

DE LA LIBERTAD PARA AFILIARSE O DESAFILIARSE DE UNA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS DE AGUAS

CHRISTIAN NEUMANN MANIEU¹

Abogado

SUMARIO: I. Prólogo. II.- En cuanto al ejercicio individual de un derecho de aprovechamiento de aguas. III.- En cuanto al ejercicio colectivo de un derecho de aprovechamiento de aguas. IV.- Análisis en particular de las hipótesis propuestas: IV.A.- De la afiliación voluntaria a una organización de usuarios. IV.B.- De la afiliación forzada a una organización de usuarios. IV.C.- De la desafiliación voluntaria a una organización de usuarios. IV.D.- De la desafiliación forzada a una organización de usuarios. V.- CONCLUSIONES.

I. PRÓLOGO

Nuestra legislación de aguas consagra una total libertad para usar² las aguas terrestres a que se tiene derecho, facultando actualmente a su titular a usar en todo o en parte el mismo o no usarlo por un período determinado, como, así mismo, en cuanto se lo permita el título respectivo, a destinar las aguas en los usos que desee, a enajenarlo separadamente de los demás bienes a que este se encuentre asociado, o bien, a disponerlo en todo o en parte. En definitiva, el titular del correspondiente derecho de aprovechamiento de aguas es soberano para ejercerlo a su arbitrio en la medida en que no vaya en contra de la Constitución y la ley, como de derecho ajeno.

Por otra parte, la señalada legislación consagra normas que establecen y regulan los me-

dios necesarios para ejercer los derechos de aprovechamiento³, que posibilitan efectivamente al titular de este el ejercicio del mismo en forma individual o colectiva.

En relación con el ejercicio de derecho de aprovechamiento resulta pertinente destacar que, en la medida que se requiera hacer obras para ello, o bien se desee por su titular cambiar su punto de ejercicio o la fuente de abastecimiento o protegerlo en general, por ejemplo, deberá estarse a las acciones, autorizaciones y procedimientos que expresamente dispone el actual Código de Aguas, como, en su caso, a los remedios jurídicos que el resto del ordenamiento legal preceptúa, materias que en todo caso deben tenerse presentes como complementarias a este trabajo.

Ahora bien, es posible constatar, en particular, en cuanto al ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas en forma colectiva o en conjunto con otros titulares a través de obras comunes que se someten a la jurisdicción

¹ Actualmente se desempeña como Director Regional de Aguas de la V Región. Candidato a Magíster en Derecho de Aguas del Instituto de Derecho de Minas y Aguas de la Universidad de Atacama.

² En cuanto a la libertad de uso de las aguas, ver Vergara Blanco, Alejandro: "La libre transferibilidad de los derechos de aguas" (Revista Chilena de Derecho. Vol. 24, Nº 2, 1997, pp. 369-393), p. 378.

³ Bienes incorporales que, en todo caso, deberán existir como tales y encontrarse regularizados y determinador en todas sus menciones, según corresponda, conforme a las normas del Código de Aguas.

de una organización de usuarios que reconoce y regla el actual Código de Aguas, el problema que se suscita cuando un titular de este tipo de bien incorporal pretende ingresar voluntaria o forzosamente a una de ellas, o bien, salir o ser forzado a salir de aquella.

En efecto, no obstante que el ordenamiento legal reconoce y asegura el derecho de propiedad en todas sus formas y especies, y, consecuentemente, la libertad de transferibilidad de los bienes sobre la cual ella recae, se estima por algunos —en cuanto a los derechos de aprovechamiento de aguas— que contiene algunos obstáculos que no permiten su eficiente reasignación por el mercado⁴.

En ese sentido, en nuestra opinión, aparece que la obligación de ejercer el derecho de aprovechamiento conjuntamente con otros titulares a través de unas mismas obras en común, o bien que no se reconozca la facultad de asociarse o no, voluntaria o forzosamente, con otros titulares en un momento determinado, salvo los casos legales que expresa y excepcionalmente estableció el legislador, puede conllevar que a partir de una interpretación rígida de las normas respectivas, y no obstante haber operado los procedimientos y mecanismos legales ante las autoridades competentes —que, entre otros aspectos, deben velar por los derechos de terceros— haga que el ejercicio del respectivo derecho se encuentre sometido a un modo o condición⁵ que podría conculcar o menoscabar en su esencia el mismo.

⁴ En cuanto a los obstáculos citados, ver Vergara Blanco, Alejandro: "La libre transferibilidad de los derechos de aguas" (Revista Chilena de Derecho, Vol. 24, N° 2, pp. 369-393, 1997), pp. 382-391.

⁵ Cabe precisar que en nuestro parecer el acto de constitución originaria de un derecho de aprovechamiento puede legítimamente establecer modos o condiciones a que deberá someterse el derecho que se crea, fundado en lo dispuesto en los artículos 149 N° 7 y 150 del Código de Aguas, como en lo resuelto recientemente por el Tribunal Constitucional de Chile, según el mérito de la sentencia de fecha 13 de octubre de 1997, dictada en los autos rol N° 260, referidos al requerimiento de inconstitucionalidad formulado por 30 diputados de algunos preceptos del proyecto de modificación del Código de Aguas de 1981. De manera que, en ese sentido, no se está vulnerando en caso alguno lo preceptuado en los artículos 6 y 7, como en el N° 26 del artículo 19 de la Constitución Política, pues el derecho de aprovechamiento de aguas nace a la vida jurídica con una determinada modalidad, cual es precisamente, la que en su ejercicio su titular deberá observar (modo o condición

Es precisamente a este tema al que pretendemos aportar⁶ algunos antecedentes para ser promovidos en el seno de estas Primeras Jornadas de Derecho de Aguas, pues de alguna manera estimamos que la condición particular en que se encuentre el ejercicio del derecho de aprovechamiento constituirá una externalidad especial del mismo, afectando su libre transabilidad.

II. EN CUANTO AL EJERCICIO INDIVIDUAL DE UN DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

A modo de referencia parece necesario destacar algunas consideraciones generales sobre el ejercicio individual⁷, sin perjuicio de que él por sí sólo amerita ser tratado de manera individual y sistemática por las diversas aristas y complejidades que se desencadenan a su alrededor.

En este contexto, resulta pertinente tener presente lo establecido en el artículo 8 del actual Código de Aguas que preceptúa que el que tiene un derecho de aprovechamiento lo tiene, igualmente, a los medios necesarios para ejercitarlo. Así, el que tiene derecho a sacar aguas de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella aunque no se haya establecido en el título.

Por su parte, en concordancia con la norma anterior, el artículo 9 de ese mismo Código dispone que el que goza de un derecho de aprovechamiento puede hacer, a su costa, las obras necesarias para ejercitarlo.

En armonía con las normas anteriores, el artículo 25 del actual Código de Aguas señala que el derecho de aprovechamiento conlleva,

determinada), y en esos mismos términos tanto el primero como el último de sus dueños deberá ejercerlo, sin que por ello pueda presumirse que este bien incorporal tiene en sí mismo una externalidad que dificulta su libre transferibilidad.

⁶ Las opiniones vertidas en el presente trabajo en caso alguno representan la opinión oficial del servicio público en el que actualmente trabaja su autor.

⁷ Para precisar, aun cuando bajo la denominación uso individual de aguas, ver Vergara Blanco, Alejandro: "Régimen jurídico de la unidad de medida de los derechos de aguas. Su esencial conexión con la distribución de aguas superficiales". (Revista de Derecho de Aguas. Vol. VII, pp 39-69, 1996), p. 50.

por el ministerio de la ley, la facultad de imponer todas las servidumbres necesarias para su ejercicio, sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes.

Esta última disposición legal debe ser coordinadas con las contenidas en los artículos 69 y siguientes del Código de Aguas, que establecen las normas generales y particulares aplicables a las servidumbres⁸ relacionadas con las aguas, sin perjuicio de las normas contenidas en los artículos 820 y siguientes del Código Civil, en cuanto reglas supletorias.

De manera que, en general, podemos sostener que en nuestro ordenamiento legal existen normas que regulan y aseguran debida y oportunamente el ejercicio individual de un derecho de aprovechamiento de aguas, estatuto jurídico que, en todo caso, debe ser armonizado con las normas contenidas en los artículos 19 N° 2 y 24, y 20 de la Constitución Política de la República, y con los artículos 171 y siguientes, 177 y siguientes, y 181 y siguientes, del Código de Aguas, entre otros, en cuanto a procedimientos judiciales en materias de aguas referidos en particular a la protección del ejercicio de los derechos de aprovechamiento que recaen sobre ellas.

