

SOBRE LA "PROCEDENCIA LEGAL" EN LA CONSTITUCION DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

PABLO JAEGER COUSIÑO

Abogado

Jefe Dirección General de Aguas

I. INTRODUCCIÓN

En virtud de lo establecido en los artículos 22 y 141 inciso final del Código de Aguas, la Dirección General de Aguas debe constituir derechos de aprovechamiento en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, cumpliéndose los siguientes requisitos:

1. Si existe disponibilidad del recurso hídrico;
2. Si es legalmente procedente, y
3. Si no existe perjuicio o menoscabo a derecho de terceros.

Este trabajo intenta precisar el correcto sentido y alcance del segundo requisito señalado, estos es, qué debe entenderse por ser "legalmente procedente".

La afirmación central al respecto, consiste en sostener que tal requisito debe ser entendido, concordado y aplicado dentro del contexto de la legislación nacional general vigente y, por lo tanto, no tan sólo en particular, en relación a las normas establecidas en el Código de Aguas.

En virtud de lo anterior, sostengo que la constitución de un derecho de aguas será "legalmente procedente" sólo si tal proceder de la administración es acorde con la generalidad del ordenamiento jurídico imperante en el país.

Esta aseveración es coherente con lo dispuesto en los artículos 6º y 7º de la Constitu-

ción Política y 2º de la Ley Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, en cuanto a que los órganos de las Administración someterán su acción a la Constitución y a las leyes, debiendo actuar dentro de su competencia, y no teniendo más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Este es el conocido principio de legalidad de los actos de la Administración.

Por lo anterior, la Dirección General de Aguas debe considerar, al analizar y resolver sobre la procedencia legal de una solicitud de derecho de aprovechamiento, muy especialmente, aquellas normas que establece la Constitución y, específicamente, las que consagran garantías constitucionales en favor de todas las personas.

II. EL PRINCIPIO CONSTITUCIONAL DE LEGALIDAD DE LOS ACTOS DE LA ADMINISTRACIÓN

Profundizando en el principio de legalidad en la actual Constitución, podemos concluir que él reconoce, a lo menos, tres aspectos. En primer término, la sujeción directa e inmediata a la Constitución como norma jurídica de "vinculación directa" (artículo 6º). En segundo lugar, conforme al principio de legalidad corresponde a la ley atribuir potestades y derechos (artículos 5º y 7º). Por último, este principio involucra no sólo a ley estricto *sensu*, sino a todas las normas positivas que, por derivación de validez, nazcan de la Carta Fundamental (artículo 6º inciso 1º).

Por otra parte, el artículo 7º, inciso 1º, de la Carta Fundamental, señala de manera expresa cuál es el contenido de validez de los actos de los órganos del Estado. Indica expresamente que estos son válidos siempre y cuando dichos medios actúen "previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley".

De este modo, los tres elementos que deben concurrir en una autoridad pública para ejercer válidamente poder público o potestades, son:

- a. La investidura regular, que es el hecho de conferir a una persona, por el órgano que corresponda y conforme a derecho, la calidad de representante del poder público.
- b. La competencia, que es el círculo de atribuciones que la Constitución o la ley fija como propio del ejercicio de la autoridad, para el conocimiento y resolución de determinados asuntos.

El requisito de competencia envuelve dos aspectos que deben reunirse en la actuación. En primer lugar, la decisión debe recaer en la esfera, ámbito, campo o materia que haya sido confiada a la resolución del órgano. En segundo lugar, que la decisión se adopte ejerciendo las atribuciones que, para la materia de que se trate, le hayan sido conferidas.

- c. La forma, requisito que se puede enfocar desde dos puntos de vista. En primer lugar, puede abordarse desde la perspectiva de la exteriorización de la voluntad. En este sentido, la forma es el modo de declarar una voluntad ya formada, es el medio de transporte de dicha voluntad del campo psíquico al campo jurídico. La forma como elemento de un acto público equivale a formalidad, es decir, a un requisito destinado a realzar la importancia de una mera declaración de voluntad.

En segundo lugar, la forma puede enfocarse desde el procedimiento. En este sentido, abarca todo el conjunto de trámites que van preparando la manifestación final de la voluntad; el procedimiento no es sino un conjunto de formalidades previas que conducen a una declaración final.

En síntesis, la forma, como elemento del acto público, es comprensiva de las formalidades y del procedimiento en general.

Debido a la naturaleza del derecho público, las formas juegan un papel de mayor importancia que en otras ramas de derecho. Su misión es asegurar el máximo de seguridad con el mínimo de error. De la debida observancia de las formas impuestas normativamente, dependen el mayor acierto y eficacia de las resoluciones y seguridad jurídica de las mismas.

