

DERECHOS DE AGUAS
REVISTA COLECCIONES JURÍDICAS

REVISTA COLECCIONES JURÍDICAS DE LA CORTE SUPREMA

Fue en 2014, en el marco del desarrollo de una ambiciosa iniciativa orientada a gestionar el conocimiento existente al interior del Poder Judicial, que la revista que a continuación les presento tuvo su origen.

Las “*Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema*”, son un proyecto que el tribunal que hoy presido, en conjunto con destacados investigadores del mundo académico, decidimos implementar para ofrecer a nuestros jueces, Ministros, académicos, estudiantes y profesionales, y en general, a la comunidad toda, una serie de estudios doctrinarios y análisis de tendencias jurisprudenciales en diversas temáticas de interés nacional e internacional, que la Corte Suprema consideró necesario relevar en la agenda ciudadana.

Esta iniciativa genera grandes beneficios compartidos, pues, por una parte, facilita el acceso al conocimiento creado por el Máximo Tribunal, aplicando modernas técnicas para el análisis de las sentencias y, por otra, aporta en transparencia y publicidad al servicio judicial que este Poder del Estado brinda con altas pretensiones de excelencia.

Sin embargo, la importancia de la obra no termina allí, pues la publicación de esta revista no es un mero aporte

al quehacer científico, sino que –a diferencia de la usual actividad de los órganos del Estado– implanta un sello propio del trabajo que el Poder Judicial ha venido desarrollando en los últimos años. Así, la publicación es el resultado de un trabajo mancomunado, gratuito y colaborativo, que en directa relación con las necesidades manifestadas por la ciudadanía robustece los pilares de calidad, cercanía y acceso, sobre los que diariamente construimos nuestro sistema judicial.

En definitiva, esta revista es un esfuerzo con una profunda vocación de permanencia en el tiempo; así lo exige la naturaleza de servicio público de nuestra institución. De allí que nos enfrentamos a un desafío permanente de desarrollar estrategias para generar, capturar, compartir, desarrollar y utilizar el conocimiento disponible, manteniendo la flexibilidad suficiente para –más adelante– incorporar otros nuevos. Ese es el rasgo que la gestión del conocimiento, y en particular este proyecto, nos invitan a evidenciar.

Es este entonces, un paso más hacia la consolidación de una justicia del futuro para nuestro país.

HUGO DOLMESTCH URRÁ

Presidente, Corte Suprema de Justicia de Chile

PRÓLOGO

El Derecho de Aguas se ha transformado en uno de los campos más dinámicos y destacados de la práctica jurídica de los últimos años; y como reflejo de lo anterior, de la jurisprudencia de la Corte Suprema. Por estos motivos, desde un primer momento, celebramos que esta Revista incluya una edición referida a la materia¹.

Ahora, como una muestra de la investigación efectuada por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, se nos solicita un breve comentario inicial a su estudio sobre tendencias y líneas jurisprudenciales de este Tribunal, en lo relativo al amparo judicial de aguas.

Al respecto, cabe destacar algunas observaciones generales sobre esta iniciativa y otras específicas sobre el tema puntual del amparo de aguas:

¹ La Dirección de Estudios de la Corte Suprema agradece el generoso aporte realizado por los académicas y el académico, Lucía Casado; Daniela Rivera; y Alejandro Vergara, en el marco del Primer Seminario de Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema, realizado durante el mes de noviembre del año 2014, cuyas presentaciones fueron actualizadas al año 2016 y que se publican en la presente Revista.

I. RELEVANCIA DE LA REVISTA COLECCIONES JURÍDICAS DE LA CORTE SUPREMA

Destacamos la importancia de los esfuerzos que la Corte Suprema, desde la Presidencia de don Sergio Muñoz,² ha desplegado para llevar adelante esta labor de revisión y sistematización jurisprudencial. Ello es relevante desde una doble perspectiva:

Primero, por concentrar uno de sus focos en el Derecho de Aguas; disciplina que, paradójicamente, pese a su gran aplicación práctica, no ha tenido entre nosotros un gran desarrollo. Dicha carencia parte de las propias Escuelas y Facultades de Derecho de nuestro país, en que, salvo raras excepciones, prácticamente no se enseña de modo regular (al menos, a nivel de pregrado). En ese sentido, es un notorio llamado de atención el que ha efectuado la Corte Suprema con la elección del Derecho de Aguas como una de las áreas a tratar en la primera versión de la Revista Colecciones Jurídicas. Ésta es una evidencia no sólo del interés del Alto Tribunal por esta materia, sino también de circunstancias que ahora se muestran con mayor nitidez:

i) Estamos frente a materias complejas y que requieren un enfoque especializado para la construcción de respuestas adecuadas. Tal especialización, hasta ahora, no es tan recurrente en el ámbito de las aguas, producto, entre otros factores, de la ya referida precaria formación que los abogados recibimos al respecto en nuestros estudios de pregrado.

ii) La conflictividad y las problemáticas sobre aguas han aumentado y se han diversificado; muchos de esos conflictos llegan a conocimiento y fallo judicial, mientras que otros tantos se resuelven al interior de las propias organizaciones de usuarios.

Segundo, resalta el rol de la jurisprudencia, que es una preciosa fuente del Derecho, muchas veces olvidada. Las sentencias de los tribunales

² El Ministro Sr. Sergio Muñoz, presidió la Corte Suprema durante el período 2014-2015.

son uno de los mejores catalizadores de la realidad, de los hechos, de las problemáticas que se dan en el día a día, con la aplicación de las leyes. Por lo tanto, ellas constituyen un elemento que necesariamente debe tenerse en cuenta en todo análisis jurídico serio y completo. Esto es particularmente indispensable en el Derecho de Aguas, pues su carácter eminentemente costumbrista convierte a la realidad, a los hechos, en uno de sus sellos más característicos.