Finalmente, en relación al ejercicio individual de un derecho de aprovechamiento de aguas cabe destacar que existen una serie de procedimientos especiales en el actual Código de Aguas que se relacionan con él, sea en cuan-

to a facilitarlos sea en cuanto a asegurarlo, como, así mismo, una vasta gama de acciones y recursos que se pueden impetrar para garantizar su oportuno y debido ejercicio, tanto en la Constitución Política como en otros cuerpos legales⁹.

De lo anterior es posible inferir que si bien a partir del ejercicio de un derecho de aprovechamiento podrían ocasionarse obstáculos al mismo, en caso alguno ellos podrían estimarse como una externalidad que afectara su libre transabilidad, pues, precisamente, el legislador previniendo la producción de dichas barreras estableció un conjunto de normas que resguardaran debidamente el derecho de dominio sobre este bien como cada una de las facultades que son de la esencia de la propiedad.

III. EN CUANTO AL EJERCICIO COLECTIVO DE UN DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

Podemos constatar que en diversas oportunidades el ejercicio de un derecho de aprovechamiento se realiza en forma colectiva¹⁰ con otros titulares de este tipo de bien incorporal, lo cual suele hacerse bajo una forma de organización de usuarios de aguas que la institucionalidad normativa de aguas terrestres establece y regla, para lo cual resulta pertinente tener presente, en forma especial, las normas contenidas en los artículos 186 y siguientes, en los artículos 177 y siguientes, 247 y siguientes, y 283 y siguientes, todos del Código de Aguas, normas que damos expresamente por reproducidas, y que versan sobre las organizaciones de usuarios que se regulan por ese Código y que se encuentran, por tanto, sometidas a la fiscalización de la Dirección General de Aguas, tanto en sus aspectos de distribución de las aguas como económicos.

Ahora bien, el problema se plantea cuando una organización de usuarios de aguas no reconoce y no acepta que un titular de un dere-

⁸ A este respecto resulta destacable concordar las reglas que se citan con las normas contenidas en los artículos 76 a 93 del Código de Aguas y en los artículos 861 y 870 del Código Civil, por estar ellas directamente destinadas a regular en particular la servidumbre de acueducto, gravamen que en general constituye el medio especial que se vale el titular del respectivo derecho de aprovechamiento para ejercerlo cuando no es de aquellos que se denominan propietarios o usuarios riberanos.

En cuanto a la servidumbre de acueducto, cabe destacar que se le clasifica de continua y aparente, de acuerdo a lo prescrito en los artículos 822 y 824 del Código Civil, razón por la cual, en virtud de lo establecido en el artículo 882 del Código Civil, puede esta adquirirse por título, o por prescripción de cinco años.

Así mismo, en relación con esta especie de servidumbre legal, en atención a lo dispuesto en las normas del Código de Aguas citadas precedentemente, cabe destacar que ella no constituye materia de juicio el derecho de imponerla, sino que más bien el trazado, el monto del precio de indemnización a que se refiere el artículo 82 del Código de Aguas, como cualquier otro aspecto o particularidad a que dichas normas se refieren.

⁹ A modo de enumeración no taxativa, tener presente las acciones posesorias, las declaraciones de áreas de reducción temporal, de restricción y de prohibición, respecto de las aguas subterráneas, como la solicitud de agotamiento de los cauces, o bien, las acciones de amparo económico, de protección, de cegamiento de pozo, entre otras.

cho de aprovechamiento pueda ingresar o salir voluntariamente de ella, o bien aquella organización desea hacer ingresar o salir de ella forzosamente a un titular de derecho de aguas; o bien, aquel titular desea afiliarse o desafiliarse voluntaria o forzosamente de aquella.

Planteadas así las variables del problema se pueden distinguir las siguientes situaciones:

1. Afiliación voluntaria a una organización de usuarios;
2. Afiliación forzada a una organización de usuarios;
3. Desafiliación voluntaria de una organización de usuarios; y,
4. Desafiliación forzada de una organización de usuarios.

En relación con el tema en análisis deben tenerse presente las siguientes consideraciones generales:

Primero, lo expuesto en estas hipótesis en caso alguno se encuentran alejadas de la realidad cotidiana, pues cualquiera de ellas pueden plantearse con ocasión, por ejemplo, por la presentación de una solicitud de la construcción, modificación, cambio o unificación de bocatomas, o cambio de fuente de abastecimiento, o traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento, o bien, por cambio de punto de captación del mismo sobre aguas subterráneas.

Segundo, la tipología recién propuesta no solo se encuentra fundada en la presencia o no de la voluntad de los interesados sino que del mandato legal, por lo cual tendremos casos cuyo fundamento emanara de la fuerza de los hechos como del tenor de la ley; por tanto, habrá casos de afiliación o desafiliación, voluntaria y forzada, existiendo en esta última aquella que resulta de una resolución judicial o por ordenarlo así la ley.

Tercero, en nuestra opinión existe virtualmente¹¹ caso de ingreso voluntario a una organización de usuarios cuando hay un nuevo titular del derecho de aprovechamiento sometido a su jurisdicción, sea con ocasión de su venta u otro acto entre vivos como por acto por causa de muerte, y, así también habrá, correlativamente, un caso de retiro forzado de ella.

En efecto, dentro de la tesis general que se desarrolla en este trabajo –cual es que la afiliación o desafiliación es material, esto es, el ingreso o salida propiamente tal del derecho de aprovechamiento de la jurisdicción de la organización de usuarios de aguas– la circunstancia de que el ingreso o desafiliación sea formal no resulta relevante, pues esta siempre será la última instancia o recurso que podrá invocar y ejercer el titular respectivo para no continuar o formar parte de la organización de usuarios de aguas; de manera que esta situación puede ser considerada como una figura residual, aun cuando exista un mandato expreso de la ley que obligue a la afiliación o desafiliación.

Por último, en cuanto a la información acerca de si tal o cual derecho de aprovechamiento se encuentra sometido a la jurisdicción de una organización de usuarios determinada, resulta pertinente tener presente que constituye una obligación de la correspondiente organización, de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 205¹² del Código de Aguas, llevar un Registro de Comuneros o Asociados en que deben anotarse los derechos de aguas de cada uno de ellos, el número de acciones y las mutaciones de dominio que se produzcan, siendo improcedente efectuar estas últimas mientras no se practiquen las inscripciones correspon-

¹⁰ Bajo la denominación uso colectivo de aguas, ver Vergara Blanco, Alejandro: "Régimen jurídico de la unidad de medida de los derechos de aguas. Su esencial conexión con la distribución de aguas superficiales". (Revista de Derecho de Aguas Vol. VII, pp. 39-69, 1996), p. 50.

¹¹ Digo virtualmente, pues en nuestra opinión se trataría de un caso de afiliación o desafiliación formal en contraposición a una material, pues el derecho de aprovechamiento continuaría sometido a la jurisdicción de la respectiva organización de usuarios, es decir, no existiría un retiro físico del derecho.

Para mayores antecedentes sobre la afiliación o desafiliación formal, consultar en Agurto Tapia, Patricio: "Organizaciones de usuarios de aguas y libertad de asociación". (Revista de Derecho de Minas y Aguas. Volumen II, Santiago de Chile, 1991), p. 129.

¹² Esta norma debe ser concordada con lo dispuesto en los artículos 255, 258, y 274 N° 5, todos del Código de Aguas, razón por la cual, dicha obligación debe entenderse referida a todas las organizaciones de usuarios.

dientes en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces¹³.

IV. ANÁLISIS EN PARTICULAR DE LAS HIPÓTESIS PROPUESTAS

Analicemos los casos anteriormente propuestos en forma separada, a fin de proponer las observaciones y opiniones a su respecto:

IV.A. DE LA AFILIACIÓN VOLUNTARIA A UNA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS:

Hay afiliación voluntaria o ingreso voluntario a una organización de usuarios, cuando un titular de derecho de aprovechamiento por su sola voluntad consiente libre y soberanamente con el órgano competente de la organización respectiva, ingresar a ella para captar, conducir y distribuir su derecho de aguas a través de las obras comunes sometidas a la competencia de aquella, en conjunto con los demás derechos que se encuentran encomendados a su jurisdicción.

En cuanto a este tipo de afiliación, cabe precisar desde ya que no caben dudas que hay ingreso voluntario a una organización de usuarios cuando todos los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que usan de unas mismas obras comunes acuerdan constituirla de consuno por escritura pública, según lo disponen los artículos 187, 258, 263 en concordancia con el 267 y 269, todos del actual Código de Aguas.

