

### **Sentencia sobre derechos de agua de Comunidad Indígena Atacameña**

Santiago, veintidós de marzo de dos mil cuatro. Vistos: En estos autos, Rol N° 4.064, del Segundo Juzgado de Letras de El Loa Calama, caratulados Comunidad Atacameña Toconce con Essan S.A., mediante sentencia de primer grado de ocho de julio de dos mil dos, escrita a fojas 533, se declaró que la demandante Comunidad Atacameña de Toconce es dueña del derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes, de uso consuntivo y de ejercicio permanente y continuo, en el río Toconce, Comuna de Calama, provincia de El Loa, Segunda Región, que en ese acto se reconoció y regularizó, por un total de 30 litros por segundo, de los que veinte son captados en la denominada Bocatoma Essan, ubicada en las coordenadas 7.537.350 m. Norte y 587.540 m. Este y transportados por esta empresa en su propia aducción, lo que constituye una necesaria servidumbre para el ejercicio del derecho, en tanto que los restantes diez litros por segundo son captados en bocatoma del sector Patillón, ubicada en las coordenadas 7.537.560 m. Norte y 592.090 m. Este. Se ordenó, además, que el señalado derecho de aprovechamiento se inscriba a nombre de la demandante en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces de El Loa, que también inscribirá la antes indicada servidumbre, sin costas. Apelada esta sentencia por ambas partes, la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en fallo de diecisiete de enero de dos mil tres, escrito a fojas 568, modificando algunos fundamentos, la confirmó con declaración de que los derechos de aprovechamiento de aguas que deben ser regularizados a favor de la demandante equivalen a cien litros por segundo cuyos puntos de captación en coordenadas UTM, con sus caudales respectivos, están determinados en la solicitud mediante la cual se dio inicio a este proceso. En contra de esta última decisión la demandada dedujo recurso de casación en el fondo, que pasa a analizarse. Se trajeron los autos en relación. Considerando: Primero: Que por el presente recurso se denuncia, en primer lugar, la infracción a los artículos 2° transitorio, en relación con el 21, ambos del Código de Aguas, 582, 588, 2492, 2493, 2498 y 2517 del Código Civil. Al efecto se argumenta que en los considerandos 5° y 6° del fallo de primer grado, hecho suyos por el de segunda instancia, se dejó sentado que la demandante es propietaria ancestral del derecho de

aprovechamiento cuyo reconocimiento pretende por medio de la prescripción especial de que trata el artículo 2º transitorio del citado Código de Aguas, o sea, a su juicio se razona sobre la base de que la actora simultáneamente es tanto propietaria como poseedora para los efectos de adquirir el dominio por prescripción. El artículo mencionado requiere, según explica el recurrente, que el solicitante sea poseedor y no propietario. En relación al artículo 582 del Código Civil, el recurso sostiene que la norma se vulnera al desconocer los jueces las atribuciones del dominio, pues considera al propietario como poseedor. Lo mismo ocurre, en su opinión, con la regla del artículo 588 del mismo cuerpo legal, porque sólo se puede ser dueño de una cosa determinada a través de un modo de adquirir; en cuanto a la infracción al artículo 2492 del Código Civil, señala que la prescripción como modo de adquirir opera únicamente respecto de cosas ajenas; explica que la regla del artículo 2493 se conculca, pues la sentencia judicial que declara la prescripción atribuye el dominio a quien lo alega y no puede declararse a favor del propietario, por cuanto la prescripción es un modo de adquirir originario. Agrega que la misma idea se repite en las normas contenidas en los artículos 2498 y 2517 del Código citado, por cuanto no pueden ganarse por prescripción bienes propios radicados en una misma persona. En segundo lugar, indica como conculcados los artículos 2º transitorio del Código de Aguas, en relación con el 20, 21 y 121 del mismo Código, 19, 20, 21, 22, 700, 2492, 2498 del Código Civil y 64 de la Ley 19.253. Sostiene que no existe posesión sobre cosas indeterminadas y que, en la especie, tratándose de un caudal o dotación de agua, ella debe estar referida a un volumen por unidad de tiempo, tal como lo ordena el artículo 7º del texto legal relativo a la materia. El fallo continúa- aplica con error la norma transitoria citada, ya que hizo extensiva la regularización a una dotación de agua que no estaba siendo usada, poseída, por la demandante, habiéndose atribuido a ésta la propiedad de las aguas por imperio de la ley, todo lo cual constituye un error manifiesto y grave de interpretación. Agrega que se reconoce a la demandante un derecho equivalente a 100 litros por segundo, (suficiente para toda la comunidad de Tocopilla) en circunstancias que la actora nunca empleó esa dotación del recurso hídrico, atendido el hecho que hace más de 5 años la Comunidad Atacameña está

