

COMPETENCIA ADMINISTRATIVA PARA AUTORIZAR EL USO Y CONSTRUCCIÓN DE OBRAS HIDRÁULICAS EN CAUCES NATURALES. EL CASO DE LOS POZOS DE EXPLORACIÓN Y EXPLOTACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

**Comentario a dictámenes N°s. 53.482 de 2005 y 46.192
de 2004 de la Contraloría General de la República**

Alejandro Vergara Blanco¹

Resumen: El autor comenta críticamente la doctrina de la Contraloría General de la República que encuentra ajustada a derecho la exigencia de la Dirección General de Aguas de requerir autorización municipal para construir un pozo en un cauce natural, en medio de un procedimiento concesional de derechos de explotación de aguas subterráneas en que el pozo respectivo para explorar y alumbrar aguas ya está construido en el cauce en virtud de una autorización previa de la propia Dirección General de Aguas. El autor sostiene que la autoridad competente para otorgar la concesión de uso de los terrenos públicos en que se construye una obra hidráulica es la Dirección General de Aguas, la que debe ejercerse en el mismo acto administrativo que constituye el derecho de aprovechamiento de aguas.

Palabras clave: Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas (exploración-explotación) – cauces naturales (obras hidráulicas) – potestades administrativas (Dirección General de Aguas – Municipalidades) – coordinación administrativa.

INTRODUCCIÓN. REITERACIÓN DE UNA ERRÓNEA LÍNEA JURISPRUDENCIAL

Ya en 2004, la Contraloría General de la República (CGR) emitió el dictamen N° 46.192, aceptando la legitimidad de que la Dirección General de Aguas (a pesar de ser tal órgano el competente, como argumentamos más adelante) exija al solicitante de un derecho de explotación de aguas subterráneas, una autorización municipal para el uso del cauce natural en que se encuentra la captación de tales aguas subterráneas. Arguye como fundamen-

tos los artículos 32 del Código de Aguas, 22 de la Resolución de la propia Dirección General de Aguas N° 186, de 1996 y 5° de la Ley N° 18.695, de 1986, Orgánica Constitucional de Municipalidades. En dicho dictamen, el órgano contralor acoge el criterio de la Dirección General de Aguas, autoridad ésta que curiosamente omite ejercer sus propias competencias.

Mediante el dictamen N° 53.482, de 2005, la Contraloría reitera tal criterio, ofreciendo algunos argumentos nuevos, ya no sólo el increíble argumento de la que en 2004 lla-

ma “costumbre administrativa”: *¿como siempre se ha hecho así, no se ven razones para cambiar!*

Ofrezco un comentario crítico de esta errada línea jurisprudencial

I. COMPETENCIA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS PARA AUTORIZAR EL USO Y CONSTRUCCIÓN DE POZOS DE EXPLORACIÓN DE AGUAS SUBTERRÁNEAS EN CAUCES NATURALES

La cuestión es saber cuál es la autoridad competente para otorgar la concesión de los terrenos necesarios para construir un pozo para la exploración y posterior ejercicio del derecho de explotación de aguas subterráneas en los álveos o cauces naturales (orillas de ríos o lagos), que son bienes nacionales de uso público, o de “dominio público”, como lo llama el art. 30 inciso 2° del Código de Aguas. Esto es, cabe distinguir:

- por una parte, el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas que otorga la Dirección General de Aguas;
- por otra parte, el derecho a ocupar un terreno de bien público (cauce de un río) para construir el pozo de captación del cual se extraerán tales aguas.

Como se ve, son dos aspectos conectados, pero distintos.

Veremos que *la legislación especial del Código de Aguas resuelve este asunto*. En efecto, dicha regulación, en el caso de los bienes nacionales, cabe analizarla no sólo respecto a la explotación de aguas subterráneas, sino también a la exploración, que necesariamente precede a aquélla. Así, cabe distinguir los procedimientos administrativos de “exploración” y de “explotación” de aguas subterráneas.

