



Universidad
Finis Terrae

UNIVERSIDAD FINIS TERRAE
FACULTAD DE
MAGISTER EN DERECHO DE LOS RECURSOS NATURALES Y MEDIO
AMBIENTE

**ALGUNOS ASPECTOS DE LA REGULARIZACIÓN DE
DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS MEDIANTE EL
PROCEDIMIENTO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO SEGUNDO
TRANSITORIO DEL CÓDIGO DE AGUAS DESPUÉS DE LA
REFORMA DE LA LEY 21.435**

JORGE VILLABLANCA YAKCICH

Artículo Académico presentado a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis
Terrae, para optar al grado de Magister en Derecho de Los Recursos Naturales y
Medio Ambiente

Profesor Guía: María Luisa Baltra

Santiago, Chile

2024

ALGUNOS ASPECTOS DE LA REGULARIZACIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS MEDIANTE EL PROCEDIMIENTO CONTEMPLADO EN EL ARTÍCULO SEGUNDO TRANSITORIO DEL CÓDIGO DE AGUAS DESPUÉS DE LA REFORMA DE LA LEY 21.435

JORGE EDUARDO VILLABLANCA YAKCICH

Universidad Finis Terrae

jvillablancay@uft.edu

-Emma

Resumen

El presente artículo pretende efectuar un examen acerca de las principales implicancias que la reforma de la Ley 21.435 al Código de Aguas ha producido en el procedimiento de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas por el artículo segundo transitorio del referido Código, abordando cuestiones teóricas y prácticas, así como efectuar un breve examen de las disposiciones transitorias atinentes de la Ley 21.435 como asimismo las futuras perspectivas de la regularización de derechos de aprovechamiento una vez expirada la vigencia del artículo segundo transitorio del Código de Aguas.

Palabras clave: regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, artículo segundo transitorio del Código de Aguas, Ley 21.435

1. Generalidades

1.1. Un nuevo Código de Aguas para Chile

Sin lugar a dudas, la Ley N°21.435, de 2022 que Reforma el Código de Aguas¹, introdujo al referido cuerpo legal una cantidad considerable de modificaciones, las que por su envergadura, contenido y trascendencia permiten sostener, con propiedad, que nos

¹ En adelante Ley 21.435.

encontramos frente a un nuevo Código de Aguas, el que bien podríamos llamar el Código de Aguas de Chile del año 2022.

Dentro de las precitadas modificaciones, ocupan un lugar preponderante aquellas referidas al régimen de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas, en adelante DAA o DAAs, no solo por la nueva reglamentación a que ha quedado sujeto como consecuencia de las reformas directas introducidas en el texto del Código en comento, sino que especialmente por las disposiciones transitorias de la Ley 21.435, las cuales han establecido importantes plazos de caducidad relacionados con el tema, algunos de los cuales, aún postergados por la Ley N°21.586 de 2023, ya se han cumplido.

El presente trabajo tiene por objeto efectuar un examen sobre las principales implicancias que ha tenido la reforma de la Ley 21.435 en el procedimiento de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas, en aquellos aspectos que a nuestro juicio resultan más relevantes tanto desde el punto de vista dogmático como práctico. Asimismo, se ha considerado un breve análisis de los plazos establecidos por los artículos transitorios de la Ley 21.435 para finalizar con breves reflexiones sobre el futuro de la regularización de DAAs cuando el artículo segundo transitorio del Código de Aguas haya perdido su vigencia, salvo en los casos expresamente exceptuados.

1.2. Normativa aplicable

Para efectos del presente trabajo se considera como fuente principal al Código de Aguas, tanto en la regulación específica contenida en el artículo segundo transitorio del Código de Aguas como en las normas comunes aplicables a los procedimientos administrativos contenidas en el Libro II del Código de Aguas según se examinará más adelante.

Por tratarse de un procedimiento administrativo especial, a la regularización de DAAs por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas le resultan plenamente aplicables, supletoriamente, frente a un eventual vacío normativo, las normas comunes contenidas en el Título I del Libro II del Código de Aguas y, en subsidio a estas últimas, las disposiciones de la Ley N° 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

Además, pese a lo discutible que puede resultar desde el punto de vista del sistema de fuentes y su aplicabilidad directa a los administrados, se ha hecho referencia en varios

pasajes, a las normas contenidas en el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos SDT número 477 de 13 de junio de 2024⁵, de la Dirección General de Aguas⁶. Lo anterior por cuanto el referido Manual sirve como un cuerpo normativo capaz de resolver las dudas interpretativas sobre la aplicación práctica de algunas normas procedimentales contenidas en el Código de Aguas, especialmente a las referidas a los requisitos que deben contener las solicitudes de regularización y documentos a acompañar.

Desde ya debe aclararse que siempre las normas de carácter legal, es decir, el Código de Aguas, la Ley 19.880 así como cualquier otra que eventualmente pueda resultar aplicable primarán por sobre el Manual en virtud del principio de jerarquía normativa de la ley, debiendo considerarse al referido Manual incluso como una norma de valor infra reglamentario y cuya observancia por parte de los particulares simplemente obedecerá a la resolución de dudas interpretativas en la aplicación práctica de las normas procedimentales a fin de obtener, en definitiva, un pronunciamiento favorable de la DGA de la solicitud de regularización del DAA⁷.

Por otra parte, no puede soslayarse la eventual influencia que en una cuenca en particular pueda llegar a tener el respectivo Plan Estratégico de Recursos Hídricos⁸ en el procedimiento de regularización de DAA por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas. Sobre el particular el artículo 293bis del Código de Aguas establece, dentro del contenido mínimo de estos planes, “(...) un balance hídrico que considere los derechos constituidos y usos susceptibles de regularización (...)”. A su turno, la Ley 21.455 Marco de Cambio Climático se refiere en su artículo 13 los referidos planes, señalando, dentro del contenido de los mismos “(...) Un balance hídrico que considere los derechos constituidos y usos susceptibles de regularización, la disponibilidad de recursos hídricos para la constitución de nuevos derechos y el caudal susceptible de ser destinado a fines no extractivos (...)”. Al efecto debe recordarse que conforme al artículo décimo octavo transitorio de la Ley 21.435 las normas de la Ley 21.455 referidas a los PERH priman por sobre las del Código de Aguas, las cuales pasan a ser supletorias.

⁵ En adelante simplemente el Manual.

⁶ En adelante DGA.

⁷ El Manual establece esta misma prelación señalada en su apartado 2 del Capítulo XI referido a la solicitud de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas al señalar: “En virtud de lo anterior, el presente capítulo desarrollará en su totalidad el procedimiento establecido en el artículo 2º Transitorio del Código de Aguas, en relación con las normas contenidas en el Párrafo 1º del Título I del Libro II del mismo cuerpo legal y supletoriamente las normas de la Ley 19.880”. Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, de 2024, p. 189.

⁸ En adelante PERH.

La determinación en el respectivo PERH de un balance hídrico que deba considerar los usos susceptibles de regularización puede llegar, eventualmente, a erigirse como una verdadera barrera de entrada tácita a las solicitudes de regularización de DAA en una cuenca determinada y, ciertamente, deberá ser un factor a considerar en el futuro, especialmente respecto de aquellos casos en que el procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas seguirá vigente después de cumplidos los plazos establecidos por la Ley 21.435⁹.

1.3. Generalidades sobre el procedimiento de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas por el artículo transitorio del Código de Aguas antes de su reforma por la Ley 21.435¹⁰

⁹ Con relación al tema planteado, vale destacar lo dispuesto en el artículo 17 del Decreto N°58, 2023, referido al Balance Hídrico y que dispone, en lo que importa en este análisis: “Se deberá modelar el balance hídrico histórico, actual y proyectado a futuro, a diferentes escalas espaciales (subcuenca, SHAC) y temporales (largo plazo, anuales, mensuales), de acuerdo a las particularidades de la cuenca, considerando los contenidos del artículo 31 de este reglamento y la caracterización de la cuenca. Se deberá considerar los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos y regularizados; las extracciones efectivas informadas por los usuarios, teniendo como resultado los usos susceptibles de regularización; (...) En suma, el balance hídrico de la cuenca debe describir todos los flujos relevantes de entradas y salidas de agua superficial y subterránea de la cuenca (...);” y su inciso final, “El balance hídrico resultante se deberá comparar con los balances hídricos anteriores existentes en el territorio, analizando posibles diferencias. En función de la información disponible en la cuenca, se podrán considerar la actualización del Balance Hídrico Nacional, los Planes Estratégicos de Gestión Hídrica, la disponibilidad para otorgar derechos de aprovechamiento de agua, estudios asociados al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, estudios procedentes de la academia, estudios de servicios públicos pertinentes (Comisión Nacional de Riego, Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado de Chile, Servicio Nacional de Geología y Minería, entre otros), u otros estudios específicos”.

Al señalar el inciso final de la norma citada que, en función de la información disponible en la cuenca producto del respectivo PERH, se podrá analizar “(...) la disponibilidad para otorgar derechos de aprovechamiento de agua (...)” o efectuar “(...) otros estudios específicos.”, ciertamente vemos una posibilidad de limitar la eventual aprobación de solicitudes de regularización de DAAs por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas fundadas en uno de los principios del otorgamiento de DAAs cual es la disponibilidad del recurso hídrico.

¹⁰ Téngase presente que previo a la reforma de la Ley 21.435 podían identificarse al menos cuatro principales procedimientos de regularización de DAAs contemplados en el Código de Aguas, i.e. el caso del artículo 115 del Código de Aguas, el procedimiento contemplado en el artículo 1 transitorio del Código de Aguas, el procedimiento contemplado en el artículo segundo transitorio del Código de Aguas y el contemplado en el artículo 5 transitorio del Código de Aguas. De estos cuatro procedimientos subsisten solo los de los artículos 1, 2 y 5 transitorios del Código de Aguas, habiéndose derogado por la Ley 21.435, concordante con la modificación al texto del artículo segundo transitorio del Código de Aguas, la posibilidad de regularización vía artículo 115.

Otros casos de regularización de DAAs contemplados en leyes especiales son, por una parte, el caso del artículo 4 transitorio de la Ley 20.017, llamada popularmente como “la ley del mono hídrico” y, por otra, el procedimiento establecido en el artículo décimo tercero transitorio de la Ley 21.435 en sus incisos tercero, cuarto y quinto incorporados por la Ley 21.586, sobre el que recientemente la DGA ha publicado la Circular N°4 DGA, de 2023.

Finalmente, para Christian Neumann Manieu, los procedimientos de regularización contemplados en el Código de Aguas no se agotaban en las normas referidas estimándolas como procedimientos especiales de regularización. Al respecto este autor señala que “(...) para obtener tal reconocimiento [regularización del DAA] el Código de Aguas contempla por una parte un procedimiento general y ordinario para todo tipo de

Antes de comenzar el análisis del nuevo y efímero procedimiento de regularización de DAA por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas, conviene analizar, brevemente y en sus matices sustanciales, algunos aspectos del derogado procedimiento.

El procedimiento establecido en el artículo segundo transitorio del Código de Aguas, que estuvo vigente por más de cuarenta años, contemplaba la posibilidad de regularización de DAA estableciendo como hipótesis de procedencia la de aquellos DAA que, estando inscritos, sean utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981, esto es el 29 de octubre de 1976, siempre que se cumpliera con una serie de requisitos copulativos, cuales eran: a) los usuarios debían haber cumplido cinco años de uso ininterrumpido de los derechos contados de a lo menos la referida fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas y b) que la utilización haya sido efectuada libre de clandestinidad o violencia y sin reconocer dominio ajeno.

En su esencia, en palabras de Neumann, este procedimiento “está sustentado en que el uso o aprovechamiento de las aguas debe cumplir con ciertos requisitos que permiten revestirlo de legitimidad y reconocimiento pleno que lo constituye en un derecho de aprovechamiento de aguas que en principio no ha nacido al mundo jurídico a partir de un acto originario de autoridad, es decir, se trata de usos que de facto, primero, y, luego, por su formalización y registro en un Catastro Público de acuerdo al procedimiento que establece la ley, se han transformado jurídicamente en un derecho”¹¹.

regularización de derecho de aprovechamiento de aguas que se encuentra reglado en los artículos 177 y siguientes, y, por otra, tres procedimientos especiales y excepcionales para esa misma finalidad que establecen y norman respectivamente los artículos 1º, 2º y 5º transitorios de ese mismo cuerpo legal. Por esta razón, en particular, es que titulamos este trabajo como "...procedimiento especial de regularización...". Es más, algunos avistan que el procedimiento de constitución judicial de una organización de usuarios de aguas, como lo es el caso de una comunidad de aguas, de que tratan los artículos 188 y siguientes del Código de Aguas, podría ser otro especial procedimiento para reconocer derechos de aguas, básicamente fundado en el tenor del artículo 189 en concordancia con el artículo 197, y de lo prescrito en los artículos 194 y 195, de ese mismo cuerpo legal. Incluso, además, se sostiene que también sería posible obtener el referido reconocimiento a través del procedimiento de la formación de roles provisionales de usuarios por la Dirección General de Aguas que tratan los artículos 164 y siguientes del Código de Aguas, en especial, en virtud de lo establecido en los artículos 165 inciso final, 167, 168 y 169 de ese mismo cuerpo legal. Con dicha presentación se inicia uno de los procedimientos especiales que permite obtener el reconocimiento de un derecho de aguas sobre el cual el inciso final del N° 24, del artículo 19 de la Constitución Política de 1980, reconoce y garantiza un derecho de propiedad” (NEUMANN (2000), p.211).

¹¹ NEUMANN (2000), p.215.

Por otra parte, contemplaba dos etapas claramente diferenciadas: una administrativa y una judicial. La primera se desarrollaba ante la DGA de conformidad a lo preceptuado en la norma y supletoriamente por las reglas generales establecidas en el Libro II del Código de Aguas, esto es, las normas comunes a todo procedimiento, mientras que la segunda, la etapa judicial, ante el juez civil competente, de conformidad a las reglas del procedimiento sumario, las que provocaban más de alguna duda interpretativa al momento de su aplicación concreta¹².

Finalmente, este procedimiento también era aplicable a los casos de quienes, cumpliendo los requisitos de procedencia de este procedimiento, solicitaran inscribir sus DAA no inscritos¹³, como asimismo a aquellos que extraían en forma individual de una fuente el agua. En otras palabras, el ámbito de aplicación de este procedimiento estaba dado tanto para “derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas, como respecto de aquellos derechos de aprovechamiento no inscritos y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural”¹⁴. Es decir, el antiguo procedimiento amparaba tres hipótesis de aplicación haciendo hincapié no solo en la utilización de los DAA sino que además en su inscripción.

2. Análisis de algunos aspectos de la regularización de derechos de aprovechamiento de aguas por el artículo 2 transitorio del Código de Aguas tras la reforma de la Ley 21.435

Una primera lectura del nuevo texto del artículo segundo transitorio del Código de Aguas nos permite advertir uno de los principales aspectos modificados por la Ley 21.435, cual es, el de haber suprimido la etapa judicial dentro del procedimiento (antigua letra d) del artículo segundo transitorio del Código de Aguas previo a la reforma de la Ley 21.435) lo que parece ser más consistente con la estructura general de otorgamiento de DAAs: si es la DGA el organismo estatal de carácter administrativo y técnico encargado de otorgar los DAAs, resulta lógico y consecuente que sea este mismo órgano

¹² Al respecto, véase, NEUMANN (2000), pp. 243 y ss.

¹³ De ahí que este procedimiento también resultaba aplicable, como en la actualidad, a los DAA inscritos en que no es posible reconstituir la cadena posesoria, tal como lo señala acertadamente Gonzalo Muñoz. MUÑOZ et al. (2011), p. 1162.

¹⁴ NEUMANN (2000), pp. 216 y 217.

el encargado de reconocer los usos actuales de aguas, por el procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas ¹⁵.

Lo anterior permite afirmar además que nos encontramos ante un procedimiento administrativo puro y no mixto como acontecía bajo el imperio de la anterior legislación.

El procedimiento administrativo se regirá por lo dispuesto en el artículo segundo transitorio del Código de Aguas y de conformidad a lo dispuesto en la letra b) del actual texto del artículo segundo transitorio del Código de Aguas “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 (...)”. Es decir, la remisión es al Párrafo titulado “Normas comunes” que va desde el artículo 130 al 139 del Código de Aguas.

Esta parte de la norma se mantuvo exactamente igual al texto del antiguo artículo segundo transitorio del Código de Aguas referido a la etapa administrativa, por lo que, a nuestro juicio, todos los comentarios doctrinarios, la jurisprudencia y aplicación práctica construida al alero del antiguo texto son válidos, salvo, desde luego, en aquellos aspectos modificados por la Ley 21.435.

La extensión del presente trabajo no permite efectuar un análisis sistemático y lineal del procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas tras su reforma por la Ley 21.435, razón por la cual solamente abordaremos aquellos aspectos modificados que hemos estimado de mayor relevancia tanto dogmática como práctica, insistiendo, una vez más que, fuera de la supresión de la etapa judicial en el procedimiento, la esencia del mismo, en su etapa administrativa y actualmente única, se ha mantenido prácticamente intacta.

