

ADMINISTRACIÓN DE CAUCES NATURALES EN LA CONSTITUCIÓN Y EJERCICIO DE DERECHOS DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

WINSTON ALBURQUENQUE TRONCOSO¹

SUMARIO: i. Presentación del problema. ii. De la administración de los cauces naturales. a. Concepto de cauce natural. b. Facultades de las municipalidades en relación con la administración de los bienes nacionales de uso público, en especial, de los cauces naturales. c. Facultades de policía y vigilancia sobre los cauces naturales de la Dirección General de Aguas. iii. Participación de las municipalidades en el proceso de constitución y ejercicio de los derechos de aguas subterráneas: a. Exploración de aguas subterráneas. b. Derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas. iv. De la improcedencia de la intervención de las municipalidades en la constitución y ejercicio de los derechos de aguas cuando estos se encuentran en bienes nacionales de uso público. a. Intervención de las municipalidades en las concesiones de exploración de aguas subterráneas en cauces naturales. b. Intervención de las municipalidades en la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en cauces naturales. c. Improcedencia de la autorización de las municipalidades para la autorización del cauce natural con el fin de transportar el agua desde el punto de captación hasta los terrenos privados. v. Conclusiones.

I. PRESENTACIÓN DEL PROBLEMA

La legislación de aguas es bastante clara en materia de constitución y ejercicio de los derechos de aguas cuando estos se ejercen en terrenos privados, pero no lo es tanto cuando para la constitución de derechos de aguas y el ejercicio de los mismos se requiera la autorización de ciertas autoridades u organismos bajo cuya administración se encuentren los bienes en donde se pretende constituir o ejercer dichos derechos.

Muchas cuestiones se han planteado para el caso en que se solicitan derechos de aprovechamiento en caminos públicos en los que la administración pertenece a la Dirección de Vialidad, y si este organismo está facultado para otorgar una autorización indefinida para efectos de constituir dichos derechos de aguas.

Otras cuestiones se han planteado con la intervención de algunos órganos de la Administración del Estado, como la CONAMA, el SAG, DIFROL, el SERNAGEOMIN o Tesorería General de la República, durante la tramitación de la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, en cuanto se discute si dicha participación es procedente o requisito previo a dicho procedimiento, toda vez que es-

tas materias solo les correspondería conocer a la Dirección General de Aguas.

Pero de los diferentes problemas jurídicos que produce esta intervención administrativa, y en general la participación de organismos ajenos a la Dirección General de Aguas en la constitución y ejercicio de los derechos de aguas, nos concentraremos en uno, en el que creo existe mayor claridad en cuanto a su solución, pero del cual se ha hecho, hasta la fecha, una interpretación equivocada de las normas que lo regula.

Me refiero a la administración de los cauces naturales y, en especial, a la participación de las Municipalidades en los procesos de constitución y ejercicio de los derechos de aguas subterráneas, cuando estos se encuentran en los cauces naturales.

La presente ponencia tiene por objeto determinar, desde un punto de vista práctico cuál es la verdadera participación de las Municipalidades en materia de aguas y si efectivamente ellas pueden estar facultadas para administrar los cauces naturales y, en particular, si ellas pueden autorizar el ejercicio de una concesión de exploración de aguas subterráneas u otorgar la autorización establecida en el artículo 22 de la Resolución DGA N° 186, de 1996, para la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas, o por el contrario, si estas materias son de única competencia de la Dirección General de Aguas.

De esta forma este trabajo se dividirá como sigue. En primer lugar, De la administración de

¹ Abogado, Profesor Auxiliar Pontificia Universidad Católica. Se agradece el aporte a este trabajo a los abogados Alejandro Vergara Blanco, Gonzalo Arévalo Cunich y Gonzalo Muñoz Escudero.

los cauces naturales, en los cuales se definirán elementos de hecho y de derecho que nos servirán para su posterior análisis; (II), para seguir con la participación de las Municipalidades en el proceso de constitución de los derechos de aguas (III) y el ejercicio de los mismos, y (IV), para terminar con las conclusiones de rigor.

