

ALEJANDRO VERGARA BLANCO
PROFESOR DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE AGUAS

ANÁLISIS DEL PROYECTO DE LEY QUE FACULTA A
DIRECTORIOS DE COMUNIDADES DE AGUAS Y DE LAS JUNTAS
DE VIGILANCIA, PARA REPRESENTAR A LOS INTERESADOS EN
LOS PROCEDIMIENTOS DE PERFECCIONAMIENTO DE TÍTULOS
DE DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS
(BOLETÍN N° 8150-09)

Santiago, mayo de 2013

(2ª Versión)

ÍNDICE

§1. OBJETIVO Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY	3
1.1. Objetivo del proyecto	3
1.2. Modificaciones propuestas	3
1.3. Indicaciones formuladas durante la discusión en general del proyecto de ley, en primer trámite constitucional	3
1.3.1. <i>Indicaciones del 20 de agosto de 2012</i>	3
1.3.2. <i>Proyecto remitido a la Cámara de Diputados para continuar con el segundo trámite constitucional</i>	6
§2. OBJECIONES DE FONDO	8
2.1. Afectación al derecho de propiedad y a la esencia del derecho de aprovechamiento de aguas	8
2.2. El proyecto distorsiona la esencia y naturaleza de las organizaciones de usuarios	10
2.2.1. <i>Alteración de la esencia y naturaleza</i>	10
2.2.2. <i>Falta de referencia a las Asociaciones de Canalistas</i>	11
2.2.3. <i>Atendiendo a su objetivo, nos enfrentamos a un proyecto de ley incompleto que ignora a los usuarios individuales de derechos de aprovechamiento de aguas</i>	11
2.3. Ausencia de un desarrollo legislativo del contenido y alcance del concepto de perfeccionamiento	12
§3. ANÁLISIS Y COMENTARIOS GENERALES SOBRE PROYECTO DE LEY	14
3.1. Problemas de representatividad y, por ende, de legitimidad del acuerdo adoptado en el seno de la organización para el perfeccionamiento de títulos	14
3.1.1. <i>El quórum establecido constituye una ficción de representatividad</i>	14
3.1.2. <i>Respecto de la votación de organizaciones de usuarios que pertenecen a una junta de vigilancia</i>	15
3.2. Riesgosa facultad “en blanco”	16
3.2.1. <i>Alcance de la facultad</i>	16
3.2.2. <i>Contenido de la facultad</i>	17
3.2.3. <i>Temporalidad de la facultad</i>	17
3.2.4. <i>Formalidad de la facultad</i>	18
3.3. Oponibilidad de la sentencia de perfeccionamiento	18
3.3.1. <i>Titulares de derechos de aguas que se opusieron al perfeccionamiento.</i>	18
3.3.2. <i>Titulares de derechos de aguas que están de acuerdo con el perfeccionamiento, pero en términos distintos a los que en definitiva se acuerden en asamblea.</i>	19
3.3.3. <i>Titulares de derechos de aguas que no fueron oportunamente informados sobre la junta extraordinaria.</i>	19
3.3.4. <i>Titulares de derechos de aguas que no tienen derecho a voto o sus votos se encuentran limitados por ley</i>	20
3.3.5. <i>Oposición de la junta de vigilancia</i>	21
3.3.6. <i>Oposición a la demanda de perfeccionamiento</i>	21
§4. CONCLUSIONES	24
4.1. Dado que nuestra legislación ya contempla mecanismos que permiten lograr los objetivos que se plantean, <u>el proyecto de ley es innecesario</u>	24
4.1.1. <i>Mandato judicial como medio de representación de los titulares de derechos interesados en el perfeccionamiento</i>	24
4.1.2. <i>Existen mecanismos para suplir la falta de incentivo a perfeccionar</i>	25
4.2. El proyecto de ley, puede constituir un grave problema al alterar el contenido esencial de un derecho de propiedad, contra la voluntad de su titular	26
4.2.1. <i>Mejoras que introduce el proyecto</i>	26
4.2.2. <i>Resumen de los conflictos que generará su aplicación</i>	26
4.3. Alternativas concretas al proyecto de ley	27
4.3.1. <i>Promoción de las acciones judiciales en conjunto</i>	27
4.3.2. <i>Transparentar la información</i>	27

INTRODUCCIÓN

El 18 de enero de 2012, mediante el Mensaje N° 006-359, fue ingresado al Congreso un proyecto de ley que introduce modificaciones a los artículos 241 y 274 del Código de Aguas, con la finalidad de facultar a los directorios de las comunidades de aguas y de las juntas de vigilancia para representar a sus miembros en los procedimientos de perfeccionamiento (aunque en su encabezado el mensaje habla, incorrectamente, de «constitución») de derecho de aprovechamiento de aguas. Actualmente dicho proyecto se encuentra en el segundo trámite constitucional ante la Cámara de Diputados, a partir del 4 de abril de 2013 en la Comisión de Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía.

En el presente documento se exponen las observaciones y comentarios respecto de las modificaciones legales que introduce el proyecto y se analizan sus posibles efectos e implicancias. Para esos efectos:

En primer lugar se enuncian los objetivos y contenido del proyecto de ley en comento (§1).

Luego en un segundo acápite se desarrollan las principales objeciones de fondo que se originan a raíz de la propuesta, estas son: la afectación al derecho de propiedad y a la esencia del derecho de aprovechamiento de aguas; la distorsión a la naturaleza de las organizaciones de usuarios de aguas que implica el proyecto; y, la inexistencia de un desarrollo legal del concepto de “perfeccionamiento” (§2).

A continuación se desarrollan los defectos y vicios que se originan de los términos en que está redactado el proyecto, estos son: los problemas de representatividad y de legitimidad del acuerdo; la generación de una facultad “en blanco”; y, la oponibilidad a la decisión de la mayoría o la sentencia de perfeccionamiento (§3).

Cierran este documento las conclusiones de rigor.

SI. OBJETIVO Y CONTENIDO DEL PROYECTO DE LEY

1.1. Objetivo del proyecto

De acuerdo a sus considerandos, el proyecto en comento pretende modificar el Código de Aguas con la finalidad de hacer más expedito y cohesionado el procedimiento de perfeccionamiento de los títulos de derechos de aprovechamiento de aguas. Para ello, se faculta al directorio de comunidades de aguas y de juntas de vigilancia para representar a sus miembros ante la instancia correspondiente, en el procedimiento de perfeccionamiento de los títulos en que consten sus derechos de aguas. Para proceder de esta forma, se requiere previo acuerdo adoptado, a lo menos, por los dos tercios de los integrantes de la organización con derecho a voto, en junta extraordinaria convocada especialmente al efecto.

1.2. Modificaciones propuestas

Al artículo 241 CA, que establece los deberes y atribuciones del directorio de una comunidad de aguas, se pretende agregar el siguiente nuevo numeral:

“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 de dos tercios de los votos en junta extraordinaria convocada al efecto, y”.

