

PROCEDIMIENTOS JUDICIALES EN EL CODIGO DE AGUAS.

Roberto Medina Infante
Profesor Auxiliar Derecho Económico
Escuela de Derecho
Universidad Católica del Norte
Coquimbo.

Al hablar de procedimientos judiciales en el Código de Aguas he querido excluir, expresamente, el tema de los procedimientos administrativos contemplados en el título Primero del Libro Segundo del Código del ramo. Asimismo, acciones judiciales tales como la reivindicación, recurso de protección y acciones penales, contempladas en otros cuerpos legales y que resultan de la aplicación de normas más generales.

En consecuencia, por exclusión, esta minuta comprenderá sólo aquellos procedimientos judiciales reseñados en el Código de Aguas.

Precisado ya el ámbito de nuestra actual preocupación, queremos hacer presente que, en algunos casos, para su estudio será necesario recurrir a otras fuentes para precisar el alcance de estas breves normas.

Nuestra opinión es la de que, en muchas materias, nuestro actual Código de Aguas ha sido parco en reglamentarlas dejando una buena porción a otras disposiciones legales que complementen o, lo que nos parece muy interesante, a una elaboración judicial y doctrinaria.

Un segundo vistazo nos revela que el propósito del legislador fue el crear procedimientos expeditos teniendo a la vista la necesidad de resolver en forma rápida los conflictos que pudieren suscitarse en materias de aguas y ello, por las eventuales pérdidas económicas por la no utilización del recurso. Sin embargo, por una defectuosa técnica procesal, los propósitos legislativos se han visto frustrados, porque, en el hecho, ellos no se han cumplido.

Como hemos dicho, dentro del esquema de procedimientos judiciales del Código de Aguas hay aspectos que trataremos en este artículo y otros, que nos reservamos para oportunidades futuras. En el primer grupo veremos sólo los procedimientos concretos contemplados por el Código y algunas normas procesales especiales y en el segundo, (que no trataremos), la intervención de los tribunales ordinarios, la competencia, las acciones no reguladas específicamente para las aguas y las normas penales.

Delimitado ya el objeto de nuestra preocupación, analicemos los procedimientos concretos.

En el código se contemplan once procedimientos que enumeraremos brevemente, deteniéndonos en algunos aspectos que nos parece interesante destacar. Ellos son:

- 1.- El juicio sumario contemplado en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, aplicado a las aguas;
- 2.- El juicio ejecutivo del mismo cuerpo legal;
- 3.- Las varias acciones o interdictos posesorios;
- 4.- Juicios relacionados con problemas en comunidad de aguas;
- 5.- Constitución de juntas de vigilancia;
- 6.- Procedimiento de reclamo contra resoluciones del directorio de una junta de vigilancia;
- 7.- Procedimiento de reclamo contra otras resoluciones del directorio de la junta de vigilancia;
- 8.- Regularización de los derechos de aprovechamiento no inscritos;
- 9.- Regularización de derechos de aprovechamiento inscritos que están siendo utilizados por terceros;
- 10.- Inscripción de derechos de aprovechamiento correspondientes a predios expropiados; y
- 11.- Recurso de amparo de aguas.

Demos un vistazo a cada uno de los puntos de este esquema:

1.- El juicio sumario contemplado en los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil

De acuerdo con lo que establece el artículo 177 del Código, el procedimiento sumario es el de aplicación general y normal en las gestiones judiciales respecto de:

- a) Constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas; y
- b) Todas las demás cuestiones relacionadas con ellos.

Dada la referencia que el Código de Aguas hace al de Procedimiento Civil, y la propia redacción del artículo 177, como decíamos, el juicio sumario es el de aplicación general en materias de aguas. En atención a esta generalidad del procedimiento sumario, no consideramos necesario hacer referencia a la reglamentación de él, salvo algunos aspectos puntuales.

En primer término, hemos escuchado que en este procedimiento no existiría la posibilidad de cambio al ordinario, evento contemplado en el artículo 681 del Código de Procedimiento Civil. Discordamos de dicha opinión, porque el artículo 177 del Código de Aguas no establece ninguna limitación al señalar la supletoriedad de las normas del juicio sumario del Código de Procedimiento Civil.

