



**Universidad de Chile  
Facultad de Derecho  
Departamento de Derecho Económico**

# **REGULARIZACIÓN Y PERFECCIONAMIENTO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN CHILE**

Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales

Sebastián Matías Contreras Pizarro

**Profesor Guía:** Gustavo Manríquez Lobos

**Santiago de Chile,**

**2020.**

*A mis hijos, Santiago y Victoria, que han alegrado con sus sonrisas las largas horas de encierro y que han servido de refugio al semblante taciturno del trabajo nocturno.*

Resumen	5
1. Introducción	6
2. Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile	7
a) Definiciones generales y conceptos.	7
b) El problema de la técnica y el Derecho.	12
I. Sistemas concesionales anteriores al Código de Aguas de 1951.	12
II. Código de Aguas de 1951.	14
III. Código de Aguas de 1969.	15
IV. Código de Aguas de 1981.	16
V. Situación actual.	17
c) Reglamento del Catastro Público de Aguas: necesidad de regularizar y perfeccionar los derechos antiguos.	17
3. Perfeccionamiento de Derechos de Aprovechamiento de Aguas en Chile.	23
3.1. Procedimiento de Perfeccionamiento	26
3.1.1. Normas especiales y conflictos de carácter procesal.	27
3.1.1.1 En Materia Probatoria.	27
3.1.1.2. Legitimidad Pasiva.	31
3.1.1.3. Ley N° 20.697: Perfeccionamiento a nombre de otro.	35
3.2. El objeto del perfeccionamiento	36
3.2.1. Presunción de continuidad.	37
3.2.3. Presunción de ejercicio del derecho: permanencia.	43
3.2.4. Presunción de ejercicio del derecho: consuntividad.	45
3.2.5. Presunción de continuidad.	46
3.3. Problemas y críticas al perfeccionamiento.	47
3.3.1. Excesiva demora en su tramitación.	47

3.3.2. Un procedimiento contencioso con carácter de voluntario.	50
4. Regularizaciones de derechos de aprovechamiento de aguas	53
4.1. Procedimiento de las regularizaciones.	55
4.1.1 Etapa Administrativa	56
4.1.1.1. Etapa Petitoria	56
4.1.1.1.1. Solicitud de regularización de un derecho de aprovechamiento.	56
4.1.1.1.2. Publicaciones y radiodifusiones	58
4.1.1.1.3. Oposiciones	59
4.1.1.2. Etapa de Instrucción	59
4.1.1.3. Etapa resolutive	60
4.1.2 Etapa Judicial	61
4.1.2.1 Cuestiones procesales.	61
4.2. Objeto de la Regularización	68
4.2.1. Ámbito de aplicación y elementos del procedimiento del artículo 2 transitorio del Código de Aguas.	69
4.2.1.1. Ámbito de aplicación: elemento temporal.	71
4.2.1.2. Uso efectivo de las aguas	72
4.2.1.3. El uso debe ser ininterrumpido	82
4.2.1.4. El uso debe haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia	82
4.2.1.5. Se haya practicado su uso sin reconocer dominio ajeno.	83
4.3. Críticas y problemas al procedimiento de regularización	83
4.3.1. Cómo afecta la regularización del artículo 2° transitorio en la determinación de la disponibilidad del recurso hídrico.	83
4.3.2. Vicios y abusos en los procesos de regularización por el artículo 2° transitorio.	84
5. Conclusiones	86

## **Resumen**

Este proyecto de investigación consistirá en un análisis de los procedimientos de perfeccionamiento y regularización de derechos de aprovechamiento de aguas en Chile, en particular, el procedimiento de regularización del artículo 2 transitorio del Código de Aguas, examinando la necesidad de su tratamiento en tanto mecanismos de ajuste de derechos antiguos y usos reconocidos (consuetudinarios).

Se analizarán especialmente los elementos procesales de ambas instituciones, su tratamiento dentro del ordenamiento jurídico y las discusiones jurisprudenciales y doctrinarias que ha suscitado su regulación.

Asimismo, se estudiarán sus elementos materiales, requisitos y características esenciales, recogiendo y sistematizando las abundantes discusiones y posturas que existen en torno a éstos.

## 1. Introducción

El presente trabajo corresponde a un proyecto de investigación, a través del cual se pretende entregar una visión actualizada y sistematizada de los procedimientos de regularización y perfeccionamiento de derechos de aprovechamiento de aguas en Chile, analizando sus principales características e identificando las semejanzas y diferencias que presentan en su tan particular proceso, tanto en sede judicial como administrativa, que dista de las instituciones típicas de títulos que reconoce nuestro derecho.

En este sentido, los procedimientos de perfeccionamiento y regularización de derechos de aprovechamiento de aguas han sido poco o escasamente estudiados en el marco de la doctrina jurídica tradicional. Siendo el agua un recurso fundamental para la economía y la vida misma, atendiendo además el avance tecnológico propio de una materia que necesariamente reviste el carácter de conjunción multidisciplinaria, como lo es precisamente el Derecho de Aguas, y la necesidad constante de responder a las exigencias modernas que presenta la diversa geografía chilena en relación con el escenario hídrico nacional, se crean las instituciones en estudio a fin de permitir actualizar, adecuar y – en algunos casos - corregir los títulos antiguos de derechos de aprovechamiento de aguas a las exigencias y nomenclatura de la actualidad.

En términos generales, la bibliografía y los estudios sobre dichos procedimientos son nulos o escasos. En efecto, en los últimos años no se ha publicado obra alguna que analice detalladamente los procedimientos de perfeccionamiento y regularización de derechos de aprovechamiento de aguas.

Esta investigación tiene como objetivo primordial realizar una revisión acuciosa de los criterios formulados tanto por la Dirección General de Aguas como nuestros Tribunales en cada uno de los procedimientos, para así poder ofrecer el estado actual de la materia y definir algunas directrices de carácter general que vienen en complementar las disposiciones del Código de Aguas y demás normas de carácter reglamentario que lo complementan, otorgando luces respecto de la práctica jurisprudencial y administrativa.

En definitiva, la investigación que se propone versará sobre los procedimientos de regularización y perfeccionamiento de derechos de aprovechamiento de aguas, tanto en su tramitación administrativa como en sede judicial.

## 2. Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile

Con el objeto de identificar adecuadamente la situación de los derechos de aprovechamiento que son objeto de los procesos de perfeccionamiento y regularización, resulta necesario revisar el concepto de derecho de aprovechamiento que regula nuestro ordenamiento, así como sus características esenciales y aspectos normativos relevantes.

Como se podrá observar en los siguientes acápites, los derechos de aprovechamiento que son objeto de un proceso de perfeccionamiento carecen de menciones esenciales que regula y exige el Código de Aguas actual, por lo que requieren que su título sea completado o *perfeccionado*.

Por su parte y dada la evolución normativa propia de los sistemas codificados del derecho occidental, existen ciertos derechos *históricos* o *consuetudinarios* que, por expresa mención de la Carta Fundamental, son reconocidos por nuestro ordenamiento, pero carecen, por diversos motivos, de un título que lo identifique como un derecho de aprovechamiento regulado en el Código de Aguas. En tales casos, el derecho es *regularizable*.

### a) Definiciones generales y conceptos.

Los derechos de aprovechamiento de aguas se encuentran regulados en el artículo 6 del Código de Aguas, a saber:

*“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código.*

*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.*

*Si el titular renunciare total o parcialmente a su derecho de aprovechamiento, deberá hacerlo mediante escritura pública que se inscribirá o anotará, según corresponda, en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente. El Conservador de Bienes Raíces informará de lo anterior a la Dirección General de Aguas, en los términos previstos por el artículo 122. En todo caso, la renuncia no podrá ser en perjuicio de terceros, en especial si disminuye el activo del renunciante en relación con el derecho de prenda general de los acreedores.”*

Así, el derecho de aprovechamiento de aguas es un derecho real que consiste en el uso y goce del recurso hídrico, debiendo ejercerse en conformidad a las disposiciones del Código de Aguas.

Los derechos de aprovechamiento facultan a su titular a ejercer una serie de derechos anexos que permiten al titular hacer efectivo su ejercicio, como construir las obras necesarias para su debido aprovechamiento, constituir servidumbres especiales o ejercer ciertas acciones judiciales de carácter especial con el fin de garantizar y proteger su titularidad y ejercicio.

En este sentido, el profesor Vergara Blanco señala: *“Cuando se habla de los ‘derechos de aprovechamiento de aguas’, se habla de una potencia jurídica, de una posibilidad jurídica, de un ámbito jurídico, de un poder jurídico entregado a un particular. De eso se tratan los derechos en definitiva. En materia de aguas, esa potencia jurídica se manifiesta por la posibilidad que tiene una persona, natural o jurídica, de usar agua, de utilizar agua para los fines que estime convenientes, de acuerdo con las características de su título”.* (Vergara Blanco, 1998)

Por su parte, nuestra Excelentísima Corte Suprema lo ha definido como: *“Sexto: Que el otorgamiento de un derecho de aprovechamiento es jurídicamente una concesión por medio de la cual se crea en favor del concesionario el derecho a ejercer una posesión exclusiva sobre un bien nacional de uso público. Este otorgamiento se hace efectivo mediante el procedimiento concesional de nuestro Código de Aguas, debidamente regulado, y la Administración debe concederlo si se cumplen los requisitos legales y siempre que de ello no se siga perjuicio o menoscabo en los derechos de terceros.”* (Armijo Núñez, José con Director General de Aguas, 2004)

Sin perjuicio de que es posible realizar un análisis extenso de la naturaleza y características de los derechos de aprovechamiento de aguas, para efectos de la presente memoria, sólo se revisaran aquellas menciones o características esenciales que regula el Código del ramo.

Como se revisará en los acápite siguientes a propósito de las modificaciones normativas que han sufrido los derechos de aprovechamiento de aguas, en particular los regímenes que los definen y establecen, se deja constancia que nuestro régimen actual fue regulado en el Código de Aguas del año 1981, consignando las menciones necesarias para poder identificar el derecho de aprovechamiento de aguas que se solicita o se constituye, permitiendo su identificación y reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico como tal.

Cabe señalar que el Código de Aguas de 1981 no consagra expresamente las características de los derechos de aprovechamiento, sino más bien regula, en sus artículos 140 y 149, el contenido mínimo que debe incorporarse en una solicitud dirigida a la autoridad para la constitución de un derecho, así como las menciones básicas que debe expresar la resolución que lo constituye.

Así, el artículo 140 del Código de Aguas, al regular el contenido que toda solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas debe contener, dispone:

*“La solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento deberá contener:*

*1. El nombre, cédula nacional de identidad o rol único tributario y demás antecedentes para individualizar al solicitante. El nombre del álveo de las aguas que se necesita aprovechar, su naturaleza, esto es, si son superficiales o subterráneas, corrientes o detenidas, y la provincia en que estén ubicadas o que recorren.*

*Tratándose de aguas subterráneas, se precisará la comuna en que se ubicará la captación y el área de protección que se solicita;*

*2. El uso que se le dará a las aguas solicitadas.*

*3. La cantidad de agua que se necesita extraer, expresada en medidas métricas y de tiempo. Tratándose de aguas subterráneas, deberá indicarse el caudal máximo que se necesita extraer en un instante dado, expresado en medidas métricas y de tiempo, y el volumen total anual que se desea extraer desde el acuífero, expresado en metros cúbicos;*

*4. El o los puntos donde se desea captar el agua.*

*Si la captación se efectúa mediante un embalse o barrera ubicado en el álveo, se entenderá por punto de captación aquél que corresponda a la intersección del nivel de aguas máximas de dicha obra con la corriente natural.*

*En el caso de los derechos no consuntivos, se indicará, además, el punto de restitución de las aguas y la distancia y desnivel entre la captación y la restitución;*

*5. El modo de extraer las aguas;*

*6. La naturaleza del derecho que se solicita, esto es, si es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas, y*

*7. En el caso que se solicite, en una o más presentaciones, un volumen de agua superior a las cantidades indicadas en los incisos finales de los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5, el solicitante*

*deberá acompañar una memoria explicativa en la que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará. Para estos efectos, la Dirección General de Aguas dispondrá de formularios que contengan los antecedentes necesarios para el cumplimiento de esta obligación. Dicha memoria se presentará como una declaración jurada sobre la veracidad de los antecedentes que en ella se incorporen.”*

Por su parte, el artículo 149 enuncia el contenido mínimo del acto administrativo que otorga un derecho de aprovechamiento, señala:

*“El acto administrativo en cuya virtud se constituye el derecho contendrá:*

- 1. El nombre del adquirente;*
- 2. El nombre del álveo o individualización de la comuna en que se encuentre la captación de las aguas subterráneas que se necesita aprovechar y el área de protección;*
- 3. La cantidad de agua que se autoriza extraer, expresada en la forma prevista en el artículo 7º de este Código;*
- 4. El o los puntos precisos donde se captará el agua y el modo de extraerla;*
- 5. El desnivel y puntos de restitución de las aguas si se trata de usos no consuntivos;*
- 6. Si el derecho es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas, y*
- 7. Otras especificaciones técnicas relacionadas con la naturaleza especial del respectivo derecho y las modalidades que lo afecten, con el objetivo de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros.*

*Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 147 bis, el derecho de aprovechamiento constituido de conformidad al presente artículo, no quedará en modo alguno condicionado a un determinado uso y su titular o los sucesores en el dominio a cualquier título podrán destinarlo a los fines que estimen pertinentes.”*

En este sentido, se debe tener especialmente presente el Decreto Supremo N° 1220, de fecha 30 de diciembre de 1997, que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas. Dicha disposición, en su artículo 45 señala:

*“De acuerdo a la ley, y para los efectos de este reglamento, son características esenciales de cada derecho de aprovechamiento de aguas objeto de regularización o reconocimiento, las siguientes:*

- a) *Nombre del titular;*
- b) *El álveo o ubicación del acuífero de que se trata;*
- c) *Provincia en que se sitúe la captación y la restitución, en su caso;*
- d) *Caudal, de acuerdo a lo establecido en los artículos 7º y 268 del Código de Aguas,*
- e) *Aquellas características con que se otorga o reconoce el derecho, de acuerdo a la clasificación establecida en el art. 12 del Código de Aguas, esto es, si se trata de un derecho consuntivo o no consuntivo; de ejercicio permanente o eventual; o de ejercicio continuo, discontinuo o alternado entre varias personas.”*

De esta forma, podemos concluir que los títulos e inscripciones de un derecho de aprovechamiento deben, a lo menos, contener lo siguiente:

1. Individualización del titular del derecho.
2. Fuente del derecho de aprovechamiento, así como la o las provincias en las que se encuentra. En el caso de que sean aguas subterráneas, se debe indicar la comuna donde se encuentra el punto de captación y su área de protección.
3. El punto de captación desde donde se extraerá el recurso, expresándose su ubicación exacta en coordenadas UTM, Datum WGS84, debiendo indicarse también su huso o, en su defecto, una ubicación georreferenciada<sup>1</sup>.
4. En el caso de que sea un derecho no consuntivo, su punto de restitución, cumpliéndose con los mismos requisitos ya indicados respecto de la captación.
5. Uso del derecho (consuntivo o no consuntivo).
6. Naturaleza del derecho en el tiempo (permanente o eventual).
7. Ejercicio del derecho (continuo, discontinuo o alternado, también conocido como sistema de turnos).

Características que han sufrido diversas modificaciones a lo largo del tiempo, en virtud de la evolución de la técnica normativa y definiciones políticas relativas al régimen de los derechos de aprovechamiento.

---

<sup>1</sup> Si bien lo anterior no consta en el Código de Aguas, las diversas guías y Manual de Procedimiento del Departamento de Administración de Recursos Hídricos (DARH), publicadas por la Dirección General de Aguas, han complementado y establecido este requisito.

En este sentido, resulta necesario tener presente que nuestro actual Código de Aguas data del 13 de agosto de 1981, siendo publicado el 29 de octubre de 1981. En sus ya prácticamente 36 años de vigencia, ha sufrido incontables modificaciones y encontrándose, a la fecha, en segundo trámite constitucional una Reforma que pretende modificar sustancialmente la concepción de los derechos de aprovechamiento de aguas a como lo conocemos. Lo anterior, sin considerar los primeros Códigos que legislaron esta materia, los que contenían principios y sistemas concesionales muy distintos.

b) El problema de la técnica y el Derecho.

Como se indicó precedentemente y dada las características propias de las materias que se regulan, nuestro sistema de derechos de aprovechamiento de aguas y su codificación ha visto diversas modificaciones.

Así y como se analizará sucintamente en el presente acápite, uno de los principales inconvenientes de nuestro régimen de aguas es la falta de certeza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas. Dicha falta de seguridad no sólo compromete los títulos, sino también la integridad del sistema registral, existiendo derechos que, por una parte, se encuentran reconocidos como tales, pero no poseen su respectiva inscripción – lo que a la luz de nuestro sistema registral implica principalmente la imposibilidad de acreditar la titularidad del dominio – o, si la poseen, se encuentra incompleta; así como derechos que encontrándose debidamente inscritos, no tienen todas o algunas de las menciones esenciales que establece el Código de Aguas.

En este sentido y sólo para efectos de tener presente las distintas codificaciones y, con ello, sistemas que se han implementado en nuestro país, a continuación, se detallan brevemente las principales reformas y modificaciones al sistema de derechos de aprovechamiento de aguas:

**I. Sistemas concesionales anteriores al Código de Aguas de 1951.**

Se regulaba principalmente por las normas del Código Civil y ordenanzas de carácter local y general. Las disposiciones del Código Civil establecían un marco general de regulación, mientras las ordenanzas locales y generales resolvían las cuestiones específicas o detalles que las comunidades locales requerían.

Las mercedes de agua de la época se inscribían en relación a los inmuebles que las aprovechaban, creándose un primitivo catastro de regadores con la Ley de Asociaciones de

Canalistas y se regulaban las inscripciones y subinscripciones de los actos o contratos que recayeren sobre éstos.

Entre los diversos cuerpos normativos que coexistían regulando la materia, cabe resaltar algunas normas que ya manifestaban un germen de la necesidad de mantener un registro y/o inscripción de los derechos de aprovechamiento de aguas, a saber:

- a) Ordenanzas para la distribución de aguas que se dictaron en distintos cauces del país desde 1872 en adelante. Cabe resaltar en particular la Ordenanza para la distribución de aguas de los ríos Huasco y Limarí, del año 1880, donde se hace mención a la “matrícula de canales del río”; una especie de catastro donde se registraban los derechos o tomas existentes con sus respectivos turnos.
- b) El Reglamento para la concesión de mercedes de aguas de ríos o esteros de uso público para fines industriales, del año 1907, que creaba un “registro de concesiones” en la Dirección de Obras Públicas (hoy Ministerio de Obras Públicas).
- c) Ley N° 2.139 de 1908, sobre Asociaciones de Canalistas, primera norma que ordena la creación de un registro especial, denominado Registro de Regadores de Agua, donde se deberán inscribir los derechos de aprovechamiento que estén organizados como Asociación de Canalistas. A mayor abundamiento, establece que los títulos traslativos de dominio de los regadores de agua deberán efectuarse por escritura pública y su tradición se producirá por la inscripción en el Registro de Regadores de Aguas que deberá llevar cada Conservador de Bienes Raíces del lugar donde se encuentra ubicada la bocatoma del canal matriz. Esta norma en particular reviste especial importancia, toda vez que, hasta el año 1908, nuestra legislación no contemplaba un sistema registral propiamente tal. Este sistema se restringía a los derechos que estuvieran insertos en una de las nuevas asociaciones.
- d) El Reglamento relativo a las mercedes de aguas para regadío (Decreto N° 403 de 1916), donde consignaba un registro que llevaba la Dirección de Obras Públicas en el que se anotaban las concesiones definitivas.

Cabe señalar que, con el objeto de consolidar en un documento único las diversas disposiciones que regulaban con disposiciones generales la materia, se elaboró un proyecto de Código de Aguas (de 1948), el que, por diversos motivos que exceden al presente trabajo, fue postergado, dictándose, en definitiva, el Código de Aguas de 1951.

## **II. Código de Aguas de 1951.**

Cabe señalar que, dada la dispersión normativa que existía con anterioridad a la dictación de este Código y con el claro objeto de concentrar en un solo cuerpo normativo las diferentes disposiciones, el Código de Aguas de 1951 viene en derogar, desde su entrada en vigencia, todas las demás leyes, decretos y reglamentos que regulaban la materia.

En cuanto a la inscripción de los derechos de aprovechamiento de aguas, este cuerpo normativo incluyó un título especial, denominado *“Del Registro de Aguas y de la Inscripción”*

Establece la obligación para la Dirección General de Aguas (en un principio, para el Departamento de Riego de la Dirección General de Obras Públicas) de llevar un catastro de mercedes y demás derechos de aguas.

En este sentido, se debía registrar la matrícula de los canales que formaban parte de una Junta de Vigilancia, sus derechos y la forma de distribución de las aguas respectivas.

Asimismo, ordenaba se inscribieran los actos o contratos y que modificaban la distribución en cauces naturales.

Refuerza y recoge las disposiciones de la Ley sobre Asociaciones de Canalistas, en el sentido de que los Conservadores de Bienes Raíces deben llevar un Registro de Propiedad de Aguas, Registro de Hipotecas, Gravámenes, Prohibiciones e Interdicciones, los que asimilaba a los Registros respecto de los inmuebles.

Cabe señalar que, con la dictación de la Ley N° 9.909 que aprueba el Código de Aguas, se derogaron las normas relativas a la riberaneidad, primando, en definitiva, el sistema concesional de los derechos de aprovechamiento.

Así, respecto de las aguas consideradas en el Código como bienes nacionales de uso público, éstas son propiedad del Estado, otorgándose su aprovechamiento a los particulares a través de los derechos de aprovechamiento, los que únicamente podían ser adquiridos mediante concesiones otorgadas por el Presidente de la República a través de un procedimiento reglado y claramente definido.

Sin perjuicio de lo expuesto, en los casos de aguas superficiales y corrientes que se conducían por cauces artificiales construidos a expensas de un particular, se consideraba que éstas pertenecían a quien hubiese construido el cauce, en los términos del artículo 837 del Código Civil, es decir, eran aguas privadas.

Asimismo, se declara que subsisten a la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1951, los derechos adquiridos con anterioridad, esto es, aquéllos reconocidos por sentencia judicial firme y ejecutoriada, los que tuvieron su origen en mercedes (y que no se hayan declarado caducados por la no construcción de los respectivos canales), así como los que emanaron de los artículos 834, 835 y 836 del Código Civil, esto es, los correspondientes a los propietarios riberanos, siempre y cuando se encontraran en uso y con sus respectivas obras; así como aquéllos adquiridos por prescripción.