2. EL AMPARO JUDICIAL DE AGUAS COMO UNA PODEROSA HERRAMIENTA DE DEFENSA DE LOS TITULARES DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO

Esta herramienta, regulada en los artículos 181 y siguientes del Código de Aguas, constituye el instrumento procesal más claro y especializado que este texto normativo dispone para la protección del ejercicio de los derechos de aguas. Si bien en algún momento se cuestionó su relación de exclusión o no con la acción de protección constitucional, la misma jurisprudencia se ha encargado de sostener que ambos son procedentes en materia de aguas, sin perjuicio de reafirmar el perfil y presupuestos particulares que detenta el amparo judicial.

De este modo, este recurso especial se ha transformado en un tema relativamente recurrente en la agenda jurisprudencial de los últimos años, y sobre el cual los jueces han relevado en sus sentencias, principalmente, tres aspectos:

Primero, su naturaleza cautelar; diseñada como una acción de rápida tramitación, y que tiene por objeto poner término, en un breve plazo, a los hechos que afectan el legítimo ejercicio de un derecho de aprovechamiento. En ese entendido, quedan fuera de la óptica del amparo aquellas cuestiones que escapan de la mencionada naturaleza cautelar y que pretenden, por ejemplo, obtener declaraciones o resolución de asuntos que requieren un juicio de lato conocimiento.

Segundo, vinculado a lo anterior, y aun cuando el Código no especifica qué debe entenderse por “obras o hechos recientes”, se ha precisado que debe tratarse de situaciones cercanas en el tiempo a la presentación del amparo, pues de otra forma este recurso perdería su directriz cautelar.

Finalmente, además de estas nociones, que han contribuido a clarificar la sustanciación de los recursos de amparo judicial de aguas, algunos fallos se han encargado de evidenciar un hecho que resulta fundamental: el reconocimiento explícito que en su estatuto regulatorio (art.181 CA) se brinda a los usos consuetudinarios de aguas referidos en el art.7 del DL 2.603, de 1979. He aquí una de las instituciones más tradicionales y distintivas de nuestro Derecho de Aguas (derechos de aprovechamiento reconocidos en base a usos efectivos de agua), cuyo valor y posición (que todavía hoy algunos pretenden desconocer o negar) vienen en este caso a ser proclamados, explícitamente, por el legislador, al regular esta poderosa herramienta de defensa de todos los titulares de derechos de aprovechamiento.

ALEJANDRO VERGARA BLANCO

Director

Centro de Derecho y Gestión de Aguas
Pontificia Universidad Católica de Chile

DANIELA RIVERA BRAVO

Directora Ejecutiva

Centro de Derecho y Gestión de Aguas
Pontificia Universidad Católica de Chile



PRIMERA SECCIÓN

EL FENÓMENO EN CIFRAS



I. SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL AGUA EN CHILE

La institucionalidad hidráulica chilena está conformada por una serie de administraciones que ejercen su actividad en distintos niveles³. Algunas de ellas ejercen su competencia en un primer nivel que dice relación con las decisiones políticas referentes al recurso hídrico, tomadas por el Presidente de la República, el Ministerio de Obras Públicas (en adelante MOP) y por el Consejo de la Comisión Nacional de Riego. Otras ejercen sus facultades en un segundo nivel, determinado por las funciones de carácter normativo y que se corresponde principalmente a la Dirección General de Aguas⁴ (en adelante DGA) y a la Superintendencia de Servicios Sanitarios (en adelante SISS), ambas dependientes del Ministerio de Obras Públicas. Finalmente, existen órganos que ejercen sus funciones en un tercer nivel, de carácter ejecutivo, como es el caso de la Dirección de Obras Hidráulicas, también dependiente del Ministerio de Obras Públicas⁵

³ Cfr: LARRAÍN (2004) p. 33.

⁴ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. *Acerca de la DGA*. [en línea]. Recuperado el 25 de julio de 2017, de <<http://www.dga.cl/Paginas/default.aspx>>. "LA DGA es un organismo del Estado dependiente del Ministerio de Obras Públicas, encargado de promover la gestión y administración del recurso hídrico en un marco de sustentabilidad, interés público y asignación eficiente; y proporcionar y difundir la información generada por su red hidrométrica y la contenida en el Catastro Público de Aguas, con el objeto de contribuir a la competitividad del país y mejorar la calidad de vida de las personas."

⁵ Cabe indicar que existen otras administraciones públicas que también son competentes en materia de aguas como son: la Corporación de Fomento de la Producción (propietaria de acciones de las compañías estatales de electricidad y agua potable); el Servicio Agrícola y Ganadero, el Instituto de Desarrollo Agropecuario; la Comisión Nacional de Energía, entre otros.

En el apartado siguiente se relevará los datos aportados por la Dirección General de Aguas⁶ en tanto autoridad pública encargada de constituir y gestionar los derechos de aprovechamiento de las aguas⁷ (en adelante, DDA)⁸, únicamente en base sólo a los derechos consuntivos concedidos a personas naturales y jurídicas.

⁶ La información se obtuvo directamente del sitio web de la Dirección General de Aguas, el que contempla un buscador de DDA que contiene archivos históricos (por región y nacional) con actualización mensual. Véase <http://www.dga.cl/productosyservicios/derechos_historicos/Paginas/default.aspx>. Los gráficos y tablas asociadas a los datos recopilados fueron confeccionadas por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema.

⁷ Artículo 6 Código de Aguas: “El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley. (...)”.

⁸ Otras funciones de a DGA se establecen en el artículo 299 del Código de Aguas: “La Dirección General de Aguas tendrá las atribuciones y funciones que este Código le confiere y, en especial, las siguientes: a) Planificar el desarrollo del recurso hídrico en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento, b) Investigar y medir el recurso. Para ello deberá. 1. Mantener y operar el servicio hidrométrico nacional, proporcionar y publicar la información correspondiente, 2. Encomendar a empresas u organismos especializados los estudios e informes técnicos que estime conveniente y la construcción, implementación y operación de las obras de medición e investigación que se requiera. 3. Propender a la coordinación de los programas de investigación que corresponda a las entidades del sector público, así como de las privadas que realicen esos trabajos con financiamiento parcial del Estado. (...); c) Ejercer la labor de policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos 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, d) En el caso de que no existan Juntas de Vigilancia legalmente constituidas, impedir que se extraigan aguas de los mismos cauces sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda. Para estos efectos, podrá requerir el auxilio de la fuerza pública en los términos establecidos en el artículo 138 de este Código, y s) Supervigilar el funcionamiento de las juntas de vigilancia, de acuerdo con lo dispuesto en este Código.



