

DISTRIBUCIÓN, DIMENSIÓN DE DISPOSITIVOS DE EXTRACCIÓN Y PRESCRIPCIÓN DE DERECHOS DE AGUAS. ANÁLISIS DEL CASO DE EXTRACCIÓN EXCESIVA DE AGUAS “ASOCIACIÓN CANAL HUIDOBRO CON POMÉS” (2005)

Alejandro Vergara Blanco*

RESUMEN: *A propósito del caso “Asociación canal Huidobro con Pomés”, se ofrece un análisis general, relativo a las atribuciones de las asociaciones de canalistas para la correcta distribución de las aguas, de acuerdo a los títulos de los asociados; y, en especial, se revisan las posibilidades de acción de estas organizaciones de frente a la existencia concreta de extracciones de aguas sin título o a través de marcos de una capacidad superior a la medida a que se tiene derecho. En concreto, se precisan las siguientes cuestiones: si el directorio de una asociación de canalistas tiene la facultad legal para distribuir las aguas y determinar la abertura de los marcos partidores de sus asociados, de acuerdo a los derechos que tales usuarios tengan inscritos en los registros de la asociación; si el directorio de una asociación de canalistas tiene legitimación activa para actuar en un juicio de aguas en contra de uno de sus asociados para impedir que extraiga aguas sin título o a través de marcos de una capacidad superior a la medida a que se tiene derecho; y, en fin, si el uso de un mayor caudal de aguas por un asociado, originado en la mera tolerancia y por ignorancia de la asociación de canalistas, permite adquirir por prescripción el derecho de aprovechamiento sobre ese mayor caudal.*

PALABRAS CLAVE: *Derecho de Aguas - distribución de aguas - asociaciones de canalistas - prescripción de derechos de aguas.*

SUMARIO: INTRODUCCIÓN: SUPUESTOS DE HECHO. I. ESQUEMA GENERAL DE LA DISTRIBUCIÓN DE LAS AGUAS. 1. Ejercicio de los derechos de agua y la “cantidad de agua” usada. a) El uso individual de las aguas; b) El uso colectivo de las aguas. 2. ¿Quién realiza el reparto de la “cantidad de aguas” que le corresponde a cada titular de acciones o derechos? a) La distribución usual de las aguas; b) La distribución de las aguas como objetivo esencial de las organizaciones de usuarios. 3. El régimen de distribución de aguas autorizado por la ley. 4. Relación de las “acciones” con las aguas recibidas y con los dispositivos de captación. II. ATRIBUCIONES ESPECÍFICAS DE LA ASOCIACIÓN DE CANALISTAS EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS AGUAS Y ACCIONES QUE PUEDE REALIZAR PARA IMPEDIR O DENUNCIAR EXTRACCIONES ILEGÍTIMAS. ATRIBUCIONES ESPECÍFICAS DE LAS ASOCIACIONES DE CANALISTAS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE LAS AGUAS DE UN CANAL. 1. Estatuto legal aplicable a las asociaciones de canalistas. 2. Competencia de las asociaciones de canalistas para la distribución de las aguas. 3. La distribución de aguas como atribución del directorio de la asociación de canalistas. 4. Títulos y

*

Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

derechos individuales en las “aguas comunes”, respecto de los cuales el directorio de una asociación de canalistas efectúa la distribución de aguas y el ajuste de los marcos repartidores. B/POSIBILIDADES DEL DIRECTORIO DE UNA ASOCIACIÓN DE CANALISTAS PARA ACCIONAR JUDICIALMENTE EN CONTRA DE SUS ASOCIADOS. 1. La jurisdicción de aguas de las asociaciones de canalistas, como tribunal especial. 2. Posibilidad de impedir extracciones ilegítimas de aguas, mediante atribuciones directas, auxilio de fuerza pública o denuncias penales. 3. Acción concreta de un juicio de aguas contra un asociado ante los tribunales ordinarios de justicia. III. POSIBILIDAD JURÍDICA DE QUE UNA EXTRACCIÓN DE AGUAS, DESDE UN CAUCE ARTIFICIAL, Y SIN TÍTULO REGISTRADO, PUEDA DAR ORIGEN A UNA PRESCRIPCIÓN; Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 309 DEL CÓDIGO DE AGUAS. A/POSIBLE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE UN DERECHO DE AGUAS A PARTIR DE LA EXTRACCIÓN DE AGUAS, DESDE UN CAUCE ARTIFICIAL, SIN TÍTULO REGISTRADO EN UNA ASOCIACIÓN DE CANALISTAS. 1. De la prescripción en general. 2. De la prescripción de los derechos de aprovechamiento de aguas. a) El contexto: la constitución y adquisición de derechos de aguas en general. b) ¿Cómo opera el instituto de la prescripción en Derecho de aguas? 3. Quién utiliza o extrae volúmenes de agua desde obras artificiales no “posee” derechos que prescribir. 4. La mera tolerancia del uso de volúmenes de agua desde obras artificiales no otorga posesión. B/APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE UNIDAD DE MEDIDA FIJA (VOLUMEN) RESPECTO DE EXTRACCIONES ILEGALES DE AGUAS. 1. Alcance y efectos del artículo 309 del Código de Aguas. 2. Aplicación de la presunción de equivalencia de un volumen de unidad fija a un conflicto relativo a extracciones ilegales de agua. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: SUPUESTOS DE HECHO**

Toda asociación de canalistas (constituida legalmente, con un directorio en ejercicio de sus facultades legales) tiene por objeto la distribución de las aguas que el canal matriz recibe desde el río, entregando en la bocatoma de cada uno de los accionistas el agua que le corresponda según sus títulos.

La asociación de canalistas está habilitada para captar aguas desde la corriente de uso público, y según se verá, se rige por las disposiciones especiales que establece el Código de Aguas.

En el canal matriz, que es una obra artificial común a todos los accionistas, existen marcos individuales de repartición de aguas, situados habitualmente al interior de las pro-

piedades de los titulares de derechos de aguas, cada derecho es equivalente a un número determinado de acciones del canal, y los títulos por tales acciones usualmente están inscritos en el Registro del Conservador y siempre en el Registro de la asociación.

a) En el caso “Asociación canal Huidobro con Pomés”, el directorio de una asociación de canalistas constató que un marco partidior tenía una capacidad superior a los títulos registrados por el accionista en el conservador y en la asociación; y el usuario extraía una cantidad de agua que excedía el equivalente a sus acciones, por las cuales el asociado paga sus cuotas; situación que puso en conocimiento del interesado.

Según la asociación, la capacidad del marco debiese tener una abertura menor, y había constatado que presentaba una abertura

** Estas hipótesis de hecho son las relativas al caso “Asociación canal Huidobro con Pomés” (2005) (cuyas sentencias se publican en esta misma Revista, sección jurisprudencia).

mayor, la que sería excesiva de acuerdo a los títulos registrados.

Según el usuario, la abertura que desde antiguo ha tenido el marco es la mayor, y que ello implicaría que el “exceso de agua” que ha recibido en todos estos años habría configurado “un nuevo título de aguas” a su favor, ganado por prescripción. En otras palabras, el usuario, para justificar el uso del “exceso de agua”, que reconoce, asegura ostentar los siguientes “dos derechos”:

1° Un derecho equivalente a las acciones inscritas en el Registro del Conservador de Bienes Raíces y en el Registro de la asociación, por el cual ha pagado las cuotas correspondientes; y

2° Un “nuevo” derecho adquirido por prescripción, originado en “la mayor cantidad de agua que ha entrado al predio (...) en los pasados años (más de 15)”. Esta prescripción que alega el usuario no ha sido declarada, y él solicita esta declaración. Reconoce el usuario, que no ha pagado cuotas en la asociación por este exceso de aguas utilizado, y que no tiene títulos registrados.

b) En el caso “Asociación canal Huidobro con Pomés”, las partes en conflicto (la asociación y el asociado) están de acuerdo en la existencia del derecho de aguas equivalente a las acciones inscritas; y están de acuerdo, además, en que ha existido durante un período de tiempo indeterminado, una extracción de aguas que excede a la que autoriza el título registrado.

Entonces, no había controversia en que la abertura del dispositivo excede a la que correspondería al ejercicio de las acciones inscritas de que es titular el usuario.

Por lo demás, la cuestión de saber cuál es la abertura precisa del marco partididor para el correcto ejercicio del derecho emanado de las acciones inscritas, es un tema técnico.

c) El hecho que tiene la mayor relevancia jurídica en este conflicto es, en definitiva, el siguiente: que un asociado de una asociación de canalistas, a través de su dispositivo de ex-

tracción, de una capacidad superior a la medida a que se tiene derecho, extrae una “mayor cantidad de agua” que la que corresponde de acuerdo a los títulos registrados en el Conservador y en la asociación, extracción que ha realizado desde ese cauce artificial durante muchos años.

Es a partir de este hecho que surge la controversia sobre la que se pronuncian las sentencias del juzgado de Buin, Corte de Apelaciones de San Miguel y Corte Suprema, relativas al caso “Asociación canal Huidobro con Pomés”. En tal caso se da una respuesta a las consecuencias jurídicas que puede tener una extracción excesiva de agua: si simplemente es una infracción del usuario (y que puede ser impedida por la asociación) o si da lugar a alguna prescripción a su favor.

II. ESQUEMA GENERAL DE LA DISTRIBUCIÓN DE LAS AGUAS

El agua de los ríos está en movimiento, y se debe determinar el volumen que de ellas aprovechará cada titular de derechos a medida que van fluyendo. Esa es la unidad de medida; su aforo. Así, el aforo o unidad de medida de las aguas superficiales tiene por finalidad determinar el volumen que de ellas se obtiene, luego de recibidas en cada obra de distribución o de captación, al correr a través de tal sitio durante una unidad de tiempo determinada. Esta es la medida del derecho.

La determinación de la medida de agua que le corresponde a cada derecho es esencial para la distribución de las dotaciones, ya sea para la toma en un cauce natural, o para la repartición desde un canal matriz, a cada uno de los miembros de una organización de usuarios.

En seguida se ofrece un esquema general de la regulación legal chilena sobre la forma en que se produce la distribución y subsecuente ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas. En este análisis del régimen vigen-

te se describirá, entonces, la manera en que cada usuario recibe la “cantidad de aguas” que le corresponde, esto es, cómo se distribuyen las aguas¹.

1. EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE AGUA Y LA “CANTIDAD DE AGUA” USADA.

Para analizar la “cantidad de agua” que cada usuario o titular del derecho de aprovechamiento de agua recibe, es necesario tener presente las diferentes hipótesis que pueden presentarse en un sistema hídrico, ya sea río o tramo de un río:

- En cuanto a los usuarios, pueden éstos ser individuales o colectivos. Esto es, la obra de captación que recibe las aguas directamente del río puede ser de propiedad de una persona, de varias, o de una asociación. Cuando el propietario es más de uno, se entiende existir una comunidad de aguas, siendo la respectiva obra de captación de propiedad y uso común. Cuando la obra de captación es utilizada por una asociación de canalistas, ésta es de propiedad de tal asociación, para el uso de sus asociados. Estos son, entonces, los usuarios, ya sean individuales u organizados en comunidades de agua o asociaciones de canalistas. A partir de su actividad se produce, podríamos decir, el uso básico de las aguas, de la “cantidad de aguas” que les corresponde recibir, individual o colectivamente, en su obra de captación.

- En cuanto a la distribución del agua, puede o no existir en el sistema hídrico respectivo una junta de vigilancia que establece el modo en que en cada obra de captación se recibe la “cantidad de agua” que corresponde a los usuarios; esto es, si de manera alícuota (prorrato) o de manera turnal, según veremos.

Además de lo señalado, debe tenerse presente que la entrega de la “cantidad de agua” a cada usuario individual o a cada obra de cap-

tación común, según el caso, puede realizarse de los siguientes modos:

- por volumen fijo; sistema éste que, de acuerdo a lo señalado, si bien pareciera posible (art. 7º Código de Aguas), no es utilizado.
- por reparto proporcional, a prorrato o alícuota, según estatutos o decisión de las organizaciones de usuarios respectivas.
- por turnos, según estatutos o decisión de las organizaciones de usuarios respectivas.

Estos dos últimos sistemas rigen ya sea respecto de las “acciones” de río (cuando la decisión la toma una junta de vigilancia); o respecto de las “acciones” de una obra común (cuando la decisión la toma una comunidad de aguas o una asociación de canalistas).

a) El uso individual de las aguas. Los derechos de agua pueden ser ejercidos individualmente, a través de una obra de captación única y privada; caso en el cual no hay comunidad ni asociación alguna; si en el sistema hídrico no hay junta de vigilancia, no hay distribución común, sino extracción individual; sólo hay distribución propiamente cuando existe una junta de vigilancia, y el usuario individual recibirá la cantidad de agua que según el turno o prorrato le corresponda.

A tal situación se llega, además, cuando un usuario individual ha adquirido todas las “acciones” de un canal común o asociado. La medida del derecho de tal canal individual sólo dice relación con el caudal que pueda recibir de la junta de vigilancia en su distribución, si es que la hay, de acuerdo a la obra de captación individual existente y aceptada por aquélla.

b) El uso colectivo de las aguas. Hablamos de un uso colectivo de las aguas en el caso en que desde una misma obra de captación se derivan aguas que usarán distintos titulares de derechos de aprovechamiento de aguas; se trata

¹ Ver, al respecto, el libro del autor: *Derecho de Aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), tomo 2, pp. 365 y siguientes, en que se ofrece un esquema general, que aquí retomo en algunos aspectos atinentes.

de una obra común de captación, en que, a través de un canal matriz, se reparten a cada usuario, según sus derechos.

La Ley, en el caso de las comunidades de aguas y en el de las asociaciones de canalistas, señala que éstas son “*aguas comunes*” (art. 197 inc. 5° Código de Aguas), esto es, que los comuneros o asociados serían titulares en común de un “derecho de agua que corresponde al canal en la corriente de uso público”, agregando que en los estatutos respectivos se señalará “*la forma en que se divide ese derecho entre los comuneros*” (art. 198 N° 4); esto es, las “acciones”. En otras palabras, en estas organizaciones, según la ley, existe “un” derecho de aguas del canal, el que se divide en acciones entre los comuneros o asociados; aspecto éste que es relevante para los efectos de este caso. Este derecho de aprovechamiento de aguas, entonces, es dividido entre los usuarios en “acciones” de la respectiva obra de captación y canal matriz. A partir de lo anterior, los bienes comunes de las asociaciones y las comunidades no son sólo las obras artificiales de captación y canalización, sino también el “*derecho de aguas del canal*”.

Adicionalmente, la cantidad global de agua recibida por el canal (esto es, en la obra de captación común de los accionistas de la asociación), constituye una parte alícuota del río respectivo. Así, cada usuario individual recibirá una parte alícuota de las aguas totales de la obra de captación común. Si en el sistema hídrico existe una junta de vigilancia, la parte de cada usuario dependerá de la cantidad del agua que la obra de captación reciba en la distribución general que realiza tal junta de vigilancia (vid. arts. 190, 198 N° 4 y 241 N°s. 3 y 5 del Código de Aguas), distribución ésta que podrá ser alícuota o turnal.

2. ¿QUIÉN REALIZA EL REPARTO DE LA “CANTIDAD DE AGUAS” QUE LE CORRESPONDE A CADA TITULAR DE ACCIONES O DERECHOS?

Esto equivale a señalar, ¿quién realiza la distribución de las aguas?

a) *La distribución usual de las aguas.* Los titulares de derechos de aguas, para su mejor ejercicio y distribución, desde tiempos inmemoriales se han organizado en comunidades de aguas, o en asociaciones de canalistas; y en muchos casos, adicionalmente, en juntas de vigilancia.

La comunidad básica es la de la respectiva obra de captación ubicada en el río, y en el “canal matriz”, esto es, las obras a través de las cuales se captan y conducen las aguas de cada “accionista” de la comunidad o asociación. Por tales obras y canal común es que, cada usuario capta y conduce tradicionalmente la “cantidad de aguas” que le corresponde, según sus acciones, en las “aguas comunes” o en el derecho de aguas que a la organización le corresponda en el río.

Entonces, estas organizaciones tienen como primer objetivo cuidar y mantener las obras comunes y distribuir el agua a cada asociado o comunero, como la propia ley lo indica en múltiples disposiciones (v. gr. arts. 200, 241 N°s. 2 y 5 Código de Aguas). Esta posibilidad y deber es lo esencial de estas organizaciones.

Las organizaciones de usuarios (como una asociación de canalistas y una comunidad de aguas), distribuyen tradicionalmente el agua del siguiente modo: el total de las aguas que se capta en la obra común desde la corriente de uso público, es derivada a un canal. Este total de aguas es dividido en “acciones”; y a cada canalista (asociado o comunero, según los casos), se le entrega una cantidad determinada de agua, según sus “acciones”; acciones éstas que son fijadas en los estatutos o acuerdos de la organización a partir de los “títulos” de cada usuario. Estas “acciones”, deben vincularse con el porcentaje de propiedad en el canal respectivo, que es equivalente al porcentaje de agua que, a prorrata, o turnalmente le es distribuida a cada comunero o asociado.

Históricamente, la inclusión de estas acciones en Registros de agua, respecto de los di-

ferentes ríos pudo hacerse de común acuerdo, a través de los trámites de formación de las comunidades de aguas, o de las asociaciones de canalistas, contenidos en Código de Aguas de 1951, y con los vigentes arts. 186 y ss. del Código de Aguas de 1981; incluso, como fruto de divisiones de la tierra, en virtud del proceso de Reforma Agraria (art. 5° transitorio Código de Aguas).

De este modo, el agua que las respectivas asociaciones de canalistas o comunidades de aguas distribuyen, está determinado por las acciones que cada cual tiene en la respectiva obra de captación y canal matriz. Es ésta, entonces, en la práctica, la unidad de medida del derecho de cada comunero, que es el prorrateo de la medida total de la respectiva obra de captación y canal matriz.

Ahora, el caudal total de aguas que le corresponde a la respectiva obra de captación y canal matriz y aun su unidad de medida (prorrateo o turno), está dada por el régimen de distribución del río o sección de río de que se trate y, en la práctica común, ya sea que se reciba el agua por un sistema de prorrateo o por turno, es esencialmente variable el caudal de agua que reciba cada “accionista”.

Esto es necesario tenerlo presente al analizar y querer conocer, en la práctica, la “cantidad de agua”, esto es, la medida de cada derecho, dado que la dotación o caudal de agua que le corresponde a cada “accionista” o titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, cuando el río está sometido a prorrateo o turno permanente, es esencialmente variable, y su volumen dependerá de las obras o dispositivos de captación.

b) *La distribución de las aguas como objetivo esencial de las organizaciones de usuarios.* El Código de Aguas, siguiendo a la anterior legislación, presta pleno reconocimiento a las organizaciones de usuarios, y autoriza su formación (art. 186 Código de Aguas).

1° Las juntas de vigilancia están reconocidas como tales (art. 263 Código de Aguas).

Según la ley, el principal objeto de las mismas es: “*distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros*” (art. 266 Código de Aguas). Adicionalmente, como se adelantó, la ley acepta que “*el total de los derechos de aprovechamiento constituidos en junta de vigilancia, se entenderá dividido en acciones que se distribuirán entre los interesados, en proporción a sus derechos*” (art. 268 del Código de Aguas). Esta distribución, como está dicho, se realiza respecto de las aguas del río o corriente de uso público.

2° Las comunidades de aguas están reconocidas como tales (art. 187 del Código de Aguas); y la ley se refiere a las principales finalidades de las mismas: “*administración de los canales, [y] distribución de las aguas*” (art. 200 del Código de Aguas). La ley reconoce la división de los derechos sobre la obra común (el canal), y sobre las aguas en “acciones” (vid. los arts. 198 N° 4, 202 inciso 2°, 205, 222 inciso 1°), y de acuerdo a lo anterior, acepta expresamente que las aguas sean distribuidas entre tales accionistas a “prorrata” de sus “acciones” (derechos que son equivalentes a acciones) o por turno (vid. art. 24° N°s. 3 y 5 del Código de Aguas entre otros).

3° Las asociaciones de canalistas están sometidas a las mismas reglas de las comunidades de aguas (art. 258 inc. 1° Código de Aguas).

La distribución que realizan las comunidades de aguas y las asociaciones de canalistas se realiza respecto de las aguas del respectivo canal.

En fin, el artículo 311 del Código de Aguas ha consolidado el accionar de estas organizaciones, al señalar que “*el ejercicio de los derechos de aprovechamiento reconocidos o constituidos bajo la vigencia de leyes anteriores, se regirá por las normas del presente Código*”. Por lo tanto, el ejercicio de todos los derechos, “reconocidos o constituidos”, está sujeto a la distribución que el código vigente autoriza; esto es, por los estatutos de tales organizaciones.

3. EL RÉGIMEN DE DISTRIBUCIÓN DE AGUAS AUTORIZADO POR LA LEY.

En la práctica, si cada usuario individual realiza un aforo de la “cantidad de agua” que ha recibido tradicionalmente y verifica que ella ha disminuido a través de los años; si esta disminución ha sido soportada equitativamente por todos los usuarios de la fuente (ríos) y por los accionistas de la comunidad (canales), no habrá conflicto en relación a ello. Lo mismo con las crecidas. En la igual repartición de los aumentos y disminuciones de los caudales se basa la equidad de este sistema.