II. DE LA ADMINISTRACIÓN DE LOS CAUCES NATURALES

A. CONCEPTO DE CAUCE NATURAL

Álveo o cauce natural esta definido por el Código de Agua en el artículo 30 inciso 1° como el *"suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas"*. Coherente con esta definición, el Decreto N° 609 del 31 de agosto de 1978 del Ministerio de Tierras y Colonización señala en la letra B) N° 4 a que *"Se considerará lecho o álveo de río, lago o estero, la superficie que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces periódicas ordinarias"*.

Sobre el tratamiento jurídico que tienen los cauces naturales, el Código de Aguas señala en el artículo 30 inciso 2° que *"Este suelo es de dominio público y no accede mientras tanto a las heredades contiguas, pero los propietarios riberaños podrán aprovechar y cultivar ese suelo en las épocas en que no estuviere ocupado por las aguas"*. Asimismo lo señala el artículo 650 inciso 2° del Código Civil que establece que *"El suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas, forma parte de la ribera o del cauce, y no accede mientras tanto a las heredades contiguas"*.

En todo caso, debemos tener presente que cuando el Código de Aguas utiliza las palabras *"dominio público"* estamos frente a un concepto propio de la doctrina francesa que constituye una excepción terminológica en nuestro ordenamiento jurídico y que es solamente utilizada en el Código de Aguas chileno y que se refiere, de acuerdo a nuestra propia clasificación, a los bienes nacionales de uso público.

De lo señalado en el artículo 30 inciso 2° del Código de Aguas se desprende que el suelo que constituye el cauce natural es un bien nacional en razón de la definición establecida en el artículo 598 del Código Civil. Ahora, la clasificación de bien nacional acepta una subclasificación, la de bienes nacionales de uso público o la de bienes del Estado.

Dada la naturaleza de los cauces naturales y del mismo uso que permite hacer las normas citadas del Código de Aguas y del Código Civil

por parte de los propietarios riberaños, podemos concluir que se trata de un bien nacional de uso público tal como lo entiende el Código Civil en el artículo 598 inciso 2°: *"Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos"*.

En cuanto a la determinación de los deslindes del cauce natural el Decreto Supremo N° 609, de 1978, señala que le corresponderá al Ministerio de Tierras y Colonización, hoy Ministerio de Bienes Nacionales, previo informe del Departamento de Defensa Fluviales, hoy Dirección de Obras Fluviales, para lo cual deberá tenerse presente las *"crecidas periódicas ordinarias"* como las crecidas extraordinarias, estas últimas definidas en el mismo Decreto en la letra B, N° 4 como *"aquellas de rara ocurrencia y que se deban a causas no comunes, producidas sin regularidad, durante períodos, en general, mayores de cinco años. Los terrenos ocupados y desocupados no se considerarán cauces de ríos, lagos y estero y, por lo tanto, pertenecen a los dueños riberaños"*.

La jurisprudencia ha confirmado los conceptos ya señalados y, en especial, la idea de que los deslindes de los cauces naturales deberán ser determinados con las crecidas de los ríos con una periodicidad de aproximadamente cinco años. En efecto, en sentencia dictada por la Corte Suprema con fecha 27 de septiembre de 2001 en el juicio de apelación de recurso de protección interpuesto en contra del Decreto exento N° 109 del Ministerio de Bienes Nacionales, que fija los deslindes del río Mapocho, señala en su considerando 5° lo siguiente:

"Que de lo anterior se desprende que se ha calificado de "periódico y ordinario" un hecho que, en la mejor de las posibilidades, podría ocurrir cada 50 años y si se atiende a que el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define lo periódico como "que guarda período determinado" y "que se repite con frecuencia a intervalos determinados" y lo contrario, como "común, regular y que sucede habitualmente", es evidente que la crece de la referencia utilizada por la autoridad corresponde a una de las peores inundaciones que ha tenido Santiago, la que se produjo en condiciones muy especiales. Por ello no es razonable utilizar dicha inundación para determinar "la superficie que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces periódicas y ordinarias", puesto que ello va contra lo que la ley exige".

