

POTESTADES ADMINISTRATIVAS PARA DENEGAR SOLICITUDES DE DERECHOS DE AGUAS SUBTERRÁNEAS Y RETROACTIVIDAD

Dr. ALEJANDRO VERGARA BLANCO

RESUMEN: Comenta favorablemente el autor un dictamen de la Contraloría General de la República relativo al otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas por la Dirección General de Aguas, en el cual se precisan las causales de denegación de su concesión y asimismo se aclara la limitada retroactividad de la reciente Ley N° 20.017, de 2005, modificatoria del Código de Aguas.

Palabras clave: Facultades de la Dirección General de Aguas, Retroactividad de norma modificatoria al Código de Aguas, Causales para denegar concesión de derechos de aguas.

ABSTRACT: The autor comments favourably upon a decision from the *Contraloría General de la República* (the Chilean Authority whose mission it is to review all legal documents arising from government bodies) as regards to the granting of water rights by the *Dirección General de Aguas* (the Chilean Water Authority). The decision precises which are the grounds for refusal of such rights as well as it clarifies the limited retroactivity of the recent *Ley N° 20.017*, which was enacted in 2005 and modifies the Chilean Water Code.

Key words: Power of the *Dirección General de Aguas* (Chilean Water Authority), Retroactivity of a norm which modifies the Chilean Water Code, Grounds for refusal of water rights.

La Contraloría General de la República, mediante Dictamen N° 5.215, de 31 de enero de 2006 [que se ofrece en *Anexo*, al final], atendiendo la petición de un interesado/solicitante de derechos de aguas, ha venido a reiterar su criterio según el cual la Dirección General de Aguas al no constituir, como debía, unos derechos de aprovechamiento de aguas que ha solicitado un administrado, se pone en una situación de incumplimiento a dos dictámenes anteriores del órgano contralor.

Durante el estudio de esta cuestión, la Contraloría requirió un informe de la Dirección General de Aguas, la que al emitirlo manifiesta que no se ha accedido a las solicitudes respectivas atendida la falta de disponibilidad del recurso hídrico, dado que solo puede constituir derechos definitivos y perpetuos en los expedientes que ingresaron a tramitación hasta el 1 de marzo de 1998, dentro de los cuales no se encuentra el de la peticionaria, aplicando a tal solicitud, *retroactivamente*, las nuevas exigencias que establece el nuevo artículo 147 bis inciso final del Código de Aguas reformado.

En este comentario (cuya primera versión fue publicada en *Jurisprudencia al Día*, I, 2006), analizo brevemente los dos aspectos esenciales de este pronunciamiento: por

* Profesor Titular de Derecho Administrativo. Pontificia Universidad Católica de Chile.

una parte, el de las potestades de la Administración para otorgar o denegar solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas (1); y, por otra, la retroactividad del artículo 1° transitorio de la reciente Ley N° 20.017 (2).

1. POTESTADES ADMINISTRATIVAS Y "DISPONIBILIDAD" DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

En este Dictamen la Contraloría General de la República confirma una vez más una correcta línea jurisprudencial, contenida en los dictámenes N°s. 161, de 2000; y 10.969, 28.371 y 48.526, todos de 2003.

Al respecto, cabe señalar que la Dirección General de Aguas, al constituir un derecho de aprovechamiento de aguas, ejerce una potestad que es "reglada"; esto significa que una vez que se ha constatado en el expediente administrativo que concurren los requisitos previstos por la ley, el órgano administrativo debe acceder necesariamente a la solicitud. El órgano contralor ha venido a recordar que, en esta materia de aguas, rige lo que en doctrina se califica como "*discrecionalidad reducida casi a cero*". Es la ley la que ha prefijado los requisitos, y la autoridad no puede, por su voluntad, agregar otros nuevos, sin quebrantar la juridicidad.

El Dictamen recuerda que las exigencias para solicitar/constituir un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas son: existencia y disponibilidad del recurso.

A) EXISTENCIA DEL RECURSO AGUA PARA LOS EFECTOS ADMINISTRATIVOS

El primer requisito se concretiza –físicamente– con el alumbramiento de las aguas; y es un hecho que cabe probar o refutar mediante pruebas de bombeo o informes hidrogeológicos, en el caso de las aguas subterráneas.

B) DISPONIBILIDAD DEL RECURSO AGUA PARA LOS EFECTOS ADMINISTRATIVOS

Mientras que la disponibilidad se asocia a la libre disposición de las mismas, o bien, a que puedan ser utilizadas, sin perjuicio de terceros. Y, en sentido jurídico, de acuerdo al orden normativo, este concepto implica:

1° que no existan declaraciones administrativas previas para constituir nuevos derechos, dictadas de acuerdo a un procedimiento previo, legalmente tramitado y con la publicidad que exige el respeto a los administrados (es el caso de las declaraciones de área o zona de prohibición o de restricción, según los casos); y,

2° respeto a los derechos de terceros, *salve iure tertii*; respeto a los derechos anteriores sobre las mismas aguas, los que no deben resultar menoscabados.