Pues para que en definitiva se constituya un derecho de aprovechamiento para explotar aguas subterráneas en bienes nacionales de

uso público, que permita “explotar” tales aguas, previamente establece la ley la necesidad de “explorar”, para comprobar su existencia; y sólo una vez realizada tal comprobación en la fase de exploración se podrá iniciar por el interesado el procedimiento concesional de explotación.

a) Procedimiento administrativo de exploración de aguas subterráneas. Es una fase previa ineludible en el caso de los terrenos públicos. Está regulado únicamente en el artículo 58 del Código de Aguas, situado en el Título VI del libro I, dedicado a las “aguas subterráneas”.

En el tema que interesa, tal art. 58 en su inciso 2° señala expresamente que es la Dirección General de Aguas la que otorgará la “autorización” para realizar las faenas de exploración en “bienes nacionales” (donde cabe comprender a los bienes públicos). En otras palabras es la Dirección General de Aguas la que, para explorar aguas subterráneas, “autoriza” la construcción de pozos de sondaje en tales bienes públicos.

Dato legal que cabe retener, ya que la construcción del pozo respectivo para comprobar y “alumbrar” la existencia de aguas subterráneas, se realiza ocupando el terreno de bienes público respectivo, bajo la única “autorización” de la Dirección General de Aguas.

Además, sólo una vez que este pozo ha sido construido (ocupando un terreno de bienes públicos, como es el caso del cauce natural, con “autorización” de la señalada Dirección), y “alumbradas” las aguas, puede el solicitante continuar a la siguiente fase: al procedimiento de “explotación”, pidiendo la concesión del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, para su explotación.

b) Procedimiento administrativo de concesión de explotación de aguas subterráneas. Es necesario agregar un aspecto de hecho de esta hipótesis, que no pudo escapar a la información de los dos órganos que han sustentado el errado criterio que criticamos, y que origina una injusticia para todo administrado: en el

pozo que ha sido construido en el cauce natural con autorización de la Dirección General de Aguas, otorgada en el procedimiento de “exploración”, es donde se “alumbran” aguas, cumpliendo su objetivo esta primera fase, de “exploración”. Y, es con la misma obra hidráulica, así construida y autorizada, que se inicia la segunda fase de “explotación”, ante la misma Dirección General de Aguas. Fase precedida ineludiblemente, de este modo, por la de “exploración”, en el caso de los terrenos de bienes públicos.

Está regulado en especial este procedimiento únicamente por los artículos 59 a 61 del Código de Aguas (los restantes artículos 62 a 68 del subtítulo relativo a la materia, más bien se refieren al ejercicio de los derechos de aguas subterráneas). Estos arts. 59 a 61 no contienen ninguna norma relativa a la ocupación de bienes nacionales para la explotación de aguas subterráneas, salvo la remisión a las reglas generales.

c) Concesión simultánea de “terrenos públicos”. Cabe analizar si la legislación contenida en el Código de Aguas establece normas relativas a la ocupación de bienes públicos para la construcción de obras de aprovechamiento de aguas, de las cuales se derive alguna competencia o potestad para la Dirección General de Aguas, u otra autoridad.

Al respecto, el art. 32 del Código de Aguas, junto con señalar que “sin permiso de la autoridad competente, no se podrán hacer obras o labores en los álveos”, agrega que ello es con excepción (“salvo”, dice), lo dispuesto en los artículos (...) 26 [del Código]”. Por su parte, el artículo 26 al que alude la norma citada, señala en su inciso 1°:

“El derecho de aprovechamiento comprenderá la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo”.

En otras palabras, tal artículo 26 del Código de Aguas configura una competencia específica en la misma autoridad que constituye el derecho de aguas, señalando que al mis-

mo tiempo que constituye un derecho de aprovechamiento de aguas, está dotada de la competencia para otorgar “*la concesión de terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo*”. Así, es la misma autoridad que constituye originariamente el derecho de aprovechamiento de aguas (que es la Dirección General de Aguas, según lo dispone el art. 20 inciso 1° del Código de Aguas), la que tiene la potestad/deber de otorgar, en el mismo instante que otorga tal derecho de aguas, “*la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo*”.