Así, para efectos de la delimitación de los cauces naturales que en definitiva determinará qué es bien nacional de uso público y qué es propiedad privada ribereña, se deberá estar a un decreto del Ministerio de Bienes Nacionales, el que tendrá presente las más altas crecidas periódicas y ordinarias, entendiéndose como tales aquellas que tengan una periodicidad de cinco años.

B. FACULTADES DE LAS MUNICIPALIDADES EN RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO, EN ESPECIAL DE LOS CAUCES NATURALES.

Por medio del Decreto con Fuerza de Ley N° 2/19.602, de 13 de octubre de 1999, del Ministerio del Interior, se fijó el texto refundido de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades. El artículo 5° letra c) del señalado cuerpo legal establece la facultad de las Municipalidades de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna, *salvo que, en atención a su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, la administración de estos últimos corresponda a otros órganos de la administración del Estado*. Dicha atribución de acuerdo al artículo 63, letra f) del citado DFL, le corresponde al Alcalde respectivo.

Por lo tanto, las Municipalidades tienen la administración de los bienes nacionales de uso público que se encuentren dentro del territorio de la comuna *en la medida que no exista otro organismo de la Administración del Estado que, por su especialidad de competencia y estando facultado por la ley, le corresponda la administración de esos bienes*.

La voz "naturaleza" está definida por el Diccionario de la Lengua Española como "*Viriud, calidad o propiedad de las cosas*" y "fines" como "*Objeto o motivo con que se ejecuta una cosa*". Por lo tanto, la administración de un cauce natural por su naturaleza y fines le correspondería a la Dirección General de Aguas y no a la Municipalidad respectiva, toda vez que el propio ordenamiento jurídico, cuyas normas comentaremos a continuación, le otorga a dicho organismo facultades de administración sobre las aguas y los cauces naturales.

En efecto, respecto de las obras o labores que se ejecutan en los cauces naturales existe un órgano de la Administración del Estado que tiene funciones específicas, como es la Dirección General de Aguas, organismo que no solo se encuentra facultado para autorizar las obras que se construyan en los álveos (arts. 32, 41, 171, 294 y 304 del Código de Aguas), sino que también le

corresponde la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público (art. 299 letra c) del Código de Aguas).

También es importante destacar las facultades específicas de la Dirección General de Aguas en materia de aguas subterráneas, como son las de autorizar la exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales (art. 58 del Código de Aguas y artículos 1 a 18 de la Resolución DGA N° 186, de 1996).

De acuerdo a todo lo señalado precedentemente, aparece de manifiesto que las facultades de administración de las Municipalidades respecto de los cauces naturales se encuentran limitadas y supeditadas a las competencias específicas que sobre dichos cauces y sobre las aguas el Código de la especialidad le entrega a la Dirección General de Aguas.

Además, debe recordarse que las facultades de administración que tienen las Municipalidades sobre los bienes nacionales de uso público solo pueden comprender los actos tendientes a que el bien cumpla su función normal y corriente, a conservarlo, valorizarlo, explotarlo y hacerlo fructificar, y no otro tipo de actos.

Por otra parte, si se analizan las funciones y atribuciones de las Municipalidades y de los Alcaldes contenidas en la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades, puede apreciarse fácilmente que dentro de ellas no se encuentra la de revisar, y eventualmente la de impedir el cumplimiento de una resolución de un organismo público (Dirección General de Aguas), emitida en el ejercicio de expresas facultades conferidas por la ley, y por normas dictadas conforme a ella, precisamente, porque se trata de una materia que no es de su competencia.

De acuerdo a lo anterior podemos concluir que las Municipalidades tendrán la administración de todos los bienes nacionales de uso público que se encuentren dentro de su jurisdicción, a menos que la ley determine que por sus fines y naturaleza esta corresponda a otro organismo de la Administración del Estado. En el caso de los cauces naturales la administración seguirá siendo de la Municipalidad respectiva en todo aquellos casos que no digan relación con la constitución o ejercicio de derechos de aguas, porque la legislación le ha dado esa competencia a la Dirección General de Aguas. No obstante lo anterior, las Municipalidades podrán administrar los cauces naturales en relación a otros fines y naturalezas como es, por ejemplo, las autorizaciones para la explotación de áridos.

