

Corte Suprema, 7 de marzo de 2005
Corte de Apelaciones de San Miguel, 3 de diciembre de 2003

Juez Letrado de Buin, 27 de octubre de 2000

"Asociación canal Huidobro con Pomés Andrade, Juan"

ACCIÓN DECLARATIVA DE FACULTADES DE UNA ASOCIACIÓN DE CANALISTAS

Asociaciones de canalistas (*facultades de distribución – fijación material de apertura de marcos partidores – legitimación activa*) – Uso ilegítimo de agua (*marco partididor con capacidad superior a medida legítima*) – Derechos de aprovechamiento de aguas (*uso y goce – sujeción a distribución por asociación de canalistas*).

*Doctrina**

1º *La adecuación material del marco partididor con precisión a lo que indican los títulos de cada derecho de aguas, es una tarea de toda asociación de canalistas, y no sólo se encuentra facultada según la ley para ello, sino le asiste un deber de hacerlo para cumplir con lo señalado en el numeral 2º del artículo 240 del Código de Aguas.*

2º *Los títulos otorgados con anterioridad al Código de Aguas de 1981, la mayoría de los existentes están expresados en regadores de río o acciones en una obra común, consecuentemente no se indica en éstos el contenido ni las características esenciales del derecho de aprovechamiento que se consigna, no obstante, que tales aspectos son básicos para conocer efectivamente su medida o caudal, de lo que deviene forzoso colegir que es un hecho que debe probarse a través de informes técnicos, además de los títulos y, para el caso de derechos no inscritos, por medio de antecedentes históricos.*

3º *Tratándose de materias de alta complejidad técnica y a efectos de cumplir con el principio de inexcusabilidad relacionado con lo ordenado en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, para apreciar debidamente la prueba allegada al proceso, según las "reglas de la sana crítica", la técnica de la correcta distribución de aguas, en un marco con punta partidora y barrera triangular, en cuanto a los anchos de partición, deben ser geométricamente proporcionales a las acciones a distribuir entre el pasante y el saliente; la barrera debe tener la altura necesaria para generar escurrimiento crítico sobre ella en todo momento; asimismo, el umbral de esta barrera debe ser perfectamente horizontal para garantizar uniformidad en la distribución de velocidades y para garantizar la proporcionalidad de los anchos de partición según la misma proporción accionaria; los muros laterales deben ser verticales, lisos y del mismo material para igualar ambas rugosidades; y, en fin, la posición del marco en el canal debe ser en un tramo recto, para evitar que la distribución de velocidades de aproximación sean notablemente diferentes entre ambas riberas.*

4º *El Código de Aguas consulta la existencia de organizaciones de usuarios, cuyo objetivo es tomar las aguas del canal matriz, repartirla entre los titulares de los respectivos*

* Véase en esta misma Revista artículo de: VERGARA BLANCO, Alejandro, en el que analiza este caso.

derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y demás que sean necesarias para el aprovechamiento común.

La asociación de canalistas como organización de usuarios no se encuentra definida en el Código de Aguas, pero puede expresarse que es una asociación que se constituye por escritura pública, que forma una personalidad jurídica, en la medida que estén constituidas en conformidad a la ley y que se rigen por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, con excepción de los artículos 560, 562, 563 y 564 y por las disposiciones que regulan a las comunidades de aguas, Título III del párrafo 1º del Código de Aguas, en cuanto sean compatibles con su naturaleza y no contradigan lo dispuesto en sus estatutos.

5º Es objetivo esencial de una asociación de canalistas, así como un deber del Directorio, la distribución de las aguas a los usuarios, esto es, velar porque a cada miembro de la organización le llegue la cantidad de agua a que tiene derecho, según los títulos que tengan registrados en el conservador y en la asociación; facultad que no sólo aparece claramente reconocida en los estatutos, sino que aparece también recogida, en los mismos términos, en el artículo 241 Nº 5 del Código de Aguas.

Si bien el objetivo principal de la constitución de asociaciones de titulares de derechos de aprovechamiento es la distribución de las aguas entre los integrantes, también esas entidades persiguen que los aumentos o disminuciones que experimente el recurso hídrico, en razón de su carácter dinámico, los afecten en forma equitativa, de suerte que si la merma en el caudal de las aguas que ellos reciben es consecuencia de la aplicación de los dispositivos instalados para su reparto, es preciso que esta situación sea corregida por la propia entidad, para lo cual el artículo 242 del Código del ramo prevé la posibilidad de que se solicite el auxilio de la fuerza pública al tribunal competente, para hacer cumplir las medidas de distribución de las aguas que acuerde al efecto.

6º El ejercicio de la facultad de distribución de las aguas entre sus usuarios que posee la asociación de canalistas conlleva, naturalmente, la potestad de determinar a través de los métodos técnicos correspondientes, la dimensión o abertura que deben tener los respectivos marcos para la extracción del caudal de agua que debe recibir en razón, de las acciones que posee, sin que ello importe menoscabar, desconocer o afectar el derecho de aprovechamiento de aguas de que es titular.

7º El uso y goce de un derecho de aprovechamiento sobre acciones que un titular de un derecho de aguas posee y ejerce en un canal, debe adecuarse precisamente al derecho que posee y la distribución de aguas que por estatutos está obligado a realizar la asociación de canalistas presupone, por un lado, reconocer el derecho que tiene el usuario y, por la otra, otorgarle en el uso y goce de este derecho la cantidad de aguas que realmente le corresponde, la que sólo podrá efectuarse determinando la abertura del marco partidario, a través del cual se extrae las aguas del canal.

8º Existiendo la oposición de un usuario para que el Directorio de la asociación ejerza las facultades conferidas en sus estatutos, constituye interés de la asociación para demandar judicialmente al usuario, en cumplimiento de sus objetivos y de sus miembros, por lo que se encuentra legitimada activamente la asociación de canalistas para el ejercicio de una acción que tiene por objeto el reconocimiento de sus facultades mediante una sentencia declarativa.

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (EXTRACTO)

Buín, 26 de octubre de 2000.

VISTOS:

A fs. 47 comparece "Asociación Canal Huidobro", representada por su presidente señor Víctor Claudio Vergara Carvajal, Agricultor, domiciliado en calle Sargento Aldea N° 107, Comuna de Buín, quien interpone demanda en procedimiento sumario en contra de don Juan Pomés Andrade, Abogado, domiciliado en Higuera El Almendral de la Aparición de Paine, Comuna de Paine y, además, en la ciudad de Santiago, calle Mac Iver N° 125, piso 8.

La actora inicia la fundamentación de su pretensión indicando en primer término que la Junta de Vigilancia del Río Maipo Primera Sección, a la cual pertenece la Asociación que representa, tiene por objeto administrar y distribuir las aguas a que tienen derecho sus miembros, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común y realizar los demás fines que le encomienda la ley, pudiendo también construir obras nuevas o mejorar las existentes con autorización de la Dirección General de Aguas. Dicha Junta, manifiesta, fue constituida y aprobada por Decreto Supremo N°1474 del Ministerio de Obras Públicas, y sus estatutos fueron modificados por escritura pública de 29 de junio de 1968 en la Notaría de don Sergio Rodríguez Cortés.

Continúa expresando que el total de acciones en el Río Maipo es de 8.133 las que se reparten entre las Comunidades que señala en la forma que indica, correspondiendo a la Asociación Canal Huidobro *655,75 acciones*, representativas de Derechos Consuntivos Permanentes.

Argumenta que la Asociación demandante, como persona jurídica, constituyó por escritura pública de 13 de marzo de 1909 y que sus estatutos fueron aprobados por Decre-

to N° 1.595 de 28 de agosto de 1909 del Ministerio respectivo, publicado el 13 de septiembre de ese mismo año.

Prosigue señalando que el agua que distribuye la Asociación lo hace conforme lo establecen sus estatutos modificados por escritura pública de *21 de junio de 1995* ante el Notario de Buín Juan Sansana Salazar y que corresponde a las acciones anteriormente indicadas, añadiendo que las aguas que recibe son captadas del río Maipo y del estero "El Clarillo" por la bocatoma del mismo nombre. Como antes sostuvo, los derechos se encuentran expresados en acciones, en la misma forma en que lo están en la Junta de Vigilancia mencionada.

En cuanto a la pretensión deducida expresa que el demandado señor Pomés Andrade es titular de 4 acciones 150 milésimas de regador de agua del derivado Huelquén –cuyas aguas son administradas por la Asociación Canal Huidobro–, según inscripción a su nombre de fojas 142 vta. N° 141 del Registro de Propiedad de Aguas de 1985 (3 acciones) y de fojas 369 N° 450 del Registro de Propiedad de Aguas de 1996 (1 acción 150 milésimas de acción), ambas del Conservador de Bienes Raíces de Buín, el que luego se reinscribió a fojas 369 N° 451 en dicho registro de 1996 del mismo Conservador.

Continúa manifestando que la encargada de la repartición de las aguas del Canal Huidobro es la "Asociación Canal Huidobro", la que ejerce su jurisdicción sobre las aguas del Canal Huidobro, el cual comprende al Canal Huelquén, que es un derivado de aquél, y de este último es de donde extrae sus aguas el señor Pomés Andrade.

Acota que la Asociación de acuerdo con el artículo 200 con relación al artículo 258 del Código de Aguas, tiene por mandato legal la obligación de 1) *distribuir* las aguas que escurren por el canal bajo su jurisdicción, la que se efectúa de acuerdo al *derecho de aprovechamiento* que establece la ley, según el artículo 198 N° 8 del mismo Código. Dicha Asociación es

administrada por su Directorio y dentro de las facultades de éste están de acuerdo al artículo 228 del Código de Aguas, entre otras: * atender a la captación de las aguas por medio de obras permanentes o transitorias y a todo lo que tienda al goce completo y correcta distribución de los derechos de agua de los Comuneros (art. 241 N° 2). * Velar porque se respeten los derechos de agua en el prorrateo del caudal matriz, impidiendo que se extraigan aguas sin título. (Art. 241 N° 3). * Distribuir las aguas, y dar a los dispositivos la dimensión que corresponda. (Art. 241 N° 5).

Los Comuneros por su parte, menciona, tienen la obligación de pagar las cuotas de agua, lo cual emana del artículo 212 N° 3, disposición que establece son obligaciones de éstos concurrir a los gastos de manutención de la Comunidad a prorrata de sus derechos. Por otra parte la ley exige que la Asociación lleve un registro de los Comuneros en que deberá anotar los derechos de agua de cada uno, número de acciones y las mutaciones del dominio que se produzcan, en los términos que lo establecen los artículos 205 y 222 inciso 1° del Código de la especialidad, todas normas que aceptan la división del derecho en acciones.

Dentro de este orden de ideas expone que la misma ley señala que los Comuneros extraerán el agua por medio de dispositivos, marcos partidores u otros, los que serán autorizados por el Directorio, artículo 206 del Código de Aguas.