De igual modo, si la disminución no es equitativa, y algunos usuarios han recibido más agua que la que les corresponde según las “acciones” del canal que surjan de sus títulos, ya sea por alteraciones en sus dispositivos, o por otras razones, constituye una irregularidad que debe ser subsanada. Si bien la “medida” de cada derecho no considera caudales individuales predeterminados para cada derecho; sino considera “acciones” o partes alícuotas, de las cuales surgen caudales de aguas variables (pues, como se ha dicho, las juntas de vigilancia distribuyen el agua total que efectivamente trae el río [la que, como sabemos, varía a cada momento] la que es repartida de manera alícuota, de una sola vez, o por turnos entre todas las obras de captación, de donde se derivan a los canales matrices), esta variación de caudales ha de afectar por igual a todos los “accionistas”, de acuerdo a sus títulos. Por lo tanto, si bien varía el caudal de aguas por las crecidas o disminuciones de los ríos, *no puede* haber variaciones de las obras de captación individual, pues sus dispositivos se construyen de acuerdo al porcentaje de acciones que en el canal le co-

rresponde a cada usuario. Y las modificaciones de tales dispositivos sólo las puede realizar, y modificar cuando sea necesario, la respectiva organización de usuarios (art. 241 N° 5: “*dar a los dispositivos la dimensión que corresponda*”). Y si un dispositivo tiene una dimensión no autorizada por la organización de usuarios, se configuran infracciones a la legislación de aguas (que serán revisadas más adelante en este análisis), y a la legislación penal.

En efecto, en los delitos específicos relativos a derechos de aguas, contenidos en los arts. 459 y 461 del Código Penal, se contempla el caso ilícito de “*los que teniendo derecho para sacar o usar aguas se sirven con tal fin de orificios, conductores, marcos, compuertas o esclusas de forma diversa a la establecida o de una capacidad superior a la medida a que tienen derecho*”. Y la “*medida a que tienen derecho*” los usuarios en una organización cuyos títulos están inscritos, está vinculada entera e indisolublemente a los porcentajes, partes alícuotas o “acciones” que surjan de sus títulos².

4. RELACIÓN DE LAS “ACCIONES” CON LAS AGUAS RECIBIDAS, Y CON LOS DISPOSITIVOS DE CAPTACIÓN.

Los derechos de aprovechamiento de aguas consisten en el uso y goce de las aguas que afluyen en un río (vid. art. 6° inc. 1° Código de Aguas), las cuales pueden ser aprovechadas o distribuidas del modo que autoriza la ley (art. 311 del Código de Aguas). Normalmente éstas son distribuidas en el río por una junta de vigilancia, que las entrega a cada obra de captación; desde la que se distribuye por comunidades de aguas o por asociaciones de canalistas a cada usuario o “accionista” de un “canal”.

2 En ningún caso, la situación de una asociación de canalistas, que ostenta derechos inscritos del canal (artículo 198 N° 4) puede ser asimilable a los usos consuetudinarios que legitima el art. 7 del DL 2.603, de 1979, como se dirá más adelante. En una asociación de canalistas, en que sus asociados realizan un aprovechamiento común de un sólo derecho de aguas del río (artículo. 198 N° 4), quien altera los marcos repartidores, simplemente comete delito (arts. 459, 461 del Código Penal) e incurre en una infracción a las leyes de aguas (arts. 217 y 241 N° 2 Código de Aguas).

En el caso de un canal, para saber la participación total de un titular de derechos (“acciones”) habrá que operar del siguiente modo:

Habrá que establecer la cantidad de “acciones” o porcentaje que tenga registrado el titular de derechos de agua en el canal respectivo. Esto es una primera unidad de medida de cada derecho: la “cantidad de agua” que le corresponde como “accionista” del “canal” respectivo, cuyo caudal efectivo habrá que mensurarlo de acuerdo a lo que señalan los títulos registrados de tales acciones, y a las medidas de los marcos repartidores o dispositivos de captación que, según estatutos, establecen las organizaciones de usuarios.

Debe prestarse atención a que normalmente las acciones de los distintos “canales”, aunque sean de una misma cuenca o sistema hídrico, no son equivalentes en “cantidad de agua”. Por lo tanto, una vez establecida la cantidad de acciones en que está dividido cada “canal”, habrá que verificar la “cantidad de agua” efectiva que usualmente corresponda a cada una de esas acciones, según la apertura de cada dispositivo.

Por lo tanto, la respuesta que dan los títulos de los derechos de aprovechamiento de aguas no dice relación con un agua determinada y que se recibirá de manera cierta. Los títulos usualmente sólo se refieren a “acciones” (porcentajes) en una captación (“canal”), de entre muchas captaciones (“canales”) que existen en un río determinado; y entre muchas captaciones (“marcos repartidores”) que existen en un canal determinado. Nada dicen los títulos reconocidos de “cantidad de agua” determinada; y si lo dice, ésta se verá alterada por los repartos alícuotas o turnales descritos. La información sobre la “cantidad de agua” que corresponde a cada derecho, en la práctica, debe obtenerse de la estadística de distribución del agua del río, la que dice relación:

- con un caudal total (el que trae el río), que es porcentualmente, o por turnos, entregada a cada obra de captación (canal); y
- con un caudal del canal, que es la “cantidad de aguas” que, de acuerdo a sus respectivas “acciones” recibe cada usuario en su captación individual (“marco repartidor”).

Y el porcentaje de agua individual, derivado del total de agua que capta cada “canal” común, de acuerdo a la cantidad de “acciones” de río que se tenga, está determinado por el agua distribuida; y por las diferentes medidas que cada canal da a sus unidades de acción.

De aquí la importancia del manejo de información estadística en el río, de las probabilidades, y de la adecuada construcción de las obras hidráulicas respectivas.

En suma, de los desarrollos anteriores se derivan varios aspectos importantes para este análisis:

- 1° Que, aparece evidente del esquema y contexto de la legislación el papel que, en la distribución del agua, les corresponde a las asociaciones de canalistas (cuyos detalles legales serán revisados en seguida);
- 2° Que esta distribución, dado el carácter común de las obras de captación y conducción, y del derecho de aguas primario que todos los asociados tienen en el río, se realiza según el reparto de “acciones” que surgen de los títulos de cada cual, y que cualquier alteración de los dispositivos de captación, no sólo rompe la equidad en la distribución y uso de los bienes comunes, sino que constituye ilícitos en contra de la juridicidad de aguas y de la juridicidad penal.
- 3° Que este reparto o distribución de aguas no pueden sino originar unidades de medidas variables, y no fijas, lo que será recordado más adelante al analizar la posible aplicación del artículo 309, que regula las “equivalencias” para dirimir a cualquier variación en el uso de un caudal.

III. ATRIBUCIONES ESPECÍFICAS DE LA ASOCIACIÓN DE CANALISTAS EN LA DISTRIBUCIÓN DE LAS AGUAS Y ACCIONES QUE PUEDE REALIZAR PARA IMPEDIR O DENUNCIAR EXTRACCIONES ILEGÍTIMAS

Cabe desarrollar las dos siguientes cuestiones: por una parte, las atribuciones específicas de las asociaciones de canalistas para la distribución del agua (A); y, por otra, las posibilidades de accionar judicialmente en contra de un asociado que extrae ilegítimamente un caudal de aguas que no le corresponde, a través de marcos de una capacidad superior a la medida a que tiene derecho (B).

A. ATRIBUCIONES ESPECÍFICAS DE LAS ASOCIACIONES DE CANALISTAS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE LAS AGUAS DE UN CANAL

Se plantea la cuestión de saber si el directorio de una asociación de canalistas tiene la facultad legal para distribuir las aguas y determinar la abertura de los marcos partidores de sus asociados, de acuerdo a los derechos que tales usuarios tengan inscritos en los registros de la asociación.

1. ESTATUTO LEGAL APLICABLE A LAS ASOCIACIONES DE CANALISTAS.

a) El Código de Aguas actual regula en el Título III de su Libro II (artículos 186 y siguientes), el funcionamiento y atribuciones de las organizaciones de usuarios de aguas. Así:

— regula la ley las juntas de vigilancia, las cuales tienen personalidad jurídica y ejercen sus atribuciones y tienen competencia en cauces naturales, esto es, en los ríos; de preferencia, sobre toda una cuenca u hoya hidrográfica. Se encuentran reglamentadas en particular, en

los artículos 263 y siguientes del Código de Aguas (Libro II, Título III, Párrafo 4°);

— regula también las comunidades de aguas, las que, a diferencia de las anteriores, ejercen sus atribuciones y tienen competencia sólo en cauces artificiales (“canales”) y carecen de personalidad jurídica. Están tratadas, especialmente, en los artículos 187 y siguientes del Código de Aguas (Libro II, Título III Párrafo 1°); y

— en fin, regula la ley las asociaciones de canalistas, las cuales, al igual que las comunidades de aguas, ejercen sus atribuciones y tienen competencia en cauces artificiales (“canales”), pero se diferencian de las comunidades dado que las asociaciones de canalistas gozan de personalidad jurídica y, consecuentemente, se distinguen unas de otras respecto del estatuto jurídico que les es aplicable. A las asociaciones de canalistas se refieren, en particular, los artículos 257 y siguientes del Código de Aguas (Libro II, Título III, Párrafo 3°).

En efecto, las asociaciones de canalistas se rigen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 258 del Código de Aguas, por las disposiciones relativas a las comunidades de aguas, en cuanto sean compatibles con su naturaleza y no contradigan lo dispuesto en sus estatutos; y por las disposiciones del Título XXXIII del Libro I del Código Civil (artículos 545 y siguientes, “de las personas jurídicas”), que es donde se contiene el estatuto jurídico de las corporaciones y fundaciones. Ello, con las excepciones que el propio Código de Aguas señala, a saber: los artículos 560, 562, 563 y 564.

b) A partir de lo anterior, el marco normativo que en la actualidad rige a las asociaciones de canalistas es el que se describe a continuación, en el mismo orden expuesto:

1° disposiciones que las rigen especialmente, contenidas en los artículos 257 a 262, ambos inclusive, del Código de Aguas (Libro II, Título III, Párrafo 3°);

2º disposiciones contenidas en el Código de Aguas para las comunidades de aguas, contenidas en los artículos 187 a 251, ambos inclusive (Libro II, Título III, Párrafo 1º); en cuanto sean compatibles con su naturaleza y no contradigan lo dispuesto en sus estatutos (a partir del reenvío del artículo 258 inc. 1º Código de Aguas); y

3º disposiciones del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, con las excepciones ya anotadas (artículos 560, 562, 563 y 564), a partir del reenvío del artículo 258 inc. 2º Código de Aguas.