Por otro lado, no se excluye de una forma absoluta las facultades de las Municipalidades en materia de aguas, ya que si se quiere constituir o ejercer derechos de aguas en bienes nacio-

nales de uso público como las plazas o calles, para lo cual la ley no le ha entregado la administración a la Dirección General de Aguas, se le deberá solicitar la autorización a la respectiva Municipalidad, ya sea para que regule el ejercicio de una concesión de exploración de aguas subterráneas, como su autorización para que se constituya el derecho.

C. FACULTADES DE POLICÍA Y VIGILANCIA SOBRE LOS CAUCES NATURALES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS

El artículo 299 letra c) del Código de Aguas le confiere a la Dirección General de Aguas una facultad especial, que consiste en ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en estos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización del Servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación.

La norma citada tiene su antecedente en el artículo 287 letra b) del Código de Aguas aprobado por el DFL N° 162, de 1969, del Ministerio de Justicia, que disponía que a la Dirección General de Aguas le correspondía ejercer la policía y vigilancia de las aguas, e impedir que en los cauces naturales de uso público se hagan o destruyan obras sin la autorización correspondiente.

Ahora, para los efectos de precisar el real alcance de la norma debemos determinar qué se entiende por "policía" y "vigilancia".

De acuerdo al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, policía es "el buen orden que se observa y guarda en las ciudades y repúblicas, cumpliéndose las leyes u ordenanzas establecidas para su mejor gobierno". Otra acepción nos señala que es "la que tiene por objeto la averiguación de los delitos públicos y la persecución de los delincuentes, encomendada a los juzgados y tribunales".

Conforme a lo indicado, y en virtud de la facultad de policía, la Dirección General de Aguas debe promover el cumplimiento de las resoluciones que dicta en el ejercicio de todas y cada una de las atribuciones que la ley le encomienda.

Así, del claro tenor de lo dispuesto en el artículo 299 letra c) del Código de Aguas, la Dirección General de Aguas se encuentra legalmente investida de la facultad de impedir que en los cauces naturales se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización del Servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación. Para ello, dispone de diversos instrumentos, incluso puede recurrir al auxilio de la

fuerza pública si ello fuere necesario. También en caso de infracciones al Código de Aguas puede enviar los antecedentes al juez letrado del lugar en que se hubiere cometido la infracción, el que podrá aplicar multas que no pueden exceder de 20 UTM (artículos 173 y siguientes del Código de Aguas).

En lo referente a la facultad de vigilancia, cabe señalar que de conformidad al diccionario ya citado, vigilancia es el "cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de cada uno", siendo el vigilante la "persona encargada de velar por algo".

Conforme a esta atribución, la Dirección General de Aguas debe mantener un permanente cuidado de los cauces naturales, denunciando oportunamente a quien corresponda cualquiera infracción a la normativa vigente relacionada con dichas aguas, y de la cual tenga noticia en razón de sus tareas habituales.

III. PARTICIPACIÓN DE LAS MUNICIPALIDADES EN EL PROCESO DE CONSTITUCIÓN Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

Las aguas subterráneas se encuentran reguladas en el Título VI del Libro I del Código de Aguas y en la Resolución N° 186, de 1996, de la Dirección General de Aguas, publicada en el Diario Oficial de fecha 15 de mayo del mismo año, que establece normas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas. La citada resolución tiene una importancia fundamental en el régimen que regula las aguas subterráneas en nuestro país y fue dictada en cumplimiento de lo ordenado en los artículos 58 y 59 del Código de Aguas.

A. EXPLORACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

El artículo 58 del Código de Aguas, al referirse a la exploración de aguas subterráneas, dispone que cualquier persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, *sugetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas*. De este modo, el artículo 58 del Código de Aguas obliga al que la efectúa a sujetarse a las normas que establezca la Dirección General de Aguas.

Como puede advertirse, en lo concerniente a la exploración de aguas subterráneas, la potestad de la Dirección General de Aguas es muy amplia, toda vez que puede establecer reglas particulares, según los casos, y, aún más, *ex post*, vale decir, después de solicitarse la corres-

pondiente autorización y en la resolución que la conceda.

