

Universidad Gabriela Mistral  
Escuela de Derecho

“La Constitución por Prescripción del Derecho de Aprovechamiento de Aguas y sus  
Procedimientos según el Código de Aguas”

Alumno:  
Clemente Andrés Yáñez Cousiño

Profesor Guía:  
Rector José Hipólito Zañartu Rosselot

2020



## ÍNDICE

Introducción .....	6
Primer Capítulo: Del Derecho de Aprovechamiento de Aguas .....	9
1.- Concepto .....	9
A. Derecho Real .....	9
B. Uso, Goce y Disposición .....	9
C. Bien Nacional de Uso Público Corporal y Bien Privado Incorporal .....	10
2.- Formas de Constituir de Derecho de Aprovechamiento .....	11
A. La Ley .....	11
B. El Acto de Autoridad Administrativa .....	13
C. El Acto de Autoridad Judicial .....	14
Segundo Capítulo: De la Prescripción en General .....	17
1.- Concepto .....	17
A. Elementos .....	17
B. Características Básicas y Comunes a Toda Prescripción .....	18
C. Respecto de la Prescripción Adquisitiva .....	18
D. Prescripción de un Derecho Real .....	19
E. La Prescripción Adquisitiva Puede Ser Ordinaria o Extraordinaria .....	19
Tercer Capítulo: De la Prescripción del Derecho de Aprovechamiento de Aguas .....	21
1.- Comentarios Breves Sobre la Posesión Material, la Inscrita y la Prescripción Adquisitiva .....	21
A. Aproximación a la Posesión Inscrita Desde los Códigos Civil y de Aguas ..	22
B. La Posesión Inscrita en el Código de Aguas .....	24
C. La Posesión Material o Real del Derecho de Aprovechamiento .....	26
i. Posesión Útil .....	27
ii. Posesión Inútil .....	28
D. Los Artículos 6° y 7° del Decreto Ley 2.603 de 1979 .....	29
i. El Artículo 6° del Decreto Ley 2.603 .....	29
ii. El Inciso Primero del Artículo 7° del Decreto Ley 2.603 .....	31
iii. El Inciso Segundo del Artículo 7° del Decreto Ley 2.603 .....	32
a. Posesión .....	34
b. Realización de Hechos Positivos .....	34

2.- Temas Previos a Abordar la Constitución Por Prescripción del Derecho de Aprovechamiento de Aguas .....	35
A. La Situación de la Cuasiposesión (y del Cuasidominio) .....	35
B. La Prescripción Adquisitiva del Derecho de Aprovechamiento .....	37
a) Derecho de Aprovechamiento Inscrito .....	38
b) Derecho de Aprovechamiento No Inscrito .....	39
Cuarto Capítulo: De la Constitución Por Prescripción del Derecho de Aprovechamiento de Aguas .....	43
1.- Antecedentes Necesarios Para Plantear la Discusión .....	43
2.- El Necesario Examen de la Constitución Por Prescripción .....	44
a) Creación .....	45
b) Derecho de Aprovechamiento de Aguas .....	45
c) Mediante Prescripción .....	46
d) Radicándolo en el Patrimonio de Quien Invoca Dicha Prescripción .....	47
e) Por Acto de Autoridad Judicial .....	47
3.- La Postura Contraria a la Constitución Por Prescripción del Derecho de Aprovechamiento de Aguas .....	48
a) La Calidad de Bienes Nacionales de Uso Público de las Aguas .....	49
b) El Acto de Autoridad Administrativa .....	49
c) La Inexistencia del Derecho Previo a su Constitución Administrativa .....	50
4.- La Postura A Favor de la Constitución Por Prescripción del Derecho de Aprovechamiento de Aguas .....	55
a) La Constitución del Derecho de Aprovechamiento Por Acto de Autoridad Judicial .....	55
b) Posibilidad de Constituir y Adquirir el Derecho Por Prescripción de Acuerdo al Artículo 21 .....	55
c) La Inscripción Conservatoria de Sentencias que Constituyen Derechos de Aprovechamiento .....	56
d) Subsisten los Derechos de Aprovechamiento Reconocidos que Emanan de Prescripción .....	57
e) La Posibilidad de que se Constituyan Derechos por Permitirse su Judicialización .....	57
5.- Fórmulas Judiciales Para Proceder a la Constitución Por Prescripción .....	58

– Primera Fórmula: el Procedimiento Sumario del Artículo 177 del Código de Aguas .....	58
– Segunda Fórmula: el Procedimiento Arbitral del Artículo 185 bis del Código de Aguas .....	59
– Tercera Fórmula: la Regularización por el Artículo 2º Transitorio del Código de Aguas .....	60
– Cuarta Fórmula: Procedimiento Especial Sumario o Arbitral en Subsidio del Procedimiento del Artículo 2º Transitorio del Código de Aguas .....	61
Conclusiones .....	63
Bibliografía .....	65

## INTRODUCCIÓN

El agua es un recurso natural clave para el sustento de la vida y la construcción y mantención de nuestra civilización; su relevancia está relacionada directamente con lo indispensable de su uso para la humanidad y con las ventajas que provee para el desarrollo de la sociedad en sus más variados ámbitos. Sin agua, la vida en nuestro planeta no sería posible.

Debido a su vital importancia, las aguas han sido tratadas jurídicamente como bienes nacionales de uso público, con las consecuencias prácticas y doctrinales tradicionales que esto conlleva, a saber, que pertenecen a la nación toda y que las mismas aguas no pueden adquirirse por prescripción adquisitiva. El agua ha sido regulada, con diferentes fines, que afectan más allá de su uso: su goce y disposición. Así, se ha concedido el derecho de aprovechamiento sobre ellas<sup>1 2</sup>.

Los cuerpos legales más relevantes que han tratado, modificado o derogado la materia, son el Código Civil, las Leyes de Municipalidades de 1854, de 1887 y de 1891. También la ley 2.139 que estableció las asociaciones de canalistas, el Código de Procedimiento Civil de 1902, los Códigos de Aguas de 1948 y de 1951, el llamado “Código de Aguas de 1967-69” (Reforma Agraria), el Código de Aguas de 1981, el Código de Aguas reformado el año 2005 por la ley 20.017, que principalmente, introduce el régimen de pago de patentes por no utilización de las aguas cuyos derechos de aprovechamiento fueren otorgados y la ley 21.064 de 2018, que reforma nuevamente el Código, esta vez en materia de fiscalización y sanciones.

Todos los cuerpos normativos mencionados tienen en común que establecen la calidad de las aguas como bienes nacionales de uso público. “Los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, son bienes nacionales de uso público.”, expresa el primer inciso del artículo 595 del Código Civil primitivo, que no ha sufrido cambios desde el primer día de vigencia de dicho código, el año 1857.

---

<sup>1</sup> En cuanto a las aguas como bienes nacionales de uso público, véase el artículo 595 del Código Civil.

<sup>2</sup> Desde ya debemos marcar la diferencia entre el dominio de las aguas y el dominio del derecho de aprovechamiento de aguas.

El Código de Aguas de hoy establece en su artículo 5° una redacción muy similar, que reitera la calidad de las aguas como bienes nacionales de uso público. Debemos diferenciar las aguas mismas, del derecho de aprovechamiento sobre ellas, ya que para efectos de esta memoria, trataremos sólo de la prescripción del derecho de aprovechamiento de aguas y no de las aguas en sí.

Y las aguas, además, han sido clasificadas como pluviales, marítimas o terrestres, en la historia codificada. La legislación presente aparta de la división la calidad de pluvial de las aguas, manteniendo las otras dos<sup>3</sup>. Sin embargo, el Código de Aguas regula solamente las aguas terrestres, y encasilla estas principalmente, de acuerdo a los artículos 2°, 3° y 4° del mismo Código, que consisten en una ordenación básica de las aguas. La más importante de todas estriba en la calificación de mueble o de inmueble de las aguas, por sus efectos en materia de prescripción.

En base a lo mencionado, la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas y la prescripción adquisitiva de los mismos, junto con representar la solución a determinadas dificultades hídricas, como la ineficiencia en su utilización, por presentarse la existencia de derechos de aprovechamiento que no son efectivamente utilizados —y que evitan el uso por parte de terceros que requieren su provecho—, arrastran problemas que las hacen delicadas de asir. A saber, dos situaciones a tener en mente: la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas por prescripción<sup>4</sup>; y la barrera que representa la posesión inscrita de los derechos en los Registros de Propiedad de Aguas a cargo de los Conservadores de Bienes Raíces.

Así, la prescripción de un derecho de aprovechamiento de aguas puede plasmarse sobre aguas calificadas de muebles o de inmuebles logrando constituir un derecho en base a esta misma prescripción. Y en el caso de encontrarse ya constituido, la prescripción operará por sentencia judicial ejecutoriada, igual que para con los no constituidos, con fundamento en la posesión y sus antecedentes útiles para efectos de que opere el modo de adquirir el dominio en comento. Menester es señalar la existencia

---

<sup>3</sup> Las aguas pluviales son terrestres o marítimas según dónde precipiten (artículo 1 del Código de Aguas).

<sup>4</sup> Cuando se habla de constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas por prescripción (por ejemplo, el artículo 310 del Código de Aguas) en el fondo, se está refiriendo a la adquisición del dominio de dicho derecho de aprovechamiento de manera originaria por dicho modo de adquirir el dominio por el prescribiente.

de un mecanismo de prescripción especial consagrado en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, que permite la prescripción respecto de derechos ya constituidos, inscritos o no inscritos, que están siendo utilizados por otros, quienes no tienen la titularidad de dichos derechos.

Esta memoria apunta a abordar principalmente dos ejes centrales en que se ve la aplicación de la prescripción adquisitiva de los derechos de aprovechamiento de aguas. El terreno pantanoso se asienta sobre, primero, la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas por prescripción; y segundo, la manera en que procede la prescripción constitutiva en los casos que prevé la ley para la materia. Entraremos en materia de prescripción adquisitiva en cuanto a una mirada general. El interesante tema del que no trataremos es el potente obstáculo de los derechos inscritos en un registro que de acuerdo a la doctrina tradicional, hace inamovible el dominio sobre los derechos de aprovechamiento por prescripción adquisitiva –la teoría de la posesión inscrita–. Tampoco nos referiremos a las organizaciones de usuarios en general, a las juntas de vigilancia ni a las comunidades de aguas; y con este trabajo nos abocaremos y éste hará referencia, a las aguas superficiales, tratándose todo o casi todo lo escrito de estas aguas, sin perjuicio de que lo dicho pueda aplicarse a las aguas subterráneas (o pluviales).

No obstante la posibilidad de existir vilipendios doctrinales, por la característica rupturista y poco común de este trabajo, dadas las dificultades y los desafíos planteados y que ya se tratarán, el mismo representa un avance en términos prácticos para la institucionalidad hídrica, ya que apunta al buen uso del recurso, el cual, o escasea, o es utilizado ineficientemente o simplemente no es aprovechado, motivo por el cual, por ejemplo, se pagan patentes por no utilización. La constitución por prescripción soluciona la incertidumbre jurídica (y fáctica) en la que se encuentran sumidos los usuarios materiales regulares de un derecho de aprovechamiento que no ha sido constituido aún.

Revisaremos las normativas tanto del Derecho Civil como del Derecho de Aguas principalmente, para intentar resolver el conflicto de la constitución de un derecho de aprovechamiento por prescripción y revisar las formas en que opera la prescripción para estos efectos.



## PRIMER CAPÍTULO: DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

### 1.- CONCEPTO

El derecho de aprovechamiento de aguas es un derecho real establecido por la ley, consagrado actualmente en el artículo 6 del Código de Aguas. Es aquel derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescriben dicho Código y las leyes especiales pertinentes.

Es de dominio de su titular, quien puede además disponer de él, según las condiciones que la ley formule. Se constituye sobre las aguas, acorde al artículo 5 del Código. Además, este derecho real es de ejercicio exclusivo de su titular y conlleva todas las acciones permitidas por el Código para servirse de las aguas. Y para protegerlo, existen acciones de dominio, además de las posesorias que establece la ley, para blindarlo contra perturbaciones de terceros.

#### A. Derecho Real

El Código de Aguas crea un derecho real adicional a los establecidos en el Código Civil. De acuerdo al artículo 577 del Código Civil, un derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. El derecho de aprovechamiento de aguas tiene la calidad jurídica de real, por lo tanto, de ser absoluto, lo que posibilita hacerlo valer contra todos los demás sujetos, por estimarse que estos deben respetar al máximo el derecho mismo<sup>5</sup>. En consecuencia, surgen los derechos de persecución y de preferencia respecto del derecho real y las acciones que la ley prevé, como las reivindicatorias<sup>6</sup> y las posesorias civiles<sup>7</sup>.

#### B. Uso, Goce y Disposición

Deben distinguirse el uso y el goce de las aguas, del uso, goce y disposición del derecho real de aprovechamiento de aguas<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup> ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio. *Tratado de los Derechos Reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, Tomo I, 6ª Edición, pág. 16.

<sup>6</sup> Artículo 891 del Código Civil.

<sup>7</sup> Artículo 916 del Código Civil.

<sup>8</sup> Incisos 1º y 2º del artículo 6 del Código de Agua, para uno y otro caso, respectivamente.

El legislador sistematiza el régimen legal hídrico, en cuanto a que debe existir coherencia entre la calidad de bienes nacionales de uso público de las aguas y la calidad de propiedad específicamente privada del derecho de aprovechamiento.

En el primer caso, sólo menciona el uso (utilización de las aguas) y el goce (facultad de sacarles provecho o hacerse de los frutos de ellas)<sup>9</sup>, ya que sin las anteriores, no sería posible acción útil alguna respecto de las aguas. Como ejemplo de uso, existe el acto de lavarse las manos en un arroyo, y de goce, la canalización de agua para generación de energía eléctrica, restituyéndola posteriormente al cauce natural.

En el segundo caso, además de las facultades de uso y goce, se añade la de disposición: ésta es por antonomasia la facultad más representativa del dominio, y consiste en la posibilidad para el dueño de destruir, transformar y enajenar, a título personal o mediante representación, un bien determinado. Así sabemos con certeza que el derecho de aprovechamiento es un derecho real. Un ejemplo de esta última facultad es su consumo como bebestible humano o animal.

La ley, entonces, agrega la facultad de disposición para el caso del derecho de aprovechamiento consuntivos con la finalidad de que su titular pueda consumir el agua en cualquier actividad, como por ejemplo la agricultura y que representa el mayor porcentaje de uso de agua en Chile (superior al 80%). Ello lleva a concluir, tal y como señala Figueroa del Río, que las aguas son bienes nacionales de uso público sólo cuando se encuentran en la fuente natural u obra estatal de desarrollo del recurso<sup>10 11</sup>.

### C. Bien Nacional de Uso Público Corporal y Bien Privado Incorporal

El derecho de aprovechamiento recae sobre las aguas. Estas son bienes nacionales de uso público, con tratamiento jurídico de bien corporal mueble por naturaleza e inmueble por destinación. Tradicionalmente, se ha entendido que las aguas pertenecen al denominado dominio público, en oposición a cualquiera propiedad privada-particular. En virtud de esto, es que se da por hecho que no son apropiables por

---

<sup>9</sup> Con todo, conforme al artículo 13 del Código de Aguas, al definir los derechos consuntivos, señala que ellos facultan a consumir el agua y el consumo es un acto de disposición.

<sup>10</sup> FIGUEROA DEL RÍO, Simón; *Asignación y Distribución de Aguas Terrestres*; Editorial Universidad Gabriela Mistral, Santiago, 1990.