Sin embargo, las formas no son un fin en sí mismo. Debe excusarse la inobservancia de aquellas exigencias formales no esenciales o que puedan ser cumplidas posteriormente o que sean saneables. Las exigencias formales tienen un alcance eminentemente medial y subordinado al fin para el que se instauran. Es el fin a que sirven el que justifica la forma.

Por otra parte y de conformidad a lo indicado en el artículo 7º de la Carta Fundamental, los vicios que pueden afectar a un acto de un órgano del Estado pueden ser de tres tipos. En primer lugar están los vicios que afectan a la investidura o vicios por falta de legitimidad. En segundo lugar se encuentran los vicios que afectan a la competencia, o vicios de fondo, pues se refieren al ejercicio material y final de las potestades públicas. Por último, están los vicios que afectan el procedimiento o forma de elaboración de los actos de dichos órganos, o vicios de forma.

Dentro de esta última categoría se encuentran los vicios en el procedimiento legislativo. En sentido estricto, deben considerarse como tales aquellas desviaciones que se pueden producir desde el momento en que se formaliza la iniciativa legislativa hasta que, con la publicación, se perfecciona el proceso de elaboración de la ley.

Cabe precisar que el inciso final del artículo 7º de la Constitución establece una sanción genérica para la contravención de estos requisitos en los actos del poder público, que es la nulidad. Dicho precepto dispone que todo acto en su contravención es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale, dando origen al controvertido tema de la nulidad de derecho público.

Sin embargo, es necesario determinar en cada caso la manera específica en que dicha nulidad se concreta. No puede evaluarse con

idéntico rigor jurídico a los actos de la Administración, de la judicatura o del Parlamento, atendido que los elementos concurrentes que validan sus actos son diametralmente opuestos. Por ello, es posible afirmar que la nulidad de derecho público es relativa en cuanto a su contenido, atendiendo los sujetos involucrados, sus contenidos y formas. No hay una única nulidad sino tantas como procedimientos existan.

III. CASOS JURISPRUDENCIALES

La tesis ya enunciada, consistente en que la Dirección General de Aguas, al resolver las solicitudes de derechos de aprovechamiento, debe considerar la integralidad del ordenamiento jurídico imperante y no sólo la legislación de aguas, ha tenido las siguientes refrendaciones jurisprudenciales:

1. Por sentencia de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de fecha 31 de enero de 1996, dictada en causa entre Empresa Nacional de Electricidad (Endesa) con Director Regional de Aguas X Región, se ha resuelto lo que sigue:

"Con lo relacionado y considerando:

SEXTO: Que, en consecuencia, conviene examinar cuál es la obligación primaria de la Dirección de Aguas como organismo del Estado, señalando por de pronto que no es una Oficina de Partes a la que esté vedado el examen del conjunto de normas al momento de decidir, razón más que suficiente para estimar que está capacitada, y obligada por expreso mandato del artículo 141 del Código de Aguas, previo a resolver, establecer, primero que no se perjudiquen los derechos de terceros, y además si la petición cumple con todas las normas legales, entre las que figura en primer lugar la Constitución, y seguidamente las leyes y los reglamentos.

SEPTIMO: Que, resulta público y notorio que el recurso agua es un bien nacional de uso público y que en consecuencia pertenece a la nación toda, no obstante que pueda ser objeto de aprovechamiento, además escaso, por lo que el organismo encargado de su control debe tomar en consideración todos los aspectos involu-

crados en las leyes y particularmente en la Constitución antes de resolver favorablemente una solicitud de aprovechamiento de aguas que entrega de por vida a su titular las facultades del dominio, por lo que no se excede de sus atribuciones cuando, como lo ha hecho, ha tenido en consideración para la negativa otras disposiciones legales aparte del Código de Aguas tales como el D.L. 211 sobre libre competencia.

UNDECIMO: Que, a mayor abundamiento, es obligación de los órganos del Estado cautelar los derechos garantizados por la Constitución a todos los habitantes, por aplicación de lo que dispone el Art. 5° inciso segundo de la Constitución, que señala que tales derechos reconocen como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, y que es deber de los órganos del Estado respetarlos y promoverlos, de modo que en la colisión de los derechos económicos en que ha de traducirse en definitiva el aprovechamiento pedido se han privilegiado los derechos que son comunes a todos, y que son esenciales y anteriores a la naturaleza humana.

DUODECIMO: Que, por los razonamientos anteriores, estos sentenciadores estiman que al dictar la resolución recurrida el Director Regional de Aguas no ha invadido competencia de terceros, ya que está obligado a observar no sólo el Código de Aguas, sino que todos los demás cuerpos legales que digan relación con la materia y en particular la Carta Política.