Lo anterior tiene su explicación en el hecho que el legislador ha querido entregar a la Dirección General de Aguas amplias facultades respecto de la actividad exploratoria, habida consideración a que el único precepto legal que rige la materia, contenido, precisamente, en el artículo 58 del Código de Aguas, es del todo insuficiente, tanto sustantiva como procedimentalmente para determinar los requisitos, condiciones, derechos y obligaciones de los permisos.

Las concesiones para explorar aguas subterráneas tienen por objeto dar oportunidad al explorador para que encuentre nuevas fuentes de recursos hídricos subterráneos en aquellas zonas en que son deficitarias, labor que normalmente el Estado no puede realizar, en atención a que no cuenta con los recursos necesarios para ello.

La información a que dan lugar dichos estudios, sean estos positivos o negativos, debe ser entregada por el explorador a la autoridad (Dirección General de Aguas), tal como lo ordena el artículo 16 de la Resolución DGA N° 186, de 1996, para que esta pueda cumplir la función de planificar el desarrollo del recurso (artículo 299, letra c) del Código de Aguas), con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento. También dicha información pasa a formar parte del Catastro Público de Aguas, el que de conformidad al artículo 122 del citado ordenamiento debe llevar la Dirección General de Aguas.

La autorización que otorga la Dirección General de Aguas, para explorar aguas subterráneas en bienes nacionales, tiene la naturaleza jurídica de una concesión, por cuanto constituye un título otorgado por la autoridad, por medio del cual se faculta a un concesionario para que explore en forma exclusiva y excluyente un determinado terreno, sujetándose a la forma y condiciones que establezca el acto concesional (resolución de la Dirección General de Aguas), otorgándole, además, la preferencia para obtener el derecho de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas durante la vigencia de la autorización.

De conformidad a lo previsto en el artículo 58 del Código de Aguas, ya citado, y en las normas pertinentes de la Resolución DGA N° 186, de 1996, no puede existir duda alguna respecto de la facultad exclusiva y excluyente de la Dirección General de Aguas para otorgar permisos de exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales.

B. DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

De acuerdo al artículo 5° del Código de Aguas "*Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código*", y puede definirse como "*La facultad de acceder a una fuente natural para extraer de ella una dotación de agua en un punto determinado u ocupar en el cauce mismo un cuerpo de agua para, en ambos casos, usar esas aguas en forma exclusiva*" (Figueroa del Río, 1995).

La regulación para la constitución y ejercicio de los derechos de aguas subterráneas está dada por las normas pertinentes del Código de Aguas y de la ya citada resolución DGA N° 186, de 1996, que establece normas de exploración y explotación de aguas subterráneas.

El derecho de aprovechamiento tiene las siguientes características:

- a) Derecho real. Tal como lo señala su propia definición legal contenida en el artículo 6° del Código de Aguas, el derecho de aprovechamiento es un derecho real, esto es, se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona;
- b) Propiedad sobre el derecho de aprovechamiento. Sobre este derecho real se tiene un derecho de dominio, consagrado constitucional y legalmente, en los artículos 19 N° 24 inciso final de nuestra Carta Fundamental de 1980, y 6° inciso 2° del Código de Aguas;
- c) Es un derecho de naturaleza inmueble, por regla general. En efecto, tal como se dijo, las aguas son bienes inmuebles por destinación, por cuanto, usualmente, ellas están permanentemente destinadas al uso, cultivo y beneficio de un inmueble.

Los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas requieren para su constitución por parte de la Dirección General de Aguas, de que sean tramitados conforme a derecho, exista disponibilidad del recurso y no se afecte derechos de terceros. Dentro del primer requisito, esto es, durante el procedimiento de constitución de los derechos de aguas subterráneas, se requiere ser dueño del inmueble donde se encuentre ubicada la captación, o la autorización de su dueño (artículo 22 inciso 1° de la Resolución DGA N° 186, de 1996).