<sup>11</sup> Es por ello que el artículo 22 del Código de Aguas señala que la autoridad administrativa sólo constituye el derecho de aprovechamiento en fuentes naturales u obras estatales de desarrollo del recurso.

persona alguna, mientras se encuentran en la fuente natural<sup>12</sup>, cuestión merecedora de dudas, las cuales no serán despejadas en esta memoria, por escapar al tema principal de la misma. Aquel aserto sobre la privación de apropiabilidad particular encuentra asidero en el inciso 1° del artículo 589 del Código Civil y el artículo 595 del mismo texto, que en conjunto indican que el dominio de las aguas pertenece a la nación toda.

Con lo precedente, es apropiado señalar que sobre ellas puede establecerse un derecho de aprovechamiento, el cual es un bien incorporeal, mueble o inmueble, según igual criterio de apreciación jurídica que para las aguas como bienes corporales se aplica<sup>13</sup>. Su incorporeidad radica en que es un derecho, conforme al artículo 576 del Código Civil. Y su propiedad es esencialmente privativa o excluyente –acorde lo expresa el inciso 2° del artículo 6 del Código de Aguas–, en el sentido de que no puede ser de otro u otros, sino de su titular o sus titulares.

## 2.- FORMAS DE CONSTITUIR EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO

### A. La Ley

Identificamos una serie de disposiciones legales que constituyen, por el solo ministerio de lo prescrito en la ley, derechos de aprovechamiento de aguas. Es decir, hay texto legal expreso que otorga un derecho de aprovechamiento a un titular que cumpla con los requisitos o características exigidos.

---

<sup>12</sup> En este sentido, los siguientes autores en sus obras, manifiestan la inapropiabilidad de las aguas:  
-ALEGRÍA MALUENDA, Diego. *Teoría de la Constitución por Prescripción del Derecho de Aprovechamiento según el Código de Aguas de 1.981*. Editorial Metropolitana, Santiago, 2012, pág. 34.  
-ARANDA VALENZUELA, Pablo. *Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile y su marco regulatorio*, Revista de Derecho N°4, Escuela de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2013, pág. 116.  
-CABRERA PACHECO, Alejandra. *Determinación y fijación de los cauces naturales en Chile. El límite entre un bien nacional de uso público y la propiedad privada*, Revista de Derecho Público Iberoamericano N°12, Centro de Justicia Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2018, pág. 15.  
-PARADA BARRERA, Guillermo. *El Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Congreso, Santiago, 2000, pp. 514-517.  
-PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010, pág. 36.  
-VIAL DEL RÍO, Víctor. *La Tradición y la Prescripción Adquisitiva como Modo de Adquirir el Dominio*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1999, pág. 79.

<sup>13</sup> En realidad debiera siempre ser un bien corporal porque las cosas se definen por su naturaleza y no por sus accidentes y bien señala el artículo 4 del Código de Aguas que atendida su naturaleza, las aguas son muebles.

- i. El caso que plantea el artículo 10 del Código de Aguas genera un derecho de aprovechamiento que otorga el uso de las aguas “que caen o se recogen en un predio de propiedad particular” para el dueño del predio sobre el cual se precipitan aguas pluviales. Debe cumplirse la condición de que corran dentro del predio y que no caigan a cauces naturales de uso público, pues en este último caso, pasarían a incorporarse a las aguas de dominio público. Asimismo, no deben ser afectados derechos de terceros; naturalmente, tampoco debe estar constituida merced alguna sobre estas aguas, que impida su aprovechamiento por parte del dueño del predio. Podría dudarse de esta constitución legal de derecho de aprovechamiento por cuanto el mismo se otorga únicamente para el uso de las aguas, excluyendo las dos otras facultades que concede la ley, a saber, goce y disposición, bajo circunstancias en que el derecho de aprovechamiento suma estas tres, por constar así en el Código de Aguas. Al respecto surge la idea de que este es una mera especie de derecho de aprovechamiento y no un derecho propiamente tal. Sin embargo, esta distinción no afecta la real existencia de un derecho de aprovechamiento con la facultad de uso de las aguas caídas en la propiedad, no obstante la omisión en la que incurre la ley de las palabras “derecho de aprovechamiento” u otras que permitan entrever directamente su nacimiento a la vida jurídica; no por faltar la denominación exacta del derecho, se anula su constitución. Por esto es que por el solo ministerio de la ley emerge un derecho de aprovechamiento de aguas para su titular, que es el dueño del predio sobre el que cae la lluvia; con la facultad de uso sobre las aguas pluviales ya dichas y sus limitaciones.
- ii. Las aguas que corresponden a vertientes que nacen, corren y mueren dentro de una misma heredad, constituyen un derecho de aprovechamiento por el solo ministerio de la ley, por directa y expresa manifestación del inciso segundo del artículo 20 del Código de Aguas. Se entiende que mueren dentro de la misma

heredad las vertientes o corrientes que permanentemente se extinguen dentro de aquélla sin confundirse con otras aguas, a menos que caigan al mar.

- iii. También, con origen en el mismo inciso y artículo del código señalado, el dominio del derecho de aprovechamiento sobre las aguas de lagos menores no navegables por buques de más de cien toneladas, de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros, es del propietario de las riberas.
- iv. En materia minera, según los artículos 56 del Código de Aguas y 110 del Código de Minería, el dueño de la concesión o pertenencia minera también es propietario de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas halladas en sus labores.

#### B. El Acto de Autoridad Administrativa

Esta letra está separada especialmente, con la característica de “administrativa” a propósito: el Código de Aguas apunta que la constitución originaria de una merced se realiza por acto de autoridad, según el primer inciso del artículo 20 de dicho compendio. Interesante es que no aclara qué autoridad debe procesar el acto: administrativa o judicial. Entonces, se divide esta letra, de la siguiente, para enfrentarlas con precisión.

- i. Una forma de obtener la constitución de un derecho de aprovechamiento, es a través del procedimiento general que establece el Código de Aguas. Este procedimiento se efectúa mediante la autoridad administrativa, que es la Dirección General de Aguas, a través de una solicitud y de trámites posteriores a ésta.
- ii. Otra forma de obtener la constitución, la informa el artículo 148 del Código de Aguas. Éste expresa que ante el evento excepcional previsto por el inciso 1º del artículo 142, el Presidente de la República podrá constituir directamente un derecho de aprovechamiento.

### C. El Acto de Autoridad Judicial

Tal y como se dijese en la letra anterior, se debe detallar la autoridad de que se trata en relación al acto de constitución del derecho de aprovechamiento. Al efecto, el pasaje legal aludido (inciso 1° del artículo 20 del Código de Aguas) nos dice que el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. Pero no puntualiza con exactitud alguna a qué autoridad se refiere: esto nos orienta directamente a que cualquier autoridad competente y dotada con el poder suficiente puede conceder una merced. Ya nos referimos a la autoridad administrativa en la letra pasada. En la letra C. presente, nos referiremos a la autoridad que puede declarar la prescripción de un derecho de aprovechamiento: la autoridad judicial.

La autoridad judicial puede actuar mediante variadas formas y procedimientos, de los que se tratará más adelante. No obstante, antes es necesario puntualizar a grandes rasgos la manera de proceder de la prescripción en general respecto de un derecho de aprovechamiento de aguas. Para toda prescripción se debe advertir que la cosa tiene que ser posible de prescribirse y que la posesión que la antecede y funda sea ininterrumpida.

En primer lugar, se deben reunir los requisitos para que opere la prescripción (ordinaria o extraordinaria) de acuerdo a la distinción entre la posesión regular e irregular de las aguas. Los plazos de posesión que se deben cumplir para uno y otro caso son diferentes –dos (o cinco) y diez años respectivamente– y se regulan de acuerdo a las normas del Código Civil, acorde lo expresa el artículo 21 del Código de Aguas.

En segundo lugar, se deben tener en mente y a disposición los antecedentes que justifican la posesión y que sirven de base a la prescripción; el o los títulos por los cuales se es poseedor son importantes para estos efectos. Es relevante recordar que el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifica serlo<sup>14</sup>.

En tercer lugar, la prescripción debe alegarse ante autoridad judicial: el juez no puede declararla de oficio.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Artículo 700 del Código Civil.

<sup>15</sup> Artículo 2493 del Código Civil.

La autoridad judicial puede ser un tribunal ordinario y puede resolver sobre todo lo relativo a los derechos de aprovechamiento de aguas, inclusive sobre la constitución de dichos derechos; esto en base al artículo 177 del Código de Aguas. Cabe señalar que se conocerá de estas cuestiones en procedimiento sumario, de no haber otro procedimiento especial que las regule.

Además, el tribunal puede ser arbitral, según el artículo 185 bis del mismo código, para la resolución de conflictos respecto del ejercicio de los derechos de aprovechamiento, ítem en el que se incluye la prescripción, por ser parte del ejercicio de los derechos de que se trata, comprendiéndose también los ámbitos de la constitución y de los derechos ya constituidos<sup>16</sup>.

Respecto a lo mencionado en la Introducción, existe un mecanismo que es realmente una prescripción, incluso contra título inscrito, que es el procedimiento administrativo-judicial del artículo 2° transitorio del Código de Aguas (administrativo, porque se inicia como tal; y judicial, porque los antecedentes administrativos pasan a competencia del Juez de Letras en lo Civil correspondiente, luego de cumplidos los plazos legales que se establecen; de todas formas, este procedimiento entra en categoría de un acto de autoridad judicial, ya que es ésta la que resuelve en definitiva).

Es interesante establecer que de acuerdo a los artículos 6° y 7° del Decreto Ley 2.603, de abril de 1979, existe una presunción de titularidad respecto de un derecho de aprovechamiento en los casos que se indican; uno de estos casos se presenta cuando una persona se encuentra actualmente haciendo uso efectivo del agua. Este uso efectivo del agua, para efectos de posesión y de esta letra, no es nada menos que una posesión regular, dado que la ley opera como un justo título que le sirve de antecedente a aquella (y asumiendo la buena fe y demás condiciones).

Así, se pavimenta directamente el camino para ganar el derecho de aprovechamiento por prescripción, dado que el título-ley establece una presunción de titularidad, lo que equivale a expresar que se es dueño del derecho y se agrega a la lista de circunstancias que apoyan al prescribiente en el caso de regularización planteado por el artículo 2° transitorio ya mencionado. Se abordará nuevamente este tópico más adelante.

---

<sup>16</sup> Reconocemos discutible tal afirmación, pero no cabe duda de que frente a conflictos, puede debatirse sobre la propiedad de un derecho. Esto se verá más adelante.

Rescatamos a modo ilustrativo, la existencia de otros mecanismos que, sin dirigirse directamente a la constitución o prescripción del derecho de aprovechamiento, lo protegen de una u otra manera: el amparo judicial de aguas, el recurso de protección, las acciones posesorias ordinarias y especiales comentadas en el Código de Aguas<sup>17</sup> y tratadas por el Código Civil<sup>18</sup>; también, las acciones de dominio establecidas por este último código, entre otras.

---

<sup>17</sup> Título IX del Libro Primero.

<sup>18</sup> Títulos XIII y XIV del Libro Segundo.



## SEGUNDO CAPÍTULO: DE LA PRESCRIPCIÓN EN GENERAL

### 1.- CONCEPTO

La prescripción, acorde al artículo 2492 del Código Civil, es “un modo de adquirir las cosas ajenas, o de extinguir las acciones y derechos ajenos, por haberse poseído las cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”. Agrega el legislador que “una acción o derecho se dice prescribir cuando se extingue por la prescripción”.

#### A. Elementos

Pues bien, del concepto se extraen ciertos elementos:

- i. Es un modo de adquirir las cosas ajenas (dificilmente puede adquirirse lo que ya es propio; no obstante, no está de más que se mencione que son cosas ajenas). Al perfeccionarse este modo de adquirir, las cosas dichas pasan al dominio de quien prescribe, ya sean cosas corporales o incorporales.
- ii. Es un modo de extinguir acciones y derechos ajenos. En este caso, en vez de adquirir las cosas, se extinguen las acciones y derechos, por inacción, como se mencionará en el siguiente número iii.
- iii. Este modo de adquirir o extinguir requiere posesión de las cosas u omisión de actuar o de ejercer derechos, por un tiempo determinado. Es decir, se necesita la confluencia del corpus y del animus para poseer, y la posesión sumada al transcurso de un determinado tiempo, constituirán prescripción. El transcurso del tiempo sin que se hayan ejercido las acciones o los derechos, los extinguen irremediamente, sin perjuicio de que para las obligaciones, subsiste una obligación natural de cumplirlas completamente.

- iv. Con lo anterior, debe transcurrir un determinado lapso de tiempo, el que dependerá de la cosa que se posee o de los derechos y acciones que dejan de ejercerse.
- v. Finalmente, deben concurrir los demás requisitos legales: con esto, para el caso de la prescripción adquisitiva, el artículo se refiere a una posesión útil e ininterrumpida, principalmente.

#### B. Características básicas y comunes a toda prescripción

- i. La prescripción es aplicable a todas las personas por igual; sin importar si se trata del Estado, de la Iglesia, de sociedades de responsabilidad limitada o de personas naturales.
- ii. La prescripción es renunciable.
- iii. La prescripción debe alegarse (judicialmente).
- iv. No debe haberse interrumpido ni estar sujeta a las suspensiones que la ley dispone.

#### C. Respecto de la prescripción adquisitiva

La prescripción adquisitiva es la prescripción referida a la adquisición del dominio de las cosas ajenas, en oposición a la relativa a la extinción de acciones y derechos ajenos, llamada extintiva. La prescripción adquisitiva requiere una inacción u omisión de actuar por parte del propietario de la cosa a prescribir y la posesión de esa cosa por parte del prescribiente por un determinado periodo de tiempo. La cosa a prescribir puede ser perfectamente un derecho real<sup>19</sup>, como lo es el de aprovechamiento de aguas, puesto que puede poseerse y no está exceptuado; pero no puede ser un derecho personal, de acuerdo a lo que plantea la doctrina tradicional. Esto en base a que los derechos personales o créditos no pueden poseerse<sup>20</sup>. Imposible es así, la prescripción sobre una cosa que no puede poseerse, por ser requisito fundamental para que opere este modo de adquirir. Si bien ya hemos empleado el término “posesión” y lo

---

<sup>19</sup> Artículo 715 del Código Civil.

<sup>20</sup> ESCUDERO AHUMADA, Bernardino. *La Posesión del Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago, 1990, pp. 19-20.

seguiremos usando para el caso de este derecho real, nos referiremos más adelante a la llamada “cuasiposesión”.

#### D. Prescripción de un derecho real

Ya se dijo que la posesión sobre un derecho real es posible; así lo afirma el inciso segundo del artículo 2498 del Código Civil. La prescripción también lo es. Se adquieren de la misma manera que el dominio, de acuerdo al artículo 2512 del Código Civil, con la salvedad del derecho de herencia<sup>21</sup> y de censo, que se adquieren por prescripción de 10 años. El derecho de servidumbre, luego, se adquiere por 5 años, pero sólo tratándose de servidumbres continuas y aparentes (las discontinuas de toda clase y las continuas inaparentes no son susceptibles de prescripción alguna).

Es relevante dejar claro que el derecho real seguirá la suerte de aquello sobre lo que recae: si recae sobre mueble, el derecho real será mueble, y lo correspondiente para el caso de recaer sobre inmueble.

#### E. La prescripción adquisitiva puede ser ordinaria o extraordinaria

La ordinaria concurre cuando se verifican los siguientes requisitos:

- a) Que sea posible adquirir la cosa por prescripción adquisitiva (que sea una cosa corporal mueble o inmueble o derechos reales que no estén especialmente exceptuados –artículo 2498 del Código Civil–, que esté dentro del comercio humano).
- b) Existencia de posesión regular de la cosa; “la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe”<sup>22</sup>.
- c) Posesión regular ininterrumpida de la cosa (artículo 2507 del Código Civil).
- d) Transcurso de 2 ó 5 años de posesión, dependiendo de si la cosa es mueble o inmueble, respectivamente. No obstante las suspensiones que prevé la ley.