II. DERECHOS DE AGUAS CONCEDIDOS POR LA DGA⁹

I. DERECHOS DE APROVECHAMIENTO HISTÓRICO DE AGUAS CONCEDIDOS

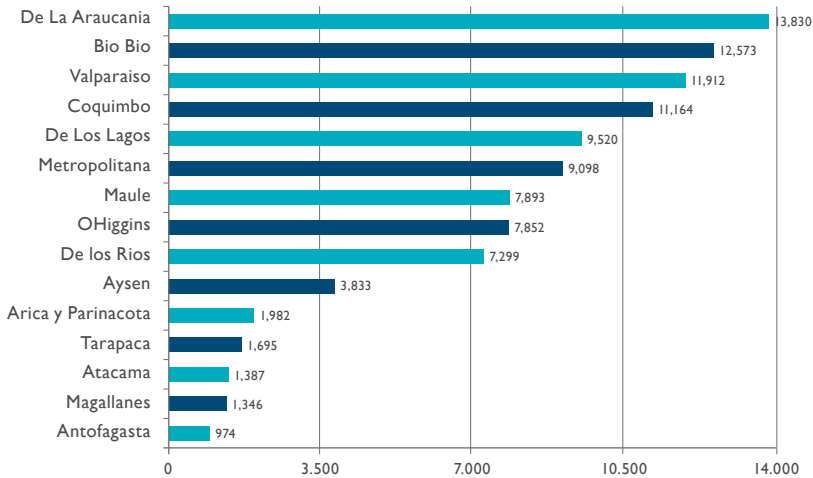
La Dirección General de Aguas, desde el año 1900 hasta el mes de mayo de 2017, ha concedido 102.358 derechos de aprovechamiento de aguas, siendo la Región de la Araucanía donde se han otorgado la mayor cantidad de ellos, con 13.830 derechos de aprovechamiento de aguas.

El número total de Derechos de Aprovechamiento de Aguas concedidos históricamente por región se puede apreciar en el siguiente gráfico:

21

⁹ Los datos se obtuvieron del sitio en internet de la Dirección General de Aguas: <http://www.dga.cl/sitioDerechos/Paginas/default.aspx> [consultada por última vez el 18 de junio del año 2017]. Los gráficos y tablas asociadas a los datos recopilados fueron confeccionadas por la Dirección de Estudios de la Corte Suprema.

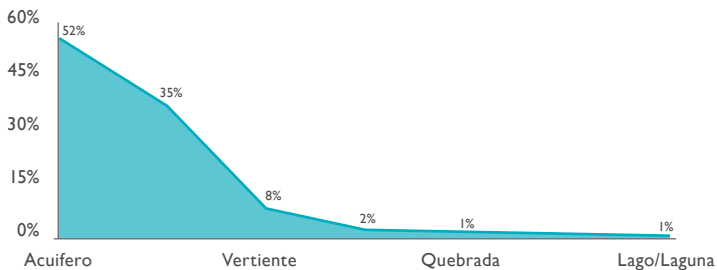
Gráfico 1. Total de derechos de aprovechamiento de aguas concedidos por región (Período: 1900 - mayo 2017)



2. DERECHOS DE APROVECHAMIENTO HISTÓRICO DE AGUAS CONCEDIDOS EN ATENCIÓN A LA CLASIFICACIÓN DE LA FUENTE DEL RECURSO HÍDRICO

Por su parte, los derechos de aprovechamiento de agua concedidos históricamente según la “clasificación de la fuente de agua”, se concentran principalmente en *Acuífero*, con el 52% y *Río/Estero*, con el 35% del total de los derechos concedidos entre el 1900 y mayo de 2017.

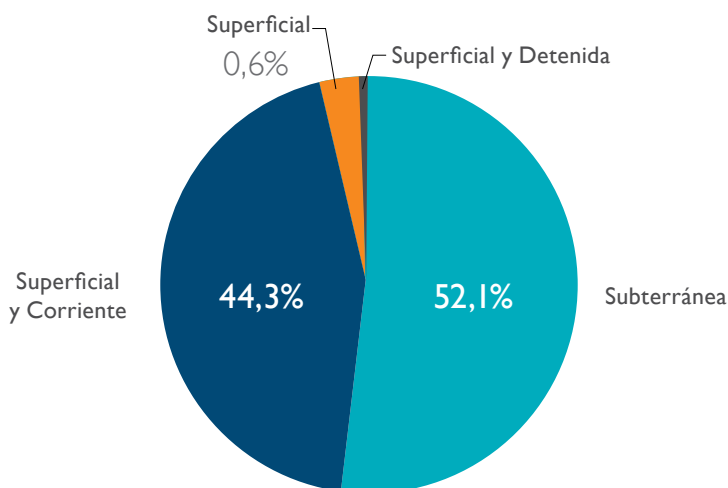
Gráfico 2. Tipo de fuente de agua respecto de los cuales han recaído derechos de aprovechamiento de aguas concedidos. (Período: 1900 - mayo 2017)



3. DERECHOS DE APROVECHAMIENTO HISTÓRICO DE AGUAS CONCEDIDOS EN ATENCIÓN A LA CLASIFICACIÓN DE LAS AGUAS TERRESTRES

En base a la “clasificación de las aguas terrestres” que dispone el Código de Aguas en su artículo 2^o¹⁰, se puede observar que el mayor número de derechos de aprovechamiento concedidos se concentra en *Aguas Subterráneas*, con el 52,1%, seguido por *Aguas Superficiales y Corrientes*, con el 44,3% del total de los derechos concedidos históricamente, tal y como se aprecia en el siguiente gráfico:

Gráfico 3. Porcentaje de derechos de aprovechamiento de aguas concedidos según naturaleza terrestre del agua (Período 1900 - mayo 2017)