No existe mejor fundamento para sostener esta afirmación, cuando a la formación y existencia de la organización deben concurrir todos los titulares de los derechos que se conducen por la obra común, a través del otorgamiento y la firma de la competente escritura pública. De no existir el referido acuerdo

de voluntades –consentimiento– de todos los titulares, la constitución y existencia de la organización deberá hacerse por la vía judicial.

En este evento, en nuestra opinión, se consagra expresamente lo establecido en los artículos 10, 12 y 1545 del Código Civil, esto es, el principio de la autonomía de la voluntad como el principio de la libertad de contratación o contractual¹⁴.

Ahora bien, en relación con la afiliación voluntaria resulta oportuno señalar que el artículo 199 en relación con el artículo 241 N° 6 del actual Código de Aguas, reconoce y regla efectivamente la posibilidad de ingresar convencionalmente a una organización de usuarios ya formada, para lo cual el directorio está facultado legalmente para conocer de dicha solicitud, darle tramitación, establecer las condiciones, gastos (costos), y momento en que ella ha de efectuarse, entre otras consideraciones.

En este caso, sólo se considera la incorporación de nuevos derechos a la organización de usuarios que existe y funciona como tal y que no se encontraban sometidos a la jurisdicción de la organización¹⁵ correspondiente; como, así mismo, en nuestra opinión, existe una aplicación clara del principio de la autonomía de la voluntad tanto del titular respectivo como de la organización de usuarios, como, además, un

¹⁴ En opinión contraria ver Agurto Tapia, Patricio: "Organizaciones de usuarios de aguas y libertad de asociación". (Revista de Derechos de Minas y Aguas. Volumen II, Santiago de Chile, 1991), p. 127.

¹⁵ Cabe destacar que si se tratan de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, esto es, de derechos que han sido creados originariamente o reconocidos, para el caso de quedar ellos comprendidos dentro del territorio donde existe competencia de una junta de vigilancia determinada, su ingreso es obligatorio según lo preceptúa el artículo 272 del actual Código de Aguas.

Para el caso de los demás tipos de organizaciones de usuarios de aguas de que trata el citado cuerpo legal no hay norma particular al respecto, y, en nuestra opinión, hay aquí un caso de interpretación restrictiva, razón por la cual no pueden argüirse dichas circunstancias tanto a los casos que no quedan comprendidos en la citada norma legal como al resto de las organizaciones.

Es más, si el legislador de aguas pretendió que ese mismo efecto se produjera respecto de las demás organizaciones de usuarios que estableció en el Código de Aguas, lo habría dicho expresamente, sin necesidad de que algún intérprete posterior debiera recurrir, por ejemplo, al aforismo: donde existe la misma razón (la distribución) existiera la misma razón (afiliación obligatoria del nuevo derecho a la jurisdicción de la organización).

¹³ Al respecto debe tenerse presente que la enajenación o venta de los derechos de aprovechamiento de aguas que se encuentran inscritos en los Registros de Propiedad de Aguas de los Conservadores de Bienes Raíces competentes se encuentran sometidas a todas las disposiciones que rigen a la propiedad raíz inscrita, en cuanto no hayan sido modificadas por el Código de Aguas. En este sentido consultar los artículos 21, 112 y siguientes, 117 y 121, entre otros, del actual Código de Aguas.

reconocimiento expreso de la garantía de la libertad de asociación que asegura la Carta Fundamental. Tanto dicho principio como ese derecho fundamental, no caben dudas que deben estar dirigidos por un ánimo que gobierna la voluntad de los interesados que permite por tanto otorgar los consentimientos y las convenciones correspondientes¹⁶.

En efecto, algunos podría encontrar en ese ánimo un caso de *afectio societatis*, es decir, aquel que rige la voluntad de las partes contratantes de una sociedad civil o mercantil¹⁷, por ejemplo; en nuestro parecer, en cambio, ese ánimo es otro, que tiene como contenido el de que las aguas a que tienen derecho los titulares respectivos se capten, se conduzcan, se almacenen y se distribuyan a través de unas obras comunes, a fin de reducir costos en lo que se refiere tanto a la construcción, mantención, reparación y/o modificación de las mismas como a resguardarse conjuntamente de extracciones

ilegítimas de terceros, entre otras causas legítimas¹⁸ que pueden motivar dicho ánimo.

Finalmente, en relación con este tipo de ingreso a una organización de usuarios, debe dejarse constancia que a partir de este el titular del respectivo derecho tendrá los mismos derechos y obligaciones que los demás comuneros o miembros de la organización, como esta las mismas facultades y obligaciones que la ley o los estatutos le hayan otorgado respecto de los derechos sometidos a su jurisdicción.

IV.B. DE LA AFILIACIÓN FORZADA A UNA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS

Hay afiliación forzada a una organización de usuarios cuando se gestiona para que un titular de derecho de aprovechamiento de aguas en contra de su voluntad o de la correspondiente organización de la que actualmente no forma parte, ingrese a esta con la posibilidad de captar, conducir y distribuir su derecho de aguas a través de las obras comunes sometidas a la competencia de aquella y en conjunto con los derechos de aprovechamiento que se encuentran sometidos a su jurisdicción.

En relación con esta tipología, resulta pertinente destacar que existen casos legales de ingreso forzado de un titular de derecho de aprovechamiento de aguas a una organización de usuarios, como lo son aquellos que se desprenden de lo dispuesto en el artículo 51 en armonía con el 252 y siguientes del Código de Aguas, y artículo 65 inciso final de ese mismo

¹⁶ En relación con la materia de las convenciones respectivas, deberá considerarse si hay compra o arrendamiento de las obras existentes en virtud de lo dispuesto en el artículo 202 del Código de Aguas.

En efecto, de acuerdo al mérito de lo establecido en la citada norma, las obras que forman parte del sistema sometidas a la jurisdicción de la organización de usuarios pertenecen a quienes las hayan adquirido de acuerdo a las normas del derecho común, presumiéndose (al parecer, una presunción simplemente legal) que ellas son de los titulares de los derechos que extraigan, conduzcan o almacenen aguas en ellas, en la proporción a sus derechos, razón por la cual no resulta atendible suponer que un dueño vaya a aceptar que por obras de su dominio, sin retribución a cambio, esto es, por mera liberalidad, se capten, conduzcan o almacenen aguas de un titular de derecho de aprovechamiento que, en su oportunidad, no contribuyó financieramente a su construcción. En ese contexto, aparece razonable que entre las convenciones respectivas, se contemple regla sobre dicha circunstancia a fin de evitar conflictos futuros.

¹⁷ En contra de esa opinión, consultar en Agurto Tapia, Patricio: "Organizaciones de usuarios de aguas y libertad de asociación". (Revista de Derechos de Minas y Aguas. Vol. II, Santiago de Chile, 1991, p. 127).

No obstante lo anterior, en nuestra opinión cabría argumentar una razón más genérica para no estar de acuerdo en denominar dicho ánimo como *afectio societatis*. En efecto, siendo que el ánimo de asociarse con otros solo depende de la mera voluntad de aquel o aquellos que quieren hacerlo para un fin determinado, en cuanto no sea contrario a la moral, al orden público y a la seguridad del Estado, este podrá ser de tal entidad como las causas que lo motivan, y, por tanto, la *afectio societatis* no es más que uno de los tantos ánimos por el cual legítimamente cualquier persona puede asociarse en conformidad a la Constitución y a las leyes en nuestro país.

A mayor abundamiento, respecto de la causa que mueve el ánimo y, por tanto, la voluntad de las personas para asociarse, deben tenerse presente las normas contenidas en los artículos 2284 y 2304 y siguientes del Código Civil, referidas a cuasi contrato de comunidad, como a las normas de la Ley N° 18.603, de 1987, denominada Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos.

Cabe concluir, entonces, que la referida *afectio* sería propia y conducente a la que guía a los contratantes de una sociedad comercial o civil, como uno de los que autoriza legítimamente la legalidad vigente; así mismo, el ánimo de los titulares de derechos de aprovechamiento de consentir en constituir voluntariamente o de ingresar voluntariamente a una organización de usuarios, sería otro de aquellos que permite la referida legalidad.

¹⁸ Entre estas, pueden encontrarse las facultades que se delegan al directorio de la organización, en este sentido, por ejemplo, ver artículos 241 y 274 del Código de Aguas.

