conocimiento específico respecto al requerimiento de caudal por parte de los agentes usuarios (flora y fauna acuática, vida humana y sus requerimientos ambientales, etc...).

Hasta el momento, los criterios de estimación se orientan a la aplicación de metodologias asociadas principalmente a los indicados criterios[61], sin perjuicio que en situaciones especiales, este caudal total a respetar puede ser igual al caudal ecológico más la demanda ambiental hídrica, es decir, un caudal efectivo de explotar más restrictivo.

Pero éste quehacer y las decisiones sobre lo qué es y cuál es el caudal ecológico están directamente asociadas tanto al cumplimiento del mandato de la Constitución y la ley como de hacer sustentable la explotación del recurso hídrico, pues en la medida que existan las condiciones de mantenimiento de la biota asociada a las fuentes naturales, se estima que se puede contribuir a restarle velocidad a los procesos de cambio climático y alteración del ciclo hidrológico, y, con ello, la existencia de caudales mínimos en las fuentes permitirá que, al menos indirectamente, en el menor número de periodos hidrológicos, se presenten situaciones de escasez severa del recurso o que éstos sean más espaciados o menos severos que la muestra de la actual gradiente que es posible de inferir de los datos y registros de lluvias, desertificación, calentamiento de la tierra, entre otros[62], a lo largo del país.

En ese entendido, el aprovechamiento de las aguas dulces del país y su gestión acondicionada al marco legal vigente contribuyen al desarrollo sustentable del país, pues en la medida que los derechos de aguas se asignen con un caudal seguro, y que ello, además, permita asegurar condiciones a las generaciones venideras para su efectivamente existencia y propio desarrollo, es decir, que el agua no se transforme en una seria limitante para el futuro desarrollo social y económico del país, sino que por el contrario, sea un elemento que los fortalezca y potencie.

Finalmente, en ese contexto, la asignación de derechos de aprovechamiento, en cuanto la determinación de caudal existente y disponible de aguas, no tan solo cumple con tales objetivos sino que se constituye en un instrumento eficaz, toda vez que en el balance hídrico respectivo siempre se considerara un caudal ecológico a respetar sea como un derecho de tercero o como un uso a respetar[63], como lo es el propio que requiere la biodiversidad asociada para existir en torno a las fuentes naturales.

---

61 Los resultados de esas metodologías pueden dar resultados como:

Q ecológico = 10 % del caudal medio anual
Q ecológico = 50 % del caudal mínimo del estiaje del año 95 %
Q ecológico = caudal que es excedido al menos 330 día al año.
Q ecológico = caudal que es excedido al menos 347 días al año.

62 A este respecto, atendible es el diagnostico y los desafíos que la Política Nacional de Recursos Hídricos (documento presentado al Presidente de la República señor Eduardo Freí Ruiz-Tagle, con ocasión de la celebración de los 30 años de la Dirección General de Aguas, el 11 de noviembre de l999) contiene y plantea, en especial, respecto de la variabilidad climática y la presión del medio ambiente y la contaminación.

63 En ese entendido, por ejemplo, como valor paisajístico o turístico, sin asumir el tema de la calidad de las aguas pues este debe ser abordado por otros instrumentos legales de control y gestión ambiental como son las normas de calidad o de emisión, o bien los planes de manejo, prevención o descontaminación.

3.d.- Restricciones Legales:

Entendemos por restricción la "acción y efecto de restringir, limitar o reducir, y, por restringir, ceñir, circunscribir o reducir a menores límites"[64]. Por otra parte, según sea la fuente creadora de la restricción ella podrá ser legal, cuando lo orden a la ley; voluntaria, en cuanto nace de la voluntad de aquél que se impide o se obliga a realizar o no una conducta determinada, sea que conste en un documento o título. Finalmente, judicial, cuando ella emane de una sentencia judicial a firme. Para los efectos de este trabajo solo importan las legales.

Así, de la revisión de un conjunto de normas es posible constatar la existencia de una serie de restricciones que se encuentran asociadas directa e indirectamente con el requisito de no causar perjuicio o menoscabo a derecho de terceros. En ese contexto, además, se comprueban que las restricciones tienen un carácter general y en otros casos solo están referidas a una situación en especial.

De lo desarrollado podemos ordenar las restricciones del siguiente modo: (i) restricciones legales generales y (ii) restricciones legales especiales.

3.d.i.- Restricciones legales generales:

Dentro de este tipo de restricciones aparecen aquellas que podemos denominar de carácter ambiental, y que nacen a partir de la vigencia de la Ley Nª 19.300, de l994.

Así, deben ingresar al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) todas las solicitudes[65] de constitución de derechos de aprovechamiento cuyo punto de captación recaiga en cualquier área bajo protección oficial[66], en virtud del artículo 10 letra p) de la Ley 19.300.

El ingreso de las solicitudes al SEIA es una obligación para el peticionario y significa que sólo los aspectos medio ambientales de la petición serán resueltos en esa instancia, mas los aspectos de disponibilidad y demás requisitos de que habla el Código de Aguas serán resueltos por la autoridad competente dentro del marco del procedimiento administrativo correspondiente.