reducida a 25 familias y su máxima población en el pasado alcanzó a 100 familias. Los sentenciadores afirmaron que la actora es propietaria ancestral de tales derechos de agua, en los términos del artículo 3° de la Ley 19.253, sobre Protección, Fomento y Desarrollo de los Indígenas en Chile, afirmación que es errada, por cuanto la misma ley en su artículo 64 señala que es sin perjuicio de los derechos que terceros hayan inscrito en conformidad al Código General de Aguas. En consecuencia, el recurrente entiende que el dominio que invoca y reconoce la sentencia no es oponible a su parte, que goza de derechos inscritos desde 1986 hasta por una dotación de 470 litros por segundo. Expone que el demandante debió acreditar y el tribunal dar por establecido el uso ininterrumpido de las aguas, sin clandestinidad ni violencia y sin reconocer dominio ajeno, por el término de a lo menos cinco años desde la fecha en que hubiere empezado el goce, pues es un hecho no disputado que el demandado es poseedor inscrito desde 1986. Sin embargo, los sentenciadores fundaron el fallo en un eventual dominio legal inexistente y en un volumen de aguas que surge, al parecer, de la existencia de cuatro bocatomas, una de las cuales es artificial y fue construida por la demandada conforme al artículo 8° del Código de Aguas, sin que se haya probado su uso, ni la cuota o volumen que se obtiene de cada una de las bocatomas. Así las cosas, el recurrente explica que una correcta interpretación del artículo 2° transitorio, por aplicación del elemento sistemático de hermenéutica legal, debió llevar a los sentenciadores a concluir que estaban ante un caso especial de prescripción y deducir de ello que no cabía sostener simultáneamente que la Comunidad tenía el dominio legal de las aguas cuya regularización se solicita y que, para hacer lugar a la demanda, debía estar probado el uso del elemento, el cual, para ser determinado, debía estar referido a volumen por unidad de tiempo y también requería probar el transcurso del tiempo. Agrega que los errores se magnifican al reconocer los jueces de segundo grado que el artículo 2° transitorio del Código sobre la materia regula una especie de prescripción adquisitiva del derecho de aprovechamiento a partir del uso legítimo de ellos que opera incluso contra el dueño, sin hacerse cargo de los requisitos y presupuestos mínimos de la prescripción, incurriendo incluso en una contradicción entre sus motivos 6° y 10°. Finaliza solicitando que se invalide la

sentencia recurrida y dictándose sentencia de reemplazo, se revoque el fallo de primera instancia, para rechazar la demanda en todas sus partes, con costas. Segundo: Que se han establecido como antecedentes fácticos de la causa, los siguientes: a) la Comunidad Atacameña, fundada en lo dispuesto en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, solicitó la regularización e inscripción a su nombre de un derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes, de uso consuntivo y de ejercicio permanente y continuo, por un caudal de 100 litros por segundo del río Toconce, comuna de Calama, Provincia de El Loa, II Región, cuyos puntos de captación en coordenadas UTM se extraen en cuatro bocatomas distintas, con sus caudales respectivos, esto es, entrega Essan, bocatomas: Media Quebrada, El Potrero y El Patillón; b) es un hecho no discutido que la regularización que se pretende se fundamenta en la circunstancia de ser la demandante propietaria ancestral de los derechos de aprovechamiento que reclama en los términos del artículo 3º transitorio de la Ley N° 19.253, habiendo cuestionado la demandada el uso ininterrumpido del recurso por lo menos cinco años contados hacia atrás desde la vigencia del Código de Aguas, lapso en el que asegura la actora no los ha usado, por cuanto la totalidad del recurso pertenece a la demandada; c) con la testimonial de la demandante se acreditó que desde tiempos inmemoriales los habitantes del Toconce han hecho uso ininterrumpido de las aguas del río para el consumo humano y de las bestias y para el riego, como propietarios y a vista de todo el mundo, con la que se dio por establecido el uso de las aguas en los términos indicados. Ello se corroboró también con el acta de inspección ocular del tribunal; d) se encuentra establecido, además del uso ininterrumpido, que en la actualidad las familias residentes en el sector y que se benefician con el agua no son más de 25, aunque antes eran 100 y que, en todo caso, los habitantes no exceden del centenar; e) es un hecho no discutido que la demandante ocupa en forma ancestral el recurso de agua proveniente del río Toconce, pues de ello dan cuenta la enorme cantidad de terrazas de cultivo existentes en la zona, los canales de riego con sus correspondientes bocatomas, así como el uso inveterado de dichas aguas en labores de agricultura, pastoreo y para uso humano; tampoco lo está el hecho que la Comunidad ejecuta ese uso libre de violencia y