2. COMPETENCIA DE LAS ASOCIACIONES DE CANALISTAS PARA LA DISTRIBUCIÓN DE LAS AGUAS.

Las asociaciones de canalistas son entidades de carácter privado, sin fines de lucro, especialmente reglamentadas en el Código de Aguas, a las que se les ha otorgado competencia y atribuciones para administrar las obras comunes; distribuir las aguas entre sus asociados; y a ejercer jurisdicción resolviendo los conflictos que pudieran suscitarse entre sus asociados, o bien entre éstos y la propia organización respecto de ciertas y determinadas materias (vid. arts. 200 y 241 N°s. 2 y 5 Código de Aguas).

Entre las finalidades principales de las asociaciones de canalistas se encuentra, entonces, la de distribuir las aguas entre sus miembros, la que según lo dicho, forma parte de sus objetivos esenciales como organización colectiva.

La distribución, consiste, en general, en velar porque a cada miembro de la organización le llegue la cantidad de agua a que tiene derecho según sus títulos, para lo cual la ley dota a las asociaciones de *competencia* (art. 200 Código de Aguas) y *deberes y atribuciones* (art. 241 N°s. 2 y 5 Código de Aguas).

La función de distribución de las asociaciones de canalistas ya estaba establecida en la ley N° 2.139, de 1908, cuyo artículo 1º disponía: “Serán personas jurídicas y se registrarán por las disposiciones de esta ley, las asociaciones formadas por los dueños de canales, que se constituyan en conformidad al artículo 20, con el objeto de tomar el agua de la corriente matriz, repartirla entre los accionistas y conservar y mejorar los acueductos”.

Esa misma disposición aparece reiterada y mejorada, posteriormente, en los Códigos de Aguas de 1951 y de 1967, específicamente en sus artículos 135 N° 5 y 141 N° 5, los cuales (en idénticos términos) señalan: “El Directorio tendrá las siguientes atribuciones y deberes: (...)”

5º Distribuir las aguas, dar a los dispositivos la dotación que corresponda y fijar turnos cuando proceda”.

Así, durante la vigencia del Código de Aguas de 1951, no modificado en este aspecto en 1967, al directorio de las asociaciones de canalistas se le asignaron claras facultades encaminadas a la obtención de una distribución acertada de las aguas, como asimismo, a velar por el respeto de los derechos de los asociados, como surgía de sus artículos ya citados, y estos artículos relativos a la distribución fueron mantenidos de manera *textual* en el Código de Aguas de 1981 (en sus artículos 241 N° 2 y 241 N° 5). Ningún intérprete de la legislación pudo afirmar durante la vigencia de ese Código de Aguas de 1951 sino la facultad evidente y connatural de las asociaciones de distribuir el agua³, calificando su función de reparto y distribución del agua como la “finalidad esencial y privativa” de las asociaciones.

Lo esencial y privativo de este deber y atribución de distribución surge de la propia

3 Vid. al respecto: FIGUEROA, Gonzalo Tagle, *Las asociaciones de canalistas*, en: VERGARA DUPLAQUET y otros, *Comentarios al Código de Aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1960), tomo 1, p. 343; y, en especial, pp. 430-431.

finalidad de esta función. A partir de lo cual la tesis contenida en la sentencia del caso "*Pomés con Asociación canal Huidobro*" (1998), consid. 19°, que afirma que la distribución sólo la puede realizar la asociación "dentro de un esquema normal y regular en el desarrollo de la vida comunitaria", negándole la posibilidad de corregir extracciones ilegítimas a los asociados, es errónea de frente a la legislación, pues implica impedir a una organización cumplir su fin esencial: distribuir aguas, y contradice de un modo expreso el texto, contexto e historia legislativa del Código de Aguas, en especial sus artículos 200 y 241 N°s. 2 y 5, según se analiza en seguida⁴.

3. LA DISTRIBUCIÓN DE AGUAS COMO ATRIBUCIÓN DEL DIRECTORIO DE LA ASOCIACIÓN DE CANALISTAS.

Uno de los órganos de administración de las asociaciones de canalistas es el *directorio* (art. 228 Código de Aguas), cuyos deberes y atribuciones están detallados en el artículo 241 del Código de Aguas (aplicable en virtud de lo dispuesto en el citado artículo 258 inciso 1° de ese mismo cuerpo legal). En lo que respecta a la *distribución de las aguas*, la ley, junto con enunciar expresamente, que "distribuir las aguas" (art. 241 N° 5 Código de Aguas), es un deber y atribución del directorio de una asociación de canalistas, la ley en seguida, especifica otra serie de deberes y atribuciones, derivadas de esa función esencial, derivadas del artículo 241 N° 5, citado, y de otros pertinentes (v. gr. arts. 186, 194, 200) del Código de Aguas. Así, es posible señalar las siguientes disposiciones atinentes a este deber y atribución de "distribuir las aguas" del directorio:

1° El directorio debe: "Atender a la captación de las aguas por medio de obras permanentes o transitorias; a la conservación y limpieza de los canales y drenajes sometidos a la comunidad; a la construcción y reparación de los dispositivos y acueductos y a todo lo que tienda al goce completo y correcta distribución de los derechos de aguas de los comuneros". Agregando que: "El directorio podrá, por sí solo, acordar los trabajos ordinarios en la materias indicadas y, en casos urgentes, los extraordinarios; pero deberá dar cuenta de éstos últimos en la próxima junta ordinaria que se celebre" (art. 241, N° 2°, incisos 1° y 2°, Código de Aguas).

2° Es deber del directorio también "*Velar porque se respeten los derechos de agua en el prorrateo del caudal matriz, impidiendo que se extraigan aguas sin títulos*" (art. 241 N° 3°, Código de Aguas).

3° Según lo dicho, el directorio debe "*Distribuir las aguas*", y agrega la ley, que debe dar a los dispositivos la dimensión que corresponda y fijar turnos cuando proceda (art. 241, N° 5°, Código de Aguas).

4° "Los demás que las leyes y los estatutos señalen" (art. 241, N° 23°, Código de Aguas). Entre "*los demás*" deberes y atribuciones del directorio, en lo que respecta a la distribución de las aguas, es posible señalar los siguientes:

a) De acuerdo a la ley, sólo el directorio puede autorizar los dispositivos, por los cuales los asociados extraerán el agua. "*tales como compuertas, marcos partidores u otros*", a través de los cuales sea posible aforarla (artículo 206, Código de Aguas).

b) De acuerdo a la ley "*la construcción o reparación de los dispositivos se hará por el direc-*

4 Este caso "*Pomés con Asociación canal Huidobro*" (1998), anterior al que ahora se comenta, fue fallado con incoherencia al régimen vigente (sentencias inéditas de 30 de diciembre de 1997, de la Corte de Apelaciones de San Miguel, y de 17 de febrero de 1998, de la Corte Suprema, que confirma la anterior), es lo que motivó a la asociación a re-iniciar el conflicto, el que, en definitiva, falla ahora correctamente la Corte Suprema.

torio a costa del interesado” bajo la responsabilidad y vigilancia de aquél, si se permite hacerlo a este último (artículo 208, Código de Aguas).

Lo que debe coordinarse con lo dispuesto en el artículo 212 N° 2 Código de Aguas, según el cual es obligación de todo asociado: “*Cos-tear la construcción y reparación del dispositivo por el cual extraen sus aguas del canal principal*”.

5° En relación con lo anterior, cabe tener presente que, según la ley, “si algún [asociado], por sí o por interpósita persona, alterase un dispositivo de distribución, éste será restablecido a su costa debiendo además pagar la multa que fije el directorio, lo cual es sin perjuicio de la privación del agua hasta que cumpla con estas obligaciones. Las reincidencias serán penadas con el doble o triple de la multa, según corresponda / Las mismas reglas se aplicarán a los asociados que hicieren estacadas u otras labores para aumentar su dotación de agua / Las medidas a que se refiere este artículo, serán impuestas por el directorio, siendo aplicables los incisos 2° y 3° del artículo anterior / Se presume autor de estos hechos al beneficiado con ellos” (artículo 217, Código de Aguas).

Lo que debe ser complementado con lo dispuesto por los artículos 459 y 461 del Código Penal, ya transcritos antes.

6° En fin, como se analizará en seguida, la ley señala que “El directorio podrá 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”, agregando los incisos 3° y 4° 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”.

4. TÍTULOS Y DERECHOS INDIVIDUALES EN LAS “AGUAS COMUNES”, RESPECTO DE LOS CUALES EL DIRECTORIO DE UNA ASOCIACIÓN DE CANALISTAS EFECTÚA LA DISTRIBUCIÓN DE AGUAS Y EL AJUSTE DE LOS MARCOS REPARTIDORES.

Es necesario saber con precisión quiénes pueden ser considerados los miembros de una asociación de canalistas, esto es, “accionistas”, dado que a ellos, según sus títulos, les será distribuida el agua que recibe el canal en su compuerta común, y a dichos accionistas además, les será exigida la adecuación de sus dispositivos de extracción o marcos repartidores, según los títulos y derechos que ostenten en la asociación.

Para tal efecto, esto es, conocer los títulos de cada accionista, debe recurrirse a las siguientes fuentes de información:

a) Al Registro de propiedad de aguas del competente Conservador de Bienes Raíces. Ello, por cuanto, de conformidad con lo dispuesto en la ley N° 2.139, de 1908, que es la primera en nuestro país que reguló a las asociaciones de canalistas, y en su reglamento (decreto N° 1.666, de 1910), y en la posterior legislación sobre la materia, las asociaciones de canalistas, para entenderse legalmente organizadas, debieron inscribirse en el citado registro; inscripción que es sin perjuicio de la que cada asociado deba practicar, individualmente, en el mismo registro, pero derivado de la anterior inscripción, de la “acción” o porcentaje del derecho de aprovechamiento del canal, de que sea respectivamente titular (así resulta, de lo dispuesto en el artículo 196 y 198 N° 4, en relación con el artículo 258 y en el artículo 114 N°s. 1 y 5, todos del Código de Aguas). Incluso, en caso de alteración de la distribución del agua en la organización de usuarios, sería necesaria una nueva inscripción, según se

desprende del art. 114 N° 3 del Código de Aguas. En otras palabras, mientras no se inscriba esta alteración, la distribución la deben efectuar las organizaciones de acuerdo a los títulos inscritos.

b) El registro de sus miembros, que debe llevar la propia asociación de canalistas, específicamente su secretario, en virtud de lo dispuesto en el ya citado artículo 258 en relación con los artículos 205 y 248 inciso 2°, del Código de Aguas.