DECIMOTERCERO: Que, es reconocido universalmente que la actuación de la Administración Pública está guiada por el interés de toda la comunidad, de modo que no se puede estimar como lesiva a un interés particular una resolución que busca la defensa de los intereses de todos los miembros de la sociedad, respetándose de ese modo a cabalidad el principio de legalidad, y particularmente los principios que informan el derecho, por cuanto en la especie no hay competencia reglada, lo que pareciera desprenderse del tenor del artículo 141 del Código de Aguas, ya que como se ha dicho abundantemente, la materia por regular la utilización de un bien nacional de uso público está revestida primero de la obligación esencial de la administración, que es propender al bien común.

DECIMOCUARTO: Que, en el orden de ideas expresado es preciso también dejar sentado que por las características del derecho de aprovechamiento, que se otorga de por vida entre otras, obliga a la Administración a examinar si resulta o no oportuno y conveniente a todos otorgar el derecho solicitado, por cuanto la norma del artículo 141 deja abierta la posibilidad de examinar la procedencia de otorgarlo una vez examinada su procedencia legal."

Se debe hacer presente que esta resolución no se encuentra a firme por existir recursos pendientes en su contra.

2. Por su parte, la Comisión Preventiva Central (antimonopolios) resolvió con fecha 25 de noviembre de 1996, mediante el Dictamen CPC N°992/636, ante una consulta formulada por el Ministro de la Comisión Nacional de Energía, lo siguiente:

"15. Esta Comisión debe también señalar que concuerda plenamente con los fundamentos consignados por la autoridad de la Dirección General de Aguas para denegar las solicitudes de derechos de agua superficiales no consuntivos pedidos por Endesa S.A. en diversas Regiones del país, y que dicen relación con los efectos limitantes de la competencia que se habrían podido producir en la actividad de generación de energía a través de centrales hidroeléctricas, si se hubiera accedido a la concesión de dichos derechos en los términos solicitados por la mencionada empresa.

Así mismo, esta Comisión comparte los planteamientos que formula la citada Dirección en su Oficio N° 725, de 23 de agosto de 1996, de fs. 227 y siguientes, en cuanto afirma que si bien la Constitución Política garantiza el derecho a desarrollar actividades económicas que no sean contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional y asegura a los particulares el derecho de propiedad sobre las aguas, reconocido o constituido en conformidad a la ley, esa autoridad en el ejercicio de sus funciones públicas relacionadas con el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas debió velar porque sus actos no sólo se ajustaran a las normas de orden constitucional, sino que, además, a las disposiciones legales generales contenidas en el Decreto Ley N° 211, de 1973, que constituye la legislación de fondo de Orden Público Económico

que protege la libre competencia en las actividades económicas.

Por ello, esa Dirección General de Aguas, al fundar, en parte, en razones de competencia su negativa a conceder a Endesa S.A. nuevos derechos de agua, se ajustó a las disposiciones establecidas en ese ordenamiento jurídico, sin perjuicio de haber dado también cabal cumplimiento a los artículos 22 y 141, inciso final, del Código de Aguas, que impiden constituir derechos de aprovechamiento en perjuicio o menoscabo de terceros.

16. Por las consideraciones expuestas, esta Comisión Preventiva Central, en ejercicio de las atribuciones que le otorgan los artículos 8 y 11 del citado texto legal, declara lo siguiente:

16.3. Que las resoluciones de la Dirección General de Aguas que denegaron las solicitudes de Endesa S.A. para que se le reconozcan nuevos derechos de agua, fundadas en razones de competencia, se conforman con la legislación contenida en el D.L. N° 211, de 1973, que aprueba las normas sobre defensa de la libre competencia en las actividades económicas."

Lo anterior resuelto por los organismos antimonopolios se encuentra plenamente vigente en cuanto recomendación a la autoridad, por encontrarse sus resoluciones ejecutoriadas.

IV. NUESTRA OPINIÓN AL RESPECTO

Como ya hemos avanzado, los tres elementos que deben concurrir en una autoridad pública, en el caso que nos ocupa, la Dirección General de Aguas, para ejercer válidamente sus potestades, son: la investidura regular, la competencia y la forma.

En nuestro concepto, dicha autoridad actuará con pleno apego al principio constitucional de legalidad, y ejerciendo las atribuciones que el ordenamiento jurídico le ha conferido, si al examinar la procedencia de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas atiende a "todas las normas legales, entre las que figura en primer lugar la Constitución, y seguidamente las leyes y los reglamentos", según, como se ha visto, han resuelto los tribunales.

En efecto, el Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la co-

munidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que la Constitución Política de la República establece, asegurando el derecho de las personas a participar con igualdad de oportunidades en la vida nacional, lo cual debe ser promovido en sus diversos aspectos, tales como económicos, comerciales u otros.