Código en concordancia con el artículo 28 de la Resolución DGA N° 186, de 1996, esto es, la creación y organización de una comunidad de obras de drenaje o de una comunidad de aguas subterráneas a partir de la declaración de un área de restricción, respectivamente.

Estos casos contemplan una organización de usuarios que se genera por el solo mandato legal, comprendiéndose en ella a todos los titulares de los derechos de aprovechamiento respectivos dadas su especial situación y finalidad¹⁹.

Cabe precisar, que si bien las normas respectivas autorizan que la constitución de este tipo de organizaciones se puede hacer por escritura pública o por resolución judicial, en caso alguno se está estableciendo una excepción a la obligación legal e indivisible de que el ejercicio de los derechos de aprovechamiento en estos casos debe efectuarse colectivamente; es decir, la constitución de la organización sea por la vía que fuere es obligatoria para todos los titulares, como así también lo es el ejercicio de sus correspondientes derechos a través de las indicadas obras que dan lugar a la formación y existencia de las citadas organizaciones.

En definitiva, lo único que queda sometido a la autonomía de la voluntad de los titulares respectivos es la forma en cómo se constituirá la organización, esto es, si por la vía contractual o la judicial, mas no su existencia y el ejercicio conjunto de los derechos de aguas.

En cuanto a casos legales de ingreso forzado a una organización de usuarios de aguas, debe tenerse presente, además, aquel particular que establece el artículo 272 del Código de Aguas, esto es, que por el otorgamiento de derechos, por la construcción de nuevas obras de riego o de regulación de la cuenca se constituya un nuevo derecho de aprovechamiento de

aguas, su titular por el solo ministerio de la ley queda incorporado a la junta de vigilancia respectiva²⁰, constituyendo una obligación correlativa de la autoridad competente, el de declararlo formalmente.

Ahora bien, en cuanto a los casos de afiliación forzada que tienen su fundamento en la fuerza de los hechos, resulta pertinente indicar, desde ya, que el Código de Aguas no ha reglamentado en forma particular esta situación a través de reglas generales, por lo cual ella debe ser analizada a partir de la interpretación de las atinentes disposiciones del Código de Aguas como las del resto del ordenamiento legal.

En ese sentido, debe tenerse presente lo establecido en el inciso quinto del artículo 188 del Código de Aguas, en cuanto no puede constituirse una comunidad de aguas si existe otra organización ya constituida en la obra común que tenga la misma jurisdicción. Dicho principio también es aplicable, en nuestro parecer, a las demás organizaciones de usuarios que reglamenta el Código de Aguas, en virtud de lo establecido, por ejemplo, en los artículos 257 y 258 respecto de las asociaciones de canalistas, y en los artículos 3, 263, 264 y 267, respecto de las juntas de vigilancia.

En cuanto a este tipo de afiliación, en nuestra opinión el procedimiento a que debería someterse la pretensión en análisis, aparece por regla general que el demandante²¹ debería invocar aquel establecido en el artículo 177 y siguientes del Código de Aguas, toda vez que en dichas normas se contiene el procedimiento judicial ordinario en materias de aguas²².

²⁰ Hay aquí un fuerte argumento de texto para avalar la hipótesis de que a la competencia de una junta de vigilancia se encuentran sometidos todos los derechos de aprovechamiento de aguas que se ejercen dentro de la jurisdicción de ella, y, por tanto, deben ser comprendidos todos al momento de efectuarse la distribución de las aguas por aquellas.

²¹ Sea este el titular de un derecho de aprovechamiento que pretende ser afiliado forzosamente a la jurisdicción de una organización de usuarios, o sea aquella que pretenda afiliar en contra de su voluntad a un titular.

²² Podría pensarse que esta materia podría quedar entregada a la competencia de la Dirección General de Aguas por aplicación de lo preceptuado en el artículo 130 del Código de Aguas, esto es, a través del procedimiento administrativo ordinario (general), pues es materia de su competencia, toda cuestión o controversia relacionada con la adquisición o ejercicio de los derechos de aprovechamiento que de acuerdo al Código de Aguas es de

¹⁹ Cabe precisar que en estos casos, en nuestro parecer, no existiría mérito para alegar menoscabo, detrimento o perjuicio a los derechos de aprovechamiento y a la libertad de asociación, pues existen razones superiores que el legislador ha tenido en cuenta para establecerlos excepcionalmente. Así, por ejemplo, que todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidas en una área declarada de restricción, esto es, aquellos que se encuentran en el sector hidrogeológico en que existe riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de los derechos de aprovechamiento, puedan tener la oportunidad efectiva de ejercerlos no obstante la relativa escasez del recurso hídrico.

En efecto, la primera de las normas invocadas dispone que al referido procedimiento sumario se pueden someter las cuestiones relacionadas con la constitución, ejercicio y pérdida de los derechos de aprovechamiento de aguas, como así también las demás relacionadas con ellos que no tengan un procedimiento especial.

competencia de ese Servicio, y es competencia de aquel, lo relacionado con la distribución, por ejemplo, según lo previene el artículo 283 de ese mismo cuerpo legal, e incluso, la no observancia de lo resuelto por la Dirección General de Aguas u otra que se constatará, podría ser objeto de multa de acuerdo a lo prescrito en el artículo 173 y siguientes del citado Código, sin perjuicio de obtener el cumplimiento de lo ordenado con auxilio de la fuerza pública, según lo establecido en el artículo 138 del Código en comento.

Nosotros pensamos, en cambio, que esta materia es de exclusiva competencia de la justicia ordinaria, y no de la autoridad administrativa, tanto por los efectos patrimoniales como por los derechos fundamentales que se encuentran en juego. Lo anterior, se funda de una interpretación armónica y sistemática de lo reglado en los artículos 241 N° 7, 114 N° 1, 116 N° 2, 84 y 85, todos del Código de Aguas.

Así mismo, en particular, la competencia que reconoce el artículo 130 del Código de Aguas a la Dirección General de Aguas, en cuanto a la distribución, en nada dicen relación con la posibilidad legal de imponer al titular de un derecho de aprovechamiento el gravamen que un bien de su dominio debe ser ejercido por obras de propiedad de un tercero, cuando la ley expresamente no ha otorgado dicha atribución, violentando, consecuencialmente, el principio de legalidad que prescriben los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

A mayor abundamiento, resulta oportuno destacar, en términos generales, de acuerdo a las normas que reglan la nulidad procesal del Código de Procedimiento Civil, que tanto las partes como los tribunales deben tomar todas las medidas que tiendan a evitar la nulidad de los actos en los procedimientos judiciales como de los mismos, sea respecto de los que se establecen en dicho cuerpo legal como en otros especiales, como lo es el Código de Aguas. En ese sentido, esta obligación debería ser prevista por la autoridad administrativa al decidir si es o no competente para conocer de esta materia al momento de darle tramitación. Esta argumentación tiene como fundamento lo dispuesto en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, en cuanto nadie puede ser juzgado por comisiones especiales, sino por el tribunal que la ley señale, como que toda sentencia (la resolución administrativa, en este caso lo sería) de un órgano competente (la Dirección General de Aguas no lo sería) debe fundarse un proceso previo legalmente tramitado, el cual debe, en todo caso, ser racional y justo.

Todo indica, salvo la decisión unilateral del interesado como la asunción del riesgo de la nulidad absoluta de lo obrado en sede administrativa, que la materia en análisis debe ser discutida a través del procedimiento idóneo y ajustado a derecho, esto es, el procedimiento sumario especial de aguas ante tribunal competente a que se refieren los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas.

Dichas así las cosas, sea porque la materia se encuentra relacionada en especial con el ejercicio del derecho de aprovechamiento, o sea porque la causa de pedir, esto es, la afiliación forzada del demandante a la organización demandada, puede quedar comprendida dentro del ámbito general de las materias que pueden ser discutidas a través de este procedimiento, cabe concluir que este sería el procedimiento idóneo y ajustado a derecho para solicitar dicho ingreso.

No obstante lo expuesto, debe tenerse presente que existe un procedimiento especial al respecto, que podría ser invocado por el demandante según lo establecido en los artículos 194 y 195 del actual Código de Aguas. En las referidas normas se reconoce y regla la posibilidad de que aquel titular de derecho de aprovechamiento de aguas que hubiese sido preterido o que no haya asistido en la constitución de la respectiva organización de usuarios²³, sea por la vía convencional (escritura pública), sea por la vía judicial (sentencia ejecutoriada), puede reclamar en cualquier tiempo de ello a través de juicio sumario.