Debe, en todo caso, haber concordancia entre ambos registros: primero, por una razón evidente de certeza; y segundo, porque así, además, lo ordena el artículo 205 del Código de Aguas: *“La comunidad deberá llevar un Registro de Comuneros en que se anotarán los derechos de agua de cada uno de ellos, el número de acciones y las mutaciones de dominio que se produzcan / No se podrán inscribir dichas mutaciones mientras no se practiquen las inscripciones correspondientes en el Registro de [Propiedad] de Aguas del Conservador de Bienes Raíces”*.

De lo anterior emana que, mientras no existan mutaciones en el conservador de Bienes Raíces, no es posible inscribir nuevos títulos en el registro de una asociación de canalistas; y, a consecuencia de lo anterior, el directorio de una asociación no sólo no puede distribuir agua a quien carezca de título inscrito, sino que debe impedirlo, como se ha visto.

Debe tenerse presente que todo *“derecho nuevo”*, debe atenerse al deber y atribución del directorio de la asociación para *“Resolver la forma y condiciones de incorporación de titulares de nuevos derechos de aprovechamiento a la comunidad”* (art. 241, N° 6°, Código de Aguas). Y sólo después que el titular de un derecho nuevo compruebe la legitimidad de su título, la asociación verificará *“la forma y condiciones de incorporación”*, como por ejemplo: la modificación de los dispositivos, las nuevas cuotas y las servidumbres que deba pagar.

Así queda descrito, entonces, cómo las asociaciones de canalistas ostentan atribuciones para la distribución de las aguas a los accionistas, lo que deben realizar de acuerdo a los títulos registrados por dichos accionistas en el Registro del Conservador y en el Registro de la Asociación.

B. POSIBILIDADES DEL DIRECTORIO DE UNA ASOCIACIÓN DE CANALISTAS PARA ACCIONAR JUDICIALMENTE EN CONTRA DE SUS ASOCIADOS

Se plantea la cuestión de saber si el directorio de una asociación de canalistas tiene legitimación activa para actuar en un juicio de aguas en contra de uno de sus asociados.

Sobre el particular, y dado el contexto de los hechos que originan el conflicto sobre el que se pronuncia este caso, es necesario distinguir las diversas formas de accionar por parte del directorio de una asociación de canalistas en contra de uno de sus asociados que extrae una cantidad de aguas que excede a lo que le corresponde según sus títulos, y que para ello se sirve de un dispositivo con una capacidad superior a la autorizada por la asociación.

Cabe destacar, al respecto, que el propio directorio puede ejercer jurisdicción al respecto (1); o, en otros casos (lo que es especialmente aplicable al conflicto a que se refiere este caso), es posible o necesario recurrir a las atribuciones de la asociación, solicitando el auxilio de la fuerza pública o denunciando al infractor (2); o en fin recurrir a los tribunales ordinarios de justicia (3).

1. LA JURISDICCIÓN DE AGUAS DE LAS ASOCIACIONES DE CANALISTAS, COMO TRIBUNAL ESPECIAL.

Como ya se adelantó, una de las funciones principales de las asociaciones de canalistas es la de resolver conflictos que pudieran suscitarse entre miembros de la organi-

zación o bien entre éstos y la propia organización respecto de ciertas y determinadas materias, como fluye de lo dispuesto en los artículos 200 (“competencia en lo concerniente (...) a la jurisdicción”) y 244 (“resolverá (...) las cuestiones”), del Código de Aguas, lo que la constituye en un tribunal especial de acuerdo a los términos del artículo 73 de la Constitución.

Tal función jurisdiccional arranca desde la Ley N° 2.139, de 1908, cuyo artículo 17 inciso 1° disponía: “El directorio de cada asociación resolverá con el carácter de árbitro arbitrador, todas las cuestiones que se susciten entre los accionistas, sobre derechos o repartición de aguas, y las que surjan entre los accionistas, y la asociación. No habrá lugar a implicancias, ni a recursos de apelación o de casación”. Dicha norma legal aparece, posteriormente, perfeccionada y desarrollada con mayor extensión, en los artículos 138 y siguientes y 144 y siguientes, de los Códigos de Aguas de 1951 y de 1967 (69), respectivamente.

La normativa vigente, contemplada en el Código de Aguas de 1981 a propósito de las comunidades de aguas y aplicable a las asociaciones de canalistas, según lo ya señalado, se refiere a la materia, en los mismos términos, en los artículos 244 a 247, ambos inclusive, de dicho cuerpo legal.

Tales preceptos legales definen con claridad los aspectos principales de un Tribunal Especial (autorizado por el art. 73 de la Constitución), en los siguientes términos:

- a) en cuanto al tribunal competente: Es el directorio, elegido o designado, según el caso, de acuerdo con las normas que el propio Código de Aguas señala para ello; o bien, de conformidad con lo que sobre el particular dispongan los estatutos de la organización.
- b) en cuanto a la naturaleza de este tribunal: Tiene el carácter de árbitro arbitrador, en cuanto al procedimiento y al fallo, lo cual significa, según el artículo 223 inciso 3° del Código Orgánico de Tribunales, que “fallará obe-

diendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil”. En lo que a este último aspecto se refiere (reglas de procedimiento de los árbitros arbitradores), cabe señalar que la referencia debe entenderse hecha, en este caso, al Código de Aguas, por cuanto sus artículos 244 a 247 señalan normas a las cuales debe sujetarse el juicio arbitral seguido ante el directorio de una asociación de canalistas.

c) en cuanto a la competencia de este tribunal: Se extiende, según el art. 244 inc. 1° Código de Aguas a “todas las cuestiones que se susciten entre los miembros de la organización sobre repartición de aguas o ejercicio de los derechos que tengan como miembros de la comunidad” lo que es concordante con lo dispuesto en el artículo 200 inc. 1° Código de Aguas, de acuerdo al cual la “competencia” de la asociación en lo concerniente a la “jurisdicción que con arreglo al artículo 244 corresponde al directorio (...) se extenderá hasta donde exista comunidad de intereses, aunque sólo sea entre dos (asociados)”. Agrega el artículo 244 inciso 1° *in fine*, que el directorio podrá resolver también todas las cuestiones que “surjan sobre la misma materia entre los asociados y la (asociación de canalistas)”.

Esta jurisdicción especial de aguas que contempla el Código de Aguas en sus artículos 200 y 244, tiene dos restricciones, que surgen de los propios términos de la institucionalidad vigente:

1° Desde luego, y por expresa disposición del artículo 230 del Código Orgánico de Tribunales, el arbitraje no puede versar sobre materias de carácter penal, las que tendrán que ser resueltas por los tribunales ordinarios de justicia.

2º En las materias relacionadas con la distribución de las aguas sobre las que tengan derechos de aprovechamiento los miembros de dicha organización, o con el ejercicio de los derechos que tengan como tales, la ley extiende la competencia del directorio a la resolución de los conflictos de los miembros de la organización entre sí y, además, “entre los comuneros y la comunidad” (art. 243 inciso 1º *in fine*, Código de Aguas).

Si bien es en todo caso legítimo la resolución de los conflictos de los asociados, puede llamar a dudas el caso de los conflictos de la asociación con alguno de los asociados.

Ello, por cuanto su competencia legal está restringida a desempeñar exclusivamente la función de Tribunal en esas materias, y no la de actuar como parte demandante en las mismas, cuando el propio directorio deberá resolverlas, apareciendo como juez y parte a la vez.

De accionar en contra de alguno de los asociados en las materias a que se ha venido haciendo referencia, podrían quebrantarse, determinados preceptos constitucionales.

En efecto, según el artículo 7 inciso 2º de la Constitución Política de 1980, “*Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes*”. Y ya se ha señalado que el directorio de una asociación de canalistas está autorizado para actuar como tribunal arbitral en las materias referidas. Entonces, ¿puede actuar como parte demandante en las mismas?

Debe recordarse que el artículo 19 N° 3 inciso 5º, de la Constitución, asegura a todas las personas que “*Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos*”.

Tal garantía podría quedar vulnerada si quien está llamado por ley a actuar como tribunal en determinadas materias (en el caso

consultado, el directorio de una asociación de canalistas) actuara como parte demandante en esas mismas materias.

En efecto, resulta evidente que dicho tribunal, en caso de recurrirse a él, carecería de toda imparcialidad si, al mismo tiempo, tiene un interés directo comprometido en la misma materia por la cual se ha solicitado su intervención.

En este sentido, debe recordarse que es al Presidente, que lo es del directorio y de la organización de usuarios, a quien le corresponde, según el artículo 240 del Código de Aguas, la representación judicial de ésta, en la forma que dispone el artículo 8 del Código de Procedimiento Civil, como, asimismo, la representación extrajudicial.

Por lo tanto, a partir de lo anterior, parecen ser los tribunales de justicia (o el arbitraje), la vía hábil para solucionar un problema entre el directorio de la asociación y un asociado, cuando no ha sido posible.

2. POSIBILIDAD DE IMPEDIR EXTRACCIONES ILEGÍTIMAS DE AGUAS, MEDIANTE ATRIBUCIONES DIRECTAS, AUXILIO DE FUERZA PÚBLICA O DENUNCIAS PENALES.

Ante un hecho concreto de ilicitud (por ejemplo, el caso planteado en este caso: en que existe un asociado que ilegítimamente extrae más aguas que la que le corresponde de acuerdo a sus títulos registrados en la asociación o cuyo marco repartidor o dispositivos de extracción le permitan extraer más agua que la que le corresponde), puede la asociación, según la ley, realizar las siguientes acciones concretas, ya sean directas, o judiciales:

a) Puede la asociación, a través de su directorio, actuar directamente, ejerciendo las atribuciones que para la distribución o construcción y modificación de dispositivos establece la ley (artículos 200, 207, 208 y 241 N°s. 2 y 5, entre otros, del Código de Aguas);

b) Puede la asociación, a través de su directorio, aplicar multas o privar del agua al asociado respectivo (art. 217 del Código de Aguas);

c) Puede el directorio solicitar el auxilio de la fuerza pública, por intermedio del Juez, según lo autoriza, con diversas posibilidades, el artículo 242 del Código de Aguas;

d) También puede el directorio o su presidente, a partir de un acuerdo del directorio, si se estima del caso, en representación de la asociación (art. 240 inciso 2° del Código de Aguas), accionar ante la justicia criminal. En efecto, puede formular ante el Juzgado del Crimen correspondiente las denuncias que eventualmente pudieren corresponder por alguno de los delitos previstos en los artículos 459 a 461, ambos inclusive, del Código Penal para el supuesto que se hubiere cometido alguno de ellos y que la consiguiente responsabilidad penal no se encuentre extinguida.

Se trata de delitos denominados de *acción pública*, esto es, aquella que según el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, “se ejercita a nombre de la sociedad para obtener el castigo de todo delito que deba perseguirse de oficio”; y que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del mismo Código, “puede ser ejercida por toda persona capaz de parecer en juicio, siempre que no tenga especial prohibición de la ley y que se trate de delitos que deban ser perseguidos de oficio”. Y los delitos a que se ha hecho mención anteriormente son, precisamente, de aquellos que pueden perseguirse de oficio.