Al artículo 274 CA, que establece las atribuciones y deberes del directorio de una junta de vigilancia, se proyecta incorporar el siguiente nuevo numeral:

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

1.3. Indicaciones formuladas durante la discusión en general del proyecto de ley, en primer trámite constitucional

1.3.1. Indicaciones del 20 de agosto de 2012

El día 20 de agosto de 2012 se plantearon las siguientes indicaciones al proyecto de ley en comento.

a. Indicaciones del Honorable Senador señor Sabag

- i. Plantea la siguiente incorporación al inciso séptimo del art. 122 CA, a continuación del punto final:

“Los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, cuyos derechos reales se encuentren en trámite de inscripción en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas o de perfeccionamiento de títulos, que sean utilizados en proyectos de pequeñas o medianas centrales hidroeléctricas de pasada, Programa Energías Renovables No Convencionales, podrán solicitar y obtener el permiso de construcción a que se refiere el artículo 294 del Código de Aguas, de conformidad a la normativa vigente, pero la recepción de las obras sólo podrá otorgarse una vez inscrito el o los correspondientes derechos de aprovechamiento de aguas en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas. Para el caso de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que hubieren obtenido la correspondiente resolución de calificación ambiental para la construcción y ejecución de estas obras, se recepcionará provisoriamente otorgándoseles un plazo de cinco años para obtener la recepción definitiva de las obras.”

- ii. Asimismo, plantea reemplazar el numeral 23 del art. 241 CA propuesto, por el siguiente:

“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 de la mayoría establecida en el artículo 224 de este Código en junta extraordinaria convocada al efecto. Dicho perfeccionamiento se tramitará como procedimiento no contencioso, salvo oposición de algún comunero, en cuyo caso se transformará en contencioso de acuerdo a las reglas generales.”

- iii. Finalmente plantea el reemplazo del numeral 9 del art. 274 CA, por el siguiente:

“9. Representar a los titulares de derechos de agua sometidos a su control en el procedimiento de perfeccionamiento de los títulos en que consten sus derechos de aprovechamiento de aguas, en las mismas condiciones establecidas en el N° 23 del artículo 241, previo acuerdo de la mayoría establecida en el artículo 224 de este Código en junta extraordinaria convocada al efecto.”

El Honorable Senador señor Sabag, con fecha 19 de diciembre de 2012, retiró esta indicación.

Como se señala en el Segundo Informe de la Comisión de Obras Públicas, de fecha 10 de enero de 2013, su decisión de retirar esta indicación se inserta dentro de su *“voluntad de contribuir a destrabar la tramitación de este proyecto, y en el entendido que el Gobierno se ha comprometido a retirar también sus indicaciones y dejó expresa constancia, para la historia de la ley, que la mayoría de dos tercios requerida para la aprobación de la facultad de los directorios para que representen a los miembros de las*

organizaciones de usuarios se refiere a los dos tercios de los votos emitidos en la sesión convocada para ese efecto y no al total de integrantes de estas organizaciones.”

Indicó que así lo señaló formalmente el señor Director Nacional de Aguas, don Francisco Echeverría y quedó además señalado por escrito en el documento “Agenda Legislativa del Ministerio de Obras Públicas”, entregado en la Comisión de Obras Públicas del Senado por la Fiscalía del Ministerio correspondiente en el presente mes de diciembre.

Por otra parte, respecto de la indicación de S.E. el Presidente de la República sobre el art. 220 CA, el Honorable Senador Sabag, indica que las convocatorias a junta se harán saber a los comuneros por medio de un aviso que se publicará en un diario o periódico de la capital de la provincia en que tenga domicilio la comunidad.

A falta de ellos, la convocatoria se realizará por medio de un aviso publicado en un diario o periódico de la ciudad capital de la región correspondiente. Además, se dirigirá carta certificada al domicilio que el comunero haya registrado en la secretaría de la comunidad, en caso de citación a junta extraordinaria.

b. Indicaciones de S.E. el Presidente de la República

Por su parte, S.E. el Presidente de la República presentó las siguientes indicaciones al proyecto:

- i. Incorporar un nuevo inciso tercero al art. 220 CA, que trata sobre la convocatoria a las juntas, con el siguiente texto:

“Cuando la convocatoria incluya las materias referidas en los artículos 241 número 23 ó 274 número 9, ésta se publicará también al menos una vez en el Diario Oficial, los días primero o quince de cada mes o el primer día hábil inmediato si aquellos fueren feriados, con no menos de diez ni más de sesenta días de anticipación a la fecha de la junta.”

- ii. Luego plantea incorporar al numeral 23 del art. 241 CA propuesto, el siguiente párrafo:

“El directorio deberá poner en conocimiento a los comuneros de la presentación de la solicitud de perfeccionamiento mediante su publicación y comunicación en la forma prescrita por el artículo 131, dentro de treinta días contados desde su presentación. Los comuneros y otros interesados que se sientan perjudicados con los acuerdos adoptados en conformidad con el párrafo anterior, respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas que les correspondan, sólo podrán hacer valer sus pretensiones en el procedimiento de perfeccionamiento de títulos que se haya iniciado en virtud del acuerdo adoptado por la comunidad de aguas, y”

- iii. Por último, propone agregar al numeral 9 del art. 274 propuesto, el siguiente párrafo:

“El directorio deberá poner en conocimiento a los usuarios de la presentación de la solicitud de perfeccionamiento mediante su publicación y comunicación en la forma prescrita por el artículo 131, dentro de treinta días contados desde su presentación. Los titulares de derechos de agua sometidos a su control y otros interesados que se sientan perjudicados con los acuerdos adoptados en conformidad con el párrafo anterior, respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas que les correspondan, sólo podrán hacer valer sus pretensiones en el procedimiento de perfeccionamiento de títulos que se haya iniciado en virtud del acuerdo adoptado por la junta, y”

Cabe señalar que por oficio N° 431-360, de fecha 8 de enero de 2013, el ejecutivo retiró las indicaciones señaladas precedentemente.

1.3.2. Proyecto remitido a la Cámara de Diputados para continuar con el segundo trámite constitucional

El proyecto de ley, presentado ante el Senado en la sesión 91ª, en 18 de enero de 2012, tuvo los siguientes informes de Comisión:

- i. Obras Públicas: sesión 35ª, en 17 de julio de 2012.
- ii. Obras Públicas (segundo): sesión 96ª, en 16 de enero de 2013.
- iii. Agricultura (segundo): sesión 96ª, en 16 de enero de 2013.

Asimismo, el proyecto fue discutido en sala en dos ocasiones: en la sesión 37ª, en 31 de julio de 2012 (se aprueba en general) y en la sesión 8ª, el 3 de abril de 2013.

Luego de ello, fue remitido a la Cámara de Diputados para continuar con el segundo trámite constitucional, siendo el texto aprobado por el Senado el siguiente:

“Artículo único.- Introdúcense las siguientes modificaciones en el decreto con fuerza de ley N° 1.122, del Ministerio de Justicia, de 1981, que fija el texto del Código de Aguas:

1. Incorpórase, en el artículo 220, el siguiente inciso tercero:

“Adicionalmente, en caso que la convocatoria comprenda las materias referidas en los artículos 241, número 23, ó 274, número 9, ésta se publicará y comunicará en la forma prescrita por el artículo 131, con no menos de diez ni más de sesenta días de anticipación a la fecha de la junta.”.