Con el fin de cumplir la tarea propuesta se ha estimado dividir el análisis de estas cuestiones en dos aspectos: por una parte, analizar la hipótesis de procedencia del procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas desde un punto de

¹⁵ Otro argumento que puede encontrarse en la historia fidedigna de la ley a fin de justificar la concentración del procedimiento exclusivamente en sede administrativa radica en la posibilidad que tenían los tribunales de desechar el informe de la DGA. En este sentido, en primer trámite, en el Informe de la Comisión de Recursos Hídricos la asesora jurídica de la DGA, señora Celume, manifestó que “(...) el actual artículo segundo transitorio se refiere a la regularización de los denominados “usos consuetudinarios” del agua. Para tal efecto, exige comprobar la utilización ininterrumpida durante 5 años, antes de 1981, cuando entró a regir el Código. Las principales innovaciones que se postulan en la materia consisten, por una parte, en que el procedimiento va a estar radicado en la DGA, al contrario de lo que sucede hoy, en que la justicia puede desechar la opinión del organismo técnico. Además, el trámite de regularización va a ser más breve y se permitirá efectuarlo a las organizaciones de usuarios, pero cumpliendo los mismos requisitos.” (Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, p. 141).

vista sustantivo y, por otra, efectuar un análisis de ciertas cuestiones adjetivas, atingentes exclusivamente al procedimiento de regularización propiamente tal.

2.1. Análisis de la hipótesis de procedencia del procedimiento del artículo 2 transitorio del Código de Aguas tras la reforma de la Ley 21.435

Pese a que nuestro Código de Aguas emplea la palabra regularización en varias de sus normas¹⁶, no contempla una definición legal de la misma.

A nivel de normas con carácter infra legal, es el Manual el que en su Capítulo XI apartado primero define la regularización de un DAA como: “Procedimiento por el cual un usuario o una Organización de Usuarios (representando individualmente a sus miembros por mandato expreso), solicita la regularización de usos actuales del recurso hídrico en fuentes naturales, superficiales o subterráneas, que estén siendo aprovechados desde antes de la entrada en vigencia del Código de Aguas, con el objetivo de lograr la inscripción a su nombre. Por tanto, es un instrumento que permite declarar la existencia de un derecho con sus características. (no crea un derecho “nuevo”).”¹⁷.

La definición que proporciona el Manual, si bien puede calificarse de simplemente descriptiva y aún tautológica, tiene la virtud de destacar que la regularización no crea un derecho nuevo -sino que lo declara- lo que resulta ser, en definitiva, el elemento esencial de entender en el procedimiento de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas.

Por su parte Neumann, siguiendo a Vergara Blanco, define la regularización como “un procedimiento que persigue el reconocimiento de la existencia fáctica de un derecho, esto es, el incorporar este bien al actual régimen normativo del Derecho, incorporación que se traduce en “un reconocimiento de su existencia (no su constitución, pues ellos ya existen) con la finalidad de incluirlo en los registros correspondientes, facilitando su transferencia y transmisión de las titularidades, como su inventario y catastro”¹⁸.

En síntesis, para los efectos que interesan en este trabajo, debe entenderse que la regularización conlleva al reconocimiento de un verdadero derecho el que viene dado por la fuerza de los hechos, lo que en definitiva no es nada más que la manifestación de un

¹⁶ Tras la reforma de la Ley 21.435 son ahora más las normas del Código de Aguas que se emplean el término. Podemos citar por ejemplo los artículos 150, 189 inciso segundo y 293 bis del Código de Aguas.

¹⁷ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, de 2024, p. 189.

¹⁸ NEUMANN (2000), p. 216.

principio del derecho de aguas cual es que “los hechos son los que informan el derecho”¹⁹
20.

En lo que se refiere a los requisitos copulativos que debe cumplir el peticionario en su solicitud de regularización, éstos no han variado sustancialmente respecto del texto anterior del artículo segundo transitorio del Código de Aguas, pudiendo sintetizarse en tres: a) que los usos de las aguas se estén aprovechando a la fecha de entrada en vigencia del Código, i.e el 29 de octubre de 1981; b) que el usuario y sus antecesores en posesión del derecho hayan cumplido cinco años de uso ininterrumpido, contados desde la fecha en que hubieren comenzado a hacerlo y; c) la utilización deberá haberse efectuado libre de clandestinidad o violencia, y sin reconocer dominio ajeno.

Por su parte, el Manual identifica estos mismos requisitos pero sistematizándolos como lo hacía el antiguo texto del artículo segundo transitorio del Código de Aguas²¹. Sin embargo destaca dos elementos implícitos en los requisitos legales, cuales son que el solicitante debe contar con las obras de captación y además debe acreditarse por parte del solicitante el uso efectivo y actual de las aguas. Nuevamente en esto hay un eminente sentido de realidad que subyace en los fundamentos mismos de la norma en análisis, debiendo dejarse muy en claro que constituye un requisito esencial en la regularización el uso actual y efectivo del recurso hídrico por parte del solicitante, cuestión que es verificada especialmente por la DGA en la visita a terreno que realiza.

Destacamos además el cambio de redacción del encabezado de la norma, el que antes de la Ley 21.435 señalaba: “Los derechos de aprovechamiento inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas de sus titulares a la fecha de entrar en vigencia

¹⁹ CELUME (2021), p. 22.

²⁰ Ilustrativa resulta también la opinión emitida por la Excelentísima Corte Suprema en oficio 120-2015 de fecha 13 de noviembre de 2015, remitido al Congreso durante el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados el que en su apartado quinto señala: “(...) Que la regularización es el mecanismo o herramienta de ajuste contemplado por el legislador de aguas de 1981, con el propósito de constatar y declarar expresamente la existencia de derechos de aprovechamiento de aguas, basados en usos consuetudinarios preexistentes y/o de incorporar los derechos antiguos que así lo requiriesen a los registros y catastros implementados por el régimen jurídico que se creó (...) Considerando el número de derechos antiguos derechos respecto al total de los derechos de aprovechamiento que coexisten tras la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981, se ha afirmado que la regularización desempeña un rol fundamental y esencial para alcanzar la certeza y uniformidad que el régimen de aguas requiere. Es por lo anterior que se ha sostenido que los procedimientos regularizadores, a pesar de encontrarse en disposiciones transitorias del Código de Aguas, se han transformado en normas de carácter permanente (...) Los procedimientos regularizadores contemplados en el Código de Aguas son de aplicación facultativa, de forma que los usuarios de aguas no están ni se sienten obligados a regularizar, y por consiguiente, inscribir sus derechos, determinación que ha producido una serie de dificultades prácticas, entre ellas la falta de inscripción y registro (...)” (Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, pp. 175-176).

²¹ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, de 2024, pp. 189-190.

este Código, podrán (...)”; mientras que ahora señala: “Los usos actuales de las aguas que estén siendo aprovechados a la fecha de entrar en vigencia este código, podrán (...)”²².

Acertado nos parece este cambio de redacción por dos motivos principales: primero, permite comprender en la inteligencia de la norma otras situaciones que ya estaban reiterativamente indicadas en la antigua redacción del artículo segundo transitorio del Código de Aguas antes de la Ley 21.435²³ y, en segundo lugar, sin lugar a dudas, se aviene con la naturaleza misma de la regularización como procedimiento para investir de un verdadero *ropaje jurídico* a aquellas situaciones de hecho que son reconocidas por el derecho a través de los llamados usos consuetudinarios, los que siempre han quedado amparados por el derecho²⁴ y que consisten, en palabras de Vergara en derechos que “nacieron de un uso costumbrista; de un *factum* que origina un derecho no registral (informal, si se quiere), pero de titularidades reconocidas y plenamente protegidas. Su existencia y ejercicio práctico está fuera de toda duda”²⁵.

²² El cambio de redacción sustancial del antiguo artículo segundo transitorio del Código de Aguas, a su actual texto, se produjo por indicación del Presidente de la República n° 926-363 de fecha 8 de septiembre de 2015 (Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, p. 35).

²³ En efecto, la norma actual es comprensiva de todas las hipótesis que se encontraban reguladas en el antiguo texto del artículo segundo transitorio del Código de Aguas. Tal como se señala en la historia fidedigna del establecimiento de la ley, durante el informe de la Comisión de Hacienda “(...) el actual artículo 2° transitorio contempla dos hipótesis: a) Usuario contra título inscrito de un tercero, por uso ininterrumpido y sin clandestinidad y b) Regularizar usos ancestrales (5 años hacia atrás de 1981) (...)” (Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, pp. 280-281).

²⁴ En este sentido merece atención la opinión emitida por la Corte Suprema en oficio 120-2015 de fecha 13 de noviembre de 2015 remitido al Congreso durante el primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados en el que señala, en lo pertinente “(...) El cambio de terminología utilizada al inicio del artículo, que elimina las referencias a derechos inscritos que estén siendo utilizados por personas distintas a sus titulares, reemplazándolo por “los usos actuales de las aguas” que estuvieren siendo aprovechados a la fecha de entrada en vigencia del Código, si bien pareciera estar suprimiéndose con ello requisitos para iniciar el procedimiento, en realidad no varía de la situación actual que permite iniciar este mecanismo de regularización a personas que solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural, establecido en el inciso 2° que se elimina, quedando en definitiva la regulación completa de este procedimiento unificada en un solo inciso; (...)” (Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, p. 176). Cfr. con opinión de la entonces asesora de la DGA, Tatiana Celume, en el primer informe de la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado, con relación a los derechos consuetudinarios “(...) para efectos de determinar el objeto de la cautela constitucional establecida en el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, hay una interpretación unánime en doctrina y jurisprudencia, que considera que los derechos protegidos son aquellos que señala el artículo 20 del Código de Aguas, esto es, los derechos reconocidos o constituidos (...) dicha disposición establece que el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad judicial o administrativa. En consecuencia, tratándose de los derechos constituidos, éstos dicen relación con aquellos otorgados por la autoridad administrativa, mientras que aquellos que son reconocidos mediante sentencia judicial emanada del Poder Judicial. Ello permite concluir, añadió, que los usos consuetudinarios no permiten ejercer los atributos que derivan del derecho de propiedad, salvo que hubieren sido regularizados y reconocidos por una sentencia judicial, la que debe ser inscrita (...)” (Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, p. 560).

²⁵ VERGARA (2018), p. 64.

Por otra parte, en cuanto al cómputo del plazo necesario para acreditar el uso de las aguas, materia largamente discutida tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial²⁶, estimamos que, del tenor de la norma, se desprende que los cinco años de uso ininterrumpido deben computarse desde la fecha en que comenzó el uso de las aguas y estar cumplidos a la fecha de entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981²⁷.

Sin embargo, la interpretación sustentada anteriormente, debemos complementarla necesariamente con la acertada frase introducida por la Ley 21.435: “sus antecesores en posesión del derecho”.

A nuestro juicio, la referida frase despeja cualquier duda interpretativa acerca de la procedencia de la figura de la accesión de posesiones del Código Civil (artículo 717 del Código Civil), por lo que no debería existir en adelante duda alguna acerca de la posibilidad de acceder a las posesiones del DAA de los antecesores a fin de completar el plazo de cinco años a la fecha de dictación del Código de Aguas de 1981²⁸.

2.2. Análisis de cuestiones procedimentales del procedimiento del artículo 2 transitorio del Código de Aguas tras la reforma de la Ley 21.435

Como ya hemos señalado, la esencia del procedimiento de regularización de DAAs por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas se ha mantenido intacta en el sentido de seguir siendo un procedimiento administrativo especial, regido por el Código de Aguas.

Sin embargo, tanto desde el punto de vista teórico como práctico, ha sido posible identificar ciertas cuestiones procedimentales que merecen un análisis más detenido y que hemos agrupado en los siguientes tópicos que a continuación se desarrollarán: a) la subsistencia del procedimiento de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas vigente con anterioridad a la Ley 21.435; b) la presentación de la solicitud; c) su examen de admisibilidad; d) el rol de las Organizaciones de Usuarios de Aguas; e) la regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas y el perfeccionamiento de derechos de aprovechamiento de aguas tras la Ley 21.586; f)

²⁶ V. VERGARA (2018), pp. 68-71.

²⁷ El Manual mantiene el criterio sustentado por la DGA bajo la vigencia del antiguo texto al señalar que se contabilizan los cinco años antes de entrar en vigencia el CA de 1981; es decir, del 29 de octubre de 1976 hacia atrás (Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 189).

²⁸ Las vacilaciones jurisprudenciales en torno a este problema son bien descritas por el profesor Vergara. V. VERGARA (2018), pp. 85 y ss.

algunas notas sobre la oposición al procedimiento y; g) algunos comentarios sobre la inscripción y registro del derecho de agua regularizado.

2.2.1 La subsistencia del procedimiento de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas vigente con anterioridad a la Ley 21.435

De conformidad a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1 transitorio de la Ley 21.435, el texto del artículo segundo transitorio del Código de Aguas vigente con anterioridad a la tantas veces señalada Ley 21.435, seguirá siendo aplicable para todos aquellos que, habiendo presentado una solicitud de regularización de DAA por el procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 21.435, no opten por someterse voluntariamente al nuevo procedimiento regulado en el artículo segundo transitorio del Código de Aguas tras la reforma de la citada ley, manifestando su desistimiento en sede judicial o renuncia ante el SAG²⁹.

Sobre la norma anterior ha habido discrepancia respecto a su interpretación y la aplicación práctica observada que ha efectuado la DGA.

La DGA hace una distinción en aquellas solicitudes de regularización de DAAs presentadas con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 21.435: si dichas solicitudes aún se encuentran en la etapa administrativa y sin informe técnico emitido por el Servicio, se les ha hecho aplicable derechamente el nuevo procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas, siendo innecesaria entonces la posterior etapa judicial; en cambio, para aquellas solicitudes de regularización que aún se encuentren en la etapa judicial, ellas se siguen tramitando de conformidad al antiguo procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas, esto es, continuando el procedimiento judicial.

Si bien la interpretación anterior resulta jurídicamente discutible, como veremos en seguida, lo cierto es que, en términos prácticos, para el solicitante es altamente conveniente en términos económicos y de tiempo de tramitación dada la supresión de la etapa judicial en el nuevo procedimiento de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas, teniendo además en consideración que es el propio Servicio el que, una vez dictada la resolución en que reconoce el DAA, el que se encargará

²⁹ La renuncia en el SAG es para quienes iniciaron en dicho organismo la regularización de sus DAAs conforme al procedimiento del artículo 5 transitorio del Código de Aguas.

de su inscripción en el Conservador de Bienes Raíces competente y su registro en el Catastro Público de Aguas³⁰ conforme al artículo 150 del Código de Aguas.

Sobre lo señalado anteriormente ha tenido ocasión de pronunciarse la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia.

En causa Rol C-471-2022 la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago, acogió un recurso de reclamación interpuesto por la Comunidad Atacameña de Toconce en contra de la Resolución Exenta DGA N° 1722 de fecha 26 de julio de 2022, la que rechazó el recurso reposición y jerárquico administrativo deducido en contra del Oficio Electrónico N° 198 emitido por la Dirección Regional de Aguas, de la Región de Antofagasta, de fecha 9 de mayo de 2022, que no dio lugar al envío de los 18 expedientes de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas de dichas organizaciones indígenas al Juzgado de Letras de Calama para su tramitación y fallo de conformidad al procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas previo a la dictación de la Ley 21.435. En el considerando quinto la Corte de Apelaciones señaló: “(...) Que si bien es cierto que el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, modificado por la Ley 21.435, antes reseñado, rige in actum, dicha circunstancia no afecta las solicitudes que se hayan presentado previamente, y que se encuentran en tramitación desde hace mucho tiempo, como es el caso que afecta a las comunidades indígenas de autos. Refrenda lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de la Lei [sic], en cuanto señala, a propósito de las leyes procesales, que los plazos que ya estuvieren corriendo y las actuaciones iniciadas no se verán afectadas por la nueva ley, lo que ocurre en la especie”.

A su turno, la Excelentísima Corte Suprema, rechazando del recurso de casación interpuesto por la DGA en contra de la sentencia anterior, en causa rol C-62077-2023, señaló: “(...) Que, en cuanto al recurso deducido, interesa pronunciarse respecto de aquellas normas que miran al fondo de la controversia planteada en estos autos, a saber, el artículo 2 transitorio del Código de Aguas, específicamente en su nueva versión introducida por la Ley N° 21.435, publicada en el Diario Oficial el 6 de abril de 2022, norma que no fue denunciada como infringida. El recurrente sostiene que los sentenciadores yerran al sostener que las solicitudes de regularización de derechos de aprovechamientos de aguas de las reclamantes, aun [sic] pendientes de resolver por la autoridad administrativa, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 21.435, pueden

³⁰ En adelante CPA.

seguir siendo tramitadas conforme al procedimiento establecido en el artículo 2 Transitorio del Código de Aguas vigente a la fecha de la solicitud. Lo cierto es que el análisis de esta materia debe hacerse en conjunto con toda la normativa que introduce la Ley N° 21.435, incluido sus artículos transitorios pues la lectura del artículo 1 Transitorio de la Ley N° 21.435, indica claramente lo que ocurre respecto de las solicitudes de regularización pendientes a la fecha de entrada en vigencia de la nueva ley, normas que no fueron denunciadas como infringidas en el recurso de casación del recurrente, razón suficiente para descartar el recurso deducido (...)", agregando "(...) en cuanto a la infracción del artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes, la sola lectura del artículo permite sostener que la regla general en cuanto a la vigencia de las leyes procesales, es que éstas rigen in actum, salvo que se trate de actuaciones y diligencias ya iniciadas, las que se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación (...)"

