

MODIFICACIÓN DEL MARCO REGULATORIO DE LAS AGUAS POR MEDIO DE ACTOS DE ORDEN INTERNO EMANADOS DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS*

ALEJANDRO VERGARA BLANCO**

INTRODUCCIÓN. CONSIDERACIONES PREVIAS

A. MODIFICACIÓN DEL MARCO REGULATORIO Y EL PRINCIPIO DE JURIDICIDAD-LEGALIDAD

En anteriores Jornadas de Derecho de Aguas me refería a las potestades regulatorias de la Dirección General de Aguas (DGA), y en especial, se analizaba la juridicidad-legalidad de dos actos dictados por este órgano:

a.- Resolución D.G.A. N° 425, de 31 de diciembre de 2007, que dispone normas de exploración y explotación de aguas subterráneas, y

b.- Resolución (Exenta) D.G.A. N° 3.504, de 17 de diciembre de 2008, que aprueba “Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos”.

Como sabemos, la DGA, en cuanto órgano de la Administración, debe someterse en cada una de sus actuaciones al Principio de juridicidad-legalidad, constituido este último por las leyes dictadas conforme a la Constitución y por los derechos y garantías fundamentales.

Así, sus actuaciones sólo pueden llevarse a cabo en caso de que exista una habilitación legal previa.

Como se señaló, la DGA no cuenta con una habilitación previa que le otorgara potestades tipificadas ni suficientes para poder modificar el marco regulatorio de las aguas a través de la dictación de la Resolución N° 425, de 2007, y el “Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos”.

Esto, ya que corresponderá al Poder Legislativo aprobar, modificar, derogar y declarar el ámbito exclusivo, taxativo y máximo de la ley y, por otra parte, corresponderá al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria.

Cualquiera intromisión de cualquier órgano distinto en tales ámbitos es inconstitucional, viciada de nulidad por invadir potestades privativas de otras entidades, y por asumir una autoridad –en el caso de la Resoluciones indicadas la DGA– una función no conferida expresamente por la Constitución o las leyes, en su caso.

* Se trata este texto de un aporte a la discusión; de ahí la ausencia de aparato crítico. Su tono más coloquial se explica por su origen: es una ponencia a las tradicionales Jornadas de Derecho de Aguas. Agradezco la colaboración de Nicolás Cannoni en la elaboración de este artículo.

** Abogado y Doctor en Derecho. Profesor Titular de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile.

De este modo, en el ordenamiento chileno son perfectamente distinguibles el ámbito legítimo de la ley, que denominamos *reserva legal*, y el ámbito legítimo del reglamento, esto es, la *potestad reglamentaria*.

Dicho esto, cabe señalar que una gran cantidad de los problemas del Derecho Administrativo actual se deben al quebranto de los marcos regulatorios; lo que aparece de manifiesto a la luz de la Resolución DGA N° 425, de 2007, y el “Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos”, que regulan materias propias de ley o de reglamento, sobrepasando así sus legítimas facultades.

En síntesis, podríamos señalar que los principales vicios y problemas advertidos respecto de la Resolución DGA N° 425, de 2007, y el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos son los siguientes:

1. *Ausencia de Ley y discrecionalidad administrativa*. Existen ámbitos de la legislación en que el Código de Aguas (CA) dispone normas escuetas y lagunosas, que no cumplen con el encargo que contiene la Constitución para el legislador, asumiendo el rol regulatorio la DGA a través de la dictación de resoluciones emanadas de ese Servicio.

2. *Efectos generales*. Resulta irregular la dictación de “normas generales” por medio de una simple Resolución del Director General de Aguas (que no es ni siquiera un Decreto Supremo del Presidente de la República o un Reglamento), basándose en el Código de Aguas que autoriza la dictación de normas técnicas internas para el mejor funcionamiento del Servicio, pero que en ningún caso puede interpretarse como una delegación legislativa para el establecimiento de “normas generales”.

3. *Sustituto legal o reglamentario*. Estas resoluciones prácticamente reemplazan a la Ley, transformándose en la práctica en norma supletoria del Código de Aguas. Esto correspondería hacerlo por Reglamento, en virtud de la potestad reglamentaria de ejecución establecida en el artículo 32 N° 3 de la Carta Fundamental.

4. *Falta de control o complicidad del órgano contralor*. DGA ejerce potestades regulatorias a través de resoluciones exentas, o bien, por medio de resoluciones que cuentan con la complicidad de este órgano de Control.

5. *Afectación de los derechos de los administrados*. Estos actos establecen exigencias directas a los administrados, superiores a las establecidas en el Código de Aguas.

B. ACTOS DE ORDEN INTERNO (AOI)

En seguida, siguiendo la línea anteriormente señalada, en las últimas Jornadas de Derecho Público, se ubicó a estos actos emanados de la DGA en el sitio que efectivamente les corresponde en atención a su naturaleza, que no es otra que la de Actos de Orden Interno (AOI).