Con relación a los hechos, manifiesta que el demandado señor Pomés extrae las aguas correspondientes a sus derechos desde el marco designado con el N° 79 del registro de la Asociación demandante.

Asevera que como es obvio, el demandado por dicho marco sólo puede extraer el agua equivalente a 4 acciones 150 milésimas de acción, lo que le corresponde según sus títulos y al registro de la Asociación, por lo que la abertura de dicho marco debe ser proporcional a ese derecho.

Afirma que el marco N° 79 aparecía registrado en la Asociación con una abertura de 20 centímetros en atención a que por el mismo extraían sus aguas, además del señor Pomés Andrade, otros regantes los que trasladaron los puntos de captación de sus aguas, mismo lugar, pero 2 metros canal arriba, según acreditara.

Es del caso, prosigue, que la Asociación el año 1996, acordó revisar todos los marcos del canal, a fin de verificar la correcta distribución de las aguas, en la medida exacta con relación a los derechos de que son titulares, lo cual se cumplió por etapas. En dicha labor indica, se percataron que en el marco N° 79, los otros regantes ya no captaban sus aguas por ese marco, sino que lo hacían en ese lugar, pero 2 metros aguas arriba, sin que correlativamente se hubiere modificado el marco señalado. Esta circunstancia fue comunicada por el Directorio al señor Pomés con fecha 19 de julio de 1996, en que se le solicitó los títulos que acreditan su derecho a un mayor caudal, quien hasta la fecha (de interposición de la demanda) no allegó antecedente alguno a este respecto. Y luego de un año de espera, en atención a lo dispuesto en el artículo 90 del Código precitado, se ingresó al canal ubicado en el predio del demandado, lo que fue impedido con un recurso de protección interpuesto ante la Corte de Apelaciones de San Miguel, en el que se cuestionaba "el procedimiento" empleado por la Asociación, acción cautelar que fue fallada a favor del señor Pomés en doble instancia.

Dentro de este contexto menciona el actor que la mayor abertura del marco produce un menor caudal de agua a todos los regantes del canal Huidobro, porque las acciones son partes alícuotas del caudal del canal, siendo por lo tanto evidente el perjuicio de todos los regantes, en especial para los que se encuentran aguas abajo, muchos de los que son modestos agricultores y comunidades agrícolas de escasos recursos.

Luego de hacer un recordatorio de lo que se entiende por derecho de "aprovechamiento de aguas" y su forma de adquisición uso, goce y pérdida, indica que el demandado extrae un mayor caudal de aguas ascendente, a más de 2 acciones, ello porque ha pagado siempre por 4,150 acciones desde que se ingresó a esta Asociación, habiendo reconocido también que sólo es titular de ese número de acciones, por ende la extracción que ha efectuado, sin título, lo ha hecho de manera clandestina, lo que no da lugar a posesión y, en consecuencia, no existe a su favor prescripción adquisitiva del precitado derecho.

En suma, y como peticiones concretas solicita se declare:

- 1) Que el Directorio de la Asociación Canal Huidobro se encuentra facultado por la ley para distribuir las aguas de sus usuarios de acuerdo a los derechos que aquéllos tengan registrados en la Asociación, en el caso del demandado, por el equivalente a 4,15 acciones por lo que su dispositivo de extracción deberá adecuarse en términos que sólo le permita extraer aguas a través del marco partididor N° 79, por el equivalente a las 4,15 acciones de que es titular, dentro de tercero día de ejecutoriada la sentencia.
- 2) Que atendido las características del canal y del marco N° 79 y por haberlo decidido así el Directorio de la Asociación Canal Huidobro, la abertura del marco partididor N° 79, punto por el cual se extraen por el demandado señor Pomés derechos de aguas equivalentes a 4,15 acciones, debe ser de 15 centímetros.
- 3) Que la Asociación demandante deberá reconstruir el marco N° 79, en los términos solicitados en la petición A y B, precedentes, a costas y con cargo del demandado;
- 4) En subsidio de lo señalado en los puntos 1 y 2 indicados se declare que los derechos del señor Pomés Andrade que tiene inscritos en el Registro de la Asociación sólo le permiten captar aguas con una abertura de 15 centímetros del marco partididor N° 79, o aquella

que el juzgador fije de acuerdo con el mérito de los antecedentes técnicos del proceso.

- 5) Que se condene al demandado a pagar las costas de la causa.

A fs. 129 se lleva a efecto el comparendo de estilo, en que se practica el llamado a conciliación la cual no se produce, contestando la demanda por escrito la contraria, en que pide sea rechazada en todas sus partes, con costas, por las siguientes razones:

- 1) Que la actora ha deducido demanda en este procedimiento afirmando diversos hechos falsos e invocando erróneamente diferentes preceptos legales con el objeto que se le reduzca la abertura del marco partididor que da aguas a su predio y que según sostiene tendría 20 cm lo cual es falso porque tiene 25 cm, pretendiendo que quede en 15 cm, Añade que con ello lograría beneficiar a los regantes que se encuentran aguas abajo, quienes recibirían mayor cantidad de agua, entre los cuales se encuentran miembros del Directorio actual y del que se encontraba vigente desde el año 1996.
- 2) Argumenta que dicha Asociación pretende reducir su marco partididor –dispositivo automático– el cual adquirió y utiliza en forma pacífica desde el año 1979, el que fue diseñado, dimensionado y construido por administraciones anteriores, al subdividirse el fundo "La Aparición de Paine" en marzo de 1966 y luego de un intercambio de cartas, procedió de hecho a destruir el marco partididor que tenía varias décadas e intentó colocar otro con las medidas que le acomodaban, situación que fue restablecida por un recurso de protección acogido en doble instancia.
- 3) Aclara que su predio Hijueta "A" El Almendral nace de la subdivisión del fundo "La Aparición de Paine", según escritura pública ante el Notario Rafael Zaldívar el 30 de marzo de 1966, fundo que posteriormente se subdividió en 4 hijuelas A, B, C y D, y las aguas que antes tenía eran de 7,123 regadores del Canal

Huelquén y 13,016 del Canal Cardonal, los que se dividieron también entre las 4 hijuelas, del modo que determinó el perito agrónomo señor Julio Zegers, quien asignó a la Hijuela A, 4,150 regadores y a las Hijuelas B y D 2,973 regadores. Poco después, y para concretar lo hecho, se efectuaron por la administración del canal de 1966, las obras correspondientes de lo que nacieron simultáneamente dos mecanismos de distribución de agua. El marco repartidor correspondiente a la Hijuela A permitía la entrada de 4,150 acciones, con un ancho de 25 centímetros y más arriba, aproximadamente dos metros por sobre este marco, se hizo un mecanismo de distribución denominado "boquera" que daba agua a las hijuelas B y D, situación que según señala se mantiene en la actualidad. En consecuencia, expresa, es absolutamente falso lo que afirma la Asociación en cuanto existían simultáneamente otros regantes que recibían aguas del marco partidor N° 79. Agrega a este respecto que ese Marco ha permanecido inalterable de la fecha indicada, no obstante en alguna fecha anterior al año 1979, la primitiva aguja se pudrió y hubo que colocar por la administración de la época una nueva exactamente en la misma posición, y que en ese mismo estado de cosas recibió la hijuela cuando adquirió el predio en unión con el señor Colombo.

4) Precisa que él adquirió la Hijuela por escritura pública de 17 de octubre de 1979, en un 60% para sí y un 40% para don Juan Colombo, escritura en que se incluyó la venta de las aguas, cuyo dominio se inscribió a fs. 85 vta. N° 96, del Registro de Propiedad del año 1979, lo que correspondía a 4,150 milésimas de acción del canal. Posteriormente la Sociedad Agrícola Pomés y Cía. vendió a don Juan Colombo una acción 150 milésimas de acción del Canal Huelquén, inscribiéndose el dominio a fs. 106 vta. N° 129 del Registro de Aguas de 1980, posteriormente el 24 de abril de 1985, por escritura pública ante el Notario Víctor Correa V., se le adjudicó el predio Hijuela A, y sus

aguas, inscripción que se encuentra a fs. 142 vta. N° 141 del año 1985. No obstante quien ha explotado y trabajado el predio y sus aguas desde 1979, es el compareciente, quien siempre pagó las cantidades periódicas que correspondían a la Asociación demandante. Luego por escritura pública de 19 de agosto de 1996, ante el Notario Fernando Opazo Larraín, don Juan Colombo le vendió nuevamente el regador y de ese modo continuó utilizándolo como había hecho desde 1979. Hace presente que como se desprende de los antecedentes históricos que señala, la situación hecha, que la hijuela A, recibe un caudal de agua con un marco partidor de 25 cm, se registra desde el año 1966, sin que el suscrito haya efectuado ninguna alteración en el marco en cuestión.

5) Sostiene también que según probó en el recurso de protección con 3 actas notariales la primera de 1987, el ancho que presenta el marco partidor siempre fue de 25 cm, en tanto que la actora en dicho recurso argumentó que el ancho era de 20 cm, como igual sostiene en esta pretensión, razón por la que carece de seriedad su planteamiento, por ende debe rechazarse lo pedido. 5.1) Añade que la Asociación en este juicio sostiene que debe reducirse el marco partidor a 15 cm, sin embargo, la primera carta que el ingeniero del canal le remitió le señala que debía achicarlo a 0,14 m, esto es 14 cm, y cuando de hecho destruyen el marco los trabajadores llevaban un papel que especificaba lo dejaran con un ancho de 17,5 cm, siendo construido provisoriamente en 16,5, lo que constató un notario que levantó el acta notarial correspondiente, documentos que acompañó en el recurso mencionado y que no fueron objeto de. Así las cosas, expresa, lo que pretende la actora es que se altere un estado de cosas que existe desde 1979 a 1996, para que los regantes río abajo reciban más agua, restándole un 40% de la que actualmente recibe con el consiguiente perjuicio correlativo para su predio.

6) Con relación a la *clandestinidad en la extracción* de agua sin título, que le es imputa-

da, argumenta el señor Pomés que jamás en 20 años que es poseedor del predio, ha alterado en forma alguna el marco partidior, el cual siempre ha usado en forma pacífica y sin interrupciones. Por otra parte durante ese mismo *período personal de la administración del Canal circula y vigila el dispositivo anualmente, lo limpia y periódicamente ha hecho obras de mantenimiento*. Agrega que incluso en a lo menos dos oportunidades se han hecho obras en el canal dentro de su predio cuando se rompió dicho canal con las inundaciones, esto indica, ocurrió muy cerca del marco partidior.

7) En lo que respecta a los eventuales perjudicados con el uso de las aguas. Estos son los regantes aguas abajo, entre los que se encuentra don Juan Colombo, quien nunca ha reclamado. Reitera que si algún regante se siente perjudicado con este estado de cosas, lo está siendo desde hace 33 años, por lo que tal acción se encuentra prescrita.