En este evento se trata de la situación precisa de que al momento de constituirse o conformarse la respectiva organización de usuarios, al reclamante no se le haya considerado en la misma o se le haya asignado un derecho distinto en la distribución, todo lo cual faculta con arreglo a derecho a invocar esas normas, sin perjuicio que, en el fondo, las normas procedimentales serán precisamente las referidas al procedimiento sumario antes individualizado.

En ese sentido, en nuestro parecer, dicho procedimiento y normas no resultan estar ajustados a derecho cuando se pretende ingresar forzosamente a una organización de usuarios en virtud de una sentencia judicial, cuando el correspondiente derecho de aprovechamiento jamás se ha captado o se ha conducido a través de las obras comunes sometidas a la jurisdicción de la demandada, y, aún más, cuando es necesario trasladar su ejercicio, en forma pre-

²³ En relación al tipo de organización de usuarios que puede ser demandada, cabe concluir que dentro de ellas deben ser consideradas tanto las comunidades de aguas como las de drenajes, las asociaciones de canalistas como las juntas de vigilancias, según lo disponen expresamente los artículos 253, 255, 258, 259 y 267 del actual Código de Aguas.

via y luego de la decisión favorable de la autoridad competente.

En conclusión, estas últimas normas reglan una situación diversa aun cuando la causa de pedir, en el fondo, es la misma, esto es, obtener la afiliación forzosamente a una organización determinada, como también lo es el procedimiento judicial a que tal petición se someta.

No obstante lo expuesto, este autor tiene la opinión de que con arreglo a derecho, salvo aquellos casos en que la ley lo ordena expresamente, a un titular de derecho de aprovechamiento como a una organización de usuarios de aguas no podría obligársele por sentencia judicial a afiliarse o a incorporar a un titular de derecho de aprovechamiento que se encontrara fuera de los casos previsto en los artículos 194 y 195 del Código de Aguas, o que no tuviera, en un principio, derecho a captar, conducir y distribuir las aguas que le corresponde por las obras matrices y derivadas sometidas a la jurisdicción de dicha entidad.

En efecto, en atención a los principios generales de derecho y a lo dispuesto en especial en el inciso 2° del N° 15, del artículo 24 de la Constitución Política de la República, fundado en una interpretación a *contrario sensu* del tenor literal de la referida garantía constitucional, ninguna asociación contra su voluntad puede ser obligada a hacer pertenecer a ella a una persona determinada que originariamente no se ha considerado, como, así mismo, una persona determinada contra su voluntad no puede ser obligada a pertenecer a una organización determinada, someterse a su jurisdicción, como a la voluntad mayoritaria de sus miembros, entre otras consideraciones, en las cuales no haya mediado su competente consentimiento.

Aún más, una decisión judicial que obligara a afiliarse forzosamente a una organización de usuarios podría ir en contra de la garantía constitucional del respeto y protección que debe darse a la vida privada y pública de la persona²⁴, como de alguna manera, atender al derecho a la libertad personal²⁵, manifestada concretamente en la forma de residir y perma-

necer en cualquier lugar de la República, trasladarse de uno a otro lado de todo de su territorio o de una parte de él, o de una parte de una cuenca o en torno a una fuente natural determinada²⁶.

A mayor abundamiento, a partir de una decisión judicial que obligue a una persona a afiliarse forzosamente, podría eventualmente configurarse la posibilidad que en el futuro se conculcara el derecho que tiene el titular del derecho de aprovechamiento a desarrollar cualquier actividad económica a que se encuentran asociadas las aguas, pues precisamente al deber de captar las aguas a que tiene derecho como a conducir las por obras sometidas a la jurisdicción de una organización de usuarios determinada, el titular del derecho se vería enfrentado a los acuerdos que se adoptaran en cuanto a la forma de distribuir las aguas en épocas de relativa escasez²⁷ o de extraordinaria sequía²⁸, sin perjuicio del deber de contribuir a los costos ordinarios o extraordinarios que generan las obras comunes²⁹, entre otras consideraciones.

No obstante a los reparos recién formulados, que en caso alguno los desvirtúan, resulta pertinente destacar que nuestra legislación contempla casos de afiliación forzada tanto en contra de la voluntad del respectivo titular como de la correspondiente organización, por lo cual habría fundamento legal (legítimo), para la indicada pretensión excepcionalmente, sin perjuicio que pudiera estimarse, por algunos, que ellos corresponden a situaciones que operarían de pleno derecho y que se encuentran relacionadas más bien con un tipo especial de servidumbres.

En cuanto a la afiliación forzada de un titular en contra de la voluntad de una organiza-

²⁶ Lo expuesto debe ser armonizado con lo prescrito en el artículo 19 N° 26 de la Constitución Política, en cuanto con dicha decisión judicial podría entenderse que las indicadas garantías o derechos fundamentales podrían ser afectados en su esencia o imponérseles una condición o requisito que impida su libre ejercicio.

²⁷ A partir de una interpretación armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 241 N°s 3, 4 y 14, 255, 258, 274 N°s 1 y 2, y 114 N° 3, todos del Código de Aguas.

²⁸ Ver artículos 314 y 315 del Código de Aguas.

²⁹ En este sentido, ver artículos 213, 214, 215, 216, 223, 226 N° 2, 255, 258, 267, y 274 N°s 3 y 9, entre otros del Código de Aguas.

²⁴ Ver artículo 19 N° 4, de la Constitución Política de la República.

²⁵ Ver artículo 19 N° 7 de la Constitución Política de la República.

ción de usuarios³⁰, resulta fundamental tener presente lo establecido en los artículos 77, 84, 85 y 241 N° 7 del actual Código de Aguas y el artículo 861 del Código Civil, pues a partir de su interpretación concordada y sistemática se puede establecer que existiría no tan sólo mérito sino que fundamento ajustado a derecho por el cual en caso de no afiliarse voluntariamente a la organización al titular del derecho, ella podría ser no tan solo demandada sino obligada a incorporar³¹ al demandante (titular) por sentencia judicial a firme.

En esta situación se pueden distinguir tres fundamentos distintos entre sí para justificar tal pretensión, lo cual es aplicable tanto a los casos en que existe un ejercicio individual de derecho de aprovechamiento como cuando él se efectúa conjuntamente con otros titulares³²:

- a. El titular de una servidumbre de acueducto constituida sobre predio propio que obligue a usar el mismo canal a otra persona (titular) que quiera conducir sus aguas por su heredad;
- b. El titular de un predio que está gravado con una servidumbre de acueducto y se le trata de imponer la construcción de un nuevo acueducto; y,
- c. El uso de bocatoma de un canal existente en el mismo cauce natural de uso público a que tiene derecho el titular demandante para captar aguas y, consecuentemente, para conducir las por las obras sometidas a la jurisdicción de la demandada hasta el lugar en que pueda derivarlas independientemente de aquella hacia el lugar de su aprovechamiento.

En cuanto a la afiliación forzada de un titular del derecho de aprovechamiento tanto en contra de su voluntad como de la voluntad de una organización respectiva, debe tenerse presente lo preceptuado en el artículo 272 del Código de Aguas, pues, aquí no tan solo no existe necesidad de consentimiento sino que además hay obligación de implementar la debida incorporación tanto por la propia junta de vigilancia, como de declararlo formalmente por la autoridad en el acto administrativo respectivo.

De no cumplirse la obligación por la autoridad correspondiente en el momento oportuno, deberá interponerse por quien corresponda, esto es, el titular o la junta de vigilancia, los recursos respectivos³³ solicitando que el acto administrativo se enmiende con arreglo a derecho, o bien, en el caso de no cumplir con sus obligaciones correlativas la organización, el titular demandarla a través del procedimiento judicial ordinario en materias de aguas³⁴.

Finalmente, respecto de este tipo de ingreso a una organización de usuarios de aguas, el titular del derecho de aprovechamiento tendrá los mismos derechos y obligaciones que los demás integrantes de la organización, como esta las mismas facultades y obligaciones que la ley y los estatutos la facultan sobre los derechos sometidos a su jurisdicción.

Así mismo, en cuanto a los gastos que se originen por la afiliación forzada serán de cargo del demandante, esto es, si ha sido el titular el que ha compelido a la organización deberá asumir todos aquellos costos que el cumplimiento del fallo origine, en cambio si el actor ha sido una organización de usuarios, ella deberá soportar los gastos que se devenguen con la incorporación del nuevo derecho a su jurisdicción³⁵.

³⁰ Este caso, en nuestra opinión, como un adecuado y robusto argumento podría usarse respecto de todas las organizaciones de usuarios de que trata el Código de Aguas, de acuerdo a la interpretación armónica y sistemática que de las diversas normas de dicho Código hemos efectuado en este trabajo.