Evidentemente que en tal caso, si quien denuncia no es el directamente afectado por el eventual ilícito penal, tendrá que rendir la correspondiente fianza de calumnia, en los términos que prescriben los artículos 94 N° 6° y

98 a 101, ambos inclusive, todos del Código de Procedimiento Penal.

3. ACCIÓN CONCRETA DE UN JUICIO DE AGUAS CONTRA UN ASOCIADO ANTE LOS TRIBUNALES ORDINARIOS DE JUSTICIA.

En la hipótesis planteada en este caso (de un asociado que ilegítimamente extrae más aguas que la que le corresponde de acuerdo a sus títulos registrados en la asociación o cuyo marco repartidor o dispositivos de extracción le permitan extraer más agua que la que le corresponde), en la normalidad de los casos se soluciona a través de los medios anteriores: esto es, la asociación de canalistas, en uso de sus atribuciones, directamente, o con el auxilio otorgado por un Juez, distribuye a cada asociado el agua que estrictamente le corresponde, y altera y modifica en lo que sea necesario los dispositivos de reparto. O, incluso, realizando la denuncia criminal que corresponde.

El caso analizado es diverso: en realidad, una sentencia anterior de un tribunal de protección (la emanada en el caso “*Pomés con Asociación canal Huidobro*”, de 1998)⁵, impidió en los hechos que la asociación ejerciera sus atribuciones y concretara de frente a una extracción ilegítima de aguas sus legítimas medidas de distribución y modificación de marcos partidores. El fundamento de los jueces en 1998 era que tales materias (dar a los dispositivos la dotación que corresponda) debían ser resueltas por un tribunal ordinario de justicia. Este caso “*Asociación canal Huidobro con Pomés*”, de 2005, consistió, en verdad, en la “recuperación” de las potestades de la asociación, para el reparto o distribución de aguas. En otras palabras, en este caso de 2005, y a partir de los términos del considerando 28, *in fine*, de la sentencia del caso “*Pomés con*

5 Ver nota anterior.

Asociación canal Huidobro”, de 1998, la única vía judicial que quedaba para la asociación era: la demanda directa de la asociación de canalistas ante un tribunal con el fin de que se declarara la posibilidad efectiva que tiene el directorio de distribuir las aguas entre los asociados y de construir y modificar los dispositivos de extracción de los asociados en todo aquello que sea necesario. Y, además, con el fin de que en una instancia judicial se pueda decidir sobre la pretendida existencia de un nuevo derecho de aguas de Pomés, adicional al registrado en la asociación, según él adquirido a su favor por la vía de la prescripción, y a partir del uso adicional de más aguas que las que le correspondían como titular de los derechos registrados.

IV. POSIBILIDAD JURÍDICA DE QUE UNA EXTRACCIÓN DE AGUAS, DESDE UN CAUCE ARTIFICIAL, Y SIN TÍTULO REGISTRADO, PUEDA DAR ORIGEN A UNA PRESCRIPCIÓN; Y APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 309 DEL CÓDIGO DE AGUAS

Trátanse en esta tercera parte dos aspectos relativos al problema central de la extracción de aguas sin título: en primer término, es necesario saber si ante el derecho de aguas chileno, una extracción ilegal de aguas, sin título registrado en una asociación de canalistas, y que se efectúa desde un cauce artificial de dominio común, puede dar origen a una prescripción (A); y, la posibilidad de aplicar el artículo 309 del Código de Aguas a tal caso, esto es, de un asociado que ilegítimamente extrae más aguas que la que le corresponde de acuerdo a sus títulos registrados en la asociación o cuyo marco repartidor o dispositivos de extracción le permitan extraer más agua que la que le corresponde (B).

A POSIBLE PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DE UN DERECHO DE AGUAS A PARTIR DE LA EXTRACCIÓN DE AGUAS, DESDE UN CAUCE ARTIFICIAL, SIN TÍTULO REGISTRADO EN UNA ASOCIACIÓN DE CANALISTAS

Se plantea la cuestión de saber si el uso de un mayor caudal de aguas que el que le corresponde a un asociado según sus títulos registrados en el Conservador y en una asociación de canalistas, originado en la mera tolerancia y por ignorancia de la asociación, permite adquirir por prescripción un derecho de aprovechamiento sobre ese mayor caudal.

1. DE LA PRESCRIPCIÓN EN GENERAL.

Cabe tener presente algunas ideas generales respecto de la prescripción. La prescripción puede ser analizada desde una doble perspectiva: por un lado, como modo de extinguir las obligaciones y derechos ajenos; y por otro lado, como modo de adquirir el dominio. En el caso consultado, se debe analizar la segunda óptica, según la cual la prescripción es un modo de adquirir las cosas ajenas comerciables, por haberlas poseído durante cierto tiempo con los requisitos legales.

Deben concurrir tres requisitos para que según las reglas civiles opere este modo de adquirir, que son: a) que la cosa sea susceptible de prescripción; b) que la cosa haya sido poseída; y c) que esta posesión haya durado todo el tiempo señalado por la ley. Al respecto, son importantes las reglas establecidas en los artículos 724, 728, 924 y 2.505 del Código Civil. En efecto:

1º Los derechos de agua son cosas incorporales cuya tradición debe hacerse por inscripción en el Conservador (art. 117 inciso 2º del Código de Aguas), por lo que “nadie podrá adquirir posesión de ella sino por este medio “la inscripción” (art. 724 Código Civil), posesión que no usa sino por otra inscripción (art. 728 Código Civil);

2° La posesión de los derechos de aguas se prueba mediante la inscripción (art. 924 Código Civil);

3° Contra el título inscrito de un derecho de aguas, como derecho real, no tendrá lugar la prescripción sino en virtud de otro título inscrito (art. 2505 Código Civil);

2. DE LA PRESCRIPCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS.

Es necesario saber si la extracción de aguas desde un cauce artificial sometido a la distribución de una asociación de canalistas, por quien carece de un título registrado en la asociación podría llegar a dar lugar a una prescripción adquisitiva de un derecho de aguas.

Al respecto, según el artículo 121 del Código de Aguas, *“A los derechos de aprovechamiento inscritos en los Registros de Aguas de los Conservadores de Bienes Raíces, se les aplicarán todas las disposiciones que rijan la propiedad raíz inscrita, en cuanto no hayan sido modificadas por el presente Código”*. Agrega el artículo 21 del Código de Aguas, que: *“La transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente código”*.

En consecuencia, la prescripción de los derechos de aprovechamiento de aguas se rige en todo por las reglas generales del derecho civil, salvo las reglas especiales propias del Código de Aguas. Entonces, el derecho de aprovechamiento de aguas, como tal, es prescriptible, y sobre ello no cabe duda alguna, por disponerlo expresamente los ya citados artículos 21 y 121 del Código de Aguas. Pero, debe dejarse clara constancia que lo que se prescribirá es un derecho preexistente, el cual habrá que poseerlo de acuerdo a las reglas de la posesión inscrita. A explicar esta situación se destinan los párrafos que siguen.

a) *El contexto: la constitución y adquisición de derechos de aguas en general.*

Para comprender la manera de operar la prescripción en materia de derechos de aguas es necesario explicar el contexto jurídico relativo al modo de constituir y adquirir tales derechos de aprovechamiento de aguas.

Los derechos de aprovechamiento de aguas se clasifican según la Constitución (art. 19 N° 24 inc. final) en *reconocidos* o *constituidos*, lo que deriva de la condición de las aguas: al ser bienes nacionales de uso público, sólo el Estado crea, constituye o reconoce derechos. Así, una posibilidad es que los “constituya”, por un acto de autoridad (art. 20 Código de Aguas); y, la otra posibilidad, es que los “reconozca” a partir de usos consuetudinarios (arts. 7° D.L. N° 2.603, de 1979 y 2° transitorio inciso 2°). En todos estos casos, los derechos de aguas se constituyen o se reconocen respecto de fuentes naturales, y en ningún caso a partir de obras artificiales (vid. arts. citados, por sus referencias a las fuentes naturales). *Estos son los dos únicos modos de adquirir derechos de aguas ex novo.*

Ahora, una vez creados estos derechos, ya sea por la vía de la “constitución” por la autoridad (art. 20 Código de Aguas) o por la vía del “reconocimiento”, estos derechos pueden y deben inscribirse en los registros de propiedad de aguas (arts. 150 inc. 1° y 112 y 114 del Código de Aguas), a partir de lo cual el titular posee su derecho, de acuerdo al derecho registral inmobiliario chileno (art. 121 del Código de Aguas). Y este poseedor de derechos podrá transferirlo, o incluso perderlo por prescripción.

Por lo tanto, para que alguien sea titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, como lo define el artículo 6° del Código de Aguas, debe haber sido “constituido” o “reconocido”⁶; y sólo se entra en posesión de ese derecho por la vía de la correspondiente inscripción.

6 Ver un análisis detallado de esta clasificación de los derechos de aguas en: *Derecho de Aguas*, cit., tomo 2, pp. 321 y ss.

b) ¿Cómo opera el instituto de la prescripción en Derecho de aguas?

La prescripción, entonces, en materia de derechos de aguas, dada su condición de “derecho real” (art. 6° inciso 1° Código de Aguas), es un modo de adquirir “derechos reales preexistentes”, como ocurre en el caso de todos los derechos reales⁷.

Además, opera especialmente cuando ese derecho real, ya preexistente, ha sido transferido *a non quasi domino*⁸. Debe recordarse que, en su caso, la tradición del derecho de aguas debe efectuarse por la competente inscripción (art. 117 del Código de Aguas), y si esa tradición no se efectúa, sencillamente no se adquiere el derecho.

Por lo tanto, en materia de derechos de aguas lo que se debe poseer para ganar por prescripción es el derecho preexistente, ya sea constituido o reconocido, y sólo a partir de esa posesión, por ejemplo, como se dijo, cuando ha sido transferido a *non quasi domino*, será posible que el adquirente, una vez transcurridos los plazos que establece la legislación civil para el caso de los derechos reales, podrá ganar por prescripción ese derecho; concurriendo además los requisitos legales, ya enunciados al inicio.

En suma, el derecho real de aprovechamiento de aguas es susceptible de ser adquirido por prescripción cuando concurren los siguientes requisitos:

a) El derecho de aprovechamiento de aguas es susceptible de prescripción, siempre y cuando sea preexistente, esto es, haya sido “constituido” previamente por la autoridad; o haya sido reconocido por la ley a partir de un uso consuetudinario, uso éste que se debe haber producido directamente en una fuente natural (arts. 20 y 2° transitorio Código de Aguas, 7° DL 2603 de 1979);

b) Que ese derecho, como tal, haya sido poseído, ya sea a través de la transferencia *a non quasi domino* o por algún otro medio evidente que lo que se está poseyendo es exactamente un determinado derecho ajeno, y no simplemente una cantidad de aguas (vid. art. 2° transitorio, inciso 1°); y

c) Que esta posesión haya durado todo el tiempo señalado por la ley, debiendo estarse a las reglas generales que establece el derecho civil (arts. 21 y 121 Código de Aguas).