Durante los últimos años de vigencia del Código de Aguas de 1951, se dictaron dos disposiciones que modificaron sustancialmente su contenido y que fueron, de una u otra forma, la antesala a la dictación del Código de Aguas de 1969.

Dichas normas corresponden a las Leyes N° 16.615, que modifica el derecho de propiedad regulado en la Constitución Política de la República del año 1925, en el sentido de preparar la Reforma Agraria, toda vez que regula constitucionalmente las aguas, confiriéndole al legislador la facultad de incorporarlas al dominio público respecto de todo el territorio; y la Ley N° 16.640 de Reforma Agraria.

La Ley N° 16.640 de la Reforma Agraria no sólo contemplaba la redistribución de las tierras, sino también de las aguas, con el objeto de racionalizar su aprovechamiento y tornar más eficiente su uso para la sociedad.

Dado lo anterior y teniendo especialmente presente que uno de los principios de la Reforma Agraria y de las reformas constitucionales del período era precisamente fortalecer la condición de las aguas como bienes nacionales de uso público, lo que entraba en directa contradicción con las disposiciones del Código de Aguas de 1951, efectuaron dos cambios sustanciales en la materia, a saber, se modificó la naturaleza jurídica de las aguas: éstas pasaron a ser bienes nacionales de uso público en su totalidad. Asimismo, el derecho de aprovechamiento de aguas pasó a ser un derecho de *uso* sobre las aguas (con anterioridad, reunía prácticamente todos los atributos del dominio).

Lo anterior, se materializó con la declaración de utilidad pública de las aguas y la expropiación de aquéllas que eran de dominio privado, quedando los usuarios de dichas aguas como titulares de este nuevo derecho de aprovechamiento.

### **III. Código de Aguas de 1969.**

Se fijó el texto del nuevo Código de Aguas a través del Decreto N° 162 de 1969. Con la dictación de esta codificación, se vino en consolidar y ratificar las diversas reformas que

introducían un cambio en la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento, en el sentido de calificarlos como un “derecho real administrativo”.

Asimismo, eran relevantes las facultades que se reconocían y otorgaban, de forma orgánica, a la Dirección General de Aguas, como ente fiscalizador y administrador del recurso hídrico.

Es precisamente a raíz de las facultades y obligaciones de registros, que el Registro Público de Aguas queda a cargo definitivamente de la Dirección General de Agua, a la que, a mayor abundamiento, se le otorgan una serie de facultades para mantener y actualizar dicho registro.

Sin perjuicio de lo expuesto, para que entrara en vigencia el Registro Público de Aguas, era necesario que el Presidente de la República dictara el respectivo Decreto Supremo, debiendo inscribirse, en el intertanto, los títulos en el Registro de Aguas que mantenían los Conservadores de Bienes Raíces en la forma prevista para los inmuebles.

#### **IV. Código de Aguas de 1981.**

El Decreto con Fuerza de Ley N° 1122 del Ministerio de Justicia de 13 de agosto de 1981, que aprobó y promulgó el Código de Aguas de 1981 significó, en términos prácticos, un gran cambio en la filosofía política y económica preponderante, que se ve fuertemente plasmada en la naturaleza enajenable de los derechos de aprovechamiento de aguas que se instaura a partir de esta época.

El derecho real de aprovechamiento de aguas como actualmente se conoce es, precisamente, insertado e instaurado a partir de esta codificación.

Resulta especialmente importante hacer presente que, fortaleciendo la obligación de registro, el artículo 122 impone a la Dirección General de Aguas la carga de llevar un Catastro Público de Aguas con el principal objeto de mantener un archivo y registro que permita una adecuada planificación estratégica del recurso y ejecución de las funciones propias de fiscalización y administración de la autoridad.

Si bien la intención del legislador fue la implementación del Catastro Público de Aguas en esta época, 1981, recién en el año 1999, se inicia con la entrada en vigencia del Reglamento del Catastro Público de Aguas, Decreto Supremo N° 1220.

## **V. Situación actual.**

Como se indicó, la implementación del Catastro Público de Aguas se logró recién en el año 1999, con la dictación de su Reglamento.

Las obligaciones de registro y actualización que contiene dicha norma y el reconocimiento expreso del proceso de perfeccionamiento, dieron lugar a la necesidad, por parte de los titulares de derechos de aprovechamiento y usuarios del recurso hídrico, a procesos de perfeccionamiento y regularización de sus derechos, toda vez que, en muchas ocasiones, se hacía necesario efectuar otros trámites ante la Dirección General de Aguas o, incluso, ante la Comisión Nacional de Riego, como lo son precisamente los subsidios y campañas de fomento que tanto necesitan los pequeños agricultores y organizaciones de usuarios.

Cabe señalar que, conforme consigna la ley, los Registros que debe llevar la Dirección General de Aguas en caso alguno reemplazan a los Registros de Propiedad de Aguas y Registros de Hipotecas y Gravámenes de Aguas de los Conservadores de Bienes Raíces, así como tampoco sirven para acreditar la posesión inscrita ni dominio sobre los derechos de aprovechamiento de aguas o de los derechos reales constituidos sobre ellos.

Por lo pronto, la situación actual de la regulación orgánica de los derechos de aprovechamiento y, en particular de los procesos en estudio, se mantiene sobre las bases del Código de Aguas del año 1981, habiéndose dictado diversas normas que lo complementan y regulan, sin modificar, en su esencia, lo ya señalado en el acápite anterior.

### **c) Reglamento del Catastro Público de Aguas: necesidad de regularizar y perfeccionar los derechos antiguos.**

Así como el Reglamento del Catastro Público de Aguas limitó, especificó y detalló las características esenciales de los derechos de aprovechamiento de aguas, también incorporó la necesidad de perfeccionar los títulos antiguos o incompletos y regularizar los derechos ancestrales o históricos.

Cabe señalar, como se mencionó con anterioridad, que el Catastro Público de Aguas se creó con el objeto de mantener un registro adecuado de los derechos de aprovechamiento existentes, tanto los formalmente constituidos como los reconocidos, así como todas las solicitudes que se encuentran en trámite. Asimismo, mantiene el archivo de las Organizaciones de Usuarios, Obras Hidráulicas, inventario de glaciares, entre otros. En definitiva, mantiene el

respectivo control, archivo y registro de todo lo relacionado con el recurso hídrico y su administración. De tal forma que no sólo permitiera tener un adecuado control de los derechos, sino además facilitar la tarea fiscalizadora de la Dirección General de Aguas y permitir ejercer su función pública de administración de las aguas.

Conforme lo dispone el artículo 5 del Reglamento, el Catastro Público de Aguas está compuesto de un total de 15 registros y archivos, que corresponden a los siguientes:

1. Registro Público de Organizaciones de Usuarios
2. Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas
3. Inventario Público de Extracciones Autorizadas de Aguas
4. Inventario Público de Obras Hidráulicas
5. Inventario Público de Información Hidrológica y Meteorológica
6. Inventario Público de Obras Estatales de Desarrollo del Recurso y Reservas de Aguas
7. Inventario Público de Extracciones Efectivas de Aguas
8. Inventario Público sobre Información de Calidad de Aguas
9. Inventario Público de Cuencas Hidrográficas y Lagos
10. Archivo Público de Jurisprudencia Administrativa y de Normas sobre Calidad de Aguas
11. Registro Público de Roles Provisionales de Usuarios
12. Registro Público de Solicitudes
13. Registro Público de Vertidos de Residuos Líquidos en Fuentes Naturales de Aguas, y
14. Archivo Público de Estudios y Archivo Público de Informes Técnicos.
15. Inventario Público de Glaciares

En lo pertinente al presente trabajo, los derechos de aprovechamiento de aguas se deben insertar en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, anotándose toda modificación, complementación – y, en definitiva, perfeccionamiento – y transferencia en el mismo; sin perjuicio que, en términos prácticos, no siempre ocurre lo anterior. Las regularizaciones, en atención a que le dan certeza jurídica al derecho y crean un título para su

inscripción, permiten la adecuada inscripción de un derecho antiguo. El perfeccionamiento, como se indicó, sólo complementa o se anota en una inscripción anterior.

Cabe señalar además que las solicitudes de regularización – en los casos que corresponda por la vía administrativa – también se incorporan al registro público de solicitudes, dada su etapa previa administrativa a su instancia judicial, como se verá más adelante.

El Catastro Público de Aguas debe cumplir con su rol de instrumento facilitador para el cumplimiento de las obligaciones y funciones propias de la Dirección General de Aguas. Por ello, para el cumplimiento de su objetivo de interés público, no es suficiente la mera inscripción de los títulos en los registros conservatorios. Bien se ha señalado que: “[...] *la diferencia entre este registro y el Registro de Propiedad que llevan los Conservadores de Bienes Raíces, por cuanto en ellos sólo constaría cierta información legal respecto de los derechos de aprovechamiento, y aunque parezca redundante, sólo de los derechos inscritos. Esto porque existe una alta proporción de derechos y usos sobre el agua en nuestro país que no están inscritos en los Conservadores de Bienes Raíces, pero que, dado el carácter técnico y la finalidad del CPA, estos derechos o usos podrían consignarse de alguna manera en él, para que la autoridad y otros interesados puedan conocer su existencia y tomar decisiones con la mayor cantidad de información técnica y legal disponible*” (BOETTIGERS PHILIPPS, 2012)

En efecto, cabe recordar que los derechos de aprovechamiento de aguas requieren de su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo, a fin de mantener su historia registral y concordancia con el ordenamiento jurídico nacional. Lo anterior, no obsta a que las inscripciones de los derechos de aprovechamiento puedan encontrarse incompletas – ya sea porque el acto administrativo mismo omitió alguna mención, ya porque, a la fecha de su constitución, dicha mención no era necesaria o por su omisión en el título mismo que dio origen a la inscripción - o, derechamente, no existir.

Así, puede existir un derecho de aprovechamiento de aguas que fue debidamente adquirido (ya sea por acto administrativo emanado de la autoridad o derechamente por algún título traslativo de dominio), habiéndose inscrito en el respectivo Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces que corresponda, encontrándose el título *incompleto*, por carecer de alguna mención esencial, lo que, si bien no afecta la titularidad del dominio, impide que éste sea registrado en el Catastro Público de Aguas.

En este sentido, el mismo artículo 45 del Reglamento establece en su inciso final: “*La falta de determinación o indefinición de alguna de estas características obliga a los titulares de los respectivos derechos a perfeccionarlos o regularizarlos previamente a su registro.*”

Consigna de tal modo la carga de ajustar el derecho a la normativa vigente al titular, imponiéndole una especial sanción: La imposibilidad de registrar en el Catastro Público de Aguas el derecho en cuestión y, con ello, el titular del derecho de aprovechamiento no podrá efectuar actuación alguna ante la Dirección General de Aguas y la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Lo anterior, conforme dispone la Sección IV del Reglamento del Catastro Público, donde se consagra la obligatoriedad del registro, así como a lo consignado en el artículo 122 del Código de Aguas, impide al titular de un derecho de aprovechamiento que no se encuentre registrado correctamente en el Catastro Público de Aguas efectuar cualquier acto ante la Dirección General de Aguas y la Superintendencia de Servicios Sanitarios, lo que, en términos prácticos, entorpece la posibilidad de ejercicio del derecho, toda vez que el titular se verá impedido de presentar y tramitar diversas solicitudes, tales como traslados del ejercicio del derecho, cambios de punto (restitución o captación), aprobación de bocatomas, cambios de fuente, entre otras.

Así, el artículo 32 del Reglamento del Catastro Público de Aguas dispone: *“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 150 inciso segundo del Código de Aguas, los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, deberán inscribirlos en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas a que se refieren los artículos 13 y siguientes de este Reglamento.”*

Lo anterior, es concordante con lo dispuesto en el inciso séptimo del artículo 122 del Código de Aguas, a saber: *“Sin perjuicio de lo señalado en este artículo y de lo establecido en el artículo 150 inciso segundo, los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, cualquiera sea el origen de éstos, deberán inscribirlos en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas. Con relación a los derechos de aprovechamiento que no se encuentren inscritos en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, no se podrá realizar respecto de ellos acto alguno ante la Dirección de Aguas ni la Superintendencia de Servicios Sanitarios”*

Por su parte, y en lo pertinente, el artículo 33 del Reglamento del Catastro Público de Aguas consigna, replicando en parte el tenor de la norma anteriormente transcrita del Código de Aguas, que: ***“La Dirección General de Aguas no recepcionará solicitud alguna relativa a los derechos de aprovechamiento de aguas antes señalados, como las dirigidas a obtener las autorizaciones para la construcción, modificación, cambio o unificación de bocatomas, a que se refieren los artículos 151 y siguientes del Código de Aguas; o a obtener***

*el cambio de fuente de abastecimiento, a que se refieren los artículos 158 y siguientes del Código de Aguas; o a obtener la autorización del traslado del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, a que se refieren los artículos 163 del mismo Código; o en general, cualquier 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.” (Destacado es propio).*

De las normas antes transcritas, así como de las referencias que indican las mismas, podemos, en definitiva, afirmar que los titulares de derechos de aprovechamiento que no hayan registrado sus derechos de aprovechamiento en el Catastro Público de Aguas no podrán someter a tramitación cualquier solicitud ante la Dirección General de Aguas y la Superintendencia de Servicios Sanitarios que diga relación con el derecho que se debe inscribir.

Como se podrá apreciar, la sanción a la falta de registro es grave, tornando especialmente importante los medios o instrumentos para *preparar* los derechos a inscribir, tales como el perfeccionamiento de un derecho y la regularización de los mismos.

En este sentido, si bien la obligación de registro permite mantener un registro actualizado y eficiente para la Dirección General de Aguas, *cambiando* la carga de mantener el registro al día al usuario o titular del derecho, tal obligación presenta problemas de carácter práctico y que dan cuenta de la fragilidad del sistema.

Por una parte, impide o dificulta la materialización de ciertas políticas públicas de apoyo a la inversión, en particular, de los diferentes fondos y subsidios que administran la Comisión Nacional de Riego y la Dirección de Obras Hidráulicas, toda vez que, dentro de sus bases, se requiere derechamente que los títulos se encuentren ajustados a derecho y/o expresamente que se encuentren incorporados al Registro del Catastro Público de Aguas. En atención a que los principales actores objeto de estas políticas públicas son precisamente pequeños agricultores que, en la gran mayoría de los casos, no tienen los conocimientos y recursos para tramitar los respectivos perfeccionamientos o regularizaciones, la exigencia de registro deviene un problema.

En este sentido, se debe tener especialmente presente que los procedimientos vigentes para perfeccionar y/o regularizar un derecho de aprovechamiento son costosos y lentos, careciendo de la celeridad propia que quiso dar el legislador con su tramitación sumaria.

Sin perjuicio de lo expuesto, es necesario señalar que existen ciertas herramientas que solucionan, en parte, el problema antes expuesto, como lo es, por ejemplo, la posibilidad de efectuar perfeccionamientos masivos a través de las respectivas Organizaciones de Usuarios.

### **3. Perfeccionamiento de Derechos de Aprovechamiento de Aguas en Chile.**

Como se señaló, la necesidad de ajustar los derechos de aprovechamiento “antiguos” o “subsistentes” en relación con el Código de Aguas del año 1981 y que corresponden, en definitiva, a prácticamente todos los derechos de aprovechamiento que fueron constituidos con anterioridad al año 1981 y que fueron otorgados en los regímenes legales anteriores.

El mecanismo a través del cual se materializan los ajustes mencionados es precisamente el perfeccionamiento de los títulos, consistente en un procedimiento judicial con el cual se insertan, modifican o complementan las menciones esenciales que se encuentran incompletas.

Por características esenciales debemos comprender aquellos elementos que el legislador define como menciones mínimas para que un derecho de aprovechamiento se pueda entender como tal y que dicen relación con la entidad, naturaleza, contenido y alcances del derecho, limitándolo y dándole forma.

Como se indicó precedentemente, no existe una mención explícita en el Código de Aguas a qué se entiende como características esenciales, siendo éstas definidas por la autoridad administrativa en el artículo 45 del D.S. N° 1.220 del año 1998, que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas.

Así, para efectos de determinar cuáles serían las características o menciones esenciales que debe contener el título y/o inscripción respectiva, debe estarse a lo dispuesto en el Reglamento del Catastro Público de Aguas. Lo anterior es especialmente importante, toda vez que el artículo 149 del Código de Aguas transcrito y analizado en el acápite anterior, define los elementos mínimos que debe contener una solicitud y resolución que constituye un derecho, no así las características esenciales, cuya ausencia motivaría un proceso de perfeccionamiento.

Por tales, deben entenderse, a lo menos, los siguientes:

1. Punto de captación y, de corresponder, punto de restitución. En otras palabras, el punto exacto donde el titular del derecho de aprovechamiento extrae/restituye las aguas. Cabe señalar que, si bien la práctica habitual y las propias y manuales que ha dictado la misma autoridad administrativa, han complementado este requisito en el sentido de expresar una “ubicación exacta”, es decir, determinar los puntos a través de un sistema de referencia geodésico;

éste no sería propiamente un elemento esencial<sup>2</sup>. Sin perjuicio de ello y de una apropiada integración de nuestro sistema normativo, respecto de las aguas subterráneas, debería, a lo menos en lo relativo al punto de captación, definirse su ubicación exacta en un sistema de referencia geodésico, determinando el punto en cuestión a través de coordenadas U.T.M., en Datum WGS84, que exige la Dirección General de Aguas. Lo anterior, a fin de que el título/inscripción se ajuste a los requisitos del Reglamento de Aguas Subterráneas<sup>3</sup>.

2. Caudal, el que debe expresarse en volumen por unidad de tiempo. En este punto, es necesario hacer una distinción en particular. En el caso de que sean aguas subterráneas, además deberá expresarse el volumen total anual a extraer.
3. Naturaleza del derecho. Bajo esta clasificación formulada en el Reglamento del Catastro Público de Aguas, debemos entender diversas características que permiten efectivamente identificar y ejercer adecuadamente el derecho de aprovechamiento. Así, podemos subclasificar dichas menciones en las siguientes:
  - a. Uso del derecho. Si el titular puede consumir el recurso (consuntivo) o si no puede hacerlo y tiene la obligación de restituirlo (no consuntivo).
  - b. Posibilidad/temporalidad de su ejercicio. Si el derecho es permanente, es decir, que el titular puede ejercerlo siempre o si es eventual, pudiendo

---

<sup>2</sup> En efecto, como se puede apreciar en el Manual de Tramitación del DARH, en el título 5.1.1. sobre Procedimiento de Tramitación, respecto del requisito de ubicación de los puntos de captación/restitución que señala el artículo 140 del Código de Aguas, el Manual en cuestión recomienda “*que estos sean expresados en coordenadas UTM, indicando el Datum correspondiente*”.

<sup>3</sup> Con la dictación del D.S. N° 203, de fecha 20 de mayo de 2013, del Ministerio de Obras Públicas, que Aprueba Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas, se estableció, como requisito de la resolución que constituía el derecho, que se incorporara la ubicación exacta verificada en terreno por la Dirección General de Aguas. Lo anterior, al tenor del artículo 19 de dicho Reglamento, el que consigna, en lo pertinente, lo siguiente:

*“La solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas se publicará y radiodifundirá conforme a lo dispuesto en el artículo 131 del Código de Aguas.*

*La solicitud deberá cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 149 del Código de Aguas.*

*Él o los puntos desde donde se desea captar el agua deberán indicarse mediante coordenadas expresadas en sistema U.T.M., utilizando el Datum WGS84.”*

De tal forma, es dable considerar y elevar como esencial la incorporación de la ubicación exacta del punto de captación en los términos ya expuestos.

ejercerlo solamente siempre y cuando el cauce tenga disponibilidad para satisfacer los derechos permanentes y eventuales que se hayan otorgado con anterioridad.

- c. Forma de ejercicio. Si el derecho se ejerce de forma continua (24 horas al día, los 365 días del año), si es discontinuo, pudiendo sólo utilizarse en determinados períodos del año, o alternado (o régimen por turnos).

Cabe señalar que el legislador no estableció una forma específica ni determinada de cómo se debe probar en un procedimiento de perfeccionamiento la existencia de una característica esencial, aplicándose, por ello, las reglas generales, disponiendo las partes de todos los medios probatorios que les franquea la ley.

Sin perjuicio de ello, nuestro Código de Aguas contiene una serie de presunciones que permiten identificar ciertas características esenciales del derecho, presunciones que se encuentran dispersas en dicho cuerpo legal y que permiten a las partes y al Juez que conozca de este procedimiento, concluir lógicamente la existencia de las menciones omitidas o faltantes.

En cuanto a su procedimiento, y como más adelante se explica, el Código de Aguas se remite al Código de Procedimiento Civil al señalar que se tramitará en conformidad al procedimiento sumario (artículo 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil).

En definitiva, podemos señalar que el perfeccionamiento de derechos de aprovechamiento de aguas se encuentra regulado de forma dispersa, enmarcándose su regulación normativa en tres cuerpos legales, a saber:

- a) Reconocimiento del procedimiento de perfeccionamiento propiamente tal en el Decreto Supremo N° 1.220 del año 1998, que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas.
- b) En cuanto a su procedimiento, se rige por las normas del procedimiento sumario, regulado en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.
- c) En cuanto al contenido de los derechos perfeccionables y a las formas de acreditar la pretensión perfeccionadora, el Código de Aguas contiene diversas presunciones de forma inorgánica, dispersas en su articulado, a saber, presunción de continuidad, presunción de caudal, presunción de ejercicio del derecho (permanencia), presunción de consuntividad y presunción de continuidad.

### 3.1. Procedimiento de Perfeccionamiento

Conforme señala el inciso final del artículo 46 del Reglamento del Catastro Público de Aguas, el perfeccionamiento de un derecho de aprovechamiento de aguas deberá tramitarse a través del procedimiento sumario establecido en el artículo 177 del Código de Aguas.

Por su parte, el referido artículo indica: *“Artículo 177. Los juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan procedimiento especial, se tramitarán conforme al procedimiento sumario establecido en el Título XI, del Libro III, del Código de Procedimiento Civil.”*

Así, son aplicables las normas de nuestro Código de Procedimiento Civil que regulan el juicio sumario en su totalidad.

De tal forma y conforme los artículos 680 y siguientes del anteriormente indicado cuerpo legal, el procedimiento se substanciará de forma principalmente oral, a través de audiencias y siendo sus etapas procesales más breves que el juicio ordinario.