En segundo lugar, creemos que la aplicación de las normas del juicio sumario no resguardan adecuadamente los intereses de las partes, considerando que lo que se discute son situaciones relacionadas con las aguas que, a su vez, están destinadas al cultivo de especies perecibles. Los que tenemos una dilatada práctica profesional hemos podido observar que el juicio sumario no es, en modo alguno, garantía de rapidez.

En tercer lugar, la norma del artículo 179 que dispone que el juez podrá decretar de oficio determinadas diligencias, no era estrictamente necesaria, dada la posibilidad que en el juicio sumario se decreten, como medidas para mejor resolver, las mismas diligencias que expresamente permite el ya citado artículo, todo ello conforme a lo que dispone el artículo 159 del Código de Procedimiento Civil que establece esa posibilidad en sus numerandos 1..., (agregación de cualquier documento que estime necesario para esclarecer el derecho de los litigantes), 3..., (inspección personal del objeto de la cuestión), y 4..., (el informe de peritos).

2.- El juicio ejecutivo en materia de aguas

El Código de Aguas se remite en esta materia a las normas procesales del de Procedimiento Civil. En consecuencia, al examinar los antecedentes deberemos ver si, para el ejercicio de la acción específica que queremos intentar, tenemos a la mano un título ejecutivo de los determinados, entre otros, por el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil. (Decimos, entre otros, porque como es bien sabido, la enumeración de títulos ejecutivos no se encuentra agotada con la relación entregada por el citado artículo 434).

En este tipo de gestiones judiciales, como en otras que detallaremos más adelante, es posible toda la gama de pruebas, diligencias y recursos que la normativa común contempla para ellas.

La aplicación general del procedimiento sumario a los asuntos de aguas nos lleva a decir que en casos específicos debemos dudar si aplicar éste u otro. Se da, por ejemplo, en aquellos casos en que sería posible un amparo de aguas, un recurso de protección o el general que es el sumario.

3.- Acciones o interdictos posesorios

Estas están tratadas en el título IX del Libro I del Código en los artículos 123 a 128.

En estas materias actúa como legislación suplementaria toda la referida a las acciones posesorias sobre aguas contenidas en los Títulos XIII y XIV del Libro II del Código Civil, es decir, en los artículos 916 y siguientes como asimismo, las de los artículos 549 y siguientes del Procedimiento Civil.

La comprensión de estas acciones posesorias es fácil por la lectura de las distintas disposiciones. Cabe hacer mención que en el artículo 123, la turbación se refiere a hechos del hombre y el 126 a hechos de la naturaleza.

Esta serie de normativas no se refieren a aspectos procesales, sino a normas sustantivas. De allí que para el ejercicio de los derechos emanados de las acciones posesorias deba indagarse lo que, sobre el particular dispone el Código de Procedimiento Civil al tenor de la norma genérica del artículo 180 del Código de Aguas.

4.- Juicios relacionados con problemas en comunidad de aguas

Las normas legales en esta materia comienzan en el artículo 188 del Código de aguas y dicen relación con las controversias que se suscitaren respecto de:

- a) Cuestión sobre la existencia de la comunidad;
- b) Cuestión sobre los derechos de los comuneros en el agua; y
- c) Cuestión sobre los derechos de los comuneros en la obra.

En estos tres casos el procedimiento es igual y comienza con la citación que hace el juez a comparendo.

La reglamentación es sencilla dejando algunos problemas sin resolver, especialmente, respecto del curso a seguir si corresponde recibir a prueba la causa ya que de acuerdo a la parte final del primer inciso del artículo 189, el juez debería resolver sin más antecedentes que los acompañados. Sin embargo, en el inciso final se permite la posibilidad de abrir un término especial de prueba.

5.- Constitución de juntas de vigilancia

En general el procedimiento para este numerando es relativamente semejante al del anterior dejando también algunas dudas.

La constitución de las juntas de vigilancia no es meramente optativa ya que el artículo 269 contempla la posibilidad de una declaración judicial. Entonces, las posibilidades son o voluntaria por escritura pública o imperativa por resolución judicial.