La Dirección General de Aguas, como órgano del Estado, debe someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, teniendo presente el principio ya reseñado de legalidad y lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República, razón por la cual los actos administrativos emanados de este Servicio deben ajustarse íntegramente a la legalidad vigente.

Los preceptos de la Constitución obligan a toda persona, institución o grupo, sin perjuicio del reconocimiento y amparo de ellos y la protección de su adecuada autonomía para que puedan cumplir sus propios fines específicos.

La garantía constitucional del derecho a desarrollar cualquier actividad económica tiene como limitaciones el que ella no sea contraria a la moral, al Orden Público Económico o a la seguridad nacional.

Así, la Dirección General de Aguas, como Autoridad Estatal rectora en materias relacionadas con el aprovechamiento del recurso hídrico, aparece como el Servicio Público con competencia natural para velar porque los particulares, en las diversas actividades que desarrollen en relación con el recurso hídrico, no lesionen los derechos de terceros y de la comunidad; aún más, tiene el deber de evitar todo perjuicio a esos legítimos derechos sobre las aguas.

A mayor abundamiento, el artículo 299 del Código de Aguas establece que la Dirección General de Aguas tendrá las atribuciones y funciones que dicho Código le confiere, dentro de las cuales se destaca la de "ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público (...)".

Si bien el legislador no determinó el sentido y alcance de la referida atribución, ella puede ser deducida del análisis armónico del contexto del Código de Aguas en que se encuentra inserta.

El ejercicio y alcance de esta facultad por la Dirección tiene su fundamento en las propias normas del Código de Aguas. En efecto, del análisis de las normas contenidas en los artícu-

los 5, 6, 7, 8, 9, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 20, 22, 23, 24, 25, 114, N° 4 y 5, 117, 118, 119, 140, 141, 149, 150, 158, 159 y 163 del referido Código, se desprende claramente que la Dirección General de Aguas, como el órgano estatal encargado de las aguas terrestres, y en ejercicio de su atribución-función de planificar el desarrollo del recurso en fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento, debe desarrollar su labor atendiendo las siguientes principales materias:

- a) Pronunciarse respecto de la asignación originaria del recurso al constituir derechos de aprovechamiento de aguas.
- b) Vigilar y fiscalizar la utilización de las aguas, en el sentido de asegurarse que en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento los particulares cumplan las condiciones establecidas en el título respectivo, como por ejemplo caudales que se autoriza extraer, naturaleza de las aguas, punto de captación y de extracción, naturaleza del derecho, características especiales de ejercicio, etc.
- c) Cuidar la preservación y conservación del recurso, esto entendido como una actitud de permanente atención a situaciones que puedan afectarlo en su calidad física-química.
- d) Procurar la mantención y conservación de los álveos o cauces por donde escurre o se almacena naturalmente el agua, considerando al respecto tanto las aguas superficiales como subterráneas.

Ahora bien, siendo las anteriores las principales funciones de la Dirección General de Aguas, no cabe duda que la más trascendente es aquella que la faculta para constituir originariamente derechos de aprovechamiento de aguas.

Por todo lo anterior, en virtud de lo establecido en los artículos 22 y 141 inciso final del Código de Aguas, este Servicio debe constituir derechos de aprovechamiento en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, en la medida que, exista disponibilidad del recurso, fuere legalmente procedente y no haya un perjuicio o menoscabo a derecho de terceros; entendiendo que los dos últimos re-

quisitos señalados deben ser concordados y aplicados dentro del contexto de la legislación nacional general vigente, y por lo tanto no tan sólo en particular, a las normas establecidas en el Código de Aguas.

V. CONCLUSIONES

La posición aquí sostenida respecto al correcto sentido y alcance de la frase contenida en el artículo 141 inciso final del Código de Aguas, esto es, que la solicitud sea "legalmente procedente", en relación con la obligación de no perjudicar ni menoscabar los derechos de terceros, contenida en la parte final del artículo 22, se sustenta en un criterio hermenéutico am-

plio respecto de la competencia en esta materia de la Dirección General de Aguas, en virtud del cual este Servicio debe subordinarse al principio esencial de legalidad administrativa tanto en su vertiente formal como material, en cuanto que aquel no puede abstenerse de considerar los objetivos de bien común que deben inspirar su acción, y que son consustanciales a esta dimensión del principio de legalidad, desde una perspectiva finalista del mismo.

Por todo lo dicho, la Dirección General de Aguas, al evaluar la procedencia de una solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento de agua, debe atender a la integridad del ordenamiento jurídico vigente y no sólo a la legislación de aguas.