Asimismo, si la obra de captación está ubicada en un bien nacional de uso público, se requerirá la autorización del organismo bajo cuya administración este se encuentre (artículo 22 inciso 2° de la Resolución DGA N° 186, de 1996).

Al respecto, uno de los objetivos del presente trabajo es determinar si para la constitución del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas cuya captación se encuentre en un cauce natural, cuya administración, de acuerdo a lo visto, le corresponde a la Dirección General de Aguas, se necesitará autorización de algún otro organismo.

IV. DE LA IMPROCEDENCIA DE LA INTERVENCIÓN DE LAS MUNICIPALIDADES EN LA CONSTITUCIÓN Y EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE AGUAS CUANDO ESTOS SE ENCUENTREN EN BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO.

A continuación se analizará si efectivamente las Municipalidades tienen injerencia en la administración de los cauces naturales cuando esta se refiera a la constitución y ejercicio de los derechos de aguas subterráneas.

A. INTERVENCIÓN DE LAS MUNICIPALIDADES EN LAS CONCESIONES DE EXPLORACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN CAUCES NATURALES

Como hemos visto en la primera parte de este trabajo, la Dirección General de Aguas tiene potestades de administración en los cauces naturales en cuanto se refiera a la constitución y ejercicio de los derechos de aguas. La afirmación señalada tiene importantes efectos prácticos en materia de derechos de aguas.

En efecto, en el caso de la concesión de exploración de aguas subterráneas que recaigan en cauces naturales, la no intervención de las Municipalidades se ve reflejada en importantes aspectos como es que la resolución que otorga dicha autorización no deberá exigir que aquellas regulen el ejercicio de las faenas de exploración.

En este caso se da el absurdo que el solicitante ha realizado una tramitación ante la Dirección General de Aguas en la que ha habido instancias de oposición y de revisión de aspectos técnicos, y una vez otorgada su efectiva aplicación dependerá de una institución que no tuvo participación alguna en dicha tramitación, y más aún, ni tiene para estos efectos, la total administración sobre el bien en donde recae la exploración. Esta incongruencia puede tener consecuencias prácticas graves, como es que las Municipalidades no realicen la regulación exigida por la Dirección General de Aguas, y la concesión de exploración otorgada quede caducada porque no se pudo iniciar las labores de exploración dentro de los seis meses a contar de la fe-

cha de la resolución (exigido por el artículo 9º inciso 2º de la Resolución DGA N°186, de 1996), o peor aún, venció el plazo por el cual se otorgó la concesión de exploración.

De esta forma, el interés que ha tenido el legislador al establecer la concesión de exploración de aguas subterráneas, cual es, traspasar al solicitante el estudio de las reservas hidrológicas de territorios determinados, podría quedar sin una aplicación práctica por una costumbre administrativa que no tiene asidero jurídico. De acuerdo a lo anterior, las resoluciones que otorgan concesiones de exploración de aguas subterráneas en cauces naturales no podrán establecer que la respectiva Municipalidad regule su ejercicio, toda vez que esta es materia exclusiva y excluyente de la propia Dirección General de Aguas.

B. INTERVENCIÓN DE LAS MUNICIPALIDADES EN LA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN CAUCES NATURALES

Otra mala interpretación de las normas vigentes que regulan esta materia esta dada en la tramitación de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas cuyo punto de captación se encuentre en los cauces naturales. En efecto, es una costumbre solicitar por parte de la Dirección General de Aguas la autorización de la Municipalidad respectiva para efectos de constituir el derecho de aprovechamiento de aguas en razón de lo exigido por el artículo 22 inciso 2º de la resolución N° 186, de 1996, que señala: "*Si la obra de captación está ubicada en un bien nacional de uso público, se requerirá la autorización del organismo bajo cuya administración este se encuentre. Tratándose de un bien fiscal, se requerirá la autorización del Ministerio de Bienes Nacionales*".

De acuerdo a lo señalado más arriba, las Municipalidades no tienen la administración exclusiva de los cauces naturales (sin perjuicio de tenerla sobre otros bienes nacionales de uso público como calles o plazas o los mismos cauces naturales para efectos diversos a las aguas) para efectos del ejercicio y constitución de derecho de aguas, por lo que mal podría solicitarles su autorización para constituir el derecho de aprovechamiento.