³¹ Ver en este sentido Figueroa del Río, Luis Simón: "Asignación y Distribución de las Aguas Terrestres". (1ª Edición, 1995, Editado por Departamento de Publicaciones de la Universidad Gabriela Mistral, Santiago de Chile), p. 109.

³² Cabe señalar que estos casos son tratados por la doctrina como situaciones especiales en la servidumbre de acueducto, en particular se habla de ellos como servidumbre "en" acueductos. Ver en este sentido Vergara Duplaquet, Ciro: "De las servidumbres en materias de aguas", en: el mismo, *et al.* (Editorial Jurídica de Chile, 1960), tomo II, p. 253.

³³ Es decir, tanto los recursos de reconsideración como de reclamación establecidos en los artículos 136 y 137 del Código de Aguas, respectivamente.

³⁴ Este es aquel contemplado en el artículo 177 y siguientes del Código de Aguas. Si bien, algunos consideran que esta materia es de aquellas que queda comprendida y, por tanto, sometidas a las reglas del juicio ejecutivo de obligación de no hacer, en nuestra opinión no se ajusta a derecho, fundamentalmente por lo dispuesto expresamente en los artículos 2º y 3º del Código de Procedimiento Civil como del tenor de lo preceptuado en el artículo 177 del Código de Aguas.

³⁵ Esta opinión se funda de la aplicación en la especie de lo establecido en el artículo 199 del Código de Aguas.

IV.C. DE LA DESAFILIACIÓN VOLUNTARIA DE UNA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS

Hay desafiliación o salida voluntaria de una organización de usuarios cuando se permite que un titular de derecho de aprovechamiento por su sola voluntad salga o se retire de la organización de usuarios a la que pertenece hasta esa fecha, con la posibilidad de captar, conducir y distribuir su derecho de aguas a través de las obras comunes sometidas a la competencia de otra organización, o bien de ejercer individualmente su derecho de aprovechamiento.

No caben dudas que el titular del derecho de aprovechamiento de aguas en su calidad de dueño de este bien incorporal³⁶ –y, por lo tanto, titular de la facultad de ejercerlo de acuerdo a su solo arbitrio en la medida que no sea contraria a la ley o derecho ajeno³⁷, como con arreglo a las limitaciones y obligaciones que se derivan de la función social de la propiedad³⁸–, tiene la legítima posibilidad de hacerlo en forma individual o colectiva, como la facultad de ingresar o de salir de una organización para ejercerlo o no en conjunto con otros titulares de derechos de aguas a través de unas mismas obras comunes.

En ese orden de ideas, el titular de un derecho de aprovechamiento en caso alguno puede ser privado de su propiedad o del bien sobre el cual ella recae como afectar algunos de los atributos o facultades esenciales de este derecho fundamental, salvo la figura de la expropiación³⁹.

³⁶ Según lo dispuesto en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República y artículo 6 del Código de Aguas.

³⁷ Ver artículo 582 del Código Civil.

³⁸ Según lo prescrito en el inciso segundo del N° 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

³⁹ En nuestra opinión esta institución es la materialización de una de las facultades por la cual el Estado vuelve a demanializar en todo o en parte un bien que es objeto del tráfico jurídico entre privados, a fin de afectarlo a un uso y propiedad de todos los habitantes de la Nación, o de ingresarlo al patrimonio fiscal.

En todo caso, la expropiación respecto de las aguas deberá ajustarse a las normas contenidas en el artículo 27 del Código de Aguas, en el artículo 19 N° 24 y 26 de la Constitución Política, y en los del Decreto Ley N° 2.186, de 9 de junio de 1978 (Diario Oficial).

A mayor abundamiento, debe tenerse presente el contenido material de la garantía constitucional de la libertad de asociación⁴⁰, de cuyas normas generales se puede inferir que es un elemento de su esencia, además del ánimo, la voluntad libre y consciente del afiliado como de la entidad o asociación.

En este contexto se desprende que en todo momento y de acuerdo a los intereses y necesidades del titular del derecho de aguas, este podrá tomar la decisión de desafilarse de la organización de usuarios, y en ese caso convenir las condiciones que permiten su implementación⁴¹. En este sentido, resulta fundamental tener presente los principios de la autonomía de la voluntad como de la libertad contractual, por las cuales titular y organización de usuarios podrán soberanamente convenir las condiciones por las cuales con arreglo a derecho se materializa la desafiliación respectiva.

Ahora bien, como el ejercicio del derecho de aprovechamiento desafiliado no podrá efectuarse por las obras sometidas a la jurisdicción de la organización de la que ya no es parte, como a que no es posible que respecto de unas mismas obras o competencia existan dos o más organizaciones con jurisdicción sobre ellas, su titular deberá trasladar su ejercicio⁴² a otro punto de la misma fuente sometiéndose a las reglas respectivas del Código de Aguas⁴³, para luego ejercerlo⁴⁴ individualmente o afiliarse

⁴⁰ Respecto de esta garantía existe no tan solo la historia de su establecimiento según el tenor de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, sino que, además, una vasta bibliografía nacional. Tanto esa historia como doctrina, se han considerado genéricamente en este trabajo.

⁴¹ A este respecto, en cuanto al contenido de las convenciones, tener presente lo señalado en la cita N° 16 de este trabajo.

⁴² Esto a menos que el titular pudiera constituir una servidumbre sobre algún predio riberano a la fuente natural desde la cual tiene derecho a extraer las aguas. Salvo, que pudiera constituir una servidumbre en acueducto, como lo hemos señalado en la cita N° 32 de este trabajo.

⁴³ Ver en este sentido lo dispuesto en el artículo 163 del Código de Aguas. Al respecto, también podrían plantearse las hipótesis regladas por los artículos 158 y siguientes de ese mismo Código, esto es, cambio de fuente de abastecimiento; o bien, para el caso de las aguas subterráneas, el cambio de punto de captación del derecho, a que se refiere el artículo 33 de la Resolución DGA N° 186, de 1996.

⁴⁴ Esto será siempre que se haya accedido por la autoridad competente a su solicitud, pues en caso contrario, no es lógico que el titular se quede sin la oportunidad y dere-

convencional o forzosamente a otra organización, según procediere.

Finalmente, no obstante lo expuesto, en nuestra opinión no resulta procedente la desafiliación convencional de una organización de usuarios en los casos en que la ley ha establecido el ejercicio conjunto de unos determinados derechos de aprovechamiento, lo que de alguna manera en este trabajo los hemos señalado como de afiliación forzada por mandato de la ley.

IV.D. DE LA DESAFILIACIÓN FORZADA DE UNA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS

Hay desafiliación o salida forzada de una organización de usuarios cuando se gestiona para que un titular de derecho de aprovechamiento contra su voluntad o la de la correspondiente organización, salga o se retire de esta a fin de que ese derecho se capte, conduzca y distribuya a través de las obras comunes sometidas a la competencia de otra organización, o bien que se ejerza individualmente.

De la revisión de las normas del Código de Aguas se desprende que el legislador no estableció reglas a este respecto, de manera que habrá que analizar esta hipótesis bajo las normas que se disponen en el resto del ordenamiento legal.

Sin embargo, desde ya resulta indispensable señalar que en nuestra opinión no existe legítimamente la facultad de desafiliarse⁴⁵ forzosamente de una organización, sea por voluntad del titular, sea por la de la organización, respecto de aquellos casos en que la ley ha establecido perentoriamente que el ejercicio de unos determinados derechos debe hacerse de manera conjunta, lo cual se encuentra fundado

en los méritos que tuvo el legislador para cada caso en particular.

Desde esa perspectiva, cabe analizar la eventualidad de una desafiliación forzada producto de la fuerza de los hechos, esto es, cuando se funda en una resolución judicial a firme motivada por la pretensión del demandante, sea este el titular del derecho, sea la organización de usuarios.

Ahora bien, así como hemos sostenido que podría compelerse judicialmente a un titular de derecho de aguas para ingresar a una organización de usuarios determinada, como soportar una organización el ingreso que un derecho que no se encontraba sometido originariamente a su jurisdicción, con la misma fuerza de la razón sostenemos que podría ser forzado judicialmente a salir de ella aquel.