---

<sup>21</sup> Sin perjuicio del artículo 704 N°4 del Código Civil.

<sup>22</sup> Inciso 2° del artículo 702 del Código Civil.

La extraordinaria se materializa cuando se cumple lo siguiente:

- a) Que sea posible adquirir la cosa por prescripción adquisitiva, requisito común para ambas prescripciones –ordinaria y extraordinaria–.
- b) Que haya posesión irregular de la cosa, que es “la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 702 (del Código Civil).”<sup>23</sup> Es decir, la que carece de uno o más requisitos que configuran la posesión regular.
- c) Posesión irregular continua, sin interrupciones.
- d) Transcurso de un plazo de 10 años, sin importar la naturaleza mueble o inmueble de la cosa.

---

<sup>23</sup> Artículo 708 del Código Civil.

## TERCER CAPÍTULO: DE LA PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

### *1.- COMENTARIOS BREVES SOBRE LA POSESIÓN MATERIAL, LA INSCRITA Y LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA*

Ya se habló de la prescripción en general; ahora nos toca tratarla respecto del derecho de aprovechamiento de aguas en específico. Debemos ir al comienzo de esta escena: la convergencia de los conceptos de prescripción y del derecho de aprovechamiento de aguas está en el Código de Aguas. El artículo 21 menciona expresamente que la prescripción se regulará conforme a las reglas del Código Civil, en lo que no estén alteradas por el Código de Aguas. Este artículo da pie directo para llevar la prescripción del derecho de aprovechamiento al Derecho Civil codificado, aplicándosele todas las disposiciones que de acuerdo a la prescripción procedan: posesión, plazos, interrupción, suspensión, etc.

A pesar de lo dicho y de lo que se dirá, la constitución por prescripción queda erigida sobre un terreno particularmente raro: la constitución del derecho de aprovechamiento se realiza por acto de autoridad, como ya quedó determinado y como lo afirma la ley<sup>24</sup>; mas la constitución por prescripción no alcanza a la ley ni al acto de autoridad administrativa, sino que queda en manos de acto de autoridad judicial. Así, merece un tratamiento procedimental diferente<sup>25</sup>, el cual es difícil de determinar, considerando que la ley no establece directamente un procedimiento para la constitución por prescripción.

Se comentó en la Introducción de esta memoria, que se eludirá la teoría de la posesión inscrita, por escapar del tema principal a tratar y por la breve extensión de este trabajo. Sin embargo, no puede evitarse una referencia a lo menos indirecta a la

---

<sup>24</sup> Artículo 20 del Código de Aguas.

<sup>25</sup> Al respecto, podría acudir al procedimiento planteado por el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, pero en teoría no tendría éxito, ya que la norma se aplica a los casos en los que los derechos están inscritos o no se encuentran inscritos –pero no para los derechos no constituidos aún; los tribunales, en una mirada propiciada por nosotros a priori de cualquier juicio, no validarían este procedimiento para la constitución de un derecho de aprovechamiento–. En subsidio, en caso de que no se cumpla alguno de los presupuestos previstos por el inciso segundo de dicho artículo, queda abierta la posibilidad de someter la cuestión que pueda presentarse al respecto, o la misma constitución por prescripción, en cuanto devenga en una controversia, a juicio ordinario o juicio arbitral.

posesión inscrita, por ser un tema intrínsecamente relacionado a la prescripción adquisitiva, en el derecho y en los hechos. La posesión, que es pilar esencial de la prescripción, está regulada dentro del derecho registral en base a inscripciones en registros conservatorios, lo que ubica a este modo de adquirir el dominio directamente en el espectro de la posesión inscrita. En consecuencia, debe revisarse cautelosamente la normativa que la regula, para dar tratamiento correcto a la prescripción del derecho de aprovechamiento de aguas.

#### A. Aproximación a la posesión inscrita desde los Códigos Civil y de Aguas

La posesión inscrita descansa sobre la base de ciertos artículos relacionados entre sí dentro del Código Civil, como lo son, por mencionar algunos, el 686, el 724, 728, 916, 924 y el 2505. Uno de los más fervientes defensores de la teoría de la posesión inscrita es don Humberto Trucco Franzani, quien en un excelente trabajo, protege esta teoría. Al respecto, propone firmemente que cuando se trata de un bien raíz inscrito, “no cabe vacilar”, pues quien alega posesión sin tener un título inscrito, “no es poseedor regular ni irregular ante la ley”<sup>26</sup>. Lo mismo que para el bien raíz inscrito, se extiende a los derechos reales y por tanto, a los derechos de aprovechamiento, en cuanto esta interpretación de la legislación civil los encasilla dentro de este sistema de posesión inscrita, ya inscritos o inmuebles.

Esto que se comenta es una pequeña muestra sumamente fuerte de una teoría consolidada, no obstante, que contiene una posición blanda en ciertas áreas. Mencionamos una, relativa al artículo 2505 del Código Civil, que señala que no hay lugar para la prescripción adquisitiva contra un título inscrito en cuanto a bienes raíces o derechos reales constituidos en ellos. Esta norma se desmorona cuando se para con el artículo 2513 del mismo código, ya que por sede judicial, puede decretarse la prescripción adquisitiva de un bien raíz o de derechos reales constituidos en ellos, y con la inscripción de la sentencia, se tendrá un nuevo título que cancela al título inscrito anterior. El número 1° del artículo 52 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces estipula que las sentencias ejecutoriadas relativas a lo ya expresado,

---

<sup>26</sup> TRUCCO FRANZANI, Humberto. *Teoría de la Posesión Inscrita, dentro del Código Civil Chileno*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Santiago, 1910, N° 6, pág. 139.

deben inscribirse en el Registro afín. Así, mediante decreto judicial, se puede consolidar una posesión material en una posesión inscrita.

Además, el Código de Aguas establece ciertas normas que no quedan del todo resueltas, como lo es el caso del primer inciso del artículo 20, que señala: “(...) La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción”; esta segunda parte del inciso merece las siguientes dudas: ¿la posesión de los derechos así constituidos se adquieren solamente por su inscripción? Es decir, ¿qué pasa con la posesión real y la posesión legal? ¿estas se adquieren sólo por la inscripción o la inscripción sólo se refiere a la posesión inscrita? ¿por qué no está escrito que *solamente así* se adquirirá la posesión, por su inscripción? ¿por qué deja un espacio abierto para añadir otras opciones de posesión? Se cree que entonces es aceptable la posesión fuera de la inscripción. De esta manera, la posesión puede ser inscrita como puede no serlo. Ciertamente, para mayor seguridad jurídica de quien es dueño del derecho de aprovechamiento, es ventajoso tenerlo inscrito en el Registro de Propiedad de Aguas que corresponda<sup>27</sup>; mas, no es obligatorio, y se pueden revisar múltiples casos de personas (ya naturales, ya jurídicas) que no inscriben los derechos que les son concedidos<sup>28 29</sup>.

Lo dicho en el párrafo anterior nos muestra una situación de hecho –la falta de inscripción de derechos de aprovechamiento–, chocando con la teoría escrita en el artículo en comento –que la posesión se adquiere por la inscripción–. ¿Podría decirse con certeza entonces que los dueños del derecho de aprovechamiento no son poseedores de estos? No, ya que difícilmente la realidad fáctica puede apartarse sin más, con tal de reducir la aplicación del primer inciso del artículo 20 a una mera inscripción. Es decir, no puede pretenderse una única opción de posesión, sólo a través de la inscripción: esto

---

<sup>27</sup> Tal y como sucede con el solicitante indicado en el expediente con código ND-0902-14028, de Temuco, provincia de Cautín, región de La Araucanía, cuyo derecho está inscrito a fojas 25 vuelta, número 27 del año 2015, en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de Temuco.

<sup>28</sup> Afirmación que resulta de contrastar los datos arrojados por búsquedas de expedientes en el Sistema Nacional de Información del Agua (SNIA), con las inscripciones conservatorias existentes en los Registros de Aguas de los Conservadores de Bienes Raíces correspondientes y el Catastro Público de Aguas de la Dirección General de Aguas.

<sup>29</sup> Si se examinan todas las normas de regularización de derechos de aprovechamiento de aguas en el Código de Aguas, (artículos 1º, 2º y 5º transitorios) se observa que dichos procedimientos sólo persiguen hacer coincidir una posesión real en una posesión inscrita.

porque el artículo mismo permite, en su redacción (al omitir la palabra “sólo”, “solamente” u otras afines) la posesión material y la posesión inscrita.

Este tipo de problemas complejos de enfrentar se presentan cuando se habla de posesión inscrita. Lo ya expuesto en esta letra es apenas una brevísima ilustración de todo lo que puede plantearse y de las dimensiones totales que existen para elaborar el asunto. No aspiramos por ningún motivo a exhibir una mirada extendida sobre el tema, sino que solamente a vislumbrar un resumen en base a un par de artículos.

## B. La posesión inscrita en el Código de Aguas

Ya mencionamos lo propio del artículo 20 y establecimos las posibilidades de no inscribir los derechos de aprovechamiento y de ser poseedores materiales de un derecho de aprovechamiento no inscrito. Revisaremos ahora otras disposiciones importantes dentro del Código de Aguas al respecto. Las principales son, prescindiendo de orden numérico de los artículos, para mejor explicación:

- i. Como norma importante, es obligatorio tocar el asunto planteado por el artículo 112, que instituye un Registro de Aguas y demás, el cual se irá rellenando con las inscripciones a que se dé lugar. Escrito está también, que todo lo relacionado con las funciones y deberes del Conservador se regirá por el Código de Aguas, y en lo faltante, se remitirá al Código Orgánico de Tribunales y al Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces. Nuevamente, al igual que con la prescripción adquisitiva, nos abstraemos a normas ubicadas fuera de la legislación hídrica codificada. Respecto al Código Orgánico de Tribunales, se señalan las funciones, deberes y responsabilidades, en síntesis, que deberán cumplir los Conservadores (con articulado referido a las funciones de los notarios), además de la distribución territorial y control y visitas a las que se sujetan. En el Reglamento, también. Pero en éste se encuentra lo sustancial de las inscripciones y de sus procedimientos: lo que debe y puede inscribirse –para que tenga efectos respecto de terceros–, la forma



en que se debe inscribir, etc. Para efectos prácticos, este Reglamento es válido para la inscripción de los derechos de aprovechamiento de aguas en el Registro concerniente.

- ii. El Conservador recibe títulos, actos, contratos, sentencias, etc. en formato de escritura pública, o en documento o escrito que por ficción legal, constituya una<sup>30</sup>. Por esto es que el artículo 113 tiene relevancia, ya que determina en gran medida la forma en que circulan dentro de la vida jurídica los derechos de aprovechamiento y todos los actos o contratos que lo transfieren, transmiten o embarazan.
- iii. El artículo 114 menciona en su numeral 4° que deberán inscribirse las “escrituras públicas que contengan el acto formal del otorgamiento definitivo de un derecho de aprovechamiento”; nos remitimos de esta forma al artículo 113. El numeral 5° hace un llamado general de inscripción de “actos y contratos que constituyan títulos traslativos de dominio de los derechos de aprovechamiento”, aludiendo a los números 1° a 4° del artículo 114. El número 7° es clave para hablar sobre la constitución de un derecho de aprovechamiento por prescripción y para el caso de la prescripción adquisitiva en general respecto de este derecho. Menciona que deben inscribirse las sentencias ejecutoriadas que reconozcan la existencia de un derecho de aprovechamiento: dentro del marco de la posesión inscrita, esto se comprende perfectamente como una ruptura que permite el nacimiento a partir de la posesión material, mediante prescripción, de un derecho de aprovechamiento de aguas que puede inscribirse.
- iv. De la tradición de los derechos ya inscritos, trata el artículo 117, que encaja en lo tocante a la prescripción, desde el foco de la posesión inscrita, con el artículo 2505 del Código Civil: un título inscrito sólo muta en virtud de otro título inscrito. Se enlazan estas normas con el artículo 728 del Código Civil.

---

<sup>30</sup> Artículo 2513 del Código Civil.

- v. El artículo 121 es meridianamente claro en cuanto a los derechos ya inscritos: se les aplican las reglas de la propiedad raíz inscrita en todo lo que no se aclare dentro del Código de Aguas; es decir, nos remitimos, como en el caso del artículo 112, a normas externas, en este caso, en lo principal, al Código Civil y al Reglamento, no obstante la existencia de otras normas jurídicas que regulen la materia.
- vi. Mencionamos, simplemente, el artículo 310, para referencia del lector, en cuanto hace subsistir el derecho de aprovechamiento reconocido por sentencia ejecutoriada, y para el caso de la prescripción (número 3 de dicho artículo).
- vii. Sin mayor explicación, ponemos sobre la mesa un artículo interesante, el 312; tiene repercusiones en materia de derechos de ejercicio permanente.<sup>31</sup>
- viii. No olvidamos, a pesar de posicionarse en este último número, el artículo 110: para el caso especial de la hipoteca del derecho de aprovechamiento de aguas, se diferencia un caso de otro en cuanto uno está inscrito y otro no: el primero exclama que los inscritos se pueden hipotecar separadamente del inmueble en el que están localizados. El segundo, apunta que los no inscritos, deben hipotecarse en conjunto con el inmueble en el que se encuentran. Esto no hace más que reafirmar la posibilidad real de que los derechos no necesariamente estén inscritos y que puedan efectuarse actos, hechos (como la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño) y procedimientos respecto de los mismos, fuera del sistema planteado por la teoría de la posesión inscrita.

### C. La posesión material o real del derecho de aprovechamiento

Hasta el momento se ha escrito mucho sobre la posesión inscrita y algunas relaciones con normativa afín. Se pasará a la posesión material del derecho de aprovechamiento para luego abordar el tema de la prescripción adquisitiva de este

---

<sup>31</sup> Sugerimos al lector revisar el artículo en comento, especialmente, sus números 2 y 5.

derecho, con intermedio en temas relevantes que fortalecen a la prescripción sobre estos derechos y los hacen más robustos en caso de tener que regularizarlos, ajustarlos o internarlos dentro del flujo jurídico reconocido. De la llamada “cuasiposesión” expondremos posteriormente; de antemano, se tomará partido y se tendrá simpatía por la posesión de los derechos reales y, la postura que acoge la existencia de una cuasiposesión sobre ellos no será bienvenida, por cuanto no tiene asidero legal vigente ni jurídico ni práctico.

Nos remitimos inmediatamente al Código Civil, considerando lo expuesto por el artículo 21 del Código de Aguas. Para que exista posesión, deben concurrir el *corpus* y el *animus*<sup>32</sup>. El *corpus* es la tenencia material de la cosa: su aprehensión efectiva; además, se puede disponer de ella como propia. En el caso de un derecho real, de acuerdo a la ley<sup>33</sup>, la posesión se aplica de igual manera que con una cosa corporal, por lo que se asume jurídicamente la posibilidad de la tenencia de una cosa incorporal. El *animus* es la creencia firme y absoluta de que se es dueño de la cosa que está aprehendida. La ausencia de alguno de estos dos requisitos de la posesión, la hacen inexistente, pues, respectivamente, en un caso se tendría la absurda creencia de que se es dueño de algo, sin serlo en realidad, ni tenerlo en su poder (no hay siquiera un germen de derecho) y en otro caso, se tendría la mera tenencia (aprehensión de una cosa reconociendo dominio ajeno)<sup>34</sup> de la cosa.