6.- Procedimiento de reclamo contra resoluciones del directorio de una comunidad de aguas

El artículo 275 establece este procedimiento que pueden intentar aquellos que se sientan perjudicados por un acuerdo del Directorio las siguientes materias que señala el artículo 274.

Art. 274 N° 2: Distribuir las aguas de los cauces naturales que administre, declarar su escasez y, en este caso, fijar las medidas de distribución extraordinarias con arreglo a los derechos establecidos y suspenderlas. La declaración de escasez de las aguas, como también la suspensión de las medidas de distribución extraordinarias, deberá hacerse por el directorio en sesión convocada especialmente para ese efecto;

Art. 274 N° 3: Privar del uso de las aguas en los casos que determinen las leyes o los estatutos;

ART. 274 N° 4: Conocer las cuestiones que se susciten sobre construcción o ubicación, dentro del cauce de uso público, de obras provisionales destinadas a dirigir las aguas hacia la bocatoma de los canales.

Las obras definitivas requerirán el permiso de la Dirección General de Aguas". (fin de la cita).

La gestión de reclamo, que se encuentra regulada en el artículo 275, consiste en la concurrencia a los tribunales de justicia. Como no se detalla un procedimiento especial, deberemos aplicar las normas del juicio sumario de los artículos 17 y siguientes, debiendo tomar nota de la norma imperativa del final del inciso 2º en el sentido que la reclamación debe resolverse dentro de los ocho días siguientes a la celebración del comparendo.

7.- Procedimiento de reclamo contra otras resoluciones del directorio de una junta de vigilancia

Distinto procedimiento entrega el Código en caso de divergencias entre comuneros, o entre éstos y la comunidad, sobre repartición de aguas o ejercicio de los derechos que tengan como miembros de la comunidad. En efecto, los artículos 244 y siguientes regulan esta situación. Conforme lo señala el artículo 244, el directorio resuelve como arbitrador en cuanto al procedimiento y fallo dictaminando por la mayoría absoluta de los miembros asistentes. Resaltamos esta última exigencia, es decir, que debe ser la mayoría de los miembros asistentes los que se pronuncien sobre las distintas cuestiones que

se planteen de tal manera que lo que se falle no necesariamente puede representar el criterio de la mayoría del directorio.

Nos preocupa la norma del inciso tercero de este artículo 244 el que determina que no hay lugar a reclamar implicancias o recusaciones en contra del directorio. Nos parece que esta norma es abusiva ya que, como lo señaláramos anteriormente, este procedimiento no se emplea sólo en los casos de discrepancias entre comuneros, sino que, además, entre éstos y la comunidad la que es representada, precisamente, por el directorio. Nuestra preocupación radica en la circunstancia que, en este caso, el directorio actuará como juez y parte; en efecto, si el directorio entra en contradicción con un usuario y éste recurre al procedimiento arbitral, se dará la paradoja que el mismo directorio será el juez, quién, por supuesto, defenderá su posición y la parte será el usuario, sin contraparte oficial desde el momento que el directorio está fallando. No existiría el equilibrio para litigar.

Esta situación nos preocupa. Podrá indicárcenos que existe la posibilidad de corregir errores o faltas por la vía de la apelación que contempla el artículo 247 pero ello es, sin duda alguna, dilación en la solución de la controversia.

Más aún, el inciso cuarto del 244 prescribe que actuará como ministro de fe el secretario de la comunidad, o el que designe el directorio. Volvemos nuevamente a una situación jurídica especial en el sentido que actúa como ministro de fe un miembro de la propia directiva cuyas resoluciones se están cuestionando.

El artículo 247 indica que de las resoluciones que se dicten por el directorio constituido como árbitro arbitrador podrá reclamarse ante la justicia ordinaria en cuyo caso el procedimiento a aplicar será el sumario, es decir, repite la referencia general del artículo 177.

Las demás normas son las que aparecen en el código y que son comprensibles por su sola lectura.

8.- Regularización de los derechos de aprovechamiento no inscritos

Este aspecto está referido en el artículo 1º transitorio el que contempla dos situaciones o etapas. La primera debería seguirse siempre en tanto que la segunda depende de los resultados de la otra.