En conclusión, para nuestros Tribunales Superiores de Justicia, todas aquellas solicitudes administrativas pendientes de resolución antes del 6 de abril de 2022 deben continuar tramitándose de conformidad al procedimiento establecido en el artículo segundo transitorio del Código de Aguas previo a la reforma de la Ley 21.435.

En nuestra opinión es la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia los que siguen la correcta doctrina con las precisiones que a continuación exponemos.

En efecto, el texto del artículo 1 transitorio inciso 2 de la Ley 21,435, la que -enfatizamos- es una disposición transitoria de la Ley 21.435, prima por principio de especialidad por sobre la Ley sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes. En su texto implícitamente se ha precisado la suerte de las solicitudes administrativas en tramitación. En efecto, la mencionada disposición señala, en lo pertinente, que: "(...) Los titulares de solicitudes de regularización que hayan presentado su requerimiento de conformidad con las normas vigentes con anterioridad podrán voluntariamente someterse a este nuevo procedimiento, haciendo constar el desistimiento o renuncia, en sede judicial o ante el Servicio Agrícola y Ganadero, según corresponda (...)".

La disposición transitoria al emplear la expresión "podrán voluntariamente someterse a este nuevo procedimiento" está afirmando implícitamente que dichas solicitudes, en caso de no mediar el respectivo desistimiento o renuncia, seguirán tramitándose conforme al texto del anterior artículo segundo transitorio del Código de Aguas, ya que, de lo contrario, no habría habido necesidad de establecer expresamente una manifestación de voluntad del solicitante en orden a desistirse o renunciar al

procedimiento puesto que, siguiendo la teoría de aplicación *in actum* del nuevo procedimiento, dichas solicitudes se tramitarían derechamente por el nuevo procedimiento por lo que la manifestación de voluntad sería innecesaria: toda interpretación que conlleve a absurdos debe desecharse.

Todavía más, confirma el razonamiento anterior la circunstancia que la ley solo se refiera al derecho de opción del solicitante para las solicitudes por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas que ya están en la etapa judicial (por eso el empleo de la palabra “desistimiento”) o que se hayan iniciado al amparo del artículo 5 transitorio del Código de Aguas ya que la renuncia a que se refiere la ley va dirigida al SAG. Si existiera la posibilidad de renuncia al antiguo procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas en la etapa administrativa, la ley no habría restringido la renuncia a la que hace referencia exclusivamente al SAG, sino que habría mencionado también a la DGA, lo que demuestra que la aplicación *in actum* del nuevo procedimiento a las solicitudes de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas anteriores al 6 de abril de 2022 es una falacia, debiendo seguir tramitándose todas ellas por el antiguo procedimiento.

Finalmente, en lo que atañe al procedimiento de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas y a la opción que se le da al solicitante de cambiar de procedimiento, la ley ha señalado expresamente que la única instancia en la cual puede ejercerse este derecho de opción, es en la etapa judicial, pues dice “(...) haciendo constar el desistimiento (...) en sede judicial (...)”, no siendo posible, por ende,

que el solicitante lo ejerza en la etapa administrativa³¹, como ya hemos señalado, debiendo aguardar hasta la etapa judicial para formular el respectivo desistimiento³².

2.2.2 La presentación de la solicitud de regularización

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 130 del Código de Aguas, complementado por el Manual, la solicitud deberá presentarse en la oficina de partes de la DGA del lugar en donde se localiza el punto de captación en la fuente asociada a la misma solicitud (es decir, el lugar preciso en donde se extraen las aguas), en la Delegación Presidencial Provincial respectiva, en caso de no existir la oficina indicada anteriormente o a través de la página web de la DGA³³.

³¹ Nótese que la ley 21.435 emplea el término desistimiento, por lo que necesariamente debe entenderse que hace referencia al incidente especial de desistimiento de la demanda de previo y especial pronunciamiento regulado en el Código de Procedimiento Civil (artículos 148 y ss.).

Lo anterior merece efectuar ciertas precisiones a la luz de las normas procesales generales, la práctica y las características peculiares que presenta este juicio sumario de regularización de DAA seguido en contra de la DGA.

Se ha entendido que en el procedimiento sumario el emplazamiento del demandado, en este caso la DGA, se produce con la notificación del demandado más la celebración del comparendo de estilo. En este sentido ilustrativas son las palabras de Mario Casarino Viterbo, quien señala en sus comentarios al procedimiento sumario “La audiencia de rigor, en consecuencia, está destinada fundamentalmente a oír a las partes y a las demás personas que a ella deban concurrir; y, en especial, a escuchar y a dejar constancia de la contestación que el demandado formule a la demanda. Tanto es así que la no celebración de la audiencia respectiva equivale a la falta de emplazamiento del demandado, con lo cual se habría omitido uno de los elementos integrantes de este trámite o diligencia esencial y, por consiguiente, la sentencia que pudiese dictarse en semejantes condiciones sería susceptible de ser anulada por la vía de la casación en la forma” (CASARINO (2008), pp.32 y 33.).

Es por lo señalado anteriormente que el incidente de desistimiento solo podría plantearse entonces en la misma audiencia de contestación y conciliación y hasta antes de la resolución que cita a las partes a oír sentencia. Estimamos que no resulta aplicable para el incidente en comento la norma del artículo 690 del Código de Procedimiento Civil por la naturaleza misma del incidente de desistimiento de la demanda.

Por otra parte resulta interesante apuntar una breve reflexión sobre los efectos del desistimiento: en el evento que se declare el desistimiento de la pretensión de regularización, por aplicación del artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, ya no podría el actor renovarla, por lo que no cabría, en un hipotético supuesto en que en el posterior procedimiento administrativo establecido por la nueva normativa fuese desfavorable a la pretensión del interesado en la regularización, intentarla nuevamente por vía judicial, por ejemplo, en una acción declarativa ordinaria de derechos.

Finalmente, destacamos que la historia fidedigna del establecimiento de la ley no aporta antecedente alguno respecto a las precisiones efectuadas, tratándose, por lo demás, de una norma incorporada tempranamente durante el Primer Trámite Constitucional en la Cámara de Diputados mediante indicación del Ejecutivo de fecha 8 de septiembre de 2015, habiendo sido aprobada, durante toda la tramitación de la ley, sin mayores reparos. V. Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, pp. 35-38.

³² Y ello además resulta prácticamente más adecuado: si al 6 de abril de 2022 una solicitud de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas se encontraba en tramitación, resultaría muy recomendable esperar el parecer del Servicio, mediante la respectiva resolución administrativa para decidir si perseverar o no en el procedimiento: en caso de una decisión favorable de la DGA a la regularización resulta lógico seguir adelante con el procedimiento, en caso contrario, lo razonable sería desistirse en la etapa judicial y presentar una nueva solicitud de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas pero esta vez regido por el nuevo procedimiento establecido por la Ley 21.435.

³³ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 190.

Respecto a la posibilidad de presentar la solicitud por medios electrónicos estimamos que, en el estado de desarrollo actual de la Oficina Virtual de la DGA para la tramitación electrónica de solicitudes administrativas y especialmente, dado lo limitado que resulta anexar documentos, debería implementarse una opción especial en lo que respecta a la regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas que permita especialmente adjuntar la solicitud misma de regularización de conformidad al principio de no formalización de los procedimientos administrativos³⁴.

La Ley 21.435 además incorporó un nuevo inciso final al artículo 130 del Código de Aguas, estableciendo la obligación para el funcionario público de entregar un comprobante de ingreso y proceder a registrar inmediatamente la solicitud en el sitio web institucional anexando todos los antecedentes. Consideramos plenamente aplicable en este sentido lo dispuesto en el inciso cuarto del artículo 16 bis de la Ley 19.880 relativo al principio de fidelidad.

En cuanto a la solicitud de regularización, siguiendo a Neumann a propósito de sus comentarios del antiguo artículo segundo transitorio del Código de Aguas³⁵, estimamos que ella no debe regirse por lo dispuesto en el artículo 140 del Código de Aguas toda vez que la remisión, es al párrafo primero del Título I del Libro II del Código de Aguas y el artículo 140 está ubicado en el párrafo segundo.

Sobre el contenido mismo de la solicitud el Manual se ha encargado de especificar y distinguir documentos obligatorios y facultativos a la solicitud, distinguiendo en los primeros entre aquellos según el tipo de solicitante y aquellos para todo tipo de solicitante³⁶.

Respecto de los documentos facultativos que señala el Manual destacamos especialmente el certificado de la respectiva OUA. Como se analizará más adelante, el certificado de la OUA siempre ha sido un documento que se ha acompañado a las solicitudes de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas antes de la reforma de la Ley 21.435 siendo un antecedente de relevancia al momento de resolver la solicitud.

³⁴ Se hace presente que a la fecha en que se presenta este trabajo, la página web de la DGA no admite presentar solicitudes de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas, las cuales deben ingresarse físicamente.

³⁵ NEUMANN (2000), pp. 217-218.

³⁶ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, pp. 191-192.

Asimismo, destacamos la posibilidad de acompañar la cadena de inscripciones conservatorias que den cuenta de la historia registral del inmueble en el cual se ha hecho uso del agua que se pretende regularizar, por más de cinco años. El Manual también ha reconocido en estos documentos facultativos una larga tradición práctica bajo el imperio del antiguo artículo segundo transitorio del Código de Aguas, sirviendo como un antecedente importante al momento de acreditar ante la DGA el uso de las aguas. La posesión inscrita del bien raíz acreditada, según el caso, por una inscripción conservatoria o bien a través de una cadena de inscripciones adicionando las anteriores a través de la institución de la accesión de posesiones del Código Civil, indudablemente permite presumir el uso de las aguas en el predio inscrito, sirviendo de base para esta presunción el hecho mismo de existir posesión inscrita del bien raíz la que, normalmente, es un reflejo de la posesión material que el propietario ejerce en el bien raíz y que permite inferir que dicha actividad material se ha concretado, entre otras cosas, en el uso de las aguas que sirven al predio³⁷.

Para finalizar este apartado, debemos enfatizar que, a pesar de los documentos que el Manual ha establecido como obligatorios y facultativos, la solicitud deberá contener en todo caso la referencia y antecedentes de cumplirse los requisitos para la procedencia de la regularización del DAA. Asimismo, atendido el hecho que la resolución de la DGA que declara regularizado el DAA además lo perfeccionará, resulta conveniente que la solicitud contenga los elementos, requisitos y documentos necesarios para tal fin. Sobre el particular nos referiremos más adelante.

2.2.3 Examen de admisibilidad de la solicitud de regularización

Una de las novedades introducidas por la Ley 21.435 lo constituye el examen de admisibilidad previo a que toda solicitud tramitada por el procedimiento general debe someterse (artículo 131 inciso primero del Código de Aguas).

Valoramos positivamente este trámite (que estimamos esencial dentro del procedimiento administrativo) ya que evita el rechazo de solicitudes de regularización por simples defectos formales solucionables en etapas tempranas del procedimiento. La práctica ha demostrado que estas solicitudes de regularización tardan varios años, por lo que establecer una instancia en la cual puedan despejarse problemas meramente formales

³⁷ V. artículo 7 DL 2.603 de 1979.

garantiza, en cierta medida, que una eventual resolución denegatoria para el administrado tendrá fundamentos que guarden relación con el fondo de la misma o eventuales defectos de publicidad en los términos exigidos por el Código. En fin, vemos en este trámite una manifestación del principio de transparencia de parte de la Administración (artículo 16 de la Ley 19.880).

En este examen podemos distinguir elementos de forma y de fondo.

En cuanto a los primeros, la ley señala que este examen debe efectuarse dentro del plazo de 30 días contados desde la emisión del comprobante de ingreso de la solicitud. El Manual complementa la ley señalando que el plazo se cuenta desde la emisión del referido comprobante o desde el timbre de la oficina de partes³⁸. Sobre la contabilización de los días estimamos que deben serlo en los términos del artículo 25 de la Ley 19.880, entendiéndose inhábiles entonces los sábados, domingos y festivos³⁹.

En cuanto a los de fondo, el Código dispone que el examen versa sobre el cumplimiento de los requisitos formales de la solicitud y si se han acompañado los antecedentes en que se sustenta. El Manual, en lo que se refiere a la reglamentación de este examen a propósito del procedimiento de aplicación general, señala que corresponde a la revisión, por una parte, de la individualización del solicitante y domicilio y, por la otra, de los requisitos específicos, de acuerdo al tipo de solicitud. Sobre las primeras el Manual tiene una regulación específica, cuyo análisis no reviste mayor interés⁴⁰. En cuanto a los segundos, desde luego que cobrarán importancia los documentos que el Manual establece como obligatorios a fin que, en definitiva, la DGA declare admisible la solicitud.

El Manual, en su Capítulo IV referido a las normas comunes no contiene una norma especial con relación a este examen, sin embargo, en su Capítulo XI referido a la regularización de DAAs sí establece una exigencia particular, debiendo prestarse especial

³⁸ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 16.

³⁹ En sentencia reciente de la Corte Suprema, en autos Rol 241.764-2023, se ha confirmado la supletoriedad de los preceptos de la Ley 19.880 en materia de plazos dentro del procedimiento administrativo reglado en el Código de Aguas. En el caso en concreto se enfatizó por la Corte, a propósito del recurso de reconsideración, que “(...) el plazo de treinta días previsto en el mencionado artículo 137 es uno concebido dentro de un procedimiento administrativo, de manera que no resulta aplicable lo estatuido en el Código de Procedimiento Civil a la decisión del asunto controvertido, esto es, a la contabilización del término otorgado para deducir la acción de que se trata, pues dicho cuerpo legal rige para el cómputo de los términos propiamente jurisdiccionales, vale decir, de aquellos que se verifican con ocasión de la tramitación de un procedimiento judicial, mientras que el artículo 25 de la Ley Nº 19.880 se refiere a esta materia en el ámbito específico de los procedimientos administrativos (...)”.

⁴⁰ Éstos pueden consultarse en el apartado 2.3.1 del Capítulo IV. Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 17.

atención en aquellas solicitudes en que “(...) se constate la existencia de una solicitud de regularización previa, informada al Tribunal, respecto de la misma persona natural o jurídica, en la misma captación, conforme al procedimiento vigente con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 21.435 y no acredita el desistimiento del procedimiento judicial respectivo o no acompaña la resolución que declare que el proceso judicial se tuvo por no presentado (...)”⁴¹, agregando que en tal caso la solicitud será declarada inadmisibile.

El examen de admisibilidad lógicamente puede conllevar a dos alternativas: que la solicitud se declare inadmisibile o admisible.

En caso de inadmisibilidat de la solicitud, dispone el Código en su artículo 131 inciso segundo que ello acontecerá si de la revisión de los antecedentes se advierte el incumplimiento de alguna de las exigencias ya analizadas, lo cual se deberá comunicar al solicitante. En este punto el Manual señala que la DGA deberá dictar una resolución administrativa que declare la inadmisibilidat de la solicitud, debiendo comunicar los antecedentes que hayan sido omitidos o que requieran complemento. Estimamos que esta resolución es impugnabile vía recurso de reconsideración (artículo 136 del Código de Aguas).

Tanto la ley como el Manual han guardado silencio respecto a la forma de comunicaci3n de la resoluci3n, por lo que estimamos aplicable la norma del artículo 139 del Código de Aguas a ese respecto.

Una vez notificado el solicitante de la inadmisibilidat de la solicitud, éste dispondrá de un plazo de 30 días para acompañar o complementar los antecedentes solicitados por la DGA. El Manual agrega que este plazo de 30 días no es prorrogable y, al igual que la ley, señala que se cuenta desde la notificaci3n de la resoluci3n⁴². Aunque el Manual no lo hubiese señalado, por tratarse de un plazo legal, es improrrogable por su propia naturaleza.

En caso que los antecedentes fueren insuficientes o no fueren presentados dentro del plazo legal, la solicitud será desechada de plano, lo que pondrá fin al procedimiento. El Manual señala que la DGA debe dictar una resoluci3n administrativa denegando la solicitud, la cual se fundamentará en la omisi3n constatada y no en la falta de respuesta a

⁴¹ Manual de Normas y Procedimientos para la Administraci3n de Recursos Hídricos, del 2024, p. 192.

⁴² Manual de Normas y Procedimientos para la Administraci3n de Recursos Hídricos, del 2024, p. 17.

lo solicitado⁴³. Estimamos que esta resolución puede ser impugnada por vía de reconsideración (artículo 136 del Código de Aguas) y, en el evento de rechazarse esta última, puede ser reclamada ante la Corte de Apelaciones competente (artículo 137 del Código de Aguas) por tratarse de una resolución que pone término al procedimiento administrativo.

Si la solicitud es declarada admisible o bien, si dentro del plazo de 30 días el solicitante complementa y/o acompaña los antecedentes requeridos, la DGA declarará admisible la solicitud por resolución, lo que da paso a la etapa de publicaciones legales.

Finalmente resulta necesario referirse a dos normas establecidas en el Manual en su Capítulo IV a propósito del examen de admisibilidad⁴⁴.