2. Modifícase el artículo 241 de la siguiente manera:

- a) Reemplázase, en el numeral 22, la expresión final “, y” por un punto y coma (;).

b) Agrégase el siguiente numeral 23, nuevo, pasando el actual número 23 a ser numeral 24:

“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”.

3. Modifícase el artículo 274 del modo que sigue:

a) Sustitúyese, en el numeral 8, la expresión final “, y” por un punto y coma (;).

b) Incorpórase el siguiente numeral 9, nuevo, pasando el actual número 9 a ser numeral 10:

“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”.

§2. OBJECIONES DE FONDO

2.1. Afectación al derecho de propiedad y a la esencia del derecho de aprovechamiento de aguas

Atendidos los términos y contenido del proyecto comentado, su aprobación podría provocar la alteración de atributos esenciales de los derechos de aprovechamiento de aguas, aun contra la voluntad de sus titulares, constituyendo esto una infracción directa a lo dispuesto en el art. 19 N° 24 CPR¹.

“Nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio, sino en virtud de ley general o especial que autorice la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional, calificada por el legislador.”

La garantía e intangibilidad de la propiedad de los titulares de derechos de aguas significa, jurídicamente, que sin su voluntad los terceros no pueden afectar la esencia de los títulos ajenos (eso es “perfeccionar”).

Dado que las comunidades de aguas y las juntas de vigilancia no son titulares de los derechos de aprovechamiento de sus miembros, cualquier medida tendiente a revisar, determinar o modificar las características esenciales de los mismos -como efectivamente ocurre en el caso del perfeccionamiento- sólo puede efectuarse por el titular de dicho derecho, y, en ningún caso, por el directorio de la comunidad de aguas o de la junta de vigilancia de la cual forme parte, salvo que éste fuera facultado expresamente por cada uno de sus miembros.

El proyecto actual propone que los directorios de las comunidades de aguas o de las juntas de vigilancia queden facultados para realizar dichos perfeccionamientos, “previo acuerdo de dos tercios de los votos en junta extraordinaria convocada al efecto”. De ello se desprende que, aun en contra de un tercio de los votos, podrían perfeccionarse todos los derechos de aprovechamiento sometidos a la jurisdicción de la respectiva organización, incluyéndose aquellos derechos cuyos titulares se opusieron al perfeccionamiento o que lo propusieran en términos distintos. A modo de ejemplo, lo que se plantea sería equivalente a conferir a la directiva de una junta de vecinos, la facultad de regularizar la propiedad individual de los vecinos, por el acuerdo de una mayoría.

¹ Cabe recordar aquí que, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final de este mismo N° 24 y en el art. 6 inc.2° CA, el derecho de aprovechamiento de aguas es de dominio de su titular.

Lo anterior podría implicar, además, un atentado contra el contenido esencial de los derechos de aguas² de quienes se encuentren en alguna de las dos situaciones señaladas en el párrafo precedente; vulnerándose, con ello, la garantía constitucional establecida en el N° 26 del mismo art. 19 de la CPR³. En efecto, de la definición contenida en el art. 6 inc. 1º CA, es posible colegir que la esencia de un derecho de aprovechamiento de aguas es la facultad de su propietario de extraer desde la respectiva fuente natural una determinada cantidad de agua, en el punto y con las características que su título o la costumbre -en el caso de los derechos consuetudinarios- indiquen.

Y, de perfeccionarse un derecho de aprovechamiento por un caudal y/o con características distintas de aquéllas con que históricamente ha sido ejercido, o diversas de aquéllas derivadas de la forma en que efectivamente se ha usado el agua, se estará privando al titular del mismo de poder ejercerlo en plenitud y con sus reales características y modalidades.

Esta situación cobra aún mayor relevancia si consideramos que en las juntas generales habrá sala con la mayoría absoluta de los integrantes de la organización con derecho a voto, y que en segunda citación habrá sala con los que asistan. En la práctica lo anterior podría implicar que bastarán dos tercios de los asistentes en segunda citación, para otorgar al directorio facultades para iniciar el perfeccionamiento de todos los derechos, tengan o no derecho a voto sus titulares.

Que el directorio de una organización decida sobre las características de un título de aguas ajeno es, por sí mismo, un atentado contra la garantía constitucional que protege los derechos de aguas. En efecto, lo sustancial de un derecho de aprovechamiento es la facultad de su propietario de extraer desde la respectiva fuente natural una determinada cantidad de agua, en el punto y con las características que su título o la costumbre —en el caso de los derechos consuetudinarios— indiquen. Y, de perfeccionarse un derecho de aprovechamiento por un caudal o con características distintas de aquellas con que históricamente ha sido ejercido, o diversas de aquellas

² El Tribunal Constitucional ha resuelto que “(...) un derecho es afectado en su 'esencia' cuando se le priva de aquello que le es consustancial de manera tal que deja de ser reconocible y que se 'impide el libre ejercicio' en aquellos casos en que el legislador lo somete a exigencias que lo hacen irrealizable, lo entran más allá de lo razonable o lo privan de tutela jurídica” (sentencia de 24 de febrero de 1987, recaída en causa rol N° 43, considerando 21º.-).

³ “La Constitución asegura a todas las personas: 26.º La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”.

derivadas de la forma en que efectivamente se ha usado el agua, se estará privando a su titular de poder ejercerlo en plenitud y con sus reales características y modalidades.

2.2. El proyecto distorsiona la esencia y naturaleza de las organizaciones de usuarios

2.2.1. Alteración de la esencia y naturaleza

De acuerdo a lo dispuesto en el art.186 CA, el objeto primordial de las organizaciones de usuarios –esto es, comunidades de aguas, asociaciones de canalistas y juntas de vigilancia- consiste en distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros y mantener las obras necesarias para su aprovechamiento.

El actual art. 241 CA es consistente con este objeto, y cabe destacar que ninguna de las facultades establecidas en dicho artículo confiere al directorio de una comunidad de aguas potestades para solicitar la determinación del contenido y elementos esenciales de los derechos de aprovechamiento de sus miembros, menos aún contra la voluntad de éstos, como se pretende hacer con el proyecto de ley.

En el mismo sentido el art. 266 CA establece el objeto de las juntas de vigilancia, señalando expresamente que consiste en:

“[...] administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros en las fuentes naturales, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común y realizar los demás fines que les encomiende la ley.”

En ningún caso, dicho objeto contempla la posibilidad que la junta de vigilancia pueda solicitar la determinación del contenido esencial de los derechos de aguas de sus miembros, menos aún contra su voluntad. No existen dentro de las actuales potestades del directorio de estas entidades, atribuciones que les permitan determinar o precisarlas características esenciales de los derechos de aprovechamiento de sus miembros, ya que esto constituye una prerrogativa exclusiva y excluyente del propio titular, la cual, además, se encuentra regulada en nuestro régimen como una «facultad» que asiste a dicho titular, y no como una obligación.