El inciso primero prescribe el procedimiento que debe seguirse en el conservador quién, en la práctica, hace una verdadera investigación o estudio de los títulos que se le presentan para necesariamente comparar los originales y los sucesivos. En caso de aceptar las inscripciones, deberán hacerse separadamente, desde la más antigua hasta la más reciente.

El inciso segundo es la consecuencia del anterior en el sentido que sólo si no pudiere seguirse el primero, deberá adoptarse el segundo.

A nuestro juicio, esta segunda etapa cae dentro del procedimiento no contencioso. Como no hay normas respecto de la información a terceros, estimamos que el juez es libre para decretar formas de notificaciones a eventuales interesados y ello, por la redacción del artículo que prescribe "... y deberá, en todo caso, tener a la vista copia autorizada...". Si el legislador ha señalado imperativamente cierta documentación mínima que el sentenciador debe exigir, ello, por deducción, no impide que éste requiera otros antecedentes o disponga trámites para resolver de la mejor forma posible.

9.- Regularización de derechos de aprovechamiento inscritos que están siendo utilizados por terceros

La normativa indicada en el encabezamiento está regulada por el artículo segundo transitorio el que es de fácil entendimiento razón por la cual nos remitimos a las disposiciones pertinentes.

10.- Inscripción de derechos de aprovechamiento correspondientes a predios no expropiados

El artículo 5º transitorio contempla esta situación. Ella se deriva del proceso de reforma agraria que, en esta materia de aguas, dejó muchas situaciones inconclusas.

En estudios de títulos que hemos hechos respecto de predios que fueron entregados por la Corporación de la Reforma Agraria a distintos asignatarios se contempla una fórmula genérica, de distintas redacciones, en la cual se establece que las aguas se entregarán en proporción a la tierra asignada.

La situación se ha visto más complicada todavía respecto aquellos predios agrícolas que se han subdividido en parcelas residenciales o en caso de otros, que quedaron o se han incorporado al radio urbano practicándose loteos en ellos.

11.- Recurso de amparo de aguas

Hemos dejado para el último, pero no por considerarlo menos importante, el tema relacionado con el amparo de aguas.

Sin duda, una de las materias en que el Código da una posibilidad enorme de examinar posibilidades procesales y de fondo.

La reglamentación, sin duda, es breve; está contenida en los artículos 181 a 185 del Código.

Queremos centrar nuestro análisis, especialmente, en la normativa del artículo 181, y ello, sin perjuicio de dar nuestra opinión respecto de otros aspectos.

El primero dice relación a quienes está abierta la gama de accionar por medio del recurso de amparo de aguas. En nuestra opinión, ya manifestada anteriormente, el tema de las aguas requiere de una atención especial por parte del juez, y ello en atención a lo delicado de lo que se discute. En ese esquema de pensamiento, debe ser preocupación del magistrado evitar la prolongación del juicio ya sea por la tardanza en resolver las cuestiones que se le planteen y en decretar las medidas que sean estrictamente necesarias . . .

Por la propia generalidad de las normas de procedimiento contempladas en el Código de Aguas, en algunas situaciones es posible pensar en la coexistencia de varias alternativas de procedimiento para hacer valer los derechos emanados de una misma situación. El requisito fundamental es que el actor estime estar siendo perjudicado en el aprovechamiento de las aguas, por obras o hechos recientes. Indudablemente, frente a un perjuicio en el aprovechamiento de las aguas podría ser factible intentar también reclamos ante la Asociación de Canalistas, y su posterior gestión judicial en juicio sumario, una acción posesoria e incluso un reclamo administrativo, sin perjuicio de las acciones penales.

Es interesante dar una mirada a los requisitos que el citado artículo 181 exige para la interposición de este recurso de amparo tan especial.

Con relación a la titularidad de la acción, o recurso como llama el Código, ésta se enmarca en dos posibilidades, la una a quién es titular de un derecho de aprovechamiento y la otra a quién goce de la presunción a que se refiere el artículo séptimo del Decreto Ley 2.603 de 1979.

La primera posibilidad reservada para el ejercicio del recurso es la del titular del derecho de aprovechamiento. Esta mención, que parece tan simple, presenta, sin embargo, algunas complicaciones.