Estos actos consisten en expresiones de la jerarquía administrativa, es decir, como una prescripción que el jefe de servicio da a los funcionarios sujetos a su autoridad en lo que concierne a la administración y aplicación de las leyes y reglamentos; siendo por tanto una manifestación de la potestad jerárquica, y no de la potestad reglamentaria.

Ciertamente tanto la Resolución DGA 425 como el Manual constituyen formalmente AOI, siendo esa la categoría o clasificación jurídica dentro de la cual se encuentran en el sistema de fuentes de nuestro ordenamiento jurídico; no obstante ello, en la realidad, –en “el ser”–, estos AOI se han transformado en verdaderos sustitutos de la ley, ante la falta de ella, lo que da cuenta de una situación preocupante que hemos tratado de poner sobre la mesa en estas ponencias y que debe ser abordada seriamente.

Además, con la dictación de la reciente Resolución N° 1.800, de 14 de julio de 2010, este tema vuelve a tomar la trascendencia que hemos querido hace tiempo instalar, y hace necesaria la fijación de criterios y normas por disposiciones que ostenten rango legal, y que sean dictadas por el órgano competente, no a través de la dictación de normas de carácter general disfrazadas en AOI.

En consistencia con las dos ponencias anteriores, en esta oportunidad se busca continuar una secuencia lógica, toda vez que lo expuesto anteriormente en ellas ha cobrado una especial relevancia en la realidad actual del Derecho de Aguas, en donde recientemente se ha constatado la existencia de un nuevo AOI dictado por la DGA en virtud de sus facultades regulatorias internas, y que debe ser ubicado dentro del sistema normativo en el lugar que le corresponde, sin que se pretenda darle un carácter de sustituto legal llenador de vacíos o lagunas, los cuales deben ser absorbidos –mientras no se modifique el marco regulatorio en la forma requerida– por la LBPA, cuerpo legal de carácter supletorio, de observancia obligatoria para todos los órganos de la Administración.

I. NUEVA DICTACIÓN DE UN AOI QUE AFECTA A LOS ADMINISTRADOS MODIFICANDO EL MARCO REGULATORIO DE LAS AGUAS: RESOLUCIÓN DGA N° 1.800, DE 14 DE JULIO DE 2010

Con fecha 14 de julio de 2010, la Dirección General de Aguas dictó la Resolución Exenta DGA. N° 1.800, que establece criterios de aplicación de la normativa por parte de la Dirección General de Aguas, en ciertas materias de la legislación de aguas vigente.

En síntesis, las características de dicha Resolución son las siguientes:

- i) Se trata de una Resolución Exenta;
- ii) Se señala se dictó en virtud de las facultades concedidas por el artículo 300 del Código de Aguas (CA);
- iii) Que tiene por objeto generar criterios de aplicación de la normativa de la legislación de aguas vigente, dentro de la legalidad vigente y ajustándose al principio de juridicidad que rige a todos los órganos de la Administración del Estado;
- iv) Entró en vigencia a contar del 26 de julio de 2010, fecha en que una referencia de ella fue publicada en el Diario Oficial;
- v) Su observancia es obligatoria para cada funcionario y/o dependencia de la Dirección General de Aguas.

Dada la necesidad actual de la administración eficiente del recurso hídrico, y el debate que ha suscitado la dictación de esta Resolución, cabe determinar su naturaleza en cuanto acto administrativo emanado de la autoridad, y referirse a su verdadero alcance y efectos jurídicos, los que sólo deberían circunscribirse al ámbito administrativo interno del Servicio.

1. Ilegalidad que la actuación de la DGA modifique el marco regulatorio de las aguas a través de la dictación de un AOI

Distinción previa:

a.- Artículo 299 CA: Atribuciones de la DGA en cuanto órgano de la Administración.

La actuación de la DGA puede afectar a los administrados sólo en aquellos casos previstos en la ley.

Así, esta norma señala el ámbito válido de actuación de la DGA frente a los administrados:

- i.- Planificación de desarrollo del recurso en las fuentes naturales;
- ii.- Investigar y medir el recurso;
- iii.- Ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público;
- iv.- En los casos en que no existan Juntas de Vigilancia, impedir que se extraigan aguas sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda, y
- v.- Supervigilar el funcionamiento de las organizaciones de usuarios.

b.- Artículo 300 CA: Atribuciones del Director General de Aguas, en cuanto Jefe Superior de ese Servicio. Actuación válida del Director General de Aguas.

Potestades regulatorias internas: Actos de Orden Interno (AOI), artículo 300 letra a) dispone que el Director General de Aguas podrá “Dictar las normas e instrucciones internas que sean necesarias para la correcta aplicación de las leyes y de los reglamentos que sean de la competencia de la Dirección a su cargo”.

No existe posibilidad de que el Director General de Aguas dicte normas que puedan ser oponibles a los administrados.

Afectación del Principio de juridicidad-legalidad: Actos de Orden Interno no pueden sustituir una ley o reglamento.