Pretender otorgar al directorio de una comunidad de aguas o de una junta de vigilancia la facultad de modificar el contenido esencial de los derechos de aguas de sus miembros, sin mediar un acuerdo unánime y preciso, además de constituir una herramienta para alterar el derecho de propiedad aun contra la voluntad de su titular, genera una distorsión a la esencia y naturaleza de dichas organizaciones cuya finalidad

es distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros, no iniciar un juicio de perfeccionamiento de los títulos donde constan dichos derechos. Ello, como se sostiene *supra*, es una potestad individual y privativa del respectivo titular.

La tarea de constituir y de colaborar al reconocimiento, catastro y perfeccionamiento de los derechos de aguas, corresponde a la DGA (artículos 22, 140, 142, 147bis, entre otros, del Código de Aguas), y si no ha podido hacerlo, no es sano trasladar tal tarea a las organizaciones de usuarios, las que sólo deben distribuir las aguas que le corresponden a los titulares de derechos, cuyas características esenciales ya estén previamente fijadas por la autoridad competente; y resolver determinados conflictos (artículos 244 y ss. del Código de Aguas), no crearlos, como presumiblemente ocurriría de aprobarse el proyecto de ley.

2.2.2. Falta de referencia a las Asociaciones de Canalistas

En este mismo contexto, procede señalar que si la intención del proyecto de ley era dotar de una potestad de tal relevancia a las organizaciones de usuarios, no se entiende la razón por la cual en ninguna de sus partes se incluye al directorio de las «asociaciones de canalistas» como detentadora de este poder de representación de sus miembros. Aun cuando a este tipo de organizaciones se les aplica supletoriamente la normativa de las comunidades de aguas de acuerdo a lo dispuesto en el art. 258 CA, esto sólo es posible en la medida que dichas disposiciones “sean compatibles con su naturaleza y no contradigan lo dispuesto en sus estatutos.”

Debido a que esta nueva facultad no es compatible con la naturaleza y esencia de las organizaciones de usuarios de aguas, al menos debió haberse indicado en el texto del proyecto que la modificación resulta aplicable a los tres tipos de organizaciones de usuarios reguladas en el Código de Aguas.

2.2.3. Atendiendo a su objetivo, nos enfrentamos a un proyecto de ley incompleto que ignora a los usuarios individuales de derechos de aprovechamiento de aguas

Queda de manifiesto que el proyecto de ley, no solo desnaturaliza las organizaciones de usuarios de aguas al conferirle al directorio una potestad individual y privativa del respectivo titular, sino que además es incompleto ya que sólo hace referencia a los usuarios colectivos, ignorando a los usuarios individuales de derechos de agua, susceptibles de un perfeccionamiento.

Para que el proyecto pueda lograr plenamente el objetivo de perfeccionar los 300.000 derechos que, según se señala, se encuentran en esta situación, no sólo habría que establecer los incentivos correctos para que las organizaciones de usuarios puedan coordinar acciones judiciales conjuntas y así alivianar la carga de los tribunales de justicia, sino que también promover el perfeccionamiento de los títulos de usuarios individuales que son en definitiva los obligados a registrar sus derechos en el Registro del Catastro Público de Aguas.

Si se orienta el actual proyecto de ley, a promover el perfeccionamiento de todos los derechos de aguas, sea que estos pertenezcan a titulares individuales o a miembros de organizaciones de usuarios, muchos de los conflictos de representatividad y falta de legitimidad que se observan en el presente documento, quedarían resueltos.

2.3. Ausencia de un desarrollo legislativo del contenido y alcance del concepto de perfeccionamiento

Es del caso señalar que el único texto normativo que hace referencia al concepto de “perfeccionamiento” es el D.S. MOP N° 1.220, que Aprueba el “Reglamento del Catastro Público de Aguas”, de fecha 11 de octubre de 2008.

En efecto, son sólo tres artículos de dicho reglamento los que desarrollan el concepto del perfeccionamiento (arts. 44, 45 y 46), de los cuales se desprende que:

- i. Todos los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas reconocidos, cuyos **títulos se encuentren incompletos**, ya sea por falta de regularización o por no indicarse las características esenciales de cada derecho, con el objetivo de incorporarlos al CPA a que obliga la ley y este reglamento, **deberán previamente perfeccionar y regularizar sus derechos de acuerdo a los criterios y presunciones que establece la ley.** (Art 44 Reglamento CPA)
- ii. La falta de determinación o indefinición de alguna de las siguientes características: 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. **Obliga a los titulares de los respectivos derechos a perfeccionarlos o regularizarlos previamente a su registro.** (Art 45 Reglamento CPA)

iii. El perfeccionamiento o regularización de los derechos de aprovechamiento, **tiene por objetivo hacer claridad respecto de las características esenciales de identificación de los mismos**. Dicho perfeccionamiento o regularización, según lo dispone el artículo 177 del Código de Aguas, deberá realizarse a través del procedimiento sumario establecido en el Título XI del Libro III del Código de Procedimiento Civil. (Art 46 Reglamento CPA)

Por su parte, el proyecto de ley sólo se limita a hacer referencia a un “procedimiento de perfeccionamiento” sin mayor desarrollo, el cual, como ya se ha señalado no tiene sustento a nivel legislativo, sino que sólo a nivel reglamentario.

Debido a que se le confiere rango legal a un concepto cuyo contenido y alcance se encuentra exclusivamente en un reglamento, nos parece objetable la simple mención a un procedimiento cuyo objetivo y requisitos no tengan también rango legal. Lo anterior se asocia al riesgo que dichos requisitos y objetivos puedan ser modificados por otro Decreto Supremo, sin que exista un control por parte de legislador, debido a que el actual proyecto de ley está generando una facultad que hace referencia sólo a una “cascará” sin analizar los impactos de su contenido.

§3. ANÁLISIS Y COMENTARIOS GENERALES SOBRE PROYECTO DE LEY

3.1. Problemas de representatividad y, por ende, de legitimidad del acuerdo adoptado en el seno de la organización para el perfeccionamiento de títulos

3.1.1. El quórum establecido constituye una ficción de representatividad

En relación con lo señalado precedentemente, cabe detenerse en el conflicto procesal que genera el proyecto en sus actuales términos.

Como requisito para que el directorio de la comunidad de aguas o de la junta de vigilancia se encuentre facultado para representar a sus miembros en el procedimiento de perfeccionamiento, se exige un acuerdo previo “*de dos tercios de los votos en junta extraordinaria convocada al efecto*”.

De la redacción literal del texto se desprende que bastarían dos tercios de los votos presentes en la junta, y no del total de votos de la comunidad de aguas o de la junta de vigilancia, como ameritaría una decisión de estas características, que posee una relevancia e influencia notable.

Como ya se adelantó, de conformidad al art.219 CA, “*en las juntas generales habrá sala con la mayoría absoluta de los comuneros con derecho a voto*”; es decir, sólo se necesita la concurrencia de la mitad más uno de los miembros de la comunidad de aguas o de la junta de vigilancia con derecho a voto para que se pueda llevar a efecto la junta extraordinaria, bastando el acuerdo de dos tercios de los presentes para otorgar al directorio la facultad en comento.