Con relación a la primera de ellas, dispone el Manual que “(...) si del análisis de admisibilidad de la solicitud, la Dirección General Aguas advirtiera que, no obstante el cumplimiento o incumplimiento de las menciones formales y antecedentes requeridos, la solicitud adolece de error o vicio que acarrea la denegación de la solicitud o se constatare que técnicamente no es factible, procederá, conforme al principio de economía procedimental establecido en la Ley N° 19.880, a denegar fundadamente la solicitud, sin perjuicio que se deberá en la parte considerativa de la resolución hacer un análisis de la admisibilidad/inadmisibilidad de la misma y además incluirlo en la parte resolutive (...)”.

Si bien resulta comprensible el objetivo que la norma transcrita busca, cual es evitar un gasto innecesario de tiempo y recursos tanto para la DGA como para el administrado, frente a solicitudes con errores o vicios que pudiesen acarrear la denegación de la solicitud o bien, que adolezcan de una imposibilidad técnica de factibilidad, lo cierto es que hay que efectuar algunas precisiones.

La disposición en comento mandata a la DGA a efectuar un verdadero prejuzgamiento en la resolución de la solicitud, entrando a analizar el fondo de la misma, apartándose, por cierto, del sentido del artículo 131 del Código de Aguas, cual es que el examen de admisibilidad sea precisamente un control formal de la solicitud, examinando aspectos de forma y no de fondo de la misma.

⁴³ Nótese que en este punto el Manual ha venido en establecer un verdadero motivo calificado que necesariamente deberá contener la resolución administrativa en su fundamentación (Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, pp. 16-17).

⁴⁴ Apartado 2.3.2 Declaración de Admisibilidad/Inadmisibilidad dentro del apartado 2.3 Examen de Admisibilidad dentro del Capítulo IV del Manual. Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, pp. 16-17.

El peligro de arbitrariedad y falta de motivación suficiente que reviste el eventual acto administrativo denegatorio dictado por la DGA amparándose en esta norma infra legal es alto a nuestro juicio, máxime que contempla como supuesto de aplicación el que la solicitud fuera técnicamente no factible, lo cual resulta curioso ya que, en esta etapa, aún no se efectúa inspección ocular alguna por parte de la DGA, por lo que los fundamentos de la resolución administrativa denegatoria solo tendrían a la vista los antecedentes acompañados.

Por otra parte, no se precisa en el Manual a qué tipo de errores o vicios en la solicitud se refiere pudiendo colegirse que ellos en caso alguno podrían tratarse de defectos de forma, ya que en tal caso la DGA debe otorgar un plazo al administrado para subsanarlos: una interpretación contraria atenta contra el sentido y alcance establecido en el artículo 131 del Código de Aguas.

En cuando a la aplicación de esta norma, ubicada en el Capítulo IV del Manual y referida al procedimiento general de tramitación de solicitudes, al procedimiento especial de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas, estimamos que perfectamente la DGA podría llegar a utilizarla al menos en lo que se refiere a la denegación de la solicitud por existencia de errores o vicios en la solicitud, los cuales tendrían que ser de fondo y no de forma, como ya se ha explicado. En este sentido, dichos vicios tendrían que guardar necesaria relación con los requisitos, condiciones de procedencia y aún el legitimado para la solicitud de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas. Como puede apreciarse, el prejuizamiento es evidente.

En cuanto al rechazo de la solicitud de regularización fundado en una falta de factibilidad técnica estimamos que en caso alguno la DGA podría rechazar una solicitud en esta etapa utilizando el aludido fundamento, toda vez que aún no ha efectuado la inspección ocular, etapa dentro del procedimiento administrativo de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas que estimamos de importancia capital para evaluar, precisamente, los elementos o condiciones técnicas involucradas en la solicitud y el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la solicitud de regularización.

Finalmente estimamos que esta norma constituye un peligroso atentado al principio de contradictoriedad e imparcialidad establecidos en los artículos 10 y 11 de la Ley 19.880. Respecto al primero, por cuanto se veda al administrado la posibilidad de aducir alegaciones o aportar nuevos antecedentes en favor de su pretensión dejándole forzosamente solo la vía recursiva a fin de poder, eventualmente, seguir adelante con el

procedimiento. Respecto al segundo, porque los vagos términos en que esta norma ha sido redactada da un importante margen de discrecionalidad a la DGA la que podría conllevar a la dictación de resoluciones alejadas de la objetividad que mandata el principio de imparcialidad o incluso carentes de fundamentos suficientes para justificar el rechazo de la solicitud.

La segunda norma del Manual relacionada con el examen de admisibilidad es la que dispone que “(...) Para las solicitudes ingresadas antes del 6 de abril de 2022, fecha de entrada en vigencia de la Ley N° 21.435, no procede respecto de ellas el análisis de admisibilidad descrito (...)”⁴⁵.

Esta viene en enfatizar los efectos temporales que la reforma de la Ley 21.435 provoca en los procedimientos administrativos en curso, aclarando, correctamente a nuestro juicio, que el examen de admisibilidad no es un trámite aplicable a las solicitudes de regularización iniciadas antes de la entrada en vigencia de la Ley 21.435, i.e., al 6 de abril de 2022.

Finalmente debe enfatizarse que las normas comentadas tienen un carácter infra legal, por lo que, cualquier aplicación de las mismas en contra de los intereses del administrado, siempre puede ser impugnada por medio de los recursos administrativos y judiciales establecidos en la ley.

2.2.4 Rol de las Organizaciones de Usuarios de Aguas

Una de las novedades que introduce la Ley 21.435 guarda relación con propender un rol más activo de las organizaciones de usuarios de aguas⁴⁶ en el procedimiento de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas. Ello resulta del todo lógico y consecuente con la gestión del agua que propone el Código: son los propios usuarios los primeros llamados a realizar una correcta gestión del recurso y, por ende, son los que tienen mayor conocimiento respecto a quienes son sus usuarios actuales.

El rol de las OUAAs ha quedado contemplado en dos párrafos del artículo segundo transitorio del Código de Aguas: en la letra d) del inciso primero y en su inciso segundo. Nos referiremos a continuación, separadamente, a ambos párrafos.

A primera vista, la disposición de la letra d) del inciso primero del artículo segundo transitorio del Código de Aguas pareciera ser novedosa con relación a la opinión

⁴⁵ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos , del 2024, p. 18.

⁴⁶ En adelante OUA u OUAAs.

de la respectiva OUA respecto de los antecedentes que la DGA tiene que poseer y ponderar para resolver la solicitud. Sin embargo, lo cierto es que, en la práctica, en las solicitudes de regularización de DAAs superficiales por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas siempre se ha acompañado, dentro de los antecedentes adjuntos a la solicitud, un certificado de la respectiva OUA, lo que incluso es recogido expresamente en el Manual al establecer el mencionado certificado dentro de los documentos facultativos a la solicitud de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas⁴⁷. Desde este punto de vista lo que se ha hecho con la reforma es reconocer una realidad práctica incorporando expresamente el rol de las OUA en el procedimiento de regularización pero con los matices que examinaremos en las siguientes líneas.

Previo al análisis de fondo resulta interesante destacar que esta norma resulta aplicable para la regularización tanto de DDAs superficiales como subterráneos, pero siendo necesaria una distinción previa respecto de estos últimos.

Respecto a la los DAA subterráneas, la OUA referida a su organización está dada por las comunidades de aguas subterráneas⁴⁸, las cuales, tras la dictación de la Ley 21.435 han retomado un rol protagónico encontrándose actualmente varias de ellas en plena constitución.

Sobre la relación de las CASUB y la etapa en análisis dentro del procedimiento de regularización de DAAs subterráneos, es menester distinguir aquellos usuarios que estén regularizando durante la formación de la respectiva CASUB y aquellos que regularicen después de formada la respectiva CASUB.

Para aquellos que estén regularizando por el artículo 2TCA durante la formación de la CASUB rige el artículo 189 inciso segundo, es decir, podrán acompañar al tribunal un certificado emitido por la DGA que acredite que han iniciado el procedimiento de regularización de sus DAAs vía artículo segundo transitorio o 5 transitorio del Código de Aguas según sea el caso. En caso que el tribunal estime que dicha presentación es suficiente se determinará la incorporación a la CASUB, quedando registrado el interesado en un rol de miembros provisionales. La resolución de la DGA respecto a la regularización del DAA determinará el destino del usuario en la CASUB: si se acoge la solicitud pasará a ser parte de la comunidad registrándose su DAA en la nómina

⁴⁷ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 191.

⁴⁸ En adelante CASUB o CAS.

definitiva, caso contrario, será eliminado del rol provisorio⁴⁹. De lo dicho resulta evidente que, para la etapa del procedimiento en análisis, el rol de la respectiva OUA es inexistente en lo que dice relación con el procedimiento de regularización, puesto que la OUA misma se encuentra en formación y aún no tiene existencia jurídica, siendo la propia ley la que se ha encargado de regular la forma en que convive el procedimiento de regularización del artículo segundo transitorio del Código de Aguas con la formación de la OUA.

Para aquellos que regularicen por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas después de conformada la CASUB rige plenamente la información que la respectiva CASUB pueda proporcionar, pero con los alcances que en breve expresaremos.

Por otra parte, para un correcto entendimiento del rol de las OUAs en análisis, resulta necesario hacer una distinción: una cosa es el certificado que facultativamente puede acompañarse a la solicitud de regularización del DAA y otra cosa es la respuesta que la respectiva OUA dará ante la consulta de información por parte de la DGA durante la tramitación misma del procedimiento de regularización.

Respecto del certificado, eminentemente facultativo pero de gran importancia práctica en lo que dice relación con la regularización de DAAs superficiales dada la cantidad de antecedentes que puede proporcionar, la ley no se ha referido éste, por lo que obviamente no ha señalado requisito alguno del mismo. Es el Manual el que realiza algunas exigencias formales al certificado, como lo son el hecho que esté firmado por el Secretario o quien tenga la representación de la OUA, donde además debe constar el hecho de pertenecer el solicitante a ella y/o los antecedentes que acrediten su participación en la OUA⁵⁰.

Indudablemente que estos requisitos no son vinculantes para las OUAs en la emisión de sus certificados, pero revisten una manifiesta importancia práctica a fin de acreditar, ante la DGA, los requisitos de procedencia de la regularización.

En el caso de las CASUB, si bien, no existe un impedimento legal ni reglamentario para la emisión de este certificado, estimamos que será de emisión muy excepcional, limitada para aquellos usuarios cuyos antecedentes para regularizar consten formalmente en el registro de comuneros, dando cuenta del uso del agua por algún antecesor, por haber

⁴⁹ Con relación al inciso segundo del artículo 189 del Código de Aguas, criticamos el hecho que la norma solo haya contemplado la incorporación de un usuario en el rol provisional solo en el evento de encontrarse regularizando por los artículos 2 y 5 transitorios del Código de Aguas. Deberían haberse contemplado los procedimientos de regularización por el artículo 1 transitorio del Código de Aguas y, especialmente, tal como la práctica lo ha demostrado, el del artículo 4 transitorio de la Ley 20.017 en atención a que muchos de los procedimientos amparados por dicha norma aún se encuentran en tramitación.

⁵⁰ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 191.

participado este último en la formación de la CASUB o por haberse incorporado después de su formación⁵¹, como sería el caso, por ejemplo, de una sucesión hereditaria que fuese a su vez parte de otra sucesión hereditaria del usuario registrado en la nómina de la CASUB que hiciese dificultoso, por el importante número de herederos, una regularización vía artículo 1 transitorio del Código de Aguas. En todo caso, sobre este punto habrá que tener a la vista los plazos límite de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas establecidos por la Ley 21.435, ya que, salvo aquellas CASUB que ya están constituidas, es esperable que los procedimientos de constitución de las CASUB y su puesta en marcha efectiva tarden varios años más, coincidiendo o incluso superando los plazos de caducidad del procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas establecidos por la Ley 21.435, lo que tornaría prácticamente inaplicable este supuesto. Desde luego que lo dicho no correría empero para aquellos casos en que, excepcionalmente, el procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas continúe vigente como lo es, el de los indígenas y las comunidades indígenas.

Habiendo efectuado las precisiones antes referidas, profundicemos entonces el análisis de la letra d) con relación a la consulta a la respectiva OUA, habiendo quedado clara entonces la diferencia de este trámite con relación al certificado acompañado a la solicitud.

Una primera cuestión que surge de la lectura de la norma guarda relación con la expresión “organización de usuarios respectiva”. Dicha expresión alude a que se trata de aquella OUA respecto de la cual se están regularizando los DAAs en cuestión y que, de conformidad al Manual, ejerza jurisdicción en el punto de captación del DAA que se está regularizando, pudiendo tratarse entonces de cualquier OUA regulada en el Código de Aguas la que deberá dar respuesta a la consulta formulada por la DGA. Por tanto, tal como además lo señala el Manual, podría tratarse de una comunidad de aguas, una asociación de canalistas o incluso una junta de vigilancia⁵².

El Manual se encarga de detallar el destinatario de la consulta en caso que sea una OUA, de conformidad al inciso final del artículo segundo transitorio del Código de

⁵¹ Sobre el particular solo dejamos esbozada una crítica por alejarse del objeto del presente trabajo: resulta lamentable que la Ley 21.435 haya dejado como única opción legal, para el caso de aquellos que no se hayan hecho parte en el procedimiento judicial de formación de la CASUB, el de iniciar un juicio sumario reclamando su derecho (artículo 194 CA). Deseable sería una reforma en este sentido, aunque estimamos en todo caso posible que, por vía estatutaria, cada CASUB pudiese establecer un procedimiento particular a fin de salvar esta situación.

⁵² Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 200.

Aguas, señalando “(...) En el caso que sea una Comunidad de Aguas o una Asociación de Canalistas la que efectúa la regularización, se le consultará a la Junta de Vigilancia competente. En el supuesto que sea una Junta de Vigilancia la que regularice, se prescindirá de este trámite (...)”⁵³.

Por otra parte, la etapa dentro del procedimiento administrativo para que la DGA solicite los antecedentes a la respectiva OUA pareciera ser aquella que transcurre después de efectuada la visita técnica en terreno (artículo 134 inciso segundo del Código de Aguas), la cual constituye, en la práctica, la última actividad de la DGA en el procedimiento antes de dictar resolución administrativa. Lo anterior se concluye además de la expresión “reunidos todos los antecedentes” que emplea la norma.

Sobre lo anterior debe precisarse además que se trata de un trámite obligatorio dentro del marco del procedimiento administrativo ya que la norma emplea la palabra “deberá”, cuya omisión acarreará las consecuencias legales para este tipo de trámite⁵⁴.

El Manual además detalla que la respuesta a la OUA será solicitada a través de un oficio, el cual deberá ser dirigido al presidente de la OUA.

En cuanto a la respuesta que debe proporcionar la OUA la ley se ha encargado de reglamentar un contenido mínimo respecto a la fundamentación a la misma: las características del uso del DAA y su antigüedad. Como puede apreciarse, ambos requisitos guardan relación con los supuestos de procedencia para el procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas resultando ser a nuestro juicio dos antecedentes que, dadas sus características, es la propia OUA la que se encuentra en la mejor posición para poder otorgarlos: son precisamente las OUAs las que mejor saben quiénes son sus integrantes, sus derechos y el uso efectivo que hacen del recurso hídrico. Estimamos además que respecto a la forma de la respuesta de la respectiva OUA, debe regir en toda su amplitud el principio de la no formalización contemplado en el artículo 13 de la Ley 19.880.

En cuanto al procedimiento, la norma otorga un plazo de 30 días hábiles para la respuesta de la respectiva OUA contados desde la notificación de la misma, la que estimamos deberá practicarse de conformidad al artículo 139 del Código de Aguas. Sostenemos que el plazo, por ser legal, es fatal e improrrogable. Sin embargo el Manual ha señalado que si la OUA no respondiera dentro de plazo, se le reiterará el oficio, otorgándole un plazo de 15 días hábiles adicionales, no quedando claro desde cuando se

⁵³ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 200.

⁵⁴ Artículos 13 y 60 de la Ley 19.880, del 2003.

cuenta la ampliación: si desde que se dicte el acto administrativo que reitera el oficio o bien, desde que éste es recepcionado por la respectiva OUA. A la luz del artículo 139 del Código de Aguas debería contarse desde que es notificado a la respectiva OUA.

Concluye la letra d) señalando que “(...) La respuesta de la organización no será vinculante para el Servicio (...)”.

Esta norma ha querido evitar que el certificado de la OUA sea determinante en la resolución de la solicitud de regularización de tal manera de condicionar la decisión de la DGA en atención a lo favorable o no de la información proporcionada por la OUA. Con relación a este punto, el Manual señala “(...) En el caso de obtener respuesta, esta [sic] tampoco es vinculante para el Servicio, sin perjuicio de que su ponderación (en la propuesta final de este Servicio) debe estar debidamente fundamentada en el análisis técnico /legal respectivo (...)”⁵⁵.

Acerca de lo señalado en el Manual, destaca el hecho que para la DGA, si bien la respuesta no le es vinculante, sí le impone un deber de fundamentación en el análisis de la misma, lo que no es más que una expresión más del carácter razonado o motivado que tiene que tener el acto administrativo terminal emanado de la DGA.

El segundo aspecto a analizar con relación al rol de las OUAs en el procedimiento de regularización del artículo segundo transitorio del Código de Aguas guarda relación con el inciso segundo de la norma que señala: “Las organizaciones de usuarios legalmente constituidas podrán presentar solicitudes de regularización en representación de sus usuarios que cumplan individualmente los requisitos para ello, cuando cuenten con autorización expresa de los usuarios de aguas interesados en someterse al procedimiento”.