La posesión, entendida concurriendo los requisitos expresados, puede clasificarse, según sirve o no para lograr la prescripción adquisitiva, de acuerdo a lo señalado por los artículos 702 a 713 del Código Civil, en:

- i. Posesión útil: es aquella que permite adquirir el dominio de una cosa por prescripción, y se subdivide en:
  - Posesión regular: es la que procede de un justo título y que ha sido adquirida de buena fe; aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión. Se indica además que si el título es traslativo de dominio, es

---

<sup>32</sup> Artículo 700 del Código Civil.

<sup>33</sup> Artículo 715 del Código Civil.

<sup>34</sup> Artículo 714 del Código Civil.

también necesaria la tradición<sup>35</sup>. Así, esta posesión, que está encaminada a la prescripción ordinaria, debe mantenerse por al menos 2 años, para que sea del todo efectiva.

- Posesión irregular<sup>36</sup>: es la que carece de uno o más de los requisitos señalados en el artículo 702. Es decir, le falta un justo título o la buena fe.

ii. Posesión inútil: es aquella que no conduce a la adquisición del dominio por prescripción. “Tradicionalmente en nuestra legislación se ha considerado que las posesiones viciosas son inútiles”<sup>37</sup>. Las posesiones viciosas son:

- La violenta: es la que se adquiere por la fuerza. Y esta fuerza puede ser actual o inminente, dependiendo del momento en que está ocurriendo o ha de ocurrir.
- La clandestina: es la que se ejerce ocultándola a los que tienen derecho para oponerse a ella.

Queda establecida la forma en la que se puede obtener la posesión (o perderla por haber sufrido fuerza o por ocultarla); en los hechos, para constituir posesión material de un derecho de aprovechamiento de aguas, se deben efectuar acciones tendientes a consolidar esta posesión con la idea de dominio sobre este derecho.

El ánimo de dueño sobre el cuerpo de la cosa, requiere ir acompañado de una conducta coherente con este escenario; tal es la realización de “hechos positivos”<sup>38</sup> tendientes a consolidar el dominio de lo que se posee. La posesión del derecho de aprovechamiento se puede reforzar con construcciones que embalsen o retengan el agua del álveo; con excavaciones que tuerzan toda o parte de la corriente de agua para

---

<sup>35</sup> Con todo, para toda posesión, sea regular o irregular, si se invoca un título traslativo de dominio, debe haberse entregado la cosa (tradicción, entendida como entrega), pues de lo contrario, sencillamente no habría posesión.

<sup>36</sup> Se recomienda al lector relacionar este contenido con lo previsto en los artículos 2506, 2507, 2510 y 2511 del Código Civil, sobre la prescripción extraordinaria.

<sup>37</sup> ESCUDERO AHUMADA, Bernardino. *La Posesión del Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago, 1990, pág. 27.

<sup>38</sup> Artículo 925 del Código Civil; se ilustra de manera análoga al derecho de aprovechamiento la prueba de la “posesión del suelo”; se entiende que los hechos positivos para el caso del derecho de aprovechamiento es de aquellos a los que el artículo se refiere como “otros de igual significación” a los ya ejemplificados.

acanalarla y almacenarla o distribuirla como bebestible; el agua de un río puede usarse para regadío o para generación de energía eléctrica.

Las posibilidades de ejercer una posesión material fuerte sobre un curso de agua para extenderse hacia la prescripción adquisitiva son variadas; la posesión material útil se asienta con actividades de este tipo. La posesión regular requiere de un justo título, como podría serlo un contrato de compraventa sobre el derecho de aprovechamiento. En caso de no existir como tal, deberá constituirse, de la manera que revisaremos más adelante.

#### D. Los artículos 6° y 7° del Decreto Ley 2.603 de 1979

Resulta sorprendente, para bien, que exista una norma que otorgue por el solo ministerio de la ley, mediante dos artículos, derechos de aprovechamiento de aguas a sus titulares, pudiendo no existir estos derechos en el pasado. Es decir, se pueden constituir derechos y asignarles un nuevo propietario en tres casos, establecidos en dos artículos de este decreto ley<sup>39</sup>. Haremos un comentario abreviado para cada uno de los casos sobre cómo se presenta la posesión inscrita al final de sendas exposiciones.

Estos casos son los tres siguientes que se pasan a enseñar:

- i. El artículo 6° del Decreto Ley 2.603. Este artículo reza como sigue: “Las personas que realizaren obras que permitan incorporar al uso nuevas aguas en conformidad a la ley, serán consideradas como titulares de derechos de aprovechamiento sobre ellas, los cuales deberán ser anotados en el Registro de Aguas que corresponda.”

Hay una situación particular en este artículo, la cual consiste en la especial presunción que hace la ley cuando una persona incorpore al uso nuevas aguas, de tenerla por dueña del derecho de aprovechamiento. Desmenuzando la norma para analizarla mejor, damos con lo siguiente: el artículo habla de “personas”; no distingue entre naturales y jurídicas, por lo que se entienden

---

<sup>39</sup> Uno de estos casos está contemplado en el procedimiento reglado por el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, y empalmado con el artículo 7° del Decreto Ley 2.603. Al respecto, sentencia de la Excelentísima Corte Suprema, Rol N° 17.241-2013, de fecha 14 de julio del año 2014, considerando Séptimo.

aludidas indistintamente. Éstas, para ser acogidas por la presunción expresada, deben realizar “obras que permitan incorporar al uso nuevas aguas”; con esto se refiere a la construcción, edificación o creación de cualquier medio artificial que incorpore al uso nuevas aguas. El uso, conceptualmente, se entiende en su significado natural. Mientras, las palabras “nuevas aguas” parecen enredadas. El Código de Aguas, en su artículo 85, nos da señales para desentrañar este término. En el contexto de la servidumbre de acueducto, la norma se relaciona con canales y obras ya existentes. Pero el artículo 6° nos habla de “realizar” obras: esto significa que haya una invención, una creación de faenas, y no el uso de otras preexistentes; no podemos guiarnos sencillamente por el artículo 85, menos si se refiere a una servidumbre, porque estamos auscultando una materia distinta, como lo es la posesión, la prescripción y la constitución de un derecho de aprovechamiento. Entonces, debemos agrupar una analogía: del artículo citado del Código de Aguas, extraemos la idea de que las nuevas aguas son aquellas que se extraen continuamente desde un cauce natural para su uso, mediante la realización de obras, en lo posible, permanentes. Para la utilización de estas nuevas aguas es indispensable realizar obras para conducir las, frenarlas o almacenarlas y, finalmente, usarlas – que es lo que el artículo 6° requiere–. Luego, cuando dice “en conformidad a la ley”, se promueve la idea de que las obras deberán realizarse de acuerdo a los procedimientos planteados por la ley, especialmente, el Código de Aguas<sup>40</sup>. Enseguida: el artículo plantea abierta y transparentemente que la persona que cumpla con lo prescrito, será considerada como titular del derecho de aprovechamiento sobre esas aguas. Lo dicho sirve como antecedente para la constitución de un derecho de

---

<sup>40</sup> El artículo 32 del Código de Aguas orienta la lectura del artículo 6° del Decreto Ley 2.603, en relación a los procedimientos para la construcción de determinadas obras. En su primera línea prevé que “Sin permiso de la autoridad competente”, no se podrán realizar obras; y parece un impedimento para la construcción de las mismas, sin embargo, establece excepciones que alivian a quien las construyere, con los artículos que prescribe, especialmente, el artículo 9 del Código.

aprovechamiento por prescripción. Y finalmente, el artículo obliga a que se inscriban el o los derechos “en el Registro de Aguas que corresponda”. Este punto consagra un deber, el cual no trae aparejada una sanción ante su incumplimiento; su observancia queda a discreción del juez o árbitro que decide sobre la causa, porque estas son las autoridades apropiadas y competentes para declarar cualquier inscripción por acto de autoridad judicial. Pueden ordenar al Conservador de Bienes Raíces la inscripción del derecho de aprovechamiento de aguas a nombre del titular. Con esto se presenta una manifestación de la idea que tiene el legislador de que en general, se debe inscribir la mayoría de los bienes que tienen gran relevancia para las personas, protegiéndolas frente a terceros. A través de una indicación compulsiva de inscripción, la ley exige esta última, pero sin resultar de aquella un castigo o repercusión ante su incumplimiento. Perfectamente, entonces, el juez o árbitro que decida el pleito, puede omitir la orden de inscribir el derecho, limitándose a decretar que tal es de su titular. A su vez, el titular puede recurrir, directamente o representado, ante el Conservador para que inscriba la sentencia que le da la titularidad del derecho, o no hacerlo y tener un derecho constituido pero no inscrito.

- ii. El inciso primero del artículo 7° del Decreto Ley 2.603. Transcribimos la norma para analizarla: “Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos.” La lectura de este inciso resulta más simple que la del artículo 6°. Esta simplicidad recae en que no hay lugar a interpretaciones o visiones variadas. En resumen, este primer inciso prescribe la presunción legal de que es dueño de un derecho de aprovechamiento de aguas quien sea el dueño del predio donde se estén aprovechando las aguas. No obstante su simplicidad, está escrito: “que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos.” Nos detenemos brevemente. Cuando se afirma que hay alguien haciendo uso de los derechos, respecto del inmueble, es

menester aseverar un punto: deben existir previamente los derechos, ya que de la sola lectura se extrae que estos están ya constituidos. Lo que hace la ley es reconocer una posesión real como fuente del derecho de aprovechamiento de aguas, en oposición a una posesión inscrita. De hecho, esta presunción de titularidad es un antecedente que prepara la vía para la inscripción del derecho de aprovechamiento de aguas en base a la prescripción adquisitiva del mismo.

- iii. El inciso segundo del artículo 7° del Decreto Ley 2.603. Igualmente, lo copiamos para revisarlo: “En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua.” Debemos deshacernos de la idea de un inmueble relacionado con un derecho de aprovechamiento y de la idea de un determinado propietario del bien raíz donde se encuentren las aguas sobre las que se ejerce el derecho. Abandonamos también el pensamiento de que los derechos están ya constituidos, como aparece manifiestamente en el inciso primero. El segundo inciso propone una etapa diferente, la cual insiste en la presunción legal de la titularidad del derecho, solamente que esta vez lo fortalece, al convertirlo en uno menos dependiente de las condiciones originales del primer inciso, a saber: elimina la necesidad de que quien aprovecha el derecho, sea el dueño del predio. Así, se resta un requisito para que una persona pueda alcanzar la presunción de que es propietaria de un derecho de aprovechamiento de aguas. Nos urge comentar que al igual que para el caso del artículo 6°, este inciso, a través de su presunción, puede generar un antecedente para la constitución por prescripción de un derecho de aprovechamiento; ya que de su sola lectura, sumada a la parte “de no ser aplicable la norma precedente”, se entiende que el derecho está en etapa previa a constituirse y que solamente existe una situación de facto, porque, principalmente, indica que la norma opera en defecto de la que le precede. Y esta norma posterior es potente porque permite



presumir dueño al que actualmente haga uso efectivo del agua, independientemente de un bien raíz determinado y de su propietario. De esta manera, la presunción legal puede emplearse para prescribir el derecho, constituyéndolo. En este último caso, la teoría de la posesión inscrita no se hace presente: se omite alusión alguna hacia un sistema de posesión por inscripción; no hay pronunciamiento alguno que la aplique o la muestre en el texto legal. No necesariamente, eso sí, implica que no pueda inscribirse el derecho de aprovechamiento constituido.

Enumerados así estos casos, es necesario precisar el motivo por el que aparecen en esta letra, puesto que estamos concibiendo una idea más o menos elaborada sobre la posesión material del derecho de aprovechamiento. A mayor abundamiento, si es que estamos presentando sobre la posesión material, debemos tratar la misma y no estos tres casos. Comentamos y justificamos, por consiguiente, la incorporación de estas tres situaciones a esta letra D. Asimismo, adelantamos que se tratará nuevamente sobre estos casos al explorar la constitución del derecho de aprovechamiento por prescripción.

El trío de asuntos jurídicos descritos son una muestra de cómo una situación de hecho puede convertirse en una situación de derecho, legalmente establecida e incorporada al tráfico de las relaciones reguladas. Vale decir, se transforma una realidad fáctica en una realidad jurídica con efecto *erga omnes*<sup>41</sup>. Sin impedimento, la realidad de los hechos tiene que existir como tal para que sea efectiva y tenga resultados jurídicos finales, en los casos manifestados. Ergo, deben realizarse hechos positivos que tengan como consecuencia la construcción o establecimiento de obras que permitan incorporar al uso nuevas aguas, la utilización de derechos de aprovechamiento respecto del dominio del inmueble donde se encuentran y el actual uso efectivo de las aguas, para los respectivos casos.

---

<sup>41</sup> Una vez que se inscribe un derecho de aprovechamiento de aguas en el Registro de Aguas del Conservador competente, pasa a ser oponible frente a terceros. Estos terceros no tienen más que hacer que aceptar la existencia y las condiciones de estos derechos, negociar su transferencia o dirigirse judicialmente contra el titular por determinados motivos, respecto del derecho; eso sí, desde que existe la inscripción registral, es imposible la ausencia de reconocimiento o de conocimiento de la situación, por cuanto hay publicidad del derecho inscrito y se entiende conocido para terceros, y merece respeto por parte de estos.

La posesión pasa al frente para complementar estas fuertes presunciones; estos tres planteamientos legales son presunciones que deben acompañarse de dos circunstancias adicionales:

a. Posesión.

La posesión debe cumplir con los antecedentes del corpus y del animus. Y esta posesión, de acuerdo a la naturaleza del derecho, requiere de 2 años porque las aguas son naturalmente muebles, tratándose de posesión regular para la prescripción ordinaria. Y 10 años para la extraordinaria, en base a la posesión irregular. El concepto de “cuasiposesión”, que esbozan algunos autores como don Alejandro Guzmán Brito<sup>42</sup>, será objeto de comentarios para precisar en justicia sus alcances jurídicos.

b. Realización de hechos positivos.

La posesión del derecho de aprovechamiento desprovista de hechos positivos, muy probablemente será en vano, en el plano judicial. La creación de estructuras u obras artificiales para fundamentar la posesión es muy relevante a la hora de justificar la posesión material. Ello se traduce, para el artículo 6°, en, precisamente, realizar obras que permitan incorporar al uso nuevas aguas; para el primer inciso del artículo 7°, en la utilización de las aguas que se encuentran en un inmueble del cual es dueño quien las está utilizando. Esta utilización se entiende satisfecha con la realización de hechos positivos que la sustenten, y por supuesto, copulativamente con el dominio del dueño del predio donde se encuentran las aguas. Y para el segundo inciso del artículo 7°, se acepta completamente, igual que en el caso anterior, la realización de hechos positivos, con la salvedad de dispensar a quien las está utilizando del requisito de tener la propiedad del bien raíz donde se hallan las aguas.

---

<sup>42</sup> GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho Positivo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, 2ª edición, pp. 153-175.

La posesión material de la que se habla en la letra C. de este capítulo, concuerda con ciertos actos que están transcritos en la ley (Decreto Ley 2.603) y dan pie para la prescripción adquisitiva, acompañada de los demás requisitos, para hacerla valer adecuadamente en juicio.

## *2.- TEMAS PREVIOS A ABORDAR LA CONSTITUCIÓN POR PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS*

### A. La situación de la cuasiposesión (y del cuasidominio)

El profesor Alejandro Guzmán Brito es partidario de la idea de que existen el cuasidominio y la cuasiposesión. Ambos conceptos, percibidos por nosotros como una deformación del dominio y la posesión de las cosas deviniendo de corporales a incorporeales<sup>43</sup>. En este entendido, a grandes rasgos, el cuasidominio es aquel dominio que se tiene sobre un derecho real, mientras que la cuasiposesión es la posesión recaída sobre un derecho real.