Potestad legislativa radica en el Poder Legislativo; mientras que la potestad reglamentaria lo hace en el Poder Ejecutivo.

Vía jurídica adecuada para modificar el marco jurídico aplicable a los administrados por iniciativa del Director General de Aguas:

Artículo 300 letra f) “Proponer al Ministro de Obras Públicas las modificaciones legales o reglamentarias que sean procedentes para el mejor cumplimiento de las funciones y objetivos del servicio”.

Precisión que hace la ley: “Proponer”, en ningún caso “dictar”.

2. Potestad regulatoria de la DGA: Dictación de normas e instrucciones internas. Fuente legal

La Administración ejerce sus potestades y atribuciones regulatorias, en materia de aguas, a través de la Dirección General de Aguas, que es, por tanto, el principal organismo que se encarga de la administración, cuidado y gestión de las aguas en nuestro país. Dicha Dirección, en tanto servicio público integrante de la Administración del Estado, está sometida a los principios generales de la actuación administrativa, muy en

particular, al principio de juridicidad (arts. 6º y 7º de la CPR): por ende, las actuaciones de dicho órgano sólo serán válidas en la medida que respeten tales límites.

Como se enunció anteriormente, el artículo 300 CA le permite al Director General de Aguas ejercer potestades regulatorias internas –dentro del Servicio– con el objeto de aplicar correctamente lo previsto en leyes y reglamentos; regulación que debe sujetarse estrictamente a dichos cuerpos normativos, sin exceder su ámbito de aplicación.

Por su parte, la letra c) del mismo artículo 300, establece como atribución del Director General de Aguas, *Dictar las resoluciones que corresponda sobre las materias que las leyes encomienden específicamente a los jefes superiores de servicios*. A este respecto, la norma básica en esta materia es el artículo 31 inciso segundo del D.F.L. N° 1/19.653, de 2000, que fija el texto refundido de la Ley N° 18.575, en cuanto dispone que *A los jefes de servicio les corresponderá dirigir, organizar y administrar el correspondiente servicio; controlarlo y velar por el cumplimiento de sus objetivos; responder de su gestión, y desempeñar las demás funciones que la ley les asigne*.

3. Naturaleza jurídica de la R DGA 1.800: Acto de Orden Interno (AOI)

En mérito de lo expuesto, cabe precisar que la Resolución DGA N° 1.800, de 2010, corresponde a una manifestación de la potestad jerárquica, y no de la potestad reglamentaria, siendo su naturaleza jurídica la de un AOI.

Existe consenso en cuanto a que estos actos no están destinados a innovar en el ordenamiento jurídico, creando, modificando o extinguiendo derechos *objetivos* o *subjetivos*, en la medida que no implican una relación o situación jurídica nueva; y por lo mismo es que no establecen obligaciones o derechos para los administrados ni fijan normas generales e imperativas, funciones que son propias de la función legislativa y de la *potestad reglamentaria* (Dictámenes N° 17.367, de 3 abril de 2009; N° 56.835, de 28 de noviembre de 2006; N° 45.522, de 9 de diciembre de 1998; N° 29.208, de 18 de diciembre de 1985; N° 2.886, de 1969). Precisamente, debido a que dichos actos no están llamados a innovar en el ordenamiento jurídico, ni a afectar derechos subjetivos de los administrados, es que lo mismos no están sujetos al control preventivo de legalidad que lleva a cabo la Contraloría General¹.

Se ha señalado que, por tratarse de actos que sólo surten efectos al interior de la Administración, son *inoponibles* a los particulares.

La DGA en su Oficio Ord. N° 281, de 18 de mayo de 2010, señala en relación a los AOI que dicta, específicamente el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, que éstos tienen por finalidad uniformar criterios a nivel del propio Servicio, para la correcta aplicación que debe efectuar la Dirección General de Aguas de la normativa vigente. Agrega, en tal sentido, que estos actos de carácter interno no pueden estar destinados a innovar en la normativa vigente, ya sea creando, modificando o extinguiendo los derechos de que son titulares los administrados.

¹ Vid. SILVA CIMMA 2009, 273. Y en Francia han estado tradicionalmente excluidos del control por parte del Consejo de Estado. Vid. ORTIZ DÍAZ 1957, 336.

Así, una instrucción de servicio dictada en virtud de las atribuciones del Director General de Aguas contempladas en el artículo 300 del Código de Aguas, no debiera tener fuerza obligatoria ni mayores efectos para los particulares, sino que sólo lo estrictamente necesario en la medida que dichas instrucciones son necesarias “para la correcta aplicación de las leyes y de los reglamentos que sean competencia de la Dirección a su cargo”, es decir, como un instructivo interno de la DGA.

4. Objeto declarado de la Resolución DGA 1.800: Fijación de criterios de aplicación de la normativa. Justificación: Mejor administración del recurso

La DGA ha elaborado la Resolución N° 1.800, de 2010, *para uso interno* y contiene una recopilación sistemática de los criterios, tanto legales como técnicos, aplicables a los procedimientos para la tramitación de las solicitudes sometidas a su consideración.