Esta norma resulta novedosa pues expresamente reconoce a la OUA respectiva como una legitimada activa para solicitar la regularización de DAAs por sus usuarios.

Se establecen tres requisitos copulativos para que la misma pueda operar: a) que la OUA esté legalmente constituida; b) que los usuarios de la respectiva OUA deben cumplir individualmente con los requisitos para poder regularizar y; c) la OUA debe contar con autorización expresa de los usuarios. Revisemos cada uno de estos requisitos separadamente.

⁵⁵ En todo caso entendemos que la norma no ha querido restarle valor al certificado o informe de la OUA como antecedentes fundantes para resolver la solicitud de regularización. En la práctica puede observarse que el certificado de la OUA es un importante antecedente que la DGA toma en consideración para acceder o no la solicitud de regularización. Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 200.

El primer requisito, esto es, que la OUA esté legalmente constituida resulta ser evidente y obvio por cuanto solo una entidad con personalidad jurídica puede actuar válidamente en el mundo jurídico. El Manual se ha encargado de precisar dos cuestiones con relación a este requisito:⁵⁶ primero, que la respectiva OUA se entenderá legalmente organizada cuando, de conformidad al artículo 196 del Código de Aguas se encuentre registrada en el Registro Público de Organizaciones de Usuarios de la DGA, que es por cierto, el acto por el cual nace la personalidad jurídica de la OUA y; segundo, la respectiva OUA deberá haber cumplido con dos obligaciones, la del artículo 122 bis del Código de Aguas, esto es, el envío a la DGA del registro de comuneros antes del 31 de diciembre de cada año⁵⁷ y la del artículo 236 del Código de Aguas, consistente en la remisión a la DGA y al delegado presidencial provincial (artículo 17 transitorio Ley 21.435) de la parte del acta en que se consigne la elección del directorio de la respectiva OUA.

El segundo requisito, esto es, que los usuarios de la respectiva OUA deben cumplir individualmente con los requisitos para poder regularizar resulta también lógico toda vez que es el actual usuario individual de las aguas el que pretende regularizar su derecho individual: no se trata de una regularización comunitaria de DAAs puesto que es el comunero mismo, individualmente considerado como miembro de la OUA el que solicita la regularización, siendo la respectiva OUA simplemente un mandatario de dicha voluntad.

Lo anterior resulta plenamente concordante además con lo dispuesto en el artículo 186 del Código de Aguas el que, conceptualizando a las OUAs, deja claro que “la comunidad es un hecho que existe con anterioridad y al obtener su consagración legal se está únicamente reconociendo ese hecho, consistente en que los comuneros tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo canal, embalse, o aprovechan las aguas de un mismo acuífero”⁵⁸. En otras palabras, la ley distingue nítidamente lo que es el DAA de cada titular, miembro de la comunidad, respecto de la organización jurídica que dichos titulares pueden adoptar en conjunto, como una OUA.

Finalmente, la ley ha dispuesto que la OUA debe contar con autorización expresa de los usuarios. El Manual se ha encargado de detallar este requisito a propósito de la

⁵⁶ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 190.

⁵⁷ Los requisitos formales para el envío de esta comunicación a la DGA han variado desde la dictación de la Ley 21.435. En la actualidad la DGA exige el envío detallado del listado de comuneros de cada OUA con expresa indicación de los datos del titular, constando su inscripción conservatoria y las características esenciales del DAA con expresa mención de la ubicación georreferenciada del punto de captación de las aguas.

⁵⁸ MUÑOZ et al. (2011), p. 844.

documentación obligatoria que debe acompañar toda solicitud, disponiendo “(...) Autorización que conste en el Acta de la Junta General, ya sea ordinaria o extraordinaria, que habilite a la organización para representar a los usuarios interesados en someterse a este procedimiento, firmada por el secretario de la Organización y su Presidente”⁵⁹.

Si bien resulta comprensible la exigencia que establece el Manual de deber constar la autorización en un acta, toda vez que resulta lógico que una materia de esta índole y atendido el número de comuneros involucrados (el que podría comprender a la totalidad o una parte de los miembros de la OUA) sea atendida en una junta general, estimamos sin embargo que no se trata de un requisito que, en caso de inobservancia por parte de la OUA, deba acarrear necesariamente el rechazo de la solicitud por cuanto se trata de requisitos establecidos en el Manual, una norma de rango infra legal y, además, porque es un principio del Derecho el que no existan fórmulas sacramentales. De esta forma, siguiendo el texto legal estimamos que la autorización expresa de los usuarios podrá darse de cualquier forma en que se manifieste inequívocamente la intención de iniciar un procedimiento de regularización.

Sobre lo anterior resulta interesante hacer el contraste con el procedimiento de perfeccionamiento de títulos cuando es llevado a cabo por la OUA.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 241 número 23 del Código de Aguas y el artículo 274 número 9 del Código de Aguas el perfeccionamiento a cargo de una OUA dependerá de la existencia de una junta de vigilancia: en caso de existir será ella misma la que represente a las OUAs sujetas a su competencia, previo acuerdo de los dos tercios de sus miembros en asamblea extraordinaria; en caso contrario, será el directorio de la OUA respectiva el que represente a los comuneros previo acuerdo de los dos tercios de sus miembros en asamblea extraordinaria.

Como puede apreciarse, la Ley 21.435 ha sido más flexible que la Ley N°20.697, del 2013, que introdujo la posibilidad de perfeccionamientos a cargo de las OUAs, toda vez que no estableció requisitos específicos de quórum para el uso de esta facultad ni la dependencia de una OUA a una junta de vigilancia para llevar a cabo el procedimiento de regularización.

Por otra parte, el Manual se ha encargado de establecer qué sucede con el trámite de consulta a la OUA (letra d) artículo segundo transitorio del Código de Aguas) cuando la solicitud es presentada precisamente por una OUA conforme inciso final del artículo

⁵⁹ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 191.

segundo transitorio del Código de Aguas en análisis. Al efecto señala que “En el caso que sea una Comunidad de Aguas o una Asociación de Canalistas la que efectúa la regularización, se le consultará a la Junta de Vigilancia competente. En el supuesto que sea una Junta de Vigilancia la que regularice, se prescindirá de este trámite. En el caso de obtener respuesta, esta tampoco es vinculante para el Servicio, sin perjuicio de que su ponderación (en la propuesta final de este Servicio) debe estar debidamente fundamentada en el análisis técnico/legal respectivo”^{60 61}.

Para finalizar este apartado no podemos dejar de mencionar que, pese a lo novedosa que puede parecer a primera vista esta norma y a la mayor flexibilidad con que se le dotó en relación al perfeccionamiento de DAAs llevado a cabo por OUAs, lo cierto es que, a nuestro juicio, es una norma de poca relevancia instrumental toda vez que sigue condicionando el actuar de la OUA a la existencia de una autorización expresa por parte de los usuarios. Atendida la realidad de muchas OUAs a lo largo del país, caretes de recursos, asesoría especializada y baja participación de sus asociados, todo ello sumado a los acotados plazos de regularización establecidos por la Ley 21.435, estimamos que lo ideal hubiese sido que los directorios de las OUAs hubiesen podido decidir autónomamente el uso de esta facultad, prescindiendo de la autorización expresa de sus usuarios la que, en la mayoría de las ocasiones, es difícil de conseguir.

A lo sumo, la norma actual solo podrá abaratar en parte algunos costos de tramitación (publicaciones u honorarios profesionales) pero fuera de ello, no se vislumbra algún otro tipo de ventaja importante sin mayor incentivo que el señalado.

2.2.5 La regularización por el artículo 2 transitorio del Código de Aguas y el perfeccionamiento de derechos de aprovechamiento de aguas tras la Ley 21.586

Pese a que el aspecto práctico más significativo de la dictación de la Ley N°21.586, del 2023, pudiere ser a primera vista la ampliación de los acortados plazos establecidos en las disposiciones transitorias de la Ley 21.435 para la regularización de

⁶⁰ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 200.

⁶¹ Téngase presente que el rol de la junta de vigilancia en el procedimiento de regularización podría ser directo o indirecto: en el primer caso, cuando sea ella la que directamente represente a los usuarios de las OUAs en un procedimiento de regularización y, será indirecta, a propósito de la solicitud que la DGA formule a la respectiva junta de vigilancia a fin de informar sobre la regularización DAAs promovidos por una OUA bajo su jurisdicción.

derechos de aprovechamiento de aguas y registro de los mismos en el CPA, lo cierto es que el establecimiento de una regulación legal en el propio Código de Aguas sobre el perfeccionamiento de derechos es todavía más importante, no solo por el carácter permanente y de rango legal de la disposición introducida, sino porque el perfeccionamiento de los DAA guarda además una estrecha relación, como veremos, con el procedimiento de regularización en estudio.

Desde ya valga destacar que la introducción del nuevo artículo 170 bis por la Ley 21.586 como una norma de rango legal y de carácter permanente, constituye un acierto puesto que, estableciendo un procedimiento administrativo especial, resulta esperable que con ello se enmienden los notables problemas prácticos que producía el perfeccionamiento de derechos tanto en lo adjetivo como en lo sustantivo⁶². Estimamos además que, con la introducción del nuevo artículo 170 bis, ha quedado tácitamente derogado el artículo 46 del Decreto Supremo n° 1.220, de 1998. Sobre ésta y algunas otras implicancias que las leyes 21.435 y 21.586 han tenido en el CPA dedicaremos algunas breves líneas al final de este trabajo.

Hemos dicho que el perfeccionamiento de DAA guarda una estrecha relación con el procedimiento establecido en el artículo segundo transitorio del Código de Aguas y ello es así porque la regularización de DAA no puede ser entendida sin el perfeccionamiento, dicho de otro modo, este tipo de regularización lleva implícito el perfeccionamiento del DAA mismo.

⁶² Por no constituir el objeto central del presente trabajo, solo podemos dejar enunciadas algunas cuestiones al respecto.

En cuanto a lo adjetivo, el artículo 46 del Decreto Supremo n° 1.220 (que estimamos de dudosa constitucionalidad por tratarse de una verdadera norma interpretativa al artículo 177 del Código de Aguas por vía reglamentaria) remitía el procedimiento de perfeccionamiento al juicio sumario, al hacer aplicable el artículo 177 del Código de Aguas, lo que encontraba sustento en la frase “(...) todas las demás cuestiones relacionadas con ellos (...)” que utiliza el referido artículo. Esto generaba problemas prácticos importantes, no solo por el dudoso carácter contencioso de este juicio al considerar con calidad de demandada a la DGA, sino que además por el notable problema de competencia que generaba, puesto que, de conformidad a las reglas generales, es competente el tribunal donde tenga su domicilio el demandado (artículo 134 del Código Orgánico de Tribunales) y, siendo la DGA la demandada, necesariamente, cualquier solicitud de perfeccionamiento de un DAA debía ser interpuesta en los tribunales civiles de Santiago, ciudad donde tiene su domicilio legal el Director Nacional de la DGA, con los inconvenientes prácticos que ello genera para litigantes de regiones. Lo cierto es que, en la práctica, frecuentemente se obviaba esta regla de competencia.

Y el hecho que este procedimiento fuera conocido por los tribunales ordinarios civiles repercutía en lo sustantivo ya que las sentencias dictadas en juicios de perfeccionamiento frecuentemente no guardaban armonía unas con otras a pesar de estar referidas a una misma corriente o bien carecían de fundamentos técnicos, dictándose muchas veces aún con omisión del informe respectivo de la DGA, por la demora en ser acompañado éste a la causa.

Para más detalles respecto a este tema v. BALTRA (2002), pp. 245 y ss.

Lo anterior tiene sustento en el texto mismo del artículo segundo transitorio del Código de Aguas al disponer, en su nueva letra e), a propósito de la resolución que reconoce el DAA, que esta última además “señalará las características esenciales del derecho de aprovechamiento”, lo que no es otra cosa que perfeccionar el DAA⁶³.

Sobre lo anterior, debe tenerse presente que es un principio rector del Código de 1981, que todos los DAA otorgados y reconocidos cumplan con los requisitos y características esenciales que permitan una correcta individualización, caracterización y determinación de los mismos, de acuerdo a los estándares fijados por el propio Código, lo que se ve reflejado en diversas normas diseminadas a través de su articulado, en especial, la de los artículos 16, 17, 18, 122, 309, 310, 311, 312 y 313, entre otras. En el mismo sentido apuntan desde luego las normas del Decreto Supremo n° 1.220, de 1998, en especial los artículos 33 letra a), 44 y 45.

Por otra parte, la existencia misma del CPA supone que los DAA que se incorporen al mismo se encuentren perfeccionados, tal como imperativamente lo establece el artículo 44 del Decreto Supremo n° 1.220, de 1998. En este sentido Arévalo Cunich señala: “El trámite del registro en el Catastro Público de Aguas supone necesariamente que los derechos que se anoten en el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas contengan las menciones necesarias para tener una acertada inteligencia de los aspectos esenciales de los mismos, los que se encuentran señalados fundamentalmente en el artículo 149 del Código de Aguas y en el artículo 45 del mismo Reglamento del Catastro”⁶⁴.

En la práctica, durante los últimos años, toda solicitud de regularización de un DAA por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas antes de la entrada en vigencia de la Ley 21.435, llevaba implícita la de su perfeccionamiento, en caso que, claro está, se dieran los supuestos para ello. De este modo, la resolución de la DGA que en definitiva declaraba regularizado el DAA se encargaba de establecer las características esenciales del mismo de conformidad al artículo 45 del Decreto Supremo n° 1.220, de 1998⁶⁵. Por tanto, el establecimiento del perfeccionamiento como uno de los aspectos que

⁶³ El Manual en su apartado 6.11 referido al Informe Técnico dentro del procedimiento de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas, hace alusión expresa a varias de las características que se estiman esenciales en el DAA señalando que “(...) se reconocerá el tipo de derecho, ejercicio, caudal y/o volumen que haya sido acreditado durante el proceso de regularización (...)”. Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 196.

⁶⁴ ARÉVALO (2000), p. 557.

⁶⁵ Lo dicho tenía pleno sentido práctico pues se evitaba tener un procedimiento administrativo seguido de dos procedimientos judiciales, es decir, efectuada la solicitud administrativa de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas, ella concluía con la respectiva resolución administrativa

debe considerar la resolución administrativa no es más que el reconocimiento de una realidad práctica y que estimamos sin lugar a dudas un gran acierto normativo.

Habiendo quedado entonces asentado que el perfeccionamiento del DAA que se está regularizando está implícito en toda solicitud de regularización de un DAA por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas, resulta necesario analizar algunas cuestiones referentes al perfeccionamiento de DAA que deben ser especialmente consideradas, a nuestro juicio, en una solicitud de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas.

Sobre lo anterior y pensando especialmente en casos de regularización de aguas superficiales por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas⁶⁶, el Manual, en su Capítulo XIII referido a la solicitud de perfeccionamiento de los títulos en que consten los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales/subterráneas (PT) y, dentro de este último, el punto 4.10 acerca de la Solicitud de antecedentes técnicos y legales adicionales, dispone que la DGA podrá solicitar “Certificados de las Organizaciones de Usuarios, respecto de equivalencias de acciones/regadores, si no existe información en este Servicio. Previamente, la Dirección Regional de Aguas revisará los datos disponibles, especialmente sobre equivalencias, en el Registro Público de Organizaciones de Usuarios, tanto en los estatutos como en sus registros de comuneros, información que prevalecerá sobre el citado certificado (...)”⁶⁷ y, en el punto 4.11, referido al Informe técnico, indica que para la elaboración del mismo se deberán consultar “(...) Pronunciamientos previos de la DGA sobre perfeccionamientos en la misma fuente (...)”⁶⁸ y tenerse presente que “(...) No procede limitar el derecho que se pretende perfeccionar en función de la tabla de equivalencias contenida en el decreto supremo N° 743, de 2005, del Ministerio de Obras Públicas, y sus modificatorias, ni tampoco aplicar factores de uso (...) En el caso que el perfeccionamiento se asocie a equivalencias dentro del canal (acciones canal), el informe deberá indicar su valor en la respectiva fuente natural, haciendo distinción entre ambas equivalencias. También se deberá colocar

para dar paso a la etapa judicial; una vez dictada la sentencia firme y ejecutoriada que declaraba regularizado el DAA y, de no mediar el perfeccionamiento mismo en la sentencia judicial, necesariamente tendría que iniciarse un nuevo juicio sumario para perfeccionar dicho DAA y registrarlo en el CPA.

⁶⁶ No descartamos en todo caso que lo que se desarrollará a continuación sea aplicable a aquellos que intenten regularizar derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, dentro de los plazos establecidos por las disposiciones transitorias de la Ley 21.435, estando vigente una Comunidad de Aguas Subterráneas.

⁶⁷ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 214.

⁶⁸ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 215.

especial atención que dentro de una Junta de Vigilancia no exista equivalencias distintas en la fuente natural entre sus miembros.”⁶⁹.

Las normas precedentemente transcritas resultan de especial relevancia si lo que se pretende regularizar son derechos de aprovechamiento de aguas superficiales expresados en acciones de canales por cuanto estimamos que, en la solicitud de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas, necesariamente habrá que hacer referencia a la conversión en volumen por unidad de tiempo de la acción de canal a regularizar (artículo 309 del Código de Aguas). En este sentido especial importancia práctica adquirirá el respectivo certificado que la OUA pueda otorgar al interesado reconociendo su calidad de integrante de la organización y estableciendo además, de ser posible, la respectiva conversión⁷⁰.