El respeto de la autoridad a estas exigencias está desarrollado, con nuevas argumentaciones, en este Dictamen, y con plena coherencia con el respeto al derecho público subjetivo de todo solicitante de derechos de aguas.

En suma, la Dirección General de Aguas no puede rechazar, sin quebranto de la juridicidad vigente, solicitudes de derecho de aprovechamiento de aguas, si se ha comprobado la existencia de las mismas, y si no existen declaraciones previas, debidamente tramitadas, de área o zona de prohibición o de restricción. Todo ello, salvo una compro-

bación efectiva de que el nuevo derecho, en su ejercicio, significará una afección a los derechos de terceros; lo cual, claro está, no es posible constatarlo de manera apriorística.

2. RETROACTIVIDAD DEL ARTÍCULO 1º TRANSITORIO DE LA LEY N° 20.017, DE 2005, MODIFICATORIA DEL CÓDIGO DE AGUAS

En el caso de una solicitud de derechos de aguas subterráneas que se encontraba pendiente (esto es, en medio del procedimiento administrativo, sin acto de término aún) a la fecha de modificación del Código de Aguas, en 2005, cabe examinar la norma de eficacia retroactiva contenida en el artículo 1º de la Ley N° 20.017, que modifica el citado cuerpo codificado.

Cabe partir de la base de que en nuestro ordenamiento, como un derivado de la plena vigencia del principio de la intangibilidad de los derechos, el principio general es el de la irretroactividad de la ley; pero, *excepcionalmente, sin quebrantar los derechos subjetivos*, una ley puede configurarse a sí misma con eficacia retroactiva: esto es, introducirse en situaciones jurídicas nacidas en el pasado.

El citado artículo 1º de la Ley N° 20.017 dispone la aplicación retroactiva respecto a unos supuestos muy específicos, que cabe interpretar –como lo recalca adecuadamente este dictamen– restrictivamente: los requisitos de forma de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, y solo para los casos del artículo 131 y 140 del Código de Aguas, los cuales se refieren únicamente:

- (i) a los requisitos que ha de tener la publicación en el *Diario Oficial* de toda presentación que pueda afectar a terceros, y
- (ii) a los requisitos de forma de las solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas.

El artículo 1º transitorio no establece la aplicación retroactiva a las solicitudes pendientes de “todas” las nuevas normas de fondo contenidas en el Código de Aguas reformado, como parece ser la pretensión de la autoridad, sino solamente las referidas a los requisitos “formales” de las peticiones y de los procedimientos de remate.

Por lo anterior, es correcto este dictamen en cuanto señala, ya en términos perentorios a la autoridad administrativa, que no cabe aplicar a las solicitudes pendientes a la fecha de publicación el *Diario Oficial* de la Ley N° 20.017, en 2005, lo dispuesto en el nuevo inciso 5º del artículo 147 bis del Código de Aguas, que establece nuevas exigencias de fondo a las solicitudes de aguas, consistente en una evaluación hidrológica dirigida a verificar que “*la explotación del acuífero sea la apropiada para su conservación y protección en el largo plazo*”; concepto jurídico indeterminado, que por lo demás deberá ser aclarado por la jurisprudencia ya sea del propio órgano contralor o de los tribunales de justicia.

Ambos criterios jurisprudenciales son muy relevantes, pues potencian el derecho público subjetivo de los interesados o peticionarios en materia de aguas, reconduciendo la actuación de la Dirección General de Aguas a la juridicidad vigente.

ANEXO:

Contraloría General de la República, Dictamen N° 5.215, 31 enero 2006

MATERIAS: Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas – Potestades regladas – Existencia y disponibilidad de las aguas – Zona de prohibición – Área de restricción – Retroactividad e irretroactividad de la ley (aplicación de normas de fondo a solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas pendientes antes de dictación de la Ley N° 20.017).

NORMAS RELACIONADAS: artículos 22, 60, 131, 140, 141 Código de Aguas; 20 Resolución DGA N° 186, de 1996; y 1° transitorio Ley N° 20.017, modificatorio del Código de Aguas.

DOCTRINA: La Dirección General de Aguas ejerce una potestad reglada al constituir un derecho de aprovechamiento de aguas, de modo que si concurren los requisitos previstos por la ley, debe acceder necesariamente a la solicitud

El artículo 1° de la Ley N° 20.017, que modifica el Código de Aguas, dispone la aplicación retroactiva respecto de los requisitos de forma de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas únicamente para los casos del artículo 131 y 140 del mismo Código.