Señala en sus considerandos:

- i) Que existe la necesidad de generar criterios de aplicación de la normativa;
- ii) Que la satisfacción de esta necesidad se traduce en otorgar una certeza y seguridad jurídica al administrado;
- iii) Que procede ajustar la actuación del Servicio a los principios de la Ley N° 19.880;
- iv) Que, además, estos criterios servirán para el mejor actuar de la Dirección General de Aguas, tanto al interior de ella como con otros organismos;
- v) Finalmente, declara que esta Resolución N° 1.800 la dicta en el ejercicio de las facultades que le otorga el artículo 300 del Código de Aguas el Director de la Dirección General de Aguas.

Es decir, su objeto declarado no es otro que el de un AOI, esto es, establecer normas de carácter interno, en ningún caso una norma de carácter general oponible a los administrados, ya que no tiene las potestades para ello.

Los AOI que utilice la Administración Pública como criterios técnicos para adoptar sus decisiones discrecionales han de adecuarse al ordenamiento jurídico, dentro del cual debe ejercerse las potestades de este tipo, por lo que esos instrumentos están sometidos a las reglas y preceptos jurídicos.

II. FIJACIÓN DE CRITERIOS DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA A TRAVÉS DE LA DICTACIÓN DE UN AOI. PELIGROS

1. Anticipación de criterios de resolución

Los órganos decisorios no pueden adelantar criterios, toda vez que las distintas situaciones de hecho que se suscitan en la realidad imposibilitan que todos los casos se resuelvan de igual forma.

Además, estas situaciones diversas y las nuevas realidades que aparezcan en el tiempo harán necesaria la modificación y/o alteración de estos criterios de resolución, lo que puede provocar la inestabilidad del ordenamiento jurídico y su falta de certeza.

En cuanto a la interpretación de la ley, la anticipación de criterios de resolución tiende, además, a atentar contra una de las labores esenciales de los juristas, cual es la interpretación de las normas que componen el ordenamiento jurídico con el objeto de hacerlas aplicables a un caso específico.

Asimismo, esta resolución anticipada atenta contra la posibilidad de que los administrados efectúen presentaciones ante la autoridad, produciéndose una inactividad de los administrados quienes sabrán de antemano el resultado y la forma en que se fallarán sus presentaciones.

¿Qué pasaría si los Tribunales de Justicia adelantaran todas sus decisiones dictando un AOI dirigido a todo el Poder Judicial?

Aplicación correcta de la ley: Resolver caso a caso, toda vez que la existencia de elementos variables en cada situación hace inadecuada la fijación de criterios abstractos absolutos de resolución.

2. Materias: AOI no pueden exceder el ámbito de la ley. Resolución DGA N° 1.800 no es un sustituto legal ni reglamentario

La Resolución DGA N° 1.800 fue dictada exenta del trámite de Toma de Razón. Complementando lo anterior, cabe señalar que la exención de toma de razón por parte de la Contraloría de ciertos actos y resoluciones de los órganos de la Administración, según lo dispone la Resolución N° 1.600, tiene como fundamento la agilidad del procedimiento, pero tiene como presupuesto indispensable el hecho de que a través de ellas no se regulen materias de ley o se afecten derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares, ya que como expresa el Legislador en reiterados pasajes del ordenamiento jurídico, ello debe hacerse siempre por medio de una ley; por el contrario, la “*Resolución Exenta*” es un instrumento normativo de índole administrativa, el que posee la más baja calificación jerárquica en el sistema jurídico.

Seguramente todas estas regulaciones están guiadas por el intento de un jefe de servicio de mejorar las políticas de aguas; pero ello no ha de ser así en una sociedad democrática como la nuestra, en que las políticas generales de una materia tan relevante como las aguas subterráneas le corresponde decidir las al Parlamento, y no al Director General de Aguas de turno.

El ordenamiento jurídico no entrega a la DGA la potestad de dictar normas de carácter general; sino que lo que hace el artículo 299 es otorgarle atribuciones y funciones cuyo ejercicio debe respetar la CPR, las leyes y la normativa dictada en virtud de la potestad reglamentaria.

Esta norma en caso alguna faculta a la DGA para dictar una especie de “*vademécum*” de todas las situaciones posibles de las materias que tiene que resolver.

No puede en caso alguno otorgarse rango regulatorio a un AOI; sólo una ley o un reglamento puede modificar el marco regulatorio e innovar el ordenamiento jurídico produciendo efectos generales.

Así, la herramienta que la ley da al Director General de Aguas para promover cambios en el marco regulatorio es el proponer modificaciones legales o reglamentarias (artículo 300 letra f) CA).