Asimismo las sentencias dictadas en procedimientos de regularización o perfeccionamiento en la misma fuente y previos a las leyes 21.435 y 21.586 serán antecedentes de importancia para ser acompañados puesto que, en ambos casos, debería existir un pronunciamiento de la DGA sobre el punto: en el caso de la regularización, la resolución administrativa informando al tribunal competente sobre el parecer del Servicio y, en el caso de los juicios de perfeccionamiento, el respectivo informe acompañado a los autos.

Un aspecto que sin lugar a dudas generará importantes dificultades prácticas será la distinción que el Manual hace entre las equivalencias al interior de la respectiva OUA (acciones de canal) y aquella que debe existir en la respectiva fuente natural, tema no pacífico y que seguramente se verá acentuado en aquellas corrientes seccionadas por aplicación del artículo 264 del Código de Aguas. Por exceder los objetivos de este trabajo, es una problemática que solamente dejamos esbozada en estas breves líneas⁷¹.

⁶⁹ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 217.

⁷⁰ Se ha observado que una de las formas más comunes en que las OUAs de larga data realizan esta conversión es dividiendo la dotación de agua otorgada en el respectivo título (por ejemplo una merced de aguas) por el número de acciones. En otras ocasiones, la conversión se realiza conforme a las reglas estatutarias.

⁷¹ Por lo señalado serán de capital importancia en este punto los estudios previos que la DGA pueda tener respecto a la cuenca en la cual se está regularizando el DAA como asimismo los informes que la DGA acompaña en las causas sobre constitución de OUAs en los que pueden estudiarse los aforos efectuados y otros aspectos técnicos relacionados con la cuestión. Asimismo el estudio de antiguos antecedentes como los títulos concesionales de los DAA de la OUA o las antiguas matrículas de los canales deberán considerarse atendidas las particularidades del caso.

Finalmente, no podemos dejar pasar que el Manual ordene “(...) colocar especial atención que dentro de una Junta de Vigilancia no exista equivalencias distintas en la fuente natural entre sus miembros (...)” (Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 217). Esta norma podría llegar a enfrentar dificultades en su aplicación práctica en ciertas cuencas en que cada OUA dependiente de la respectiva junta de vigilancia, tendrá distintas conversiones internas de sus respectivas

Finalmente no podemos dejar de referirnos brevemente a dos aspectos relacionados con el perfeccionamiento de DAAs y estrechamente vinculados al procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas.

En primer lugar, saludamos la supresión en el Manual de la aplicación de la tabla de equivalencias contenida en el decreto supremo N° 743, de 2005, del Ministerio de Obras Públicas en los procedimientos de perfeccionamiento y, por ende, de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas. Frecuente era la aplicación de dicha tabla en los procedimientos de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas de DAA de aguas superficiales sin expresar, en muchas ocasiones, un fundamento legal claro respecto a su aplicación. El uso de dicha tabla por parte de la DGA en variadas ocasiones, obviaba las conversiones internas que cada OUA tenía sobre sus respectivas acciones, desconociendo además las conversiones que a nivel de cuenca podría manejar una junta de vigilancia resultando ser entonces un criterio arbitrario, de dudosa legalidad y que atentaba contra la esencia misma del DAA.

En segundo lugar, resulta asimismo un acierto que el Manual haya establecido una presunción respecto de los DAAs sujetos a turno dentro de la OUA, al considerarse como de ejercicio permanente y continuo⁷². El establecimiento de esta norma, aunque sea por la vía del Manual, es una demostración del sentido de la realidad, la fuerza de los hechos, permitiendo conciliar las definiciones legales, especialmente la del artículo 19 del Código de Aguas con la realidad.

2.2.6 Algunas notas sobre la oposición al procedimiento

La letra c) del artículo segundo transitorio del Código de Aguas dispone que “(...) Los terceros afectados podrán deducir oposición mediante presentación que se sujetará a las reglas señaladas en la letra anterior (...)”, norma que se mantuvo prácticamente idéntica respecto a su redacción anterior a la Ley 21.435 y que nos remite al Título I del Libro II del Código, es decir, al artículo 132 del Código de Aguas.

Sobre esta norma debe tenerse presente que, en virtud del artículo 10 transitorio de la Ley 21.435, modificado por la Ley 21.586, tendrá un texto diferente al actualmente

acciones, sea por una cuestión estatutaria, histórica o derechamente relacionada con el título concesional. Estimamos que la correcta aplicación de esta normativa, en la práctica, guardará relación con la determinación de caudales en atención a las llamadas tablas de reparto.

⁷² Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 217.

vigente, el cual será del siguiente tenor: “Los terceros titulares de derechos de aprovechamiento constituidos e inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo que se sientan afectados en sus derechos, podrán oponerse a la presentación dentro del plazo de treinta días contados desde la fecha de la última publicación o de la notificación, en su caso”. Este texto entrará en vigor el 6 de abril del año 2025 y en base a él desarrollamos los siguientes comentarios.

Como cuestión preliminar, aplicable tanto al actual como futuro texto, es que la oposición solo podrá formularse en sede administrativa, siendo resuelta por el respectivo Director Regional de la DGA, todo ello, al ser suprimida la etapa judicial del procedimiento de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas, con excepción, desde luego, de todos aquellos procedimientos tramitándose bajo el imperio del texto previo a la Ley 21.435 del artículo segundo transitorio del Código de Aguas, pues en tal caso, la oposición también puede formularse en la etapa judicial⁷³.

Por otra parte, el plazo de entrada en vigencia del nuevo texto del artículo 132 del Código de Aguas guarda relación con el plazo para inscribir aquellos DAA no inscritos al 6 de abril de 2025 (artículo 2 inciso primero transitorio Ley 21.435) y para registrar en el CPA todos los DAA inscritos (artículo 2 inciso cuarto transitorio Ley 21.435).

La norma en comento fue introducida tempranamente durante la tramitación de la Ley 21.435, en primer trámite, con un texto idéntico al aprobado en definitiva, mediante indicación del Ejecutivo⁷⁴.

Destaca del futuro texto el hecho de haberse circunscrito notablemente el ámbito de aplicación de la norma, pasando de una oposición exageradamente amplia (tal vez la más amplia de nuestro ordenamiento jurídico) a una razonablemente circunscrita y más acotada, en armonía con la idea rectora del nuevo Código de Aguas, tras la reforma de la Ley 21.435, que enfatiza que todos los DAAs deben encontrarse inscritos en el Conservador de Bienes Raíces competente y debidamente registrados en el CPA⁷⁵.

⁷³ El Manual precisa, a propósito de las normas comunes, que en contra de la resolución del Director Regional procede recurso de reconsideración (Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 21).

Por otra parte debe tenerse presente que, en virtud del artículo 11 transitorio de la Ley 21.435, quienes se encuentren regularizando por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas pueden presentar oposición respecto de terceros.

⁷⁴ Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, p. 33.

⁷⁵ El debate en torno a la Ley 21.435 no estuvo exento de debates con relación a esta norma. A modo meramente ilustrativo se reproducen algunas intervenciones con relación al punto. El señor Diego Castro, Secretario Ejecutivo de la Federación de Juntas de Vigilancia de la Provincia de Curicó señaló, durante el informe de la Comisión de Agricultura: “(...) La imposibilidad de oponerse a cualquier solicitud efectuada ante la Dirección General de Aguas o acción que pudiera afectar el derecho de quienes no los tienen

El futuro texto ha delimitado notablemente a los terceros opositores, circunscribiéndolos a aquellos que sean titulares de DDAs constituidos e inscritos en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo, a diferencia del actual y vigente texto que simplemente habla de terceros, pudiendo oponerse aún quienes tengan derechos reconocidos o sean usuarios del agua.

Lo anterior plantea una duda con relación a la oposición que eventualmente puedan presentar las OUAs, cuestión que, por lo demás, está expresamente contemplada y permitida en el Manual⁷⁶.

En efecto, bajo el imperio del actual texto no cabe duda que las OUAs pueden ser legítimos opositores al procedimiento de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas en atención a los amplios términos en que la norma está redactada. Sin embargo la duda surge con el futuro texto puesto que ha delimitado expresamente a quienes se considera como terceros.

Sobre lo anterior cabe recordar que la OUA no es la titular de los DAAs, sino que lo son los comuneros individualmente considerados quienes obtienen el reconocimiento legal de su organización, a través de los procedimientos contemplados en el propio Código, del hecho anterior y constitutivo de la comunidad de hecho que gobierna a sus DAAs. Luego, forzoso resulta concluir, reconociendo lo discutible de la cuestión, que las OUAs no puedan ser legítimos opositores cuando el futuro texto del artículo 132 del Código de Aguas entre en vigencia⁷⁷, sin perjuicio que, tal vez por vía jurisprudencial, se amplíe en el futuro la legitimación a las OUAs⁷⁸.

En todo caso, estimamos que las eventuales observaciones que una OUA pueda tener con relación a la regularización de un DAA puede siempre manifestarlas al tiempo en que emita su informe con lo cual queda resguardada su participación.

inscritos, de acuerdo con el nuevo artículo 132, inciso primero. Al respecto, expresó que el derecho de aprovechamiento de aguas, especialmente los consuetudinarios, no se acredita con la inscripción, sino con el título respectivo e, incluso, con otros medios, como es el caso de los reconocimientos que efectúan las organizaciones de usuarios. Así, subrayó que privar al dueño que no tiene sus derechos inscritos de la posibilidad de oponerse a una solicitud limita una de las más importantes facultades del derecho de dominio (...)” (Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, p. 896). En el mismo sentido Ezio Costa, en idéntico trámite, señaló: “(...) su aprensión por una modificación que esta reforma realiza al artículo 132, sobre la oposición a la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas. Hoy, reseñó, la citada disposición permite a cualquier tercero oponerse, no obstante, la nueva norma restringiría dicha oposición sólo a quienes son titulares de derechos de aprovechamiento. Con ello, reparó, se debilitaría la protección de los territorios (...)” (Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, p. 913).

⁷⁶ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 192.

⁷⁷ Lo anterior sin perjuicio que la propia OUA pueda ser titular de un DAA en particular, cuestión que, aunque jurídicamente discutible, se da frecuentemente en la práctica.

⁷⁸ Así ha ocurrido por ejemplo con el amparo judicial de aguas, acción cautelar especial regulada en el Código de Aguas en que se ha permitido, por vía jurisprudencial, su interposición por una OUA.

En lo que respecta a la afectación del derecho de su titular, la ley no ha definido a qué se refiere ello, cuestión que en definitiva, será soberanamente resuelta por el tribunal civil que conozca de la oposición atendidas las circunstancias de la especie.

A pesar de lo dicho, podemos identificar algunos supuestos en que indudablemente podría fundarse una oposición en el marco del procedimiento de regularización de DAAs del artículo segundo transitorio del Código de Aguas.

No cabe duda que existe afectación al derecho de un tercero cuando no se haya observado algún requisito de publicidad o bien se haya omitido algún trámite esencial en el marco del procedimiento de regularización.

Asimismo existirá afectación cuando el solicitante no cumpla con alguno de los requisitos fundantes para regularizar, como lo sería por ejemplo, que esté actualmente haciendo uso de las aguas de forma clandestina, ocultando el uso de las mismas a quien tiene el respectivo DAA inscrito o bien que use las aguas habiendo ejercido violencia en contra del actual poseedor inscrito del DAA. También lo será el caso de quien pretenda regularizar por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas sin estar haciendo uso efectivo y actual del agua, requisito esencial para acceder a la solicitud, según se ha revisado anteriormente.

2.2.7 Sobre la inscripción y registro del derecho de agua regularizado

La letra e) del artículo segundo transitorio del Código de Aguas hace aplicable a la resolución que reconozca el DAA lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Aguas, norma modificada también por la Ley 21.435 y que también extiende expresamente su ámbito de aplicación al artículo segundo transitorio del Código de Aguas⁷⁹.

Resulta claro el sentido de la norma, cual es evitar que quienes obtengan DAAs ya sea por el procedimiento ordinario concesional o vía regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas no inscriban los DAA en el Conservador respectivo, soslayando el espíritu de la Ley 21.435 y, por cierto, contribuyendo a perpetuar la actual situación de incertidumbre de los DAAs concedidos.

⁷⁹ Celebramos la circunstancia que se haya suprimido la escrituración de la resolución administrativa por ser un trámite innecesario, sobreabundante, que podía generar errores de transcripción y que, en definitiva ayuda a abaratar los ya elevados costos de regularizar por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas.

La norma concentra en la DGA la facultad de inscribir los DAA y de registrarlos en el CPA previo depósito del dinero respectivo por parte del solicitante.

El Manual, a propósito de las normas comunes complementa la ley señalando además que la DGA debe verificar la correcta inscripción del DAA como asimismo informar del resultado al solicitante⁸⁰.

Si bien la norma en comento asegurará que todos los DAA que en el futuro se otorguen, así como todos aquellos que se regularicen por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas queden inscritos y registrados en el CPA, criticamos que todo ello haya quedado radicado exclusivamente en el órgano estatal, por cuanto los tiempos de demora de este trámite en relación a que lo realicen directamente los particulares es muy superior, aumentando en varios meses más un ya excesivamente largo procedimiento administrativo.

Creemos que debería haberse optado por una solución intermedia: que la DGA igualmente tuviese la facultad descrita pero dando la opción al solicitante de poder practicar por sí mismo la inscripción conservatoria bajo una sanción de caducidad del derecho reconocido en caso de no efectuarse dentro de un determinado plazo y dejando constancia de todo ello en el respectivo expediente administrativo.

La norma indudablemente es un acierto, en los términos expresados, pero carece de un evidente sentido de realidad.

3. Sobre los plazos de regularización establecidos en las disposiciones transitorias de la Ley 21.435; la regularización de derechos de aprovechamiento de aguas después de la caducidad del procedimiento del artículo 2 transitorio del Código de Aguas y; algunas notas sobre una futura modificación del Catastro Público de Aguas tras la dictación de las Leyes 21.435 y 21.586

Uno de los pilares sobre los cuales se sustenta la reforma de la Ley 21.435 y que guarda relación con el procedimiento de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas, lo constituye el sobre otorgamiento de DAA⁸¹.

⁸⁰ Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, del 2024, p. 33.

⁸¹ En la moción parlamentaria en primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados se señaló al sobre otorgamiento de derechos como una de las consecuencias del contexto político y normativo que justificó la moción parlamentaria (Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, p.3).

Por otra parte, no podemos desconocer las líneas jurisprudenciales de la Corte Suprema que rechazaron regularizaciones de DAAs basadas en el carácter de norma transitoria que tiene el artículo segundo transitorio del Código de Aguas⁸².

En fin, tras más de cuatro décadas de existencia, la norma transitoria del artículo segundo transitorio del Código de Aguas, para algunos, debía llegar a su fin, cuestión que aconteció, en parte, bajo las condiciones que analizaremos a continuación, en virtud de las disposiciones transitorias de la Ley 21.435.

En este apartado final nos referiremos brevemente a tres cuestiones: los plazos de regularización establecidos en las disposiciones transitorias de la Ley 21.435; la regularización de derechos de aprovechamiento de aguas después de la caducidad del procedimiento del artículo 2 transitorio del Código de Aguas y; efectuaremos unos breves

Asimismo, en la intervención de la Fundación Terram en primer trámite constitucional ante la Cámara de Diputados en el Informe de la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación, se citaron las recomendaciones de la OCDE en el año 2005, la cual se refirió a mejorar el registro de derechos de agua y reiteró el tema de sobre otorgamiento de DAA (Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, pp. 47-48).

Por otra parte, en el Informe de la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación, en primer trámite constitucional, el entonces Director General de Aguas don Carlos Estévez señaló "(...) la DGA resuelve anualmente unas 3.500 solicitudes de este tipo. Hoy día hay un gran número de peticiones pendientes (alrededor de 12.000), pues se pone especial cuidado en no afectar los derechos de terceros, según lo dispone la ley. Vinculado al punto, reconocieron que en algunos casos la justicia ha otorgado derechos de aprovechamiento de aguas en contra de la opinión de la DGA, sobre la base de lo que dispone el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, que consagra la regularización de los denominados "derechos inmemoriales (...)" (Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, p. 61).