Esto adquiere aún mayor importancia si consideramos lo dispuesto en el inciso segundo del art. 219 CA:

*“Si en la primera reunión no hubiere sala, regirá la citación para el día siguiente hábil a la misma hora y en el mismo lugar y en este caso la habrá con los que asistan.”*⁴ (El destacado es nuestro)

Por otra parte, la cantidad de miembros que pueden adoptar el acuerdo se ve aún más reducida si consideramos que: “*Sólo tendrán derecho a voto los comuneros cuyos derechos estén inscritos en el Registro de la Comunidad y estén al día en el pago de sus cuotas, [...]*”⁵.

⁴ Sobre este particular, debe tenerse presente que el artículo 38 N° 4º, letra a), de la Ley N° 20.500, “sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública, modificó el artículo 550 del Código Civil, en el sentido de sustituir la palabra “sala” por “asamblea”.

⁵ CA, Art. 223, inc. 1º.

Por lo tanto, aun cuando la intención ha sido imponer un quórum alto para otorgar a los directorios de las comunidades de aguas y de las juntas de vigilancia la facultad de perfeccionar los derechos de aguas de sus miembros, la verdad es que ello constituye una ficción de representatividad, ya que en la práctica bastará con el acuerdo de dos tercios de los asistentes con derecho a voto en segunda citación.

No obstante lo señalado precedentemente, el Honorable Senador Sabag, en las indicaciones presentadas al proyecto, plantea rebajar el quórum necesario para adoptar el acuerdo a la *mayoría absoluta de los votos* emitidos en ella. En efecto, plantea reemplazar el numeral 23 del art. 241 CA y el 9 del art. 274 CA, señalando que el la potestad de representar a los comuneros se confiere al directorio, “*previo acuerdo de la mayoría establecida en el artículo 224 de este Código, en junta extraordinaria convocada al efecto.*” Esto no sólo aumenta el riesgo de que el acuerdo en la práctica carezca de legitimidad, sino que desestima el impacto que una facultad de esta naturaleza tendrá en los elementos esenciales de los derechos de agua de propiedad de los miembros de la comunidad.

Por otra parte, el proyecto no resuelve cómo ni con cuanta anticipación deben, los miembros de la organización, acreditar la titularidad de los derechos de aprovechamiento de su propiedad, para los efectos de tener derecho a participar en la asamblea extraordinaria en la que se votará el perfeccionamiento. Lo de debiera hacerse exhibiendo a lo menos copia con vigencia de los títulos.

3.1.2. *Respecto de la votación de organizaciones de usuarios que pertenecen a una junta de vigilancia*

Respecto de la falta de representatividad que plantea el proyecto, cabe mencionar un efecto que tendrá en el caso de las juntas de vigilancia, en consideración a que ellas se encuentran conformadas por otras organizaciones de usuarios de aguas (asociaciones de canalistas o comunidades de aguas). Los miembros de éstas, de acuerdo a la redacción del proyecto, no tendrían ninguna injerencia en la adopción del acuerdo para otorgar la facultad al directorio de la junta para que los represente en el procedimiento de perfeccionamiento.

Al respecto, cabe recordar que el art. 276 CA establece:

*“En las sesiones de la asamblea de la junta de vigilancia, las asociaciones de canalistas y las comunidades de aguas serán **representadas por el presidente del directorio o el administrador designado al efecto, según el caso, o la persona especialmente designada para este efecto** por el directorio o el administrador; las demás personas, en la forma que dispone el artículo 223.”*

En consideración a que el alcance de la disposición que se pretende incorporar como facultad de los directorios de las juntas de vigilancia, contemplaría todos los derechos de aguas sometidos al control de la misma, la decisión del representante de la comunidad de aguas o de la asociación de canalistas, debe estar específicamente aprobada por los miembros de esta última.

En caso contrario, el representante de la comunidad de aguas o de la asociación de canalistas, podría actuar en desconocimiento de los demás directores de su organización, e incluso en contra de su voluntad, sin analizar la opinión de los restantes miembros de dicha organización.

3.2. Riesgosa facultad “en blanco”

Dado que el proyecto se limita a otorgar la facultad de representar a los integrantes de la comunidad de aguas o de la junta de vigilancia en el procedimiento de perfeccionamiento, sin considerar el alcance, contenido, temporalidad o formalidades que debiera contemplar dicha atribución, nos encontramos frente a una facultad en blanco, lo cual implica una serie de riesgos tanto para los miembros que otorgan esta atribución, como para los directores llamados a cumplirla.

3.2.1. Alcance de la facultad

El proyecto no establece el alcance que tiene la facultad que se les pretende otorgar a los directorios de las comunidades de aguas y de las juntas de vigilancia, y en consideración a que se propone un sistema democrático, es posible afirmar que la facultad se aplicaría respecto de todos los derechos de aprovechamiento que forman parte de la organización.

Lo anterior tiene especial relevancia respecto de las juntas de vigilancia. Cabe recordar que los derechos de aguas sometidos a su control son todos los que en cualquier forma se aprovechen en la cuenca u hoyo hidrográfica⁶. Ello implica que por ley, forman parte de ella todos los derechos de aprovechamiento de aguas tanto subterráneos como superficiales, sean éstos consuntivos o no consuntivos. Sin embargo, en la práctica la participación activa en las juntas de vigilancia se ha reducido a los titulares de derechos consuntivos sobre aguas superficiales.

⁶Art. 263 CA.

Por lo tanto, cabe preguntarse cuál es el alcance de la facultad que se le otorga al directorio y si ésta incluirá también a aquellos derechos de aprovechamiento que, no obstante pertenecer a las juntas de vigilancia, en la práctica no han participado de las decisiones que en ellas se adoptan, ni acatan los acuerdos de las mismas. En esta situación se encuentran también aquellos miembros activos, que no pudieron concurrir a la asamblea extraordinaria de la organización de usuarios, en que se adoptó la decisión.

La misma duda se extiende respecto de aquellos miembros que, no obstante tener derecho a voto, pertenecen a una minoría por haberse opuesto al perfeccionamiento.

Respecto de este punto, se ofrece un análisis más detallado al tratar la oponibilidad⁷ de la sentencia de perfeccionamiento.

3.2.2. *Contenido de la facultad*

El proyecto nada dice respecto del contenido de la votación a la que deben someterse los miembros de la organización respectiva. De su redacción se desprende que bastaría que se pronuncien respecto de otorgarle, o no, al directorio respectivo, la facultad correspondiente, para que se cumpla el supuesto de hecho ahí establecido.

Sin embargo, en consideración a que el perfeccionamiento tiene por objeto dar certeza respecto de las características esenciales de los derechos de aprovechamiento de aguas, consideramos que la votación debe contemplar a lo menos las características con las que se solicitará el perfeccionamiento de los derechos⁸, requiriéndose el acuerdo respecto de cada una de ellas. Sólo así podría entenderse conferida al directorio la facultad de representar a los miembros de la comunidad de aguas o de la junta de vigilancia.