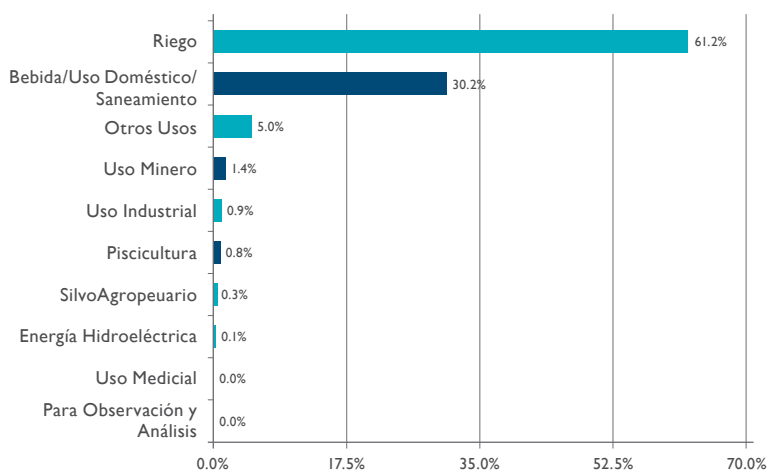


¹⁰ Artículo 2° Código de Aguas: “Las aguas terrestres son superficiales o subterráneas. Son aguas superficiales aquellas que se encuentran naturalmente a la vista del hombre y pueden ser corrientes o detenidas. Son aguas corrientes las que escurren por cauces naturales o artificiales. Son aguas detenidas las que están acumuladas en depósitos naturales o artificiales, tales como lagos, lagunas, pantanos, charcas, aguadas, ciénagas, estanques o embalses. Son aguas subterráneas las que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas.”

4. DERECHOS DE APROVECHAMIENTO HISTÓRICO DE AGUAS CONCEDIDOS EN ATENCIÓN A LA CLASIFICACIÓN REFERENTE A SU USO

Con relación a la clasificación de los derechos de aprovechamiento de aguas en atención a su “modo de ejercicio”¹¹, se observa que el mayor porcentaje¹² de derechos fue concedido para uso consuntivo, lo que contempla el uso para Riego, correspondiente al 61,2% y para *Bebida/Usos doméstico/Saneamiento*, correspondiente al 30,2% del total de los derechos concedidos históricamente, tal y como se aprecia en la gráfica de a continuación:

Gráfico 4. Total de derechos y Porcentajes de aprovechamiento de aguas concedidos según uso del agua. (Período 1900 - mayo 2017)



¹¹ Artículo 12 Código de Aguas: “Los derechos de aprovechamiento son consuntivos o no consuntivos (...)”. Artículo 13 Código de Aguas: “Derecho de aprovechamiento consuntivo es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad.”. Artículo 14 Código de Aguas: “Derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho (...)”.

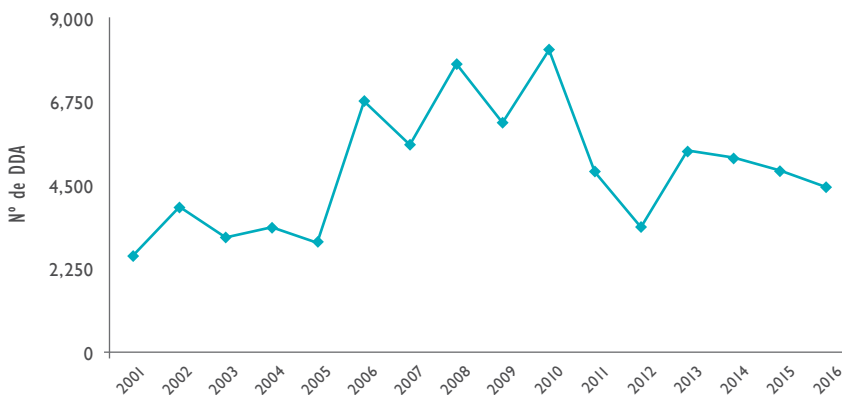
¹² Para mostrar la información, se consideraron sólo las categorías de aprovechamiento de aguas que contenían algún tipo de información descriptiva. En este sentido, se dejó sin graficar aquellos casos que no tenían información y que totalizaban 68.043. Cabe señalar que no existe certeza en cuanto al motivo de la falta de categorización del uso de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas que fueron otorgados, no obstante, se cree que el uso de la tecnología a través de las diversas formas de registrar la información de manera digital ha favorecido que a partir del año 2013 se vea una tendencia a registrar y disponibilizar información más completa que hace 20 años atrás.

5. DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS CONCEDIDOS POR AÑO. PERIODO DE ANÁLISIS 2001-2016

Si acotamos el análisis al periodo 2001-2016, se puede apreciar que los años donde se concedió el mayor porcentaje de DDA corresponden a 2008 y 2010, con 7.786 y 8.171, respectivamente.

Con relación a la variación del ejercicio del acto de autoridad que tiene por objeto conceder derechos de aprovechamiento de aguas entre los años 2001 a 2016, se puede observar tres auges en los años 2006, 2008 y 2010; y una tendencia a la baja desde el año 2013, conforme se ve en el gráfico siguiente:

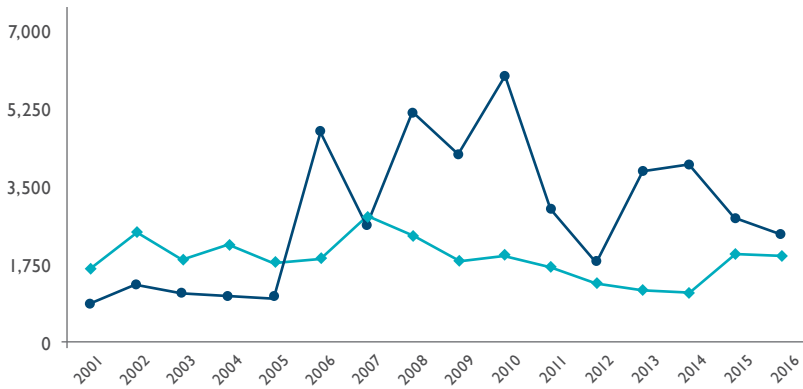
Gráfico 5. Total de derechos de aprovechamiento de aguas concedidos durante los años 2001 - 2016



En cuanto al año con el mayor número de derechos de aprovechamiento de aguas de Naturaleza Subterráneas, éste se produjo el 2010, con un total de 6.020 derechos concedidos, mientras que para aguas de naturaleza Superficial y Corriente, el número máximo de derechos concedidos se produjo el año 2007 con 2.811 en total.