⁸² Alejandro Vergara Blanco expone los argumentos de esta línea jurisprudencial, los cuales transcribimos en lo esencial: "i) Recalca la Corte el hecho de que el tema está regulado en una disposición "sólo" transitoria (art. 2 transitorio del Código de Aguas), como si un mandato legal que está contenido en una disposición llamada "transitoria" fuese de menor calidad regulatoria. Se esgrime como obstáculo el supuesto carácter provisorio de la norma, sin parar mientes dichos sentenciadores en que las disposiciones transitorias, en técnica legislativa, no dicen necesaria relación con su corta o larga vigencia, o duración, sino con su aptitud para regular situaciones "de tránsito" entre dos regímenes, uno antiguo y uno nuevo, cuyo es el caso (...) Pues, aunque parezca extraño, este artículo 2 transitorio del Código de Aguas es una disposición de "tránsito" que se ha aplicado de manera muy prolongada, sin ilegitimidad jurídica alguna, sin perjuicio de no existir en el régimen jurídico vigente otra norma que regule esa situación. Si el artículo 2 transitorio del Código de Aguas ha permanecido vigente por más de treinta años se ha debido a la inexistencia de un plazo de cierre para su aplicación; de ahí que hoy permanece abierta la posibilidad de recurrir a la vía procedimental que tal disposición legal consagra, y ello será así mientras no sea derogada o modificada por otra ley; ii) (...) que habrían transcurrido "demasiados" años desde 1981, olvidando que la ley no establece plazo para la regularización. Se agrega así a las sentencias una opinión no jurídica, voluntarista, del puro sentimiento y la impresión que le causa al juez el hecho de haber transcurrido ¡tanto! tiempo desde 1981 hasta ahora como para que se siga utilizando esta herramienta regularizadora. Los autores de esas sentencias tienen la errónea impresión de que por el transcurso del tiempo se hubiese producido el efecto de hacer "desaparecer" el mandato legal, lo que es contradictorio con la plena vigencia de ese artículo 2 transitorio del Código de Aguas según ya se señaló. Esto es gravemente equivocado de parte de la Corte, pues deja de aplicar una norma vigente sin un fundamento jurídico plausible, sino en base a una pura intuición no contrastada con la información fidedigna de tratarse de una ley plenamente vigente; iii) (...) el solicitante actual debería probar un uso "personal", tanto en 1981 como ahora; esto es in personam, olvidando esos redactores que el derecho de aguas es un derecho real y que esa exigencia — inventada y fruto de la pura fantasía de la Corte— es absolutamente imposible en el caso de personas jurídicas." (VERGARA (2018), pp. 89-90).

comentarios sobre una futura modificación del CPA a propósito de la dictación de las Leyes 21.435 y 21.586.

3.1. Los plazos de regularización por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas en virtud de las disposiciones transitorias de la Ley 21.435

Es el artículo primero transitorio inciso segundo de la Ley 21.435 el que dispone que el procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas solo podrá iniciarse dentro del plazo de cinco años contados desde la fecha de publicación de la Ley 21.435, esto es, el 6 de abril de 2022, por lo que el plazo al que se refiere la norma expira el 6 de abril del año 2027.

Destacamos que la ley exige que el procedimiento simplemente se inicie, no que esté concluido, de lo que se colige que bastará con la sola presentación de la solicitud de regularización, dentro del plazo establecido, para poder seguir regularizando un DAA por el artículo segundo transitorio del Código de Aguas⁸³.

Por su parte, el inciso primero del mismo artículo dispone que los DAAs constituidos o reconocidos antes de la publicación de la Ley 21.435 así como los usos que fuesen regularizados conforme al procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas continuarán estando vigentes, es decir, serán de carácter indefinido en el tiempo, por lo que no les resulta aplicable el plazo de concesión de treinta años a que se refiere el artículo 6 del Código de Aguas, pero sí las causales de extinción de los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5 (extinción por no construcción de obras de captación de las aguas).

La lectura conjunta del inciso primero del artículo primero transitorio con el inciso primero del artículo segundo, ambos de la Ley 21.435, aclaran la extinción de DAA en base a la siguiente distinción: a) en el caso de los usos no regularizados, ellos se extinguirán el 6 de abril de 2027, salvo excepción legal constituida por los indígenas y comunidades indígenas (artículos 2 y 9 de la Ley 19.253); b) en el caso de los DAA

⁸³ Una cuestión no resuelta expresamente y que con toda seguridad acontecerá una vez cumplido el plazo de caducidad del procedimiento, se refiere a aquellas solicitudes que, habiendo sido efectuadas dentro de plazo sean desestimadas por la DGA sin una resolución administrativa de término o final, sino por cuestiones meramente procedimentales (formas anómalas de terminación del procedimiento administrativo) y que sean reingresadas a tramitación ante la DGA una vez vencido el plazo del 6 de abril de 2027, pudiendo suscitarse la duda si ellas se considerarán dentro del plazo establecido en la Ley 21.435 o no. La correcta interpretación a nuestro juicio será que dichas solicitudes deberán estimarse como concluidas, en virtud del artículo 40 de la Ley 19.880 (por causas sobrevinientes) y cuyo reingreso deberá ser rechazado por la DGA.

constituidos por acto de autoridad competente no inscritos, ellos se extinguirán el 6 de abril de 2025, salvo las excepciones legales.

Respecto a la limitación del plazo de regularización por el procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas en virtud de lo establecido en el artículo primero transitorio inciso segundo de la Ley 21.435, ella fue incorporada por primera vez al proyecto mediante indicación sustitutiva del Ejecutivo de fecha 8 de septiembre de 2015, en primer trámite constitucional⁸⁴. La misma indicación sustitutiva del Ejecutivo, fue la que estableció el primitivo plazo de 18 meses para registro en el CPA del artículo 2 transitorio de la Ley 21.435⁸⁵.

Sobre la disposición transitoria en análisis estimamos que si bien, la exclusión de los indígenas y comunidades indígenas aparece justificada en atención a las particularidades con que los DAAs son usados y ejercidos por estos grupos, estimamos que el universo de exclusiones podría haber considerado a pequeños agricultores, tal como se contempló para el registro de los DAAs en el CPA (artículo segundo transitorio inciso quinto Ley 21.435).

El hecho de haber considerado una exclusión en lo referido a la caducidad del procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas nos lleva a cuestionar hasta qué punto tienen validez las críticas relacionadas con el carácter de transitorio de la norma toda vez que, para los indígenas y comunidades indígenas el artículo segundo transitorio del Código de Aguas será una norma permanente en el tiempo.

Finalmente reprochamos enfáticamente el absurdo plazo de caducidad que se estableció para poder regularizar DAAs máxime que, durante la tramitación de la ley, en variados pasajes es posible advertir la abrumadora cantidad de derechos que deberán regularizarse⁸⁶.

⁸⁴ Dicha modificación se incorporaba originalmente como un inciso tercero nuevo al artículo 1 transitorio del proyecto del siguiente tenor "(...) Los procedimientos descritos en los artículos 2° y 5° transitorios del decreto con fuerza de ley N° 1.122, de 1981, del Ministerio de Justicia, que fija el texto del Código de Aguas, sólo podrán iniciarse dentro del plazo de 5 años contados desde la fecha de publicación de esta ley. Vencido este plazo, no será admitida la solicitud de regularización. Los titulares de solicitudes de regularización que hayan presentado su requerimiento de conformidad a las normas vigentes con anterioridad, podrán voluntariamente someterse a este nuevo procedimiento, haciendo constar el desistimiento o renuncia, en sede judicial o ante el Servicio Agrícola y Ganadero, según corresponda." (Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, p. 36).

⁸⁵ Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, pp. 36 y 37.

⁸⁶ Solo a modo ilustrativo citamos el siguiente pasaje de la historia fidedigna de la ley a propósito de la intervención del Director General de Aguas de la época Óscar Cristi en el Informe de la Comisión de Constitución: "(...) Para efectos de demostrar la magnitud del problema que se podría originar en materia de derechos susceptibles de regularización, observó, que desde que se aprobaron los artículos 2° y 5° transitorios, más de 33.000 expedientes de esa naturaleza se han tramitado en la Dirección General de Aguas. Asimismo, en un trabajo conjunto realizado por la Dirección General de Aguas con diversas juntas

Resulta incomprensible y falto del más elemental sentido común el haber establecido un plazo tan acotado, sin tener en consideración la situación actual de miles de regantes en Chile, las precarias condiciones en que funcionan muchas OUAs -algunas de las cuales funcionan sin reconocimiento legal alguno-, la lentitud en la resolución de expedientes administrativos de regularización por parte de la DGA (más de dos años), la ingente carga laboral a que los funcionarios de dicho servicio se han visto sometidos tras la modificación al Código, la carga de trabajo de los tribunales de justicia (determinante para las regularizaciones de DAAs anteriores a la Ley 21.435 y para los procedimientos de perfeccionamiento judicial de DAAs antes de la Ley 21.586), la forma en que llevan los registros de propiedad de aguas muchos conservadores de bienes raíces a lo largo del país y, sin haber considerado el contexto social y político en que la Ley 21.435 fue publicada⁸⁷.

Si lo que se quería era fomentar la regularización de DAAs a fin que todos los usuarios tuviesen sus derechos inscritos en el conservador de bienes raíces y registrados en el CPA se debió proceder de otra forma, considerando establecer incentivos económicos para la regularización de DAAs, estableciendo procedimientos simplificados para la regularización de DAAs de miembros de OUAs, aumentando la dotación de funcionarios en la DGA y considerando un plazo no inferior a diez años.

Creemos que la dictación de la Ley 21.586 vino en parte a reconocer las malas decisiones tomadas en este sentido, extendiendo -ingenuamente por cierto- los plazos para inscribir DAAs no inscritos, registrar DAAs en el CPA y ampliar el plazo de conformación de las comunidades de aguas subterráneas.

Es de esperar que nuestros legisladores, con sentido de realidad, corrijan este error y se prorroguen realistamente los plazos establecidos en la Ley 21.435.

de vigilancia para identificar los derechos ejercidos, pero que no estaban regularizados, se determinó que, de 138.000 derechos de aprovechamiento de aguas identificados, 132.000 requerían someterse a un proceso de regularización (...)” (Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, p. 1428).

⁸⁷ No debe perderse de vista que a la fecha de publicación de la Ley 21.435 estábamos ad portas del plebiscito para aprobar o rechazar el primer texto constitucional propuesto el que contenía importantes regulaciones en materia de aguas, las que, por su entidad y contenido aconsejaban posponer cualquier tipo de inversión de tiempo y dinero para cumplir con la Ley 21.435. Una vez rechazado dicho proyecto hubo que esperar el resultado del segundo plebiscito a fin de tener seguridad jurídica y certezas, siendo, en definitiva, también rechazado. Una simple observación del tiempo transcurrido en estos procesos permite concluir, sin dificultad alguna, que de los cinco años que se consideraron para la regularización de DAAs se perdieron al menos dos.

3.2. La regularización de derechos de aprovechamiento de aguas después de la caducidad del procedimiento del artículo 2 transitorio del Código de Aguas

Dejando de lado el caso de los indígenas y comunidades indígenas expresamente exceptuados, el procedimiento del artículo segundo transitorio del Código de Aguas caducará de acuerdo a los plazos ya revisados y con ello la posibilidad de regularizar DAAs por dicha vía⁸⁸.

Sin embargo, a pesar de la caducidad señalada, quedarán empero subsistentes al menos dos procedimientos de regularización: el del artículo 1 transitorio del Código de Aguas y el procedimiento especial contemplado en el artículo décimo tercero transitorio de la Ley 21.435, incorporado por la Ley 21.586⁹⁰.

Con relación al procedimiento del artículo 1 transitorio del Código de Aguas, el que llegará a tener mayor relevancia que la actual -siempre a la sombra del artículo segundo transitorio del Código de Aguas-, la Ley 21.435 no solo hace expresamente aplicable su procedimiento al supuesto de aquellos DAA no inscritos constituidos por acto de autoridad y que no se inscriban dentro del plazo de tres años contados desde la publicación de la Ley 21.435, esto es, el día 6 de abril de 2023 tras la reforma de la Ley 21.586, sino que además no ha limitado su aplicación en el tiempo, pudiendo sostenerse que será el único procedimiento de regularización con alcance general que seguirá vigente una vez cumplidos los plazos establecidos en el artículo 1 transitorio de la Ley 21.435 y que quedará circunscrito desde luego a DAA que han ingresado al régimen de posesión inscrita.

Respecto al procedimiento de regularización del artículo décimo tercero transitorio de la Ley 21.435, incorporado por la Ley 21.586, cuyo análisis pormenorizado escapa a los objetivos del presente trabajo, tampoco fue objeto de una limitación temporal para su empleo, cuestión que resulta inconsistente con la arquitectura planteada por la Ley 21.435 pero que, en definitiva, va en directo beneficio de los usuarios de una OUA comprendidos en la norma.

⁸⁸ Lo mismo acontecerá con los DAAs que deban regularizarse por el artículo quinto transitorio CA; dicho procedimiento también ha quedado sujeto a los mismos plazos de caducidad dispuestos para el artículo segundo transitorio del Código de Aguas.

⁹⁰ Como se señaló con anterioridad como mera referencia a propósito de la descripción general del procedimiento de regularización del artículo segundo transitorio del Código de Aguas antes de la Ley 21.435, para algunos como Christian Neumann Manieu, los procedimientos de regularización contemplados en el CA no se agotaban en los expresamente regulados por el Código, estimándolos como procedimientos especiales de regularización. A su juicio el procedimiento general y ordinario de regularización de DAAs es el reglado en los artículos 177 y siguientes del CA.

Para finalizar planteamos dos interrogantes, a una de las cuales daremos respuesta y otra simplemente dejaremos esbozada.

Una vez cumplidos los plazos de caducidad examinados para regularizar los usos consuetudinarios de aguas por los procedimientos de los artículos 2 y 5 transitorios del Código de Aguas ¿ellos desaparecerán?

Sostenemos que la teoría construida a lo largo de los años sobre los usos consuetudinarios, los que siempre se han considerado verdaderos DAA que simplemente no han ingresado el régimen de propiedad inscrita y que adquieren su existencia y reconocimiento jurídico en virtud de la fuerza de la costumbre, seguirán existiendo y ello por las siguientes razones que pasamos a exponer.

En primer lugar, podría pensarse que el artículo primero transitorio de la Ley 21.435 establecería su caducidad interpretando a *contrario sensu* los supuestos en que tanto los DAA reconocidos, constituidos y usos regularizados por los artículos 2 y 5 transitorios Código de Aguas mantendrán su vigencia. Sin embargo, dicha interpretación carece de fundamento puesto que en caso alguno ha establecido la extinción expresa de los DAAs ejercidos como usos consuetudinarios y difícilmente podría recurrirse a una interpretación tácita como la que se propone.

Un segundo argumento radica en la indubitada vigencia del DL 2.603, de 1979, una de las normas principales con que se construye la teoría de los usos consuetudinarios y su reconocimiento y protección por el ordenamiento jurídico en virtud de la presunción del artículo 7 del referido cuerpo legal.

En efecto, si alguna duda podía haber respecto a la vigencia del citado decreto ley⁹¹ a nuestro juicio ellas se han despejado por completo con la dictación de la Ley 21.435 puesto que dicho cuerpo legal derogó expresamente en su artículo 2 el artículo 5 del DL 2.603 de 1979. Si el mencionado decreto ley no está vigente ¿por qué fue objeto de una derogación expresa? Sobre este punto debe destacarse que la presunción del artículo 7 de este cuerpo legal, no fue afectada.

Finalmente estimamos que los usos consuetudinarios de aguas no desaparecerán del mundo jurídico pues éstos vienen dados por la fuerza de la costumbre como fuente principal de derecho que avala su existencia por lo que su vida jurídica no podría ser

⁹¹ Al respecto Alejandro Vergara Blanco da dos motivos para sostener su vigencia: 1) La remisión expresa que hace el artículo 181 del Código de Aguas a la norma en comento, a propósito del amparo judicial de aguas y; 2) La imposibilidad que la derogación orgánica contenida en el artículo 308 del Código de Aguas haya alcanzado al referido decreto ley por un criterio de especialidad y el contenido del mismo (VERGARA (2018), pp. 72-73).

suprimida por otra fuente del derecho, como lo es la ley, si esta última no contiene una declaración expresa y precisa en orden a declarar dicho derecho consuetudinario como *contra legem*, máxime si incluso gozan de reconocimiento y protección constitucional conforme al artículo 19 número 24 inciso final de la Constitución.

Pese a lo dicho, una vez cumplidos los plazos establecidos en la Ley 21.435, los usos consuetudinarios quedarán en una posición bastante desmejorada a la actual con relación a los DAAs inscritos, sin posibilidad de ser regularizados y sin la posibilidad para sus titulares de formular oposiciones a procedimientos administrativos (artículo 132 del Código de Aguas ya analizado)⁹².

Superada la primera interrogante planteada y concluyendo la subsistencia de los usos consuetudinarios de aguas surge la segunda interrogante: estos usos consuetudinarios ¿podrán llegar a regularizarse ingresando al sistema de propiedad inscrita? A nuestro juicio ello sí será posible recurriendo a la controvertida teoría de la prescripción adquisitiva constitutiva del DAA, cuestión largamente debatida por la doctrina y que, dada su extensión y por escapar a los objetivos del presente trabajo, solamente dejamos enunciada como una futura posibilidad de incorporación de los usos consuetudinarios al régimen de propiedad inscrita⁹³.

3.3. Futuras modificaciones al Reglamento del Catastro Público de Aguas con ocasión de la dictación de las Leyes 21.435 y 21.586

Para finalizar este trabajo y teniendo en cuenta que el perfeccionamiento de DAAs es un tema estrechamente vinculado al procedimiento de regularización de DAAs por el artículo 2 transitorio del Código de Aguas según hemos podido revisar en acápite anteriores, nos permitimos efectuar algunas notas relacionadas con futuras modificaciones que necesariamente deberán considerarse en el actual Reglamento del Catastro Público de Aguas establecido por el Decreto Supremo n° 1.220, de 1998 y refiriéndonos, más específicamente, a aquellas que guarden relación con el Registro

⁹² La imposibilidad de inscribir los usos consuetudinarios además acarreará otras consecuencias negativas, como por ejemplo la imposibilidad de postular a fondos concursables promovidos por la Comisión Nacional de Riego o el INDAP, organismos que exigen los DAAs inscritos para postulación a proyectos.