En efecto, no obstante lo aseverado en cuanto a la garantía constitucional de la libertad de asociación y a los demás derechos fundamentales, aparece conforme a derecho que existiría mérito suficiente para no tan solo impetrar la correspondiente acción sino que a ser acogida por la competente sentencia judicial, pues nadie está obligado a mantenerse en la indivisión⁴⁶ como a mantenerse asociado⁴⁷ indefinidamente, salvo aquellos casos en que la ley lo ordena expresa y excepcionalmente, razón por la cual el titular o la organización, en su caso, ante tribunal competente⁴⁸ y por medio del procedimiento sumario a que se refieren los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas⁴⁹, podrían demandar legítimamente la desafiliación.

Por otra parte, siendo de la esencia de la existencia de la organización de usuarios el ánimo de los titulares de los derechos de aprovechamiento el estar asociados y formar aso-

cho de ejercerlo como tampoco que la organización de la que era parte, deba soportar sin la correspondiente retribución o participación en los costos ordinarios o extraordinarios, el gravamen de permitir que por las obras sometidas a su competencia, se capten y conduzcan las aguas a que tiene derecho el titular desafiliado.

De no existir acuerdo, estaremos en este evento ante la necesidad de obtener por la vía judicial sea por la organización la afiliación forzada, retrotrayéndose, a lo menos, a las condiciones a que ambos se encontraban antes de convenir la desafiliación voluntaria.

⁴⁵ Estamos hablando de la desafiliación material. En cuanto a la formal revisar lo expuesto en la cita N° 11 de este trabajo.

⁴⁶ Ver en este sentido lo prescrito en los artículos 1317 y 2312 N° 3 del Código Civil.

⁴⁷ Ver en este sentido por ejemplo lo dispuesto en los artículos 2107, respecto de la sociedad civil, en el Código Civil; y en el artículo 42 N° 1 de la Ley 18.693, de 1987 (L.O.C de Partidos Políticos).

⁴⁸ Para determinar el tribunal competente deben concordarse las normas establecidas en los artículos 118 y 178 del Código de Aguas.

⁴⁹ Insisto, en cuanto a que este es el procedimiento que prima en materias de aguas. Ver lo expuesto en la cita N° 22 de ese trabajo.

ciación, aparece que la falta de aquel⁵⁰ por uno o por algunos de ellos⁵¹ respecto de uno o más asociados, amerita gestionar la desafiliación forzada de ese o esos derechos sometidos a la jurisdicción de la organización.

En todo caso, es importante destacar que la legitimidad de la analizada pretensión traerá coetáneamente la discusión en sede judicial, tanto los temas de las garantías constitucionales que se encuentran en juego como los eventuales perjuicios que pudieren derivarse a las partes como a terceros los resultados de la sentencia.

De no accederse judicialmente a la referida pretensión, salvo que se pactara la desafiliación convencional, titular y organización quedarían incólumes en sus derechos y atribuciones, como en sus obligaciones correlativas.

En cuanto a los gastos que se ocasionaren por la implementación de la desafiliación, cabe indicar que ellos deberán ser de cargo de aquel que la ha solicitado.

V. CONCLUSIONES

En mérito de todo lo expuesto podemos inferir siguiente:

1. El derecho de aprovechamiento de aguas en nuestro país puede ser ejercido individual o colectivamente, lo cual dependerá

de la situación particular en que se encuentre el respectivo derecho de aprovechamiento como el uso que de las aguas pretenda su titular.

En ese sentido, el derecho de aprovechamiento se podrá ejercer conjuntamente con otros titulares de derechos de aguas, lo cual podrá verificarse bajo una forma organizada de hecho, o bien bajo las normas del Código de Aguas, pero, en caso alguno, en contra de la Constitución y las leyes.

2. Así como el legislador dispone la necesidad de constituir previamente un derecho real sobre las aguas para usarlas y gozarlas legítimamente, también considero respecto de su ejercicio, asegurar los medios necesarios⁵² para ejercerlos legítima y oportunamente, debiéndose someter su titular a los procedimientos correspondientes ante la autoridad competente, o bien, si el privado se lo negara, a las normas establecidas tanto en el Código de Aguas⁵³ como en el derecho común⁵⁴.

En este contexto, la actual legislación sobre aguas terrestres ha dispuesto que por el solo ministerio de la ley se consagra la facultad de imponer las servidumbres necesarias para el ejercicio del correspondiente derecho de aprovechamiento. Es decir, el legislador consideró indispensable establecer expresamente normas que garantizarán el debido y oportuno ejercicio del derecho de aguas, sin trabas ni administrativas ni privadas, ya sea a través de lo dispuesto respecto de los bienes de uso público⁵⁵, ya sea respecto de aquellos que son de dominio privado⁵⁶, por ejemplo.

⁵⁰ Los hechos sobre los cuales se funda el acuerdo de desafiliar a un derecho de aprovechamiento de la organización, en nuestra opinión debería estar basado en que la existencia de la organización estuviera en peligro, lo cual podría ocurrir cuando los hechos revistieran la condición de ser contrarios a la moral, al orden público o a la seguridad del Estado, como del mantenimiento de la afiliación de ese derecho, pudiere conculcare, menoscabarse o ponerse en peligro algunas de las garantías que la Constitución asegura a todas las personas. En ese sentido, resulta fundamental que los hechos en que se sustenta la demanda sean de tal gravedad, que la colisión de derechos debe ser zanjada con una sentencia judicial que vele no tan sólo por los derechos de las partes, sino de la legalidad, como de los derechos de terceros.

En ese contexto, cualquier otra causal que se argumentara para adoptar un acuerdo por la asamblea carecería del mérito necesario para que el tribunal respectivo acogieran en su decisión la pretensión de desafiliación.

⁵¹ En todo caso, la mayoría de la asamblea convocada especialmente para ello. Ver en este sentido los artículos 226 N° 6, 227 y 241 N° 16 del Código de Aguas.

⁵² En este sentido, consultar lo dispuesto en los artículos 8, 9, 25, 26, 69 y siguientes, y, en particular, el artículo 96, todos del actual Código de Aguas, en cuanto al tema de los medios materiales y necesarios para ejercer el derecho de aprovechamiento de aguas.

⁵³ En este sentido, ver artículos 69 y siguientes del Código de Aguas de 1981.

⁵⁴ Ver en este sentido el artículo 820 y siguientes del Código Civil.

⁵⁵ Consultar en este sentido el artículo 26 del Código de Aguas

⁵⁶ Consultar en ese sentido, por ejemplo, los artículos 8, 9, 25, 96 y siguientes, entre otros, del Código de Aguas.

3. El ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas, sea individual o colectivo a través de unas mismas obras comunes, deberá someterse a la legalidad vigente y, en ese sentido, jamás podrá ser contra derecho⁵⁷. Entonces, el titular deberá obrar a través de los procedimientos correspondientes, como las autoridades respectivas deberán someterse a la Constitución y a las leyes, salvaguardando en todo evento, los derechos de terceros como la legalidad vigente.

Coetáneamente con el ejercicio del derecho de aguas podrá existir afiliación o desafilación de un derecho de aprovechamiento a la jurisdicción de una organización de usuarios, las cuales podrán ser material o formal, o bien, voluntaria, esto es, del libre consentimiento de los interesados, o forzada, esto es, fundada en el mandato de la ley o de una resolución judicial; en todo caso esta situación de manera alguna puede ser estimada como una externalidad a la libre transferibilidad de los derechos de aguas.

4. La afiliación voluntaria se encuentra reglada por las normas del derecho común en todas aquellas materias no previstas por la legislación de aguas, las que en todo caso son las menos, y por los acuerdos que respecto de este tema se hayan establecido, previa o contemporáneamente, por la propia asamblea de miembros de la organización, en su oportunidad.

En este evento registrarán, además, plenamente los principios de la autonomía de la voluntad y de la libre contratación, como el derecho fundamental de la libertad de asociación, todo lo cual se refundirá en el consentimiento, esto es, el acuerdo libre y determinado de los interesados, es decir del titular y de la organización, que permita efectivamente y a tiempo, tanto el ingreso correspondiente como el ejercicio del derecho de aguas.

5. La afiliación forzada, salvo los casos establecidos por el legislador⁵⁸, por regla general deberá demandarse judicialmente⁵⁹, lo cual trae aparejado el tema de la constitucionalidad o no de la pretensión, por un eventual menoscabo o perjuicio a las garantías constitucionales antes señaladas, materias que por tanto deberán ser discutidas en dicha sede judicial conjuntamente con lo solicitado.

En ese sentido, la competente sentencia judicial deberá no tan sólo tener presente el principio de legalidad, sino que evitar la nulidad de lo obrado ni contradecir entre otros el principio de la economía procesal, como, en especial, no constituir una conducta que pudiera conculcar o menoscabar algunos de los derechos fundamentales que reconoce y ampara la Constitución Política⁶⁰, por lo que en definitiva debiera ser revocada o anulada.