No nos cabe duda alguna que es titular del derecho de aprovechamiento quién lo tiene debidamente inscrito en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces que sea competente de conformidad a las reglas 112 y siguientes y, en especial, de las del 118.

Ahora bien, debemos preguntarnos que sucede con aquellos que no tienen sus derechos de aprovechamiento inscritos en el Conservador competente, de los que sencillamente no los tienen inscritos, de aquellos otros que detentan títulos como arrendatarios, usufructuarios, comodatarios o, en fin, como meros tenedores, porque respecto de éstos últimos cuatro, indudablemente, no se encuentran en el caso de la presunción del D.L. 2.603.

A nuestro entender en estos casos, la expresión "titular de un derecho de aprovechamiento" debe referirse, necesariamente, a aquel que esté haciendo uso de las aguas, en virtud de una relación legítima con el poseedor inscrito. Avala nuestra opinión, la disposición del inciso segundo del artículo 199 que establece que el que suceda a cualquier título en sus derechos a un comunero tendrá sus obligaciones y derechos. Si bien no es la norma precisa aplicable al caso, no deja de expresar un criterio general en este punto.

Igual conclusión me parece que sería aplicable al caso de promesas de compraventa u otras que otorguen a un tercero el uso o el goce de las aguas, ya que de alguna manera está haciendo uso del recurso.

Lo expresado anteriormente es consecuente con un pensamiento expresado más arriba en el sentido que, por tratarse aguas, los jueces, en este recurso de amparo deben proceder con una mayor amplitud de criterio. No podríamos pensar en negar la titularidad de la acción a un arrendatario, a un comunero en una comunidad hereditaria o al titular de un contrato de promesa de compraventa a quién se le ha entregado anticipadamente lo prometido comprar.

De allí que, como lo hemos expresado, el concepto "titular de un derecho de aprovechamiento" debería ser considerado ampliamente favoreciendo a quién esté haciendo uso de las aguas por una razón legítima.

Lo indicado no se contrapone con la segunda posibilidad contemplada por el artículo 181, es decir, "quién goce de la presunción a que se refiere el artículo 7º del D. L. Nº 2.603 de 1979", porque dicha disposición señala: "se presumirá dueño del derecho de aprovechamiento a quién lo sea del inmueble que se encuentra actualmente utilizando dichos derechos. Se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quién se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua". Como se puede constatar, y tal como lo indicábamos, quién invoca esta presunción pretende ser dueño, situación distinta a la comentada más arriba en la cual el que ejercita el recurso alega estar haciendo uso de las aguas por un título distinto de propietario.

Indudablemente, el examen de estas dos posibilidades de accionar entregadas por el artículo 181 nos pueden deparar interesantes sorpresas al relacionar esta disposición con otras de nuestra normativa legal. Dejamos abierta la inquietud.

La segunda exigencia que para el recurso de amparo de aguas contempla el artículo 181 dice relación con el perjuicio en el aprovechamiento de las aguas, por obras o hechos recientes.

Como puede observarse, la normativa contempla tres exigencias en este punto, la una "el perjuicio", la otra que éste perjuicio lo sea "por obras o hechos" y una tercera, que estos hechos sean "recientes".

En relación al primero, "el perjuicio" exigido se daría por la imposibilidad de usar, en todo o en parte, del derecho de aprovechamiento del recurrente. Esta circunstancia debe plantearse al interponer el recurso conforme lo señala el artículo 182 N° 3.

No estamos del todo de acuerdo con un criterio expresado por la Dirección General de Aguas en el sentido que el recurrente debe estar haciendo uso "actual" de las aguas ya que, a nuestro entender, existe la posibilidad que se le impida hacer uso de ellas. Sería el caso del traslado solicitado conforme al artículo 210, al cual nos referíamos anteriormente. Esta posibilidad se da desde el momento en que las aguas son independientes del predio. (No olvidemos que cuando entró en vigencia la nueva normativa hasta se habló de Banco de Aguas, de tal manera que los propietarios de él no estarían haciendo un uso actual de las aguas y, por ende, no podrían intentar este recurso si siguiéramos un criterio estrecho).