El comportamiento del total de derechos de aprovechamiento de aguas de naturaleza Subterránea y, Superficial y Corriente concedidos entre los años 2001 a 2016, se puede observar en el siguiente gráfico:

Gráfico 6. Comportamiento de derechos de aprovechamiento de aguas concedidos según naturaleza terrestre del agua (Período: 2001 - 2016)





III. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA JURISPRUDENCIA REFERIDA A LA ACCIÓN DE AMPARO DE AGUAS

Una vez abordados los datos recopilados desde los buscadores informáticos de la Dirección General de Aguas que dan cuenta del contexto general respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas que han sido concedidos históricamente, cabe a continuación hacer referencia a la labor del Poder Judicial expresada en cifras.

Es vasto el campo de acción de los tribunales de justicia respecto a los conflictos suscitados en torno al recurso hídrico, inabarcables todos en el marco de la presente publicación. Bajo este contexto y para esta primera entrega, se realizará un análisis descriptivo correspondiente a la Colección Jurídica de Derecho de Aguas que aborda el recurso de amparo judicial de aguas.

El análisis de esta materia, se enmarca en los recursos de casación en el fondo y en la forma –y por tanto recursos de casación fondo y forma– conocidos por la Tercera Sala de la Corte Suprema, interpuestos en contra de resoluciones dictadas por las Corte de Apelaciones del país en el contexto de las apelaciones deducidas respecto de las sentencias de primera instancia recaídas sobre la acción de amparo de aguas establecida en el artículo 181 del Código de Aguas.

El alcance temporal de este estudio, corresponde al período transcurrido entre los años 2010 a 2016; analizándose los fallos encontrados en la base jurisprudencial del Centro Documental, bajo los siguientes parámetros de

búsqueda: “amparo de aguas”, y “artículo 181 del Código de Aguas”, entre otros.

El total de fallos recolectados fue de 24 y es en base a ellos que a continuación se presenta la estadística del análisis de datos obtenida de las sentencias estudiadas:

I. FALLOS DE RECURSOS DE CASACIÓN EN LA CORTE SUPREMA

Considerando el año de fallo de cada uno de los recursos de casación conocidos por la Corte Suprema por el cual se impugnaron sentencias dictadas por las Cortes de Apelaciones que fallaron recursos de apelación interpuestos en contra las sentencias de primer grado recaídas sobre la acción de amparo de aguas, se distingue la siguiente distribución:

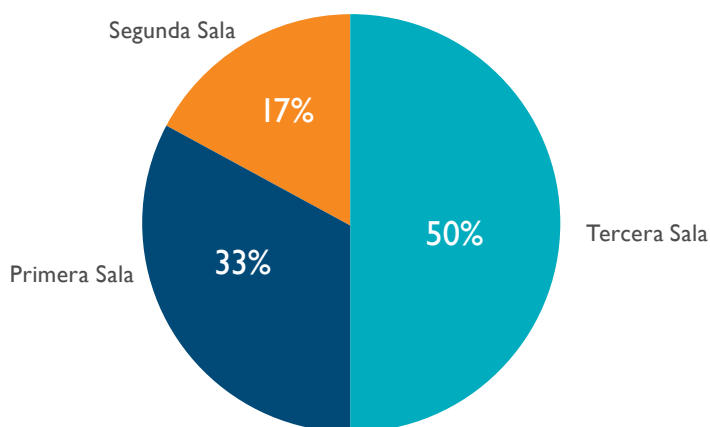
Tabla I. Total de fallos por año

AÑO DE FALLO	PRIMERA	SEGUNDA	TERCERA	%	Nº FALLOS
2010		1		4%	1
2011		2		8%	2
2012		1		4%	1
2013	7			29%	7
2015			9	38%	9
2016	1		3	17%	4
TOTAL	7	4	12	100%	24

Corresponde a un total de 24 los recursos analizados que fueron fallados en la Primera, Segunda y Tercera Sala de la Corte Suprema. Conforme a su distribución, se observa que el mayor porcentaje de recursos terminados se presenta entre los años 2013 y 2016, que corresponde al 83% del total de los recursos analizados. Asimismo, se destaca que para el año 2014 no se registran términos de los referidos recursos analizados.

Respecto de la Sala en la cual se radicó el conocimiento y fallo de los recursos analizados, es posible advertir que 12 de ellos, correspondiente al 50% del total, fueron conocidos por la Tercera Sala, mientras que la Primera Sala conoció de 8 y la Segunda Sala conoció de 4, representando el 33% y 17% del total de fallos, respectivamente.

Gráfico 7. Porcentaje de fallos según Sala



2. TIPOS DE RECURSOS DE CASACIÓN

Revisadas las causas bajo el parámetro de la tipología o clasificación del recurso de casación, en virtud de la cual la Corte Suprema fue llamada a pronunciarse, se concluye que del total de 24 pronunciamientos, 15 de ellos correspondieron al conocimiento y fallo del recurso de Casación en la Fondo; 8 al conocimiento y fallo del recurso de Casación en la Forma y en el Fondo de manera conjunta; y 1 al conocimiento y fallo del recurso de Casación en la Forma.

La distribución por tipo de recurso de casación es la que se muestra a continuación:

Tabla 2. Total de fallos por tipo de recurso de casación

TIPO DE RECURSO	N°	%
Casación en el Fondo	15	63%
Casación en la Forma y en el Fondo	8	33%
Casación en la Forma	1	4%
TOTAL	24	100%

3. PARTES INTERVINIENTES

Para distinguir las partes intervinientes en los recursos de casación analizados, se hizo una desagregación en relación a los involucrados en cada una de las causas, esto quiere decir que para una causa puede haber uno o más involucrados y, por tanto, de las 24 causas estudiadas se pueden desprender más de 24 recurridos, así como también más de 24 recurrentes. Su identificación más específica se establece a continuación.