No cabe aplicar a las solicitudes pendientes a la fecha de publicación en el *Diario Oficial* de la Ley N° 20.017 lo dispuesto en el inciso 5° del artículo 147 bis del Código de Aguas; disposición que sí se aplica a las solicitudes que se presenten a partir de dicha fecha.

TEXTO DEL DICTAMEN: Don XX, en representación de la firma Agrícola Duero Limitada, se ha dirigido a la Contraloría General haciendo presente que la Dirección General de Aguas no ha dado cumplimiento a los Dictámenes N°s. 9.353 y 37.603, ambos de 2004, constituyendo los derechos de aprovechamiento de aguas que ha requerido, ubicados en el sector denominado Santiago Norte del Acuífero Maipo-Mapocho, y solicita se efectúe una investigación sobre la materia.

Solicitado su informe, la Dirección General de Aguas lo expidió mediante OF. ORD. N° 198, del año en curso, en el cual manifiesta, en síntesis, que no se ha accedido a las solicitudes en estudio atendida la falta de disponibilidad del recurso hídrico.

Agrega que las peticiones de la recurrente se ubican en la zona acuífera de Santiago Norte, área cuyo caudal de explotación sustentable a largo plazo, en conformidad a la Minuta Técnica N° 113, de 1999, basada en el estudio denominado "Modelo de Simulación Hidrológico Operacional de las cuencas de los Ríos Maipo y Mapocho" elaborado por AC Ingenieros Consultores Ltda., solo permite constituir derechos definitivos y perpetuos hasta los expedientes que ingresaron a tramitación hasta el 1 de marzo de 1998, dentro de los cuales no se encuentra Agrícola Duero Limitada.

Sobre el particular, cumple señalar que las solicitudes de derecho de aprovechamiento de aguas formuladas por la interesada fueron denegadas mediante Resoluciones

Exentas de la Dirección General de Aguas de la Región Metropolitana N°s. 1.689, de 1999, rectificada por Resolución N° 438, de 2000; 1.691, de 1999, rectificada por Resolución N° 444, de 2000; 1.693, de 1999, rectificada por Resolución N° 442, de 2000; 1.695, de 1999, rectificada por Resolución N° 441, de 2000; 1.410, de 1999, rectificada por Resolución N° 443, de 2000, y 1.437, de 1999, rectificada por Resolución N° 439, de 2000; actos administrativos respecto de los cuales se presentaron recursos de reconsideración, los que fueron rechazados, a su vez, mediante Resoluciones Exentas N°s. 709, 711, 712, 713, 714 y 715, todas de 27 de mayo de 2005, del mismo Servicio.

En relación con la materia debe tenerse presente, en primer término, que la preceptiva establecida respecto de las aguas subterráneas está contenida en el Título VI del Libro Primero y en los párrafos 1 y 2 letra a) del Título I del Libro Segundo del Código de Aguas y en la Resolución N° 186, de 1996, de dicha Dirección, sobre "Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas".

Conforme a tales reglas, el referido Servicio posee una potestad de carácter reglado para constituir los derechos que se soliciten sobre aguas subterráneas, en términos que concurriendo las exigencias previstas en la normativa en vigor, tiene que disponer el reconocimiento pertinente. De esta forma, habiendo el solicitante, conforme al artículo 60 del Ordenamiento legal mencionado, comprobado la existencia de las aguas –lo cual se vincula con su alumbramiento–, puede recabar el otorgamiento del respectivo derecho, cumpliendo los requisitos correspondientes, hecho lo cual la aludida Dirección debe continuar con el procedimiento preestablecido, y conforme al artículo 20 de la mencionada Resolución N° 186, "solamente se podrá constituir el derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas que hayan sido alumbradas y cuya disponibilidad haya sido comprobada".

Como puede advertirse, para que opere el referido reconocimiento es necesario que se acredite la existencia y se verifique la disponibilidad del recurso. La primera condición –existencia– se vincula o materializa con el alumbramiento de las aguas, operación que requiere la construcción previa de un pozo y su respectiva prueba de bombeo, y la segunda –disponibilidad–, se asocia a la circunstancia de que ellas se puedan disponer libremente, o bien que estén prestas para usarse o utilizarse, calidad que en el plano físico consiste simplemente en la presencia material del recurso en una cantidad suficiente, cuya verificación la realiza la autoridad según los antecedentes técnicos que le proporcionen o que obtiene directamente según los resultados de sondajes y de pruebas de bombeo, situaciones objetivas y comprobables. En tanto, la disponibilidad jurídica se vincula a la no existencia de prohibiciones legales o de derechos previos sobre las mismas aguas, en términos de que, según lo prescribe el artículo 22 del Código del ramo, la constitución del derecho requerido no provoque perjuicio ni menoscabo a derechos de terceros.