3.2.3. *Temporalidad de la facultad*

Asimismo, debiera precisarse si la facultad que se confiere al directorio:

⁷ La inoponibilidad “es la ineficacia respecto de terceros de un derecho nacido a consecuencia de la de la celebración o nulidad de un acto jurídico”. En, DUCCI CLARO, Carlos (1995): “Derecho Civil. Parte General” (Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Cuarta edición actualizada), página 352.

⁸ Tales características son, de conformidad con el artículo 45 inciso 1° del Reglamento del Catastro Público de Aguas (DS MOP N° 1.220, de 1997), las siguientes: El álveo o ubicación del acuífero de que se trata; provincia en que se sitúe la captación y restitución, en su caso; caudal, expresado en volumen por unidad de tiempo y en acciones; si el derecho es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual y continuo o discontinuo o alternado con otras personas.

- i. debe ejercerse dentro de un plazo o puede iniciarse en cualquier momento una vez conferida la facultad;
- ii. si se transmite a los reemplazantes en caso de que el directorio cese en sus funciones, o se debe especificar los miembros que ostentarán dicha facultad; y,
- iii. si en caso de abandono del procedimiento, los faculta para reactivarlo o será necesario realizar una nueva votación.

3.2.4. *Formalidad de la facultad*

De conformidad al art.177 CA. y al art. 46 inc. 2° del Reglamento del Catastro Público de Aguas, actualmente el juicio de perfeccionamiento debe tramitarse conforme al procedimiento sumario. Considerando que el directorio de la comunidad de aguas o de la junta de vigilancia actuará en representación de los titulares de derechos de aprovechamiento que la conforman, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 6 del Código de Procedimiento Civil (CPC), la votación de los miembros deberá constar:

- i. en escritura pública otorgada ante notario o ante oficial del Registro Civil; o,
- ii. en acta extendida ante un juez de letras o ante un juez árbitro, y suscrita por todos los otorgantes; o,
- iii. en una declaración escrita de los mandantes, autorizada por el secretario del tribunal que esté conociendo de la causa.

3.3. Oponibilidad de la sentencia de perfeccionamiento

Finalmente, cabe cuestionar el alcance de la facultad que se pretende conferir a los directorios de las comunidades de aguas y de las juntas de vigilancia, respecto de aquellos titulares de derechos de aguas que, como se desarrolla a continuación, se opusieron a la decisión de perfeccionar o no pudieron ser oídos al adoptarse el acuerdo de la mayoría.

Con posterioridad al acuerdo de la mayoría, ¿pueden estos titulares de derechos, hacer presentaciones durante la tramitación del juicio? La sentencia que se dicte en el procedimiento, ¿les es oponible?

3.3.1. *Titulares de derechos de aguas que se opusieron al perfeccionamiento.*

En consideración a que el perfeccionamiento constituye una facultad y no una obligación para el titular del derecho de aprovechamiento, cabe preguntarse qué ocurre, si -a pesar de oponerse al acuerdo para otorgar al directorio facultades de

representación en el procedimiento de perfeccionamiento-, su derecho de aprovechamiento de aguas se ve alcanzado por dicha acción.

En otras palabras, contra la voluntad del titular de un derecho de aprovechamiento, éste es sometido -de todos modos- a un procedimiento de perfeccionamiento, por un acuerdo de la mayoría.

3.3.2. Titulares de derechos de aguas que están de acuerdo con el perfeccionamiento, pero en términos distintos a los que en definitiva se acuerden en asamblea.

Aquí cobra relevancia lo señalado en el punto 2.4.2 precedente. Por ejemplo, puede existir una proporción de miembros de la comunidad de aguas o de la junta de vigilancia que consideren que la equivalencia entre acciones y volumen por unidad de tiempo, difiere de aquélla que la mayoría pretende perfeccionar.

En este caso, la modificación a uno de los contenidos esenciales del derecho de aprovechamiento de aguas -el caudal-, contra la voluntad de su titular, tiene especial trascendencia; dado que el titular de ese derecho no se opone al perfeccionamiento propiamente tal, sino a las características con las que el directorio fue facultado para solicitarlo, las que lo pueden perjudicar.

3.3.3. Titulares de derechos de aguas que no fueron oportunamente informados sobre la junta extraordinaria.

Actualmente, el Registro de Comuneros, al que se hace referencia en el art.205 CA, en muy pocos casos se encuentra actualizado, y en menos casos aún contempla los domicilios a los que se debe enviar la citación a junta extraordinaria, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso segundo del art.220 CA.

Dado que el medio masivo de convocatoria está definido por un único aviso en un diario o periódico de la capital de provincia donde tenga domicilio la comunidad -o, a falta de ellos, en un diario o periódico de la ciudad capital de la región correspondiente-, el que debe publicarse a lo menos 10 días antes, probablemente sea insuficiente notificación para que los miembros interesados que no tengan una comunicación directa con el directorio, puedan hacer valer sus derechos.

Cabe destacar que los riesgos de una baja participación en la junta extraordinaria citada para estos efectos, disminuyen en la medida en que exista una mejor y más clara comunicación de la convocatoria a dicha junta. En este sentido, especial relevancia merece la indicación efectuada por S.E. el Presidente de la República respecto de la

obligación de publicar en el Diario Oficial la citación a juntas extraordinarias, cuando sean convocadas para los efectos de facultar al directorio con la potestad de representar a los miembros en un procedimiento de perfeccionamiento de sus derechos.

3.3.4. Titulares de derechos de aguas que no tienen derecho a voto o sus votos se encuentran limitados por ley

Como ya se señaló, no todos los miembros de una comunidad de aguas o de una junta de vigilancia tienen derecho a voto; en este sentido cabe recordar el art. 223 CA, el cual establece que: “*Sólo tendrán derecho a voto los comuneros cuyos derechos estén inscritos en el Registro de la Comunidad y estén al día en el pago de sus cuotas, [...]*”.

Por lo tanto, si se considera que la facultad de perfeccionamiento que ostenta el directorio es respecto de todos los derechos que conforman la organización:

- i. por una parte, puede ocurrir que existan miembros interesados sin derecho a voto, por el no pago de cuotas, los que sin concurrir a los gastos que implica un juicio de perfeccionamiento, se vean beneficiados en la iniciativa que el resto de los miembros adopte; y,
- ii. por la otra, puede suceder que aquellos titulares de derechos de aprovechamiento que estén en contra de la decisión de perfeccionar, no puedan manifestar su opinión por carecer de los medios económicos para solventar deudas históricas que en muchas de las organizaciones de usuarios de nuestro país mantienen los pequeños agricultores.

En este orden de ideas, es del caso mencionar lo que ocurre respecto de los derechos eventuales en las votaciones que se realicen en las asambleas de las juntas de vigilancia. El art. 276 CA, inciso segundo, establece:

“La asamblea conocerá de aquellas materias que el párrafo 1° de este título encomienda a las juntas generales. Para los efectos de las votaciones, los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente y eventual tendrán un mismo valor. Sin embargo, el número de votos correspondientes a estos últimos, no podrá ser superior a la tercera parte de los votos de los derechos permanentes, debiendo hacerse la reducción proporcional cuando exceda de dicha parte.”(El destacado es nuestro)

Debido a que los votos de los derechos eventuales, en ningún caso podrán superar la tercera parte de los votos de los derechos permanentes, nunca un titular de derechos eventuales podrá promover u oponerse a los términos en que los titulares de derechos

permanentes deseen perfeccionar sus títulos; con el claro perjuicio que de ello podría derivarse para los primeros.