8) La Asociación, sostiene, es una Corporación de Derecho Privado, al tenor de lo dispuesto en el artículo 258 del Código de Aguas, de lo que se siguen consecuencias claras como que la Corporación tiene sus fines propios, en torno a ellos se verifica el vínculo con sus asociados y las exigencias que se le impongan a estos últimos, sin que jamás exista confusión entre los bienes de aquéllas y éstos. A continuación cita el artículo 202 con relación al 212 N° 2, del Código mencionado, concluyendo de ellos que la Asociación no crea fondos propios con los cuales pase a ser dueña de las obras que se ejecuten en los canales. Hace presente también que los fines de la Asociación son los que el artículo 186 enumera, luego no tiene otras sino las que les señala la ley. Afirma que el problema planteado en autos es ajeno de los fines de la Asociación, excluyendo los que aparecen transcritos en el punto (4.2) de su presentación los que especialmente por lo dispuesto en los artículos 186 y 309, referidos, no son fines corporativos. Reitera que las facultades de la Asociación se refieren *sólo a la operación o*

manejo de la materialidad de las obras y derechos, pero no emitir pronunciamientos acerca de los derechos de los asociados, los que en el evento de producirse discusión son materia que compete a la justicia ordinaria, lo cual lo relaciona con lo dispuesto en el artículo 217 del Código de la especialidad, en que la ley faculta expresamente al Directorio.

En cuanto a la situación denunciada, dimensión del marco N° 79, refiere que fue originada por el propio Directorio que ejecutó las obras de partición y distribución del canal, la cual ha perdurado más de dieciocho años, siendo aceptada por los usuarios del canal, especialmente aquellos ubicados agua abajo, los cuales no han reclamado formal ni informalmente. Opinión, asevera que está absolutamente confirmada por la jurisprudencia de los tribunales de justicia que acompaña y transcribe –también– en lo pertinente.

9) Continúa haciendo presente que las facultades legales del Directorio de una Asociación de Canalistas, y de ésta en particular, están referidas a distribuir las aguas, según los preceptos del Código de la Especialidad, la cual según interpreta, se circunscribe, al momento en que el canal se forma, pero *no puede extenderse una vez que los derechos de aprovechamiento, ya están establecidos, otorgados y construidos los dispositivos respectivos*, aceptar otra ponencia significaría instituir inestabilidad jurídica en materia de derechos de agua, concluye.

10) Alega también que la actora carece de *interés actual* para demandar en juicio, puesto que a ella en nada le afecta la situación de hecho existente en la actualidad y la forma en que se están repartiendo las aguas, lo cual se hace de modo pacífico, tranquilo e ininterrumpido en los pasados 33 años. Acota que el ancho de su marco partidior dispuesto por anteriores directorios en nada afectan al presidente del directorio que pretende demandar, al directorio ni a la Asociación misma, salvo que sea él uno de los regantes aguas abajo, en cuyo caso debiera demandar personalmente.

11) Sostiene también que en la especie existe *infracción al artículo 309 del Código de Aguas*, la cual hace consistir en que sus derechos de aprovechamiento derivan de inscripción otorgada con anterioridad a la vigencia del Código, esto es, desde el año 1979, aun más su predio emana de la subdivisión que se hizo en 1966, lo concreto es que su derecho es de 1979, está expresado en regadores y el caudal de agua que recibía y recibe actualmente es el equivalente al ancho del marco partidador que es de 25 centímetros, circunstancias de hecho que se compadecen con lo prescrito por esa norma, luego ha prescrito adquisitivamente su derecho a recibir precisamente ese caudal máximo. Lo cual está en armonía con la norma establecida en el artículo 7° del D.L. N° 2.603, la que en síntesis presume titular de un derecho de aprovechamiento al dueño de las obras con las que éste lo ejerce y a falta de pruebas sobre el dominio a quién esté en uso del agua.

12) El demandado señor Pomés afirma que además del artículo 309 aludido, de aceptarse la tesis de la demandante se infringirían los siguientes artículos, el artículo 6° que reglamenta el derecho de aprovechamiento sobre las aguas del dominio del titular. El 9° en cuanto consagra que el que goza de un derecho de aprovechamiento puede hacer a su costa las obras indispensables para ejercerlo. El artículo 36 del Código respectivo en el sentido que dispone el canal o cauce artificial es una obra de dominio privado, y pertenece a los regantes, en consecuencia la administración no puede efectuar acto alguno de disposición. El artículo 90 que a su turno establece que las obligaciones del predio sirviente es permitir la entrada de trabajadores y transporte de materiales para la limpieza y reparación del acueducto, previo aviso al encargado de dicho predio y lo que se pretende en el caso de autos es una modificación expresa del acueducto para achicarlo. El artículo 106 N° 5, establece que la "servidumbre de acueducto" se extingue por haberse dejado de gozar durante 5 años, por lo que habiendo gozado y usado esos derechos por más de 20

años, se habrían extinguido los derechos de terceros. El artículo 123 permite hacer obras relativas a la dirección de las aguas, estableciendo que es el juez quien ordenará a petición de los interesados modificarla y deshacerla, con mayor razón si lo que pretende la Asociación es alterar derechos de aguas. Por otra parte indica que el artículo 151 contempla un procedimiento que parte con una solicitud para efectuar modificación de "bocatoma". En tanto que en el caso de autos, nada de esto se ha cumplido. El artículo 195 señala que quienes se sienten perjudicados en lo que respecta a sus derechos en la comunidad, pueden hacer valer sus derechos en juicio sumario. Sostiene que esas personas son los comuneros que se encuentran aguas abajo, a la Asociación en nada afecta la mayor entrada de agua por su marco partidador. El artículo 202 señala que las obras que forman parte de un sistema sometido a su jurisdicción pertenecen a quienes hayan adquirido su dominio según las normas de derecho común. La administración, afirma, son simples ejecutores, los cuales no pueden intervenir en los derechos de los regantes, como se pretende en el juicio actual. El artículo 208 permite la construcción o reparación de dispositivos en el canal que se haga por el directorio, a contrario sensu, modificarlos, alterando derechos de aguas constituidos con anterioridad, queda fuera de su jurisdicción. El artículo 209 de dicho Código, en tanto establecer que el comunero que se considere perjudicado por la construcción o reparación de un dispositivo podrá reclamar al directorio en la forma que el precepto indica, lo cual excluye al directorio mismo. El artículo 217 sanciona al comunero que por sí o por interpósita persona alterase un dispositivo, obligándolo a pagar una multa, en consecuencia si ni el propio comunero tiene ese derecho, tanto menos le asiste a la administración. Los artículos 240 y 241 se refieren al Presidente y las facultades del Directorio, entre las que señala el caso del numerando segundo en que aparecen facultades de administrar, pero en forma alguna autoriza a éste para

alterar los "derechos construidos", so pretexto de administrar. Que el numeral tercero le impone la obligación de velar porque se respeten los derechos de aguas en el prorrato del "caudal matriz", sólo debería obligar al Directorio a defenderlo, al ser un regante más. Y el numeral quinto les permite distribuir las aguas y darles a los dispositivos la dimensión que corresponda. Ello implica solamente distribuir, no determinar cuotas de agua ni modificar dispositivos para cambiar los derechos de este elemento.

En suma pide que por todo lo expuesto se rechace la demanda en todas sus partes, basado en que la Asociación Canal Huidobro, representada por su Presidente *carece de titularidad* para ejercer la acción que interpone. Y según las razones de fondo que expresa en lo principal demuestran que su petición es infundada, declarando que debe mantenerse el ancho actual de su marco partididor en 25 centímetros, todo con costas. *En subsidio*, solicita que se rechacen las peticiones de la actora en virtud que él habría adquirido por prescripción adquisitiva el caudal que actualmente goza, en especial por aplicación del artículo 309 del Código de Aguas.

A fs. 131, se recibe la causa a prueba, modificada a fs. 175, en cuanto al punto 6°, rindiéndose por las partes la que consta en autos.

A fs. 223, rola acta de inspección ocular del tribunal, agregándose documental en cuadernos separados.

A fs. 567, se decretaron medidas para mejor resolver, informe de la Dirección General de Aguas.

A fojas 641, se citó a las partes para oír sentencia.

CONSIDERANDO:

En cuanto a la legitimación activa.

1º) Que la demandada al contestar en forma escrita la demanda dirigida en su contra por la actora, libelo que se tuvo por parte inte-

grante del comparendo de estilo a fs. 129, promueve el incidente de falta de legitimación activa de parte de la Asociación Canal Huidobro por carecer de *interés actual*, para demandar en juicio. Primero indica que tratándose en la especie de una Corporación de Derecho Privado, al tenor de lo señalado en el artículo 258 del Código de Aguas, le son aplicables las normas del título XXXIII del Código Civil, a excepción de los artículos que se indican. Luego de esta condición jurídica nacen los derechos y obligaciones que se establecen en la ley, respecto de la asociación y también en cuanto a las relaciones de los asociados entre sí. En suma, sostiene la "corporación tiene sus fines propios y en tomo a ellos reside el vínculo que se crea entre ella con los asociados y las exigencias que se les impongan a estos últimos, sin que exista confusión entre los bienes patrimoniales propios de la corporación y aquellos de los Comuneros, como lo que disponen los artículos 202 y 212 N° 2 del Código de Aguas. También manifiesta que según se infiere del artículo 186 del Código de Aguas, los fines de una Asociación son: "la conservación, mejoramiento y operación de las obras de captación, conducción y distribución de las aguas sus Asociados"; y a efectos de precisar lo pedido juzgadora cita en forma textual lo señalado en lo pertinente por el demandado: "...a ella en nada le afecta la situación de hecho existente en la actualidad y la forma en que se están repartiendo las aguas, lo cual se hace de modo pacífico, tranquilo e ininterrumpido en los pasados 33 años". Acota que el ancho de su marco partididor dispuesto por anteriores directorios en nada afectan al Presidente del Directorio que pretende demandar —al directorio ni a la Asociación misma—, salvo indica: "...que sea él uno de los regantes aguas abajo, en cuyo caso debiera demandar personalmente y no como lo está haciendo a nombre de la Asociación que representa. Al efecto hace valer el informe en derecho del señor Gustavo Manríquez Lobos, el cual acompañó en un otrosí de su

demanda, documento que fue suscrito y presentado en el Recurso de Protección que dio origen a este proceso.

2º) Que tratándose en la especie de una cuestión de carácter jurídico procesal que dice relación con los "sujetos procesales" de la acción, en orden a determinar la existencia de un legítimo contradictor a la manera exigida por la ley, esta juzgadora se hará cargo de la incidencia en forma previa, sin extenderse en lo planteado in extenso por el demandado por cuanto no la separa del fondo.