Ahora bien, conforme al artículo 141 inciso cuarto del Código de Aguas –actual inciso tercero en virtud de la modificación dispuesta por el número 20 del artículo primero de Ley N° 20.017–, si no se presentan oposiciones a la solicitud de un derecho, la Dirección General de Aguas procederá a constituirlo siempre que ello fuese

legalmente procedente y que exista disponibilidad del recurso, en caso contrario, deberá denegar dicha solicitud. Sin embargo, en la situación examinada la Administración no ha hecho uso de las herramientas que la ley le franquea para que sea procedente la denegación del derecho solicitado, a saber, declaración de zona de prohibición para nuevas explotaciones en el área en que están ubicadas las captaciones –artículo 63 del señalado cuerpo normativo–, como tampoco área de restricción –artículo 65 del mismo ordenamiento–, características que no reúne la aludida Minuta Técnica N° 113, de 1999, instrumento en el cual se ha sustentado el Servicio para denegar, por falta de disponibilidad del caudal a nivel de acuífero y no del punto de captación del pozo de que se trata, las solicitudes que sobre constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas se le han presentado, lo que contraviene la preceptiva antes aludida, según ha declarado la jurisprudencia que sobre la materia ha emitido este Organismo de Control. (Aplica Dictámenes N°s. 161, de 2000, 10.969, 28.371 y 48.526, todos de 2003).

En otro orden de consideraciones, y atendidas las dudas que eventualmente se podrían plantear acerca de la incidencia de la nueva normativa del Código de Aguas, contenida en Ley N° 20.017, en la situación en informe, cabe analizar las normas pertinentes de dicho cuerpo legal. Para ello debe ponderarse la aplicación del nuevo artículo 147 bis, inciso quinto, del mencionado Código al caso de la especie.

Al respecto, cabe manifestar que dado que el presente dictamen se refiere a una solicitud pendiente a la fecha de la modificación del cuerpo legal aludido, procede examinar la cláusula de retroactividad establecida en el artículo 1° transitorio de Ley N° 20.017.

Sobre dicho aspecto debe tenerse presente el principio general sobre la materia, consagrado en el artículo 9° del Código Civil en el sentido de que "La ley solo puede disponer para lo futuro y no tendrá jamás efecto retroactivo". Dicho principio, además, ha sido establecido en materia administrativa por el artículo 52 de Ley N° 19.880, sobre bases del procedimiento administrativo que rige los actos de los Órganos de la Administración del Estado. En estas condiciones; la retroactividad, en caso de ser establecida en una ley, debe interpretarse en forma restrictiva.

Ahora bien, el estudio riguroso del artículo 1° transitorio, inciso primero, de Ley N° 20.017, permite inferir que dicha norma dispone una aplicación retroactiva respecto de aquellos requisitos de forma de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, única y específicamente, en el caso de los artículos 131 y 140 del Código de Aguas.

Distinta es la situación de los incisos segundo y tercero del mencionado artículo 1° transitorio, que establecen la aplicación retroactiva de otras normas específicas, referidas a aspectos de fondo de las peticiones de derechos de aprovechamiento de aguas, como es el caso del remate de solicitudes en caso de ser incompatibles entre sí.

Como puede advertirse, en los casos en que la voluntad del legislador ha sido aplicar a las solicitudes pendientes las nuevas normas de fondo incorporadas al Código de Aguas para la asignación de derechos de aprovechamiento, lo señaló en forma expresa, como es el caso de los incisos segundo y tercero del citado artículo 1° transitorio.

En suma, el aludido artículo 1° transitorio no establece la aplicación retroactiva a las solicitudes pendientes de todas las nuevas disposiciones de fondo que incorpora al Código del ramo, en relación a la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, sino que única y exclusivamente de aquellas normas referidas a requisitos de forma de las peticiones y a la aplicación del procedimiento de remate en su caso.

Fluye de lo expresado que no cabe aplicar a las solicitudes pendientes a la fecha de la publicación en el *Diario Oficial* de dicha ley lo establecido en el artículo 147 bis, inciso quinto, y sí solamente a las solicitudes que se presenten a partir de esa data.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe dejar sentado que la situación que se analiza en la especie fue resuelta por la Dirección General de Aguas bajo el imperio de las normas vigentes con anterioridad a la publicación de Ley N° 20.017, por lo que debió someterse a aquellas y al criterio establecido al respecto por la Contraloría General de la República en la jurisprudencia a que se ha hecho mención, lo que no ha ocurrido.

En mérito de lo precedentemente expuesto, se concluye que la Dirección General de Aguas no actuó conforme a derecho al denegar las solicitudes de aprovechamiento de aguas referidas a la presentación de la especie, atendido que los antecedentes hechos valer no constituyen mérito suficiente para la adopción de dicha medida.