Ahora bien, el proceso de evaluación finaliza con una Resolución Calificatoria emitida por la respectiva COREMA[67] o por la CONAMA[68]. Si dicha Resolución Calificatoria es favorable, la Dirección General de Aguas podrá continuar con la tramitación habitual de la solicitud; la cual

---

64 Según lo expresa el Diccionario de la Real Academia Española.

65 Precisamos que las solicitudes de exploración de aguas subterráneas como las de cambio de punto de captación o traslado de derecho de aprovechamiento o cambio de fuente de abastecimiento, se encuentran sometidas a las mismas restricciones legales.

66 Destacamos que se entiende como áreas bajo protección oficial a las vegas y bofedales de las Regiones de Tarapacá y Antofagasta, las áreas del SNASPE que administra CONAF, sitios RAMSAR, Santuarios de la Naturaleza (bajo protección del Consejo de Monumentos Nacionales) y cualquier otra área natural que se encuentre bajo protección oficial. Quedan exceptuados los Sitios Arqueológicos y los Monumentos Históricos que están bajo tuición y protección del Consejo de Monumentos Nacionales, debido a que CONAMA ha decidido excluir de esta obligación a las áreas bajo protección oficial que no sean de carácter natural.

67 Comisión Regional del Medio Ambiente cuyas atribuciones, funciones e integrantes se encuentran normadas en los artículos 80 y siguientes de la Ley Nº 19.300, de l994.

68 Comisión Nacional del Medio Ambiente cuyas atribuciones, funciones e integrantes se encuentran normadas en los artículos 69 y siguientes de la Ley Nº 19.300, de l994.

puede ser resuelta favorablemente o ser denegada. Si la solicitud fuere denegada por el Servicio, no pueden aducirse a razones relativas al medio ambiente, por considerarse que esos aspectos ya fueron zanjados en el marco del SEIA. Si por el contrario, la Resolución Calificatoria es desfavorable, la Dirección deberá denegar de plano dicha solicitud.

En lo que respecta a las solicitudes que recaen en áreas del SNASPE[69], cabe señalar que la Dirección General de Aguas (DGA) y la Corporación Nacional Forestal (CONAF) celebraron un Convenio[70], pues en el contexto de sus funciones y atribuciones legales, ambas instituciones como órganos del Estado tienen como objetivo común fundamental el desarrollo sustentable de los recursos naturales en el marco de la protección del medio ambiente, la preservación de la naturaleza y la conservación del patrimonio ambiental de Chile.

El convenio DGA - CONAF actualmente no es aplicable, puesto que desde abril de 1997, se encuentra operando oficialmente el SEIA que regla la ley Nº 19.300, salvo los casos en que las solicitudes de constitución de derecho recaigan en áreas de influencia e interés del SNASPE, casos en los cuales dicho Convenio se encuentra plenamente vigente y operativo.

Por otra parte, respecto de las autorizaciones en áreas que incluyan sitios arqueológicos y/o monumentos nacionales, ellas deberán dejar expresa constancia que el beneficiario deberá dar completo cumplimiento a las disposiciones contenidas en la Ley Nº 17.288 de fecha 4 de febrero de 1970, que legisla sobre Monumentos Nacionales.

Por último, en cuanto a otra restricción de carácter general, se constata la existencia de aquellas que nacen de la protección, constitución y restablecimiento de derechos de aprovechamiento de aguas de propiedad ancestral de las Comunidades Indígenas a que se refiere la Ley Nº 19.253. En especial, debe tenerse presente lo dispuesto en el artículo 21 de dicha normativa como la existencia de un convenio[71] que la Dirección General de Aguas suscribió con la CONADI para los efectos de implementar las normas programáticas de dicha legislación.

3.d.ii.- <u>Restricciones legales especiales:</u>

Este tipo de restricciones amerita una nueva distinción, sobre la base de la naturaleza de las aguas, esto es, si son aguas superficiales o son subterráneas.

Así, en cuanto a las aguas superficiales no es posible constatar alguna restricción que la ley establezca en especial para este tipo de recursos hídricos, y, en ese entendido, debe estarse a las generales.

Por el contrario, respecto de las aguas subterráneas es posible visualizar entre otras las siguientes restricciones especiales: la imposibilidad de constituir derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas en aquellos sectores próximos a afloramientos o vertientes, si de ello resultare perjuicio o menoscabo a derechos de terceros; la autorización del dueño del predio o de quien tiene su administración; la existencia de una distancia mínima entre captaciones; la

---

69 Sistema Nacional de Áreas Silvestres Protegidas del Estado, a su respecto consultar las normas de los artículos 34 y siguientes de la Ley Nº 19.300, de 1994.

70 Este convenio forma parte del anexo Nº XII, del Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de los Recursos Hídricos de la Dirección General de Aguas, a que nos hemos referido con anterioridad en este trabajo.

71 Este forma parte del anexo XII del Manual para la Administración de Recursos Hídricos a que se refiere la nota de pie de página Nº 10 de este trabajo.

existencia de una área de protección, y la imposibilidad de remate sobre unas mismas aguas subterráneas pedidas.