3. Imposibilidad de impugnación por parte de los administrados. Obligatoriedad (falta de) para los Tribunales de Justicia

a. Indefensión de los administrados

Este acto administrativo tiene un carácter casuístico preocupante, toda vez que pretende extrapolar situaciones específicas y casos concretos hacia criterios y normas generales; criterios que además adelantan la forma de actuar que tendrá la DGA frente a situaciones concretas, pretendiendo darle fuerza legal a una determinada conducta o actuación, que sólo fue establecida en virtud de un AOI, dando cuenta de la arbitrariedad de sus decisiones.

¿Qué recursos proceden contra los AOI, como la RDGA N° 1.800, de 2010? Contra las resoluciones de la DGA proceden los recursos de reconsideración y reclamación judicial. (Arts. 136 y 137 CA).

¿Cuáles son los plazos para recurrir en contra de ella? El plazo que otorgan los arts. 136 y 137 CA es de 30 días contados desde la notificación del acto.

Surge la dificultad de que al haber transcurrido los plazos legales de impugnación, el administrado se encuentre en una posición de indefensión, imposibilitado de ejercer acciones en contra del AOI que le afecta.

¿Queda firme el AOI respecto de todo administrado que no recurrió en su contra?

En la práctica, la DGA ya está dictando resoluciones en que cita la RDGA N° 1.800 como norma integrante del sistema de fuentes que forman parte del ordenamiento jurídico.

Así, ¿puede impugnarse dentro de cualquier procedimiento en que la DGA la invoque como fundamento de sus decisiones?

b. Principios de confianza legítima y certeza jurídica mal entendidos

Con la anticipación de criterios por parte de la DGA, este Servicio ha señalado que por medio de la Resolución DGA N° 1.800, de 2007, ha pretendido otorgar una certeza y seguridad jurídica al administrado en relación al actuar institucional.

En este sentido una referencia de la Resolución DGA (exenta) N° 1.800, de 2010, fue publicada en el Diario Oficial, reafirmandose su carácter de AOI, toda vez que sólo fue distribuido en forma íntegra internamente en las reparticiones del organismo.

Decimos que los principios invocados por la DGA son mal entendidos por este Servicio, toda vez que estos principios velan por asegurar al administrado una regulación jurídica determinada dentro del marco legal correspondiente, pero en ningún caso se cumple con estos principios anticipando la resolución de un caso concreto de una determinada forma.

De entenderse así, bastaría la dictación de un AOI dirigido a cada órgano decisorio, lo que haría innecesaria la labor interpretativa de los juristas.

c. Inoperancia de la delegación de facultades y cercenamiento del recurso jerárquico

¿Es posible la inobservancia del AOI por parte de un funcionario del Servicio?

AOI: Estos actos tienen por objeto uniformar criterios al interior de un Servicio, pero en ningún caso pueden restringir el ámbito de actuación de sus funcionarios, propia de la delegación de atribuciones y facultades (artículo 41 LBGA).

De lo contrario, se estará haciendo inaplicable el recurso jerárquico (artículo 59 LBPA).

d. Deferencia judicial

En caso que los particulares impugnen por la vía judicial un AOI, la DGA citará este acto como una norma más dentro del ordenamiento jurídico.

Ante esto, conocida es la actitud de los Tribunales de Justicia frente a las resoluciones de la Dirección General de Aguas, haciendo casi imposible que se revierta judicialmente ese criterio emanado de ese Servicio.

Pese a lo señalado anteriormente, la Resolución DGA (exenta) N° 1.800, de 2010, al menos formalmente, goza, como todo acto administrativo, de las presunciones que les confiere el ordenamiento jurídico, establecidas en el inciso final del artículo 3° de la Ley 19.880, por lo cual, y pese a las irregulares características y naturaleza del mismo, es formalmente oponible a los particulares “autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediere una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional”. La presunción que la norma legal consagra, tiene por objeto hacer operativo el acto administrativo en la relación administrado – Administración, trasladando al particular la carga de impugnarlo en la vía administrativa o judicial, pero dicha presunción *iuris tantum* o de acto ajustado a derecho, tiene como presupuesto el cumplimiento de todos los requisitos que la misma Ley de Bases consagra.

En caso alguno los AOI obligan a los Tribunales de Justicia, por lo que los administrados se encuentran habilitados para cuestionar la juridicidad-legalidad de la Resolución DGA N° 1.800, de 2010, ante los Tribunales de Justicia.

4. Ausencia de control por parte de la CGR

La falta de toma de razón de la Resolución en cuestión también es reveladora de la naturaleza jurídica del acto. En el caso de la Resolución DGA N° 1.800, de 2010, no se sometió al control de legalidad por parte de la CGR; lo que se debe precisamente a que la exigencia para ir a toma de razón es que debe tratarse de *reglamentos*, es decir, normas dictadas en virtud de la potestad reglamentaria, que innovan en el Derecho objetivo, y que, en tanto tales, gozan de las características de generalidad, abstracción e impersonalidad, lo que en el caso no ocurre, por cuanto la Resolución N° 1.800, de 14 de julio de 2010, es una norma de carácter meramente interno, dictada en el ejercicio de la potestad jerárquica y no de la potestad reglamentaria.