En términos generales, el juicio sumario consta de una etapa de discusión, que se caracteriza por efectuarse de forma oral (en audiencias), un término probatorio más breve que el del juicio ordinario y que se tramita conforme los incidentes, que termina con la respectiva citación a oír sentencia, teniendo el respectivo tribunal un período más breve para dictar el fallo.

El objeto de lo anterior es, en definitiva, la incorporación de las menciones esenciales ausentes u omitidas a través de la sentencia respectiva, la que debe necesariamente ordenar la complementación en la respectiva inscripción del Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo donde consta el título que se perfecciona. Con dicho trámite cumplido, puede inscribirse el derecho o complementarse el Registro del Catastro Público de Aguas.

En consecuencia el único objeto *real* del procedimiento de perfeccionamiento de derechos de aprovechamiento de aguas es lograr la complementación de dicho derecho y lograr su registro en el Catastro Público de Aguas<sup>4</sup>, de tal forma que el titular del derecho de

---

<sup>4</sup> Resulta necesario recordar que el titular del derecho de aprovechamiento a perfeccionar tiene una inscripción vigente en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, por cuanto, y para

aprovechamiento se encuentre habilitado para efectuar alguna de las solicitudes que requieren mantener dicho registro actualizado y completo, tal como se analizó anteriormente.

Finalmente, en lo relativo al procedimiento, el Juez deberá dictar sentencia en un plazo de 10 días a contar de la citación a oír sentencia.

### **3.1.1. Normas especiales y conflictos de carácter procesal.**

Sin perjuicio de lo anterior, el Título II del Código de Aguas, en sus artículos 177 y siguientes, define ciertas disposiciones e instituciones especiales para los procedimientos judiciales en materia de aguas. En este sentido y en lo pertinente al presente trabajo, podemos clasificarlos en las siguientes coordenadas: En materia probatoria, legitimidad de los sujetos procesales y conflictos con instituciones del juicio sumario ordinario.

#### *3.1.1.1 En Materia Probatoria.*

Así, el Código de Aguas agrega una norma especial referida a los medios probatorios en los juicios que se conozcan asuntos relacionados con derechos de aguas.

En efecto, el artículo 179 del Código del ramo dispone: *“En estos juicios se podrá decretar de oficio la inspección personal del Tribunal, el nombramiento de peritos y el informe de la Dirección General de Aguas.”*

Cabe señalar que la norma antes transcrita sólo contiene una novedad en la materia: El informe de la Dirección General de Aguas como una diligencia probatoria propia.

Se debe tener presente y recordar que tanto la Inspección Personal del Tribunal, como la prueba pericial, son pruebas que nuestros tribunales de justicia siempre han podido decretar de oficio, como medidas para mejor resolver.

En este sentido, nuestro Código de Procedimiento Civil, en su artículo 159, en lo pertinente, dispone: *“Los tribunales, sólo dentro del plazo para dictar sentencia, podrán dictar de oficio medidas para mejor resolver [...] Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 431, podrán dictar alguna o algunas de las siguientes medidas:*

*3a. La inspección personal del objeto de la cuestión;*

*4a. El informe de peritos;”*

---

todos los efectos legales, su derecho se encuentra ajustado a derecho, pero con la imposibilidad de solicitar ciertos trámites administrativos.

La principal diferencia y relevancia del artículo 179 es, precisamente, que permite al Tribunal *utilizar* los mencionados medios probatorios, facultando al Juez respectivo para que, en cualquier etapa procesal del juicio, decrete la inspección personal y/o informe de peritos; y no exclusivamente como medida para mejor resolver, una vez terminado el término probatorio.

Distinta es la situación del “Informe de la Dirección General de Aguas”, medio probatorio incorporado por el Código de Aguas, y que, en términos prácticos, pasa a ser la principal prueba en los procesos de perfeccionamiento junto con las presunciones legales.

En efecto, nuestro ordenamiento procesal civil no reconoce como medio probatorio los “oficios” o “informes” de terceros ajenos al juicio, omitiendo, por tanto, cualquier mención al valor probatorio de los mismos. Así, identificamos, entonces, uno de los primeros supuestos problemas a que nos enfrentaremos al momento de calificar el mérito probatorio del “informe de la Dirección General de Aguas” y es precisamente que, en un sistema de valoración legal de la prueba, donde el legislador ha calificado y otorgado un valor probatorio específico a cada medio posible, la falta de determinación del mismo para el caso concreto supone un evidente problema.

Primero que todo, y sin perjuicio de lo que se revisará en lo relativo a la legitimación pasiva de la Dirección General de Aguas, esta última tiene la calidad de parte dentro del proceso de perfeccionamiento. Entonces, cabe legítimamente preguntarse: ¿qué valor probatorio tiene un informe, instrumento confeccionado por una parte del proceso, que se acompaña en juicio? ¿No infringe el legislador el principio de bilateralidad de la audiencia e igualdad ante la ley, al otorgar un tratamiento especial, como parece al tenor del artículo 179 del Código de Aguas antes transcrito, a una parte por sobre la otra?

Antes de dar solución a estas preguntas, es necesario revisar cuál es la situación actual a la luz de las disposiciones procesales del ordenamiento civil y cómo se complementan con el artículo 179 del Código de Aguas.

Primero que todo, debemos señalar que un informe emitido por la Dirección General de Aguas corresponde a un instrumento público. En efecto, el mismo fue otorgado con las solemnidades legales (a través de un acto administrativo) y suscrito por el funcionario público competente. Resulta necesario recordar que los informes técnicos de la Dirección General de Aguas, por regla general, son confeccionados por un funcionario en particular, que actúa dentro de sus atribuciones, y se acompañan o integran a un decreto ordinario; es decir, un acto administrativo formal de trámite o proceso.

En cuanto a su valor probatorio, nuestro Código Civil señala en el artículo 1700, lo siguiente:

*“Artículo 1700. El instrumento público hace plena fe en **cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados**. En esta parte no hace plena fe sino contra los declarantes.*

*Las obligaciones y descargos contenidos en él hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieran dichas obligaciones y descargos por título universal o singular.”*

Como se puede apreciar de la mera lectura del artículo transcrito, éste hace referencia principalmente a los instrumentos públicos suscritos por las partes. En el caso de un documento que, dada sus solemnidades tiene la calidad de instrumento público, haya sido otorgado por una sola de las partes, éste sólo hace plena fe respecto de las declaraciones que haga la parte que lo acompaña. Así, con el sólo mérito de las disposiciones generales de nuestro ordenamiento, el informe de la Dirección General de Aguas sólo hará plena fe respecto de la misma DGA.

En cuanto a la forma de ser incorporados en juicio, los instrumentos públicos deben acompañarse con citación de la contraria, esto es, que la parte contra la que se hacen valer dispondrá del plazo de 3 días para objetar la validez o autenticidad del documento. Transcurrido dicho plazo y sin que se haya formulado observación alguna, el documento en cuestión se considerará como un instrumento público para todos los efectos legales respectivos. En el caso de que se formulara algún tipo de objeción, se dará a lugar a un incidente, el que podrá resolverse de plano o abrirse un término probatorio para su resolución.

En este sentido, ratifica lo anterior el profesor Casarino Viterbo al señalar que: *“La verdad es que no existe una disposición legal expresa que consagre la anterior manera de proceder; pero ella se deduce de lo preceptuado en los artículos 795, Nº 5º, y 800, Nº 2º, del Código de Procedimiento Civil, los cuales, en síntesis, prescriben que son trámites o diligencias esenciales en la primera y en la segunda instancia en los juicios de menor cuantía, mayor cuantía y especiales, ‘la agregación de los instrumentos presentados oportunamente por las partes y con citación o bajo el apercibimiento legal que corresponda respecto de aquélla contra la cual se presentan’.”* (CASARINO VITERBO, 2009)

En definitiva, por la aplicación de las disposiciones comunes del ordenamiento civil, un Informe de la Dirección General de Aguas debería acompañarse en juicio, con citación, y, en

caso de que no se objetare su autenticidad o legalidad, tendría el valor de plena prueba respecto de su fecha, oportunidad de otorgamiento y declaraciones que contenga respecto de la Dirección General de Aguas.

Sin embargo y dado el tenor del artículo 179 del Código de Aguas, nuestra jurisprudencia ha considerado que dicha norma, al establecer el informe de la Dirección General de Aguas de forma conjunta con el informe pericial, los ha asimilado e igualado en valor probatorio, debiendo, en definitiva, calificarse y valorarse en conformidad con las reglas de la sana crítica.

En efecto, don Gonzalo Muñoz Escudero ha señalado que:

*“En quinto término, y siguiendo siempre con los aspectos procesales, quisiera hacer breve referencia al valor probatorio que debe asignársele al informe técnico que elabore la Dirección General de Aguas en estos casos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 134; valor probatorio que nuestra jurisprudencia ha asimilado, en términos generales, al de un **informe pericial**: ‘(...) este tipo de informes se encuentra incorporado como medio probatorio idóneo en procesos como el de autos, de acuerdo con el artículo 179 del Código de Aguas y, por su naturaleza, debe considerarse asimilado a un **dictamen pericial**, cuyo valor probatorio, por ende, corresponde apreciarse de acuerdo a las **reglas de la sana crítica**. Bajo esta óptica, es pertinente señalar que dicho informe emana de la autoridad administrativa a que por ley le compete amplias facultades fiscalizadoras destinadas a velar por el correcto aprovechamiento de las aguas en el territorio nacional y que, a su especialización técnica, une la imparcialidad inherente a su calidad de órgano gubernamental ante una controversia suscitada entre particulares; (...)”.* (MUÑOZ ESCUDERO, 2001)

Cabe señalar que la opinión jurisprudencial que cita don Gonzalo Muñoz se funda en dos coordenadas fundamentales, a saber:

1. Como se dijo precedentemente, que dado que el artículo 179 del Código de Aguas lo reconoce como un medio probatorio en el mismo orden que un informe pericial, se asimila su valor probatorio al de este último.

2. Que, dado el mandato del legislador en relación con la función fiscalizadora de la Dirección General de Aguas, así como su naturaleza de entidad pública, por lo que debe propender a mantener su imparcialidad, y su eminente autoridad técnica en la materia, debe necesariamente atribuirse la calidad de informe pericial.

Es precisamente este último argumento el que resulta particularmente interesante de revisar en el proceso de perfeccionamiento de un derecho de aprovechamiento. Si bien se debe tener presente que el fallo citado<sup>5</sup> por el profesor Muñoz Escudero recaía sobre un juicio de regularización, por lo que la Dirección General de Aguas ocupa una posición procesal distinta, no deja de ser cuestionable que una prueba confeccionada por una parte del juicio (demandado o demandante) que tiene una pretensión y, por tanto, interés en el resultado del proceso, tenga un valor probatorio especial al punto que pueda ser determinante en el grado de convicción que tenga que formarse el juez.

Como se señaló, la Dirección General de Aguas es parte de la Administración del Estado, siendo la principal autoridad técnica en materia de administración del recurso hídrico. Por ello, no es extraño que a sus actos se les aplique el principio de confianza legítima<sup>6</sup> y, por tanto, el Juez que se encuentre resolviendo sobre la procedencia de la acción de perfeccionamiento sometida a su conocimiento, será más susceptible de formar su convicción al tener un pronunciamiento de la Autoridad.

Lo anterior, sin perjuicio del mandato legal que obliga al substanciador a ponderar la prueba rendida por las partes, pudiendo desestimar el valor del informe de la Dirección General de Aguas en caso de que exista otra prueba de igual o mayor valor (como lo es precisamente la Inspección Personal del Tribunal).

### **3.1.1.2. Legitimidad Pasiva.**

Dado lo anterior, resulta importante recordar y analizar la posición jurídica que ocupa la Dirección General de Aguas en este proceso.

Por una parte y en conformidad a lo dispuesto en el artículo 177 del Código de Aguas, sabemos que el procedimiento aplicable al juicio de perfeccionamiento de un derecho de

---

<sup>5</sup> Sentencia comentada por el profesor Muñoz Escudero y que recoge de don Alberto Tala Japaz, en *“Código de Aguas. Concordado, jurisprudencia judicial y administrativa”*. Editorial Jurídica ConoSur Ltda (1995).

<sup>6</sup> En este sentido, debemos entender el principio de confianza legítima desde la posición del administrado, es decir, como la confianza que tiene un ciudadano sometido a la administración del Estado de que este último no actuará de manera abusiva, con excesos de poder, sino más bien resguardando la legalidad y legitimidad de sus actos, actuando – o esperando que actúe – siempre de la misma forma ante idénticas situaciones, resguardando la seguridad jurídica y el estado de derecho.

aprovechamiento de aguas es el juicio sumario y, como tal, corresponderá a un procedimiento contencioso.

Así, surge la primera interrogante a la que se ve enfrentado todo litigante que pretende perfeccionar su derecho: ¿Quién debe ser el demandado?

Si buscamos la respuesta en la ley (Código de Aguas y/o Reglamento del Catastro Público de Aguas), podemos apreciar el vacío que hay al respecto, siendo, entonces, imposible encontrar una norma que logre aclarar este punto.

Sin perjuicio de ello, ha sido precisamente la doctrina y la jurisprudencia quienes han complementado este punto, indicando que, dado que es la Dirección General de Aguas la autoridad técnica en la materia, que exige el perfeccionamiento, teniendo dentro de sus funciones y atribuciones la administración de las aguas, posee legitimidad pasiva en los juicios de perfeccionamiento de aguas, debiendo emplazársele a través de su Director General, que goza de la representación legal de la misma.

En este sentido, la profesora María Luisa Baltra Vergara recuerda que: *“Tras la exposición acerca del reglamento en comento por el abogado y profesor de derecho de aguas Gonzálo Arévalo Cunich, y con motivo de las consultas que resultaran finalizada su exposición, el abogado jefe del Dpto. Legal, señor Pablo Jaeger Cousiño, se preocupó de aclarar las dudas que existían en esta materia. En este sentido, debe demandarse a la Dirección General de Aguas, que, para estos efectos, en conformidad a lo dispuesto en el artículo 302 del Código de Aguas es representada por su Director General”* (BALTRA VERGARA, 2002)

Así también lo ha reconocido la propia Dirección General de Aguas en su sitio web, donde señala, a propósito de cómo conocer la equivalencia de caudal de una acción (respecto de una Organización de Usuarios), lo siguiente:

*“El procedimiento para dotar de las características referidas a los títulos inscritos que no las contemplan, es de carácter judicial, esto es, mediante un juicio sumario seguido **en contra de la Dirección General de Aguas**, citando ciertas normas que combinadas revelan la necesidad de contar con el título perfeccionado, en especial: Art. 122 y 177 del Código de Aguas y artículos 45 y 46 del Reglamento del Catastro Público de Aguas DS 1220/1998.”* (AGUAS, s.f.)

Por ello, y como se ha indicado, la legitimidad pasiva de los procesos de perfeccionamiento recae, precisamente, en la Dirección General de Aguas.

Como es de esperarse, lo anterior implica, en términos prácticos, diversos inconvenientes para la Dirección General de Aguas.

Primero que todo, la carga de efectuar la defensa de los diversos juicios de perfeccionamiento es, de por sí, una tarea titánica, teniendo especialmente presente que la tendencia ha sido “centralizar” los juicios de perfeccionamiento, concentrándose principalmente las acciones en los tribunales de Santiago. Entendiendo que la Dirección General de Aguas funciona de forma “local” o “regional”, y sin perjuicio del “Nivel Central” o autoridad nacional que se encuentra en Santiago, cada revisión de antecedentes de fondo del derecho objeto de un perfeccionamiento, habitualmente requiere la coordinación de información, informes y antecedentes con los departamentos de la región respectiva, lo que, en términos sencillos, torna bastante inviable en los plazos legales del proceso una respuesta fundada y con toda la información completa, como correspondería efectuar.

Junto con lo anterior, se debe tener presente que la Autoridad debe evacuar un Informe Técnico en cada uno de los procesos de perfeccionamiento. Lo anterior, independiente de la defensa propiamente tal que se deba efectuar en calidad de legítimo contradictor.

Todo esto, ha significado que, en la gran mayoría de los casos, los juicios se tramiten en rebeldía de la Dirección General de Aguas, siendo su principal actuación dentro del proceso, el ya mencionado Informe Técnico donde habitualmente también se contienen consideraciones de derecho, a fin de suplir la falta de una contestación en tiempo y forma.

Ahora bien, en el último tiempo, nuestros tribunales han intentado, de una u otra forma, esbozar ciertas directrices tendientes a solucionar los vicios propios de los vacíos en estos procesos, cuya complementación muchas veces se resuelve sobre la marcha de la contingencia enfrentada, impidiendo, en la gran mayoría de los casos, tomar las mejores decisiones o establecer los procedimientos más idóneos para una adecuada administración del recurso hídrico.

En este sentido, cabe destacar el fallo de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, de fecha 16 de diciembre de 2016, en el recurso de apelación caratulado “Sociedad Agrícola Anita Limitada con Dirección General de Aguas”, Rol de Ingreso N° 4348 – 2016, donde señala, en sus considerandos tercero y quinto, que: “*TERCERO: Que de esta manera, resulta ser efectivo que como tal servicio estatal, la Dirección General de Aguas, no es un legítimo contradictor en este juicio de aguas, y en este caso en particular, en que se ha solicitado el perfeccionamiento de un título de derecho de aprovechamiento de aguas y que*

*ha llegado a obtener en estas condiciones con la sentencia recurrida y sin la existencia de otros usuarios de las aguas que utiliza dicho demandante [...]*

*QUINTO: Que atendido que el defecto fue observado, además, por el propio recurrente y lo relacionado precedentemente, esta Corte hará uso de la referida facultad de anular de oficio la sentencia y lo obrado, a fin de regularizar el procedimiento y proceder a escuchar lo que puedan señalar terceros que pueden ser afectados con la decisión del tribunal ante la demanda de autos, atendido que la actual demandada carece de legitimación pasiva al efecto, al no ser afectada directamente con el perfeccionamiento de título de derecho de agua en estudio.” (Sociedad Agrícola Anita Limitada con Dirección General de Aguas, 2016)*

En dicho proceso, la I. Corte de Apelaciones de Santiago estimó que la legitimidad pasiva del juicio de perfeccionamiento recaía en la Junta de Vigilancia respectiva y Asociación de Canalistas que correspondiera.

En este sentido y sin perjuicio de la escueta e incluso cuestionable fundamentación del fallo antes analizado, debe destacarse lo esencial del razonamiento del fallo en comento y que, en opinión del suscrito, es fundamental al momento de aplicar uno de los principios fundamentales del derecho de aguas, a saber, la protección o no afectación de derechos de terceros.

En efecto, dada las funciones y atribuciones de las Organizaciones de Usuarios, cuyo objeto es, en los términos del artículo 186 del Código de Aguas, la administración y distribución de las aguas del cauce respectivo entre sus accionistas, así como la construcción, explotación, conservación y mejoramiento de las obras de captación, acueductos y, en general, toda obra que sea necesaria para su aprovechamiento; debe necesariamente considerarse dentro de los legítimos contradictores del proceso de perfeccionamiento.

Por un lado, su emplazamiento permite comunicar a los verdaderos interesados y afectados la pretensión del actor de perfeccionamiento, de tal forma que puedan, ya sea como Organización de Usuarios, o de forma personal, oponerse o ejercer las acciones que estimen conveniente en resguardo de sus derechos, respetando el anteriormente mencionado principio de no afectación de terceros.

Por otro, permite que la Organización de Usuarios respectiva pueda emitir sus consideraciones técnicas al respecto. En este sentido, se debe tener especialmente presente que las Organizaciones de Usuarios, en nuestro sistema, tienen una gran relevancia como organismo colaborador de la autoridad técnica, pudiendo, en muchos casos, poseer un

conocimiento práctico tan avanzado como la misma autoridad, siendo su participación en estos procesos - tanto de perfeccionamiento como de regularización – fundamental.

### **3.1.1.3. Ley N° 20.697: Perfeccionamiento a nombre de otro.**

La Ley N° 20.697, de fecha 7 de octubre de 2013 y publicada el 12 de noviembre del mismo año, viene en introducir al proceso de perfeccionamiento una particularidad que resulta ajena al sistema procesal tradicional, pero que refleja una esperada y adecuada respuesta a la especial realidad del derecho de aguas: otorgar la facultad a las comunidades de aguas y juntas de vigilancia para representar a sus comuneros en los procesos de perfeccionamiento de derechos de aprovechamiento de aguas.

En efecto, en su único articulado la Ley N° 20.697 introduce las siguientes modificaciones a los artículos 241 y 274 del Código de Aguas, respectivamente:

*“23. Representar a los comuneros en el procedimiento de perfeccionamiento de los títulos en que consten sus derechos de aprovechamiento de aguas, cuando no existiere Junta de Vigilancia, en dicho río, álveo o acuífero, y previo acuerdo adoptado por los dos tercios de los votos emitidos en junta extraordinaria convocada al efecto, y”*

*“9. Representar a los titulares de derechos de aguas sometidos a su control en el procedimiento de perfeccionamiento de los títulos en que consten sus derechos de aprovechamiento de aguas, previo acuerdo adoptado por los dos tercios de los votos emitidos en junta extraordinaria convocada al efecto, y”*

Se debe tener especialmente presente que, en nuestro sistema, las organizaciones de usuarios cumplen un rol fundamental de “autorregulación” y asistencia entre los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas.

Como se indicó precedentemente, la Dirección General de Aguas y demás organismos que, a través de diversas políticas públicas, cumplen – o, a lo menos, intentan hacerlo – con un rol de apoyo y fomento de las actividades agrícolas y ganaderas (Dirección Nacional de Riego, Servicio Agrícola y Ganadero, Dirección de Obras Hidráulicas, entre otras) habitualmente requieren que beneficiarios de dichas políticas de fomento tengan sus derechos de aprovechamiento debidamente inscritos en el Catastro Público de Aguas.

Lo anterior, si bien puede parecer en algunos casos una carga realmente gravosa para los titulares de dichos derechos y que, en la gran mayoría de los casos, postulan a los beneficios que les otorga el Estado precisamente porque se encuentran en una situación de

requerirlo, es fundamental para la adecuada determinación del derecho y fiscalización del mismo.

En este sentido, es necesario recordar que, si bien pueden existir distintas formas de “completar” o determinar las características esenciales de un derecho de aprovechamiento, tales como informes periciales, informes técnicos y hasta mediciones meramente fácticas<sup>7</sup>, sólo el procedimiento de perfeccionamiento permite otorgar certeza a dichas circunstancias. No podemos olvidar que la naturaleza del proceso de perfeccionamiento, en tanto juicio declarativo, permite otorgar certeza jurídica a través de la sentencia definitiva dictada por un Tribunal competente y tras conocer los hechos y circunstancias que logran formar la íntima convicción de que el derecho es de una u otra forma, o posee tal o cual característica.