clandestinidad, porque no existió denuncia relativa a usurpación de aguas en perjuicio de la empresa demandada, ni gestión alguna que haya tenido por objeto impedir la utilización de dichas aguas por parte de la demandante, tal como se desprende del documento de fojas 69; f) los elementos probatorios acompañados al proceso, especialmente el informe técnico de visita inspectiva de fojas 2, del Director Regional de Aguas, señalan que ambos derechos pueden coexistir, toda vez que existe disponibilidad suficiente del recurso en los puntos de captación, teniendo en cuenta que siempre se respetaron y se respetarán los derechos ya constituidos por la ex Sendos hoy Essan S.A.; informe que fue reconocido y ratificado por su autor; g) la falta de agua es lo que ha hecho disminuir la superficie cultivada de Toconce, la cual de todas formas resulta superior a la reconocida por el Juez a quo; h) es un hecho público y notorio que la demandada suministra sus excedentes de agua a Codelco Norte y que el desdoblamiento de la zona se debe al proceso de enturbamiento de las mismas aguas; Tercero: Que sobre la base de los elementos de hecho antes reseñados, los sentenciadores concluyeron que es imposible calificar como ilegal el uso de las aguas sin autorización, esto es, sin títulos concesionales, si esa utilización deriva de prácticas consuetudinarias. Ante esta realidad, agregaron, la autoridad ha optado por reconocer esos derechos ancestrales en el caso de comunidades indígenas, exigiendo sólo su regularización e inscripción, no para fines de constitución, sino para darles certeza en cuanto a su entidad, ubicación de los puntos de captación de las aguas y precisión del uso del recurso hídrico. En síntesis, establecieron que la prueba acompañada al proceso en la que funcionarios de la Administración del Estado reconocieron un mayor uso del recurso agua utilizado por la comunidad de Toconce, más allá del admitido por el tribunal de primera instancia, era suficiente para acoger el recurso de apelación de la parte demandante y hacer lugar al total de los derechos de aprovechamiento solicitados. Cuarto: Que, conforme a lo antes anotado, los jueces recurridos claramente señalaron que el procedimiento contemplado en el artículo 2º transitorio del Código de Aguas, en el caso de que se trata, no tiene por finalidad constituir derechos de aprovechamiento, sino únicamente regularizarlos e inscribirlos. Por esta razón determinaron que la demandante era dueña ancestral de los derechos

de agua cuestionados, vale decir, propietaria en virtud de texto expreso de ley, por así disponerlo el artículo 3° transitorio de la ley N°19.253. En este contexto, el vicio invocado en el primer capítulo del recurso de casación de autos, carece de influencia en lo dispositivo del fallo, por cuanto, los sentenciadores no razonaron, como lo entiende el recurrente, sobre la base de admitir que la comunidad Atacameña Toconce es al mismo tiempo propietaria y poseedora a la vez de las aguas. Quinto: Que, por otra parte, se hace necesario precisar que el recurrente durante la tramitación de la causa nunca impugnó el procedimiento utilizado por los demandantes para legitimar sus pretensiones y, por el contrario, su defensa y específicamente el recurso de apelación contra el fallo de primer grado, se centró en la impertinencia de señalar como bocatoma un cauce artificial, en que el actor no probó el uso efectivo, ni las condiciones y características de las aguas, ni tampoco el uso del caudal en relación al número de habitantes y sus necesidades. Sexto: Que, sin perjuicio de lo anterior, para analizar el procedimiento regulado en el artículo 2° transitorio del Código de Aguas, se debe tener en consideración que antes de la vigencia de la actual normativa sobre la materia, el legislador, con miras a fortalecer el derecho de aprovechamiento de aguas, reconoció expresamente su uso consuetudinario como Derecho, disponiéndolo así en el artículo 7° del Decreto Ley N° 2.603, de 1979; luego lo consagró constitucionalmente dando protección a los derechos reconocidos en la materia mediante el N° 24 del artículo 19 de la Carta Fundamental. Del citado artículo 7°, disposición invocada por los demandantes tanto en sede administrativa como judicial en resguardo de sus derechos, se infiere que el propósito de la normativa es que los usos de aguas que cumplan determinados requisitos, constituyan derechos y, por otro lado, conforme a los principios recogidos en el Código de Aguas de 1981 y, especialmente, en virtud del tenor literal del artículo 2° transitorio del mismo cuerpo legal se advierte que la intención del legislador es que tales derechos sean regularizarlos a través de su inscripción en el Registro Conservatorio respectivo. Séptimo: Que, en consecuencia, no puede sino concluirse que el procedimiento del tantas veces citado artículo 2° transitorio del Código sobre la materia, permite regularizar y no constituir derechos, pues los que se normalizan existen previamente y