Entonces, la concesión de “terrenos de dominio público” (que es el caso del cauce de un río), por mandato legal, se “comprenderá” en el acto de autoridad que otorga el derecho de aguas. Por lo tanto, cada vez que la Dirección General de Aguas otorga un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas para la explotación de tales aguas, en su acto de autoridad no sólo debe otorgar tales derechos (art. 22), sino que la ley, de pleno derecho, *ipso jure*, declara que, en tal acto, *todo terreno de dominio público necesario se “comprenderá” en la concesión*.

Lo anterior, por lo demás, es plenamente coherente y se complementa con las menciones y especificaciones técnicas que según el art. 149 N°s. 2, 4 y 7 del Código de Aguas, debe contener la resolución respectiva.

II. ACTO ADMINISTRATIVO BIFRONTE: OTORGA A LA VEZ CONCESIÓN DE DERECHO DE AGUAS Y DE TERRENOS PÚBLICOS NECESARIOS

La resolución que concede un derecho de aprovechamiento de aguas, dictada por la Dirección General de Aguas es, entonces, un acto administrativo bifronte, pues junto con otorgar el derecho de aguas, concede los terrenos necesarios para las obras en un cauce.

Sólo éste es título habilitante para ocupar en forma permanente, en la medida que

sea necesario, un bien público como son los cauces naturales o álveos.

Y así se torna coherente la excepción establecida en el artículo 32 del Código de Aguas, según la cual se requiere el permiso de la autoridad competente para hacer obras y labores en los álveos, salvo el caso del artículo 26, dado que es la propia resolución constitutiva del derecho de aprovechamiento de aguas la que a la vez concede el derecho de uso y de ocupación de los terrenos públicos necesarios para hacer efectivo el derecho de aguas (esto es, para ejercer el derecho de aguas).

a) Concesión de terrenos públicos para construir obras hidráulicas es potestad de la Dirección General de Aguas

Por lo tanto, no es por vía implícita, ni a través de una interpretación amplia, ambigua o forzada que se puede llegar a determinar la plena competencia y potestad de la Dirección General de Aguas para otorgar ella misma, y no otra autoridad, la “concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo” (como son los terrenos del cauce de un río cuando el pozo se ubica en éste), sino a través de la aplicación directa del art. 26 del Código de Aguas, cuya regla abarca tanto a las aguas superficiales como a las aguas subterráneas, como fluye del art. 20 inciso 1° del Código de Aguas.

Así debe entenderse la norma simplemente administrativa (ni siquiera reglamentaria) contenida en el art. 22 de la Resolución N° 186, de 1996, de la Dirección General de Aguas, pues es precisamente tal autoridad la que tiene a su cargo la administración especial de los terrenos de todo cauce natural, en el caso concreto en que son destinados a la construcción de obras hidráulicas.

Así también debe entenderse coherentemente exceptuado de la regla general del art. 5 letra c) de la Ley N° 18.686, Orgánica Constitucional de Municipalidades, el caso de las obras en cauces naturales para la explotación de aguas subterráneas (como para las superfi-

ciales); pues, según el artículo 26 del Código de Aguas, ello es potestad de la Dirección General de Aguas, debiendo darse aplicación así a la cláusula legal contenida en la frase final de la letra c) del artículo 5 citado: “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”.

b) Concesión de terrenos públicos para construir obras hidráulicas no es potestad de las municipalidades

El Código de Aguas ha conferido a la Dirección General de Aguas la facultad de otorgar la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para ejercer un derecho de aprovechamiento de aguas (art. 26), y excluye entonces, en esos casos, la necesidad de obtener una autorización para hacer tales obras o labores en los álveos o cauces ante otra autoridad (art. 32 frase final). Por lo tanto, no es jurídicamente correcto que, en medio de un procedimiento concesional de explotación de aguas subterráneas, la Dirección General de Aguas requiera al solicitante que la Municipalidad respectiva autorice tales obras.

La Contraloría ha interpretado el art. 22 de la Resolución DGA N° 186, de 1996, en el caso de la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas respecto de pozos ubicados en un cauce natural, en tanto se refiere al permiso del “organismo que tiene a su cargo un bien nacional de uso público”, que en este caso cabe entenderlo referido a las municipalidades.