Si bien los diversos organismos técnicos de la Administración pueden tener las herramientas, técnicas e instituciones necesarias para determinar fácticamente la naturaleza, características y alcance de un derecho de aprovechamiento, no necesariamente serán concordantes o idénticas a aquéllas que podría determinar el respectivo Tribunal.

En efecto, no son pocos los casos de Tribunales que han desechado informes de la Dirección General de Aguas o peritajes al momento de resolver un perfeccionamiento, siendo, como se indicó precedentemente, dichos documentos un medio probatorio más que, conforme las disposiciones de nuestro derecho procesal, se tendrán que ponderar al momento de dictar la sentencia definitiva que corresponda.

### 3.2. El objeto del perfeccionamiento

Como se indicó previamente, el perfeccionamiento de un derecho de aprovechamiento de aguas tiene como principal objeto *completar* los títulos que, por diversos motivos, carecen de todas sus menciones esenciales y/o las incorporan, pero de forma inadecuada o desactualizada.

---

<sup>7</sup> Debe tenerse especialmente presente que, en muchos casos, pueden determinarse las características esenciales de un derecho de múltiples formas – y algunas muy sencillas – que no necesariamente requieren de complejas técnicas o instrumentos. Un claro ejemplo de esto – y, por lo demás, muy común – son los derechos de aprovechamiento de aguas que se encuentran expresados en regadores o acciones en alguna organización de usuarios, utilizando la siguiente expresión: “Sebastián es dueño de 8 regadores del Canal Camarico” o “Sebastián es dueño de un derecho de aprovechamiento de aguas que corresponden a 8 regadores en el Canal Camarico”, entre otros. Basta la mera revisión de los estatutos de la organización de usuarios respectiva para determinar su equivalencia, lo que, de todas formas, no permite completar el título.

En este sentido, podemos hablar de títulos *imperfectos* o títulos *incompletos*, siendo los primeros aquellos casos donde el título posee todas sus menciones o características esenciales, pero alguna de ellas – o todas – se encuentran expresadas de una forma inadecuada, y los segundos aquéllos que derechamente omiten una o más menciones esenciales.

Para efectos de perfeccionar los títulos imperfectos y/o incompletos, el titular del derecho de aprovechamiento no sólo puede franquearse los diversos medios probatorios que establece la ley y que, como se analizó en los acápites precedentes, respecto del perfeccionamiento tienen cierto tratamiento especial; sino también las **presunciones** que establece el Código de Aguas para estos efectos.

Cabe señalar que si bien son el principal elemento que acredita y asegura la pretensión del solicitante de perfeccionamiento, las presunciones tienen el carácter de presunciones meramente legales, esto es, que admiten prueba en contrario y, por tanto, pueden ser desvirtuadas por otros medios probatorios de igual o mayor valor.

Asimismo, como presunciones, sólo permiten que, existiendo el hecho que sirve de base para la misma, se presuma la característica que el elemento lógico permite vincular, por cuanto, en términos estrictamente probatorios, el solicitante de perfeccionamiento deberá de todas formas acreditar el hecho base de la presunción.

Las presunciones en cuestión, si bien se encuentran en su mayoría en las últimas disposiciones del Código de Aguas, otras se encuentran dispersas en todo su articulado, no existiendo un acápite o título que las trate de forma armónica y sistemática.

### **3.2.1. Presunción de continuidad.**

Respecto de la forma de ejercer el derecho, nuestro Código de Aguas, en sus primeras disposiciones, consigna lo siguiente:

*“Artículo 24. Si el acto de constitución del derecho de aprovechamiento no expresa otra cosa, se entenderá que su ejercicio es continuo. Si se constituye el derecho como de ejercicio discontinuo o alternado, el uso sólo podrá efectuarse en la forma y tiempo fijados en dicho acto.”*

Así, el artículo 24 del Código de Aguas establece la regla general respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas: mientras el acto de constitución del derecho de

aprovechamiento y, por tanto, su título nada exprese respecto de la forma de ejercer el derecho, se entiende que su ejercicio será continuo.

Así, los pretensores de un proceso de perfeccionamiento podrán perfeccionar su título, si éste nada dice, como de ejercicio continuo.

### **3.2.2. Presunción de caudal.**

Al respecto, el artículo 309 del Código de Aguas establece quizás una de las más complejas presunciones, a saber:

*“Artículo 309. 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.”*

Como se puede apreciar, la disposición en comento establece una presunción que fácilmente puede ser utilizada en un sentido diferente al que el legislador hubiese querido en su momento.

Pero antes de analizar el alcance del controvertido artículo, resulta necesario recordar que el artículo 7 del Código de Aguas establece como medida del caudal el volumen por unidad de tiempo, lo que, como era de esperarse, no es la única medida que se utilizaba con anterioridad a la entrada en vigencia del Código en el año 1981.

En efecto, es habitual que los títulos de los derechos antiguos tuvieran referencias a medidas muy antiguas o derechamente se asociaran a medidas comparativas en relación a la cabida de la parcela o predio al que accedían.

Asimismo, muchos derechos antiguos – e incluso algunos nuevos - simplemente hacen referencia a las acciones o regadores que tuvieran en una Organización de Usuarios.

En este punto, cabe señalar que el tenor de la norma ha suscitado diversas interpretaciones respecto de su aplicación exclusiva a derechos antiguos *otorgados* o *reconocidos*.

Si bien se analizará con más detalle la referencia a derechos reconocidos al estudiar la regularización de los derechos consuetudinarios, cabe mencionar que por derechos *reconocidos* debemos entender aquéllos usos que, por expresa disposición legal y

constitucional, nuestro ordenamiento los reconoce y acepta como derechos, otorgándole al usuario de dichas aguas un especial reconocimiento y la posibilidad y potencialidad de transformarse en un derecho de aprovechamiento propiamente tal.

En contraposición a estos derechos *reconocidos*, se encuentran los derechos otorgados. Como bien describe su nombre, los derechos que fueron *constituidos* a través de un acto de la autoridad o por la ley, entregándole a su dueño un título que justifique su existencia, lo que no ocurriría en el caso anterior.

En cuanto a la discusión a la que hacíamos referencia, se pueden reconocer dos posturas:

- a) La presunción de caudal sólo alcanza a los *derechos otorgados* con anterioridad al Código de Aguas de 1981.
- b) La presunción de caudal alcanza a todos los derechos *existentes* a la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981.

Por la primera doctrina, podemos encontrar al profesor Alejandro Vergara Blanco<sup>8</sup> quien, adscribiendo a la literalidad del artículo 309 del Código de Aguas, señala que la presunción sólo sería aplicable a los derechos *otorgados* (aquellos constituidos por un acto de la Autoridad), no así a todos los *derechos existentes* (en definitiva, no sería extensiva a los derechos reconocidos).

En la postura contraria, el profesor Santelices<sup>9</sup> entiende que el artículo en comento es extensivo a todos los derechos existentes a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas del año 1981. Sostiene sus dichos en la pretensión de igualdad que consideraría el legislador al momento de dictar la norma, toda vez que, de lo contrario, se alteraría el sentido imperante en nuestro sistema jurídico.

Cabe señalar que, en términos prácticos, nuestros tribunales han adscrito a esta última postura, privilegiando la seguridad jurídica y concordancia con la nomenclatura general de

---

<sup>8</sup> Al respecto, véase: VERGARA BLANCO, Alejandro (1996): “*Régimen jurídico de la unidad de medida de los derechos de aguas. Su esencial conexión con la distribución de aguas superficiales*”, en: *Revista de Derecho de Aguas*, Vol. VII, pp. 39-69.

<sup>9</sup> Sobre esta postura, véase: SANTELICES NARDUCCI, Humberto (2002): *Medida del derecho de aprovechamiento de aguas (la expresión cuantitativa del derecho de aprovechamiento en el sistema del código de aguas de 1981)* (Santiago, Sociedad Editora Metropolitana Ltda.) pp. 135 – 137.

nuestro sistema jurídico, entendiendo que la presunción del artículo 309 del Código de Aguas alcanza a todos los derechos existentes a la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981.

Ahora bien, la presunción en análisis no sólo presenta una limitación respecto del alcance de los derechos sobre los cuales puede aplicarse; en cuanto a la determinación del volumen del caudal que contempla la presunción, debemos considerar además otros elementos que deben analizarse para efectos de su procedencia y correcta determinación.

En este sentido, el artículo en comento señala: “*se entenderán equivalentes al **caudal máximo legítimamente aprovechado en los cinco años anteriores a la fecha que se produzca controversia sobre su cuantía***”

Así, la primera cuestión que es necesaria determinar – y acreditar ante el Tribunal que conozca de la acción de perfeccionamiento – es precisamente **el caudal máximo** del derecho que se solicita perfeccionar.

En este aspecto en particular, debemos tener especialmente presente la “realidad material” del titular del derecho que se pretende perfeccionar y la forma en la que ejerce el derecho.

Como es natural, este aspecto es exclusivamente **fáctico**, por lo que se deberá probar fehacientemente y mediante todos los medios probatorios que franquea la ley, las circunstancias del ejercicio del derecho y, en particular, el volumen del caudal a extraer.

Sin perjuicio de lo expuesto, es importante tener presente la realidad y tradición de nuestro derecho de aguas en cuanto a la forma en la que habitualmente se identifica la *potencialidad* de un derecho de aprovechamiento y los límites fácticos que se le imponen a su ejercicio.

Así, y en concordancia con la determinación de caudal de las concesiones definitivas de los regímenes anteriores al Código de Aguas de 1981, uno de los elementos fundamentales que deben apreciarse al momento de examinar el caudal máximo es precisamente la capacidad de las obras de captación.

De esta forma, es razonable entender que un caudal máximo de un derecho de aprovechamiento de uso consuntivo de aguas superficiales y corrientes sea el caudal de diseño de la bocatoma. Idéntica situación ocurriría, por ejemplo, respecto de la capacidad de las bombas de una noria o pozo profundo.

Ahora bien, lo anterior no puede considerarse como una regla *a priori* que no requiera comprobación fáctica o aplicable a todos los casos, sino más bien como uno de los tantos elementos y hechos que deben apreciarse durante el juicio de perfeccionamiento.

Puede ocurrir perfectamente que las obras tengan un caudal de diseño superior al caudal efectivamente extraído o que el derecho en cuestión tenga una forma de ejercicio particular que lo limite.

Por ello, en aquéllos casos donde no existan indicios suficientes para determinar adecuadamente el caudal máximo a extraer de un derecho que se pretende perfeccionar a través de la presunción del artículo 309 del Código de Aguas, debe considerarse como un hecho a probar dicha circunstancia, toda vez que, si bien no es un punto *esencial* para el perfeccionamiento del título, al alegar la presunción en cuestión, se debe incorporar como un elemento, a lo menos, *pertinente*.

Por su parte, y continuando con el análisis de los requisitos que contempla la presunción en cuestión, debemos entender la expresión "*legítimamente aprovechado*" en su sentido más propio, esto es, que el titular del derecho de aprovechamiento que interpone la acción de perfeccionamiento debe encontrarse utilizando el derecho *conforme a la ley*.

Este último punto puede sonar contradictorio o extraño, teniendo presente que precisamente lo que se pretende por la acción incoada es completar un título que *conforme a la ley* no se encuentra completo, pudiendo, en definitiva, el titular ejercerlo de una forma distinta a la *real* y, de todas formas, no incurrir en un acto *contrario a derecho*.

En este sentido, debemos recurrir nuevamente al espíritu de la norma, apelando a la armonía del sistema jurídico y realidad que enfrentaba la norma al momento de su dictación. En efecto y conforme consagraban las legislaciones anteriores al Código de Aguas de 1981, en particular el artículo 264 de dicho cuerpo legal del año 1967<sup>10</sup> – que, en todo caso, recoge la práctica y lógica del Código de Aguas del año 1951 -, el ejercicio legítimo del derecho necesariamente se refería a un uso efectivo del recurso, de lo contrario, como era de esperarse, se producía la caducidad del derecho.

---

<sup>10</sup> El artículo en cuestión señala: "*Si la capacidad efectiva del canal o de las obras de captación o represas se hubiere reducido por cualquiera modificación introducida en las obras, o por cualquiera otra causa, la Dirección General de Aguas otorgará la concesión definitiva por la cantidad de agua realmente aprovechada.*"

Lo anterior consagra la idea de que el uso efectivo del recurso se aprecia en relación con el caudal de diseño o capacidad efectiva de la obra de captación.

Así, necesariamente debemos comprender que la expresión “*legítimamente aprovechado*” hace referencia al uso efectivo y real del derecho de aprovechamiento, manifestando en una extracción efectiva por parte del titular de la acción de perfeccionamiento.

Por su parte, debemos entender que la norma en cuestión al indicar “*en los cinco años anteriores a la fecha que se produzca controversia sobre su cuantía*”, no sólo establece un plazo que limita la presunción, sino también reconoce otra de las limitaciones habituales a los derechos antiguos, esto es, que su ejercicio sea libre de clandestinidad y violencia.

En efecto, debemos entender necesariamente que el ejercicio ilegítimo del derecho – lo que necesariamente corresponde a un ejercicio clandestino u oculto y/o violento – suscitaría controversia respecto del derecho.

Sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario hacer presente que el alcance del término *controversia* no ha sido una cuestión pacífica. Dado que la norma en cuestión se limita a sólo enunciarlo, algunos autores han cuestionado si dicha expresión se refiere exclusivamente a una cuestión contenciosa o a cualquier discusión que se suscite al respecto<sup>11</sup>.

En este sentido, debemos, a lo menos, limitar el objeto de los eventuales conflictos a una discusión sólo respecto del caudal del derecho, siendo otras discusiones irrelevantes en relación con la presunción analizada. Así, por ejemplo, una acción de amparo judicial de aguas que tiene por objeto restablecer el ejercicio de un derecho, donde se vea involucrado el titular de un derecho que se pretende perfeccionar, no debería afectar ni considerarse para efectos de la determinación del caudal de dicho derecho o para la aplicación de esta presunción en particular.

Por el contrario, un proceso de fiscalización ante la Dirección General de Aguas donde se investiga la eventual extracción ilegal de aguas y se discute respecto de la naturaleza, caudal o incluso titularidad del derecho, bien podría estimarse como una cuestión controvertida en la aplicación y análisis de la presunción.

Lo anterior, en todo caso, siempre quedará al análisis y determinación del Juez que sustancie y falle el asunto, no existiendo una única definición al respecto, así como tampoco una línea jurisprudencial clara, como ocurre en otras materias.

---

<sup>11</sup> Al respecto, véase: RIVERA BRAVO, DANIELA. “*SUBSISTENCIA Y AJUSTE DE ANTIGUOS DERECHOS EN BASE AL USO EFECTIVO DE LAS AGUAS. EL ESPECIAL CASO DEL RECONOCIMIENTO DE USOS CONSUECUDINARIOS*”. Memoria para optar al Grado de Doctora en Derecho. Pp. 299 – 300.

### 3.2.3. Presunción de ejercicio del derecho: permanencia.

Respecto del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas, nuestro Código de Aguas establece la presunción del artículo 312, a saber:

*“ARTICULO 312°- Para los efectos indicados en el artículo 16, se reputan derechos de ejercicio permanente, a la fecha de promulgación de este código:*

*1. Los que emanen de merced concedida con dicha calidad con anterioridad a su promulgación, siempre que sus titulares los hayan ejercido con las mismas facultades que el artículo 17° otorga a los titulares de derechos de ejercicio permanente, concedidos en conformidad al presente código;*

*2. Los reconocidos con esta calidad por sentencia ejecutoriada;*

*3. Los que emanen de los artículos 834°, 835° y 836° del Código Civil, en relación a los propietarios riberaños; del artículo 944° del mismo Código, adquiridos durante la vigencia de estas disposiciones, y de prescripción, ejercitados en aguas no sometidas a turno o rateo;*

*4. Los mismos derechos del número anterior, siempre que hayan sido reconocidos como de ejercicio permanente en aguas sometidas a turno o rateo, y*

*5. Los derechos ejercidos con la calidad de permanentes, durante cinco años, sin contradicciones de terceros.”*

Como podrá apreciarse, la norma en cuestión establece diversas situaciones donde resulta aplicable la presunción, no siendo copulativos los casos en cuestión.

Al respecto y en forma resumida, podemos identificar los siguientes casos:

1. Derechos antiguos (constituidos con anterioridad al Código de Aguas del año 1981) que hayan sido utilizados con dicho carácter hasta la fecha.
2. Aquéllos que hayan sido reconocidos con dicho carácter por sentencia firme y ejecutoriada.
3. Los derechos que provienen de las situaciones reguladas en el Código Civil en materia de uso de aguas y que se hayan ejercido en aguas no sometidas a turno o que, habiendo sido ejercido en aguas que lo hayan estado, sean reconocidos como de ejercicio permanente.
4. Los derechos emanados de prescripción.

5. Finalmente, aquellos derechos que hayan sido ejercidos en calidad de permanentes durante cinco años, sin contradicciones de terceros. En este punto en particular, resulta necesario hacer presente que se suscita exactamente la misma discusión que se analizó en su oportunidad a propósito de la presunción de caudal del artículo 309 del Código de Aguas, en el sentido de que sólo se aplicaría para derechos que fueron otorgados con anterioridad al Código de Aguas de 1981 o, en definitiva, aquéllos reconocidos o calificados como derechos consuetudinarios; o, por el contrario, su extensión abarca también los derechos posteriores a la entrada en vigencia del Código de Aguas.

Resulta necesario hacer presente que, dada la importancia de la característica del ejercicio del derecho, esta presunción debería ser restringida en su aplicación, sin perjuicio de que su redacción y alcance literal permite suscitar la discusión respecto de su alcance.

Lo anterior, toda vez que el abuso de su aplicación, es decir, el perfeccionamiento de un derecho eventual como si fuera un derecho permanente, afectaría gravemente el balance hídrico del sector y, por tanto, a los demás derechos efectivamente constituidos.

Por ello y en opinión del suscrito, el ejercicio del derecho debería ser uno de aquellos que hechos que siempre deberían ser cuestión de prueba, incorporándolo debidamente en la respectiva sentencia interlocutoria de prueba como un hecho a probar de carácter esencial.

En esta misma línea, el informe de la Dirección General de Aguas al que hace referencia el artículo 179 del Código de Aguas, al menos en materia de perfeccionamiento, debería siempre pronunciarse al respecto, en atención a la importancia de esta característica y al bien público prometido.

Si bien es el Juez que conozca del asunto quien deberá declarar la permanencia o eventualidad del derecho y, por tanto, podría desestimar el informe en cuestión, el suscrito estima que, en aquellos casos en que una de las características que se pretende perfeccionar sea el ejercicio del derecho (permanente o eventual), el Tribunal debería siempre incluirlo como un hecho a probar, incluyéndolo como un punto independiente, además de requerir de oficio el pronunciamiento de la Dirección General de Aguas respectivas, en atención al artículo 179 del Código del ramo.

Lo anterior, no obsta a que, de existir antecedentes suficientes aportados por el actor, pueda prescindirse del mismo, lo que, de todas formas, no torna inútil su requerimiento espontáneo y de oficio.

### **3.2.4. Presunción de ejercicio del derecho: consuntividad.**

Al respecto, el artículo 313 del Código de Aguas consigna lo siguiente:

*“ARTICULO 313°- Para los efectos del artículo 13° se reputan derechos de aprovechamiento consuntivo:*

- 1. Los que emanen de mercedes concedidas por autoridad competente sin obligación de restituir las aguas;*
- 2. Los reconocidos con esta calidad por sentencia ejecutoriada, y*
- 3. Los derechos ejercidos con la calidad de consuntivos durante cinco años, sin contradicción de terceros.”*

Como en las presunciones anteriores, podemos distinguir diferentes hipótesis que vienen en reflejar el criterio y características jurídicas que se han mencionado precedentemente respecto de las nociones del legislador en la materia, a saber: la protección y reconocimiento de los derechos de aprovechamiento antiguos, como lo son, precisamente, aquéllos otorgados bajo las disposiciones de los anteriores Códigos de Aguas (a lo que haría referencia el numeral primero de la norma en comento) y aquellos derechos o usos consuetudinarios que han sido declarados como tales por sentencias firmes y ejecutoriadas (referencia del numeral segundo de la norma en cuestión).

Finalmente, la presunción contempla una situación realmente fáctica, que, para los efectos del análisis de las vías y medios probatorios de los procedimientos de perfeccionamiento, resulta especialmente útil y efectiva, esto es, el hecho de que el titular de un derecho de aprovechamiento de aguas que es susceptible de perfeccionarse debe ser ejercido con la calidad de consuntivo durante cinco años, sin contradicción u oposición de parte de terceros.

Cabe reiterar que nuevamente se suscita la discusión respecto de si la presunción, en particular su numeral tercero, es aplicable exclusivamente a derechos constituidos u otorgados bajo la normativa anterior al Código de Aguas o si, en definitiva, es aplicable también a derechos constituidos con posterioridad.

En este sentido, podemos afirmar que, dado el tenor literal de la norma, y la práctica actual de nuestros tribunales es difícil restringir su aplicación únicamente a los derechos otorgados con anterioridad al año 1981, fecha de entrada en vigencia del actual Código de Aguas.

Si bien el legislador previó que, en su mayoría, los derechos antiguos requerirían una suerte de norma de clausura que permitiera al solicitante de regularización tener un medio probatorio – como lo es la presunción – que facilitara su carga procesal y que fuera aplicable a aquéllos casos no previstos, no se puede desconocer que, incluso en la actualidad, se otorgan derechos que en sus actos administrativos omiten mencionar el carácter consuntivo del mismo.

Asimismo, no son pocos los casos de derechos de aprovechamiento que, ya sea por omisión del Conservador de Bienes Raíces respectivo y/o por omisión de esta característica en el título que motiva una nueva inscripción – transferencia, suscitan líneas de inscripciones donde, tras sus diversas transferencias y posteriores inscripciones, se van eliminando elementos esenciales y perpetuando dichas circunstancias.

Dado lo anterior, el suscrito estima que, tanto por motivos hermenéuticos como prácticos, una interpretación restrictiva de la norma no se condice con la realidad jurídica actual.