⁹³ Para un análisis detallado de la posibilidad de adquirir por prescripción DAA puede consultarse la excelente tesis de pre grado de Diego Alegría Maluenda titulada: “Teoría de la Constitución por Prescripción del Derecho de Aprovechamiento según el Código de Aguas de 1981” (ALEGRÍA (2012))

Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas⁹⁴ y las normas relacionadas al mismo.

En primer término, con relación al contenido mismo del RPDAA y teniendo a la vista lo dispuesto en el artículo 122 del Código de Aguas con relación a los artículos 15 y 16 del CPA, estimamos necesaria una modificación del reglamento en el sentido de incorporarse a dicho registro aquellos DAAs, tanto superficiales como subterráneos, que sean reconocidos por resolución de la DGA en virtud del nuevo procedimiento del artículo 2 transitorio del Código de Aguas según hemos podido revisar a lo largo de este trabajo, puesto que actual texto discierne su incorporación, como resulta obvio, mediante el registro de la respectiva sentencia judicial ejecutoriada resultante de la aplicación del texto del artículo 2 transitorio del Código de Aguas anterior a la reforma de la Ley 21.435.

Respecto a lo dicho y con relación además a lo dispuesto en el artículo 33 CPA, estimamos necesaria la incorporación al CPA de todos aquellos DAA reconocidos como tales por el solo ministerio de la ley y no solo el caso del actual artículo 56 bis del Código de Aguas (antiguo artículo 56 inciso segundo) referido a las llamadas aguas del minero (artículo 33 inciso primero letra c); nos referimos a los casos del artículo 20 del Código de Aguas y, especialmente, al del artículo 56 del Código de Aguas. Solo así se estaría cumpliendo el mandato legal impuesto en el artículo 122 del Código de Aguas, el que en su inciso quinto señala, en lo pertinente, “(...) 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 (...)”. La ley no distingue en el citado artículo 122 el origen del DAA -señalando por cierto esta circunstancia expresamente- de guisa que aún aquellos DAA que nacen a la vida del derecho por el solo ministerio de la ley deben estar incorporados también en el RPDAA: solo así se cumple además con el propósito del CPA claramente manifestado en el considerando que antecede a su texto⁹⁵.

Lo anterior además plantea un desafío legislativo en el sentido de idear una fórmula para poder catastrar adecuadamente dichos DAA toda vez que los mismos, por no estar ingresados al régimen de inscripción conservatoria, carecen de cualquier

⁹⁴ En adelante RPDAA

⁹⁵ Señala al respecto el citado considerando del CPA: “(...) Que, el Catastro Público de Aguas es imprescindible para que la Dirección General de Aguas pueda llevar adelante de un modo adecuado su misión de órgano encargado de la función pública de administración de las aguas, toda vez que sin un conocimiento cabal y exhaustivo, científica y prácticamente comprobable, del recurso y de los usos del mismo, resulta imposible que dicho Servicio pueda cumplir de una manera eficiente y moderna las funciones que la ley le ha encomendado (...)”.

documento oficial o instrumento público que permita acreditar su existencia o indicar sus características esenciales como tales; he aquí un tópico de *lege ferenda* a resolver.

Por otra parte el actual texto del artículo 150 del Código de Aguas en relación con al artículo 122, los artículos 32 y 37 del CPA y a la disposición segunda transitoria inciso cuarto de la Ley 21.435 obliga a hacer algunas precisiones con relación al sujeto obligado a registrar un DAA en el CPA. De este modo, para todos aquellos titulares de DAAs que antes del 6 de abril de 2025 tengan sus DAA inscritos en el conservador de bienes raíces mas no registrados en el CPA serán los únicos obligados a efectuar el respectivo registro en el CPA, mientras que, para aquellos que regularicen un DAA por el procedimiento del artículo 2 transitorio del Código de Aguas con posterioridad a dicha fecha, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 150 del Código de Aguas, será la DGA la que estará obligada tanto a requerir la inscripción conservatoria pertinente sino que también el registro en el Catastro.

Lo señalado anteriormente fluye de la que estimamos, es la correcta interpretación de las precitadas normas y que, lamentablemente, no se condice con el actual texto de los artículos 32 y 37 del CPA los que requieren de una modificación, al menos en este punto.

De otra parte, en atención al estado actual de la tramitación general de procedimientos administrativos, muchos de los cuales se realizan en forma electrónica, estimamos que diversas normas del CPA deberían adaptarse a esta realidad teniendo en consideración, por lo demás, que el trámite de registro de DAAs en el CPA puede realizarse de manera electrónica en el mismo portal web dispuesto por la DGA, lo que ha existido incluso desde antes de la entrada en vigencia de la Ley 21.435.

Un aspecto que ha resultado prácticamente muy interesante es la posibilidad de registrar provisoriamente un DAA, tal como lo contempla el actual texto del artículo 35 del CPA. Esta norma ha venido a solucionar -en parte- el ya referido problema de los ajustados plazos de registro en el CPA que establecieron las disposiciones transitorias de la Ley 21.435, permitiendo ampliar por esta vía en un año el cumplimiento de la obligación de registro de un DAA en el CPA teniendo en consideración la abultada cantidad de DAAs que requieren de perfeccionamiento previo para su registro definitivo en el CPA⁹⁶.

⁹⁶ No desconocemos, sin embargo que esta interpretación podría resultar jurídicamente discutible toda vez que, por vía reglamentaria -y aún más, tratándose de un reglamento incluso anterior a la Ley 21.435- se estaría ampliando un plazo establecido por una ley. Frente a esta interpretación podría contraargumentarse que si bien los plazos de registro en el CPA son establecidos por ley, los requisitos y forma de dicho registro

Con relación a lo anterior, no podemos dejar de destacar un problema práctico que se ha dado a propósito del registro de DAAs. Conforme al inciso cuarto del artículo 2 transitorio de la Ley 21.435, para registrar un DAA basta con acompañar una copia de la inscripción conservatoria del DAA con un certificado de dominio vigente. Sin embargo, en la práctica, para registrar un DAA se hace necesario acompañar la cadena completa de inscripciones conservatorias del DAA en cuestión, tarea bastante dificultosa en el caso de derechos antiguos. La situación descrita ha conllevado a que muchos usuarios titulares de DAAs inscritos, siguiendo la precitada disposición transitoria, no hayan acompañado la cadena de inscripciones conservatorias, lo que ha resultado en muchos casos a un registro provisorio del DAA.

Finalmente, como ya lo hemos señalado anteriormente, será necesario introducir una modificación en el reglamento del CPA a raíz del nuevo artículo 170 bis del Código de Aguas, el que aún hace referencia, en su artículo 46, de dudosa constitucionalidad según ya apuntamos anteriormente, al juicio sumario como procedimiento judicial de perfeccionamiento de DAAs. Siendo ahora la instancia administrativa ante la DGA el procedimiento de perfeccionamiento de DAAs, ello debería quedar expresamente consignado en el reglamento del CPA.

Las breves reflexiones expresadas en torno al perfeccionamiento de DAAs conllevan a sostener que el actual reglamento del CPA debió haber sido objeto de una modificación por vía reglamentaria tras la dictación de la Ley 21.586, la que, a nuestro juicio, debería haber contemplado una norma transitoria que obligara la dictación de un nuevo reglamento o, al menos, la adecuación del actual a la nueva normativa, *ad simile* lo hizo el artículo décimo cuarto transitorio de la Ley 21.435⁹⁷.

caen bajo el imperio del reglamento por lo que no existiría, desde nuestro punto de vista, una indebida intromisión del reglamento en el ámbito de aplicación de la ley.

⁹⁷ Una futura reforma al reglamento del CPA debería además diferenciar correctamente la regularización de los DAAs del perfeccionamiento de los mismos. Hoy es posible identificar diversas normas en que se confunden ambos términos vgr. artículos 38, 44, 45 y 46 del CPA.

Conclusiones

1. Uno de los aspectos relevantes de la reforma de la Ley 21.435 lo constituye la regularización de DAA así como la determinación y cuantificación de los mismos atendida la incapacidad de poder determinar con certeza la cantidad de DAAs que han sido otorgados a través de los años o que se ejercen de forma consuetudinaria.
2. El problema anterior se suma a otros de mayor envergadura como lo son el sobre otorgamiento de DAAs en cuencas evidentemente agotadas en un escenario climático que avanza aceleradamente a la desertificación de grandes extensiones del territorio nacional, generando una situación de escasez hídrica sin precedentes en nuestra historia.
3. Las modificaciones a los procedimientos de regularización de DAAs en el Código de Aguas introducidas por la Ley 21.435 han tenido como estrella polar el limitar en el tiempo el uso de aquellos a fin de zanjar, definitivamente, la incerteza que genera la existencia de usos de aguas regularizables y DAA no inscritos.
4. Estimamos que los objetivos que en esta materia se ha propuesto la Ley 21.435 - principalmente- el lograr que todos quienes son usuarios de aguas tengan sus DAAs regularizados e inscritos en el conservador de bienes raíces competente y registrados en el CPA, es sin lugar a dudas imperioso y digno de ser apoyado, tanto desde el mundo público como privado a fin de lograr la tan anhelada certeza jurídica.
5. Sin embargo, estimamos que los plazos que se han establecido para lograrlos son manifiestamente exiguos y carentes de todo sentido de realidad, desconociendo insultantemente la situación en que se encuentran miles de pequeños usuarios de aguas, carentes de educación suficiente, información, asesoría especializada, apoyo de OUAs y recursos financieros para cumplir con las obligaciones legales impuestas.
6. Si lo que se pretendía con esta reforma era favorecer la normalización del régimen jurídico inscrito de los DAAs se debieron establecer plazos realistas, fortalecer la

labor de las OUAs, dotar a la DGA de mayores recursos económicos y propender a una verdadera difusión y educación en los usuarios de aguas.

7. En este contexto estimamos que las modificaciones introducidas al artículo segundo transitorio del Código de Aguas son muy acertadas al simplificar el trámite, suprimiendo la etapa judicial, disminuir los costos económicos al eliminar publicaciones ociosas y propendiendo a un rol más activo de las OUAs.
8. No podemos dejar de enfatizar que son los pequeños agricultores de nuestro país los más postergados por los acotados plazos de regularización de DAA (sin dejar de lado los aún más abreviados para registrar DAAs en el CPA) quienes deberían haber quedado comprendidos en alguna norma de excepción dentro del articulado transitorio de la Ley 21.435⁹⁸.
9. Destacable resulta la vigencia indefinida que tendrá el artículo 1 transitorio del Código de Aguas una vez cumplidos los plazos señalados en el artículo 1 transitorio de la Ley 21.435, siendo el único procedimiento de regularización de DAA en el Código que permanecerá vigente, con la sola excepción aplicable a los indígenas y comunidades indígenas, considerados como tales por los artículos 2 y 9 de la Ley 19.253, respecto a los cuales, además, seguirán vigentes los artículos 2 y 5 transitorios del Código de Aguas.
10. Finalmente, la relación que existe entre la regularización y el perfeccionamiento de DAAs y la importancia práctica que las leyes 21.435 y 21.586 han resaltado respecto de este último instituto obligan a pensar en una modificación al actual Decreto Supremo n° 1.220, de 1998 o bien, a la dictación de una nueva norma reglamentaria del artículo 122 del Código de Aguas.

⁹⁸ Ilustrativa en este sentido nos parece la intervención, en la discusión particular, en el Informe de la Comisión de Recursos Hídricos y Desertificación en primer trámite constitucional, del Presidente y secretario ejecutivo de la junta de vigilancia del río Lontué, señores Víctor Olivos y Diego Castro, quienes señalaron “(...) Se estima que más del 50% de los titulares de derechos (y, en especial, los más pequeños) no tienen inscritos sus derechos. Lamentablemente, el Ejecutivo, al proponer eliminar este procedimiento, va a afectar a mucha gente y los derechos que no alcancen a regularizarse van a pasar a manos del Estado (...)”. Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, p. 76.

Bibliografía

ALEGRÍA MALUENDA, Diego (2012): “Teoría de la Constitución por Prescripción del Derecho de Aprovechamiento según el Código de Aguas de 1981” (Santiago, Editorial Metropolitana).

ARÉVALO CUNICH, Gonzalo (2000): “El Catastro Público de Aguas: sobre el registro y el perfeccionamiento de los derechos de aprovechamiento de aguas”, en: Revista de Derecho Administrativo Económico de Recursos Naturales (Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile), vol. III N° 2 (2001).

BALTRA VERGARA, María Luisa (2002): “Perfeccionamiento de títulos de aguas. Aplicabilidad de la normativa vigente”, en: Revista de Derecho Administrativo Económico (N° 8, 2002), pp. 237-251.

CASARINO VIERBO, Mario (2008): “Manual de Derecho Procesal. Derecho Procesal Civil. Tomo V: Los procesos declarativos y ejecutivos comunes o los procedimientos contenciosos de aplicación general. Los juicios de menor cuantía y de mínima cuantía y el sumario” (Santiago, Editorial Jurídica).

CELUME BYRNE, Tatiana (2021): “Regulación constitucional y legal de la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas: tensiones actuales y propuestas para su modificación”, en Revista de Derecho Privado (número temático, octubre 2021).

NEUMANN MANIEU, Christian (2000): “Del procedimiento especial de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas conforme al artículo 2° transitorio del Código de Aguas”, en: Revista de Derecho Administrativo Económico (N° 3, enero-junio 2000).

VERGARA BLANCO, Alejandro (2018): “Regularización de derechos consuetudinarios de aguas: Crítica a la jurisprudencia vacilante de la Corte Suprema”. Estudios Públicos, (151). Recuperado a partir de <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/64>.

VERGARA BLANCO, Alejandro (director y comentarista), ARÉVALO CUNICH, Gonzalo, MUÑOZ ESCUDERO, Gonzalo, RIVERA BRAVO, Daniela, VERGARA DUPLAQUET, Ciro (comentaristas), CANNONI MANDUJANO, Nicolás, NOGUERA PANTOJA, Camila (coordinadores generales) (2011): Código de Aguas Comentado (Santiago, Abeledo Perrot).

Historia Fidedigna del establecimiento de la Ley 21.435, consultada y descargada en formato PDF de la página de la Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7988/>.

Leyes

Constitución Política de la República de Chile de 1980, texto fijado por el DFL n°100 de 17 de septiembre de 2005. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.

Código de Aguas de 1981, texto fijado por el DFL n°1.122 de 13 de agosto de 1981. Diario Oficial, 29 de octubre de 1981.

Código Civil de 1857, texto fijado por el DFL n°1 de 16 de mayo de 2000. Diario Oficial, 30 de mayo de 2000.

Ley N°19.880 de 2003, Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de la Administración del Estado. Diario Oficial, 29 de mayo de 2003.

Ley N°20.017 de 2005, Modifica el Código de Aguas. Diario Oficial, 16 de junio de 2005.

Ley N°20.697 de 2013, Faculta a los directorios de las 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. Diario Oficial, 12 de noviembre de 2013.

Ley N°21.435 de 2022, Reforma el Código de Aguas. Diario Oficial, 6 de abril de 2022.

Ley N°21.455 de 2023, Ley Marco de Cambio Climático. Diario Oficial 13 de junio de 2022.

Ley N°21.586 de 2023, Modifica la Ley N°21.435, para ampliar el plazo de inscripción de derechos de aprovechamiento de aguas, y el Código de Aguas, para introducir un procedimiento administrativo que perfecciona los títulos de tales derechos. Diario Oficial, 13 de julio de 2023.

Decreto Ley de 1979, Modifica y complementa Acta Constitucional n°3; y establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y facultades para el establecimiento del Régimen General de las Aguas. Diario Oficial, 23 de abril de 1979.

Normas reglamentarias

Decreto N°58 de 2023, Aprueba Reglamento que establece el procedimiento para la elaboración, revisión y actualización, así como el monitoreo y reporte de los Planes Estratégicos de Recursos Hídricos en Cuencas. Diario Oficial, 4 de enero de 2024.

Decreto N°1.220 de 1998, Aprueba Reglamento del Catastro Público de Aguas. Diario Oficial, 25 de julio de 1998.

Normativa administrativa

Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos SDT número 477 (2024), cuyo texto refundido fue fijado por resolución de la Dirección General de Aguas exenta número 1.822 de 26 de junio de 2024. Diario Oficial, 3 de julio de 2024.

Circular N° 4 DGA (2023) Instruye sobre los requisitos y condiciones necesarias para solicitar la inscripción individual de derecho de aprovechamiento a partir de inscripciones constitutivas de organizaciones de usuarios de aguas, conforme al artículo décimo tercero transitorio de la ley 21.435, de 2022, modificado por la ley 21.586, de 2023.

Jurisprudencia

Comunidad Atacameña de Toconce con Ministerio de Obras Públicas y otros (2023): Rol 471-2022, Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago 14 de marzo de 2023 (recurso de reclamación).

Comunidad Atacameña de Toconce con Ministerio de Obras Públicas y otros (2023): Rol 62.077-2023 Excelentísima Corte Suprema 13 de noviembre de 2023 (casación en el fondo).

Inversiones Libardón S.A. con Ministerio de Obras Públicas - DGA (2024): Rol 241.764-2023, Excelentísima Corte Suprema 23 de abril de 2024 (casación en el fondo).