Por lo tanto, debe quedar clara constancia que la ley chilena sólo contempla la hipótesis de prescripción respecto de “títulos” o de “derechos” de aguas preexistentes y ajenos, esto es, que hayan sido previamente constituidos o reconocidos de acuerdo a la ley, y que el que pretenda adquirirlos por prescripción los haya poseído realmente, como se poseen los derechos reales inscritos.

Y, según se desprende claramente de lo enunciado, no puede considerarse que se configura esta hipótesis legal de la prescripción en el caso de una extracción *de facto* de aguas, desde un cauce artificial, sin que exista para ello título ajeno preexistente, sin siquiera ostentar ánimo de dueño, pues no se solicitó por el pretendido prescribiente ni siquiera la respectiva servidumbre (art. 85 Código de Aguas), ni se pagó cuota a los dueños del canal (art. 215 Código de Aguas).

3. QUIÉN UTILIZA O EXTRAE VOLÚMENES DE AGUA DESDE OBRAS ARTIFICIALES NO “POSEE” DERECHOS QUE PRESCRIBIR.

Cabe preguntarse, si en la hipótesis planteada, en este caso (esto es, caso de un asociado que ilegítimamente extrae más aguas que la que le corresponde de acuerdo a sus títulos re-

7 Vid. Art. 2512 del Código Civil, según el cual: “Los derechos reales se adquieren por la prescripción de la misma manera que el dominio, y están sujetos a las mismas reglas...”.

8 Cfr.: GUZMÁN BRITO, Alejandro, *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1995), p. 192.

gistrados en la asociación o cuyo marco reparitador o dispositivos de extracción le permitan extraer más agua que la que le corresponde), ¿se podría invocar la prescripción como título adquisitivo de un derecho de aprovechamiento de aguas?

La respuesta es negativa y afirmar que en estos casos de utilización ilegítima de parte de unas aguas se origina una posesión de un derecho, es un error de frente al derecho de aguas chileno. Como se dijo, en Chile los derechos de aguas, para que existan deben ser creados o por una concesión de aguas o acto de autoridad que los constituye, o deben ser reconocidos a partir del uso de las aguas de una fuente natural. No hay ninguna otra forma legal para que nazca un derecho *ex novo*.

En el caso "*Asociación canal Huidobro con Pomés*" no hay derecho de aguas preexistente que prescribir, porque cada uno de los demás asociados ha continuado durante toda la vigencia de la asociación poseyendo sus respectivos derechos de aguas a raíz de las inscripciones de sus títulos, a su nombre, en los registros respectivos.

Por lo tanto, la extracción ilegítima de aguas desde un canal común, por la cantidad que sea, en caso de poder determinarse, no otorga posesión sobre el título ajeno, ni habilita para prescribir un derecho de aguas que, como tal, no existe previamente. De hecho, todos los asociados del canal respectivo siguen teniendo la posesión inscrita de sus respectivos títulos, por lo que no se vislumbra posibilidad alguna de originar posesión a favor de otra persona sobre ellos.

La extracción de aguas no otorga posesión del título de derecho de aguas inscrito. Sólo cuando esta extracción se realiza directamente desde una fuente natural, durante un tiempo inmemorial, lo que origina no es una prescripción (que, como se ha dicho, sólo opera en caso de título preexistente, que es de otro titular, cuya titularidad cederá a favor del adquirente, que adquiere así el título ajeno),

sino que lo que se origina es un uso consuetudinario, que en casos señalados expresamente por la legislación, y en un momento determinado (art. 7° D.L. N° 2.603, de 1979 y art. 2° transitorio inciso 2° del Código de Aguas), la ley los "reconoce", como para el nacimiento de un nuevo título de aguas. Pero ese uso consuetudinario debe efectuarse directamente en una fuente natural, esto es, en una corriente de uso público.

Muy distinta es la hipótesis planteada en este caso, en que la extracción no se realiza en una fuente o corriente natural de uso público, sino en una obra artificial, en donde no escurren "títulos" de aguas ni "derechos" que poseer, sino que escurre simplemente agua captada en común a raíz de un "derecho de aguas común" de los accionistas. El hecho de ingresar el agua desde una fuente natural a un canal determinado implica el ejercicio del derecho de aguas común de los asociados (art. 198 N° 4 del Código de Aguas), lo que se manifiesta en un volumen de agua que los asociados se reparten según sus "acciones", esto es, según su porcentaje de propiedad en el canal y obras comunes, de lo que se deriva su acción en el título común de aguas.

Esos volúmenes de agua son normalmente usados directamente por los asociados, de acuerdo al reparto que efectúa la asociación. En caso de no ser usados esos volúmenes de aguas, ya sea por personas ajenas a la asociación o por algún asociado (excediendo lo que en derecho le corresponde), no se origina posesión alguna de derechos, sino que en realidad lo que sucede es lo siguiente:

1° Un ilícito penal de parte del asociado que, a partir de una alteración de un marco partidor profita de aguas que en derecho no le corresponden, de acuerdo a lo establecido en los artículos 459 y 461 del Código Penal; y

2° Un ilícito civil, que puede ser certificado por la propia asociación, en virtud de lo dispuesto en el art. 217 del Código de Aguas.

Si nos preguntamos sobre la posibilidad de que estos ilícitos penales y civiles puedan originar una prescripción a favor del extractor de aguas de facto, debemos contestar negativamente, por todas las razones ya dadas anteriormente, y porque, además, se trataría de la “mera tolerancia” de usar volúmenes de agua, y ello no confiere posesión.

4. LA MERA TOLERANCIA DEL USO DE VOLÚMENES DE AGUA DESDE OBRAS ARTIFICIALES NO OTORGA POSESIÓN.

Si recordamos las reglas generales de la prescripción, a la que se debe ceñir todo aquel que invoque este título adquisitivo, esto es, poseer el derecho que se desea prescribir, existen determinados actos que por expreso mandato legal no constituyen posesión y, que consecuentemente, no habilitan para adquirir por prescripción.

Entre tales actos se encuentra la *mera tolerancia*. En efecto, dispone el artículo 2499 inciso 1° del Código Civil, que “*La omisión de actos de mera facultad, y la mera tolerancia de actos de que no resulta gravamen, no confieren posesión, ni dan fundamento a prescripción alguna*”.

Como lo expresa la doctrina civilística, “*Los actos de mera tolerancia no están definidos por la ley. Pero, desde el punto de vista del que los tolera, puede afirmarse que son aquellos que para él entrañan el ejercicio de un derecho, como es permitirlos o no, y a cuyo ejercicio no se opone por benevolencia y en consideración a que no atentan contra la integridad del contenido de su derecho. Desde el punto de vista del tercero, son actos de mera tolerancia los que él realiza sin la intención de ejercitar un derecho propio, sino apoyado*

en la condescendencia del titular del derecho ejercitado”.

En consecuencia, en este caso concreto (esto es, caso de un asociado que ilegítimamente extrae más aguas que la que le corresponde de acuerdo a sus títulos registrados en la asociación o cuyo marco repartidor o dispositivos de extracción le permitan extraer más agua que la que le corresponde) ha habido sólo mera tolerancia y no se está en presencia del ejercicio de un derecho ajeno, o la posesión del mismo, lo que no origina prescripción alguna. Y así ha sido resuelto expresamente por la jurisprudencia, la que en un caso sometido a estas mismas reglas civiles, ha dictaminado que: “*El que los dueños de un cauce artificial permitan que un tercero extraiga una parte del agua de ese canal que antes arrendaba, constituye un acto de mera facultad o tolerancia*”¹⁰.

Entonces, si respecto de un ex arrendatario que utiliza la cosa que se le dio en arrendamiento, se entiende que hay sólo mera tolerancia; con mayor razón la habrá respecto de alguien que utiliza un volumen de agua que no le corresponde según sus títulos para lo cual, entonces, no tiene ni ha tenido, siquiera, un título de mera tenencia (como lo es el arrendamiento).

B. APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE UNIDAD DE MEDIDA FIJA (VOLUMEN) RESPECTO DE EXTRACCIONES ILEGALES DE AGUAS

Se plantea, en fin, la cuestión de saber si es posible la aplicación del artículo 309 del Código de Aguas en el contexto de este caso en que un asociado, ilegítimamente, extrae más agua de la que le corresponde de acuerdo a sus títulos registrados en la asociación.

9 Vid. ALESSANDRI R., ARTUÑO y SOMARRIVA U., Manuel, *Curso de derecho civil. Los bienes y los derechos reales* (Santiago, Editorial Nascimento, 1974), p. 538, N° 749 pr.

10 Sentencia de la Corte Suprema, de 3 de agosto de 1907, publicada en: “*Revista de Derecho y Jurisprudencia*”, citada en el *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia del Código Civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998), tomo XI, p. 215, a propósito del artículo 2499 de dicho cuerpo legal).

1. ALCANCE Y EFECTOS DEL ARTÍCULO 309 DEL CÓDIGO DE AGUAS.

El artículo 309 del Código de Aguas dispone lo siguiente: "*Los derechos de aprovechamiento otorgados con anterioridad a este Código y que no estén expresados en volumen por unidad de tiempo, se entenderán equivalentes al caudal máximo legítimamente aprovechado en los cinco años anteriores a la fecha que se produzca controversia sobre su cuantía*".

Desde luego, debe tenerse presente, con respecto a dicha norma legal, que, según su expreso tenor literal, tiene por finalidad regular el caso de los derechos "*otorgados*"; y, según la clasificación que contiene la Constitución (art. 19 N° 24, inciso final), los derechos "*otorgados*", son aquellos que se constituyen mediante un acto de autoridad.

Si la asociación de canalistas que administra las obras comunes a través de las cuales se usan las aguas se ha organizado, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley N° 2.139, de 1908, los miembros de esa organización de usuarios serían titulares de acciones del derecho común del canal (art. 198 N° 4 Código de Aguas), que por su origen consuetudinario son derechos *reconocidos* y no derechos *constituidos u otorgados*.

Por otra parte, tal como antes se ha señalado, el artículo 309 del Código de Aguas tiene aplicación cuando hay controversia sobre la cuantía de un derecho de aprovechamiento preexistente, cuyo título no "exprese" una unidad de medida fija (volumen por unidad de tiempo), y a partir de lo cual se presume una "equivalencia" con lo aprovechado, si se produce "*controversia sobre su cuantía*".