### **3.2.5. Presunción de continuidad.**

Resulta necesario señalar que, a diferencia de los casos anteriores, respecto de la continuidad en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento no existe una norma o disposición que regule una presunción de forma expresa o, a lo menos, en iguales términos que los casos anteriormente estudiados.

Dado lo anterior, resulta obligatoria la remisión al artículo 24 del Código de Aguas, que señala:

*“Artículo 24. Si el acto de constitución del derecho de aprovechamiento no expresa otra cosa, se entenderá que su ejercicio es continuo. Si se constituye el derecho como de ejercicio discontinuo o alternado, el uso sólo podrá efectuarse en la forma y tiempo fijados en dicho acto.”*

Dado lo expuesto, podemos afirmar que la regla general es la continuidad en el ejercicio del derecho, esto es, la posibilidad de extraer el recurso las 24 horas del día, durante todos los días del año.

### 3.3. Problemas y críticas al perfeccionamiento.

Sin perjuicio que a lo largo del análisis efectuado en cada acápite relativo al perfeccionamiento se esbozaron algunas discusiones y críticas que habitualmente se formulan en los procedimientos de perfeccionamiento, resulta necesario analizar y destacar los principales problemas a los que se enfrentan los solicitantes de un perfeccionamiento.

En este sentido, podemos señalar que existen problemas de aspectos procesales, algunos que son de carácter general y resultan aplicables a prácticamente todo procedimiento judicial contencioso y, por otro lado, críticas o problemas que abarcan un ámbito sustancial, que afecta exclusivamente a los procedimientos de perfeccionamiento y que dicen relación con el objeto mismo de éstos.

#### **3.3.1. Excesiva demora en su tramitación.**

Como es lógico, todo proceso contencioso que se tramita en tribunales con competencia en lo civil, adolece de un gran inconveniente: la excesiva demora en tramitaciones que, por su naturaleza, deben ser rápidas y sumarias.

Lo anterior, si bien es una crítica general al sistema mismo y funcionamiento de los Tribunales, resulta particularmente serio en los procesos de perfeccionamiento.

Primero que todo, resulta inaudito que todos los juicios de perfeccionamiento se deban radicar en los tribunales civiles de Santiago.

Es necesario recordar lo señalado en el título 3.1.1.2, a propósito de la legitimidad pasiva en los procedimientos de perfeccionamiento: el sujeto pasivo de estos procesos es la Dirección General de Aguas, la que debe ser emplazada a través de su Director General, que la representa, el que, naturalmente, tiene domicilio en la ciudad de Santiago.

Como se analizó en su oportunidad, esto trae diversos inconvenientes, tanto para el demandante, como para la administración.

Por una parte, independiente de donde se encuentre el derecho, el actor deberá demandar en Santiago. Como se comprenderá, el aumento de costos para los titulares de derechos de aprovechamiento que se encuentran fuera de la Región Metropolitana no es menor, tanto por la búsqueda de la asistencia legal necesaria para demandar en un lugar distinto al que habitualmente se desempeñan, como los eventuales gastos asociados a llevar a cabo un juicio en un lugar distinto.

De igual forma, la dificultad para la Dirección General de Aguas se manifiesta principalmente en lograr coordinar sus diversas áreas y escasos recursos para lograr asistir a todos los procesos necesarios.

En efecto y como se analizó en el acápite respectivo, la Dirección General de Aguas carece de los recursos, tanto humanos como pecuniarios, para concurrir a una defensa efectiva en todos los procesos de perfeccionamiento – debiendo, a mayor abundamiento, sumarse los procesos de regularización en los términos del artículo 2 transitorio del Código de Aguas – inconveniente que se ve reforzado al considerar que muchos perfeccionamientos corresponden a derechos de aprovechamiento de aguas que corresponden a diversas regiones del país. Lo anterior, en términos prácticos, significa que, para que el abogado asignado desde la división legal del nivel central pueda contestar la demanda en un plazo de 5 días desde que fue notificado, además de estudiar los antecedentes, debe solicitar a la Dirección Regional respectiva, la información que tenga a su disposición y en sus registros relativos al derecho que se solicita perfeccionar.

Como se podrá comprender, resulta materialmente imposible que la Dirección General de Aguas pueda comparecer a un comparendo de contestación y conciliación, contestando derechamente la demanda de perfeccionamiento respectiva.

En este sentido, si bien ya es breve el plazo que otorga la ley, se debe tener presente que muchas veces no se obra con antecedentes suficientes si siquiera para conocer la titularidad del derecho y mucho menos sus características. Además, el proceso formal de consulta a la Dirección Regional respectiva, la asignación de un técnico que analice y remita los antecedentes, de por sí tiene una duración mayor al emplazamiento y realización del comparendo de contestación de estilo.

Lo anterior, trae consigo que el Juez que tome conocimiento del proceso de perfeccionamiento únicamente tenga dentro de sus antecedentes aquellos aportados por el demandante, por lo que, en la gran mayoría de los casos, ya sea durante el término probatorio o derechamente antes de citar las partes a oír sentencia (incluso, en algunos casos, como medida para mejor resolver), se solicite, en virtud de lo dispuesto en el artículo 179 del Código de Aguas, un informe técnico a la Dirección General de Aguas.

Como se mencionó previamente, además de lo curioso procesalmente de que el demandado sea *oficiado* para que evacúe un informe y que dicho informe sea homologado a un informe pericial en cuanto a su valor probatorio, la Dirección General de Aguas tendrá una *segunda oportunidad* para aportar antecedentes en el proceso.

Cabe señalar que, como es lógico, los informes técnicos de la DGA no se caracterizan por ser evacuados en plazos particularmente breves.

En efecto, se debe considerar que el informe requerido deberá ser evacuado por la Dirección Regional respectiva, la que, en términos prácticos, asignará y creará un expediente administrativo (al que se le asigna la nomenclatura VV, habitualmente utilizada en los expedientes de fiscalización), debiendo disponer de un funcionario técnico que analice los antecedentes acompañados por el demandante de perfeccionamiento y los contraste con aquéllos que dispone su repartición.

Como es lógico, puede ocurrir que la Dirección Regional respectiva no tenga antecedentes a su disposición en relación con el derecho de aprovechamiento que se pretende perfeccionar, por lo que podrá optar por dos opciones, a saber: 1) informar que no tiene antecedentes al Tribunal y pronunciarse exclusivamente respecto de los medios probatorios que habrá rendido el actor en el proceso judicial; o 2) recopilar información, ya sea efectuando una visita a terreno, oficiando a las Organizaciones de Usuarios respectivas, de corresponder, o consultando a otros servicios que puedan verse involucrados.

Dado los inconvenientes ya enunciados precedentemente y teniendo especialmente presente que en el expediente administrativo que se forma con objeto de evacuar el respectivo informe técnico, no participa, en calidad de solicitante o administrado, el demandante, la Dirección Regional de Aguas respectiva no puede solicitarle fondos para practicar la visita, en el caso de ser necesario, para recopilar información en terreno; derivando en los inconvenientes obvios por falta de recursos y la imposibilidad material de practicar la visita. Lo anterior, no sólo deriva en un informe escueto y que sólo se pronuncia respecto de los antecedentes aportados por el demandante, sino además en una demora excesiva e infructuosa.

Debemos tener especialmente presente que, habitualmente, los informes de la DGA pueden demorarse entre 2 a 6 meses en ser remitidos al tribunal.

En efecto, sólo la elaboración de un informe técnico, su numeración y posterior confección de un Oficio Ordinario que remita el informe al tribunal, no demora menos de un mes. Considerando, además, que el técnico asignado al caso debe armonizar su carga de trabajo habitual al estudio de los antecedentes del perfeccionamiento, eventualmente practicar alguna visita o esperar la respuesta de otros servicios e instituciones (como las Organizaciones de Usuarios). La confección del informe técnico respectivo y su remisión a Tribunales no es, por lo pronto, un trámite rápido y *sumario* como exige la ley.

Dejando de lado los problemas prácticos expuestos, debemos considerar además que, hoy por hoy, la carga a la que se enfrentan habitualmente los Juzgados Civiles de Santiago torna los plazos del artículo 688 del Código de Procedimiento Civil una utopía, siendo el plazo real para la dictación de una sentencia definitiva en un procedimiento sumario tan variable y extenso como un juicio ordinario.

Sin perjuicio de lo anterior, sí se debe reconocer que existe una menor demora en los procesos de perfeccionamiento que los *juicios sumarios comunes*, transcurriendo habitualmente y en promedio un plazo no menor a 90 días corridos desde que se cita a las partes a oír sentencia.

Como se puede esperar, para un titular de un derecho de aprovechamiento que se encuentra en la necesidad de efectuar alguna petición a la autoridad que afecta directamente el ejercicio de su derecho<sup>12</sup>, esperar un plazo de un año o incluso más para que únicamente se dicte la sentencia que perfecciona su derecho, restando aún el cumplimiento de la misma (esto es, la anotación marginal en la inscripción de su derecho de aprovechamiento en el Conservador de Bienes Raíces respectivo, lo que, en el caso de los derechos que se encuentren inscritos en alguna comuna distinta a Santiago, deberá tramitarse por exhorto) y posterior registro en el Catastro Público de Aguas (trámite que tiene una duración de, a lo menos, 45 días hábiles), pareciera ser excesivo e incluso injustificado.

### **3.3.2. Un procedimiento contencioso con carácter de voluntario.**

A propósito, a la discusión respecto de la legitimidad pasiva de la Dirección General de Aguas y, en especial, a la dificultad material que tiene esta última para efectuar una real defensa, se suscita una cuestión que, en la gran mayoría de los casos, resulta ser la regla general en los procedimientos de perfeccionamiento, a saber, que el demandante tramita íntegramente el procedimiento en rebeldía de la demandada.

Como se examinó en su oportunidad, es conceptualmente discutible que necesariamente deba ser la Dirección General de Aguas el sujeto pasivo del juicio de perfeccionamiento, mas ante el tenor literal de la ley y la voluntad del legislador de regular de

---

<sup>12</sup> Es necesario recordar que el principal interés en perfeccionar un derecho de aprovechamiento de aguas, se debe a que su registro en el Catastro Público de Aguas (para lo cual, el derecho debe contener todas sus menciones esenciales), habilita al titular a presentar solicitudes a la Dirección General de Aguas, tales como ajustes al ejercicio del derecho (cambio de puntos de captación, traslado de ejercicio, etcétera) como permitir el ejercicio mismo (en el caso de las solicitudes de aprobación de construcción de bocatoma), así como, en ciertos casos, permitir acceder a subsidios y fondos por parte de otras reparticiones de la administración (como la Dirección de Riego, por ejemplo).

dicha forma la materia, por poco idóneo que resulte en términos materiales, la situación es así, con todas las dificultades que esto significa.

Dificultades que, por lo pronto, se materializan en tres cuestiones concretas:

- 1) En aquellos casos en que la Dirección General de Aguas informa favorablemente respecto del proceso de perfeccionamiento, de haberse obtenido dicha información con anterioridad a la apertura del término probatorio (como habitualmente ocurre que se incorpora el informe técnico respectivo en dicha instancia) y, en particular, en la audiencia de contestación y conciliación, podría obviarse derechamente recibir la causa a prueba, citando a las partes a oír sentencia y, en definitiva, teniendo el juez una apreciación técnica de los hechos de forma oportuna, facilitando la pronta resolución del juicio y obteniendo una sentencia definitiva en menor tiempo.
- 2) Como se analizó en su oportunidad y en atención a que la Dirección General de Aguas tiene la calidad de demandado en el proceso, algunos tribunales le otorgan la calidad de “declaración de parte” o “contestación fuera de plazo” al Informe Técnico que evacúa la Dirección Regional de Aguas respectiva en los términos del artículo 179 del Código de Aguas, restándole valor probatorio o derechamente prescindiendo de él. Lo anterior es particularmente grave, dado el interés público comprometido al determinar erradamente la naturaleza y características de un derecho de aprovechamiento de aguas.
- 3) Teniendo especialmente presente el recién mencionado interés público comprometido, que la Dirección General de Aguas tenga la calidad de demandada también implica una cuestión procesal compleja para los actores del proceso que dice relación con la posibilidad de conciliar y transigir. En este sentido, la Dirección General de Aguas no tiene las facultades para conciliar o transigir, debiendo obtener una serie de autorizaciones y permisos especiales, impidiendo que, en el caso de informes favorables o concurrencia de criterios entre el demandante y la DGA respecto de las características del derecho que se pretende perfeccionar, se pueda resolver el proceso por una vía autocompositiva. Sin perjuicio de lo anterior, se debe señalar que existe discusión en cuanto a si una vía extrajudicial o autocompositiva tiene el mérito de permitir el perfeccionamiento de un derecho de aprovechamiento, dado el tenor de la ley.<sup>13</sup> Por su parte, otra vía similar y que permitiría, al menos desde un aspecto

---

<sup>13</sup> En este sentido, es necesario recordar que el inciso segundo del artículo 46 del Reglamento del Catastro Público de Aguas señala que el perfeccionamiento o regularización deberá realizarse a través

meramente formal, facilitar el procedimiento de perfeccionamiento, sería precisamente que la Dirección General de Aguas se allanare a la pretensión del actor, cuando no existiera controversia alguna respecto de las características que se pretenden perfeccionar. Lamentablemente al existir un interés público comprometido, concurren los mismos inconvenientes antes mencionados, no teniendo el Director General de Aguas facultades suficientes para hacerlo<sup>14</sup>.

Lo anterior, da cuenta de una de las críticas más reiteradas por los actores en materia de derecho de aguas y que cobra aún más sentido cuando se revisa la realidad de los procedimientos de perfeccionamientos hoy en día: los procedimientos de perfeccionamiento de derechos de aprovechamiento de aguas se tramitan como gestiones voluntarias o de una forma muy similar a una.

En efecto, si bien existe un legítimo contradictor (la Dirección General de Aguas), ésta no comparece salvo en aquellos casos donde expresamente se ha requerido su participación, como lo es única y exclusivamente al momento de evacuar el respectivo informe técnico al tenor del artículo 179 del Código de Aguas.

Por ello, en términos prácticos, que el procedimiento de perfeccionamiento se modificara a una gestión voluntaria, donde fuera requisito que la Dirección Regional de Aguas respectiva informe al tenor de la solicitud de perfeccionamiento (como ocurre, por ejemplo, con las regularizaciones en virtud de lo dispuesto en el artículo primero transitorio del Código de Aguas; o incluso en las posesión efectivas testamentarias, donde es un tramite esencial que el Registro Civil informe la calidad de herederos), en nada alteraría, por parte de la protección al bien público comprometido por parte de la administración y resguardo de derechos de terceros.

Es más, actualmente los procedimientos de perfeccionamiento de derechos de aprovechamiento únicamente se notifican a la Dirección General de Aguas. En caso de modificarse el procedimiento, podría incluso incluirse una notificación por avisos en la comuna donde se ejerce el derecho, con el objeto de que terceros posibles afectados puedan hacerse

---

del procedimiento sumario. Dado lo anterior, se ha entendido que únicamente se puede perfeccionar un título a través de una sentencia firme y ejecutoriada, no siendo suficiente un acuerdo extrajudicial u otra vía. Si bien una conciliación o incluso una transacción se entienden como equivalentes jurisdiccionales, al no existir un acto procesal por parte del Tribunal que expresamente indique las menciones esenciales que se están perfeccionando, no se *cumpliría* con lo requerido por el Reglamento.

<sup>14</sup> En este sentido se ha pronunciado nuestra Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha

parte del proceso, transformándose, en dicho caso, en un procedimiento contencioso (sumario).

Por lo expuesto, la modificación del procedimiento de perfeccionamiento a una gestión voluntaria permitiría disminuir los tiempos de tramitación de los perfeccionamientos, disminuiría el gasto de recursos por parte de la administración y resguardaría y permitiría conciliar de mejor forma los intereses públicos y privados comprometidos.

#### **4. Regularizaciones de derechos de aprovechamiento de aguas**

Como se ha dicho, la regularización y el perfeccionamiento son las principales herramientas que introdujo el Código de Aguas del año 1981 para ajustar los derechos antiguos a los términos y exigencias actuales.

Mientras el perfeccionamiento permite *completar* o *ajustar* un título antiguo de un derecho de aprovechamiento, la regularización permite obtener un título para un uso consuetudinario que es reconocido como un derecho, a través de su declaración y/o sentencia, permitiendo crear una inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo y su posterior registro en el Catastro Público de Aguas.

En este sentido, podemos decir que la institución de la regularización de derechos de aprovechamiento de aguas es la respuesta del legislador al reconocimiento y subsistencia constitucional y legal de los usos antiguos que dispone el artículo 19 N° 24 inciso final de la Constitución Política de la República y al artículo 7° del Decreto Ley N° 2.603 de 1979, permitiendo una herramienta eficaz que otorga certeza jurídica respecto de la situación de dichos derechos.

Resulta necesario recordar que el inciso final del artículo 19 N° 24 de nuestra Carta Magna consigna que: “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, **reconocidos** o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos;*”, extendiendo la protección constitucional del derecho de propiedad a aquellos usos reconocidos por la ley.

Por su parte, el artículo 7 del Decreto Ley N° 2.603 de 1979, es la fuente principal de *usos reconocidos*, al establecer que:

*“Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos.*

*En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua.”*

En definitiva, el dueño del inmueble que se encuentre utilizando efectivamente derechos de aprovechamiento de aguas para regar dicho inmueble o aquél que se encuentra haciendo un uso efectivo del agua, puede ser reconocido como un titular de un derecho de aprovechamiento, encontrándose amparado constitucionalmente para tales fines, debiendo regularizar su uso a través de alguno de los medios que dispone la ley.

Nuestro Código de Aguas reconoce tres tipos de regularizaciones, enfocándose el presente trabajo en aquélla regulada en el artículo 2 transitorio, conforme se verá a continuación:

- Regularización contemplada en el artículo 1 transitorio del Código de Aguas:

Comúnmente denominada la *“regularización de título inscrito”*, tiene por objeto reconstruir o ajustar la historia registral de un derecho que inicialmente fue inscrito en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo, que, por diversos motivos, no se mantuvo actualizada, quedando vacíos en su línea de títulos de dominio inscritos.

En este sentido, el artículo 1 transitorio del Código de Aguas lo consigna de la siguiente forma:

*“Los derechos de aprovechamiento inscritos en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente, cuyas posteriores transferencias o transmisiones no lo hubieran sido, podrán regularizarse mediante la inscripción de los títulos correspondientes desde su actual propietario hasta llegar a la inscripción de la cual proceden.”*

- Regularización del artículo 2 transitorio del Código de Aguas:

A diferencia del caso anterior, esta regularización versa sobre derechos consuetudinarios no inscritos e inscritos, siendo el proceso esencial y por antonomasia de reconocimiento de usos consuetudinarios. Este proceso que se caracteriza por tener una etapa administrativa y otra judicial, busca que, conforme ciertos requisitos y particularidades, el uso del recurso hídrico de forma ininterrumpida desde tiempo inmemoriales, sea reconocido y declarado como un derecho de aprovechamiento de aguas.

- Regularización del artículo 5 transitorio del Código de Aguas:

Este proceso de regularización se restringe única y exclusivamente a los derechos de aprovechamiento de aguas que le corresponderían a predios que tienen su origen en la Reforma Agraria.

Finalmente, cabe señalar que los procedimientos de regularización **no tienen** de forma alguna el objeto de constituir un derecho de aprovechamiento nuevo, sino **declarar** la existencia de un uso reconocido y amparado por nuestro ordenamiento.

En cuanto a su tramitación y procedimientos, las regularizaciones se caracterizan por tener diversos procedimientos y etapas. Para el caso en cuestión que nos interesa, las regularizaciones que se tramitan conforme lo dispuesto en el artículo 2° transitorio poseen dos etapas distintas, a saber, una etapa administrativa en los términos de los artículos 131 y siguientes del Código de Aguas, y una etapa judicial, que, como ya se revisó en su oportunidad, se tramita conforme las normas del juicio sumario, regulado en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con características especiales y particulares, como se estudiará en los acápites siguientes.

#### 4.1. Procedimiento de las regularizaciones.

Como se indicó precedentemente, las regularizaciones de derechos de aprovechamiento de aguas poseen diversos procedimientos.

En términos generales, tanto la regularización por el artículo 1 transitorio del Código de Aguas, como aquella que se tramita conforme lo dispuesto en el artículo 2 transitorio del mismo cuerpo legal, poseen una etapa judicial.

La primera, en aquellos casos donde el Conservador de Bienes Raíces respectivo declara su negativa a inscribir los títulos que se le presentan, procede su regularización por vía judicial, a fin de que se ordene su inscripción.

En cuanto a la regularización por el artículo 2 transitorio, una vez terminada su etapa “administrativa” o de conocimiento por parte de la Dirección General de Aguas, se da inicio a su etapa o fase judicial, donde se remiten los antecedentes al Juzgado de Letras respectivo a efectos de que conozca y determine la procedencia de la regularización impetrada.

A diferencia de los dos procedimientos antes indicados, las regularizaciones tratadas en el artículo 5 transitorio del Código de Aguas posee únicamente una fase administrativa ante el Servicio Agrícola y Ganadero. Lo anterior, sin perjuicio de los eventuales recursos judiciales

que se pueden interponer en contra de las eventuales resoluciones que se dicten dentro del procedimiento administrativo.

Para efectos del presente análisis y en lo relativo a los procedimientos regulados en el artículo 2 transitorio del Código de Aguas, cabe señalar que la norma en comento, en sus literales b) y d) indica que: *“b) La solicitud [de regularización] se elevará a la Dirección General de Aguas ajustándose en la forma, plazos y trámites a lo prescrito en el párrafo 1° del Título I del Libro II de este código;”*, respecto de la etapa administrativa.

En cuanto a su fase judicial, la disposición establece que: *“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”*.

Como sabemos, los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas se remiten al procedimiento sumario regulado en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, con algunas normas especiales, como ya se analizó, respecto de los medios probatorios que, de oficio, puede decretar el Juez respectivo.

#### **4.1.1 Etapa Administrativa**

Al igual que otras solicitudes, las regularizaciones de derechos de aprovechamiento de aguas conforme lo dispuesto en el artículo 2 transitorio del Código de Aguas se tramitan conforme el procedimiento administrativo general del Título I del Libro Segundo del Código de Aguas, el cual consta de tres etapas, a saber: la etapa petitoria, etapa de instrucción y etapa resolutive.

##### *4.1.1.1. Etapa Petitoria*

Esta etapa puede, a su vez, dividirse en tres partes:

##### **4.1.1.1.1. Solicitud de regularización de un derecho de aprovechamiento.**

Debe ser ingresada en la oficina de la Dirección General de Aguas del lugar donde se encuentra el punto de captación de las aguas que se pretenden regularizar, y si no existe la citada oficina en dicho lugar, deberá presentarse en la Gobernación Provincial respectiva.