Además, ha interpretado erróneamente la Contraloría el Código de Aguas, al señalar que no contiene disposiciones expresas que le otorguen a la Dirección General de Aguas facultades para autorizar la construcción de pozos en un cauce natural o álveo, y que, en consecuencia, se requiere de un permiso de la municipalidad respectiva, dada su competencia residual sobre los bienes nacionales de uso público ubicados en su territorio.

Como se ha argumentado antes, tal criterio del órgano contralor no guarda estricta coherencia con disposiciones expresas contenidas en el Código de Aguas, en especial sus artículos 32 y 26 y 299 letra c), de las que en realidad cabe concluir que no es necesaria una autorización o permiso especial de las municipalidades para la construcción de pozos en el lecho de un cauce natural o álveo, al constituirse un derecho de “explotación” de aguas subterráneas, sino que es la propia DGA la que, además, debe otorgar concesión sobre ese terreno.

En consecuencia, en el caso de un procedimiento administrativo de “explotación” de aguas subterráneas (a extraerse en terrenos públicos), es la resolución constitutiva del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas la que, conjuntamente con otorgar tal derecho de aguas, debe conceder el derecho para ocupar en forma permanente el cauce natural —en cuanto terreno de dominio público (art. 26)— y habilitar para mantener en él las obras ya autorizadas por la DGA (art. 32).

III. APLICACIÓN DE PRINCIPIOS DE COMPETENCIA Y COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA EVITAN INCOHERENCIAS

De acuerdo al principio de unidad de competencia administrativa, si se ha conferido a un órgano administrativo la potestad para otorgar una concesión (en este caso, la concesión de un cauce o álveo, en cuanto terrenos públicos, para ser ocupados al ejercer un derecho de aprovechamiento de aguas), tal asignación de potestades excluye a otros organismos administrativos de ejercer idéntica función.

En este caso, si los artículos 32 y 26 del Código de Aguas otorgan tal potestad de un modo expreso a la Dirección General de Aguas, no cabe atribuir tal potestad, por vía interpretativa, y basándose en una regla residual, a las municipalidades. Hay un quebran-

to doble: al principio de unidad competencial y a las reglas de una sana interpretación.

Este principio cabe armonizarlo, además, con el principio de la coordinación administrativa, consagrado en el artículo 5° inciso 2° de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, que tiene el fin de evitar la duplicación o interferencia de funciones.

Sin una debida coordinación en esta materia, se deriva la grave descoordinación siguiente:

1° que, en un procedimiento de constitución de un derecho de “exploración” de aguas subterráneas, la Dirección General de Aguas ha autorizado el uso de un terreno de bien público (cauce de un río) para construir un pozo de aguas subterráneas, para explorar su existencia, y

2° que en el procedimiento sucesivo y necesario, de “explotación” de aguas subterráneas, en que ya ha sido materialmente construido el pozo (dada la autorización de la Dirección General de Aguas), venga ahora la municipalidad respectiva a denegar tal concesión.

¿En qué situación queda el administrador ante posibles criterios discrepantes de las dos autoridades (Municipalidad y Dirección General de Aguas)?

Para evitar descoordinaciones, el Código de Aguas ha configurado una regla lógica y adecuada: que el mismo organismo que “autorizó” el uso del terreno público para la construcción del pozo para “explorar”, sea quien se pronuncie en el ulterior procedimiento de constitución del derecho de explotación de aguas subterráneas, y no sea entregado a otro organismo administrativo, que además de no contar con la capacidad técnica para evaluar tal solicitud de índole hidráulica, como es el caso de las municipalidades. Esto es lo que se ha determinado expresamente en el artículo 26 del Código de Aguas.

Si se analiza bajo tales principios el art. 5 letra c) de la Ley Orgánica Constitucional

de Municipalidades resulta plenamente coherente, en cuanto dispone que éstas tienen atribuciones para administrar los bienes 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”*.

La competencia de las municipalidades respecto de los bienes nacionales de uso público ubicados en su territorio es residual, en el sentido que sólo le corresponde ejercer su administración cuando ésta no ha sido asignada a otro órgano administrativo. Y, como se deriva de los artículos 26 y 32 del Código de Aguas, el legislador ha entregado a la Dirección General de Aguas, en forma expresa, la potestad para autorizar a particulares la construcción de obras de captación –como un pozo en este caso– y el uso de cauces naturales.