Según lo dispone el artículo 21 de la resolución DGA Nº 186, de l996, "En ningún caso se podrá constituir un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, en aquellos sectores próximos a afloramientos o vertientes, si de ello resultare perjuicio o menoscabo a derecho de terceros". El tenor de la norma es claro, razón por la cual constatadas las circunstancias por la autoridad correspondiente, procede no acceder a la solicitud de asignación del derecho de aprovechamiento, salvaguardando el o los derechos de terceros[72] que se verían afectados con una resolución favorable de la petición.. En relación con esta disposición, se considera como un criterio técnico prudente que no se construyan obras de captación a menos de 200 metros de los lugares de vertientes o afloramientos.

Por su parte, el artículo 22 de la resolución DGA Nº 186, de l996, dispone que "El peticionario del derecho deberá acreditar con copias de la inscripción correspondiente, su dominio sobre el inmueble donde se encuentra ubicada la captación, o la autorización de su dueño. Si la obra de captación está ubicada en un bien nacional de uso público, se requerirá la autorización del organismo bajo cuya administración éste se encuentre. Tratándose de un bien fiscal, se requerirá la autorización del Ministerio de Bienes Nacionales".

Tanto la referida autorización dominical como las administrativas constituyen en sí un requisito vinculante y fundamental para la respectiva constitución del derecho de aprovechamiento de aguas, es decir, es un requisito de existencia, sin ella, procede denegar la petición. El fundamento de tal requisito[73] radica precisamente en que no es posible gravar un bien inmueble donde se ubica la captación sin la autorización por escrito de quién es su dueño o de quién legalmente está facultado para hacerlo[74]. En el fondo, que exista constancia que los derechos asociados al inmueble donde se haya la obra de captación, su titular consiente en gravarlos aún en situación de menoscabo o perjuicio a fin de que se asigne el derecho de aguas pedido.

Existe otro caso de restricción a partir de lo dispuesto en la norma del artículo 23[75] de la Resolución DGA Nº 186, de l996, desde la cual se desprende que en función de respetar los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas de terceros se restringe la posibilidad de constituir uno nuevo a una distancia menor de 200 metros, salvo que el titular de aquél consienta en autorizar la constitución. Esta autorización, que en el fondo constituye un acto de mera

---

72 Al respecto resulta prudente tener a la vista lo dispuesto en los artículos 20 y 56 del Código de Aguas, en cuanto casos de derechos de aprovechamiento de aguas que deben ser considerados como también los que puedan ser susceptibles de regularizar por algunos de los procedimientos que establece la Legislación de Aguas vigente.

73 Este requisito se cumple con una declaración de voluntad sujeta a formalidad y sin quedar sometida a condición extintiva o plazo, pues el derecho de aprovechamiento en si es de carácter definitivo y aún cuando a su respecto puede existir modo o condición, ello lo está en función de su ejercicio y no de su existencia, tal cual por lo demás expresamente lo dispone el artículo 149 Nº7 del Código de Aguas.

74 Cabe tener presente que las normas de los artículos 9, 25, 26, 97, y 69 y siguientes, entre otras, del Código de Aguas, se relacionan con los medios necesarios para el ejercicio del derecho de aprovechamiento, mas no con existencia del mismo, y, en ese contexto, la autorización requerida es una declaración expresa, independiente, y principal, que puede estar asociada o no con una declaración accesoria como lo es la servidumbre de acueducto u otra.

75 Esta norma establece que "No se constituirá el derecho de aprovechamiento sobre captaciones subterráneas que se encuentren ubicadas a menos de 200 metros de otras captaciones subterráneas, cuyos derechos se encuentren reconocidos o constituidos en conformidad a la ley o que sean susceptibles de ser regularizados en conformidad al procedimiento establecido en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas...No obstante lo anterior, con la autorización del propietario de la obra de captación afectada, podrán constituirse derechos de aprovechamiento a menos de la distancia indicada en el inciso primero...".

voluntad del respectivo titular del derecho, deberá en todo caso constar por escrito y con un grado de formalidad, pues éste consiente soberanamente en gravar su derecho y lo somete a la eventualidad de que se vea afectado con el ejercicio del derecho nuevo que autoriza crear. Es decir, la restricción que opera en su favor y en contra del peticionario, cesa, liberando a la autoridad competente de su condición de resguardo por acto de liberalidad del titular del derecho respectivo.

Asimismo, el artículo 23 de la Resolución DGA Nº 186, de l996, contiene otra restricción asociada al área de restricción[76], en cuanto dispone en su inciso segundo que " Asimismo, tampoco se constituirán derechos de aprovechamiento sobre captaciones de aguas subterráneas dentro de áreas de protección legalmente establecidas", procediendo, además, la posibilidad de que con la autorización del dueño de la respectiva captación afectada, pueda constituirse el derecho de aprovechamiento dentro del área de protección, tal como lo dispone el inciso final de la norma recién citada.

El criterio de restricción contenido en relación con las áreas de protección es el mismo que el de la distancia mínima entre captaciones, y así, ella cesa, por consentirlo expresamente aquél a quien la norma protege de causar daño, liberando a la autoridad respectiva de la situación de resguardo de los derechos que se verían menoscabados con la petición.

Finalmente, citamos como un caso legal de restricción especial, la circunstancia de que respecto de unas mismas aguas subterráneas no procede el remate de derecho de aprovechamiento de aguas, al existir norma expresa que lo prohíbe como aquella que contiene el artículo 60 del Código de Aguas. En razón de ello, las solicitudes que recaen sobre las mismas aguas o que se encuentran en la situación prevista en el inciso tercero del artículo 142 del Código de Aguas deberán ser resueltas una a una[77], y de acuerdo a una exigente orden de presentación, en la que no deberá excluirse la posibilidad de considerar la hora y/o minutos en que se ingreso a tramite la correspondiente solicitud, entre otros resguardos a las pretensiones de los peticionarios.