En efecto, cabe en *primer término* dejar asentado que la Asociación de Canalistas es una persona jurídica de derecho privado, conformada por un directorio, el que tiene un Presidente que la representa judicialmente, según los claros términos del artículo 240 inciso 2º aplicable en la especie por lo dispuesto en el artículo 257 y 258 del Código de la especialidad, y en esa calidad según el reenvío que se efectúa en la última norma al artículo 8º del Código de Procedimiento Civil, tendrá la precitada representación: "...no obstante cualquier limitación establecida en los estatutos o actos constitutivos de la Sociedad o corporación". En *segundo término* y por hallarse íntimamente relacionado con esta materia, se dirá que la controversia de autos está referida a una cuestión de *distribución de aguas en un canal artificial*, en el que concurre un determinado número de accionistas. Ahora bien, sin entrar precisamente a zanjar en este estadio de la sentencia, un hecho que ha sido materia también de punto de prueba se dirá que al tratarse de una materia que es de interés común de los accionistas en el Canal Huidobro, demandante de autos, y por habersele desconocido según la actora una facultad legal, este hecho lo transforma en un asunto de relevancia jurídica que contrapone a la Asociación frente a uno de sus asociados, circunstancias que legitima la actuación de la Asociación ante los tribunales ordinarios de justicia. Más aún que es un conflicto, que escapa al propio poder jurisdiccional

que también le otorga el Código de la especialidad en el artículo 244 y ss., por cuanto sería juez y parte en el litigio. Y al tratarse en esencia de un interés jurídico, confirmado en el artículo 241 N°s. 2 parte final, 3 y 5 del Código de Aguas el que –entre otros “deberes-atribuciones” que consigna, establece que éste se encuentra investido –el Directorio– de las facultades que se dan por íntegramente reproducidas.

En *último término*, y dentro de este mismo orden de ideas, cabe consignar que frente a cada facultad-atribución otorgada por el ordenamiento jurídico a los sujetos imperados, existe una acción frente a un eventual desconocimiento, sostener lo contrario, no es susceptible de análisis.

Con lo que ha quedado dicho, se rechazará la excepción de falta de legitimación activa alegada por el demandado, por cuanto el “interés” exigido por las normas procesales se refiere a “interés jurídico” en sentido amplio y no meramente pecuniario, sumada la circunstancia –no menos relevante– que lo discutido en estos autos no dice relación con el dominio del derecho real de aprovechamiento de aguas del demandado, sino como ya se sostuvo está orientada a una cuestión de distribución de las aguas, ello por cuanto el volumen correspondiente a las acciones de cada comunero, es una cuestión de hecho que se rige por criterios técnicos como más adelante se anotará. Esto porque en la especie los títulos invocados poseen una data anterior al actual Código de Aguas, que intenta zanjar el problema, con los procedimientos especiales que consagra.

En cuanto a la excepción de prescripción.

3º) Que la demandada también en el primer otrosí de su contestación ha promovido –como petición subsidiaria– la excepción de prescripción adquisitiva, referida en el epígrafe que antecede y para un mejor ordenamiento

de la controversia se resolverá de modo previo, fundado en un aspecto jurídico-procesal que también implica.

La demandada sostiene que en la especie se dan los presupuestos de hecho contenidos en el artículo 309 del Código de Aguas, lo que fundamenta en que sus derechos de aprovechamiento derivan de inscripción otorgada con anterioridad a la vigencia del actual Código, esto es, desde el año 1979, aún más su predio emana de la subdivisión que se hizo en 1966, lo concreto es que su derecho es de 1979, está expresado en regadores y el caudal de agua que recibía y recibe actualmente es el equivalente al ancho del marco partididor que es de 25 centímetros. Circunstancias éstas sostiene, se condicen con lo prescrito por esa norma; luego ha prescrito su derecho a recibir precisamente ese caudal máximo que ingresa por ese marco partididor. Que lo planteado, además, está en armonía con la norma establecida en el artículo 7° del D.L. N° 2.603, la que en síntesis presume titular de un derecho de aprovechamiento al dueño de las obras con la que éste se ejerce y a falta de pruebas sobre el dominio, a quien esté en uso actual del agua.

4°) Que a efectos de resolver acerca de esta "excepción", sólo se dirá lo consignado en el considerando anterior, de lo argüido ampliamente por la parte, habida cuenta que si bien en la especie se ha deducido como alegación la prescripción adquisitiva dando como fundamento jurídico el de la norma, establecida, en el artículo 309 del Código de Aguas, no es menos efectivo que dicho Código en cuanto a la institución sustantiva alegada se remite mediante sus artículos 21 y 129, a las disposiciones del Código Civil, en tanto que el tenor literal del último artículo remite al intérprete a las disposiciones del "derecho Común", y la primera acota, salvo en cuanto estén modificadas por el presente. Código. Dando por asentado aquello, y teniendo presente la naturaleza jurídica procesal de la prescripción adquisitiva—según opinión unánime tanto de la doctri-

na como de la jurisprudencia—, ha de reclamarse como acción y no como excepción, dado que la contemplada en el artículo 310 del Código de Procedimiento Civil, dice relación con la prescripción extintiva, (Rev. de Derecho U. de Concepción 1999) deberá rechazarse también esta alegación, la cual a mayor abundamiento tiene establecido, además un procedimiento "especial mixto" en el artículo 2° Transitorio del Código de Aguas, la que tratándose una norma de ese carácter excepcional, es de aplicación restrictiva, no pudiendo prosperar en esta litis tal alegación planteada por el demandado, procediendo su rechazo según se dirá en lo dispositivo de este fallo.

(...)

(...)

En cuanto al fondo.

44°) Lo consignado en la parte expositiva de esta sentencia con relación a lo que aseveran las partes, que se tiene por íntegramente reproducido.

45°) Que son hechos no controvertidos por las partes, la propiedad del derecho de dominio sobre 4,15 acciones que el demandado detenta en el Canal Huidobro; existencia legal de la Asociación Huidobro y su Directorio; ser el demandado uno de los Integrantes de tal Asociación; el pago oportuno de las cuotas representativas de sus derechos mencionados, y que el ancho actual del marco partididor N° 79 ubicado en el precio del demandado, es de 25 cm.

Lo controvertido en cambio consiste en: 1) facultad del Directorio de la Asociación demandante para distribuir aguas entre sus asociados; 2) abertura que de acuerdo a los títulos del demandante y demandado debería tener el marco repartidor N° 79; 3) existencia de otros regantes aguas arriba del canal, 4) perjuicio para los demás Asociados, con la acción del demandado señor Pomés. 5) extracción de un mayor caudal que aquel correspondiente a 4,15 acciones o regadores de río.

(...)

50°) Que como medida para mejor resolver se decretó remitir los autos con todos sus cuadernos, para un informe de la Dirección General de Aguas (Art. 179 C.A.), en el que como puntos de importancia para la litis indica que se concurrió a terreno, con el objeto de usar datos reales, y se practicaron las mediciones en presencia de las partes (fs. 637). Se revisó la metodología teórica empleada por la Asociación Canal Huidobro, para repartir las aguas y "se la aceptó como correcta", la cual en suma es la que establece también el texto del profesor de la especialidad F. J. Domínguez. Continúa señalando que el servicio rehizo los cálculos teóricos, con los datos enviados por la Asociación el 27 de junio de 2000 que se agregan al informe en anexo, las que son del siguiente tenor:

- a) Caudal entrante 111,419 acciones, equivalentes al 100% de las acciones.
- b) Caudal pasante (izquierdo) hacia el resto de los regantes del derivado Huelquén, 107, 269 acciones equivalentes al 96,275% acciones.
- c) Caudal saliente (derecho): entrega Sr. Pomés, 4,150 acciones equivalentes al 3,725% acciones.
- d) Ancho entrante en el lugar de la sección de la partición: $b = 3,26$ m (medido en terreno por la DGA durante la visita). Esto es para 111,419 acciones o sea el 100%.
- e) Ancho saliente Sr. Pomés: Se determina suponiendo una distribución proporcional (lineal) según lo anterior le corresponde del ancho total al señor Pomés el 3,725%. $b = 3,26 \times 0,03725$, resultado, caudal saliente o $b = 12,14$ cm.
- f) En esta parte el Servicio hace presente que para compensar la distribución no lineal, derivada del roce del agua con las paredes, se usó la metodología empleada por el Ing. Francisco Domínguez, resultando en consecuencia un ancho corregido de 14,11 cm, que fue lo que se adoptó en la práctica por la Asociación. Luego el ancho corregido es de 15 cm lo cual el Servicio acepta como correcto.

Con relación al N° de acciones que actualmente recibe la saliente del señor J. Pomés con la abertura de 25 cm, serían 3,50 acciones extras.

g) En cuanto a los efectos que presentaría la existencia la "saliente lateral derecho" ubicada 2,10 m. aguas arriba de la sección repartidora del señor Pomés, luego de las pruebas técnicas practicadas en terreno que consistieron en medir luego de "taponear dicha saliente" y comparar las velocidades del agua una vez eliminada dicha interferencia, sacando el tapón y aplicando las demás técnicas que indica, se llegó a la conclusión que la influencia de tal interferencia hidráulica: "es muy pequeña y para los efectos prácticos se puede despreciar", sin embargo de sugerir algunas correcciones técnicas para obtener una distribución más homogénea de las aguas, como revestir con hormigón toda la sección, sobre todo en la orilla izquierda donde se tiene ladrillos a la vista.

51°) Que habiéndose resuelto en los considerandos 2°) y 4°) precedentes, los puntos controvertidos con relación a la legitimación activa de la demandante y la excepción de prescripción, cabe emprender el análisis, sobre la base de la prueba rendida, apreciada según las reglas legales, con respecto de los restantes hechos controvertidos, a saber, la facultad o no de distribuir las aguas que correspondería a la Asociación demandante, que la actual medida del marco partidario N° 79 excedería los derechos representativos de las 4,150 acciones de que es dueño el demandado y cuál sería la real dimensión de este marco, con la corrección técnica que corresponda. Y correspondiéndole el peso de la misma al actor, ha de revisarse si justificó en la instancia lo pedido en su presentación de fs. 47.

52°) Que en lo que respecta a la facultad de la demanda para distribuir las aguas comunes entre sus asociados, cabe precisar en primer término que la prueba de este aspecto plantea dice relación única y exclusivamente con el

contenido de los estatutos, que a este respecto se extractó en el considerando 46°) a) y b), del presente fallo, en que se lee: "*Cuadragésimo noveno.*- "El directorio tendrá los siguientes deberes y atribuciones: uno, administrar la asociación", dos, atender a la captación de las aguas por medio de obras permanentes o transitorias, a la conservación ...a la construcción y reparación de los dispositivos y acueductos y a todo lo que tienda al goce completo y correcta distribución de los derechos de aguas de los asociados, tres, velar porque se respeten los derechos de agua en el prorrateo del canal matriz, impidiendo que se extraigan aguas sin título... Cinco.- *Distribuir las aguas*, dar a los dispositivos la dimensión que corresponda y fijar turnos cuando proceda. *Artículo quincuagésimo:* El directorio podrá solicitar de la autoridad correspondiente, en este caso el Gobernador de la Provincia, por intermedio del juez, el auxilio de la fuerza pública, "PARA HACER CUMPLIR Y RESPETAR LAS MEDIDAS DE DISTRIBUCIÓN DE AGUAS QUE ACORDASE" en lo demás se da por íntegramente reproducido lo escrito en las letras a y b) del precitado considerando.