El artículo 582 del Código Civil expresa en qué consiste el dominio y lo define como un derecho real sobre una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno. Y el artículo 583 del mismo texto señala que en cuanto a las cosas incorporeales hay una “especie de propiedad”; de este artículo surge la idea de un cuasidominio, en la legislación actual. Al momento de hablar de cuasidominio, también debe tenerse en cuenta la cuasiposesión. Así, el artículo 715 prescribe que “la posesión de las cosas incorporeales es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión de una cosa corporal”; ya veremos cómo este artículo tiene un antecedente que vislumbra el concepto de una cuasiposesión en el derecho actual y cómo el cuasidominio tuvo una previa existencia con otro artículo a su respecto.

De acuerdo a lo anterior, en el Proyecto del Código Civil de 1853, el artículo 688 señalaba: “Se concibe también sobre las cosas incorporeales una especie de propiedad, que se llama cuasidominio”; su símil en el actual código sería el artículo

---

<sup>43</sup> Con “cosas incorporeales”, seguimos la línea de este trabajo y nos referimos a derechos reales y no a derechos personales.

583. El artículo 858 del mismo Proyecto aludido reza: “Sólo las cosas corporales son susceptibles de verdadera posesión. Las cosas incorpóreas, sin embargo, admiten una cuasiposesión, que es susceptible de las mismas calidades y vicios que la posesión propiamente dicha”; su símil en el actual código vendría siendo el artículo 715<sup>44</sup>.

De estos preceptos es que surgen las nociones de cuasidominio y de cuasiposesión. Ésta no tiene asidero alguno en la legislación vigente, con la excepción vaga del artículo 700, que habla de “tenencia”. La tenencia se entiende perfectamente cuando se habla de cosas corporales, mientras que para las incorpóreas, se debe recurrir al artículo 715 con la finalidad de aclarar la posesión de los derechos reales, comprobando con certeza legal positiva que los bienes corporales e incorpóreas, para efectos de posesión, se tratan sin distinción, no obstante la intangibilidad de estos últimos.

La relación entre cosas incorpóreas, los derechos reales, el dominio, el cuasidominio, la posesión y la cuasiposesión, entonces, es una relación meramente teórica y quizás etérea, ya que en la actual legislación civil codificada sólo hay espacio para el dominio y la posesión, de acuerdo a los artículos comentados. Si extremamos posiciones, quizás hay un pequeño lugar para el cuasidominio, a partir del artículo 583, al expresar “especie de propiedad”, sin embargo, luego, dentro del Código, no hay una visión o planteamientos sistemáticos que puedan sustentar esta mirada. Incluso, ya en materia de prescripción, el inciso segundo del artículo 2498 expresa que “Se ganan de la misma manera los otros derechos reales que no están especialmente exceptuados.”; el derecho real de aprovechamiento de aguas es uno de aquellos que no está especialmente exceptuado, sino que mucho más, tiene un reconocimiento legal que lo transforma especialmente en un derecho real, propiamente tal. Y en general, se habla de “cosas”, de manera que no se hace distinción entre las corporales y las incorpóreas<sup>45</sup>.

De esta manera, en cuanto nos corresponde a este trabajo, deseamos la mirada que tiende a crear los conceptos de cuasidominio y cuasiposesión en el Código Civil

---

<sup>44</sup> FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. *Código Civil y Leyes Complementarias*, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, Tomo III, 3ª edición, pp. 40, 41 y 178, que citan los artículos del Proyecto a los que se hace referencia.

<sup>45</sup> Por ejemplo, artículos 2492, que no hace diferencias en cuanto a las “cosas ajenas” como corporales o incorpóreas (derechos reales), entendiéndose que se refiere a ambas; 2500, sobre agregación y suma de posesiones sobre una “cosa” (ya sea corporal o un derecho real); y el artículo 2512, que equipara la manera de prescribir los derechos reales con el dominio.

actual, por cuanto no existen en el mismo ni pueden existir porque crearían instituciones que no resultan armónicas con el derecho actual, sino que se remontan y aplican respecto del Proyecto citado, que no rige en nuestros días.

#### B. La prescripción adquisitiva del derecho de aprovechamiento

Ya despejada a nivel general la posición planteada en la letra anterior, sostenida principalmente por el profesor Guzmán, y de esta forma, sin duda alguna de que sí procede la posesión respecto de derechos reales, y que no hay lugar para la cuasiposesión –la cual desvirtuaría gran parte de las disposiciones del Código Civil en materias posesoria y prescriptiva–, podemos entrar en el plano de la prescripción adquisitiva del derecho de aprovechamiento de aguas.

Debemos realizar distinciones y aclaraciones mayores previo a proseguir. El profesor Guillermo Parada Barrera utiliza abundantemente los términos cuasidominio y cuasiposesión para narrar uno de sus libros<sup>46</sup>. El par de conceptos ya indicados, internados profundamente por el profesor Parada en la obra a que hicimos referencia, señalamos, no son compartidos en esta memoria, por cuanto no encuentran asidero legal en el Código Civil vigente, como ya explicamos. Apartadas así estas nociones, podemos colegir que la posesión es enteramente aplicable a los derechos reales y que sí es posible la propiedad sobre ellos.

En concordancia, la posesión sobre el derecho real de aprovechamiento de aguas es posible a través de la realización de hechos que indefectiblemente revisten la calidad de posesorios. Al efecto, el profesor Parada indica que “la adquisición del dominio o de otro derecho real por medio de prescripción adquisitiva o usucapión se produce debido a que el poseedor se anticipó a la consolidación jurídica de su derecho al ejercer el contenido del mismo.” Dice también que la prescripción adquisitiva requiere “necesaria e indispensablemente” de la posesión. Da enseguida además un concepto abreviado de posesión: “estado de hecho que corresponde al disfrute de un derecho”<sup>47</sup>. Esto no parece menos que la constatación de que los derechos reales son aptos para ser poseídos a

---

<sup>46</sup> PARADA BARRERA, Guillermo. *El Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Congreso, Santiago, 2000.

<sup>47</sup> PARADA BARRERA, Guillermo. *El Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Congreso, Santiago, 2000, pág. 354.

través de la ejecución de medios y acciones que van directamente dirigidos al disfrute (en su significado natural) de un derecho determinado.

Dicho lo anterior, nos dirigimos de lleno a la prescripción adquisitiva del derecho de aprovechamiento de aguas.

La prescripción adquisitiva, quedó establecido, opera para los derechos reales. El artículo 6 del Código de Aguas asigna al derecho de aprovechamiento la calidad de derecho real, por lo que es parte de la categoría mencionada. Además, el artículo 21 del mismo código, prescribe que le es aplicable toda la normativa del Código Civil en relación a la prescripción adquisitiva y la posesión.

Queda absolutamente claro que la prescripción adquisitiva es un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas por haberlas poseído por un determinado lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales. Y nos parece evidente que el derecho de aprovechamiento de aguas es prescriptible. Según lo establecimos, puede poseerse: la posesión de los derechos reales tiene las mismas calidades y vicios que la posesión de las cosas corporales.

La prescripción *adquisitiva*, así proyectada, precisa la existencia previa de un derecho de aprovechamiento perteneciente a otra persona distinta del prescribiente. El modo en que la prescripción adquisitiva de un derecho de aprovechamiento de aguas tendrá resultados, en todo caso asumiendo su constitución precedente, dependerá de si está inscrito o no; omitiremos la diferencia entre muebles e inmuebles, por atender a la naturaleza de las aguas como bienes muebles.

- a) Derecho de aprovechamiento inscrito: este escenario se presenta cuando el titular de la merced ha reducido a escritura pública el acto constitutivo para inscribirla en el Registro de Propiedad de Aguas, o ha sido asimilada una sentencia a una escritura pública, según el artículo 2513 del Código Civil, y luego ha sido inscrita ésta. Un derecho inscrito, para la postura doctrinaria tradicional, goza de una protección, garantía y publicidad totales. No obstante, veremos que según el Código de Aguas, esto no es exactamente así. Cuando existe inscripción de un derecho, su usucapión se desenvuelve a través de un procedimiento judicial para combatir la dicha inscripción,

alegando la prescripción adquisitiva y probando los hechos posesorios que la respaldan y el tiempo desde el cual se han ejecutado; como la teoría de la posesión inscrita es aún demasiado aceptada por la doctrina y la jurisprudencia, los fallos en esta materia favorecen al poseedor inscrito, por lo que una acción por la vía judicial ordinaria tendría altas probabilidades de sucumbir. No obstante, el intento de ganar un derecho inscrito por otros medios sí es posible. Emerge para esta circunstancia el procedimiento judicial ya nombrado de que se trata en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas. Este procedimiento, que inicia con el cumplimiento de los requisitos del primer inciso, termina con una sentencia judicial en juicio sumario, de acuerdo al artículo 177 del código apuntado. Con todo, independientemente de los plazos de posesión del derecho común, el Código de Aguas, en el artículo 2° transitorio señala un plazo especial: “cinco años de uso ininterrumpido”.

- b) Derecho de aprovechamiento no inscrito: ya indicamos que determinados titulares de derechos de aprovechamiento no inscriben sus derechos luego de constituidos o incluso, de ser transferidos. Este hecho permite una prescripción adquisitiva más accesible, por cuanto no le es aplicable la teoría de la posesión inscrita. Sus rígidas normas no interfieren con la posesión y el transcurso del tiempo y su alegación en juicio. Teniendo en cuenta lo anterior, el procedimiento de la letra a), descrito sucintamente, tiene lugar en esta situación, por cuanto señala el inciso segundo del artículo 2° transitorio que se aplicará el mismo procedimiento cuando se cumplan con los requisitos del primer inciso y para el caso de que el derecho que se pretende inscribir no esté inscrito. Así, se aplicará lo contenido en el artículo 177 del compendio de aguas e igualmente, el plazo a cumplir será de 5 años. Hay un detalle especial a reseñar: el artículo 2° transitorio expone que los derechos deben estar siendo utilizados desde previo “a la fecha de entrar en vigencia este código”, momento que se retrotrae al año 1981. El punto anterior trae aparejada otra situación: los 5 años deben transcurrir desde antes de la entrada en vigencia de este código. Se sigue de esto que no hay lugar para posesiones posteriores a 1976, máximo. A saber, quien quisiese regular (prescribir, derechamente hablando) el derecho de aprovechamiento de aguas al año, por ejemplo, 2016, se encuentra compelido a tener una edad

considerable y a haber mantenido la posesión de manera ininterrumpida, sin violencia ni clandestinidad, por 40 años. Lo dificultoso de esta verdadera odisea se simplifica un tanto con la agregación de posesiones en base a los antecesores que poseyeron el derecho ininterrumpidamente, hasta la llegada del tiempo actual, en que se desea emplear este procedimiento.

Adicionalmente, existe un procedimiento alternativo, que viene a ser el mismo, en resumen; aquel establecido por el artículo 177 del Código de Aguas. La voz “y todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan procedimiento especial, se tramitarán conforme al procedimiento sumario”, abre la puerta a un juicio sumario no precedido de lo dispuesto por el artículo 2º transitorio y sus antecedentes y requisitos. El juicio instituido por el artículo 177, según su redacción, puede acabarse con una sentencia ejecutoriada que declare la prescripción adquisitiva de un derecho de aprovechamiento no inscrito.

- \* Teniendo en consideración las letras a) y b) recién evaluadas, se genera un inconveniente; el artículo 185 bis expresa en su primera parte: “Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 177 y 244 de este Código, los conflictos que se produzcan en el ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas, podrán ser resueltos por un árbitro con el carácter de arbitrador”. Esta norma dispone la posibilidad de un arbitraje para conflictos en el “ejercicio” de los derechos. Este arbitraje muestra una excelente manera de resolver contiendas judiciales, sin embargo, es admisible la aparición de dudas en cuanto a su procedencia, ya que el artículo 177 también expresa que se debe caminar en la dirección de un juicio sumario al existir conflictos en el ejercicio de los derechos. La palabra “podrán” del artículo 185 bis es, a pesar de lo asegurado sobre el artículo 177, terminante en cuanto a que sí se puede iniciar un juicio arbitral por conflictos en el ejercicio del derecho. Arremeter contra la opción de un arbitraje nos parece de lleno excesivo. La idea de un arbitraje es excelente para resolver los problemas judiciales nacientes.

Ahora, surge otra complicación: ¿qué significa “ejercicio”? ¿es acaso una fórmula para referirse a varias situaciones producidas? ¿o es un término que se dirige solamente a la aplicación del derecho de aprovechamiento? Suena más lógico que con la palabra “ejercicio” la ley hace inteligencia de varias situaciones, ya que el ejercicio de un derecho de aprovechamiento es muy



amplio: va desde la extracción de aguas hasta la construcción de obras de generación eléctrica, y desde su arriendo a su hipoteca. La posesión, por ende, es parte del ejercicio de un derecho de aprovechamiento, y sin el transcurso del tiempo, no se entendería la continuación y seguidilla de actos posesorios sobre el derecho. De esta forma, posesión y transcurso del tiempo no son otra cosa que antecedentes de la prescripción adquisitiva. Es de conclusión, que con “ejercicio”, la ley se refiere a variadas situaciones, incluida la usucapión, por lo que los juicios sobre prescripción adquisitiva son idóneos para resolverse por árbitros arbitradores, en conformidad al artículo 185 bis: puede existir cláusula compromisoria o compromiso (o más general aún, *convenio arbitral*), o determinación del juez árbitro por parte del juez de letras en lo civil competente.

Felizmente, la prescripción adquisitiva logra objetivos que mejoran la administración y la efectiva utilización de las aguas a través de los derechos de aprovechamiento. El pago de patentes por no utilización es prueba irrefutable de que existen derechos de aprovechamiento que no están siendo fructuosos y que son de titulares que no les dan un uso apropiado (omiten, de hecho, su uso). La prescripción adquisitiva en proceso forja un estado de provecho para el poseedor y futuro prescribiente, lo que es realmente positivo para quien la emplea y para la sociedad toda: quien obtuvo un derecho y no lo usa, lo excluye de los demás sin que haya frutos; desaprovecha la oportunidad y la limita por completo a otros. Ver la injusticia en esta situación, mirar lo poco práctico que es tener un derecho y no aprovecharlo y excluir de su beneficio al resto que quizás necesita usar las aguas o servirse de ellas: lo anterior es en gran proporción el problema general de los derechos de aprovechamiento en Chile y respecto de la desigualdad en la materia. Además, se pone en entredicho al sistema hídrico de derechos de aprovechamiento, al afirmar sus detractores que “los privados” sacan ventaja de los derechos que se obtuvieron gratuitamente, al transarlos posteriormente a valores elevados.

No puede lo antelado, bajo ninguna circunstancia, ser pretexto para la aprobación de leyes que declaren la utilidad pública de los derechos de aprovechamiento de aguas: esto conculcaría al máximo el entramado de derechos de los que son titulares demasiadas personas en todo el país y afectaría más allá de su derecho

de propiedad, habilitando incluso la expropiación. Sin perjuicio de lo anterior, para determinadas zonas del país, la facultad administrativa de limitar el otorgamiento de derechos o de restringir el uso del agua a sus titulares, es una herramienta excelente para garantizar el racionamiento del recurso y la eficiencia en su manejo, dadas las circunstancias. El problema es que la autoridad no actúa proactivamente y se abstiene de limitar sistemática y responsablemente el uso de las aguas y el otorgamiento de derechos de aprovechamiento; esta capacidad restrictiva es poderosa, motivo por el cual se debe desplegar respetando y entendiendo los derechos y necesidades de todos los titulares. Lamentablemente, la Dirección General de Aguas y las reparticiones públicas que deben enfrentar el problema, no lo atacan, y de hacerlo, no lo hacen con la suficiente responsabilidad y diligencia. Aún más, por desgracia, su inacción e incompetencia en momentos de crisis hídricas derivan en críticas a quienes poseen derechos de aprovechamiento de aguas y no a la Dirección General de Aguas, precisamente cuando debieran dirigirse contra ella.