La Resolución DGA N° 1.800, de 2010, fue aprobada por medio de una resolución exenta, es decir, sin control alguno por parte de la Contraloría General de la República,

órgano de control de la legalidad de los actos de la Administración por excelencia, según lo dispuesto en la Carta Fundamental y en la propia Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría.

Efectos de la exclusión de los AOI que afectan a los administrados al trámite de toma de razón:

a.- Exceso de la DGA en el ejercicio de sus facultades

Ejemplo manifiesto de lo anterior, ocurre cuando la DGA basa sus argumentos para denegar una solicitud en un AOI.

b.- Judicialización

Cuando la Dirección General de Aguas, por medio de una Resolución lesiona derechos del solicitante, las opciones del administrado son presentar un recurso de reconsideración ante el mismo Organismo, el cual en muchos casos mantiene el criterio de la Resolución abusiva, o bien recurrir de reclamación ante la Corte de Apelaciones, lo que termina ocurriendo en la mayoría de los casos. En este último caso, la DGA no sólo ocupa un rol de parte interesada, sino que también de Órgano técnico consultor, siendo los argumentos técnicos predominantes al momento de decidir, provocando un alejamiento de los Tribunales de Justicia de su deber de defender los derechos de los particulares de actuaciones ilegales y/o arbitrarias de la DGA.

5. Fórmula adecuada para la generación de criterios de actuación de un órgano de la Administración determinado

De acuerdo a lo expresado, no procede la fijación de criterios por medio de un AOI que viene en sustituir la ley y el reglamento.

Los criterios de actuación de un órgano de la administración determinado se desprenden de la jurisprudencia administrativa que emana de cada uno de ellos

Ejemplo CGR: Sus criterios se desprenden de la jurisprudencia administrativa que emana de sus Dictámenes, los que no tienen rango regulatorio ni obligan al Órgano de Control, resolviéndose caso a caso. En ningún caso ejerce sus funciones de control en virtud de un AOI propio, sino que aplica e interpreta la ley vigente.

Estos criterios emanados de la jurisprudencia en ningún caso son absolutos ni obligan al órgano a resolver de una determinada forma, sino que corresponderá a ellos analizar el caso concreto respecto del cual deben pronunciarse.

III. APLICACIÓN DE LA LEY DE BASES DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN LA ACTUACIÓN DE LA DGA: ESTÁNDARES DE LOS ADMINISTRADOS

La existencia de vacíos y lagunas en la legislación del ramo ha derivado en la dictación de estos AOI que han venido a sustituir la ley o el reglamento.

De acuerdo a lo previsto en la ley, en cuanto a la actuación de los órganos de la Administración, de no haber un procedimiento establecido en una ley especial, la referida Ley N° 19.880 (LBPA) actúa supletoriamente.

En efecto, el artículo 1º de la Ley N° 19.980 expresamente señala que: *En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales* (como los contenidos en el Código de Aguas), *la presente ley se aplicará con carácter de supletoria*. Por lo tanto, ante la insuficiencia de los procedimientos contempladas en la ley (Código de Aguas), deben aplicarse las normas existentes en la Ley N° 19.880, pero en ningún caso resulta adecuado que, sin la participación de órgano externo de control alguno, se dicte por un órgano administrativo una Resolución que dispone y establece requisitos, etapas procedimentales, exigencias y criterios no contemplados en el código del ramo.

Considerando las funciones y facultades de la DGA y en su calidad servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas, cabe dentro de la categoría de Órgano de la Administración del Estado. Por lo que, en concordancia con lo ya señalado, le es plenamente aplicable lo dispuesto en el la LBPA.

Cabe señalar que la propia Resolución DGA N° 1.800, de 2010, establece en su considerando 3. que es procedente que el actuar de ese Servicio se atenga a lo dispuesto por la LBPA.

El principal problema lo encontramos respecto a aquellas normas que se refieren a los cómputos de plazos y notificaciones.

En cuanto a los plazos, por ejemplo, las normas del Código de Aguas no indican si los plazos establecidos son de días hábiles, útiles o corridos.

a.- En cuanto al cómputo de plazos

La LBPA, en tanto, establece en el artículo 25, la norma sobre cómputo de plazos aplicable a todo procedimiento administrativo.

En efecto, dicho artículo señala:

“Los plazos de días establecidos en esta ley son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los días sábado, los domingos y los festivos. / Los plazos se computarán desde el día siguiente a aquél en que se notifique o publique el acto de que se trate o se produzca su estimación o su desestimación en virtud del silencio administrativo. Si en el mes de vencimiento no hubiere equivalente al día del mes en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día de aquel mes. / Cuando el último día del plazo sea inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente”.