3.3.5. Oposición de la junta de vigilancia

Por último, cabe señalar que la facultad que se introduce en el art 241 CA, N° 23 respecto de las comunidades de aguas, sólo se podrá ejercer “*cuando no existiere Junta de Vigilancia, en dicho río, álveo o acuífero*”.

Por lo tanto, de la lectura del artículo se desprende que, si en la junta de vigilancia no existe acuerdo respecto del perfeccionamiento, las comunidades de aguas que la conforman no podrán ejercer esta facultad. Ello carece de toda lógica debido a que el objetivo del proyecto, es exactamente lo opuesto.

¿Podría, entonces, una comunidad de aguas, solicitar el perfeccionamiento de los derechos de aguas de sus miembros aun contra la voluntad del directorio de la junta de vigilancia, que por ley sería el único que podría ejercer dicha facultad? La misma pregunta cabe realizar respecto de los titulares de derechos de aguas, que pretendan perfeccionar sus títulos contra la voluntad del directorio de la comunidad de aguas a la que pertenecen, ¿puede un directorio, al cual ya le confirieron las facultades de representación, oponerse al perfeccionamiento de un derecho por parte de su titular?

3.3.6. Oposición a la demanda de perfeccionamiento

En las indicaciones planteadas al proyecto de ley en comento, se incorporan una serie de disposiciones que abren la posibilidad para los comuneros, titulares de derechos de aguas y “otros interesados que se sientan perjudicados con el acuerdo” de oponerse en el juicio de perfeccionamiento una vez iniciado.

En efecto, S.E. el Presidente de la República plantea primeramente una obligación para el directorio de la comunidad de aguas y de las juntas de vigilancia, de publicar y radiodifundir la solicitud de perfeccionamiento, de conformidad a lo dispuesto en el art. 131 CA. Cabe señalar que, a pesar que dicha indicación fue retirada el 8 de enero de 2013, el proyecto en sus actuales términos mantiene una disposición similar.

Si bien, concordamos con la necesidad de contar con medidas de publicidad más eficientes, en consideración que se está planteando un sistema de notificación de un procedimiento administrativo, al contexto de un procedimiento judicial, se generan una serie de inconvenientes, que pasamos a enunciar:

- i. No queda claro si la obligación de poner en conocimiento a los comuneros la demanda de perfeccionamiento por medio de publicaciones, constituye una notificación por aviso a la que hace referencia el art. 54 CPC.

Cabe destacar que dicha notificación sólo procede “*cuando haya de notificarse personalmente o por cédula a personas cuya individualidad o residencia sea difícil determinar, o que por su número dificulten considerablemente*”, lo cual deberá ser determinado por el tribunal, con conocimiento de causa.

- ii. En la práctica el procedimiento aplicable es el del juicio sumario, y de conformidad a lo dispuesto en el art. 683 CPC⁹, la posibilidad para que los afectados hagan valer sus pretensiones, sólo es posible en la audiencia del quinto día hábil después de la última notificación a la que debe citar el tribunal.

Dado que las notificaciones se estarán realizando por medio de publicaciones y el domicilio de cada uno de los afectados es desconocido, la ampliación del plazo de acuerdo a lo previsto en el art. 259 CPC podría acarrear serios problemas para los efectos de dicha audiencia.

- iii. En suma, si bien se mejora la transparencia y publicidad de la acción, no se resuelve cómo ni cuándo los afectados pueden presentar su oposición o hacer valer sus pretensiones.

Por otra parte, el Honorable Senador Sabag, plantea cambiar de procedimiento aplicable, estableciendo que:

“Dicho perfeccionamiento se tramitará como procedimiento no contencioso, salvo oposición de algún comunero, en cuyo caso se transformará en contencioso de acuerdo a las reglas generales.”

De esta manera, el Senador propone reemplazar el actual procedimiento sumario, por lo dispuesto en los art. 817 y ss CPC, sin embargo cabe recordar que los actos no contenciosos son “*aquellos que según la ley requieren la intervención del juez y en que no se promueve contienda alguna entre partes*”, sin embargo al facultar al directorio de una organización a intervenir los elementos esenciales del derecho de propiedad de sus miembros, con un acuerdo de la mayoría, cualquiera sea el quórum, sin duda cabe presumir que existirá contienda entre partes.

⁹ “Deducida la demanda, citará el tribunal a la audiencia del quinto día hábil después de la última notificación, ampliándose este plazo, si el demandado no está en el lugar del juicio, con el aumento que corresponda en conformidad a lo previsto en el artículo 259.”

En todos los casos descritos, el proyecto de ley genera una situación compleja e incierta, que se traduce en el otorgamiento de una herramienta que afecta los elementos esenciales de los derechos de aguas con el acuerdo de una mayoría insuficiente, -que en la práctica puede quedar conformada por muy pocos miembros con derecho a voto en una segunda citación-, y que no se hace cargo del derecho que tienen los afectados para comparecer en el juicio de perfeccionamiento haciendo valer sus pretensiones.

Asimismo, el proyecto es criticable por cuanto no se hace cargo de los principales problemas e inconvenientes de fondo que hoy se encuentran asociados a los trámites de perfeccionamiento, instituyendo, en cambio, una alteración de índole más bien procedimental, la cual, además de tener graves falencias formales, viene a distorsionar fuertemente el objetivo y naturaleza de las organizaciones de usuarios.

§4. CONCLUSIONES

En primer término cabe señalar que el proyecto de ley, no introduce modificaciones en las partes institucionales más ampliamente necesitadas de políticas públicas o de nuevas regulaciones: como lo son el fortalecimiento de las instancias de autogestión y de la resolución de conflictos de aguas.

La modificación legal desea avanzar en el perfeccionamiento de los derechos de los usuarios de las aguas, dado que la falta de perfeccionamiento origina incerteza y desmejora la posición de los usuarios en los conflictos de constitución y regularización de derechos de aguas. Pero es la propia Dirección General de Aguas, encargada por ley para ello, la que no ha logrado organizar un completo Catastro de Aguas.

No obstante, lo más peligroso de esa falta de certeza de los títulos de aguas estriba en que la resolución de los conflictos (que se desenvuelven al interior de la Dirección General de Aguas, mediante oposiciones, y ante los Tribunales Ordinarios de Justicia, mediante reclamaciones) es inadecuada, por deficiencias en ambas instancias: la DGA no puede administrar y juzgar a la vez; y los Tribunales no tienen la especialidad necesaria.