6. La desafilación voluntaria, en la medida que no se esté en presencia de un caso de afiliación legal forzada, como que de la convención no se deriven perjuicios a terceros, y que la autoridad competente haya autorizado que el ejercicio se efectúe en otra fuente o punto de ejercicio, según procediere, podrá convenirse legítimamente entre el titular y la organización, rigiendo plenamente en este caso los principios de la autonomía de la voluntad, de la libre contratación y el derecho de la libertad de asociación, que se refundirán en el consentimiento, esto es, en el acuerdo libre y determinado entre los interesados.

7. La desafilación forzada deberá ser siempre demandada judicialmente, pues no tan solo

⁵⁷ En este sentido, interpretar armónica y sistemáticamente, en la especie, las normas establecidas en los artículos 1, 6, 7, 19 N^{os} 2, 3, 4, 7, 14, 24 y 26, 20, 73, 74, 76, 79 y 80 de la Constitución Política de la República, y artículos 6, 8, 9, 25, 27, 69 y siguientes, entre otros, del Código de Aguas.

⁵⁸ En nuestra opinión operan de pleno derecho y constituyen una situación especialísima, por lo cual debe interpretarse restrictivamente.

⁵⁹ Teniendo presente entre otros argumentos, los citados precedentemente; sin perjuicio de que el tribunal deberá observar la Constitución y las leyes en virtud de lo dispuesto en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, como lo dispuesto en cuanto a las normas de nulidad procesal de que trata el Código de Procedimiento Civil, entre otras disposiciones legales.

⁶⁰ En este sentido ver artículo 80 de la Constitución y Auto Acordado de la E. Corte Suprema sobre substanciación del recurso de inaplicabilidad de las leyes, de fecha 22 de marzo de 1932.

bastará invocar la facultad que nace de retirarse en cualquier tiempo de una organización en función de una interpretación de la garantía de la libertad de asociación, sino que los hechos que la motivan deberán ser de tal gravedad que permita acceder a ella no obstante la colisión de derechos.

En ese sentido, la referida colisión está configurada no tan sólo por el eventual perjuicio que se puede ocasionar a un tercero o la propia organización con la eventualidad de que se acceda o no a la desafiliación, sino que, además, con la circunstancia de que siendo la distribución de las aguas la causa que principalmente motiva la constitución de organizaciones de usuarios, esta potestad no se afecte seriamente al no estar todos los derechos sometidos a la jurisdicción⁶¹ de la respectiva organización.

De manera que, en virtud de esta confrontación de intereses y derechos cuyo origen se deriva de la pretensión de desafiliación, aparece indispensable, dado la finalidad propia de los tribunales de justicia, que sean ellos los que en definitiva conozcan y fallen el asunto sometido a su competencia.

8. En cuanto a los casos de afiliación o desafiliación forzada por el solo ministerio de la ley, en nuestra opinión, en cuanto subsistan las consideraciones de hecho y derecho que tuvo en vista el legislador para establecerlos, ni titular ni organización de usuarios podrían pretender con arreglo a derecho

⁶¹ En especial, este argumento se esgrime respecto de las juntas de vigilancia, pues la distribución de las aguas que efectúan las comunidades o asociaciones de canalistas, es a prorrata o turnalmente de acuerdo al caudal que ingresa por la bocatoma de la organización, y dependen, en la medida que ellas formen parte de una junta de vigilancia, de los caudales que éstas distribuyan en los períodos de relativa escasez hídrica. En los casos en que esas organizaciones no formen parte de una junta y exista extrema sequía, operará lo dispuesto en el artículo 315 del Código de Aguas.

En todo caso, en cuanto a la distribución y a la cantidad de aguas que les corresponde a los organizados titulares de derechos de aguas, consultar Vergara Blanco, Alejandro: "Régimen jurídico de la unidad de medida de los derechos de aguas. Su esencial conexión con la distribución de las aguas superficiales". (Revista de Derecho de Aguas, Vol VII, pp. 39-69, 1997).

obtenerlas, pues ellas miran en beneficio no tan sólo de ellos mismos sino del resto de los usuarios legítimos de aguas, cuyo fundamento último podemos encontrarlo tanto en el bien común como en el Orden Público Económico que el Constituyente de 1980 estableció y regló robustamente.

9. En lo que respecta al ánimo que gobierna al titular de un derecho de aprovechamiento como a la organización respectiva –tanto en cuanto a la afiliación como a la desafiliación, sean voluntaria o forzada, respectivamente– constituye uno de los tantos especiales que puede llevar a uno u a otro a asociarse con otros con el propósito de alcanzar el fin o causa que los motiva.

En ese sentido, este ánimo no puede ser confundido con la *afectio societatis*, pues él es especial respecto de las partes que desean formar sociedad.

En consideración a lo anterior, el ánimo que lleva a titular y organización a convenir la afiliación o desafiliación voluntaria, en todo caso, no podrá ser contraria a la moral, al orden público, a la seguridad del Estado, como a derecho de tercero.

Así mismo, el afecto que motiva al interesado a solicitar la afiliación o desafiliación forzada de un derecho a una organización de usuarios, además de las referidas limitaciones deberá salvaguardar respecto de la contraria los derechos fundamentales que reconoce y protege la Constitución Política, entre los cuales se encuentran la libertad de asociación, la igualdad de la ley y ante la ley, la seguridad de no afectar o limitar en su esencia ni en su libre ejercicio los derechos que las leyes regulan y complementan en cuanto a las garantías que la Carta Fundamental establece, entre otras.

10. En cuanto al procedimiento para obtener forzosamente la afiliación o desafiliación de un derecho de aprovechamiento a una organización de usuarios, es único, idóneo y legal el establecido en los artículos 177 y siguientes del Código de Aguas.

Así mismo, este procedimiento sumario debe ser aplicado, sin reparo alguno, respecto de los casos previstos en los artículos 194 y 195 del Código de Aguas.

En todo caso, será tribunal competente para conocer de esa pretensión aquel que resulte de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 178 y 118 del Código de Aguas.

11. Por último, en la medida que cualquier interesado como el órgano competente que sea requerido, respete y observe el principio de legalidad en sus conductas, lo cual incluye, en definitiva, el no afectar en su esencia los derechos ni imponer condiciones que impidan su libre ejercicio, sea en el individual o colectivo de un derecho de aprovechamiento de aguas, no configurará una externalidad específica al mismo que afecte su libre transferibilidad.

En efecto, la posibilidad de obtener la afiliación o desafiliación, sea voluntaria o forzada, de un derecho de aguas en una organización de usuarios determinada, se encuentra en estrecha relación con los atributos de uso y goce del dominio que son de la esencia de esta clase de bien incorporal; de manera que cualquier obstáculo doctrinal o jurisprudencial, salvo los casos legales, que se configuren en torno a dicha posibilidad tendrá un efecto directo sobre la libre disponibilidad de dicho bien.

Así mismo, a lo anterior debe agregarse que el Código de Aguas establece expresamente un conjunto de procedimientos que facultan al titular del respectivo derecho de aprovechamiento a buscar el eficiente y óptimo aprovechamiento de las aguas a que

tiene derecho en concordancia a sus fines e intereses, en ese contexto legal, la existencia y el debido amparo de la facultad de ingresar o salir, convencional o judicialmente, de una organización de usuarios tiene un respaldo en ellos, pues es atendible inferir que el legislador de aguas siempre tuvo en vista por un lado, que la libertad de uso de las aguas conlleva necesariamente que su titular tenga la posibilidad de ejercerlo de la manera más conveniente a su intereses, como por otro, dada la libre transferibilidad de los derechos de aguas que estableció, se requiere consecuentemente que los adquirentes de este tipo de bienes tengan los medios ciertos, necesarios y oportunos para ejercerlos en uno u otro punto de la respectiva fuente natural o en otra distinta.

En definitiva, el no reconocer y permitir que existe libertad para ingresar o salir un titular de derecho de aguas de una organización de usuarios de aguas determinada, conlleva establecer por la vía consensual o judicial no tan sólo un obstáculo al libre ejercicio del mismo, con la consiguiente ilegalidad, sino que, además, una limitación arbitraria e ilegal que en su esencia afecta gravemente el derecho de dominio que se tiene sobre el derecho de aprovechamiento sin perjuicio de otras garantías constitucionales, como, en fin, constituir en sí una externalidad negativa para la libre transferibilidad del derecho de aprovechamiento de aguas.