Por último, cabe señalar que el artículo 23 de la LBPA, respecto de la obligación de cumplimiento de los plazos establece que:

“Los términos y plazos establecidos en ésta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de la Administración en la tramitación de los asuntos, así como los interesados en los mismos”.

b.- Rebaja de estándares de los administrados²

Cabe señalar la existencia de la rebaja de un estándar y errático uso por el legislador de la expresión días “hábiles” y “corridos”, a partir de la Ley N° 20.285, que efectúa un errático –y por lo demás innecesario– uso de la definición de días hábiles, rebajando o

² VERGARA BLANCO 2009.

dificultando la aplicación del estándar consagrado en el artículo 25 de la Ley N° 19.880, de 2003. En efecto:

i) El artículo 1 N° 3 de la ley define como días hábiles del mismo definido en el artículo 25 de la LBPA, incurriendo con ello en una suerte de uso o costumbre, al imponer la necesidad de que cada nueva ley de naturaleza administrativa señale si los plazos que indica son de días hábiles (en cuyo caso, los mismos se definen de igual forma que en la LBPA), y en el caso en que una nueva Ley no lo hiciese, pudiese surgir el cuestionamiento relativo a si, en tales supuestos, los plazos serán de días corridos o son igualmente de días hábiles.

ii) Mientras los artículos 14, 25 y 27 de la ley señalan expresamente que los plazos allí referidos son de días hábiles, y el artículo 24 nada señala al respecto. Queda así la duda de si el plazo indicado en este último precepto es de días corridos o hábiles, laguna que cabe rellenar por medio del simple recurso a la supletoriedad del artículo 1 de la LBPA.

iii) El artículo 28 inciso 4° de la Ley N° 20.285 es una rebaja del estándar sobre días hábiles, de frente al artículo 25 LBPA 19.880, al señalar un plazo de días “corridos”.

En todo caso, es perceptible en el derecho vigente la ambigüedad actual de la expresión días “hábiles”:

Por un lado, el artículo 59 del Código de Procedimiento Civil utiliza la expresión días “hábiles” y los define como aquellos en que no se computan los días domingo y festivos.

Por otro lado, el artículo 25 de la LBPA utiliza la misma expresión de días “hábiles” y los define como aquellos en que no se computan los días sábado, domingo y festivos.

El uso de una misma expresión o significante para dos significados origina ambigüedad, lo que cabe evitar.

Además, si bien por un lado el artículo 25 LBPA establece la prórroga del plazo cuando el último día cae en día inhábil; tal estándar no está contenido en la legislación de procedimiento civil.

c.- En cuanto a las notificaciones

Complementando lo hasta aquí expuesto, otro tema importante en el ámbito de la regulación jurídica de las aguas, y especialmente en materia de constitución de derechos de aprovechamiento, es el de la notificación de las resoluciones de la DGA. Según lo dispone el artículo 139 CA, estas resoluciones (relativas al procedimiento de constitución de las concesiones de aguas), deben notificarse al interesado, lo que guarda armonía con un “justo y racional procedimiento”.

La regla general es su notificación por cédula, pues existe aquí una remisión a los artículos 44 inciso 2° y 48 CPC.

Para hacer operativa la notificación, que se hará “en el domicilio del afectado”, previene el inc. 2° del artículo 139 CA que “el interesado deberá designar un domicilio dentro de los límites urbanos del lugar en que funciona la oficina donde se haya efectuado la presentación...”; agregando su inc. 3° la siguiente “perla” jurídica:

“Si no se hace esta designación la resolución se entenderá notificada desde la fecha de su dictación”.

En otras palabras, como sanción por la omisión de designar un domicilio, “se entiende” (ficción legal o presunción) que el interesado se ha notificado de la resolución respectiva; fecha que es importante, por cierto, para el derecho a la acción de reconsideración o, más importante aún, de reclamo ante los tribunales, cuyo plazo de 30 días se cuenta “desde la fecha de la notificación” (artículos 136 y 137 CA).

Por lo tanto, lo más probable en la práctica es que el interesado no se enterará de la resolución, salvo que indague en el “expediente” administrativo (que es, en la práctica, inexistente), o que por vía oficiosa, apersonándose en las dependencias del órgano administrativo, se entere de la resolución.

Claramente, el estándar que establece el artículo 139 inciso 3º CA, es precisamente la no-notificación; pues la sanción de presunción es una ficción de notificación; y no es una notificación real, que origine en el interesado un conocimiento de la resolución respectiva, y pueda, en su caso, recurrir. Este es, en verdad, un estándar de incerteza, inseguridad e injusticia.

¿Qué ocurre a este respecto a partir de 2003, con la dictación de la LBPA? Recordemos que esta Ley establece como estándares la contradictoriedad, impugnabilidad y publicidad, configurando mecanismos de notificación efectiva, señalando en su artículo 45 que los actos administrativos de efectos individuales “deberán” ser notificados a los interesados “conteniendo su texto íntegro” (artículo 45 LBPA), y que dicha notificación se hará “por escrito” (artículo 46 LBPA), considerando como única excepción la notificación tácita, que es la gestión posterior del interesado en el procedimiento, que “suponga necesariamente su conocimiento” (artículo 47). En otras palabras, a partir de 2003 todos los administrados gozan de un estándar elevado en cuanto a publicidad y conocimiento de los actos administrativos individuales, y que surge de las disposiciones transcritas de la LBPA.