Cabe señalar que, a diferencia de las demás solicitudes que se presenten ante la Dirección General de Aguas, si el solicitante se equivoca en el lugar de presentación de su solicitud, no necesariamente ésta será rechazada de plano o no admitida a tramitación.

Lo anterior, en atención a que es precisamente el Juzgado de Letras competente quien debe resolver, en definitiva, la solicitud de regularización.

Dado que es aplicable el procedimiento administrativo general, las solicitudes deben cumplir con ciertos requisitos mínimos para su tramitación, a saber:

1. El nombre del álveo (cauce) de las aguas que están se están aprovechando, su naturaleza, superficiales o subterráneas, corrientes o detenidas, y la provincia y comuna en que están ubicadas o que recorren. En el caso de aguas subterráneas, se debe indicar además el radio de protección.
2. La cantidad de agua que se solicita regularizar, expresada en volumen por unidad de tiempo (litros por segundo, metros cúbicos por año, entre otros) y, en el caso de las aguas subterráneas, además se debe mencionar el volumen total anual.
3. El o los puntos donde se capta el agua. Estos puntos deben identificarse bajo un sistema de coordenadas U.T.M. (Unidades Transversales de Mercator), señalando el DATUM y Huso respectivo.

El sistema UTM es un sistema de coordenadas cartesiano simple, que ha adquirido aún mayor relevancia por ser utilizado por los sistemas de posicionamiento global (GPS). El *datum*, o conjunto de parámetros que define el valor numérico de las coordenadas, adoptado por el sistema GPS, es el WGS84, que actualmente es el datum estandarizado por la Dirección General de Aguas.

Cabe señalar que, dentro de los criterios generales de la Dirección General de Aguas, se encuentra estimar como rango de error máximo permitido para definir los puntos de captación y/o restitución de las aguas superficiales y subterráneas, un límite de 100 metros.

Respecto de los posibles errores asociados a la distancia y desnivel en las solicitudes de derechos no consuntivos, el criterio general será considerar como error máximo admisible un desnivel de 50 metros y una distancia de 200 metros.

4. La forma o el modo por el cual se realiza la captación de las aguas (gravitacional o mecánicamente).
5. Características esenciales del derecho de aprovechamiento, debiendo indicarse su uso (consuntivo o no consuntivo), su ejercicio (permanente o eventual) y si es continuo, discontinuo o alternado con otras personas.

6. En el caso de que se pretenda regularizar un uso no consuntivo, se debe indicar además el punto de restitución de las aguas, la distancia y el desnivel entre la captación y la restitución.

#### **4.1.1.1.2. Publicaciones y radiodifusiones**

Al igual que las demás solicitudes que se formulan a la Dirección General de Aguas, un extracto de la solicitud, que contenga los datos necesarios para su acertada inteligencia<sup>15</sup>, deberá publicarse dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su presentación:

- Por una sola vez en el Diario Oficial, el día 1° o 15 de cada mes, o el primer día hábil si aquéllos fueren feriados, y
- Además, en forma destacada en un diario de Santiago.
- Las presentaciones que no correspondan a la Región Metropolitana, se publicarán además en un diario o periódico de la provincia respectiva, y si no lo hubiere, en uno de la capital de la región correspondiente.
- Adicionalmente, la solicitud o un extracto de la misma que contenga los datos necesarios para su acertada inteligencia, deberá difundirse dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su presentación, por medio de tres mensajes radiales, los cuales se deberán realizar los días 1 o 15 de cada mes, o el primer día hábil si aquéllos fueren feriados, en cualquier horario entre las 8:00 y las 20:00 horas.

La difusión de los mensajes radiales deberá efectuarse en alguna de las radioemisoras que se encuentran aprobadas por la Dirección General de Aguas, cuyo listado se encuentra disponible en su página web y en sus oficinas; debiendo cubrir el sector que involucre el punto de la respectiva solicitud (punto de captación).

Para efectos de acreditar la difusión del respectivo mensaje radial, se deberá acompañar un Certificado de Difusión Radial en que conste que el extracto fue emitido por, a lo menos, tres veces, debiendo indicarse la hora, día, mes y año de cada emisión, así como el texto efectivamente difundido, el nombre, frecuencia y domicilio del medio radial, suscrito por el representante de la emisora o por apoderado con facultades suficientes para ello.

---

<sup>15</sup> Cabe señalar que, por Oficio N° 950 de fecha 11 de enero de 1995, Contraloría General de la República se ha pronunciado respecto del alcance del concepto de la acertada inteligencia en relación con los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código de Aguas. Al respecto, ha afirmado que no todos los requisitos del mencionado artículo son indispensables para que los terceros que eventualmente pudieran ser afectados, tomen conocimiento de la solicitud, principalmente en lo que dice relación con aquellos aspectos que puedan ser inferidos razonablemente de otros datos proporcionados por los peticionarios.

#### *4.1.1.1.3. Oposiciones*

Los terceros que se sientan afectados en sus derechos, de acuerdo a lo establecido en el artículo 132 del Código de Aguas, podrán oponerse a la solicitud dentro del plazo de 30 días contados desde la fecha de la última publicación.

Una vez recibida la oposición y dentro de quinto día, la Dirección General de Aguas o la Gobernación Provincial, de corresponder, dará traslado de ella al solicitante por un plazo de 15 días.

#### **4.1.1.2. Etapa de Instrucción**

En esta etapa, la Dirección General de Aguas efectúa una revisión formal de la solicitud, verificando que:

- La solicitud cumple con los requisitos del artículo 140 y del artículo 2 transitorio del Código de Aguas.
- Existe relación y correspondencia entre lo solicitado y lo publicado.
- Se efectuaron las publicaciones dentro de plazo.
- Los puntos de captación y, de corresponder, restitución están bien definidos e indicados.

En caso de que falten antecedentes o de la revisión de lo mismos existan aspectos oscuros, la Dirección General de Aguas puede solicitar al peticionario acompañe nuevos antecedentes y/o estudios.

A diferencia de lo que ocurre en la tramitación de otro tipo de solicitudes (constitución de derecho, traslado o cambio de puntos, aprobación de obra, etcétera) si el peticionario no responde a la segunda petición que formule la Autoridad, ésta no puede rechazar derechamente la solicitud, pues, como se indicó, es el Tribunal de Letras respectivo quien debe resolver. La Dirección General de Aguas se limita a remitir el expediente al Juzgado que corresponde, dando cuenta de la situación.

Por regla general, se ordena practicar una inspección a ocular a terreno, de acuerdo a lo establecido en el artículo 135 del Código de Aguas, determinándose a través de un oficio para tales efectos la suma que el solicitante deberá consignar por los gastos de desplazamiento que importa la diligencia para el servicio.

Dado los requisitos que establece el artículo 2 transitorio, en particular la existencia y data de la obra de captación, la inspección a terreno resulta ser una diligencia fundamental en

el proceso. Por una parte, permite que la Dirección General de Aguas conozca las obras y logre, dentro de lo posible, verificar la existencia de la obra, su uso ininterrumpido y su antigüedad, así como comprobar que las coordenadas de los puntos de captación, y cuando corresponda, de restitución se encuentren correctos.

Con dichos antecedentes, la autoridad confeccionará un informe técnico en el que se propondrá al Tribunal la forma de resolver la solicitud de regularización.

#### **4.1.1.3. Etapa resolutive**

Esta etapa contempla la dictación de la resolución administrativa que pone término al procedimiento. A diferencia de las resoluciones que se pronuncian respecto de las demás solicitudes, en el caso de las regularizaciones, éstas no “aprueban” el derecho, pues, como se explicó precedentemente, es el Tribunal respectivo el encargado de resolver la solicitud, si no emiten su opinión técnica, acompañando el respectivo informe, y proponen al Tribunal una forma de resolver.

En términos formales, la Dirección General de Aguas de todas formas se rige, en lo aplicable, por lo dispuesto en el artículo 149 del Código de Aguas, incorporando, a lo menos, las siguientes menciones en la resolución que remite el respectivo expediente:

1. El nombre del solicitante
2. El nombre del álveo o individualización de la comuna en que se encuentre la captación de las aguas subterráneas;
3. La cantidad de agua que se pretende regularizar;
4. El o los puntos precisos donde se capta el agua y el modo de extraerla;
5. El desnivel y puntos de restitución de las aguas si se trata de usos no consuntivos;
6. Si el derecho es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas.

Cabe señalar que, sin perjuicio de que el informe técnico debe incluirlo, normalmente la Dirección General de Aguas individualiza expresamente en la resolución que remite el expediente, a los opositores que efectuaron presentaciones en el proceso. Lo anterior, tiene especial relevancia desde un aspecto procesal, como se verá a continuación, y busca precisamente cumplir con el principio de no afectación de terceros.

Con la remisión del expediente y sus antecedentes al Tribunal, finaliza la etapa administrativa de las regularizaciones por el artículo 2 transitorio del Código de Aguas, debiendo el solicitante continuar con el proceso en sede judicial.

#### **4.1.2 Etapa Judicial**

Como se expuso precedentemente a propósito del procedimiento de perfeccionamiento de un derecho de aprovechamiento de aguas, los juicios que no tengan un procedimiento especial en materia de derechos de aguas, se tramitarán conforme las reglas del procedimiento sumario, regulado en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

Cabe recordar que el artículo 177 del Código de Aguas dispone que: *“Los juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan procedimiento especial, se tramitarán conforme al procedimiento sumario establecido en el Título XI, del Libro III, del Código de Procedimiento Civil.”*

Ahora bien, a diferencia del procedimiento de perfeccionamiento y de cualquier otro juicio sumario, los procedimientos de regularización **no se inician con la presentación de la demanda por parte del actor** (o solicitante), sino con la remisión de los antecedentes por parte de la Dirección General de Aguas respectiva al Tribunal correspondiente.

Lo anterior, trae consigo ciertas cuestiones prácticas que se deben tener presente al momento de tramitar la respectiva regularización y que, de no atenderse como corresponde, pueden traer graves inconvenientes.

##### *4.1.2.1 Cuestiones procesales.*

La primera cuestión relevante, como se señaló precedentemente, y distinta de la regla general de todo procedimiento, es que la instancia judicial se inicia con la remisión del expediente administrativo por parte de la Dirección General de Aguas respectiva al Tribunal competente, a diferencia de la presentación de una demanda.

Lo anterior, significa que el solicitante de la regularización no es quien presenta en el Tribunal respectivo la demanda o solicitud de regularización, desconociendo la oportunidad en que esto ocurrirá.

En efecto, si bien la Dirección General de Aguas dictará un Oficio a través del cual remite el expediente, resolución que será notificada a las partes que hayan intervenido en la

instancia administrativa (solicitante y eventuales opositores), normalmente el *trámite físico* (llevar los antecedentes e ingresarlo en la distribución respectiva) o *virtual* (a través de la Clave Única del Poder Judicial) del ingreso a distribución del expediente al poder judicial difiere considerablemente de la oportunidad en la que se notifica la resolución en cuestión.

Lo anterior, trae consigo diversas cuestiones relativas al cumplimiento de la Ley N° 18120, sobre Comparecencia en Juicio.

Primero que todo, el artículo 1 de la Ley N° 18.120 establece que:

*“La primera presentación de cada parte o interesado en asuntos contenciosos o no contenciosos ante cualquier tribunal de la República, sea ordinario, arbitral o especial, deberá ser patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.*

*Esta obligación se entenderá cumplida por el hecho de poner el abogado su firma, indicando además, su nombre, apellidos y domicilio. Sin estos requisitos no podrá ser proveída y se tendrá por no presentada para todos los efectos legales. Las resoluciones que al respecto se dicten no serán susceptibles de recurso alguno. [...]”*

Por su parte, el artículo 2 de la antedicha ley, en lo pertinente, consigna que:

*“Ninguna persona, salvo en los casos de excepción contemplados en este artículo, o cuando la ley exija la intervención personal de la parte, podrá comparecer en los asuntos y ante los tribunales a que se refiere el inciso primero del artículo anterior, sino representada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, por procurador del número, por estudiante actualmente inscrito en tercero, cuarto o quinto año de las Escuelas de Derecho de las Facultades de Ciencias Jurídicas y Sociales de alguna de las universidades autorizadas, o por egresado de esas mismas escuelas hasta tres años después de haber rendido los exámenes correspondientes. [...]”*

Así las cosas, al momento de presentarse la demanda, debe necesariamente encontrarse patrocinada por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión.

En el caso particular de las regularizaciones, surgen algunos cuestionamientos al respecto, a saber: ¿Cuál es la primera presentación que se efectúa en el Tribunal? ¿El oficio que remite los antecedentes o es la solicitud de regularización que se presentó en la instancia administrativa? ¿De ser así, debe un abogado de la Dirección General de Aguas patrocinar la regularización o, en su caso, debe necesariamente el solicitante ingresar la solicitud patrocinada por un abogado?

Al respecto, nuestros tribunales han resuelto estas cuestiones de diversas formas, no existiendo un único criterio.

En este sentido y en opinión del suscrito, la parte solicitante y posterior demandante debe hacerse parte en el proceso de regularización, una vez éste es presentando - a través de la remisión del expediente por parte de la DGA al tribunal respectivo, ratificando su solicitud y constituyendo el respectivo patrocinio y poder. Dicho escrito debe, a lo menos, cumplir con lo dispuesto en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, sin perjuicio de que se pueda remitir a lo ya expresado en la instancia administrativa.

En cuanto a lo que fácticamente ocurre, podemos distinguir las siguientes situaciones:

- a) Tribunal formula reparos al ingreso de la demanda, apercibiendo al solicitante (y actual demandante) a que ratifique la demanda y constituya el respectivo patrocinio y poder, en los términos de la Ley N° 18.120, bajo sanción de tener por no presentada la demanda.
- b) Tribunal da curso a la demanda, fijando la oportunidad en la que se celebrará la audiencia de contestación y conciliación y ordenando notificar a las partes.
- c) Tribunal da curso a la demanda, apercibiendo al solicitante a que la ratifique y constituya el respectivo patrocinio y poder, bajo sanción de archivar los autos.

Cabe señalar que la enunciación anteriormente efectuada responde única y exclusivamente a las hipótesis más comunes que se pueden apreciar en la práctica forense ante los diversos tribunales de nuestro país,<sup>16</sup> pudiendo eventualmente los diversos tribunales del país resolver de distintas formas, según sea el criterio imperante.

Cada una de las situaciones antes expuestas presenta problemas y/o ventajas particulares, a saber:

En el primer caso (situación a), demanda con reparos, nos encontramos ante la situación más riesgosa y compleja para el actor de regularización.

En efecto, y como se indicó anteriormente, el solicitante de regularización desconoce el momento exacto en que la Dirección General de Aguas remite efectivamente los antecedentes al Tribunal, por lo que puede ocurrir que se dicte la respectiva resolución con reparos, ordenando al solicitante hacerse parte como actor, ratificar la demanda y designar un

---

<sup>16</sup> Al respecto, se tuvieron a la vista y analizaron diversos procesos de regularización ante los tribunales de letras y en lo civil de Talagante, Rancagua, Talca, Valparaíso, Viña del Mar, La Serena, Ovalle y San Felipe.

abogado patrocinante para tales efectos dentro de un plazo breve (habitualmente es de 3 días hábiles); sin que el solicitante tome conocimiento de esta resolución, sino una vez ya vencido el plazo, haciéndose efectivo el apercibimiento de tener por no presentada la demanda.

Se debe tener presente que, en la gran mayoría de los casos, el agente de expediente o funcionario encargado del expediente en sede administrativa no es la misma persona que lo ingresa a al poder judicial. En efecto, no todas las Direcciones Regionales disponen de abogados o, en algunos casos, el abogado corresponde a otro departamento, por lo que necesariamente va a diferir la oportunidad en la que se le notifica al solicitante de la oportunidad en la que efectivamente se ingresa el expediente al Tribunal.

Lo anterior, además de significar un desfase entre el momento en que el solicitante toma conocimiento del envío del expediente, implica una mayor demora en la tramitación.

Por un lado, el actor pierde el control del proceso, toda vez que desconoce quién, en definitiva, será el encargado de remitir los antecedentes y, dado que no se encuentra incorporado al sistema del poder judicial, no sabe cuándo ingresó la demanda, qué tribunal está conociendo de la causa, en el caso de que existan diversos tribunales con competencia común, así como si se dictó alguna resolución.

A mayor abundamiento, resulta necesario señalar que no necesariamente el solicitante o a quien encarga la tramitación del proceso en sede administrativa va a ser un abogado, por lo que este desfase o demora en la comunicación puede traer consecuencias graves en el solicitante.

Cabe señalar que si bien el hecho de que no se tenga por presentada la demanda no implica, de forma alguna, la extinción de la pretensión regularizadora por parte del actor, trae consigo el problema fáctico de solicitar nuevamente en la Dirección Regional de Aguas respectiva que se remita el expediente al Tribunal.

El segundo caso (o caso b), donde se provee la demanda) es quizás el más adecuado para los solicitantes. En efecto, algunos tribunales proveen derechamente la demanda, lo que, en términos prácticos, significa que el actor debe continuar con la tramitación, encargando las respectivas notificaciones y acreditando su calidad de parte. Respecto de esto último, si bien no es un trámite esencial presentar formalmente la demanda, toda vez que se entiende como tal la solicitud efectuada en sede administrativa, creemos que es adecuado que de todas formas se efectúe alguna presentación formal (ya sea ratificando la solicitud o derechamente

presentando una demanda) en la que se cumpla con lo dispuesto en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil.

Lo anterior, para efectos de que exista una coherencia entre lo pedido y lo que eventualmente resuelva el Tribunal, evitando, de esta forma, que los fundamentos de hecho y de derecho, así como la pretensión, sean suficientemente claras para el sustanciador y, en el peor de los casos, preparar las diferentes vías recursivas de impugnación del fallo.

Lo dicho precedentemente es plenamente aplicable al tercer caso o caso b), donde se provee la demanda, pero se apercibe de todas formas al solicitante a ratificar el libelo y constituir el respectivo patrocinio y poder.

En cuanto a las demás preguntas formuladas al inicio de este acápite, se puede afirmar que, la gran mayoría de nuestros tribunales, da curso al juicio con la presentación por parte de la Dirección General de Aguas del respectivo oficio remitiendo los antecedentes.

Cabe señalar que, por regla general, los oficios tienden a contener las menciones mínimas expuestas en el artículo 254 del Código de Procedimiento Civil, por lo que, para efectos de admisibilidad, esta forma anómala de inicio del proceso judicial no reviste mayor complicación para la judicatura.

A mayor abundamiento, se debe recordar que es el solicitante, en su calidad de demandante, quien tiene la carga procesal de dar cumplimiento con todas y cada una de las exigencias que establece la ley y que pueda ordenar el Tribunal.

Así las cosas, si bien no es requisito para la solicitud de regularización que se ingresa ante la Dirección General de Aguas y que da inicio a la etapa administrativa el cumplimiento de los requisitos establecidos en el antedicho artículo, sí es importante tener presente que, en la etapa judicial, algún Tribunal pudiera ordenar que se rectificara o complementara la demanda en cuestión.

De igual forma, si bien no es requisito que, en la tramitación administrativa, el solicitante sea representado por un abogado habilitado para el ejercicio de la profesión, sí podría ser un problema o inconveniente al momento de iniciar la etapa judicial, en los términos que ya se analizaron.

Cabe señalar que otra cuestión procesal que se suscita como conflictiva dice relación con la legitimidad pasiva en los procesos de regularización y la oportunidad procesal en la que, los eventuales interesados, pueden hacer valer sus pretensiones.

Si bien la discusión que se analizó respecto del perfeccionamiento sobre la Dirección General de Aguas como sujeto pasivo de la acción de perfeccionamiento es replicable en materia de regularización, existen otras particularidades que deben revisarse.

Primero que todo, surge la legítima pregunta respecto de qué posición ocupan los eventuales opositores que se hicieron parte en el proceso administrativo.

Teniendo pretensiones contrarias a la del demandante en el proceso de regularización, necesariamente ocupan un rol opuesto.

Así las cosas, el cuestionamiento puede reducirse a distinguir si tienen la calidad de demandados o de terceros (para ser más precisos, coadyuvantes de la Dirección General de Aguas).

Al respecto, podemos decir que no existe una posición clara o única en la materia. Así las cosas, el tratamiento de la calidad de parte del opositor ha sido esencialmente casuístico, atribuyéndole tanto la calidad de demandado, como de tercero coadyuvante, dependiendo, principalmente, de las pretensiones que se hicieron valer tanto en la etapa administrativa como en la etapa judicial.

En efecto, un opositor puede presentar su oposición en la etapa administrativa respectiva o, si no lo hace en dicha oportunidad, puede perfectamente hacerse parte en el proceso judicial posterior. Lo anterior, si bien fue sumamente discutido en un comienzo, podemos decir que actualmente la jurisprudencia ha reconocido esta situación<sup>17</sup>, a saber: *“(…) que no debe confundirse el derecho de los terceros para oponerse en el trámite administrativo, y como sujeto de la relación procesal controvertida en el juicio sumario propiamente tal, pueden intervenir como partes, lo que ciertamente efectuaron dentro del plazo. La extemporaneidad en etapa administrativa, no hace precluir el derecho de los afectados en la etapa judicial propiamente tal y pueden y deben ser oídos y tenidos como partes; caso contrario no se aviene lo dispuesto en el artículo 2° transitorio letra d) en orden a que la Dirección remitirá la solicitud más la oposición si la hubiere al Juez de Letras, quien tramitará y resolverá conforme al artículo 177 del mismo Código.”* (EMALDÍA, LUISA Y OTROS con MOLINA, MARIO, 1995)

A su vez, el profesor Muñoz Escudero agrega un punto especialmente razonable e importante, esto es, que el opositor que se hace parte sólo en la etapa judicial, debe

---

<sup>17</sup> Vid. MUÑOZ ESCUDERO, GONZALO. *Problemas jurídicos que plantean las regularizaciones de derechos de aprovechamiento de aguas*. Actas III. Jornadas de Derecho de Aguas. Santiago, 2000. pp. 571-573.

entenderse que acepta todo lo obrado antes de su presentación, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21, 22 y 23, inciso 1°, todos del Código de Procedimiento Civil.

Por regla general, aquel opositor que se hizo parte del proceso en la etapa administrativa, es considerado como un “demandado” en la posterior etapa judicial por parte del Tribunal.