32

3.1 Recurrentes

A través del análisis de las sentencias objeto de este estudio se pudo constatar, respecto de las partes que recurrieron mediante el recurso de casación ante la Corte Suprema, que hubo mayor presencia de personas naturales (20), seguido por las empresas y sociedades agrícolas, consultoras y de inversiones (7). Por su parte, las agrupaciones, asociaciones y comunidades se presentaron como recurrentes en 2 causas, y la Empresa Nacional de Electricidad S.A (ENDESA) en un 1 causa, tal y como se muestra en la tabla siguiente:

Tabla 3. Participación de intervinientes, recurrentes, en causas

TIPO RECURRENTE	N° RECURRENTES
Personas Naturales	20
Empresas, Sociedades (Agrícolas, Consultoras, Inversiones)	7
Agrupaciones, Asociaciones, Comunidades	2
Empresa Nacional de Electricidad S.A. (ENDESA)	1



III.2. RECURRIDOS

Con relación a las partes que se vieron afectadas por la interposición del referido recurso en calidad de recurridos, su mayoría corresponde a personas naturales (13), seguido por las empresas o sociedades de tipo eléctrico, de aguas y mineras (9), apareciendo también comités, juntas de vecinos, agrupaciones, sindicatos y asociaciones con 4 causas, como se puede apreciar a continuación:

Tabla 4. Participación de intervinientes, recurridos, en causas

TIPO RECURRIDOS	N° RECURRIDOS
Personas Naturales	13
Empresas, Sociedades (Eléctricas, Aguas, Mineras)	9
Comités, Juntas de Vecinos, Agrupaciones, Sindicatos, Asociaciones	4

4. TIPOS DE TÉRMINO

Con el propósito de conocer el detalle de la tramitación de la decisión de la Corte Suprema en el conocimiento y fallo de los recursos de casación analizados, se analizó su trazabilidad respecto de la decisión de la Corte de Apelaciones respectiva y del tribunal de primera instancia, según correspondiese.

A partir de dicho análisis se ha podido observar la trayectoria de las decisiones tanto en primera como segunda

instancia y, finalmente, ante la Corte Suprema. El detalle del análisis considera, por una parte, la decisión referida al amparo de aguas y, por otra, aquella relacionada con la decisión de los recursos interpuestos.

Respecto a la decisión de las Cortes de Apelaciones se ha recogido aquella referente al recurso interpuesto, específicamente el de amparo de aguas, conforme se ilustra a continuación:

Tabla 5: Trayectoria Recursos de Amparo apelados en ICA

DECISIÓN ICA	DECISIÓN AMPARO	N° FALLOS
Confirma	Acoge	6
	Acoge parcialmente	1
	Rechaza	7
Revoca	Acoge	4
	Rechaza	5
Invalida de Oficio	Acoge parcialmente	1
TOTAL		24

De la tabla se distingue que de las sentencias apeladas, 14 de ellas fueron confirmadas por las Cortes de Apelaciones respectivas, mientras que en un total de 9 se revocó la decisión, existiendo 1 caso en que se invalidó de oficio.

Al conocer el contenido del fallo pronunciado para cada una de las causas apeladas, se distingue que de las sentencias confirmadas por el tribunal de alzada, en 7 se rechazó el amparo de aguas, en 6 de ellas se acogió en y en 1 se acogió parcialmente. De las sentencias de primera instancia revocadas por las Cortes de Apelaciones respectivas, 5 fueron rechazados y se acogieron 4 amparos; mientras que respecto de la sentencia que fue invalidada de oficio, el amparo se acogió parcialmente. En consecuencia, se observa que las demandas de amparo judicial de aguas, que son posteriormente conocidas por las Cortes de Apelaciones a propósito de la

interposición del recurso de apelación, y que luego son conocidas por la Corte Suprema a propósito de la interposición de recursos de casación, en su mayoría son rechazadas.

Respecto a las decisiones emanadas de la Corte Suprema (ver tabla 6), se observa que:

- i. De los recursos de amparo acogidos, 1 recurso de casación en el fondo fue acogido y 4 fueron rechazados; 2 recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos conjuntamente fueron rechazados; y un recurso de casación en la forma y en el fondo interpuesto conjuntamente también fue rechazado y además invalidado de oficio.
- ii. Respecto de los recursos de amparo que se acogieron parcialmente, 2 recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos conjuntamente fueron rechazados en la forma, pero acogidos en el fondo; mientras que 1 recurso de casación se tuvo por no presentado y anulado de oficio.
- iii. En cuanto a los recursos de amparo rechazados, la Corte Suprema acogió 1 recurso de casación y rechazó 7, donde 4 de ellos eran recursos de casación en el fondo; mientras que de los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos conjuntamente, en 1 caso declaró inadmisibles la casación en la forma y rechazó la casación en el fondo; en otro rechazó la casación en la forma y acogió la casación en el fondo; y en el último rechazó la casación en la forma así como también a la casación en el fondo.
- iv. Finalmente, existieron 2 recursos donde no hubo pronunciamiento de fondo respecto del amparo propiamente tal, debido a que la Corte Suprema declaró inadmisibles ambos recursos de casación, 1 por falta de patrocinio del abogado habilitado y el otro por falta de preparación del recurso.

A continuación se presenta el detalle del análisis descrito:

Tabla 6. Trayectoria Recursos de Amparo apelados en Corte Suprema

DECISIÓN CS RESPECTO AL AMPARO	DECISIÓN RECURSO	Nº FALLOS
ACOGE	Acoge casación en el fondo	1
	Rechaza casación en el fondo	4
	Rechaza casación en la forma / Rechaza casación en el fondo	2
	Rechaza casación en la forma / Rechaza casación en el fondo / Invalida de oficio	1
ACOGE PARCIALMENTE	Rechaza casación en la forma / Acoge casación en el fondo	2
	Se tiene por no presentado / Anula de oficio	1
RECHAZA	Acoge	1
	Inadmisible casación en la forma / Rechaza casación en el fondo	1
	Rechaza	3
	Rechaza casación en el fondo	4
	Rechaza casación en la forma / Acoge casación en el fondo	1
	Rechaza casación en la forma / Rechaza casación en el fondo	1
SIN DECISIÓN	Inadmisible (por falta de patrocinio de abogado habilitado)	1
	Inadmisible (por falta de preparación del recurso)	1
TOTAL		24

Finalmente, se presentará el resumen de la decisión de la Corte Suprema para cada uno de las instancias que conocieron del recurso, donde se incluirá la decisión de la Corte de Apelaciones e incluso de Primera Instancia con el objetivo de conocer la trayectoria del recurso.