53°) Que en lo referente al orden legal acerca de la materia "facultad de distribución de aguas", la juzgadora sólo se hará cargo de modo puntual de las alegaciones de las partes contenidas en sus escritos principales, que es donde ha quedado fijada la contienda, ello por economía procesal.

En efecto, tal "deber y obligación" resulta de las facultades del Directorio de la Asociación contenidas en el artículo 240 N° 1, del Código de la especialidad, con relación a sus números 2, 3 y especialmente su número 5, cuyo tenor literal lo confirma. En este punto el demandado hace suyo el informe en Derecho acompañado en el segundo otrosí de su contestación, en el que en lo pertinente, su autor indica que la Asociación está encargada sólo de regular actos cotidianos relacionados con obras y las aguas, siendo una institución

operacional y administrativa, pero no decisoria de los bienes de los asociados, contravirtiendo como aplicables los artículos que indica. No obstante no contradice ni siquiera menciona la norma contenida en la parte final del artículo 240 N° 2, previamente mencionado el que se da por íntegramente reproducido. En suma indica que el Directorio distribuye aguas cuando existan turnos o no haya dispositivos de partición automáticos, e interviene salvo para repararlos o reconstruirlos; interpretación que no avala con antecedente alguno, por lo que no se atenderá a tales argumentaciones. A este respecto la juzgadora sólo dirá que tratándose en la especie de una Asociación de Canalistas, que se han dado una directiva, en que se incluye personal profesional de la especialidad, sus normas particulares que los regirán y han concurrido con su voluntad en cada acto de éstos, y apareciendo de los estatutos de la Asociación la facultad de distribuir las aguas conforme a los títulos de los Asociados y, en especial el numeral 5 del artículo 240 del Código de Aguas, no puede menos que concluirse que tal facultad existe en los hechos, tal como lo explica el profesor Luis Figueroa del Río, en su texto "Asignación y Distribución de las Aguas Terrestres" 1ª edición págs. 99, 100 y 110. Como asimismo si se tiene presente, según aparece de la memoria de prueba de octubre de 1988, correspondiente a Francisco Javier Uriarte Díaz, cuyo profesor guía es don José Luis Gutiérrez Moreno, "Las Organizaciones de Usuarios en el Código de Aguas de 1981", pág. 14, quien fundado en el artículo 186, del Código de Aguas, asevera que el objetivo esencial de las Comunidades de esta naturaleza que sin él no tiene sentido su existencia y en consecuencia todos los demás derivan de éste por serle directa o indirectamente complementarios es precisamente: "...*El reparto y entrega adecuada y oportuna de las aguas a sus miembros, en conformidad a sus derechos...*" Se adiciona a lo anterior como corolario lo afirmado por los profesores Gonzalo Arévalo Cunich y Gonza-

lo Muñoz Escudero, en el "Curso de Derecho de Aguas", llevado a efecto en agosto de 1999, en la Pontificia Universidad Católica de Santiago, en cuanto explicando las facultades de árbitro arbitrador de las Asociaciones (Directorio) en cuanto tiene "competencia" para resolver todas las cuestiones que se susciten entre sus miembros sobre repartición de aguas o ejercicio de derechos que tengan como miembros de la organización y las que surjan sobre la misma materia entre aquéllos y ésta" sostienen la ponencia estimando que el espíritu de esa norma y en general el procedimiento en materia de aguas está concebido de forma tal que *sean los propios usuarios, quienes resuelvan sus conflictos*, ello porque se parte de la base que son los mismos usuarios o regantes quienes mejor saben los derechos de cada uno, quienes mejor conocen las necesidades de agua, etc. Incluso agrega que se ha discutido hacer obligatorio ese procedimiento arbitral como *presupuesto de admisibilidad* de una demanda acerca de estas materias. Opiniones autorizadas que a la vez coinciden con el informe en derecho del profesor Vergara Blanco el cual se encuentra agregado a los autos a cuya argumentación la juzgadora se remite. En suma, se concluye de este modo, por cuanto lo que se está discutiendo en la especie no es el derecho de dominio del demandado sobre sus acciones ni la perturbación del uso y goce del elemento hídrico a que alude, –lo cual no se le desconoce– sino es la adecuación de su marco partidario precisamente a lo que indican sus títulos como de su dominio, a cuyo efecto la Asociación no sólo se encuentra facultada según la ley, sino le asiste un deber de hacerlo para cumplir con lo señalado en el numeral 2° del artículo 240 a que se viene haciendo alusión. Es más, el propio fallo del recurso de protección a que tantas veces se alude en autos, le reconoce tal facultad en su considerando decimonoveno, sólo que afirma, ante una controversia de carácter jurídico como lo planteado por la Asociación, no pudo haber resuelto unilateralmente como ocurrió en la oportunidad.

54°) Que en lo que respecta al segundo problema planteado en estos autos, a saber, el ancho real que debiera tener el marco N° 79 del demandado según sus títulos. Cabe en primer término acotar que al ser ésta una materia que dice relación con aspectos técnicos puesto que es conocido por toda la comunidad jurídica que los títulos otorgados con anterioridad al Código de Aguas de 1981, –la mayoría de los existentes– están expresados en regadores de río o acciones en una obra común, como es el caso sub lite, consecuentemente no se indica en éstos el contenido ni las características esenciales del derecho de aprovechamiento que se consigna. Que tales aspectos son básicos para conocer efectivamente su medida o caudal, de lo que deviene forzoso colegir es un hecho que debe probarse a través de informes técnicos, además de los títulos ya mencionados y para el caso de derechos no inscritos por medio de antecedentes históricos.

55°) Que dentro de ese orden de ideas se analizarán en primer término los informes técnicos allegados a la causa, teniendo presente conceptos básicos para dilucidar el caudal reclamado, a saber:

Caudal entrante (al área correspondiente al 100% de las acciones que lleva el canal Huelquén antes del marco N° 79);

Causal pasante: (es aquel que corre hacia uno de los lados del canal, después del marco N° 79);

Caudal saliente 1): (aguas que recibe el marco boquera ubicado a 2,10 m aguas arriba del precitado marco).

Caudal saliente N° 2): correspondiente a las aguas que recibe el marco partidario N° 79 en litigio, que es un marco de aguja con grada o barrera triangular.

56°) Que según aparece de los informes técnicos acompañados a los autos y extractados básicamente en los considerandos 46° letras f, g, h, k, k.1; considerandos 49° y 50°, respectivamente, más lo observado por el tribunal en la Inspección Ocular precedentemente anali-

zada, y a la luz de lo revisado en el libro tantas veces citado por las partes (F. J. Domínguez); la obra en cuestión, es una estructura de partición automática de agua, denominada marco N° 79 de la Asociación del Canal Huidobro, caracterizada por: su ancho total más probable de 3,34 m, su barrera transversal al escurrimiento de "tipo triangular" y 29 cm de altura, sobre la cual se empotra la plancha partidora de acero dispuesta verticalmente, en la posición que debe permitir la distribución proporcional al ancho de partición de las acciones o derechos de los comuneros, en que las acciones actuales informadas a fs. 594 son: Entrante = 111,419 acciones; Pasante = 107,269 acciones; Saliente derecho = 4,150 acciones. Que las dotaciones promedio, alcanzan a 17 lts/seg/. (18.3 época de máxima).

Sus actuales anchos de partición sobre la barrera son:

Entrante: según informe de la pericia (fs. 445) $e = 333$ cm; según DGA (fs. 575) $e = 326$ cm; según INH $e = 334$ cm (Cuad. Doc. N° 2 pág. 2).

Pasante: según pericia $p = 308$ cm y según DGA $p = 301$ cm; según INH $p = 308,5$ cm.

Saliente derecha $p = 25$ cm, aspecto en que todos los informes analizados coinciden.

57°) Que el precitado marco, según lo observado por la Dirección General de Aguas, presenta deficiencias constructivas caracterizadas por:

- Anchos de partición que no se ajustan a la proporción accionaria.
- Barrera no horizontal, con caída hacia la saliente derecha.
- Muro deteriorado en el lado izquierdo u opuesto a la saliente, con evidencia de notable mayor rugosidad.
- Posición del marco justo aguas debajo de una curva del canal, en que la saliente derecha se ubica en el lado cóncavo de la curva, todo lo cual influye en un mayor caudal para el marco N° 79.

58°) Que, esta juzgadora, tratándose de materia de alta complejidad técnica y a efectos de cumplir con el principio de inexcusabilidad relacionado con lo ordenado en el artículo 425 del Código de Procedimiento Civil, para apreciar debidamente la prueba allegada al proceso, según las "reglas de la sana crítica" obtuvo la colaboración técnica especializada acerca de la correcta distribución accionaria en un marco con punta partidora y barrera triangular, como asimismo se informó acerca de los conceptos básicos empleados en el fallo, logrando lo siguiente:

- Los anchos de partición deben ser geoméricamente proporcionales a las acciones a distribuir entre el pasante y el saliente.

- La barrera debe tener la altura necesaria para generar escurrimiento crítico sobre ella en todo momento. Asimismo, el umbral de esta barrera debe ser perfectamente horizontal para garantizar uniformidad en la distribución de velocidades y para garantizar la proporcionalidad de los anchos de partición según la misma proporción accionaria.

- Los muros laterales deben ser verticales, lisos y del mismo material para igualar ambas rugosidades.

- La posición del marco en el canal debe ser en un tramo recto, para evitar que la distribución de velocidades de aproximación sean notablemente diferentes entre ambas riberas.

59°) Que según el análisis comparativo de los informes allegados al proceso, más la testimonial extractada en el considerando 46°) de este fallo, y teniendo presente: a) que existe acuerdo entre los datos de los "informes técnicos" aportados por la demandada, con relación a la dimensión que finalmente debería tener del dispositivo en discordia. b) que básicamente todos éstos concuerdan en el método empleado para hacer las mediciones del marco partidora en litigio, esto es, el establecido en el libro del Ingeniero F. J. Domínguez. c) concuerdan

en que el demandado extrae un caudal mayor de aguas que la que le corresponde según sus acciones inscritas. d) que existe coincidencia, entre lo expuesto por el perito designado en la causa y lo informado por la Dirección General de Aguas, como se lee en el considerando 49° y 50° que anteceden, en el que se señala que el marco N° 79, tiene 25 cm a la fecha, que se extrae mayor caudal por el demandado, y e) que la única divergencia en lo conclusivo, consiste en que se incluye el "efecto boquera", o saliente 1, correspondiente al segundo marco, que se encuentra distante del que nos ocupa a una distancia de 2,10 m., en el resultado de lo que se indica como ancho que debe tener el marco partididor en cuestión.