Ya concluyendo la etapa de la prescripción adquisitiva, y habiendo analizado la misma y sus procedimientos, también algunas ventajas de la prescripción del derecho de aprovechamiento, junto a los detrimentos de su mal uso o ausencia de uso por parte de los titulares, entraremos en el intrincado aprieto (y circunstancia) de la prescripción constitutiva del derecho de aprovechamiento de aguas.

## CUARTO CAPÍTULO: DE LA CONSTITUCIÓN POR PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

### 1.- ANTECEDENTES NECESARIOS PARA PLANTEAR LA DISCUSIÓN

El tema de la constitución por prescripción de un derecho de aprovechamiento de aguas es polémico<sup>48</sup>. No sólo por las diferencias doctrinales existentes en materia de posesión de derechos reales, sino que también por el abismo que hay entre la sola idea de un derecho de aprovechamiento y su efectiva constitución; el trayecto entre una y otra es objeto de particular consideración.

La discusión interpretativa y dogmática resulta en una dicotomía: a favor o en contra de la constitución por prescripción. La importancia que tiene la resolución de este complejo planteamiento es alta, por todos los efectos en el diario vivir de las personas que usan y consumen las aguas.

En el ámbito práctico, las personas podrían prescribir adquisitiva o constitutivamente un derecho para protegerlo como propio y continuar su aprovechamiento: harían de una realidad fáctica, una realidad jurídica aún más protegida que impactaría su diario vivir. Lo dicho podría acarrear, a su vez, la consecuencia de que un otro ajeno pierda su derecho de aprovechamiento, justamente por haber dejado de beneficiarse del derecho u omitir usufructuar del mismo por un largo periodo de tiempo. La dejadez de los titulares inactivos –quienes no utilizaron sus derechos y los perdieron prescriptivamente por falta de provecho–, apareja el riesgo de que otros ajenos se conviertan en titulares activos.

---

<sup>48</sup> ESCUDERO AHUMADA, Bernardino. *La Posesión del Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago, 1990, pág. 48. El autor, señor Escudero, sugiere que la tesis principal de esta memoria constituye una “osada teoría”.

También, a modo de intento de finalización del debate, PARADA BARRERA, Guillermo. *El Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Congreso, Santiago, 2000, pág. 520. El profesor Parada excluye del espectro de lo viable la constitución por prescripción, por esgrimir que la posesión (o cuasiposesión) del derecho es imposible por cuanto aquel no existe aún: “el derecho no existe, no está constituido”.

Para una comprensión más amplia de la constitución por prescripción, es recomendable revisar las Teorías Negativa y Positiva planteadas por don Diego Alegría Maluenda en *Teoría de la Constitución por Prescripción del Derecho de Aprovechamiento según el Código de Aguas de 1.981*. Editorial Metropolitana. Sus explicaciones aportan al estudio del tema y fortalecen la pretensión teórico-práctica sostenida por esta memoria (de que efectivamente la constitución por prescripción de un derecho de aprovechamiento de aguas es del todo factible).

En este sentido, se manifiesta el dinamismo del derecho (ya en un aspecto más teórico): la transmutación de la propiedad a través de un mecanismo legal, previamente habida una situación de hecho. El tráfico de cosas en la vida jurídica va precedido de la existencia de tales cosas y de actos físicos sobre las mismas que las cambian de propietario. No es de extrañarse que en materia de derecho de aguas, suceda lo mismo con los derechos de aprovechamiento.

Sin perjuicio de lo anterior, la diferencia central con la mayoría de las cosas y con las formas en que se transfiere la propiedad en general, está en la particularidad de esta muda de dominio: la prescripción constitutiva de un derecho de aprovechamiento. Es la creación originaria de un derecho a partir de una realidad de facto. La aparición de un derecho a través de su prescripción. Poder aportar al estudio de esta materia es fascinante. La constitución por prescripción es una materia *sui generis*, que merece un trato distinguido.

En este capítulo identificaremos y revisaremos las posturas que atacan y que defienden la constitución por prescripción del derecho de aprovechamiento de aguas. Se formalizará una posición firme al respecto y se fundará directamente en la ley, bajo los presupuestos que de ella misma emanan.

## *2.- EL NECESARIO EXAMEN DE LA CONSTITUCIÓN POR PRESCRIPCIÓN*

La constitución por prescripción puede conceptualizarse en aquella creación de un derecho de aprovechamiento de aguas mediante prescripción, radicándolo en el patrimonio de quien invoca dicha prescripción, por acto de autoridad judicial. Dada esta definición general, se tiene un lineamiento que guía la continuidad del tema.

La constitución de un derecho por prescripción carece de antecedentes regulatorios específicamente diseñados, ya que arranca de la interpretación literal de las normas que provee nuestro actual Código de Aguas, prescindiendo de un articulado expresamente dedicado a la constitución de derechos de aprovechamiento, como tal.

Entonces, dada la definición que orienta estas líneas, pretendemos un desglose:

- a) *Creación*: es un acto mediante el cual se establece o crea algo por primera vez. Debemos entender esta definición en sentido amplio, ya que no podemos dar un tono restrictivo a la frase “por primera vez”; es como si realmente antes de la creación existiese la nada misma, pero no es así. Y en base a lo anterior, urge decir que esta definición además debe entenderse en un sentido jurídico, porque estrictamente, en el plano jurídico, el derecho mismo no existe sino hasta que es creado por acto de autoridad judicial, sin embargo haber antecedentes que permiten su establecimiento. Hay hechos precedentes que deben incluirse en la ecuación del proceso de creación: porque ésta no es espontánea. Lo son la posesión y los hechos posesorios que la acompañan y ejecutan su contenido respecto de las aguas, el tiempo transcurrido y los demás requisitos legales. Antes de la resolución judicial que origina el derecho de aprovechamiento, hay antecedentes posesorios y tiempo, pero estrictamente hablando, todavía no se da lugar a la constitución por prescripción. La creación así comprendida es el momento cúspide y final de un proceso que ha tomado años y esfuerzo al prescribiente, pero que no se establece definitivamente sino cuando el juez dicta su sentencia. No hay creación si no hay sentencia judicial ejecutoriada que reconozca “la existencia de un derecho de aprovechamiento”<sup>49</sup>.
- b) *Derecho de aprovechamiento de aguas*: de acuerdo a su definición legal, este derecho permanece como tal una vez creado por la sentencia referida. No hay especies o grados de derechos reales de aprovechamiento de aguas. El derecho es uno solo, más allá de sus circunstancias individualizadoras (como el nombre del propietario, el álveo desde el que se extraen las aguas, punto de captación y/o de restitución, etc.<sup>50</sup>) El derecho es objeto de las mismas acciones judiciales y otorga los mismos derechos a su titular, sin variaciones o tipos de derechos. Más aún, como este derecho es uno real, que tiene una regulación estricta y es creado solamente por la ley –o en este caso, por

---

<sup>49</sup> Número 7 del artículo 114 del Código de Aguas.

<sup>50</sup> Artículo 119 del Código de Aguas. El número 6° de dicha norma enlaza con el artículo 149 del mismo código, pero en aquel se refiere a un “acto administrativo”, por lo que, sin entrar en mayores detalles, las menciones que allí se indican, no aplican a los datos que debe contener al acto de autoridad judicial del que se habla para que sea válidamente inscrito en el Registro de Propiedad de Aguas.

autoridad judicial, que a su vez está instituida por la ley, por tanto, plenamente válida su creación—, sus características son únicas e inmutables. Ni por disposiciones contractuales o actos individuales particulares puede modificarse, a pesar de que sí es posible establecer otros derechos reales sobre el mismo derecho de aprovechamiento, como hipotecas; ni por beneficiarse del derecho mediante un contrato de arrendamiento, por ejemplo. De esta forma, pudiendo el derecho gravarse o pudiendo realizarse actos que generen frutos civiles para su titular, el mismo se mantiene inalterado. La constitución por prescripción del derecho de aprovechamiento generará uno normal, en todos los casos; no por el origen prescriptivo nace a la vida jurídica un derecho de aprovechamiento deforme, empeorado o mejorado.

- c) *Mediante prescripción*: la prescripción, de acuerdo al artículo 2492 del Código Civil, es “un modo de adquirir el dominio de las cosas ajenas, por haberse poseído las cosas durante cierto lapso de tiempo, y concurriendo los demás requisitos legales”<sup>51</sup>. Como ya explicamos, al ser el derecho de aprovechamiento un derecho real, es, primero, una cosa, segundo, incorporal. Como es un derecho real determinado, es susceptible de poseerse, y además, por un lapso de tiempo. Tales posesión y lapso de tiempo, junto a los demás requisitos legales, logran transformarse en prescripción. Esta prescripción debe ser, como toda prescripción, alegada y decretada judicialmente, por tanto, está sujeta a un proceso en el cual se determina y se prueba la posesión, su duración, entre otros, y se chequea que las condiciones legales sean cumplidas. Deseamos aclarar que la expresión “mediante”, se entiende en su sentido natural, es decir, “por medio de o con la ayuda de”. Así, “mediante” la comprobación judicial de la prescripción, se logra la declaración judicial que crea el derecho. A contrario sensu, sin la prescripción, o sea, sin proceder judicialmente a través de ella, no puede haber una declaración judicial que así la declare para lograr la creación o constitución del derecho.

---

<sup>51</sup> La modificación de la definición mostrada en el artículo citado, que elimina varias palabras, es obra nuestra, para repasar el tema solamente en lo que nos compete; la prescripción extintiva no es parte de nuestro estudio, tampoco la prescripción de acciones ni derechos personales.

- d) *Radicándolo en el patrimonio de quien invoca dicha prescripción*: un derecho de aprovechamiento de aguas constituido debe necesariamente tener un titular; no se entiende que este último esté ausente o que se omita asociar un derecho con su respectivo dueño. Así, el derecho otorgado al prescribiente al momento de decretarse la prescripción que lo constituye, tendrá por titular a quien alega dicha prescripción, lo cual será determinado por el juez al momento de fallar. Si quien alega la prescripción obtuviere resolución favorable a su parte, tendrá para sí el derecho. Esto quiere decir que se le tendrá aquel por incorporado a su patrimonio y podrá, a partir del momento en el que adquiera el dominio del derecho de aprovechamiento, disponer del mismo a su arbitrio, con los límites que la ley imponga.
- e) *Por acto de autoridad judicial*: ya fue mencionado que el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad o por el ministerio de la ley. Y fue explicado que el acto de autoridad puede ser administrativo o judicial, ya que la ley no hace una distinción al respecto. Pues, el acto de autoridad judicial es aquel acto que realiza el juez dentro de un proceso en específico, que tiene consecuencias jurídicas para las partes que litigan en el mismo. En el punto en cuestión, el acto de autoridad judicial es el que declara la prescripción del derecho de aprovechamiento para que éste se constituya en la vida del derecho. En estricto rigor, el acto de autoridad judicial se traduce lisa y llanamente en una sentencia o un decreto judicial ejecutoriado. Contendrá los datos enumerados en el artículo 119 del Código de Aguas. El original de la resolución judicial ejecutoriada debe ser archivado en el Archivo Judicial correspondiente al lugar del juicio y luego una copia de la sentencia expedida por el Archivero, debe ser inscrita en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente. Lejos de ser una ligereza, si se quiere adquirir correctamente el dominio del derecho de aprovechamiento, es obligatorio inscribir el título en el Registro; en su defecto, en el mundo jurídico, la constitución del derecho de aprovechamiento no existirá, sino como un simple germen de tal derecho, y el proceso judicial será en vano; subsistirá de todas maneras el archivo realizado en el oficio del Archivero, y la copia auténtica de la sentencia emanada de este último, podrá inscribirse en cualquier momento futuro en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador.

La definición de la constitución por prescripción del derecho de aprovechamiento puede, quizás, ser de una u otra forma, un tanto generalizada, como se dijo. A propósito se ha escrito de esta manera, cosa tal de no caer en especificaciones erróneas o intrincadas, ni en largas descripciones. La explicación realizada para cada punto relevante del concepto da señales o indicaciones de cómo se debe entender la definición. Es importante atender las explicaciones y no pasarlas por alto: estas dan cuerpo y sustento firmes a la definición entregada y la aproximan a una adecuada composición del tema.

Desarrollado el concepto de la constitución por prescripción, nos aguarda una fundamentación de esta forma de constitución de un derecho, ya que sobre ésta pesan críticas. Si bien estas están fundadas, no representan a criterio de este trabajo, la mirada correcta del tema. Y el tema recae en la posibilidad de que se pueda constituir originariamente un derecho de aprovechamiento por una forma alternativa o distinta, que no sea la típica planteada por la doctrina, es decir, no por el camino del procedimiento administrativo ante la Dirección General de Aguas, sino que por la declaración de la prescripción constitutiva del derecho por acto de autoridad judicial.

De partida, se debe considerar todo el aparato de argumentos de la parte doctrinal que está en contra de la constitución por prescripción, dedicarle una revisión y después, destinarle una crítica.

Finalmente, los esfuerzos se dedicarán a la defensa de la tesis que se considera como la acertada.

### *3.- LA POSTURA CONTRARIA A LA CONSTITUCIÓN POR PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS*

La visión que plantean aquellos que están en contra de la constitución por prescripción del derecho de aprovechamiento, aluden a determinadas normas y criterios, pero se basan en gran medida en dos circunstancias: la primera, la imprescriptibilidad de las aguas. Y la segunda, que no se puede poseer lo que no existe; por tanto, si no se puede poseer el derecho, tampoco puede prescribirse. Revisemos esta mirada.



a) *La calidad de Bienes Nacionales de Uso Público de las Aguas*: acorde a ciertas disposiciones, las aguas son bienes nacionales de uso público, y esta calidad las encierra en un selecto grupo de bienes que son propios de la nación toda. Así, se entiende que aquello perteneciente a “todos”, debe ser administrado por el Estado a través de sus facultades y oficinas públicas de corte administrativo. En este caso, como las aguas son de toda la nación, deben desafectarse para otorgarse a determinadas personas un derecho de aprovechamiento sobre ellas. Su carácter de imprescriptibles, intransferibles e indisponibles emanan directamente de la calidad de bienes nacionales de uso público. Entonces, solamente se entiende que el uso, goce o disposición de las aguas puedan otorgarse en base a un procedimiento administrativo que remueva su afectación pública, disponiéndolas para quien las solicita.

En este sentido comprendemos que se puede llegar a prescribir un derecho de aprovechamiento por la vía judicial, exclusivamente una vez que ya se encuentre constituido el mismo, y no antes de haberse creado. Antes, goza de una imprescriptibilidad del más alto rango y la idea de que pueda adquirirse originariamente por prescripción es absurda, porque no es posible la apropiación en base a un bien imprescriptible. Siempre se requerirá el acto de autoridad administrativo<sup>52</sup>.

b) *El Acto de Autoridad Administrativa*: el artículo 20 del Código de Aguas señala expresamente que “el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad”. Si de partida hay un derecho inexistente, vinculado a bienes imprescriptibles, como lo son las aguas, es lógico que este derecho sea creado por una autoridad administrativa, la Dirección General de Aguas; por consiguiente, es imposible que un derecho sea creado por un juez, ya sea de letras o un juez árbitro. Debe crearse a través de un procedimiento informado, público, gratuito y establecido como lo es la solicitud de un derecho de aprovechamiento de aguas, mediante la cual, el solicitante puede convertirse en titular del derecho de aprovechamiento que pide, para usarlo con exclusión de terceros<sup>53</sup>.