CONCLUSIONES:

1º El Código de Aguas dispone de una norma expresa (art. 26) en que confiere a la Dirección General de Aguas la potestad/deber de conceder el uso de terrenos públicos, como es el caso de un cauce natural, al constituir un derecho de aprovechamiento de aguas que requiera tal terreno para su ejercicio.

Si bien el art. 32 del Código de Aguas exige, para la ejecución de obras o labores en álveos, contar con el *“permiso de la autoridad competente”*, excluye expresamente de esta exigencia al art. 26, es decir, el caso en que es la propia Dirección General de Aguas a la que corresponde otorgar la concesión sobre esos bienes nacionales de uso público.

2º En consecuencia, no cabe aplicar la competencia residual asignada a las Municipalidades por el art. 5 letra c) de la Ley Nº 18.695, pues la administración de los álveos o cauces naturales, para efectos de construir pozos y otras obras necesarias para ejercer un derecho de aprovechamiento de aguas, ha sido

asignada a la Dirección General de Aguas, a quien corresponde otorgar la correspondiente concesión de terrenos públicos en el mismo acto administrativo concesional del derecho de aguas (art. 26 del Código de Aguas), por lo que, al respecto, no se requiere autorización de otra autoridad administrativa (dada la excepción establecida en el art. 32 del Código de Aguas).

3º Y bajo tal conclusión, es improcedente que la propia Dirección General de Aguas requiera, en medio de un procedimiento administrativo de explotación de aguas subterráneas, a un solicitante de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, la obligación de contar con una autorización municipal para ocupar parte de un cauce natural, cuando es esa misma autoridad (la DGA) la llamada por la ley para entregar en concesión dichos terrenos de bienes públicos necesarios para hacer efectivo ese derecho de aguas.

Aún más, resulta claramente improcedente e injusto dicho requerimiento cuando el pozo respecto del cual se solicitan los derechos de explotación de aguas subterráneas ya ha sido previamente construido, con la autorización de la propia Dirección General de Aguas, mediante una previa concesión de exploración de aguas subterráneas.

4º Por lo anterior, en virtud de las argumentaciones jurídicas expuestas, no resulta jurídicamente adecuado el criterio sustentado por la Contraloría General de la República en sus Dictámenes Nº 46.192, de 2004, y Nº 53.482, de 2005, al exigir una autorización municipal para construir un pozo en un cauce natural y constituir derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas respecto del mismo, pues dicha potestad se encuentra radicada en la Dirección General de Aguas, que es el organismo público facultado por el artículo 26 del Código de Aguas para otorgar en concesión los *“terrenos de dominio público”* necesarios para ejercer derechos de aprovechamiento de aguas. Y dicha potestad debe ser ejercida en el mismo

acto administrativo por el cual otorga el derecho de aprovechamiento de aguas.

ANEXO

DICTAMEN N° 53.482, DE 2005 (Y 46.192, DE 2004). CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Doctrina: 1° Cabe exigir en medio de un procedimiento administrativo de constitución de derechos de aguas autorización municipal previa, para ocupar cauces naturales para el efecto de construir obras hidráulicas, dado lo que dispone el artículo 32 del Código de Aguas, lo que cabe complementar con el artículo 22 de la Resolución DGA N° 186, de 1996; y artículo 5° letra c) de la Ley 18.695 Orgánica Constitucional de Municipalidades.

2° El Código de Aguas no ha dotado a la Dirección General de Aguas de atribuciones expresas para intervenir en los actos de competencia privativa de los órganos encargados de administrar bienes nacionales de uso público y las facultades de administración, policía y vigilancia que asisten a la Dirección General se encuentran referidas a situaciones distintas a la de ocupación de cauces naturales para el efecto de construir obras hidráulicas.

3° La “costumbre administrativa” exigió siempre la autorización de los municipios para explotar aguas en bienes nacionales de uso público existentes en la comuna, sin que esta Entidad de Control advierta fundamento para variar la interpretación y aplicación de estas normas.