Que en este aspecto del análisis la juzgadora se inclinará por lo informado por la Dirección General de Aguas, organismo público que en tal carácter se estima independiente, que pertenece a la estructura que establece el Código de Aguas en sus artículos 298 y siguientes, otorgándole potestad normativa, y cuya finalidad según la doctrina y como se desprende del propio articulado que lo regula, consiste en cautelar los intereses de terceros. Además de ello la juzgadora luego de haberse cerciorado de ese aspecto técnico en discordia, además, de la precisión de los cálculos y método informado por ese Servicio para lograr convicción, concluye que el demandado señor Pomés, extrae un mayor caudal por el marco partididor N° 79, correspondiente a la diferencia entre los 25 cm actuales y lo concluido por la Dirección General de Aguas, que debería ser de 15 cm, cantidad que sería a la fecha 3,5 acciones de exceso (fs. 577) como se establecerá en lo dispositivo de este fallo.

60°) Que la sentenciadora concluye de esta manera teniendo especialmente presente lo informado a fs. 637, por la Dirección General de Aguas, lo cual se compadece con lo expuesto en el considerando 58, y con la obra por el prof. F. J. Domínguez quien en su texto *Hidráulica* 4ª Ed. 1974, Cap. VII N° 73,

pág. 568, agrega además otro aspecto por el que el efecto perturbador señalado pasado puede en este caso "despreciarse", textualmente expresa: "...conservando la idea de colocar una barrera, se ha ideado el partididor de resalto, cuya barrera de sección triangular en la dirección del escurrimiento, permite los anchos proporcionales a derechos...", quien en suma indica incluso que tales barreras ubicadas a una distancia de 5 veces la altura crítica, en el caso de autos 1,6 m del partididor, no afecta interferencia alguna en la distribución de las aguas, de todo lo que se sigue que el probable efecto a que alude el informe pericial (consid. 49°) que "estima en dos veces el efecto parietal", no sólo se ve neutralizado con las situaciones que indican sino que dicho marco se favorece con mayor caudal por los defectos estructurales que actualmente presenta.

61°) Que, con lo que ha quedado dicho, la sentenciadora no analizará las otras pruebas pormenorizadas en los considerandos respectivos, por estimar que los informes referidos en los apartados anteriores concordados con los demás antecedentes de la causa, son suficientes para resolver.

62°) Que en virtud de lo anterior consignado, cabe hacer alusión a las probanzas aportadas por la demandada, la cual al consistir en informes en derecho, el proceso acerca de la acción de protección, los testimonios extractados y las actas notariales, por su vaguedad y falta de rigor técnico, no son susceptibles de desvirtuar las probanzas allegadas por la demandante, la que aportó informes técnicos, ratificados por sus autores, que básicamente orientan acerca de la materia discutida. Probanzas que si bien, no obstante la especialidad que profesan sus autores, no lograron justificar el punto de prueba relativo a que el ancho que poseía el marco partididor con anterioridad a la demanda era de 20 cm. Del mismo modo y relativo a igual punto, la parte no probó que haya habido alguna intervención del demandado en el ancho actual de su dispositivo par-

tidor, por lo que se rechazará la demanda en cuanto pide que se condene a éste a corregir a su costa el marco en litigio, atento lo que dispone el artículo 217 del Código de Aguas, en esta materia.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 2º, 5º, 6º, 13, 17, 20, 21, 22, 121, 122, 129, 177, 179, 186, 196, 200, 202, 205, 206, 208, 209, 211, 217, 219, 230, 231, 240, 241, 244, 248, 257, 258, 260, 283, 291, 293, 294, 295, 303, artículo 2º transitorio, 309, del Código de Aguas, 17, 724, 728, 924, 1698, 1700, 1702 y 2505 del Código Civil; 144, 159, 160, 162, 170, 254, 309, 342, 346, 384, 408, 422, 425, 426, 428 y 680 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

SE DECLARA:

En cuanto a las objeciones de documentos:

- 1) Que se hace lugar la objeción planteada respecto del documento acompañado en el N° 4 de fs. 168.
- 2) Que se rechazan las objeciones documentales a que se alude en el considerando 5, en su letra b, 9º, según lo consignado en el considerando 11º, las que se señalan en el considerando 12º, según lo expuesto en el 14º, los mencionados en el 15º, con lo dicho en el 17º, las consignadas en el considerando 18º, con lo expresado en el 20º, todos parte del presente fallo.
- 3) Que se acoge la incidencia promovida por el demandado, respecto de los testigos presentados por la contraria, señores Jaime Lavín Carrasco y Jaime Corrales Cabezas, como ha quedado dicho en el considerando 22º de esta sentencia.

En cuanto a las tachas:

- 4) Que se rechazan las tachas deducidas por el demandado en contra de los señores José

Muñoz Pardo, Luis Enrique Pastene Aguirre, Luis Ambrosio García Huidobro, Cristián Pérez Fernández, Alejandro Vergara Blanco.

- 5) Que no se hace lugar a las tachas alegadas por la demandante en contra de los testigos Sergio Hidalgo Carmona y Juan José Prieto Wormald.

En cuanto al fondo:

- 6) Que rechaza la excepción de falta de legitimación activa de la actora promovida por el demandado, en los términos establecidos en el considerando 2º de esta sentencia.

- 7) Que no se hace lugar, de igual modo a la excepción de prescripción deducida por el demandado según lo razonado en el considerando 4º del presente fallo.

- 8) Que se ACOGE la demanda deducida a fs. 47 y siguientes por la Asociación de Canalistas "Asociación Canal Huidobro", debidamente representada por su presidente don Víctor Claudio Vergara Carvajal, en los siguientes términos:

- 8.1) Que la Asociación Canal Huidobro se encuentra facultada por la ley para distribuir las aguas de sus usuarios de acuerdo a derechos inscritos, en el caso sublite por el equivalente a 4.15 acciones de que el demandado es dueño.

- 8.2) Que el dispositivo repartidor N° 79, por donde extrae las aguas correspondientes a sus derechos de aprovechamiento de aguas el demandado señor Juan Pomés Andrade debe ser corregido, por dicha Asociación de Canalistas, según los métodos técnicos empleados por su Directorio.

- 8.3) Que según lo concluido en lo considerativo de este fallo, la abertura del marco partidor N° 79, debe corresponder a 15 centímetros, representativos de las 4.15 acciones cuya propiedad está radicada en el demandado.

- 8.4) Que se rechaza la petición contenida en la letra c) de la parte petitoria de la demanda, por no haberse probado en la instancia alguna

intervención por parte del demandado en la construcción ni alteración de sus medidas del dispositivo en cuestión.

9) Que se condena al demandado al pago de las costas de la causa, por haber sido totalmente vencido.

Notifíquese, regístrese y archívese en su oportunidad.

Rol N° 626-1.

Pronunciada por Azeneth Aguilar Navarro, Juez Titular. Autoriza doña Lorena Flores Canevaro, Secretaria.

II. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

San Miguel, 3 de diciembre de 2003.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de sus fundamentos 1° a 4°, 44°, párrafo 2° del 45° y 51° a 62° que se eliminan, Y, se tiene en su lugar presente:

Primero: Que dando por establecidos los hechos consignados como no controvertidos en el párrafo primero del motivo 45° del fallo que se revisa, se resolverá previamente la primera excepción planteada por el demandado en su libelo de fs. 116, en que impugnó la titularidad de la directiva de la Asociación Canal Huidobro para ejercer la acción que intenta; funda la excepción en la falta de interés actual de dicha asociación para accionar, toda vez que lo pretendido excede el límite de las atribuciones que corresponden a una asociación de canalistas cuyo fin es esencialmente de carácter administrativo y de conservación.

Agrega que esta acción sólo puede ser intentada por aquellos asociados que se sientan perjudicados por no obtener el caudal que les corresponde atendido el eventual mayor margen de ingreso de aguas que estaría aprove-

chando su representado; usuarios que no han manifestado disconformidad en los más de 30 años que existe la situación hoy reclamada.

Señala que el directorio no posee facultades para distribuir las aguas una vez cumplida la etapa de formación y cuando los derechos de aprovechamiento se encuentran establecidos, otorgados y construidos los dispositivos respectivos, como es el caso de autos.

Segundo: Que respecto a esta excepción conviene tener presente, que las Asociaciones de Canalistas son personas jurídicas de derecho privado, regladas por el Código de Aguas, que tienen competencia y atribuciones sobre cauces artificiales y que tiene por objeto tomar las aguas del canal matriz, distribuirla entre los titulares del derecho y construir, explotar, conservar y mejorar la obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias para el aprovechamiento de la misma; para ese fin deben atender a la captación de las aguas por medio de obras permanentes o transitorias, a la conservación y limpieza de los canales y drenajes sometidos a la comunidad, a la construcción y reparación de los dispositivos, y acueductos y a todo lo que tienda al goce completo y correcta distribución de los derechos de aguas a los comuneros; velar porque se respeten los derechos de agua en el prorrateo del caudal matriz, impidiendo que se extraigan aguas sin títulos; distribuir las aguas, dar a los dispositivos la dimensión que corresponda y fijar turnos cuando proceda; en cuanto a los dispositivos de extracción de aguas - compuertas, marcos partidores u otros - serán autorizados por el directorio, el que también tendrá atribuciones para resolver disputas entre los comuneros.

Tercero: Que, así las cosas y atendido lo expresado en el artículo 186 del Código de Aguas y el 1° de los Estatutos de la actora, es inequívoco que las Asociaciones de Canalistas tienen por función velar por la correcta distribución de las aguas, por su mejor aprovechamiento y por crear las condiciones materiales para su óptimo empleo por los usuarios; es decir le está permitido

realizar todas las acciones de carácter administrativo destinadas a cumplir dicha función; de igual forma cumple funciones de orden comunitario, regulando las relaciones entre los socios en lo que tienen en común.

Cuarto: Que es necesario tener presente que acorde a lo dispuesto en el artículo 6º del código del ramo, el derecho de aprovechamiento de las aguas es un derecho real que consiste en el uso y goce de las mismas y que este derecho es de dominio del titular quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.

Siendo el derecho real el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona y en el que distinguimos un sujeto activo, la persona titular del derecho –en este caso el demandado– y su objeto, el aprovechamiento de las aguas, parece que éste reviste al carácter de absoluto, existe respecto de todos y las acciones que de él nacen pueden ejercitarse respecto de cualquier persona que ponga obstáculo a su ejercicio y permite a su titular perseguir la cosa quienquiera que sea su poseedor o tenedor y cualquiera sea el título por el que la haya adquirido. Asimismo le da al dueño el derecho exclusivo que lo faculta para usar, gozar y disponer de la cosa y obliga a las demás personas a respetar el ejercicio de sus facultades.

El derecho real es de tal entidad que es limitado y sólo puede ser determinado por la ley.

Quinto: Que de los derechos reales nacen las acciones reales, aquellas que permiten a sus titulares protegerlo y obtener del órgano jurisdiccional el reconocimiento, satisfacción o respeto de éste cuando se encuentra amenazado, conculcado o limitado.

Sexto: Que la titularidad del demandado sobre el aprovechamiento de las aguas no ha sido controvertido en autos, de forma tal que éste se encuentra amparado en la forma antes señalada.