3.e.- LIMITACIONES:

Existe dentro del ordenamiento legal vigente un conjunto de limitaciones[78] que establece la ley y que en sí representan instrumentos o medidas de resguardo de los derechos de terceros durante el proceso de constitución de un derecho de aprovechamiento.

Así, respecto de las aguas superficiales existe la institución de la declaración de agotamiento, por la cual de acuerdo a lo previsto en el artículo 282 del Código de Aguas, la Dirección General de Aguas podrá declarar en caso justificado, a petición fundada de la junta de

---

76 En cuanto a información relacionada con el área de protección, consultar los artículos 61 del Código de Aguas , y 24 y 25 de la Resolución DGA Nº 186, de l996.

77 Dado que una solicitud se resolverá antes que otra, la posterior además de contar con la exigencia de que exista aguas para abastecerla (disponibilidad), deberá contar con la autorización del dueño del predio donde se ubica la captación, como la del dueño del pozo, sin perjuicio de que deberá estarse, además, a las autorizaciones a que se refieren las normas del artículo 23 de la Resolución DGA Nº 186, de l996.

78 Entendemos por limitación la "acción y efecto de limitar o limitarse", y limitar, como "poner límites a una acción o a una cosa (acepción 1), o atenerse, ajustarse alguien a algo en sus acciones (acepción 5)", definiciones que se encuentran conteste con las que dispone el Diccionario de la Real Academia Española. Asimismo, es posible percibir que existen limitaciones legales, judiciales y voluntarias, siendo las que importan las primeras pues ellas constituyen en si un instrumento que salvaguarda derechos de terceros en el proceso de asignación de derechos de aguas que siempre debe velar por observar la Dirección General de Aguas.

vigilancia respectiva o de cualquier interesado y para los efectos de la concesión de nuevos derechos consuntivos permanentes, el agotamiento de las fuentes naturales, sean éstas cauces naturales, lagos, lagunas u otros, y como consecuencia de ello, en la respectiva fuente natural no podrán concederse nuevos derechos consuntivos permanentes[79].

En todo caso, la autoridad competente podrá revocar la declaración de agotamiento a petición justificada de organizaciones de usuarios o terceros interesados, la cual deberá estar fundada en antecedentes que demuestren que no se ocasionará perjuicio a los derechos permanentes y eventuales constituidos. Se considerará como tales la existencia de obras de regulación que modifiquen el régimen existente en la corriente, estadística que contenga los caudales captados en períodos normales y de sequía, en la corriente natural y en los canales derivados, por ejemplo.

Cabe destacar que el interesado deberá entregar los antecedentes técnicos que justifiquen la solicitud, es decir los antecedentes que demuestren que no es posible constituir nuevos derechos consuntivos permanentes en el cauce, pero sí otros de diferente naturaleza y tipo de ejercicio de acuerdo a la existencia y disponibilidad de las aguas.

Es decir, la declaración de agotamiento es un instrumento eficaz que pueden hacer valer los titulares de derecho de aguas superficiales para que en la fuente natural no sea legalmente procedente constituir por la autoridad respectiva derechos consuntivos y permanentes, pues de contradecirse ello se perjudicara los derechos que son titulares sin perjuicio de vulnerar la ley, y, en ese sentido constituye para la autoridad competente una limitación de sus facultades[80].

Ahora bien, respecto de las aguas subterráneas, es posible inferir de la legislación de aguas vigente que ella contempla como limitaciones a su explotación tanto el área de restricción como la zona de prohibición[81], y consecuentemente, se produce el efecto de que no es posible de constituir un derecho nuevo de aprovechamiento sin atentar o poner en peligro derecho de tercero.

Así, en relación con la declaración de área de restricción[82] respecto de aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista el riesgo de grave disminución de

---

79 Cabe destacar que el Código de Aguas en su artículo 16 define que el derecho de ejercicio permanente es aquél que se otorga en dicha calidad en fuentes de abastecimiento no agotadas en conformidad a las disposiciones del presente Código.

80 En los hechos la autoridad no podría constituir derechos consuntivos y permanentes, pues según los antecedentes y resultados que arrojan las bases de datos con que cuenta le denotaría la no existencia de caudal disponible de aguas para esos efectos.

81 No caben dudas que la institución de la reducción temporal a que se refieren tanto el artículos 62 del Código de Aguas como el artículo 26 de la Resolución DGA N° 186, de 1996, en cuanto se encuentre decretada constituye una limitación severa para constituir un derecho nuevo de aprovechamiento en el acuífero, y, en el caso de que haya cesado, constituye un antecedente insoslayable para los efectos de determinar la disponibilidad de caudal de aguas subterráneas para abastecer un derecho nuevo que se pretenda constituir en esa fuente natural.

En todo caso, cabe destacar que la reducción temporal del ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, a prorrata de ellos, la efectúa la Dirección General de Aguas a petición de los afectados, cuando la explotación por algunos usuarios ocasionare perjuicio a los otros titulares de derechos. En armonía con ello, tener presente lo dispuesto en el artículo 56 como en los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas y la norma del artículo 680 N° 9 del Código de Procedimiento Civil.