Pero la entrega por ley a las organizaciones de usuarios de la tarea de completar los títulos de cada uno de sus integrantes, originará conflictos en su interior inexistentes hoy en esa instancia, y desnaturalizará una pacífica tarea usual de solo distribuir las aguas

4.1. Dado que nuestra legislación ya contempla mecanismos que permiten lograr los objetivos que se plantean, el proyecto de ley es innecesario

4.1.1. *Mandato judicial como medio de representación de los titulares de derechos interesados en el perfeccionamiento*

Nuestra legislación ya contempla mecanismos para iniciar una gestión judicial en la que concurren muchos interesados representados por un solo individuo o institución; en efecto, basta para ello un mandato judicial. No existe impedimento para que las organizaciones de usuarios de aguas hagan uso de dicho mecanismo, otorgándole un mandato especial al directorio de la misma para que inicie las gestiones judiciales destinadas a perfeccionar los títulos donde constan los derechos de aguas de sus miembros.

Dado que el mandato judicial requiere ser suscrito por todos los titulares de derechos de aguas que tengan interés en el juicio de perfeccionamiento, constituye una salvaguarda respecto de las objeciones desarrolladas en el presente documento, ya que con dicho mecanismo no se podrán afectar los derechos de los titulares que no hayan suscrito el mandato.

4.1.2. *Existen mecanismos para suplir la falta de incentivo a perfeccionar*

Actualmente, el único “incentivo” que nuestra legislación contempla para promover el registro de los derechos de aguas en el Catastro Público de Aguas de la DGA (razón por la cual, en algunos casos, es necesario el perfeccionamiento), consiste en la imposibilidad de “realizar respecto de ellos acto alguno ante la Dirección de Aguas ni la Superintendencia de Servicios Sanitarios.¹⁰”. Asimismo, si bien los titulares de dichos derechos podrán participar en los concursos públicos a que llame la Comisión Nacional de Riego de acuerdo con la ley N° 18.450¹¹, pero “la orden de pago del Certificado de Bonificación al Riego y Drenaje, sólo podrá cursarse cuando el beneficiario haya acreditado con la exhibición de copia autorizada del registro ya indicado, que sus derechos se encuentran inscritos.”

Sin perjuicio de lo anterior, si el titular del derecho susceptible de ser perfeccionado, no tiene interés en realizar alguno de los actos a los que hace referencia el artículo citado, el “incentivo” pierde utilidad.

Por esta razón, más que forzar el perfeccionamiento de derechos, sería recomendable analizar la ausencia de incentivos para que los titulares de derechos procedan a cumplir la obligación de registrarlos en el CPA, ya que dicha situación –con el actual proyecto de ley- continuará sin alteraciones

Actualmente nuestra legislación contempla que “los servicios públicos que emitan certificados que de alguna manera se relacionen con los títulos de derechos de aprovechamiento de aguas, podrán incorporar en sus procedimientos la exigencia de una copia o certificado en que conste que el derecho respectivo se encuentra incorporado en el registro que corresponda del Catastro Público de Aguas.¹²”. Dicha facultad ha tenido poca o ninguna aplicación práctica.

Por lo tanto, antes de promover una modificación legal, que no influye en la falta de interés de los titulares de derechos para proceder a su registro en el CPA y

¹⁰ CA. Art. 122, inc. 7.

¹¹ Aprobó normas para el fomento de la inversión privada en obras de riego y drenaje.

¹² DS N° 1.220, que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas, Art. 34.

perfeccionamiento en caso que sea necesario, es recomendable revisar las herramientas que nuestra legislación ya contempla y tomar las medidas para ponerlas en funcionamiento.

4.2. El proyecto de ley, puede constituir un grave problema al alterar el contenido esencial de un derecho de propiedad, contra la voluntad de su titular

4.2.1. Mejoras que introduce el proyecto

De acuerdo a lo que se señala en el mensaje del proyecto de ley en comento, las modificaciones propuestas *“harán más expedito y cohesionado el procedimiento de perfeccionamiento”*.

Durante su tramitación, se hizo énfasis en que al realizar un solo procedimiento de perfeccionamiento, se disminuyen los costos en que debería incurrir cada uno de los miembros de la organización, si individualmente intentaran perfeccionar los mismos derechos.

Asimismo, otro de los beneficios que podría traer una tramitación conjunta de los perfeccionamientos de todo un canal o de una cuenca, sería una única sentencia mediante la cual se evitarían dispersiones de criterios.

4.2.2. Resumen de los conflictos que generará su aplicación

Coincidimos con la finalidad última del proyecto, esto es, mejorar y simplificar el proceso de registro en el Catastro Público de Aguas y que el procedimiento de perfeccionamiento de los títulos sea más expedito, facilitando una acción conjunta. Sin embargo la propuesta actual adolece de los siguientes vicios e ilegalidades de fondo:

- i. Actualmente se tramita ante la Corte Suprema, una causa que precisamente ha tenido como obstáculo para perfeccionar los derechos de los miembros de una organización de usuarios, la falta de legitimidad que tiene el directorio de dicha organización para representarlos. El presente proyecto parece una solución a medida de dicho caso.
- ii. Mediante el proyecto se le está confiriendo una facultad al directorio de la organización, para solicitar la determinación del contenido esencial de un derecho de aguas, aún contra la voluntad de su titular, vulnerándose la garantía constitucional establecida en el art. 19 N° 24 CPR.

- iii. Finalmente, se distorsiona la esencia y naturaleza de las comunidades de aguas y las juntas de vigilancia confiriéndoles facultades que son inherentes a los titulares de los derechos y no a las organizaciones a las que estos pertenecen.

Por otra parte, existen una serie de consecuencias que se derivan de la redacción actual del proyecto, las que genera una situación compleja e incierta, que se traduce en el otorgamiento de una herramienta que afecta los elementos esenciales de los derechos de aguas con el acuerdo de una mayoría insuficiente.

- i. El supuesto quórum especial, en la práctica se puede convertir en los dos tercios de los titulares con derecho a voto que asistan en segunda citación, lo que por podría implicar que la decisión sea adoptada por 2 de los 3 miembros con derecho a votos presentes. Esto sería aún peor en caso que se acoja la indicación en el sentido que basta el voto de mayoría absoluta de los presentes para adoptar el acuerdo.
- ii. Superado lo anterior, sería necesario precisar el contenido y alcance de la decisión que deberán adoptar los miembros con derecho a voto, a fin de evitar una riesgosa “facultad en blanco”.
- iii. Por último, será imperativo resolver que sucederá con aquellos titulares que no puedan o no quieran perfeccionar sus derechos de aguas.

4.3. Alternativas concretas al proyecto de ley

4.3.1. Promoción de las acciones judiciales en conjunto

Dado que basta un mandato judicial suscrito por todos los interesados en el procedimiento de perfeccionamiento para evitarse el problema de la gran cantidad y dispersión de acciones judiciales y la ilegalidad que implicaría modificar el contenido esencial de un derecho contra la voluntad de su titular.

Sería conveniente proponer esta alternativa al proyecto de ley, en consideración a que no es necesario esperar la tramitación de una nueva disposición legal para ponerla en práctica.

4.3.2. Transparentar la información

Actualmente la DGA ya cuenta con información respecto de derechos que han sido perfeccionados. En la medida en que dicha información se encuentre fácilmente disponible para todos los titulares de derechos de aguas y para los tribunales de

justicia, se evitarían las eventuales sentencias contradictorias que el actual sistema puede generar.

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

10 de mayo de 2013