En este sentido, el profesor Gonzalo Muñoz Escudero señala que: *“Un tercer elemento de carácter procesal involucrado en el artículo 2° transitorio es el siguiente: Determinar, en el caso de que se hayan formulado oposiciones, quién tiene la calidad procesal de ‘demandante’, el solicitante o el opositor, y, correlativamente, quién tiene la calidad procesal de demandada, el opositor o el solicitante.*

*La jurisprudencia mayoritaria se pronuncia por la tesis primera: El solicitante de regularización es ‘demandante’ y el opositor es ‘demandado’.* (MUÑOZ ESCUDERO, 2001)

En cuanto a los aspectos procesales de la prueba, cabe señalar que la discusión analizada respecto del valor probatorio del Informe Técnico de la Dirección General de Aguas en el proceso de perfeccionamiento, es plenamente aplicable a los procedimientos de regularizaciones.

Así, se debe recordar que nuestra jurisprudencia ha asimilado el Informe de la Dirección General de Aguas a un informe pericial, debiendo, en definitiva, valorarse conforme las reglas de la sana crítica.

Dentro de los aspectos probatorios, resulta interesante mencionar que existe jurisprudencia que le ha otorgado mérito probatorio suficiente como para acreditar las características y existencia de un derecho de aprovechamiento de aguas a meros certificados de organizaciones de usuarios. Así lo señala el profesor Gonzalo Muñoz Escudero, a saber: *“Siempre en el ámbito de los aspectos probatorios existe otra jurisprudencia que le asigna mérito probatorio a certificados emitidos por la correspondiente asociación de canalistas. En efecto: ‘Séptimo: Que con el mérito probatorio de los certificados de fojas 1 y 18 ambos emitidos por la Asociación de Canalistas de Maipo consta que los peticionarios han acreditado legalmente el derecho de aprovechamiento de aguas a que se refiere la solicitud de autos.”* (MUÑOZ ESCUDERO, 2001)

Otro de los grandes problemas que ha reconocido la doctrina en materia procesal, dice relación con la forma en la que está regulado el procedimiento en relación con las organizaciones de usuario.

Dada la importancia de dichos actores en la realidad hídrica del país y en su fundamental rol como administradores del recurso, así como de los antecedentes técnicos que pueden aportar a un proceso tan relevante como es una regularización, el actual procedimiento no los considera dentro de sus diferentes etapas.

Si bien siempre pueden hacerse parte como opositores, no existe una obligación de consultarles o notificarlos en caso de que se presente una solicitud de regularización.

#### 4.2. Objeto de la Regularización

En términos generales, la regularización es el principal mecanismo o herramienta de ajuste de los derechos antiguos o consuetudinarios subsistentes a las exigencias del Código de Aguas de 1981, teniendo como principal propósito declarar la existencia de un derecho de aprovechamiento de aguas basado o que tiene fundamento en usos consuetudinarios preexistentes.

Como afirma el profesor Vergara Blanco, la regularización de los derechos de aprovechamiento de aguas es *“una temática socialmente relevante, dado que la mayoría de los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile tiene origen costumbrista, los que están en manos de agricultores, indígenas y de una variada gama de usuarios rurales de aguas.”* (VERGARA BLANCO, Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema., 2018)

De igual forma, indica el autor que: *“Se ha estimado que a la fecha de la entrada en vigencia del Código de Aguas, en 1981, una cantidad cercana al 70 por ciento de los usos efectivos de aguas correspondía a usos consuetudinarios, los cuales carecían de títulos inscritos. En Banco Mundial, Diagnóstico de la gestión de los recursos hídricos (Santiago: Documento del Banco Mundial, Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible Región para América Latino y el Carbine, 2011), que es el informe más actualizado sobre la situación de los recursos hídricos, se consigna que sería el 80 por ciento.”* (VERGARA BLANCO, Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema., 2018)

Si bien en los años posteriores a la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981 se pudo ver una mayor cantidad de solicitudes de regularización, en la actualidad sigue existiendo una gran cantidad de usos reconocidos que no se han ajustado a través de este procedimiento.

Así las cosas, los mecanismos de regularización cumplen con un rol esencial para alcanzar la certeza jurídica que exige el actual régimen de derechos de aguas, permitiendo determinar con exactitud la existencia del derecho y sus características.

Dicha certeza y estabilidad del sistema jurídica, sólo se logra mientras los procedimientos de regularización logren cumplir con su finalidad, esto es, permitir la inscripción y registro del respectivo derecho de aprovechamiento de aguas.

#### **4.2.1. Ámbito de aplicación y elementos del procedimiento del artículo 2 transitorio del Código de Aguas.**

En particular y refiriéndonos principalmente al caso en estudio, esto es, la regularización del artículo 2° transitorio del Código de Aguas, cabe señalar que es un procedimiento declarativo, que tiene por objeto determinar la existencia de un derecho antiguo y permitir su inscripción.

La disposición en comento presenta dos principales hipótesis de aplicación, conforme se desprende de su texto, a saber:

*“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:*

*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 1° 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.”*

La norma en cuestión regula dos situaciones en particular:

- a) Derechos de aprovechamiento que se encuentran inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo, pero que están siendo utilizados por personas distintas a sus titulares. En estos casos, la regularización opera en derechos inscritos.
- b) Derechos de aprovechamiento no inscritos, esto es, derechos reconocidos por usos consuetudinarios, consagrando, en definitiva, aquéllos contemplados en el artículo 7 del Decreto Ley N° 2.603 de 1979.

Cabe señalar que este último punto es especialmente importante, toda vez que el Decreto Ley N° 2.603 de 1979, no regula forma alguna de ajustar o derechamente regularizar estos usos reconocidos.

En efecto, la disposición en comento se limita a señalar que: *“Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos.*

*En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua.”*

Como se puede apreciar de la mera lectura del artículo, no consigna procedimiento o forma alguna para que el presunto dueño pueda obtener un título respecto de su derecho, lo que es, en definitiva, complementado y regulado a través del artículo 2° transitorio.

Cabe señalar que, de las dos hipótesis anteriormente indicadas que regula la norma en análisis, el profesor Muñoz Escudero agrega una tercera, a saber:

*“iii. Derechos [inscritos o no inscritos] que se extraen de una fuente natural en forma individual”.*

Al respecto, añade el autor que: *“La tercera hipótesis es residual y se refiere a un caso específico para las extracciones individuales. Se trataría, en efecto, ‘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 N° 591, de junio de 1983, que imparte instrucciones acerca del artículo 2 transitorio del Código de Aguas” (MUÑOZ ESCUDERO, 2001) pp. 567 y 568*

Por su parte, la doctrina nacional ha subclasificado las hipótesis de aplicación del artículo 2 transitorio en los siguientes términos:

*“ii) Aquellos derechos de aprovechamiento antiguos no inscritos, con lo cual se hace referencia, a nuestro entender, a dos hipótesis:*

*1° Derechos constituidos por autoridad competente, pero que, producto del paréntesis conservatorio registral originado por la Ley de Reforma Agraria, no hubieren sido inscritos en los registros correspondientes; y,*

*2° Derechos reconocidos en virtud de usos consuetudinarios iniciados con anterioridad a la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981, los cuales, según se estudia supra, carecen de toda formalización o sustrato material (no existe título ni, consecuentemente, inscripción o registro).” (RIVERA BRAVO, 2011) pp. 269 y 270.*

#### *4.2.1.1. Ámbito de aplicación: elemento temporal.*

Cabe señalar que, a diferencia de los perfeccionamientos, el procedimiento de regularización consagrado en el artículo 2 transitorio del Código de Aguas tiene un ámbito restringido de aplicación desde un aspecto temporal.

En efecto, sólo pueden regularizarse aquellos derechos cuyo uso haya iniciado con anterioridad a la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981 y que cumplan con los demás requisitos que indica la norma y que se analizarán por separado.

Lo anterior, resulta de toda lógica si entendemos que el procedimiento de regularización tiene es una herramienta de ajuste de los derechos y/o usos consuetudinarios, que pretende declarar la existencia de un derecho y esclarecer sus características.

La regularización no tiene por objeto “crear un derecho nuevo” o “resolver situaciones irregulares”, sino consolidar y dar certeza a una situación que, de hecho, venía ocurriendo o existía, como son, precisamente, los derechos consuetudinarios.

Así las cosas, los derechos susceptibles de regularizar son limitados, por cuanto, desde un aspecto únicamente teórico, en algún momento no quedarán “derechos por regularizar”, quedando en desuso el presente proceso de regularización, lo que explica además su carácter de disposición transitoria. Sin perjuicio de lo expuesto, a la fecha y tras casi 40 años desde la entrada en vigencia del procedimiento en estudio, aún existen muchos usuarios que no han regularizado sus derechos.

En este sentido, es especialmente clara nuestra jurisprudencia al señalar que “[...] *deriva de la naturaleza transitoria del artículo en comento, pues lo que se pretende es regularizar situaciones de hecho existentes a esa fecha y no establecer un procedimiento de regulación de carácter permanente en el tiempo, pues en tal caso el artículo habría sido establecido como uno más dentro del código y no como uno de carácter transitorio*”<sup>18</sup>

#### 4.2.1.2. *Uso efectivo de las aguas*

Conforme examinamos anteriormente, el elemento esencial para la regularización del artículo 2 transitorio del Código de Aguas es precisamente el uso efectivo y real de las aguas.

En este sentido, nuestro ordenamiento reconoce una larga y antigua tradición que resalta el uso *material del recurso* y que se encuentra plenamente plasmado en el artículo 2º transitorio.

Así, este elemento sólo podrá acreditarse cuando *materialmente* se esté utilizando el recurso, entendiéndose, para tales efectos, que el solicitante de regularización debe disponer de los medios para hacerlo (obras de captación) y un fin o utilidad (el ejercicio de alguna actividad productiva o beneficio que responde al uso). Así las cosas, la capacidad de las obras de captación, conducción y, de corresponder, restitución son las que determinarán el caudal total que se puede regularizar.

En este sentido, señala doña Daniela Riveros que:

*“Reflejando estas ideas, una interesante sentencia dictada en el marco del procedimiento regularizador que analizamos señaló que ‘...si bien el demandante sostiene que el ‘uso’ al que alude la norma [artículo 2 transitorio Código de Aguas] no se refiere a un uso material, sino un uso en sentido jurídico, dicha opinión no es compartida por esta sentenciadora... estableciendo el artículo 2º Transitorio del Código en comento la necesidad de ‘utilización’ de las aguas, debe entenderse dicha disposición en su sentido natural y obvio, esto es, aprovecharse de algo, hacer servir una cosa para algo. En conclusión, no puede ampliarse en el sentido de entender que la alusión a la utilización se refiere a un uso jurídico, porque no existe norma alguna que así lo determine... De la norma transcrita [artículo 7 DL Nº2.603 de 1979] queda determinado que la utilización o uso a que se refieren las distintas normas, es de carácter material...”* (RIVERA BRAVO, 2011) p. 274.

---

<sup>18</sup> Juzgado de Letras de San Vicente de Tagua Tagua, sentencia de fecha 11 de julio de 2007, en los autos caratulados “Sociedad Agrícola Forestal Los Olivos con Dirección General de Aguas”, Rol C - 44.745 - 2007.

Ahora bien, no basta que sea un mero uso, sino que debe cumplir con ciertos requisitos, a saber:

- a) El uso debe estarse efectuando a la época de entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981.
- b) Que se hayan cumplido, al menos, 5 años contados desde la fecha en que se hubiere comenzado a realizar el uso de las aguas.

En este punto, cabe señalar que hay diferentes opiniones respecto de su alcance e interpretación, a saber:

Respecto de cómo contabilizar el plazo:

- i) El plazo debe contarse hacia atrás desde la presentación de la solicitud de regularización ante la Dirección General de Aguas.<sup>19</sup>
- ii) El plazo debe contarse desde la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981, en adelante.<sup>20</sup>
- iii) El derecho de aprovechamiento debe haber estado siendo utilizado desde 29 de octubre de 1976 hacia atrás.<sup>21</sup>
- iv) El plazo de 5 años debe contarse desde la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981, hacia atrás, debiendo, en definitiva, al 29 de octubre de 1981 encontrarse completamente cumplido.<sup>22</sup>

---

<sup>19</sup> Jurisprudencia minoritaria. En este sentido, sentencia de fecha 7 de julio de 1992, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de La Serena, en los autos caratulados “Acuña Poblete, Hugo con Gallardo Gallardo, Guido”, Rol Ingreso N° 3943 - 92; y, sentencia de fecha 6 de septiembre de 1994, dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valparaíso, en los autos caratulados “Tunis, Francisco y Otro con Sociedad El Trapiche S.A.”, Rol N°1316-96.

<sup>20</sup> Excelentísima Corte Suprema, en sentencia de fecha 30 de abril de 2001, en los autos caratulados “Asecio Villaseca, Liliana con Junta de Vigilancia del Río Tinguiririca y Otras”, Rol N° 2.403-2000.

<sup>21</sup> Cabe señalar que ésta es la postura adoptada por la Dirección General de Aguas en su Manual de Normas y Procedimientos para la Administración del Recurso Hídrico. p. 126.

<sup>22</sup> Postura mayoritaria tanto de la doctrina como de la jurisprudencia.

Al respecto, NEUMANN, Cristian. *Del procedimiento especial de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas*. Revista de Derecho Administrativo Económico. Volumen II. Número I, Enero - Junio, 2000. p. 226.

De igual forma, sentencia de fecha 18 de enero de 2011, de la Excelentísima Corte Suprema, en los autos caratulados “Sociedad Agrícola Pastos Verdes Limitada con Madrid Barros, Emilio y Otros”, Rol N° 6.617-2008; sentencia de fecha 25 de noviembre de 2009, de la Excelentísima Corte Suprema, en los autos caratulados “Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. con Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama”, Rol N°2.840-08; y sentencia de fecha 22 de marzo de 2004, de la Excelentísima Corte Suprema, en los autos caratulados “Comunidad Atacameña Toconce con Essan S.A.”, Rol N°986- 2003

v) La entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981 es el último momento a partir del cual debió iniciarse el uso de las aguas.<sup>23</sup>

### Accesión de la posesión

Uno de los puntos quizás más discutidos tanto por la doctrina como por la jurisprudencia es precisamente si quien pretende regularizar debe haber estado personalmente utilizando las aguas desde el plazo indicado en el acápite anterior hasta el momento de presentar su solicitud o si puede agregar el tiempo de uso de sus antecesores legales.

Cabe señalar que, a la fecha, sigue existiendo una gran controversia respecto de qué posición es la correcta, toda vez que nuestra Excelentísima Corte Suprema se ha destacado por una vacilante jurisprudencia, cambiando de criterios de forma constante y suscitando amplias discusiones en la doctrina.

Así, podemos distinguir dos principales posturas, a saber:

1.- No se puede acumular o acceder a la posesión de los antecesores legales para completar el período de utilización regulado en el artículo 2 transitorio del Código de Aguas.

Desde la doctrina, quizás el mayor exponente de esta postura es don Patricio Agurto Tapia<sup>24</sup>, quien atribuye a los requisitos del artículo 2 transitorio del Código de Aguas un carácter de personalísimos.

2.- Se puede acceder a las posesiones de los antecesores legales.

En esta postura podemos encontrar a la gran mayoría de la doctrina tradicional chilena, reconociendo a autores como Arévalo Cunich, Muñoz Escudero, Vergara Blanco, Neumann, entre otros; así como la Dirección General de Aguas, consignar como requisito para la regularización: *“Quien presente la solicitud deberá 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 a lo menos”*. (Aguas, 2008) p. 126.

Los argumentos a favor de esta tesis se enfocan principalmente en el tenor literal de la norma, que no limita de forma alguna la posesión, además de resaltar la relevancia del carácter

---

<sup>23</sup> Al respecto, MUÑOZ ESCUDERO, Gonzalo. *Ibíd*, p.569.

<sup>24</sup> Véase: AGURTO, Patricio (1992): “La propiedad de las aguas en el derecho de aprovechamiento”, en: *Gaceta Jurídica*, N°147, pp. 7-16.

real de los derechos de aprovechamiento de aguas, siendo, en dicho sentido, fundamental el objeto del derecho mismo, no así el sujeto que lo ejerce.

En este sentido, señala el profesor Vergara Blanco: *“dada la calidad de derecho real de todo derecho de aguas (art. 6 CA), son estos derechos aquellos poseídos de manera ficta por sus titulares, y por todos los sucesores de la titularidad, desde esa fecha hasta la actualidad; en otras palabras, no son las aguas las jurídicamente poseídas, sino el derecho. Además, el uso efectivo del agua a que se refiere la ley no es algo que se produzca en términos personales por el titular de ese derecho (como si tuviese que tocar el agua con sus manos), sino que el uso efectivo se produce en un terreno, inmueble o bien raíz específico, en relación al cual tiene lugar el reconocimiento de este derecho, ello derivado de su calidad de derecho real (art. 6 CA) y no personal.”* (VERGARA BLANCO, Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema., 2018) p.66.

Afirma, asimismo, que: *“El derecho de aguas así reconocido en 1981, y materia de posesión por sus antiguos titulares, se puede transferir o transmitir y a este cómputo se puede agregar la posesión del derecho (y uso del agua) de los antecesores en su titularidad, aplicando la figura de la suma de posesiones, que permite agregar el tiempo de posesión del antecesor, siguiendo la regla del artículo 717 inciso 2 del Código Civil”* (VERGARA BLANCO, Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema., 2018) p. 67.

Como se indicó, si bien la Corte Suprema ha mantenido una jurisprudencia “mayoritaria” y coherente respecto de la procedencia de la adquisición de la posesión, a contar del año 2014, comenzó a existir una, cada vez más, vacilante jurisprudencia que rechaza la posibilidad de acumular los usos anteriores.

Así, en cuanto a los fallos que permiten la adquisición de la posesión, cabe señalar que nuestra Excelentísima Corte Suprema ha razonado que:

**“DUODÉCIMO:** *Que esta Corte Suprema comparte el criterio del tribunal de alzada, en cuanto a que don Ismael Pastén y, posteriormente, sus herederos, no adquirieron el dominio de las acciones cuya regularización pretenden, porque no se efectuó la tradición con la inscripción que la ley requiere para la transferencia de los derechos de aprovechamiento de aguas, lo que los mismos sentenciadores explican en el hecho de que a la fecha en que entró en vigencia el Código de Aguas no era infrecuente que existiesen poseedores no inscritos de los referidos derechos. Sin embargo, la tradición y entrega material de los inmuebles como*

*consecuencia del contrato de compraventa en que se deja constancia de que se incluyen todos los derechos del inmueble, constituyó un título o antecedente que justificó la posesión, sino inscrita, a lo menos material de los derechos de aprovechamiento de agua con que las hijuelas se regaban por sus anteriores propietarios, situación que se mantuvo por más de cincuenta años sin que éstos jamás hubiesen ejercido acción alguna tendiente a recuperarlos, permitiendo así su libre utilización por quienes actuaban y se comportaban como si fueran dueño de los mismos. Cabe suponer que sólo después del año 2006, cuando primero don Patricio Alejandro Sastre Alfaro, y posteriormente don Mario Raúl Alfaro Gutiérrez inscriben los derechos de aguas que figuraban a nombre de don Manuel Galleguillos el año 1953, los propietarios del predio “Huamalata” recién se percataron de que no tenían, legalmente, la calidad de titulares y propietarios de los derechos de aprovechamiento de aguas, lo que justifica que haya transcurrido un largo espacio de tiempo sin que hubiesen intentado el procedimiento de regularización al que les otorgaba derecho el inciso 1° del artículo 2° transitorio del Código de Aguas;” (Sucesión Pastén Huerta con Dirección General de Aguas, 2013)*

Esta misma línea jurisprudencia se mantiene en los siguientes fallos:

1. Comunidad Atacameña Toconce con Essan, de fecha 22 de marzo de 2004, Rol N° 986 - 2003.
2. Espinoza con Endesa, de fecha 27 de abril de 2005, Rol N° 1084 - 2004.
3. Carbone Salinas con Comunidad de Aguas Canal Azapa, de fecha 30 de noviembre de 2006, Rol N° 4157 - 2005.
4. Agrícola Victoria S.A. con Endesa, de fecha 27 de diciembre de 2007, Rol N° 5342 - 2006.
5. Agua Mineral Chusmiza S.A.I.C. con Comunidad Indígena Aymara de Chusmiza Usmagama, de fecha 25 de noviembre de 2009, Rol N° 2840 - 2008.
6. Garrido Aedo, Luis Alberto con Dirección de Obras Hidráulicas, de fecha 12 de mayo de 2011, Rol N° 7410 - 2008.
7. Sociedad Agrícola Pangue con Dirección General de Aguas, de fecha 28 de julio de 2011, Rol N° 1689 - 2009.
8. AES Gener con Dirección General de Aguas, de fecha 18 de agosto de 2011, Rol N° 654 - 2009.
9. Junta de Vecinos LA Vega de Cabildo con Oyanedel Araya, Amador, de fecha 10 de septiembre de 2012, Rol N° 37284 - 2012.

10. Agrícola Santa Lucía Ranch Limitada con Endesa, de fecha 10 de diciembre de 2012, Rol N° 2315 - 2011.
11. Sucesión Pastén Huerta con Dirección General de Aguas, de fecha 27 de marzo de 2013, Rol N° 7381 - 2011.
12. Empresa Eléctrica del Norte Grande con Empresa de Aguas del Altiplano, de fecha 2 de septiembre de 2013, Rol N° 9197 - 2011.
13. Development and Contracting Company S.A. con Dirección General de Aguas, de fecha 14 de julio de 2014, Rol N° 17241 - 2013.

Como bien señala el profesor Vergara Blanco, nuestra Excelentísima Corte Suprema, en la uniforme jurisprudencia antes enunciada, se ha pronunciado de forma favorable a la accesión de posesiones respecto de dos usos en especial, a saber, respecto de los usos y derechos indígenas, así como en los usos agrícolas.