Por lo tanto, es posible distinguir por instancia lo siguiente:

Tabla 7. Trayectoria Recursos de Amparo apelados en el Poder Judicial

DECISIÓN RECURSO PRIMERA INSTANCIA	DECISIÓN RECURSO ICA	DECISIÓN RECURSO CS	N° FALLOS
Acoge	Acoge	Acoge	3
		Acoge Parcialmente	1
		Sin pronunciamiento por declarar inadmisibles la casación	1
		Rechaza	1
	Acoge Parcialmente	Acoge	1
	Rechaza	Acoge Rechaza	1 2
Acoge Parcialmente	Rechaza	Acoge Parcialmente	2
No consta	Acoge	Rechaza	1
Rechaza	Acoge	Acoge	3
		Rechaza	7
	Rechaza	Sin pronunciamiento por declarar inadmisibles la casación	1
TOTAL			24

Describiendo la trayectoria que presentaron los 24 recursos en materia de amparo de aguas que se fallaron durante los años 2010 y 2016 en la Corte Suprema, se tiene que:

- i. En 6 de los recursos **acogidos** por el tribunal de origen y posteriormente **acogidos** por la Corte de Apelaciones respectiva, el máximo tribunal **acogió** 3 recursos, **rechazó** otro, **acogió parcialmente** un tercer recurso y **declaró inadmisibles** un cuarto; mientras que de los 3 recursos **rechazados** por la Corte de Apelaciones, en un caso la Corte Suprema **acogió** el recurso y en otros dos mantuvo la decisión de la Corte de Apelaciones de **rechazar** el recurso de amparo.
- ii. Por otra parte, de los 11 recursos **rechazados** por el tribunal de primera instancia, 3 fueron **acogidos** por la Corte de Apelaciones respectiva y posteriormente **acogidos** también por la Corte Suprema, mientras que 8 fueron **rechazados** por la Corte de Apelaciones. En 7 de los 8 casos la Corte Suprema mantuvo la decisión de **rechazar** el recurso y en uno fue declarado **inadmisibles**.

5. PARTICIPANTES EN LA DECISIÓN

De los Ministros y Ministras participantes en los fallos de los recursos de casación referentes a amparo de aguas, se distingue que en los últimos 6 años, el total de Ministros y Ministras intervinientes alcanza a 19, mientras que la participación de Abogados integrantes ha sido de 15. Respecto a los Ministros y Ministras, se distingue que el Sr. Pedro Pierry (13) es quien ha presentado mayor participación en el conocimiento de estas causas, seguido por la Sra. María Eugenia Sandoval (11) y el Sr. Nibaldo Segura (9).

Gráfico 8. Porcentaje participación de la decisión según Ministro

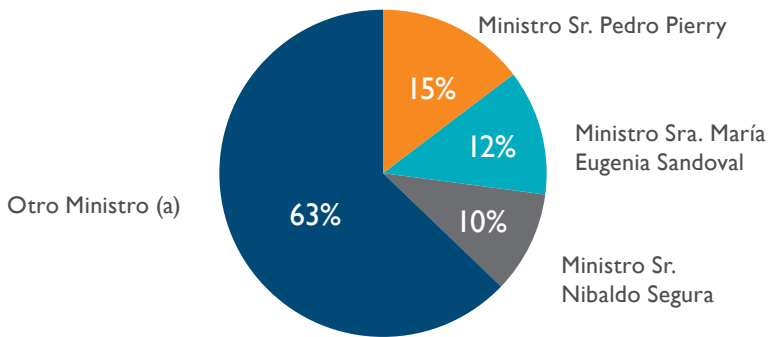
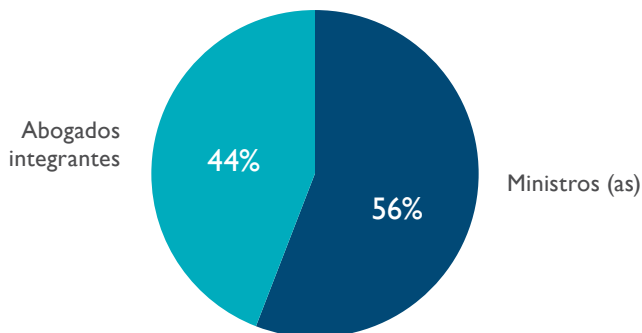


Gráfico 9. Porcentaje de ministros y abogados integrantes según participación en la decisión



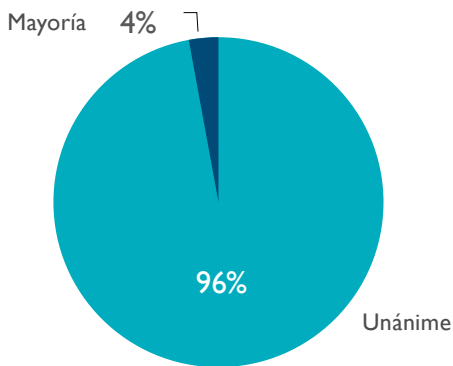
6. TIPO DE VOTACIÓN

En cuanto al tipo de votación sostenido por los integrantes de las Salas de la Corte Suprema, en 23 sentencias que fallaron los recursos de casación en materia de amparo judicial de aguas, equivalentes al 96% del total de recursos analizados, se presentó una votación unánime. Solamente en 1 caso, equivalente al 4%, se presentó disidencia por parte de algún Ministro, Ministra o Abogado Integrante de la Corte Suprema.