Es más, el derecho de aprovechamiento de aguas es indefinido en el tiempo, para lo cual necesitará una autorización también indefinida, y como es sabido, la autorizaciones que puedan dictar las Municipalidades son esencialmente revocables y por un tiempo determinado, lo que no se condice con la naturaleza del derecho de aprovechamiento.

Por lo tanto, cuando se trate de solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en los que el punto de captación se encuentre en cauces naturales, no se deberá exigir por parte de la Dirección General de Aguas la autorización de la Municipalidad respectiva.

C. IMPROCEDENCIA DE LA AUTORIZACIÓN DE LAS MUNICIPALIDADES PARA LA UTILIZACIÓN DEL CAUCE NATURAL CON EL FIN DE TRANSPORTAR EL AGUA DESDE EL PUNTO DE CAPTACIÓN HASTA LOS TERRENOS PRIVADOS

Como se ha comentado, cuando el Código de Aguas se refiere a que los cauces naturales son de dominio público, quiere decir que su naturaleza jurídica es de bien nacional de uso público, como lo ha definido el Código Civil en los artículos ya citados.

En estos bienes no existe la institución de las servidumbres, ya que esta solo se aplica en las relaciones entre privados y no sobre aquellos bienes que se encuentran fuera del comercio humano, como son los bienes nacionales de uso público. Asimismo lo señala expresamente el Código de Aguas al señalar en el artículo 26 que *"El derecho de aprovechamiento comprenderá la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo."*

Abandonados estos terrenos o destinados a un fin distinto, volverán a su antigua condición".

De acuerdo a la norma señalada, una vez que se constituya un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas en un cauce natural, el ejercicio del mismo, que comprenderá el transporte de las aguas al lugar donde efectivamente se utilizarán, no se requerirá de la intervención de la respectiva Municipalidad en orden a otorgar autorizaciones a la ocupación del bien nacional de uso público toda vez que, por el solo ministerio de la ley, se le otorga una concesión administrativa para utilizar dichos bienes.

Lo anterior es sin perjuicio de que si se quiere conducir las aguas sobre terrenos riberaños de propiedad privada, se deberá gestionar las respectivas servidumbres de acueducto que los graven.

V. CONCLUSIONES

- a) De conformidad a lo previsto en el artículo 58 del Código de Aguas, y en las normas pertinentes de la Resolución DGA N° 186, de 1996, no puede existir duda alguna respecto de la facultad privativa, exclusiva y excluyente de la Dirección General de Aguas para otorgar permisos de exploración de aguas subterráneas en bienes nacionales.
- b) Las Municipalidades no tienen facultades para revisar y eventualmente impedir el cumplimiento de una resolución de un organismo público (Dirección General de Aguas), emitida en el ejercicio de expresas facultades conferidas por la ley, y por normas dictadas conforme a ella, precisamente, porque se trata de una materia que no es de su competencia.
- c) En ningún caso las Municipalidades tienen incidencia en la supervigilancia de los cauces naturales, en atención a la competencia residual que le otorga el artículo 5° letra c) del Decreto con Fuerza de Ley N° 2/19.602, de 13 de octubre de 1999, del Ministerio del Interior, que fijó el texto refundido de la Ley N° 18.695, dado que dicha materia queda excluida por la competencia específica que la propia ley ha conferido a la Dirección General de Aguas.
- d) De conformidad a lo previsto en el artículo 299 letra c) del Código de Aguas, corresponden a la Dirección General de Aguas las facultades de policía y vigilancia en los cauces naturales.
- e) Para la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas cuyo punto de captación se encuentre en un cauce natural no se requerirá de la autorización de la respectiva Municipalidad.
- f) De conformidad con lo señalado en el artículo 26 del Código de Aguas, para ejercer un derecho de aprovechamiento de aguas constituido en cauces naturales no se requerirá, para conducir las aguas, la autorización de la Municipalidad respectiva, toda vez que la sola constitución del derecho de aguas implica por sí el otorgamiento de una concesión sobre los terrenos que constituyen el bien nacional de uso público.