En relación con la segunda exigencia, esto es, que el obstáculo lo sea por "obras o hechos recientes", caemos en la consideración de si las obras o hechos deben ser sólo materiales o pueden ser obstáculos jurídicos. Volvemos a nuestra idea en el sentido que el criterio que debe usarse para la aplicación de este recurso de amparo de aguas debe ser amplio y, por consiguiente, comprender ambas posibilidades.

En un recurso que conocimos se planteó un amparo invocando, en este punto, que la actitud de una Asociación de Canalistas en el sentido de impedir un traslado de aguas podía ser reclamada por la vía de la gestión que estamos estudiando. Se trataba de una determinación del Directorio de la organización de usuarios que ponía obstáculos al traslado invocando disposiciones legales que no se referían al tema haciendo interpretaciones legales respecto de materias expresamente definidas por la Dirección de Aguas, en resumen, colocando obstáculos artificiosos al ejercicio de un derecho.

En el caso arriba comentado los y Tribunales de primera y segunda instancia aceptaron expresamente la tramitación del recurso y dieron lugar a él, rechazando la defensa en el sentido que las expresiones "obras o hechos" eran sólo materiales.

La tercera exigencia se refiere a la palabra "recientes". Será el criterio del juez determinar si la mayor o menor lejanía en el tiempo de un hecho se enmarca dentro de esta acepción.

Otro punto de interés en relación con este tema de amparo de aguas se refiere a la prueba. De acuerdo con el artículo 183 la sola inspección ocular sería obligatoria. La solicitud de informe a la Dirección General de Aguas se enmarca dentro de las medidas para mejor resolver.

Observamos que no hay norma alguna relativa a la recepción de la causa a prueba, a períodos probatorios y otros de los procedimientos comunes. Estamos de acuerdo con esta simplicidad establecida por el legislador tanto más cuanto que existe la posibilidad de revertir lo discutido en un juicio de lato procedimiento.

Si la magistratura se empapa de la necesidad de lograr un procedimiento expedito, exento de rigideces, habremos encontrado el verdadero camino que permite que el juzgador adopte el camino más adecuado para el caso concreto. En esa línea de pensamiento nos parece que hasta la inspección personal pudiera ser irrelevante, sobre todo si los hechos en que ha incurrido el recurrido no son susceptibles de inspección ocular.

No estamos de acuerdo en que en este recurso no se pueda decretar nombramiento de peritos por cuanto en las disposiciones específicas no se prohíbe hacerlo.

Tampoco hay norma alguna que indique la forma de acompañamiento de los documentos y estimamos que ellos deben cumplir con las normas comunes a todo procedimiento.

Para terminar, en este breve estudio, que no pretende ser un tratado, debemos consignar algunas ideas.

La primera de ellas es la de que en nuestra Escuela de Derecho de la Universidad Católica del Norte, Sede Coquimbo, debe ponderarse la conveniencia de otorgar mayor importancia de los temas regionales, y en el caso que nos preocupa, el de las aguas, atendido el hecho que constituye un elemento escaso. Ello sin desmerecer la importancia de otros ramos formativos profesionales y la circunstancia de dar mayor énfasis a problemas regionales. Sin duda alguna, este tema no tiene mayor relevancia en zonas donde este elemento no tiene la característica de escasez que hemos señalado disminuyendo, por ende, su apreciación económica.

En segundo término, pensamos que el derecho de aguas, si bien constituye una antigua preocupación de los hombres de derecho, (sin perjuicio del de los usuarios), ha ido cambiando tanto en su enfoque económico que lo que antiguamente se adoraba hoy es despreciado. Este cambio de enfoque ha significado que los nuevos puntos de vista expresado por la legislación necesitan ser pulidos, revisados y ponderados de tal manera de ir corrigiendo aquellos errores, discrepancias o planteamientos que impidan el correcto ejercicio de los derechos de aprovechamiento. Someramente hemos reseñado algunos de estos aspectos.

Concordante con lo anterior, y teniendo a la vista la fragilidad de los recursos que se riegan o de la imposibilidad de recuperar lo que un día dejó de regarse, es posible proponer fórmulas que tengan como objetivo remediar esta situación y para ello, servirnos de la riqueza de los principios generales del derecho para mejorar lo actuado.

Es esa una de las muchas tareas que tenemos pendientes.