Séptimo: Que, de igual forma los derechos de aprovechamiento que tienen los aso-

ciados que constituyen la Asociación Canal Huidobro les pertenecen en dominio exclusivo a éstos y cuando se ve conculcado amenazado o limitado se encuentran facultados para iniciar las acciones destinadas a restablecer su legítimo ejercicio.

Octavo: Que el hecho de constituir una asociación de canalistas, formar parte de ella, respetar sus estatutos y pagar las cuotas periódicas que le imponga no importa una renuncia a su derecho, ni una limitación al ejercicio de las acciones que le son propias, sino una delegación para el cumplimiento de los fines establecidos por ley y por sus propios estatutos en la forma señalada en el motivo segundo y tercero que anteceden.

Noveno: Que de esta forma la Asociación de Canalistas puede en el cumplimiento de sus fines ejercer todas las acciones destinadas a ello, pero no puede ejercer los derechos que sólo a los titulares les compete, esto es las acciones emanadas del derecho real que sobre el aprovechamiento de las aguas le corresponde a cada uno de sus dueños que sean perjudicados por la actividad de otro, sin que pueda la Asociación arrogarse esos derechos y actuar en su nombre.

Décimo: Que en lo que al marco repartidor N° 79 se refiere, fue autorizado y ejecutado por la Directiva de dicha Asociación antes de que el demandado adquiriera el predio con sus correspondientes derechos de aguas y se mantuvo inalterado por 33 años, sin que ninguno de los asociados reclamare o ejerciera acción alguna destinada a disminuir la cabida de dicho marco repartidor o mandataran a la actora para ejercer tales derechos.

Undécimo: Que la facultad mencionada por la demandante en orden a distribuir las aguas y velar porque ellos se respeten en el prorrateo del caudal matriz, impidiendo se extraigan aguas sin título, se debe entender referida a las atribuciones de la asociación tantas veces

mencionadas, esto es en función a la regulación interna de las relaciones entre canalistas, pero no puede entenderse que por ella le esté permitido pronunciarse sobre el derecho de aprovechamiento de sus asociados, sobre su uso y goce, cuestione o limite el ejercicio de su dominio, toda vez que esa facultad pertenece en forma exclusiva y excluyente a cada uno de los titulares cuando se sientan perjudicados en su ejercicio.

Duodécimo: Que es necesario tener presente que la falta de titularidad de la acción, planteada por la demandada en su contestación, no se refiere a la situación prevista en el artículo 303 N° 2 del Código de Procedimiento Civil, si no a una excepción perentoria que ataca el derecho del demandante a ejercer la acción constituyendo una defensa de fondo y atendido lo razonado precedentemente ella será acogida rechazándose en consecuencia la pretensión principal y la subsidiaria de la demanda por carecer la Asociación Canal Huidobro de derecho para ejercerlas.

Por estas consideraciones y atendido lo dispuesto en los artículos 577 y 582 del Código Civil y 186 y 223 del Código de Procedimiento Civil, se revoca la sentencia apelada de veintiséis de octubre de dos mil, escrita de fs. 624 a fs. 710, sólo en cuanto por ella se acoge la demanda de autos y en su lugar se declara que se rechazan la pretensión principal y la subsidiaria del libelo de fs. 47

Regístrese y devuélvase.

N° 1461-2000.

Redacción de la ministra señora Cabello.

Pronunciada por las Ministras señoras Gabriela Hernández Guzmán, Lya Cabello Abdala y Abogado Integrante señor Fernando Iturra Astudillo.

San Miguel, a tres de diciembre del año dos mil tres, notifiqué por el estado diario la resolución precedente.

III. SENTENCIA DE CASACIÓN (CORTE SUPREMA)

Santiago, 7 de marzo de 2005.

VISTOS:

En los autos Rol 626-1, caratulados "Asociación Canal Huidobro con Pomés Andrade, Juan", juicio sumario, el Juez Titular del Segundo Juzgado de Buin, por sentencia de veintisiete de octubre de dos mil, escrita a fojas 642 y siguientes, acogió la demanda en los siguientes términos:

- a) La Asociación Canal Huidobro se encuentra facultada por la ley para distribuir las aguas de sus usuarios de acuerdo a los derechos inscritos, en este caso, por el equivalente a 4,15 acciones de que es dueño el demandado.
- b) El dispositivo repartidor N° 79 por donde extrae las aguas correspondientes a sus derechos de aprovechamiento de aguas el demandado, señor Pomés Andrade, debe ser corregido por dicha Asociación de Canalistas, según los métodos técnicos empleados por su Directorio.
- c) La abertura del marco partidador N° 79 debe corresponder a 15 centímetros, representativos de las 4,15 acciones cuya propiedad está radicada en el demandado.
- d) No se condena en costas al demandado.

En contra de esta sentencia la parte demandada dedujo recurso de apelación, adhiriéndose a este recurso la parte demandante.

La Corte de Apelaciones de San Miguel, por sentencia de fecha tres de diciembre de dos mil tres, escrita a fojas 771 y siguientes, revocó el fallo apelado y rechazó la demanda, tanto en su petición principal como subsidiaria.

La parte demandante dedujo recurso de casación en la forma y en el fondo.

Por resolución de nueve de septiembre del año recién pasado, esta Corte declaró inad-

misible el recurso de casación en la forma y decretó se trajeran los autos en relación respecto de la solicitud de casación en el fondo.

CONSIDERANDO:

Primero: Que por el presente recurso se denuncian como infringidos, en un primer capítulo, los artículos 6, 228 inciso 1º, 208, 209, 210, 242 y 258 del Código de Aguas y 19, 20, 21 y 22 del Código Civil

En efecto, expone el recurrente que la sentencia impugnada ha establecido que la demandante carece de facultades para determinar la abertura de los mecanismos de distribución de aguas, desconociendo con ello las facultades que al efecto le otorgan sus propios estatutos, infringiendo el artículo 228 inciso 1º del Código de Aguas, por falta de aplicación y el artículo 19 del Código Civil; añade que estas mismas facultades también están previstas en los N°s. 2, 3 y 5 del artículo 241 del Código de Aguas, norma que resulta infringida por falta de aplicación, en relación con el artículo 19 del Código Civil. En cuanto a los artículos 242, 208, 209, 210 y 258 del Código de Aguas, sostiene que también han sido vulnerados desde que los sentenciadores del grado desconocieron las facultades que estas normas le otorgan al Directorio de la Asociación de Canalistas para distribuir las aguas entre sus asociados y hacer cumplir y respetar las medidas que sobre tal distribución así se acordaren. En efecto, expresa el recurrente que la ausencia de dichas facultades, como lo ha establecido la sentencia, trae como consecuencia que se desnaturalice el objetivo de la organización de usuarios.

En un segundo capítulo, se denuncia la vulneración de los artículos 6º, inciso 1º de los artículos 228, 241 N° 2, 3 y 5, 242, 208, 209 y 210, todos del Código de Aguas en relación al artículo 19 del Código Civil, puesto que los sentenciadores han confundido la facultad del Directorio de la Asociación para fi-

jar la dimensión de los mecanismos de distribución, con el derecho de aprovechamiento de aguas, pues la determinación de la abertura del marco partidador no importa un pronunciamiento sobre tal derecho porque se refiere exclusivamente a la potestad de la Asociación de Canalistas de distribuir las aguas entre sus usuarios según los derechos de que son titulares y por cuanto éstos otorgan a sus titulares la atribución de usar y gozar de ellas. Expone, además, que la definición del mecanismo de distribución supone la existencia de un derecho real de aprovechamiento de aguas. En la especie, la Asociación de Canalistas no ha ejercido ningún derecho de aprovechamiento de aguas sino que, por el contrario, ha hecho uso de sus poderes para distribuir las aguas entre sus usuarios.

Segundo: Que de la causa se desprenden los siguientes antecedentes:

a) Que la Asociación Canal Huidobro dedujo demanda en juicio sumario en contra de don Juan Pomés Andrade a fin de que se reconociera la facultad del Directorio de la entidad para distribuir las aguas entre sus usuarios de acuerdo con los derechos que ellos tengan registrados en la Asociación y que en el caso del señor Pomés Andrade son equivalentes a 4,15 acciones, por lo que el dispositivo de extracción debe adecuarse en términos tales que sólo le permita extraer aguas a través del marco partidador N° 79, por el equivalente a 4,15 acciones, el que dadas sus características, debía ser de 15 centímetros; tal reconstrucción será efectuada por el Directorio de la Asociación, a costa del demandado expresando que, en subsidio, para el caso que se declare que la Asociación carece de la facultad descrita, se reconozca que los derechos de aguas que el demandado tiene inscritos, sólo le permiten captar aguas con una abertura de 15 cm del marco partidador N° 79 y se condene al demandado al pago de las costas.

b) Que el demandado al contestar la demanda, solicitó el rechazo de la misma, pues

en su parecer, la Asociación carece de atribuciones para variar, cambiar o modificar los derechos de aprovechamiento de aguas una vez que como ocurre en la especie, ellos están establecidos, otorgados y constituidos los dispositivos respectivos que los respaldan, sin perjuicio de reconocerle esta facultad sólo cuando el canal se forma originariamente y agrega que en el caso de autos, su marcador está establecido desde 1966 y reconstituido en forma idéntica en 1970-1980; de modo que la Asociación carece de interés actual para demandar porque a ella en nada le afecta la situación de hecho existente en la actualidad y la forma cómo se están repartiendo las aguas en el canal en forma pacífica, tranquila e ininterrumpida durante 33 años. Finalmente, opone la excepción de prescripción adquisitiva y alega asimismo la aplicación del artículo 309 del Código de Aguas.

c) La sentencia de primera instancia procedió a acoger la demanda, rechazando las alegaciones planteadas por la demandada, estableciéndose que la actora poseía la facultad para distribuir las aguas comunes entre sus asociados, que ella aparece en sus estatutos y, en especial, en el artículo 241 N° 5 del Código de Aguas, que en autos no constituye hecho discutido el derecho de dominio del demandado; y que la abertura que le corresponde al marco N° 79 del demandado, conforme al número de acciones que éste registra inscritas, debía ser de 15 centímetros.

d) Apelada la sentencia, la Corte de Apelaciones de San Miguel revoca la sentencia de primera instancia y rechaza la demanda por entender los sentenciadores del grado que si bien la Asociación de Canalistas posee las facultades de distribuir las aguas y de velar porque se respete el prorrateo del canal matriz, ellas deben considerarse como una función interna de las relaciones entre los canalistas, pero no puede ejercer los derechos que sólo a los titulares les compete, esto es, las acciones emanadas del derecho real que sobre el aprovechamiento de

las aguas corresponde a cada uno de sus dueños que sean perjudicados por dicha actividad, sin que la Asociación pueda arrogarse tales derechos; que también es atribución de la demandante impedir que se extraigan aguas sin título, pero ello no significa que le está permitido pronunciarse sobre el derecho de aprovechamiento de sus asociados, sobre su uso y goce, cuestionando o emulando un derecho de dominio, facultad que es exclusiva y excluyente de cada uno de sus titulares cuando se sienten perjudicados en su ejercicio. Por todo lo anteriormente expuesto, acogieron la excepción de falta de titularidad planteada como excepción de fondo del demandado y rechazaron la demanda tanto respecto de la acción principal como subsidiaria.