4° El artículo 26 del Código de Aguas debe entenderse en el sentido de que previamente al otorgamiento del derecho de aprovechamiento de aguas, es necesaria la autorización de la autoridad encargada de la administración del terreno. Una vez obtenida dicha autorización, el derecho comprende la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo.

5° Al disponer la letra c) del artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipi-

palidades que la administración de los bienes nacionales de uso público ubicados dentro de su territorio corresponde a las municipalidades, debemos entender que son éstas las encargadas de otorgar la autorización para la construcción de las obras de captación realizadas dentro de su territorio. En lo que respecta a la salvedad que señala la misma disposición, si bien los fines de esos bienes –conceder el derecho de aprovechamiento de aguas– podrían estar entregados a la Dirección General de Aguas, no se cumple con el segundo requisito de la excepción: “y de conformidad a la ley”, pues no hay artículo expreso en tal sentido.

6° El Código de Aguas ha establecido que en el caso de la “exploración” de aguas subterráneas, se requiere únicamente la autorización de la Dirección General de Aguas para construir pozos y alumbrar aguas subterráneas en bienes nacionales; pero cuando se trata de la “explotación” se va [a] las normas generales [sic], esto es, se precisa de la autorización de la autoridad competente: la municipalidad respectiva en el caso concreto.

7° Se encuentra ajustada a derecho la exigencia de la Dirección General de Aguas de requerir autorización municipal para construir un pozo en un cauce natural con el objeto de constituir derechos de aprovechamiento de aguas.

1. DICTAMEN N° 53.482, DE 14 DE NOVIEMBRE DE 2005

(...) La sociedad individualizada en el epígrafe, solicita reconsideración del oficio N° 46.192, de 2004, de esta Contraloría General, en virtud del cual se concluyó que se ajusta a derecho la exigencia formulada por la Dirección General de Aguas de requerir autorización municipal previa para la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a extraer desde un punto de captación ubicado en el cauce de un estero.

La petición se fundamenta, en primer término, en la circunstancia de que existe nor-

ma legal expresa –el artículo 26 del Código de Aguas– que radica en la Dirección General de Aguas la facultad de disponer de bienes nacionales de uso público para efectos de otorgar derechos de aprovechamiento de aguas y en que, conforme al artículo 58 del mismo Código, la Dirección General de Aguas posee la facultad de autorizar la construcción de pozos en bienes nacionales, como un cauce natural, en este caso, a los titulares de concesiones de exploración de aguas subterráneas.

Agrega que el artículo 32 del cuerpo legal ya citado exige para la ejecución de obras o labores en álveos, contar con el permiso de la autoridad competente, pero excluye de esta exigencia al caso del artículo 26, es decir, cuando corresponde a la propia Dirección General de Aguas otorgar la concesión sobre estos bienes nacionales de uso público. Señala que en consecuencia no cabe aplicar la competencia residual asignada a las municipalidades por el artículo 5°, letra c), de la Ley N° 18.695, pues la administración de los álveos o cauces naturales, para efectos de construir pozos y otras obras necesarias para ejercer un derecho de aprovechamiento de aguas, ha sido asignada a la Dirección General de Aguas, a la que compete otorgar la correspondiente concesión sin requerir autorización de otra autoridad administrativa.

Concluye el recurrente señalando que es improcedente que la propia Dirección General de Aguas requiera a un solicitante de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas la obligación de contar con una autorización municipal para ocupar parte de un cauce natural, cuando es ella misma la designada por la ley para entregar en concesión dichos terrenos de bienes públicos necesarios para hacer efectivo ese derecho.

Finalmente argumenta que resulta claramente improcedente dicho requerimiento cuando el pozo respecto del cual se solicitan los derechos de aprovechamiento de aguas ya fue construido, bajo autorización de la propia

Dirección General de Aguas, mediante una concesión de exploración de aguas subterráneas.

Al respecto, cumple señalar que este Órgano de Control estima que el artículo 26 del Código de Aguas debe entenderse en el sentido de que previamente al otorgamiento del derecho de aprovechamiento de aguas, es necesaria la autorización de la autoridad encargada de la administración del terreno. Una vez obtenida dicha autorización, el derecho comprende la concesión de los terrenos de dominio público necesarios para hacerlo efectivo.