82 El área de restricción se encuentra normada en los artículos 65, 66 y 67 del Código de Aguas y en los artículos 27 y siguientes de la Resolución DGA N° 186, de l996.

un determinado acuífero, podrá ser declarada[83] por la Dirección General de Aguas a petición de cualquier usuario del respectivo sector, sobre la base de antecedentes históricos de explotación de sus obras de captación que demuestren la conveniencia de restringir el acceso al sector, la que se efectúa sobre la base de estudios que demuestren que existe riesgo de grave disminución de un determinado acuífero y no necesariamente a la constatación de un deterioro real en la actualidad.

Declarada un área de restricción, la Dirección General de Aguas solo está autorizada para constituir derechos de aprovechamiento provisionales[84], los que eventualmente se pueden transformar en definitivos después de 5 años de uso sin que se haya causado perjuicio a terceros[85].

En virtud de lo expuesto, la declaración de este tipo de área[86] constituye en sí una limitación legal a la constitución de un nuevo derecho de aguas subterráneas en tanto protege los derechos de aprovechamiento constituidos[87] en el acuífero, toda vez que la disminución grave de él afecta la explotación sustentable de aquellos como eventualmente la biovidersidad asociada a la fuente como a ella misma[88].

En cuanto a la declaración de zona de prohibición para nuevas explotaciones de aguas subterráneas, se decreta por la Dirección General de Aguas mediante Resolución que se publican

---

83 Cabe destacar que esta declaración da origen a una comunidad de aguas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas, la que deberá organizarse en la forma prevista en el párrafo 1° del Título III del Libro Segundo del Código de Aguas. La organización de dicha comunidad de aguas deberá promoverse en la forma prevista en los artículos 187 o 188 y siguientes del Código de Aguas, dentro del plazo de 90 días contados desde la fecha de publicación en el Diario Oficial de la resolución que declare el área de restricción.

84 Resulta destacable respecto de este derecho de aprovechamiento especialísimo, tanto por que él es sólo aplicable a las aguas subterráneas como a que queda sujeto de pleno derecho a la jurisdicción de la comunidad de aguas subterráneas que se origina por la declaración de área de restricción (se trata de un caso de ingreso forzado según lo dispone el inciso final del artículo 30 de la Resolución DGA N° 186, de l996, como además, su existencia definitiva está condicionada a que no se cause perjuicio a los derechos constituidos en la fuente, para lo cual deberán efectuarse una serie de comprobación que son constatables, entre otros medios y antecedentes, por el sistema de control y de medición periódica, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 29 de la Resolución DGA antes citada en armonía con lo prescrito en el artículo 68 del Código de Aguas, puede ordenar la Dirección General de Aguas.

En cuanto a mayores antecedentes sobre el ingreso o salida de una organización de usuarios de aguas, ver Neumann M., Christian: "De la libertad para afiliarse o desafiliarse de una Organización de Usuarios de Aguas". (PONENCIA). Actas Primeras Jornadas de Derecho de Aguas. (Santiago de Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998). (Revista Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 1/N°2 - julio - diciembre 1999, pp. 393 - 408),

85 Los derechos de aprovechamiento otorgados provisionalmente se pueden transformar en definitivos, cumpliéndose los requisitos del artículo 67 del Código de Aguas, para lo cual debe presentarse una solicitud que se tramita conforme al párrafo 1° del título I del Libro II del citado Código, notificándose personalmente al representante de la comunidad de aguas subterráneas que se origine con motivo de la declaración de área de restricción.

86 Para mayor información acerca de este tipo de áreas y del parecer de la Dirección General de Aguas, en el marco de estas Cuartas Jornadas de Derecho de Aguas, ver ponencia de Gallardo Paffetti, Silvia y Rojas Sánchez, María: "Medidas que limitan la explotación de las aguas subterráneas y su aplicación práctica" (Panel 9).

87 Aquí tanto el contenido y la identidad de terceros que pueden ser afectados, según el tenor del artículo 22 del Código de Aguas, se restringe sólo a los derechos de aguas y a los titulares de los mismos.

88 En todo caso, es necesario precisar que estos últimos efectos no son condición para la declaración del área de restricción, sino que simplemente son consecuencia de su establecimiento. Quizás aquí, será posible revisar las normas sobre daño ambiental a que se refieren los artículos 51 y siguientes de la Ley N° 19.300, de l994.

Respecto de este tipo de zona admite ser clasificada en dos tipos, en una general, y, en una especial. La zona de prohibición general es aquella que mediante resolución fundada se dicta para la protección del acuífero, y cuyo efecto es que prohíbe nuevas explotaciones, es decir, la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas.

En lo que dice relación con la zona de prohibición especial, es aquella que por resolución fundada sólo procede para la protección de acuíferos que alimenten vegas y los llamados bofedales de las Regiones Tarapacá y de Antofagasta, y cuyo efecto es que dichas zonas y acuíferos se entenderán prohibidos para mayores extracciones[90] que las autorizadas, así como para nuevas explotaciones, sin necesidad de declaración expresa[91]. La Dirección General de Aguas deberá previamente identificar y delimitar dichas zonas[92]".