Tercero: Que son hechos establecidos en la causa los siguientes:

a) El demandado don Juan Pomés Andrade es titular del derecho de dominio de 4,5 acciones del Canal Huidobro, debidamente inscritos en el Registro del Conservador correspondiente y en la Asociación de Canalistas.

b) La existencia legal de la Asociación Canal Huidobro y su Directorio, desde 1909, en que se le concedió personalidad jurídica y se aprobaron sus estatutos, los cuales fueron modificados por escritura pública de 21 de junio de 1995, otorgada ante don Juan Sansana Salazar, Notario Público y Conservador de Minas de la Provincia de Maipo.

c) El demandado ha dado íntegro y oportuno pago de las cuotas correspondientes a las 4,15 acciones a la Asociación Canal Huidobro.

d) El ancho actual del marco partidador N° 79, que se encuentra ubicado en el predio del demandado, a través del cual extrae las aguas del Canal es de 25 centímetros.

Cuarto: Que el artículo 186 del Código de Aguas dispone que: "si dos o más personas tienen derechos de aprovechamiento en las

aguas de un mismo canal o embalse, o usan en común la misma obra de captación de aguas subterráneas podrán reglamentar la comunidad que existe como consecuencia de este hecho, constituirse en asociación de canalistas o en cualquier tipo de sociedad, con el objeto de tomar las aguas del canal matriz, repartirla entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación de los acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento. En el caso de cauces naturales podrán organizarse como junta de vigilancia”.

Quinto: Que, como puede apreciarse el Código de Aguas consulta la existencia de organizaciones de usuarios cuyo objetivo, salvo las comunidades de obras de drenaje que constituyen la excepción en la materia, es la de tomar las aguas del canal matriz, repartirla entre los titulares de los respectivos derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y demás que sean necesarias para el aprovechamiento común.

Sexto: Que la Asociación de Canalistas como organización de usuarios no se encuentra definida en el Código de Aguas, pero puede expresarse que es una Asociación que se constituye por escritura pública, que forma una personalidad jurídica, en la medida que estén constituidas en conformidad a la ley y que se rigen por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, con excepción de los artículos 560, 562, 563 y 564 y por las disposiciones que regulan a las comunidades de aguas, Título III del párrafo 1° del Código de Aguas, en cuanto sean compatibles con su naturaleza y no contradigan lo dispuesto en sus estatutos.

Séptimo: Que el inciso 1° del artículo 228 del Código de Aguas dispone que “la comunidad será administrada por un directorio o administradores nombrados por la Junta de comuneros, que tendrá los deberes y atribuciones que determinen los estatutos y en su defecto, por los que les encomiende este Código”.

Octavo: Que, en este sentido, los estatutos de la Asociación del Canal Huidobro, vigentes a la fecha de la presentación de la demanda, señalaban como objetivo fundamental de la Asociación: “extraer del Río Maipo y del Río Clarillo, el agua que constituye la dotación del acueducto, repartirla entre los asociados en proporcionar a sus respectivos derechos y construir, explotar, conservar, reparar y mejorar sus obras de captación, conducción y distribución (art. 1°); la dotación del Canal Huidobro asciende a 642,846 acciones, de las cuales le corresponden al demandado 4,15 acciones; los deberes y atribuciones del Directorio se encuentran en la cláusula Cuadragésimo Novena que, en lo pertinente, previene que son los siguientes:

- a) Atender a la captación de las aguas por medio de obras permanentes o transitorias a la conservación y limpieza de los canales y drenajes sometidos a la Asociación, a la construcción y reparación de los dispositivos y acueductos y a todo lo que tienda al goce completo y correcta distribución de los derechos de agua de los asociados. (N° 2).
- b) Velar porque se respeten los derechos de aguas en el prorrateo del canal matriz, impidiendo que se extraigan aguas sin título (N° 3).
- c) Distribuir las aguas, dar a los dispositivos la dimensión que corresponda y fijar turnos, cuando proceda. (N° 5).

Noveno: Que es, entonces, objetivo esencial de la Asociación así como un deber del Directorio, la distribución de las aguas a los usuarios, esto es, velar porque a cada miembro de la organización le llegue la cantidad de agua a que tiene derecho, según los títulos que tengan registrados en el Conservador y en la Asociación; facultad que no sólo aparece claramente reconocida en los Estatutos de la demandante, como ha quedado dicho en el motivo precedente, sino que aparece también recogida, en los mismos términos, en el artículo 241 N° 5 del Código de Aguas.

Décimo: Que si bien el objetivo principal de la constitución de asociaciones de titulares de derechos de aprovechamiento es la distribución de las aguas entre los integrantes, también esas entidades persiguen que los aumentos o disminuciones que experimente el recurso hídrico, en razón de su carácter dinámico, los afecten en forma equitativa, de suerte que si la merma en el caudal de las aguas que ellos reciben es consecuencia de la aplicación de los dispositivos instalados para su reparto, es preciso que esta situación sea corregida por la propia entidad, para lo cual el artículo 242 del Código del ramo prevé la posibilidad de que se solicite el auxilio de la fuerza pública al tribunal competente, para hacer cumplir las medidas de distribución de las aguas que acuerde al efecto.

Undécimo: Que es dable admitir que el ejercicio de la facultad de distribución de las aguas entre sus usuarios que posee la Asociación Canal Huidobro conlleva, naturalmente, la potestad de determinar a través de los métodos técnicos correspondientes, la dimensión o abertura que deben tener los respectivos marcos y entre ellos el N° 79 del demandado, para la extracción del caudal de agua que debe recibir en razón, de las 4,15 acciones que posee, sin que ello importe menoscabar, desconocer o afectar el derecho de aprovechamiento de aguas de que es titular.

Duodécimo: Que el derecho de aprovechamiento de aguas se encuentra definido en el artículo 6° del Código de Aguas el que establece que: "el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellos con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el Código.

El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar y gozar de él en conformidad a la ley."

Decimotercero: Que como puede apreciarse, en el caso de autos, el uso y goce de un derecho de aprovechamiento sobre 4,15 acciones que el demandado posee en el Canal Huidobro, no ha sido afectado desde que este uso y goce debe adecuarse precisamente al derecho que

posee y que la distribución de aguas que por estatutos está obligado a realizar la Asociación de Canalistas presupone, por un lado, reconocer el derecho que tiene el usuario, y por la otra, otorgarle en el uso y goce de este derecho, la cantidad de aguas que realmente le corresponde, la que sólo podrá efectuarse determinando, como ya se ha dicho, la abertura del marco partidior, a través del cual se extraen las aguas del canal.

Decimocuarto: Que en este orden de cosas y existiendo la oposición de un usuario para que el Directorio de la Asociación demandante ejerza las facultades conferidas en sus estatutos, constituye interés de la Asociación, el cumplimiento de sus objetivos y de sus miembros, por lo que se encuentra legitimada activamente para el ejercicio de una acción que tiene por objeto el reconocimiento de sus facultades mediante una sentencia declarativa.

Decimoquinto: Que en consecuencia, al haber rechazado los sentenciadores la demanda por estimar que la Asociación Canal Huidobro carece de la facultad de determinar la abertura de los mecanismos de distribución de aguas, pues ello importaba emitir un pronunciamiento sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, infringieron el inciso primero del artículo 228, en relación al artículo 6° del Código de Aguas; yerro que alcanza lo dispositivo de la decisión, desde que condujo a revocar el fallo de primer grado y a desestimar la acción intentada.

Decimosexto: Que los demás capítulos en que se funda la casación sólo resultan ser consecuencias necesarias de lo antes analizado por lo que resulta inoficioso entrar al análisis pormenorizado de ellos.

Decimoséptimo: Que por haberse configurado en la especie los errores de derecho enunciados el presente recurso de casación en el fondo debe ser acogido.

Por estas consideraciones, citas legales y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 772 del Código de Procedimiento Civil, se acoge, sin costas, el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de fojas 776,

contra la sentencia de tres de diciembre de dos mil tres, escrita a fojas 771 y siguientes, la que, en consecuencia, se invalida y reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente sin nueva vista.

Regístrese.

N° 912-04.-

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores José Benquis C., Orlando Álvarez H. y Urbano Marín V. y los Abogados Integrantes señores Roberto Jacob Ch. y Ricardo Peralta V. No firman los señores Jacob y Peralta, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo de la causa, por estar ausentes. Santiago, 7 de marzo de 2005.

Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos A. Meneses Pizarro.

IV. SENTENCIA DE REEMPLAZO (CORTE SUPREMA)

Santiago, 7 de marzo de 2005.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia enalzada, con las siguientes modificaciones:

- a) Intercálase en el fundamento 1º, los vocablos "a esta", entre las palabras "pedido" "juzgadores"; al final del mismo motivo, se elimina la palabra "proceso".
- b) En el considerando tercero se sustituyen las palabras "excepción de", por "del derecho por el caudal que actualmente goza por aplicación del artículo 309 del Código de Aguas"; y "prescrito", por "adquirido por prescripción adquisitiva".

c) En el fundamento 15º se elimina la siguiente frase: 1) El informe en derecho emitido por el profesor Alejandro Vergara Blanco, agregado a los autos en cuaderno separado N° 3, sosteniendo que el profesor Vergara concluye en".

d) Se elimina íntegramente el texto escrito a fojas 674 por no corresponder al sentido lógico y continuo del fundamento 22º.

Y teniendo, además, presente:

Primero: Los fundamentos tercero a decimocuarto del fallo de casación que antecede los que, para estos efectos, se dan por reproducidos.

Segundo: Que como se establece en el fundamento cuadragésimo tercero del fallo que se revisa, lo discutido o materia de la controversia no es el derecho de dominio del demandado sobre sus acciones ni la perturbación del uso y goce del elemento hídrico, sino la adecuación de su marco partidario, precisamente según lo que indican sus títulos de dominio, para cuyo efecto la Asociación se encuentra facultada tanto por sus estatutos como por la ley, para hacerlo cumplir y que, conforme a los títulos que el demandado tiene registrado en el Conservador, así como en la Asociación, la abertura que debe tener el marco partidario N° 79 que se ubica en la propiedad del demandado, debe ser de 15 centímetros; se confirma la sentencia apelada de veintiséis de octubre de dos mil, escrita a fojas 642 y siguientes.

Regístrese y devuélvase con sus agregados. N° 912-04.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores José Benquis C., Orlando Álvarez H. y Urbano Marín V. y los Abogados Integrantes señores Roberto Jacob Ch. y Ricardo Peralta V. No firman los señores Jacob y Peralta, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo de la causa, por estar ausentes. Santiago, 7 de marzo de 2005.

Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos A. Meneses Pizarro.