Para el primer caso, la Corte le otorgó valor a la prueba de “usos ancestrales”, en los siguientes términos:

*“Cuarto: Que, conforme a lo antes anotado, los jueces recurridos claramente señalaron que el procedimiento contemplado en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, en el caso de que se trata, no tiene por finalidad constituir derechos de aprovechamiento, sino únicamente regularizarlos e inscribirlos. Por esta razón determinaron que la demandante era dueña ancestral de los derechos de agua cuestionados, vale decir, propietaria en virtud de texto expreso de ley, por así disponerlo el artículo 3º transitorio de la ley N°19.253. En este contexto, el vicio invocado en el primer capítulo del recurso de casación de autos, carece de influencia en lo dispositivo del fallo, por cuanto, los sentenciadores no razonaron, como lo entiende el recurrente, sobre la base de admitir que la comunidad Atacameña Toconce es al mismo tiempo propietaria y poseedora a la vez de las aguas.”* (Comunidad Atacameña Toconce con Essan S.A., 2004)

En este sentido, es necesario recordar que los usos ancestrales se encuentran reconocidos expresamente en nuestra Constitución Política de la República, siendo evidente y necesaria la transmisión de la posesión del uso de las aguas entre distintas generaciones de parientes de la misma familia indígena para que dicho reconocimiento sea efectivo.

Por su parte, la doctrina ha señalado que *“Habría sido un despropósito negarle la regularización de un derecho consuetudinario o ancestral de aguas al solicitante, por el hecho de ser parte de una nueva generación de indígenas y por no haber realizado él mismo un “uso personal” del agua, como lo hacían sus ancestros. Nunca en esta antigua línea jurisprudencial*

se realizó la exigencia del uso “personal” del agua por el solicitante, tanto en 1981 como al solicitar la regularización, pues ello habría significado que al fallecimiento de una generación de indígenas ya no podrían sus sucesores regularizar sus derechos ancestrales” (VERGARA BLANCO, Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema., 2018) p. 76.

Respecto de los usos agrícolas, la Excelentísima Corte Suprema ha razonado de la siguiente forma:

**“DECIMO CUARTO:** *Que, al tenor de la doctrina señalada, aparece lícito y posible que los usuarios de derechos de aprovechamiento no inscritos agreguen a la propia la posesión de sus antecesores, considerando especialmente que el objeto fundamental del inciso segundo del artículo 2º transitorio es el de regularizar derechos de aprovechamiento no inscritos, pero reconocidos por el Decreto Ley Nº 2.603 de 1979 y por el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República.*

*En este sentido, si se asume que la presunción que contiene el inciso segundo del artículo 7º del citado Decreto Ley es aplicable incluso a quien se encuentra actualmente utilizando las aguas, vale decir, a la época en que se invoca la presunción, indefectiblemente debe concluirse que no es necesario que el interesado haya estado personalmente haciendo uso del derecho a la entrada en vigencia del Código de Aguas.*

*Con todo, a la misma conclusión se arriba al considerar que la regularización prevista en la norma citada tiene la virtud de sobrepasar incluso a los derechos inscritos, de lo que se sigue que si el legislador ha premiado al solicitante con un reconocimiento jurídico por el uso que hace de las aguas, no resulta lógico ni razonable que lo haya privado de la simple posesión.”* (Sociedad Agrícola El Porvenir S.A. con Dirección General de Aguas, 2016)

Este mismo sentido se puede apreciar en el siguiente fallo:

**“TERCERO:** *Que, en relación a la eventual transgresión al artículo 2º transitorio del Código de Aguas que por el presente recurso se denuncia, cabe desde luego señalar, como esta Corte Suprema ya ha tenido ocasión de precisar, entre otros, en los autos rol Nº 986-2003, Nº 5342-2006, Nº 7410-2008 y Nº 654-2009, que el ordenamiento jurídico distingue, según su origen, entre los derechos de aguas “constituidos” o concesionales, que nacen de un acto de autoridad, y los derechos de aguas “reconocidos”, que nacen del uso fáctico, de una especial situación o de su reconocimiento por el legislador.*

*Los derechos de aprovechamiento “reconocidos” surgen como tales cuando el ordenamiento jurídico admite la legitimidad del uso consuetudinario de las aguas o de las que*

*se encuentran en una situación especial. Así, un uso que se inició de facto, una vez reconocido por la legislación, pasa a tener la categoría de derecho y ocupa un lugar equivalente a los derechos de aprovechamiento constituidos. Por consiguiente, un derecho de los llamados “reconocidos”, existe y goza de protección, pero debe ser formalizado o regularizado, no para nacer a la vida del derecho, sino con el objeto de alcanzar la certeza jurídica que la actual normativa pretende respecto de los derechos a usar las aguas;”*

*[...]*

*DÉCIMO TERCERO: Que, al tenor de la doctrina señalada, aparece lícito y posible que los usuarios de derechos de aprovechamiento no inscritos agreguen a la propia la posesión de sus antecesores, considerando especialmente que el objeto fundamental del inciso segundo del artículo 2º transitorio es el de regularizar derechos de aprovechamiento no inscritos, pero reconocidos por el Decreto Ley Nº 2.603, de 1979 y por el artículo 19 Nº 24 de la Constitución Política de la República.*

*En este sentido, si se asume que la presunción que contiene el inciso segundo del artículo 7º del citado Decreto Ley es aplicable incluso a quien se encuentra actualmente utilizando las aguas, vale decir, a la época en que se invoca la presunción, indefectiblemente debe concluirse que no es necesario que el interesado haya estado personalmente haciendo uso del derecho a la entrada en vigencia del Código de Aguas.*

*Con todo, a la misma conclusión se arriba al considerar que la regularización prevista en la norma citada tiene la virtud de sobrepasar incluso a los derechos inscritos, de lo que se sigue que si el legislador ha premiado al solicitante con un reconocimiento jurídico por el uso que hace de las aguas, no resulta lógico ni razonable que lo haya privado de la simple posesión;” (Sociedad Agrícola El Piedrero con Endesa, 2013)*

Como se puede observar en los considerandos antes transcritos de dos sentencias distintas, los que son prácticamente idénticos entre sí, nuestra Excelentísima Corte Suprema mantenía una concordante y coherente jurisprudencia que accedía a la suma o accesión de la posesión respecto del uso de las aguas.

A contar del año 2014, la Corte Suprema comienza a razonar de forma distinta, alterando el criterio que se venía configurando como una tendencia jurisprudencial, instalándose la imposibilidad de agregar a la posesión del derecho (y de su uso) del solicitante de regularización la de sus antecesores.

En este sentido, cabe destacar que la sentencia que dio origen a esta línea jurisprudencial y que estableció la estructura argumentativa que siguieron los fallos

posteriores, corresponde a aquél dictado por la Excelentísima Corte Suprema con fecha 4 de diciembre de 2014, en los autos caratulados “Inversiones de la Cerda Olivo Limitada con Endesa”, Rol N° 16.578 - 2014.

Al respecto, los considerandos principales versan de la siguiente forma:

**“DÉCIMO TERCERO:** *Que, sin embargo, la exigencia establecida en el artículo 2° transitorio referida a la utilización de las aguas sólo puede ser entendida como comprensiva del uso que de las mismas efectuaba el solicitante de regularización a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas y en los cinco años anteriores, esto es, con exclusión de cualquier uso posterior efectuado por terceros distintos de dicha persona, aun cuando se trate de sus sucesores en el empleo del recurso.*

[...]

**DÉCIMO QUINTO:** *Que como es evidente el legislador pretendió amparar, por intermedio de la regulación en examen, a las personas que a la fecha de entrada en vigor de la nueva legislación hacían uso de recursos hídricos, y precisamente para el caso de que no pudieran respaldarlo con los registros formales que el Código de Aguas exige para ese fin. En efecto, de su sola lectura se advierte que la mentada disposición no contiene ningún elemento literal, lógico ni contextual que permita entender que el mecanismo por ella reglamentado pueda beneficiar a personas distintas de quien hacía uso de las aguas al 29 de octubre de 1981 y, por el contrario, de su propio texto aparece que la exigencia legal en análisis abarca, exclusivamente, la utilización personal que de ellas hacía el solicitante de regularización a esa fecha.*

**DÉCIMO SEXTO:** *Que, aún más, dicho entendimiento es el único que se condice con el carácter transitorio, esto es, temporal o provisional, de la norma, pues si su fin consistía en dar solución a situaciones irregulares existentes al 29 de octubre de 1981 no resulta lógico esperar que, por la vía de sumar al uso personal aludido el de sus sucesores, sea posible extender ese remedio, meramente circunstancial, hasta el extremo de convertirlo en una suerte de régimen permanente, mediante el cual se permita regularizar situaciones de hecho más de treinta años después de que fuera dictada la prescripción “transitoria” en cuestión.*

**DÉCIMO SÉPTIMO:** *Que así las cosas, no es posible sostener razonablemente que a la utilización que de las aguas efectuaba por sí mismo el interesado a la fecha de entrada en vigencia del Código se pueda añadir el uso de quienes la empleen después de él, pues de esa*

*manera sería posible prolongar indefinidamente la aplicación de la norma en comento, pese a su carácter especialísimo y provisional, conclusión que resulta inaceptable e ilógica.”*

Estos razonamientos fueron replicados en una serie de sentencias que dieron cuenta del cambio jurisprudencial y que se pueden identificar como las siguientes:

1. Inversiones y Asesorías FTM Limitada con Empresa Nacional de Electricidad S.A, de fecha 4 de diciembre de 2014, Rol N° 16.578 - 2014.
2. Francisco Vidal González con Endesa”, de fecha 10 de diciembre de 2015, Rol N° 6339 - 2015.
3. Rojas Gil con Dirección General de Aguas, de fecha 11 de enero de 2016, Rol N° 13.706 - 2015.
4. Agrícola Alianza S.A. con Endesa, de fecha 12 de enero de 2016, Rol N° 10.769 - 2015.
5. Miguel Rivera Cerda con Endesa, de fecha 28 de enero de 2016, Rol N° 10.293 - 2015.
6. Puerto Terreste Los Andes Sociedad Concesionaria Limitada con Dirección General de Aguas, de fecha 14 de marzo de 2016, Rol N° 19.686 - 2015.
7. Agrícola UAC Limitada con Raúl Guggiana Femenías y Otra, de fecha 5 de julio de 2016, Rol N° 15.553 - 2015.
8. Agrícola y Comercial El Mirador S.A. con Dirección General de Aguas, de fecha 6 de julio de 2016, Rol N° 10.582 - 2015.
9. Agrícola San Vicente Limitada con Dirección General de Aguas, de fecha 21 de julio de 2016, Rol N° 3.974 - 2015.
10. Sociedad Agrícola La Italiana Limitada con Dirección General de Aguas, de fecha 25 de julio de 2016, Rol N° 188 - 2016.
11. Cecilia Pérez Ulloa con Dirección General de Aguas, de fecha 24 de noviembre de 2016.
12. Arturo Amenábar Vives con Dirección General de Aguas, de fecha 29 de noviembre de 2016, Rol N° 17.089 - 2016.
13. Syngenta S.A. con Aguas del Altiplano S.A., de fecha 9 de enero de 2016, Rol N° 65.410 - 2016
14. Elvira Chambe Salas con Aguas del Altiplano S.A., de fecha 22 de mayo de 2017, Rol N° 38.826 - 2016.

15. Mario Medina Maturana con Dirección General de Aguas, de fecha 12 de octubre de 2017, Rol N° 2916 - 2017.
16. Marcela Zúñiga Lara con Dirección General de Aguas, de fecha 27 de diciembre de 2017, Rol N° 19.124 - 2017.
17. Juan Soto Valdivia con Junta de Vigilancia del Río Maule, de fecha 10 de mayo de 2018, Rol N° 35.6561 - 2017.

#### *4.2.1.3. El uso debe ser ininterrumpido*

Conforme expresa el sentido literal de la norma, la extracción del recurso debe ser constante o permanente, de tal forma que el solicitante (o sus predecesores en el uso) deben haber utilizado efectivamente las aguas sin que otra persona la haya usado en el tiempo intermedio.

Así las cosas, el solicitante de regularización no puede modificar las obras con las que originalmente captaba con el objeto de mantener un uso ininterrumpido o del mismo caudal en situaciones de sequía.

En este sentido, cabe precisar, como señala el profesor Muñoz Escudero, que *“la situación de hecho que configura la extracción se extiende también a las bocatomas u otras obras hidráulicas, por cuanto al solicitante no le es permitido desarrollar nuevas obras de infraestructura, sea abriendo nuevos canales, sea ensanchando las bocatomas. [...] En este último caso [...] deberá solicitarse a la Dirección General de Aguas la constitución originaria del respectivo derecho de aprovechamiento”*. (MUÑOZ ESCUDERO, 2001) p.571

#### *4.2.1.4. El uso debe haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia*

En este sentido, debemos comprender que el uso se ha efectuado libre de clandestinidad cuando el titular no ha tenido la intención de ocultarlo a terceros que podrían tener un interés en oponerse a dicho uso.

Cabe señalar que, respecto de este requisito, el profesor Vergara Blanco interpreta que, en realidad, la norma se refiere a que no exista un ocultamiento en el uso y no que éste haya sido necesariamente público.

Asimismo, entiende que, en el caso de aquellos derechos que se encuentran incorporados a alguna organización de usuarios, pese a que no se encuentren necesariamente

inscritos en los respectivos registros, el uso efectivo de las aguas y su falta de clandestinidad sólo puede probarse a través de algún certificado de la respectiva organización de usuarios.<sup>25</sup>

Por su parte, la ausencia de violencia dice directa relación con el uso pacífico y tranquilo del recurso, lo que se manifiesta en la falta de acciones judiciales y/o administrativas en contra del usuario que pretende regularizar el derecho.

#### *4.2.1.5. Se haya practicado su uso sin reconocer dominio ajeno.*

Como es lógico, el solicitante de regularización debe haber utilizado las aguas con ánimo de señor y dueño, no teniendo duda alguna de que es el titular indiscutido del derecho de aprovechamiento.

### **4.3. Críticas y problemas al procedimiento de regularización**

Sin perjuicio del análisis de los problemas y discusiones que suscita el procedimiento de regularización que se ha revisado en los acápites anteriores, resulta especialmente relevante mencionar dos cuestiones esenciales, a saber:

#### **4.3.1. Cómo afecta la regularización del artículo 2° transitorio en la determinación de la disponibilidad del recurso hídrico.**

En este sentido, cabe mencionar que la constitución de un nuevo derecho de aprovechamiento queda sujeta a cuestiones técnicas de análisis hídrico que, por su complejidad técnica, exceden al presente trabajo, lo que, de todas formas, no nos limita a señalar que respecto de cada solicitud que se formula, la Dirección General de Aguas deberá estudiar si existe disponibilidad del recurso (si hay suficiente caudal) para otorgar el derecho que se solicita, sin afectar a los titulares previos de derechos y al medio ambiente.

Dentro de dicho análisis, la Dirección General de Aguas deberá, necesariamente, considerar como “recurso utilizado” o “demanda comprometida”, los eventuales caudales susceptibles de regularización, los que “restan” volumen a los caudales disponibles para constituir derechos de aprovechamientos nuevos.

En efecto, el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración del Recurso Hídrico, señala 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*

---

<sup>25</sup> Al respecto, véase: VERGARA BLANCO. Alejandro. *“Comentario: regularización de derechos de aguas y publicidad en el uso de las mismas”*, en: *Revista de Derecho de Aguas*, Vol. VII, pp. 254 - 255.

*diferencia entre el caudal disponible en el río menos los derechos que deben ser respetados y la demanda ambiental.” (Aguas, 2008) p.50.*

En este sentido, resulta especialmente relevante tener presente lo que ha señalado Contraloría General de la República:

*“Ahora bien, es indudable que la determinación de la disponibilidad del recurso constituye una materia eminentemente técnica, de competencia de la Dirección General aludida, quien debe considerar este requisito al constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, teniendo presente la adoptar una decisión no sólo los que están inscritos, sino también aquellos susceptibles de regularizarse por los medios que franquean los artículos transitorios del Código de Aguas que faculta a quien los utiliza por cierto tiempo y condiciones para proceder a su inscripción. En tal evento no puede afirmarse que el recurso sobre los que se ejercen tales usos están disponibles, a menos que no se cumplan los presupuestos necesarios. En consecuencia, no puede aceptarse la afirmación del ocurrente en el sentido que existe disponibilidad del recurso por el solo hecho que algunos usuarios pretenden regularizar sus derechos.” (Contraloría General de la República, 1992)*

#### **4.3.2. Vicios y abusos en los procesos de regularización por el artículo 2° transitorio.**

Dada las características propias del procedimiento de regularización, se ha suscitado que inescrupulosos han utilizado este mecanismo para veladamente constituir nuevos derechos de aprovechamiento.

En efecto, al desconocer el objeto del elemento del uso efectivo de las aguas, ya sea derechamente falseando información o no cumpliendo con todos los requisitos, se han reconocido derechos que no tienen correspondencia entre el título (su contenido formal) y cómo en realidad se ejerce.

Así, por ejemplo, no habiéndose efectuado un uso ininterrumpido de 10 litros por segundo de un pozo profundo, sino sólo 3 litros por segundo, se constituye el derecho por los 10 litros por segundo solicitados.

Lo anterior, produce que, por un lado, se reconoce y declara un derecho que realmente no es tal, regularizándose, en realidad, un “derecho nuevo” o “en parte” nuevo.

Además, afecta la disponibilidad total del acuífero o cauce, afectando a posibles solicitantes que eventualmente verán sus solicitudes rechazadas por falta de disponibilidad del recurso.



## 5. Conclusiones

Conforme se analizó en el presente trabajo, los procedimientos de perfeccionamiento y regularización de derechos de aprovechamiento de aguas son fundamentales dentro de nuestro ordenamiento jurídico como herramientas de ajuste, complementación y determinación de derechos antiguos.

Ambos procedimientos presentan similitudes evidentes en tanto mecanismos de ajustes, siendo su principal objeto el otorgar certeza jurídica al usuario o titular del derecho respecto de las características, alcance y existencia del mismo.

Asimismo, la determinación de sus alcances procesales y regulación general, suscitan constantes discusiones que, a la fecha, no encuentran una respuesta única a sus interrogantes.

Como se analizó, los cuestionamientos respecto de la idoneidad de determinarse ambos procesos como esencialmente contenciosos, así como cuestiones tan esenciales como la legitimidad pasiva de la Dirección General de Aguas en ambos procedimientos, dan cuenta de la diversidad de cuestiones en materia procesal que tanto la jurisprudencia como la doctrina han analizado en los últimos años.

Por otro lado, la abundante discusión respecto de los alcances de los mecanismos de regularización, en particular del procedimiento contemplado en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, al que se dirigió el presente trabajo, da cuenta de la importancia y necesidad de aunar criterios, idealmente por la vía legislativa, dado el vaivén jurisprudencial que se analizó, de tal forma que cuestiones tan importantes como la posibilidad de reconocer como derecho un uso consuetudinario no sea indeterminada por la mera composición de una sala o por el ánimo imperante de turno.

Finalmente, podemos señalar que ambos procedimientos pueden ser objeto de mejoras, teniendo especialmente presente los efectos que estos producen, los costos, tanto de la administración como para los titulares, de ambos procedimientos y los beneficios a los que pueden acceder sus usuarios.

## 6. Bibliografía

### Bibliografía

Aguas, D. G. (2008). Manual de Normas y Prodecimientos Administrativos para la Administración de Recursos Hídricos. Santiago: Ministerio de Obras Públicas.

AGUAS, D. G. (s.f.). *Preguntas Frecuentes*. Recuperado el 24 de Enero de 2019, de Dirección General de Aguas: <http://www.dga.cl/faq/Paginas/Detallepreguntafrecuente.aspx?item=16>

AGURTO, P. (1992). La propiedad de las aguas en el derecho de aprovechamiento. *Gaceta Jurídica*(N° 147), 7-16.

Armijo Núñez, José con Director General de Aguas, 4360 - 2003 (Excelentísima Corte Suprema 14 de julio de 2004).

BALTRA VERGARA, M. L. (2002). Perfeccionamiento de títulos de aguas. Aplicabilidad de la normativa vigente. *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales*, 237-251.

BOETTIGERS PHILIPPS, C. (Enero de 2012). Del Catastro Público de Aguas: A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional. *Actualidad Jurídica*(25), 558.

CASARINO VITERBO, M. (2009). *Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil* (Vol. Tomo IV). Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

Comunidad Atacameña Toconce con Essan S.A., Rol 986 - 2003 (Corte Suprema 22 de marzo de 2004).

Contraloría General de la República. (20 de enero de 1992). *Dictamen N° 1408*.

EMALDÍA, LUISA Y OTROS con MOLINA, MARIO (Corte de Apelaciones de Valdivia 9 de marzo de 1995).

MUÑOZ ESCUDERO, G. (2001). Problemas jurídicos que plantean las regularizaciones de derechos de aprovechamiento de aguas. *Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales, Vol. III*(Actas III.), 565-576.

NEUMANN, C. (2000). Del procedimiento especial de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 2 transitorio del Código de Aguas. *Revista de Derecho Administrativo Económico, II*(1), 211-246.

RIVERA BRAVO, D. (junio de 2011). Subsistencia y ajuste de antiguos derechos en base al uso efectivo de las aguas. *El especial caso del reconocimiento de usos consuetudinarios*. Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.

SANTELICES NARDUCCI, H. (2002). *Medida del derecho de aprovechamiento de aguas (la expresión cuantitativa del derecho de aprovechamiento en el sistema del código de aguas de 1981)*. Santiago: Sociedad Editora Metropolitana Limitada.

Sociedad Agrícola Anita Limitada con Dirección General de Aguas, Rol N° 4348 - 2016 (Corte de Apelaciones de Santiago 16 de diciembre de 2016).

Sociedad Agrícola El Piedrero con Endesa, Rol 1442 - 2012 (Corte Suprema 26 de agosto de 2013).

Sociedad Agrícola El Porvenir S.A. con Dirección General de Aguas, Rol 37109 - 2015 (Corte Suprema 26 de abril de 2016).

Sucesión Pastén Huerta con Dirección General de Aguas, Rol 7381 - 2011 (Corte Suprema 27 de marzo de 2013).

VERGARA BLANCO, A. (1996). 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, Volumen III*, 39-69.

Vergara Blanco, A. (1998). Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas. *Estudios Públicos*(69), 159.

VERGARA BLANCO, A. (2018). Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema. *Estudios Públicos*(151), 59-122.

VERGARA BLANCO, A. (s.f.). Comentario: regularización de derechos de aguas y publicidad en el uso de las mismas. *Revista de Derecho de Aguas, Vol. VII*, 254 - 255.

CÓDIGO DE AGUAS. Chile. Decreto con Fuerza de Ley N° 1122, Ministerio de Justicia. Publicado en el Diario Oficial con fecha 29 de octubre de 1981.

CÓDIGO CIVIL. Chile. Decreto con Fuerza de Ley N° 1, Ministerio de Justicia. Publicado en el Diario Oficial con fecha 30 de mayo de 2000.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL. Chile. Ley N° 1552. Publicado con fecha 30 de agosto de 1902.