A mayor abundamiento, el artículo 22 de la resolución N° 186, de 1996, de la Dirección General de Aguas, sobre exploración y explotación de aguas subterráneas, dispone que el peticionario del derecho deberá acreditar su dominio sobre el inmueble donde se encuentra ubicada la captación con copia de la inscripción correspondiente o la autorización de su dueño y si la obra de captación está ubicada en un bien nacional de uso público, se requerirá la autorización del organismo bajo cuya administración éste se encuentre.

En concordancia con lo anterior, al disponer la letra c) del artículo 5° de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que la administración de los bienes nacionales de uso público ubicados dentro de su territorio corresponde a las municipalidades, debemos entender que son éstas las encargadas de otorgar la autorización para la construcción de las obras de captación realizadas dentro de su territorio. En lo que respecta a la salvedad que señala la misma disposición, si bien los fines de esos bienes –conceder el derecho de aprovechamiento de aguas– podrían estar entregados a la Dirección General de Aguas, no se cumple con el segundo requisito de la excepción: “y de conformidad a la ley”, pues no hay artículo expreso en tal sentido.

Respecto de inferir una norma general a partir del artículo 58 del mencionado cuerpo legal, cabe señalar que ello no resulta pro-

cedente, por cuanto el referido código ha establecido que en el caso de la “exploración” de aguas subterráneas, se requiere únicamente la autorización de la Dirección General de Aguas para construir pozos y alumbrar aguas subterráneas en bienes nacionales, pero cuando se trata de la “explotación” se va a las normas generales, esto es, se precisa de la autorización de la autoridad competente: la municipalidad respectiva en el caso concreto.

En lo que atañe a las facultades de la Dirección General de Aguas contenidas en la letra c) del artículo 299, ellas se limitan a la policía, esto es, al buen orden que se observa y guarda en un determinado lugar, cumpliéndose las leyes u ordenanzas establecidas para su mejor gobierno; y a la de vigilancia, que no es otra cosa que el cuidado y atención exacta en las cosas que están a cargo de ella.

En mérito de las consideraciones anteriores, debe desestimarse la solicitud de la especie y se confirma el oficio N° 46.192, de 2004, por encontrarse ajustada a derecho la exigencia de la Dirección General de Aguas de requerir autorización municipal para construir un pozo en un cauce natural con el objeto de constituir derechos de aprovechamiento de aguas.

Saluda atentamente a Ud.,
Noemí Rojas Llanos
Subcontralor General de la República

2. DICTAMEN N° 46.192, DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2004

(...) La sociedad individualizada en el epígrafe solicita a esta Contraloría General un pronunciamiento relativo a la legalidad de la autorización municipal previa que la Dirección General de Aguas ha requerido para la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas a extraer desde un punto de captación ubicado en el cauce de un estero.

Al respecto, señala el recurrente que siendo la Dirección General de Aguas un Servicio

dotado por el ordenamiento jurídico de facultades de administración, policía y vigilancia, entre otras, sobre los bienes nacionales de uso público, carácter que poseen los cauces naturales, sería ese organismo el competente para expedir las autorizaciones que procedan a su respecto, y no las Municipalidades que sólo tienen una competencia residual.

La Dirección General de Aguas, en informe evacuado a solicitud de este Organismo Contralor, por Ord. N° 151, de 2004, expresa, en síntesis, que procede requerir dicha autorización, la cual debe ser otorgada por las respectivas Municipalidades por mandato legal, las administradoras de tales bienes, y por consiguiente les incumbe otorgar el permiso correspondiente.

Sobre el particular, cumple señalar que el artículo 30, inciso primero, del Código de Aguas, dispone: “Álveo o cauce natural de una corriente de uso público es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas”. Dicho suelo, conforme al inciso segundo, es de dominio público y no accede mientras tanto a las heredades contiguas. Conforme a tales preceptos, en armonía con lo dispuesto en el artículo 589 del Código Civil, el cauce de un estero tiene la naturaleza jurídica de un bien nacional de uso público.