su propiedad no está en discusión, pues emana de la ley. Se trata de una norma procesal no sustantiva, que solo tiene por objeto regular la forma de inscripción de un derecho que, como ocurre en la especie, no está inscrito, pero reconocido legalmente. La regularización importa determinar, en la etapa procesal pertinente, si la petición cumple los requisitos indicados en dicha normativa y si el caudal que se pretende, es el efectivamente utilizado en la forma y términos previstos por el legislador. Octavo: Que de acuerdo a lo antes razonado, lo importante para obtener la formalización del derecho de propiedad ancestral reconocido por la ley 15.253, es conocer y establecer el contenido y características esenciales de esos derechos. En este caso, los sentenciadores regularizaron a favor de la demandante un derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes, de uso consuntivo y de ejercicio permanente y continuo, por un caudal de 100 litros/segundo del río Toconce, comuna de Calama, provincia de El Loa, II Región, que se extraen de cuatro bocatomas distintas, entrega Essan, media Quebrada, El Potrero y El Patillón, con los respectivos caudales indicados en la solicitud. Noveno: Que en el segundo capítulo del recurso en estudio, en síntesis, se desconoce el volumen de aguas empleado por la Comunidad demandante y la utilización ininterrumpida del recurso sin violencia ni clandestinidad, pues se invocan los derechos inscritos de la parte demandada. Asimismo se cuestiona nuevamente el procedimiento empleado, el cual ya fue analizado en los considerandos anteriores. Décimo: Que la alegación anterior claramente atenta contra los hechos sentados por los jueces del fondo, lo que es suficiente para desestimarla. En efecto, el uso de las aguas sin violencia ni clandestinidad, la existencia de bocatomas y la coexistencia de los derechos de ambas partes por existir disponibilidad suficiente del recurso hídrico, son asuntos de hecho establecidos por los sentenciadores de la instancia, los que resultan inamovibles para este tribunal, sobre todo si se considera que el recurrente no ha denunciado vulneración a las normas reguladoras de la prueba, que de haber existido permitirían a esta Corte revisarlos y, eventualmente, modificarlos para sí decidir la litis de una manera diferente. Undécimo: Que, por lo antes razonado, fuerza es admitir que el fallo no ha cometido los errores de derecho que el recurrente le reprocha, habiéndose

aplicado válida y correctamente las normas que el recurso denuncia vulneradas. Y visto, además, lo que disponen los artículos 764 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se declara que se rechaza, sin costas el recurso de casación en el fondo interpuesto en el primer otrosí de fojas 573, contra la sentencia de dieciséis de enero de dos mil tres, escrita a fojas 568. Regístrese y devuélvase con sus documentos y agregados. Redacción a cargo del Ministro señor Urbano Marín V. N° 986-03. Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores José Benquis C., Orlando Álvarez H., Urbano Marín V. y Jorge Medina C. y el abogado integrante señor Oscar Carrasco A. No firma el señor Carrasco, no obstante haber concurrido a la vista y acuerdo del fallo de la causa, por encontrarse ausente. Santiago, 22 de Marzo de 2004. Autoriza el secretario de la Corte Suprema, señor Carlos Meneses Pizarro.