Entonces, ¿podemos hoy considerar subsistente el estándar rebajado del artículo 139 inciso 3º CA? ¿No es quebrantar el principio de la igualdad ante la ley que, por una parte, ante los procedimientos de aguas los administrados sufran la inseguridad, incerteza e injusticia en materia de notificación, y que, por otra parte, en los demás procedimientos generales, que se regirían por la LBPA, no sufran esa inseguridad, incerteza e injusticia?

La respuesta jurídicamente adecuada es que hoy cabe considerar derogado tácitamente el artículo 139 inciso 3º CA, por efecto de la nueva LBPA, dado que ésta establece, en sus artículos 10, 15, 16, 17 y 45 a 47, normas que constituyen «bases» regulatorias aplicables, a partir de 2003, a todo procedimiento administrativo, en aplicación del artículo 60 N° 18 CPR, y que son antitéticas con aquél. En seguida, una vez constatada esta derogación tácita, y dado que se ha producido una laguna regulatoria en el procedimiento administrativo de aguas, cabrá aplicar por vía supletoria los artículos 45 a 47 LBPA, para las notificaciones en materia de aguas.

Se perciben así los efectos derogatorio y supletorio de la LBPA.

Sin perjuicio de lo señalado, el criterio de la CGR respecto a este tema ha sido ratificar y aplicar textualmente el texto del inciso 3º del artículo 139 CA, lo cual puede verse reflejado en algunos de los pronunciamientos emitidos en los últimos años³.

d.- Necesidad de aplicación LBPA

La DGA es un Órgano de la Administración del Estado y, en consecuencia, le son aplicables plenamente las disposiciones de la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos.

Con la finalidad de dar certeza jurídica y cumplir con los principios consagrados en la LBPA, es necesario ajustar desde ya, los procedimientos administrativos que se tramitan ante la Dirección General de Aguas, a las disposiciones contempladas en dicha ley. En particular, aquellas que establecen los cómputos de plazos y notificaciones.

CONCLUSIONES

1º La naturaleza jurídica de la Resolución DGA 425, del “Manual” y de la reciente RDGA 1.800, corresponde a la de un AOI, los que en ningún caso podrán regular materias propias de ley ni modificar el marco regulatorio de las aguas. En la práctica, estos AOI han venido a constituir verdaderos sustitutos legales, excediendo las potestades de la DGA, vulnerándose el principio de juridicidad-legalidad que rige la actuación de la Administración, según lo ordena expresamente la CPR.

2º No se ajusta a Derecho que la DGA continúe regulando el régimen legal de las aguas a través de AOI. Todo órgano de la Administración debe respetar, y debe actuar dentro del marco de sus potestades, sin otorgarse atribuciones que no le corresponden de acuerdo a la ley, como lo ha hecho en la práctica la DGA. La DGA puede dictar actos de orden interno, los que sólo surten efectos al interior de la Administración, y son, por ende, *inoponibles* a los particulares.

3º Ante esta realidad, se hace urgente la dictación de reformar el régimen jurídico de las aguas en nuestro ordenamiento, en ciertas materias, como por ejemplo las aguas subterráneas; regulación que debe hacerse conforme a Derecho, llenado a través de la técnica normativa correcta, es decir, con las potestades suficientes, ya sea a través de un reglamento o de una ley, y no por medio de actos de orden interno.

4º Dada esta insuficiencia normativa, se hace necesario que la DGA incorpore en su actuación la aplicación de la LBPA, toda vez que este es el cuerpo legal llamado a normar los vacíos o lagunas que presente la legislación del ramo; existiendo materias en que esta aplicación supletoria es de total importancia, como por ejemplo respecto de plazos y notificaciones.

5º Asimismo, es evidente la necesidad de someter al control de legalidad de la CGR toda aquella Resolución de la DGA que pueda afectar derechos de los administrados,

³ Véanse Dictámenes N°s. 58.161 (2008), 53.604 (2008) y 40.131 (2009).

evitándose así actuaciones arbitrarias, y disminuyéndose la excesiva judicialización que se ha producido actualmente como consecuencia de esos actos.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

SILVA CIMMA, Enrique (2009): *Derecho Administrativo* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 328 pp.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2009): “*Transparencia, secreto, acceso a la información y datos personales: doble dicotomía de estándares y derechos públicos subjetivos. Crítica al uso de la expresión ‘principios’ por el legislador*”, en: Actas VII Jornadas Derecho Administrativo, Santiago.

DICTÁMENES CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Dictamen N° 58.161 (2008)

Dictamen N° 53.604 (2008)

Dictamen N° 40.131 (2009)