De acuerdo a lo expuesto, la zona de prohibición general opera para cualquier acuífero que se desee proteger, por lo cual los derechos de terceros que se pretenden salvaguardar con esta institución son más amplios que los que puede comprender la zona de prohibición especial. Además, constituye diferencia la circunstancia que respecto de la zona especial opera para obtener otros objetivos que dicen relación con materias que no guardan un vínculo directo con los recursos hídricos o los derechos de aguas propiamente tal.

Finalmente, en cuanto a generalidades, cabe destacar que la zona de prohibición constituye en si un área colocada bajo protección oficial y que debe ser considerada para la ejecución de obras, programas o actividades que deben ser sometidas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, según lo dispone la Ley de Bases del Medio Ambiente[93].

---

de la situación hidrológica de largo plazo del acuífero, se constate un descenso en el nivel estático y de rendimiento de las captaciones, afectando a lo menos al cincuenta por ciento de las captaciones del área; y, b) Que se haya comprobado la contaminación del acuífero como consecuencia del nivel de explotación existente".

90 Conforme a lo dispuesto en el artículo 58 del Código de Aguas, "Cualquiera persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas" (Resolución DGA Nª 186, de 1996), pero "No se podrán efectuar exploraciones en terrenos públicos o privados de zonas que alimenten áreas de vegas y de los llamados bofedales en las Regiones de Tarapacá y de Antofagasta, sino con autorización fundada de la Dirección General de Aguas, la que previamente deberá identificar y delimitar dichas zonas.

91 Como antecedente de esta institución, en especial en lo relacionado con las vegas y bofedales de las regiones primera y segunda del país, Incisos segundo y tercero del artículo 63 del Código de Aguas, agregado por el artículo 2 de la Ley Nº 19.145, debe tenerse presente que según acta documento de la cuenta, página 6.342 de la Cámara de Diputados, en mensaje del Presidente de la República persigue evitar la desaparición de bofedales y vegas en la primera y segunda regiones con su consecuencia de emigración de poblaciones hacia centros urbanos, lo que atenta contra la presencia nacional en el Altiplano y aumenta los problemas de pobreza y marginalidad urbana. Asimismo se persigue proteger dichas zonas, utilizadas para el pastoreo de camélidos, ovinos y otras especies de carga, carne y lana, cuya existencia se debe al agua subterránea que aflora en el altiplano, las cuales han sufrido una permanente restricción de sus recursos de aguas hasta desaparecer en algunos casos, pues la legislación existente no ha considerado debidamente la conexión e interdependencia entre zonas de pastoreo y aguas subterráneas con grave perjuicio de las comunidades indígenas.

92 Mediante Resolución de la Dirección General de Aguas Nº 909, de 1996, este Servicio identificó y delimitó los acuíferos que alimentan las vegas y bofedales de las regiones de Tarapacá y Antofagasta, dando cumplimiento a lo ordenado por la norma legal.

93 Ver artículo 10 letra p) y 11 letras c) y d). En concordancia con lo anterior, consultar lo dispuesto en los artículos 3, letra p), y 6 letra n) del Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (Decreto Nº 30, del Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia de la República, de 27 de marzo de 1997, publicado en el Diario Oficial del 3 de abril de 1997). Asimismo, considerar los artículos 77 y 78 de este último reglamento, para los efectos que los permisos para efectuar nuevas explotaciones de aguas subterráneas en terrenos públicos o privados que se hayan declarados zonas de prohibición general o especial, constituyen en si permisos ambientales sectoriales.

Ahora bien, respecto de cualquiera de los tipos de zonas de prohibición antes indicados, la Dirección General de Aguas puede alzar la prohibición de explotar, de acuerdo con el procedimiento indicado en el artículo 64[94] del Código de Aguas, pero para tomar la decisión respectiva la autoridad deberá contar con los antecedentes debidos, y, en especial, ponderar que la decisión no afectará derechos de terceros.

Por otro parte, cabe destacar que el legislador en parte alguna estableció que previamente deba declararse área de restricción el sector en donde se ubica el acuífero para proceder a declarar un área de prohibición para nuevas explotaciones. Asimismo, esta declaración es en una facultad de la Dirección General de Aguas y nunca un deber, todo lo cual deberá dictaminarse con el mérito de los antecedentes respectivos.

En otro orden de ideas, atendible es destacar que es legal y técnicamente posible que se deniegue una petición de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas por no existir disponibilidad a nivel de la fuente (del acuífero no del pozo) en un sector que no se ha declarado zona de prohibición, pues debe tenerse presente que si no concurre alguna de las tres exigencias copulativas antes indicadas en este trabajo, es decir, procedencia legal, disponibilidad del recurso y no perjuicio de terceros, la autoridad competente está obligada por mandato imperativo del legislador a denegar el derecho pedido.

Asimismo, es posible legal y técnicamente que la autoridad respectiva declare área de prohibición a un determinado sector hidrogeológico, no obstante que exista disponibilidad del recurso. En efecto acorde lo prevenido en el artículo 32 letra b) de la Resolución D.G.A. N° 186, de 1996, puede efectuar tal declaración porque el acuífero se encuentra contaminado, es decir, comprobada que sea la contaminación del acuífero como consecuencia del nivel de explotación existente, la Dirección General de Aguas está legalmente facultada para efectuar la respectiva declaración, con lo cual se produce el efecto de que respecto de éste no pueden constituirse nuevos derechos en virtud de la prohibición, no obstante que puede haber aguas disponibles a nivel de la fuente natural (acuífero).