---

<sup>52</sup> PARADA BARRERA, Guillermo. *El Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Congreso, Santiago, 2000, pp. 509-520.

<sup>53</sup> ESCUDERO AHUMADA, Bernardino. *La Posesión del Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago, 1990, pp. 47-50.

- c) *La Inexistencia del Derecho Previo a su Constitución Administrativa*: como el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad, acto entendido exclusivamente como administrativo, su existencia antes de la creación es nula. La prescripción funciona mediante la posesión de las cosas, por lo que, de no tenerla, no puede prescribirse. Y esta no es una excepción para el caso del derecho de aprovechamiento, que solamente aparece una vez que la Dirección General de Aguas emite la resolución final aprobatoria para la solicitud efectuada por el interesado; no puede, por tanto, prescribirse lo que no se posee, y no puede poseerse lo que no existe<sup>54</sup>.

Estudiemos resumidamente esta serie de argumentos. Resulta interesante que, en base al primer argumento, se hable de la imprescriptibilidad de las aguas, porque no existen, dado un exhaustivo examen de la legislación nacional competente, normas que expresamente mencionen esa palabra para referirse a las aguas o la califiquen de tal. Ni de indisponible, ni de intransferible. Las leyes que se refieren a tales conceptos son inexistentes, demasiado difíciles de encontrar o están perdidas: y es tremendamente extraño que algo así suceda. Así, la fundación de este razonamiento es por completo inestable. Dependerá de otras instancias o autoridades que no pasaremos a controlar ni explorar aquí. Podemos criticar entonces lo poco planeado del argumento. No se manifiesta la base fundamental de que la calidad de bienes nacionales de uso público impida la prescripción, y se limita escuetamente a declararla, excluyendo una explicación estructurada.

En cuanto al segundo respaldo de la postura contraria, el acto de autoridad que inicialmente trae a la luz el derecho de aprovechamiento no marca una preferencia sobre una determinada autoridad u otra. Se limita a expresar la frase “acto de autoridad”, sin más. El acto de autoridad, como vimos, puede provenir de la ley, de la autoridad administrativa (Dirección General de Aguas y eventualmente el Presidente de la República) o de la autoridad judicial (Juez de Letras y juez árbitro; además de Cortes de Apelaciones y de la Corte Suprema, en cuanto se llegue a estas instancias). Entonces, de una lectura literal del artículo 20 del Código de Aguas, no se permite sino concluir que la autoridad que puede crear el derecho de aprovechamiento, recae en las ya

---

<sup>54</sup> ALEGRÍA MALUENDA, Diego. *Teoría de la Constitución por Prescripción del Derecho de Aprovechamiento según el Código de Aguas de 1.981*. Editorial Metropolitana, Santiago, 2012, pp. 37-38.

mencionadas, sin exclusión de ninguna de ellas. Este argumento tiene la especial carga de fijarse en normas ya derogadas o no aplicables a la institucionalidad y a la realidad hídrica actual, como así lo son el Código de Aguas de 1951 (Ley 9.909 del mismo año) y la Ley de Reforma Agraria (16.640 del año 1967). Aquel compendio era sumamente claro cuando, en el inciso primero de su artículo 23, señalaba por un lado que: “El derecho de aprovechamiento sólo se puede adquirir en virtud de una merced concedida por el Presidente de la República en la forma que establece este Código.” Y por otro que: “Ninguna otra autoridad tendrá facultad para concederla y ni aún el goce inmemorial bastará para constituirlo en cauces naturales.”

Es obvio, de acuerdo a cualquier estándar, que en aquel Código de Aguas solamente la autoridad administrativa presidencial podía constituir una merced; y para mayor seguridad, expresaba con total convicción que no había otra autoridad capaz de constituirlo y que ni siquiera el goce inmemorial del derecho posibilitaba su constitución. Esta norma se encuentra actualmente, casi obsoleta dados los cambios que se le han realizado; muy pocas disposiciones se mantienen tal cual fueron establecidas en un comienzo. Dos ejemplos de esto último están en el artículo 8 del actual Código, que en el Código de 1951 se localizaba en el artículo 13 y el artículo 9, en el artículo 14, respectivamente.

El artículo 23 ya mencionado es un antecedente que los contrarios a la constitución por prescripción utilizan para fundamentar el carácter administrativo de la concesión originaria del derecho de aprovechamiento<sup>55</sup>. Mas, es lógico que una norma derogada no puede ser utilizada para la interpretación de disposiciones legales actuales y vigentes, sino en un plano completamente teórico, alejado de la realidad.

La Ley de Reforma Agraria, ya derogada, establecía en su artículo 122 la modificación del artículo 12 del Código de Aguas de 1951; dicha modificación rezaba: “El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código.”

De esta manera, la Reforma erigía la idea precisa de que el derecho de aprovechamiento era “administrativo”, suprimiendo posibilidad alguna de que una autoridad judicial constituyese un derecho de aprovechamiento. Pero nuevamente, igual que con el artículo 23 citado, esta idea se esfumaba con su derogación y con la introducción del

---

<sup>55</sup> PARADA BARRERA, Guillermo. *El Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Congreso, Santiago, 2000, pp. 510-512.

Código de Aguas de 1981 (Decreto con Fuerza de Ley 1.122 del mismo año), con lo que queda circunscrito a un terreno hipotético.

No asombra, así, que la constitución por prescripción pueda decretarse por variados mecanismos jurídicos, y es en buena medida incoherente o carente de sentido que existan ciertos criterios que propendan a limitar la concesión únicamente a la autoridad administrativa, cuando en la ley no existe tal limitación.

La inexistencia del derecho previa constitución, como tercer argumento a destrabar, tiene un punto más sólido que los pasados, porque usa un raciocinio sensato y plausible: ¿cómo es posible constituir por prescripción un derecho que no se puede poseer, pues no existe previo a su constitución? Esta pregunta es admisible, pues hay un criterio cuerdo detrás. Sin embargo, debemos negar la imposibilidad de que se materialice la constitución, por los siguientes motivos.

– En primer lugar, remitiéndonos al artículo 20 del Código de Aguas, podemos acertar en una respuesta porque la ley autoriza una constitución originaria por acto de autoridad judicial. Esto implica en gran medida, fuera de toda duda razonable, que dicha magistratura puede efectivamente constituir un derecho de aprovechamiento a partir de la “nada” (recordemos que son necesarios ciertos antecedentes de hecho y que el derecho no puede, literalmente, aparecer de la mismísima nada; a saber, posesión, paso del tiempo).

– En segundo lugar, en reitero, la ley propone sin medias tintas la posibilidad de que se constituya un derecho de aprovechamiento por medio de autoridad judicial, esto es, por prescripción. El artículo que patrocina este enfoque es el 114 del Código de Aguas, que destaca lo siguiente: “Deberán inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces: 7. Las resoluciones judiciales ejecutoriadas que reconozcan la existencia de un derecho de aprovechamiento.” Es indudable que con este numeral el Código desea mostrar la aptitud para reconocer la existencia de –para constituir– un derecho de aprovechamiento de aguas. Entonces, si no es por prescripción, ¿cómo podría adquirirse un derecho real de aprovechamiento?

Bajo esta línea de argumentación, los modos de adquirir son la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción. Veremos por

qué solamente la prescripción es admisible: la ocupación procede cuando se trata de bienes corporales muebles únicamente, esto en base a lo expuesto por el Código Civil. En estricto rigor, dicho código solamente expresa ejemplos y casos de ocupación respecto de cosas corporales muebles semovientes o inanimadas, pero no trata de derechos reales. La doctrina nacional es conteste en que la ocupación lo es sólo respecto a las cosas corporales muebles.

Luego, por la accesión no puede adquirirse ni constituirse el derecho de aprovechamiento porque aquella resulta y funciona sólo para las cosas que se producen o se juntan a éstas. El derecho de aprovechamiento es una cosa completamente separada de las aguas sobre las cuales recae, y no puede ni juntarse ni ser producido por ellas. Por este motivo, no procedería declarar la accesión para constituir el derecho.

Tampoco podemos admitir la tradición como antecedente para constituir un derecho, ya que éste solamente puede ser constituido por acto de autoridad, y los particulares, aunque entreguen la cosa, no pueden transferir el dominio de un derecho por el solo hecho de la entrega. Puede, no obstante, servir este título aparente de tradición como referencia para justificar la posesión sobre el derecho de aprovechamiento. Mas, no serviría para constituirlo.

La sucesión por causa de muerte opera para la adquisición de un patrimonio o de bienes singularizados de un patrimonio de un causante. Es evidente que un derecho de aprovechamiento aún no constituido, no está dentro del patrimonio de nadie. Por este motivo es que no puede constituirse el derecho en comento por sucesión por causa de muerte. Podría sin embargo transmitirse uno ya constituido.

La prescripción, más allá de ser la opción que mejor encaja para constituir el derecho, asimismo, es la opción más idónea para ajustarse a la normativa hídrica. Por todo lo ya tratado, efectivamente, la prescripción puede operar como un modo de adquirir para constituir un derecho de aprovechamiento: es aplicable a los derechos reales, la precede la posesión por el tiempo que las leyes ordenen –y ya establecimos que la posesión del derecho sí es viable– y debe cumplir con los demás requisitos legales.

De este análisis breve, concluimos que el numeral 7 del artículo 114 mencionado se refiere a la inscripción de una sentencia ejecutoriada que constituye un derecho de aprovechamiento por prescripción. Y esto no es más que un reconocimiento a la constitución por prescripción de un derecho, que sí funciona en el tráfico jurídico, y por tanto, existe.

– En tercer lugar, el artículo 177 del Código de Aguas explicita que sí puede constituirse un derecho de aprovechamiento por prescripción al señalar que pueden haber “juicios sobre constitución”. Si hay eventualidad de que se judicialice la constitución de un derecho, hay absoluta certeza de que hay antecedentes suficientes como para hablar de que antes de su constitución, haya “algo”, a saber, que al menos en teoría, pueda concebirse la constitución por prescripción por hechos fácticos o jurídicos. Hay quienes podrían afirmar que estos juicios son aplicables al caso de litigios contra la Dirección General de Aguas dentro del marco del proceso de solicitud de un derecho de aprovechamiento, por ejemplo, por haberse denegado una solicitud. Nuestro pensamiento al respecto, dado que hay diferentes autoridades que pueden constituir el derecho (dentro de ellas, la judicial), es de no admitir dicha afirmación, dado que estaría restringiendo una disposición general, limitándola a un solo caso de autoridad en específico.

– En cuarto lugar, se presenta el caso del artículo 310 del Código de Aguas, que señala: “Subsistirán los derechos de aprovechamiento reconocidos por sentencia ejecutoriada a la fecha de promulgación de este Código, y los que emanen: 3. De prescripción.” El Código permite, en otra ocasión más, que es dable la constitución por prescripción del derecho de aprovechamiento. Esta vez, el artículo no es tan potente como el resto, dado que se describe un asunto relativo a una transición de códigos, pero que se exprese en una disposición, pudiendo no haberlo hecho, es fuente de respaldo para nuestra postura, en desmedro de la contraria.

Ya habiendo expuesto suficientemente los planteamientos de aquellos que contrarían la constitución por prescripción, habiéndolos contestado y refutado, pasaremos a exponer la mirada a favor de la constitución por prescripción.

#### 4.- LA POSTURA A FAVOR DE LA CONSTITUCIÓN POR PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

A través de la respuesta que dimos sobre la opinión contraria a la constitución por prescripción, hemos mencionado en buena medida parte de la postura a favor; aún así, es necesario agregar y repasar ciertas consideraciones.

- a) *La Constitución del Derecho de Aprovechamiento por Acto de Autoridad Judicial*: el ya nombrado artículo 20 del Código de Aguas es un puntal muy valioso para esta visión de la constitución por prescripción. Cuando expresa que “el derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad”, afirma abiertamente que el derecho puede ser constituido por cualquier autoridad, a nivel general, con potestades y facultades suficientes: ellos son la ley, la autoridad administrativa y la judicial. Nuestra mirada apunta no a la ley ni a la autoridad administrativa, sino a la judicial. El artículo es extensivo al afirmar que el derecho se origina por acto de autoridad, ya que no señala de manera puntual cuál o cuáles son las autoridades que pueden constituir un derecho: de esta forma, quedan comprendidas todas las autoridades correspondientes. La autoridad judicial puede entonces, a través de un acto regulado por ley, constituir un derecho de aprovechamiento de aguas. Como ya advertimos, además, debe invocarse la prescripción como precedente que justifique la constitución. La autoridad judicial se manifiesta a través de la justicia ordinaria y la justicia arbitral.
- b) *Posibilidad de Constituir y Adquirir el Derecho por Prescripción de acuerdo al artículo 21*: el artículo 21 del Código de Aguas indica que la adquisición y pérdida por prescripción del derecho de aprovechamiento es materia propia del Código Civil. Esta disposición induce a cuatro consecuencias o factores relevantes: como se reconoce que puede suceder que haya adquisición por prescripción, se reconoce asimismo que puede haber posesión; también, para efectos prácticos, la constitución de un derecho incluye consigo la adquisición del derecho de aprovechamiento por prescripción, o sea, una implica a la otra en el mismo acto, puesto que son inseparables en lo teórico y lo práctico; además, la constitución, al ser al mismo tiempo una adquisición del derecho de aprovechamiento, se regla por la legislación civil

codificada y por tanto, confirma que lo prevenido en el Código Civil se aplica igualmente a la constitución del derecho por prescripción; y la prescripción, entonces, es el antecedente que genera la constitución y adquisición del derecho de aprovechamiento, sin lugar a dudas.

- c) *La Inscripción Conservatoria de Sentencias que Constituyen Derechos de Aprovechamiento*: transcrito ya el artículo 114 y su numeral séptimo del Código de Aguas, nos queda hacer unas observaciones. Esta regla ofrece la resolución lógica seguida del pie de la letra, de que la autoridad judicial, a través de un acto determinado, puede reconocer la existencia de un derecho de aprovechamiento. Nos encontramos, eso sí, con dudas: según la redacción dada, ¿el derecho existía antes de su reconocimiento? ¿el reconocimiento es el que finalmente origina el derecho? ¿hay posibilidad de que exista un derecho, pero no haya sido reconocido previo a la resolución judicial que lo tiene por tal? Respondamos una por una estas interrogantes, que al mismo tiempo, nos confirmarán este fragmento de la postura a favor de la constitución por prescripción. La primera duda se aborda partiendo de la base de que el derecho puede, tanto como no, existir. Esto tiene dos consideraciones, a su vez: una, que si existía, simplemente se reconoce su existencia judicialmente, por motivos varios, como por ejemplo, que el derecho es de aquellos que crea la ley, y el titular desea su reconocimiento expreso para su inscripción. Y dos, que si no existía, por prescripción alegada y declarada, comienza su existencia, y esta debe ser reconocida para poder inscribirse posteriormente. Entonces, en suma, el derecho puede como no existir antes de que se dé lugar a su reconocimiento; esto implica que como el derecho puede no haber existido antes de ser reconocido, es posible crearlo a través de la resolución judicial de la que trata el artículo. La segunda cuestión se responde a través de la primera duda. El reconocimiento judicial, sin titubeos, es el que crea el derecho a través de la sentencia, pues esta viene a constatar una realidad y la ley ordena no sólo inscribirla, sino que inscribir la resolución judicial ejecutoria “que reconoce la existencia de este derecho de aprovechamiento”. Reconocer algo significa aceptarlo, tenerlo por cierto: y si un derecho se tiene por cierto con esta resolución, por supuesto que ha nacido a través de tal reconocimiento. La tercera pregunta se resuelve con las respuestas anteriores: sí, el derecho de aprovechamiento



pudo haber existido antes de que haya sido reconocido, incluso, por ejemplo, si es que ya estuviese inscrito: el conflicto judicial, para el ejemplo recién mencionado, puede versar en que alguien dispute el derecho de un tercero, y a partir de esta pugna, simplemente el juez deba reconocer, mediante prueba aportada al procedimiento, el derecho preexistente. Sin perjuicio de lo anterior, de una forma indubitada, declaramos que también el derecho de aprovechamiento puede no existir antes de la sentencia ejecutoria y viene a nacer con esta última.