Por otra parte, el artículo 32 del cuerpo legal referido dispone que sin permiso de la autoridad competente, no se podrá hacer obras o labores en los álveos, salvo lo dispuesto en los artículos 8°, 9°, 25, 26 y en el inciso segundo del artículo 30.

Ahora bien, el artículo 22 de la resolución N° 186, de 1996, de la Dirección General de Aguas, que contiene normas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas, dispone que el peticionario del derecho deberá acreditar con copia de la inscripción correspondiente su dominio sobre el inmueble donde se encuentra ubicada la captación o autorización de su dueño, y que si la obra de captación está ubicada en un bien nacional de uso

público, se requerirá la autorización del organismo bajo cuya administración éste se encuentre.

A su turno, el artículo 5° de la ley 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, consagra entre las atribuciones esenciales de estas Corporaciones - letra c)-, “la de administrar los bienes municipales y nacionales de uso público existentes en la comuna salvo que por su naturaleza o fines y de conformidad a la ley su administración corresponda a otros órganos de la Administración del Estado”.

En armonía con los preceptos indicados la jurisprudencia de esta Entidad Fiscalizadora, entre otros, en los dictámenes N°s. 35.720, de 1996, y 4.516, de 2004, ha concluido que tratándose de “bienes nacionales administrados por las Municipalidades de conformidad con el artículo 5°, letra e), de la ley N° 18.695, a ellas les incumbe otorgar la autorización a nombre del dueño para explotar aguas subterráneas exigida en el artículo 22 de la resolución N° 186, del año en curso, de esa Dirección General”.

En este sentido, cumple señalar que el artículo 58, inciso segundo, del Código de Aguas, al indicar que en bienes nacionales sólo se podrá explorar con la autorización de la Dirección General de Aguas, alude exclusivamente a la exploración de las aguas subterráneas y no a la explotación, por lo cual no se puede extender la competencia del referido Servicio a esta última actividad, ya que la entrega de facultades de administración, entre las cuales figuran las autorizaciones, debe ser expresa y en ningún caso el resultado de una labor de interpretación.

En este orden de ideas corresponde agregar que las disposiciones del Código de Aguas no han dotado a la Dirección respectiva de atribuciones expresas para intervenir en los actos de competencia privativa de los órganos encargados de administrar bienes nacionales de uso público, aseveración que adquiere mayor relevancia si se considera que por mandato de la Carta Fundamental las municipalidades son

corporaciones autónomas, cuyas funciones y atribuciones están establecidas en una ley orgánica constitucional.

Al respecto, resulta oportuno puntualizar que una interpretación contraria llevaría a restringir el ámbito de aplicación del artículo 5, letra e); de la ley N° 18.695, e implicaría desconocer las facultades de los municipios y contravenir, en consecuencia, el principio de legalidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, toda vez que el precepto referido no efectúa distinción alguna acerca del tipo de bienes nacionales de uso público ubicados en la comuna que son administrados por las entidades edilicias, sino que tan sólo contempla una excepción que consigna dos presupuestos básicos y copulativos para su aplicación: la naturaleza o fines de los bienes y que las facultades de administración sean conferidas por ley, situación que no acontece en la especie, respecto de la materia en análisis; por ende, tiene plena aplicación la regla general de administración por parte del municipio.

Seguidamente, cumple con precisar que el artículo 3°, letra A) N° 4 del decreto ley 1289, de 1975, anterior Ley Orgánica de Municipalidades y Administración Comunal, contenía una disposición similar a la de la actual ley 18.695, y bajo su imperio se exigió siempre la autorización de los municipios para explotar aguas en bienes nacionales de uso público existentes en la comuna, sin que esta Entidad de Control advierta fundamento para variar la interpretación y aplicación de normas similares.

En mérito de las consideraciones precedentes, la autorización municipal exigida por la Dirección General de Aguas para la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas cuyo punto de captación se ubica en el cauce de un estero, se encuentra ajustada a derecho.

Finalmente, corresponde señalar que las facultades de administración, policía y vigilancia que asisten a la Dirección General, se en-

cuentran referidas a situaciones distintas a la de la especie.

Transcríbase a la Dirección General de Aguas.

Saluda atentamente a Ud.,
Noemí Rojas Llanos
Contralor General de la República
Subrogante