Debe tenerse presente además, que la determinación de la disponibilidad del recurso en el ámbito de la fuente natural, es una operación técnica que no tiene relación alguna con los estudios y análisis que deben efectuarse para declarar el área de prohibición a que se refiere el artículo 63 del Código de Aguas. De manera tal, que denegar una petición por falta de disponibilidad del recurso en la fuente, no requiere que previamente que la zona o área se encuentre declarada en prohibición[95].

---

94 Esta norma establece que "La autoridad deberá dictar una nueva resolución sobre la mantención o alzamiento de la prohibición de explotar, a petición justificada de parte, si así lo aconsejan los resultados de nuevas investigaciones respecto de las características del acuífero o la recarga artificial del mismo".

95 Cabe precisar que la denegación de una solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas por falta de disponibilidad se funda en las normas de los artículos 22 y 141 inciso final del Código de Aguas y en el artículo 20 de la Resolución DGA N°186, de 1996, en tanto la denegación por la existencia de una zona de prohibición se basa en el artículo 63 de la mencionada codificación como en lo prescrito en el artículo 32 de la citada Resolución DGA.

4.- CONCLUSIONES:

A partir de lo expuesto y de las normas legales citadas, es posible inferir las siguientes premisas en relación con el requisito establecido en el artículo 22 del Código de Aguas:

a.- Constituye una expresión concreta del principio precautorio de no causar daño a los administrados que la Constitución Política y la Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado se encargan de reconocer y reglar.

Resaltamos que dicho principio tiene la característica de ser precautorio, con lo cual se persigue que la evaluación hecha por los órganos o agentes del Estado debe incluso comprender la posibilidad de tentativa de daño, perjuicio o menoscabo de un derecho.

b.- Constituye un mandato legal que pone a la Dirección General de Aguas en posición de garante en la protección de bienes jurídicos en el proceso de la asignación, lo cual autoriza a invocar como acción o excepción para los efectos de salvaguardar debidamente los derechos de aquellos.

Destacase que tal posición de garantía de ese Servicio, no opera solo respecto de los derechos de los opositores que hayan efectuado presentación en el expediente administrativo correspondiente sino que aún de aquellos que han guardado silencio. Es más, también opera en beneficio de los demás derechos del propio peticionario.

c.- La posición de garante que asume la Dirección General de Aguas en el procedimiento de asignación de derecho de aprovechamiento tiene fundamento legal, comprende a todos los bienes jurídicos (derechos) de que son titulares los terceros, y genera las responsabilidades administrativas, civiles y/o penales respectivas que se deriven de su actuación administrativa.

Pertinente, además, será considerar tal posición respecto de distinguir la responsabilidad objetiva de la subjetiva que pueda generarse con ocasión de una actuación de un órgano o agente o funcionario del Estado, en cuanto a sí es reparable el daño, menoscabo o perjuicio, quién deberá repararlo, cómo cual será el procedimiento para perseguirlo, entre otras consideraciones.

d.- Este requisito está expresa y solamente asociado a la constitución de derecho de aprovechamiento de aguas, de manera que en los demás procedimientos que regla el Código de Aguas deberá estarse a las normas generales.

En cuanto a su contenido, no solo se refiere a los derechos de aguas sino que a cualquier derecho de que sea titular un tercero y que se afecte o se pueda afectar o menoscabar con la solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas. Asimismo, la persona de tercero titular de derecho que se quiere evitar lesionar incluso comprende el medio ambiente.

e.- Constituye una carga legal para la Dirección General de Aguas que debe ser expresamente observada en cuanto la determinación de la existencia como de la disponibilidad de las aguas que se pretenden por la petición respectiva. Asimismo, es una carga para el peticionario el no afectar un derecho de terceros con su pretensión, pues a su respecto también opera la observancia del principio de legalidad que reconoce y regla la Constitución Política vigente.

f.- El Código de Aguas y otras legislaciones, con relación a la constitución de un nuevo derecho de aprovechamiento de aguas, establecen una serie de restricciones y limitaciones que

puedan ser validamente invocadas por la Dirección General de Aguas como por cualquier interesado en el proceso de la asignación, que deben ser cumplidas previamente sea por la autoridad sea por el interesado en que se le constituya el derecho, y, que en los hechos se convierten en expresiones concretas de salvaguardia de los derechos de los terceros.

g.- Existen instituciones en el Código de Aguas que están establecidas en el sólo interés de los titulares de derechos de aprovechamiento, solo pueden ser invocadas por ciertos interesados, pero no por la Dirección General de Aguas, como lo son las áreas de restricción, y que en si, estando declaradas, constituyen una limitación tanto para la autoridad como para cualquier interesado en constituir un nuevo derecho de aprovechamiento de aguas, razón por la cual resulta prudente, a lo menos, su establecimiento previa solicitud de quienes la facultad de solicitarlas.