- d) *Subsisten los Derechos de Aprovechamiento Reconocidos que Emanan de Prescripción*: el artículo 310 del Código de Aguas dice que subsisten los derechos de aprovechamiento “reconocidos”, que emanan de prescripción. Así, se desprende del articulado que hay reconocimiento de derechos de aprovechamiento y que estos subsisten en el caso de que hayan sido reconocidos por prescripción. Acepta una situación anterior, por la transición de códigos, y la regulariza suficientemente como para protegerla. Este reconocimiento de derechos por prescripción puede reflejarse en el artículo 300 del Código de Aguas de 1951. La aplicación de las reglas de la prescripción también se vinculaba al Código Civil desde aquel otro código<sup>56</sup>. Este argumento debe considerarse como un antecedente adicional para la protección de la postura de la constitución por prescripción, más que como un férreo punto de apoyo, por su naturaleza ligada a disposiciones anteriores ya derogadas o no vigentes.
- e) *La Posibilidad de que se Constituyan Derechos por Permitirse su Judicialización*: el artículo 177 del Código de Aguas ofrece una razón del todo criteriosa para justificar la constitución por prescripción del derecho de aprovechamiento, porque establece que sí puede darse lugar a un juicio sobre constitución. A mayor abundamiento, contiene la frase “todas las demás cuestiones relacionadas con ellos”: esto es justamente una manifestación más de que sí puede judicializarse la prescripción de un derecho de aprovechamiento para lograr su constitución, esto por acto de autoridad judicial, en este caso, por la justicia ordinaria mediante el Juez de Letras

---

<sup>56</sup> Artículos 248, 249 y 250, del Código de Aguas de 1951. El último artículo citado menciona la derivación a las normas prescritas por el Código Civil, mientras que el primero y el segundo dictan reglas específicas en materia de prescripción del derecho de aprovechamiento.

competente.

Ya revisamos que sí podía constituirse prescriptivamente el derecho por acto de autoridad judicial arbitral, por cuanto la prescripción y sus antecedentes sí eran aplicables a lo planteado por el artículo 185 bis del Código de Aguas; recordemos: “los conflictos que se produzcan en el ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas, podrán ser resueltos por un árbitro con el carácter de arbitrador”. Con el término “ejercicio” estamos envolviendo una gran cantidad de actos y contratos respecto al derecho, dentro de los cuales está la posesión y el transcurso del tiempo, por tanto, la prescripción. Y si puede judicializarse por un lado la constitución por un Juez de Letras, también, por otro, puede comenzar un juicio sobre constitución del derecho en sede arbitral. El artículo 185 bis expresa que el árbitro puede tener el carácter de amigable componedor. Decimos “puede” porque no expresa un deber o una obligación de nombrarlo con esa calidad, tampoco establece una sanción.

Con esta batería de razones fundamentadas, la mirada a favor de la constitución por prescripción del derecho de aprovechamiento se encuentra en una posición no sólo estable, sino que del todo aceptable en lo práctico: o sea, para aplicarse en la esfera judicial. Esta visión, sin embargo, requiere enseguida de un pequeño conjunto de reflexiones para darle plena viabilidad y para aumentar su rango de empleo en lo contencioso.

##### *5.- FÓRMULAS JUDICIALES PARA PROCEDER A LA CONSTITUCIÓN POR PRESCRIPCIÓN*

Hemos ya serpenteado a través de varios procedimientos que dan vida a la constitución por prescripción del derecho de aprovechamiento. Los conoceremos, y a partir de esta materialización de la constitución en el acto final de autoridad judicial, concluiremos esta memoria.

– *Primera fórmula:* el procedimiento sumario del artículo 177 del Código de Aguas.

Acorde menciona este artículo, “los juicios sobre constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas y todas las demás cuestiones relacionadas con

ellos, que no tengan procedimiento especial, se tramitarán conforme al procedimiento sumario”. Sobre esto, el juicio sumario aparece como la opción judicial por defecto. No entraremos a detallar cómo se procede sumariamente, porque aquello es materia estrictamente procesal. Es necesario, eso sí, extraer cierta información del artículo 178, que indica que “será competente para conocer de estos juicios, el Juez de Letras que corresponda”. Además, es requerido decir que el juez, de oficio, podrá decretar “la inspección personal del Tribunal, el nombramiento de peritos y el informe de la Dirección General de Aguas”, según el artículo 179 del Código. Lo último es una característica especial de este procedimiento.

– *Segunda fórmula*: el procedimiento arbitral del artículo 185 bis del Código de Aguas.

Con distinción preferencial, queremos tratar de este procedimiento. Creemos que la libertad y flexibilidad que nos entrega esta fórmula contenciosa es admirable; lejos de ser un procedimiento estrictamente apegado a la ley y prolongado, es un procedimiento que se conduce más por una vereda de celeridad<sup>57</sup> y de real justicia. Decimos “real justicia”, porque en determinadas oportunidades, dado el caso particular a resolver, en la justicia ordinaria no se llega a un final justo, por concentrarse los esfuerzos en lo rigurosamente procesal y en lo formal, abandonando el fondo, mientras que en la justicia arbitral, no necesariamente es así. Las partes, con o sin el árbitro, pueden determinar el procedimiento y las reglas del proceso a seguir, o determinar que el mismo árbitro dé lineamientos a seguir: dependerá de las partes. Según el artículo 223 del Código Orgánico de Tribunales, “el arbitrador fallará obedeciendo a lo que su prudencia y la equidad le dictaren, y no estará obligado a guardar en sus procedimientos y en su fallo otras reglas que las que las partes hayan expresado en el acto constitutivo del compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, a las que se establecen para este caso en el Código de Procedimiento Civil.” En subsidio de la primera fórmula procedimental, a voluntad de las partes, es válido acceder a la utilización de este eficiente procedimiento arbitral; ya sea a través de un pacto compromisorio o de un compromiso, puede llegarse a estar en sede con amigable componedor (o árbitro de derecho o mixto). Por el contrario, si no hay acuerdo entre las partes, la justicia ordinaria definirá un árbitro para que falle. Luego, si las partes no determinan cómo

---

<sup>57</sup> Artículo 236 del Código Orgánico de Tribunales.

debe llevarse a cabo el procedimiento que pueda concluir en la constitución de la merced por prescripción, el árbitro debe sujetarse a las reglas que establece el Código de Procedimiento Civil para estos procesos<sup>58</sup>.

– *Tercera fórmula*: la regularización por el artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

Máxime, la aplicación de este procedimiento es para situaciones de hecho en que personas distintas de los titulares de derechos inscritos han tenido un uso –posesión– ininterrumpido de estos derechos (ya sea con agregación de posesiones o sin ella) desde 5 años previo a la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981. Funciona como un verdadero procedimiento de prescripción adquisitiva (no constitutiva, ya que los derechos de que se trata ya se otorgaron y en algunos casos, inscribieron). Para iniciarlo, debe cumplirse con lo previsto y con los requisitos del artículo en comento: periodo de tiempo de 5 años de posesión ininterrumpida del derecho desde antes de la entrada en vigencia del Código de Aguas de 1981; la utilización del derecho libre de clandestinidad y violencia, sin reconocimiento de dominio ajeno; elevando una solicitud a la Dirección General de Aguas con el mismo procedimiento administrativo que para la solicitud de un derecho de aprovechamiento de aguas a dicha entidad, con el riesgo de que se deduzcan oposiciones por parte de terceros afectados, las cuales se ceñirán a lo prescrito en dicho procedimiento administrativo. Finalmente, “vencidos los plazos legales, la Dirección General de Aguas remitirá la solicitud y todos los antecedentes más la oposición, si la hubiere, al Juez de Letras en lo Civil competente, quien conocerá y fallará de acuerdo al procedimiento establecido en el artículo 177 y siguientes de este código.” Indica el inciso segundo del artículo 2° transitorio que “el mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural.” Entonces, el procedimiento se substanciará ante Juez de Letras, sumariamente, según el artículo 177 del Código de Aguas para ambos casos: para derechos inscritos y para derechos no inscritos. Emerge, sin perjuicio de lo anterior, una enigmática situación. Puede surgir un nuevo procedimiento; tal es el que regula el caso en el cual no se cumpla con todos los requisitos del inciso primero.

---

<sup>58</sup> Artículos 636 a 644 y demás aplicables, del Código de Procedimiento Civil.

– *Cuarta fórmula*: procedimiento especial sumario o arbitral en subsidio del procedimiento del artículo 2° transitorio del Código de Aguas.

Se produce el reemplazo del procedimiento de la tercera fórmula, por otro que regla el imprevisto resultante del incumplimiento de alguno de los requisitos establecidos. Así, aparecen dos opciones: primera, acudir a la aplicación del procedimiento general sumario del artículo 177, para “todas las demás cuestiones relacionadas con ellos, que no tengan procedimiento especial”, y segunda, juicio arbitral según el artículo 185 bis, en caso de que la voluntad de las partes sea la de ejercerlo por este camino. ¿Qué tiene que ver este par de procedimientos con la constitución de un derecho de aprovechamiento por prescripción? Si sucede que con ocasión de este juicio, una de las partes alega la prescripción para la constitución de un derecho de aprovechamiento, habrá de ser esta prescripción materia de juicio, en el caso de situarnos en un juicio arbitral, en el cual las reglas del procedimiento lo permitan. Si nos referimos a un caso en que el conflicto se ventile según lo previsto en el artículo 177, muy probablemente no existirá esta libertad para alegar prescripción para constituir el derecho.

\*\* Los artículos 6° y 7° del Decreto Ley 2.603 de 1979 son clave a la hora de que se puedan hacer valer en juicio las presunciones legales que contienen.

Pudiendo quizás admitirse más procedimientos al respecto, creemos que el que más puede adecuarse a un resultado positivo de la constitución de una merced por usucapión, es el arbitral. Éste, por su velocidad de tramitación y por la cualidad de someterse a las reglas que las partes estipulen, es ideal para clamar libremente por la constitución y para aportar prueba, si así se estima, porque la libertad del procedimiento es amplia y sólo tiene como límite el marco de actuación que las partes restringieron al árbitro en el convenio arbitral.

El arbitrador puede fallar en el sentido que de acuerdo a la prudencia y la equidad le dicten, cosa decisiva para la constitución en el caso de que realmente deba crearse el derecho. Sin perjuicio de nuestra predilección por los litigios en sede arbitral, los procedimientos informan bien cómo puede lograrse la constitución por prescripción. El caso de la tercera fórmula informa una regularización que en la práctica es una

prescripción adquisitiva propiamente tal, no una constitutiva. Pero nos da una idea más extensa de cómo puede aplicarse la prescripción en materia procesal.

## CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio, hemos revisado sintéticamente cierta información jurídica con ribetes prácticos relacionada directamente con las aguas, con su calidad de bienes nacionales de uso público y las repercusiones que implican; con la posesión como fenómeno fáctico y registral-inscrito y con la prescripción. Asimismo, hemos madurado escuetamente un despliegue del tema principal de esta memoria: la constitución por prescripción de un derecho de aprovechamiento de aguas.

Hemos apreciado la versatilidad del Código de Aguas, del Código Civil, del de Procedimiento Civil y Orgánico de Tribunales, sumados al Decreto Ley 2.603 de 1979, entre otros, en cuanto han dado una amplia gama de referencias y visiones sobre la constitución de un derecho por prescripción y sobre procedimientos que la informan, la inscriben o la desarrollan.

Adicionalmente, hemos reconocido que el ordenamiento jurídico sí permite y apoya con diferentes disposiciones legales la constitución por prescripción. No fue requerido interpretar torcidamente la ley para llegar a buen puerto en la materia: la simple lectura de las distintas normas fue suficiente para avanzar en el estudio del tema y determinar que sin lugar a dudas la constitución por prescripción es absolutamente realizable: aplicable justamente en tribunales, ya sean ordinarios o arbitrales.

Es de nuestra deferencia admitir que el procedimiento arbitral del que hemos escrito a lo largo de estas líneas, es por lejos, el mejor método procedimental para constituir un derecho de aprovechamiento por prescripción. Sus características únicas en cuanto a la aplicación de la ley al caso concreto lo convierten en un pilar muy destacado para la constitución por prescripción, y por tanto, en un soporte muy eficiente también. Requiere en todo caso, ya fue dicho, de una controversia en torno a la constitución del derecho.

Por la corta extensión del trabajo, nos fue imposible incluir debidamente temas de gran valor relacionados a la constitución por prescripción: la calidad de bienes nacionales de uso público de las aguas, las organizaciones de usuarios, la cuasiposesión y el cuasidominio acabadamente, y especialmente, la teoría de la posesión inscrita.

La creación de un derecho de aprovechamiento de aguas mediante prescripción, por acto de autoridad judicial, es un concepto que aportamos para el estudio de la constitución de la merced por usucapión. Nos orientó a lo largo de esta obra, especialmente en el último capítulo y seguirá haciéndolo para futuros trabajos, nuestros, o, esperemos, de otros quienes decidan estudiar y descubrir nuevas aristas sobre el tema.



## BIBLIOGRAFÍA

- 1.- ALEGRÍA MALUENDA, Diego. *Teoría de la Constitución por Prescripción del Derecho de Aprovechamiento según el Código de Aguas de 1.981*. Editorial Metropolitana, Santiago, 2012.
- 2.- ALESSANDRI R., Arturo; SOMARRIVA U., Manuel; VODANOVIC H., Antonio. *Tratado de los Derechos Reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1997, Tomo I, 6ª edición.
- 3.- ARANDA VALENZUELA, Pablo. *Los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile y su marco regulatorio*, Revista de Derecho N°4, Escuela de Postgrado, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2013.
- 4.- CABRERA PACHECO, Alejandra. *Determinación y fijación de los cauces naturales en Chile. El límite entre un bien nacional de uso público y la propiedad privada*, Revista de Derecho Público Iberoamericano N°12, Centro de Justicia Constitucional, Facultad de Derecho, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2018.
- 5.- ESCUDERO AHUMADA, Bernardino. *La Posesión del Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Jurídica Ediar Conosur, Santiago, 1990.
- 6.- FIGUEROA DEL RÍO, Simón; *Asignación y Distribución de Aguas Terrestres*; Editorial Universidad Gabriela Mistral, Santiago, 1990.
- 7.- FIGUEROA YÁÑEZ, Gonzalo. *Código Civil y Leyes Complementarias*, Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilenas, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1996, Tomo III, 3ª edición.
- 8.- GUZMÁN BRITO, Alejandro. *Las Cosas Incorporales en la Doctrina y en el Derecho Positivo*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, 2ª edición.
- 9.- PARADA BARRERA, Guillermo. *El Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Congreso, Santiago, 2000.
- 10.- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel. *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.
- 11.- TRUCCO FRANZANI, Humberto. *Teoría de la Posesión Inscrita, dentro del Código Civil Chileno*, Revista de Derecho y Jurisprudencia, Santiago, 1910, N° 6.
- 12.- VIAL DEL RÍO, Víctor. *La Tradición y la Prescripción Adquisitiva como Modo de Adquirir el Dominio*, Ediciones Universidad Católica de Chile, Santiago, 1999.