En otras palabras, para que la hipótesis contenida en el artículo 309 del Código de Aguas pueda ser aplicada, la discusión objeto

del juicio debe recaer específica y precisamente, sobre la cuantía de un determinado derecho de aprovechamiento; cuantía que, por cierto, de acuerdo con lo dispuesto en dicho cuerpo legal (artículo 7°), tendrá que quedar expresada en volumen por unidad de tiempo. Circunstancia esta última que, según lo expuesto anteriormente, es incompatible con el sistema de distribución de aguas que realizan las organizaciones de usuarios de aguas, entre ellas las asociaciones de canalistas¹¹, de acuerdo a lo establecido en el artículo 311 del Código de Aguas.

Aun más, y profundizando una idea ya señalada, requisito indispensable para que en un juicio determinado tenga aplicación el artículo 309 del Código de Aguas, es que las partes de dicha controversia estén contestes, al menos, en que efectivamente hay un derecho de aprovechamiento, cuya existencia no es cuestionada. Ello, con la reserva antes señalada en cuanto el ámbito de dicha norma legal sería más restringido aún, por cuanto sería sólo para derechos *otorgados*, no para derechos *reconocidos*. Pero aun aceptando que podría llegar a aplicarse por analogía a unos y otros, el artículo en cuestión será aplicable cuando la existencia del derecho de aprovechamiento de que se trate, sea una cuestión no debatida.

2. APLICACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE EQUIVALENCIA DE UN VOLUMEN DE UNIDAD FIJA A UN CONFLICTO RELATIVO A EXTRACCIONES ILEGALES DE AGUA.

La asociación de canalistas controvierte el que la extracción excesiva de aguas transforme al usuario ilegal en titular de un derecho de aprovechamiento nuevo, cuya medida sería la correspondiente al excedente que ha estado utilizando durante muchos años.

11 Sobre el problema de la unidad de medida fija y variable, que es el único contexto en que es posible aplicar este artículo 309 del Código de Aguas, ver del autor: *Derecho de Aguas*, cit., tomo 2, p. 399; y: "*El catastro público de aguas. Consagración legal, contenido y posibilidades de regulación reglamentaria*", en *Revista de Derecho de Aguas*, vol. 8 (1997), p. 87, con referencia expresa a este artículo 309 del Código de Aguas.

En otras palabras, la controversia recae, en este caso, en la titularidad misma que ostentaría el usuario ilegal sobre un derecho de aprovechamiento correspondiente a tal excedente; y no en el caudal de ese derecho, en circunstancias que es a esta materia a lo que se refiere el artículo 309.

Recayendo la controversia sobre la existencia misma del derecho de aprovechamiento, el usuario ilegal tendrá que probar que efectivamente es titular del mismo, y que lo que habría obtenido ya sea por un título "otorgado" o "constituido" por la autoridad; o mediante el "reconocimiento" de un uso consuetudinario de aguas en una "corriente natural", y no en un canal. Esto es, previamente se tendrá que demostrar todos los elementos de un título de aguas preexistente (uno de los cuales, no el único, es el caudal). Es decir, se tendrá que demostrar el caudal que corresponda a ese supuesto derecho de aprovechamiento, pero como un elemento constitutivo más del derecho de que se aduce ser titular, y que simplemente se desea modificar su equivalencia a una unidad de medida fija.

Siendo ello así, no cabe aplicar el artículo 309 del Código de Aguas en este caso, por cuanto la hipótesis de tal disposición legal se refiere a una controversia que recae, única y exclusivamente, sobre el caudal de un derecho de aprovechamiento de aguas, cuya existencia y titularidad no sea discutida por las partes del juicio, y que se desea establecer una equivalencia a una unidad de medida fija.

Lo anterior, por cuanto las presunciones deben aplicarse al caso para el cual el legislador las estableció específicamente, no pudiendo recurrirse a ellas para otros casos no expresamente previstos.

CONCLUSIONES

1° Los derechos de aprovechamiento de aguas se tienen respecto de las aguas que afluyen

en un río, las cuales pueden ser aprovechadas por los usuarios y distribuidas por las organizaciones de usuarios del modo que autoriza la ley.

La primera distribución es la que realiza una junta de vigilancia respecto de las aguas de una corriente natural, la que las reparte a cada obra artificial de captación. Esta obra de captación puede ser de uso individual o colectivo; en este último caso se entiende existir una comunidad de aguas, o una asociación de canalistas, de las cuales existen diferentes "accionistas".

Los "accionistas" del río (canales) tienen derecho a recibir el agua que en forma alícuota o turnal haya entregado la junta de vigilancia. Al mismo tiempo, cada "accionista" de canal (comuneros o asociados) son dueños proporcionalmente entre sí de la obra artificial de captación, y de las canalizaciones matrices, y del derecho de "aguas comunes" que se reparten en "acciones". Todos ellos tienen derecho a recibir de manera alícuota, según sus acciones, el agua que corresponda de acuerdo al caudal que fluya desde el río; y, al mismo tiempo, están sometidos a la distribución que de acuerdo a la ley realizan las organizaciones de usuarios.

2° El directorio de toda asociación de canalistas tiene la potestad legal para distribuir las aguas entre sus miembros, lo que se hará de acuerdo a los títulos registrados en la asociación, pudiendo el directorio determinar las dimensiones de los diversos dispositivos de distribución que acuerde (compuertas, marcos, partidores u otros), y construirlos directamente, o modificarlos.

El directorio puede, incluso, solicitar el auxilio de la fuerza pública para hacer cumplir las medidas de distribución que acuerde, entre las cuales se encuentra esencialmente la fijación de la dimensión de los dispositivos y su construcción o modificación.

Dado que las medidas anteriores se toman de acuerdo a los títulos de los miembros de la asociación, el secretario de la asociación

de canalistas de que se trate, deberá tener debidamente actualizado el registro de sus miembros; de tal manera de conocer con certeza quiénes tienen tal calidad y los derechos de aprovechamiento, y características de éstos, de los cuales son titulares cada uno de ellos.

3° La asociación de canalistas, en la hipótesis planteada en el caso *“Asociación canal Huidobro con Pomés”* (caso de un asociado que ilegítimamente extrae más aguas que la que le corresponde de acuerdo a sus títulos registrados en la asociación o cuyo marco repartidor o dispositivos de extracción le permitan extraer más agua que la que le corresponde) tiene legitimación activa para actuar en un juicio de aguas en contra de uno de sus asociados. Tal posibilidad emana directamente de la atribución legal de su presidente para representar a la asociación en juicio, el que puede iniciar para dirimir toda cuestión o conflicto que afecte a la asociación, o a las atribuciones de su directorio.

Ello es sin perjuicio que, si es el caso y si proceden, se puedan efectuar las denuncias que correspondan por los eventuales delitos penales que pudiere haber cometido algún miembro de dicha organización de usuarios de aguas.

4° Los derechos de aprovechamiento de aguas son ante nuestro derecho de dos formas: o constituidos (los que crea u otorga la autoridad directamente); y los reconocidos (los que se originan del uso inmemorial de aguas directamente desde una fuente natural), y para que opere el modo de adquirir derechos denominado prescripción, debe existir previamente un derecho de aguas ajeno, que se posee un tiempo, y que luego origina la prescripción.

a) El uso de volúmenes de agua no significa poseer derechos de aprovechamiento de aguas, pues la posesión de derechos de aguas, en su calidad de reales y sometidos al sistema de posesión inscrita, se realiza mediante la inscripción en un registro inmobiliario o a través de una transferencia *a non quasi domino*.

b) El uso de un mayor caudal de aguas desde una obra artificial de propiedad común de los asociados de una asociación de canalistas, originado en la mera tolerancia o por ignorancia de los asociados o del directorio de la asociación, no es el ejercicio de derecho alguno, y no otorga posesión, por lo que no permite adquirir por prescripción un derecho de aprovechamiento sobre ese mayor caudal.

c) La hipótesis planteada en el caso *“Asociación canal Huidobro con Pomés”*, no podía en ningún caso originar prescripción de un derecho de aprovechamiento de aguas, pues ante el derecho de aguas chileno el uso de las aguas no constituye título de posesión ni origina la adquisición de derechos de aguas, los que sólo se originan por la “constitución” de un título o por el “reconocimiento” de usos consuetudinarios. Por un lado, en el caso analizado, no había autoridad alguna que hubiese “constituido” u otorgado la posibilidad de extracción ilegítima; y por otro lado, no podía esa extracción originar el “reconocimiento” de derecho alguno pues no se efectuaba directamente en una fuente natural sino en una obra artificial. Esa extracción era en realidad un ilícito penal y civil, dilatado en el tiempo por la mera tolerancia o la ignorancia de los demás dueños del canal.

5° El artículo 309 del Código de Aguas tiene por objeto presumir una equivalencia de la unidad de medida de los derechos de aprovechamiento para que queden expresados en los términos que lo exige el artículo 7 del Código de Aguas; esto es, en volumen por unidad de tiempo y no tiene aplicación, en el caso de extracción ilegítimas de caudales de aguas desde cauces artificiales, dado que según su expreso tenor literal, se aplica sólo a derechos *otorgados* o *constituidos*, esto es, preexistentes, y creados originariamente por la autoridad. En este caso, estaríamos en presencia, de un uso *de facto*, sin derecho o título previo, respecto de aguas excedentes de un cauce artificial de propiedad

común de los miembros de una asociación de canalistas, en que el directorio de esa asociación reparte volúmenes a sus asociados, según sus acciones en el canal común.

a) El artículo 309 del Código de Aguas sólo es aplicable cuando el objeto único de la controversia es, precisamente, el caudal que le corresponde al titular de un derecho de aprovechamiento de aguas preexistente, que desea establecer una equivalencia a una unidad de medida fija; y en ningún caso puede ser aplicable al caso en que se discute la existencia misma del derecho de aprovechamiento.

b) En suma, el artículo 309 del Código de Aguas supone para su aplicabilidad, necesariamente, que la existencia del derecho de aprovechamiento cuyo caudal se trata de determi-

nar, sea un punto pacífico entre quienes son parte en la controversia. Sin embargo, en el caso en análisis se discute, precisamente, la existencia de tal derecho.

6° La sentencia de la Corte Suprema, de 7 de marzo de 2005 (que anula y reemplaza una sentencia anterior de la Corte de Apelaciones de San Miguel, de 3 de diciembre de 2003; y que confirma una sentencia del juez de Buin, de 27 de octubre de 2000) aplica correctamente el derecho de aguas vigente al restablecer las facultades propias de una asociación de canalistas para impedir la extracción ilegal de aguas por un asociado y rechazar la insólita pretensión de adquirir por prescripción un derecho de aguas, basado en el uso ilegal y excesivo.