En ese contexto, resulta atendible, avanzar en el establecimiento formal de las restricciones y o limitaciones, en cuanto salvaguardias de los derechos de terceros, resultan de mayor eficiente en dicha condición.

h.- Por último, si bien pueden ser discutibles los criterios técnicos de la autoridad – que se encuentran ajustados a la ley y son concordantes con los criterios internacionalmente aceptados - respecto de sí existen o no, o, bien se encuentran o no disponible las aguas sobre las cuales se ha solicitado se constituyan un derecho de aprovechamiento de aguas, no lo son el conjunto normativo vigente, tanto de rango constitucional, legal o reglamentario, respecto de la observancia del principio legal de no afectación a derecho de terceros que tiene su expresión especialista y concreta en la norma del artículo 22 del Código de Aguas.

En razón de ello, las justificaciones de mérito legales no pueden ser materia de controversia, como si pueden ser las de carácter técnico, respecto de las cuales siempre ante sede administrativa, y sin necesidad de que haya operado recurso de reconsideración a su respecto, la Dirección General de Aguas está dispuesta a discutir según se ha expresado en su oportunidad en este trabajo, es decir, que los resultados de las evaluaciones que la Dirección General de Aguas realiza en el proceso de la asignación, siempre son posibles de ser contrastados con los datos y antecedentes, que responsable y justificadamente haga valer el peticionario.

i.- En fin, el Código de Aguas de 1981 al disponer en norma expresa el que no se puede causar menoscabo o perjuicio a derecho de terceros durante la sustanciación del procedimiento de constitución de derecho de aprovechamiento, dio un avance y respaldo concreto a los principios que la Constitución Política se encargó de establecer, y, que en forma general, la ley procedió a normar, cuestión que por lo demás, en las anteriores legislaciones de aguas no se estableció, actitud legislativa que no solo miró a la administración sino que a cualquier interesado de llegar a ser titular de un derecho de aguas, y, que, en definitiva, contribuye de manera eficaz en el respeto y protección de los bienes jurídicos en el actual estado de derecho.

He allí, entonces, la contribución sustantiva del requisito contenido en el artículo 22 del actual Código de Aguas al desarrollo y consolidación de esta legislación especial, y, un caso concreto en que la disposición constitucional del artículo 32 es recogida por la ley para su observancia.

5.- BIBLIOGRAFÍA:

5.a.- Autores:

- Dirección General de Aguas: "Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos".

- Jaeger Cousiño, Pablo: "Sobre la procedencia legal en la constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas" (Ponencia a las Primeras Jornadas de Derecho de Aguas, en Revista de Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol I/N°2, 1999, pp 387 - 392) p 392.

- Madariaga Gutiérrez, Mónica: "Seguridad Jurídica y Administración Pública en el siglo XXI" (segunda edición actualizada, Editorial Jurídica de Chile, 1993).

- Neumann M., Christian: "De la libertad para afiliarse o desafiliarse de una Organización de Usuarios de Aguas". (PONENCIA). Actas Primeras Jornadas de Derecho de Aguas. (Santiago de Chile. Pontificia Universidad Católica de Chile, 1998). (Revista Derecho Administrativo Económico, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile, vol. 1/N°2 - julio - diciembre 1999, pp. 393 – 408).

- Política Nacional de Recursos Hídricos (documento presentado al Presidente de la República señor Eduardo Freí Ruiz-Tagle, con ocasión de la celebración de los 30 años de la Dirección General de Aguas, el 11 de noviembre de l999).

- Silva Cimma, Enrique: "Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Principios Fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario" (1° edición, Editorial Jurídica de Chile, 1996).

5.b.- Legislación:

- Constitución Política de la República
- Código de Aguas.
- Código Civil.
- Código Penal.
- Ley N° 18.575, de 1986, denominada Ley Orgánica Constitucional de Bases de la Administración del Estado.
- Ley N° 19.300, de l994, denominada Ley de Bases General de Medio Ambiente"
- Estatuto Administrativo.
- Reglamento del Catastro Público de Aguas contenido en el Decreto Supremo MOP N° 1.220, de l997.
- Resolución DGA (exenta) N° 186, de l996, que estableció "Normas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas".
- Resolución de la Dirección General de Aguas N° 909, de l996, que identificó y delimitó los acuíferos que alimentan las vegas y bofedales de las regiones de Tarapacá y Antofagasta.
- Resolución DGA (exenta) N° 1.465, de fecha 5 de julio de l995, que estableció el documento denominado "Bases para la formulación de un Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos".

- Resolución DGA (exenta) Nº 1.700, de 8 de julio de l999, que dejó sin efecto la Resolución DGA (exenta) N° 1.465, de l995, que aprobó el documento denominado "Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos".

5.c.- <u>Jurisprudencia</u>:

- Dictamen de la Contraloría General de la República Nº 1.408, de l992.
- Dictamen de la Contraloría General de la República Nº 23.228, de l995.
- Dictamen de la Contraloría General de la República Nº 12.093, de 1996.
- Dictamen de la Contraloría General de la República Nº 14.641, de l996.
- Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas: Código de Aguas" (2° Edición, 1997, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile).
- Revista de Derecho de Aguas del Instituto de Minas y Aguas de la Universidad de Atacama (en nueve (9) volúmenes).
- Sentencia de la Excma. Corte Suprema, de fecha 21 de noviembre del 2001, recaída en la causa sobre recurso de casación de fondo, Ingreso Nº 4.031 – 2000.