Tabla 8. Tipo de votación en Corte Suprema

TIPO VOTACIÓN	%	N° FALLOS
Unánime	96%	23
Mayoría	4%	1
TOTAL	100%	24

Gráfico 10. Porcentaje de fallos según votación



7. TIEMPO CONOCIMIENTO Y FALLO DE RECURSOS

En el presente análisis también se contempla la contabilización del período existente entre la fecha en que se interpone el recurso de casación recaído sobre el fallo del recurso de apelación referente al amparo de aguas, hasta el día que se dicta la correspondiente sentencia.

De los años analizados, se observa un alza sostenida en el tiempo. El desglose total de recursos ingresados y terminados en la Corte Suprema para el período analizado, es el siguiente:

Tabla 9. Año de ingreso de los recursos de amparo terminados en Corte Suprema. (Período de término 2010-2016)

AÑO DE INGRESO	%	N° FALLOS
2008	8%	2
2009	4%	1
2010	4%	1
2011	13%	3
2012	21%	5
2014	25%	6
2015	25%	6
TOTAL	100%	24

Del análisis de la tabla, se advierte que el promedio de días transcurrido entre que se interpuso el recurso de casación y se dictó el fallo por parte de la respectiva Sala de la Corte Suprema, es de 440, presentando un mínimo de 40 y un máximo de 1.046 días.

La distribución del tiempo de conocimiento de los recursos de amparo apelados se presenta a continuación:

Tabla 10. Tiempo entre ingreso y fallo de Recursos de Casación en el Fondo

TIEMPO EN DÍAS (INGRESO/DECISIÓN)	%	N° FALLOS
Menos de 60 días	4%	1
Entre 61 y 120 días	4%	1
Entre 121 y 180 días	8%	2
Entre 181 y 240 días	8%	2
Entre 241 y 365 días	21%	5
Más de 366 días	54%	13
TOTAL	100%	24

Por lo tanto, es posible determinar que del total de recursos de casación analizados, en el 54% de los ellos el tiempo de dictación de fallo superó el año, seguido de un 21% en los cuales se dictó sentencia antes que finalizara la respectiva anualidad.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

LARRAÍN RUIZ TAGLE, Sara (et al) (2004): *Agua: ¿Dónde está y de quién es? Para entender lo que ocurre con las aguas en Chile*, Programa Chile Sustentable, Propuesta Ciudadana para el Cambio (Santiago de Chile, LOM Ediciones).



SEGUNDA SECCIÓN

DOCTRINA

EL HALLAZGO DE AGUAS EN LABORES MINERAS DELIMITANDO UN EXCEPCIONALÍSIMO DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

Daniela Rivera Bravo
Alejandro Vergara Blanco¹³

RESUMEN: En el período 2011-2014 la Corte Suprema tuvo tres oportunidades para delimitar, en la práctica, las posibilidades y amplitud de uso legítimo de aguas en una hipótesis excepcionalísima: el hallazgo fortuito de aguas en las labores mineras; situación ésta que puede prestarse para abusos y que, en medio de las variadas formas en que se manifiestan las labores mineras, concitan dudas. En tales tres oportunidades, como mostramos, la Corte Suprema, con apego a la hipótesis legal, pero también demostrando soltura hermenéutica, pudo delimitar esta figura a partir del escueto texto normativo; en dos casos consideró legítimo el uso de tales aguas, y, en otro, justificadamente, lo consideró abusivo.

46

ABSTRACT: During the 2011-2014 period the Supreme Court had three opportunities to delimitate the possibilities and magnitude of the legitimate use of water in an exceptional hypothesis: the discovery of water in mining labours. In those three opportunities, as we show, the Supreme Court, with a great attachment to the legal hypothesis but also demonstrating with hermeneutics ease, could delimitate this figure from a succinct normative text; in two cases it considered legitimate the use of such waters and, in the other, justly, considered it abusive.

¹³ Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

Los hechos de esta hipótesis de hallazgo de aguas en medio de labores mineras son sencillos, y se reducen al enunciado anterior: se trata, además, de una hipótesis de excepción, que rompe la regla general de la creación concesional de los derechos de aguas, pues en este caso, tales derechos se generan en el descrito *factum*: el hallazgo de aguas. Resulta evidente aclarar que, en este escenario, el concesionario minero no cuenta ex ante con un derecho de aguas; es precisamente a partir de ese *factum* que tal derecho de aguas se genera.

A partir de fiscalizaciones que realiza la Dirección General de Aguas (DGA, en adelante) en faenas mineras, de oficio o a partir de denuncias de terceros, es frecuente la revisión de los títulos jurídicos que habilitan a los concesionarios mineros a usar aguas en sus obras. Tal como ocurre en una gran variedad de actividades productivas, el agua es insumo fundamental en este rubro, por lo que la regulación de su utilización en virtud de esta excepcionalísima hipótesis cobra una particular importancia.

El acto formal de autoridad (concesión) es lo que suele encontrarse detrás de los usos privativos de aguas que realizan los concesionarios mineros; sin embargo, también hay usos ejecutados en virtud de ese especial reconocimiento que la ley confiere a la actividad minera, y en que no se requiere la existencia de una concesión previa legitimadora: en este evento, es necesario un hallazgo. Se trata, en este último supuesto,

del denominado derecho de aprovechamiento de aguas *ipso iure* de los concesionarios mineros.

Aunque no es un tema de habitual discusión en los tribunales de justicia, en los últimos años la Corte Suprema ha emitido tres relevantes pronunciamientos sobre esta materia; sus lineamientos centrales se revisan en los próximos apartados, al hilo del análisis de esta peculiar figura. Cabe advertir que, pese a su importancia práctica, la jurisprudencia nacional, tanto judicial como administrativa (de la Contraloría General de la República), ha sido bastante escueta sobre este tópico. Sin perjuicio de ello, las sentencias que son objeto de análisis se centran en una trascendental arista: la concurrencia e interpretación de los requisitos legales exigidos para su configuración práctica y su delimitación. La decisión de estos casos no puede ser sino cuidadosa, pues, por tratarse de una situación excepcional, que escapa a la regla concesional general, exige de los aplicadores de la escasa normativa una actitud hermenéutica también excepcional: una interpretación llamada «restrictiva».

48

Enunciaremos brevemente los pilares legales de la titularidad estudiada, aludiendo, asimismo a algunas cuestiones interpretativas que cabe tener en consideración preliminarmente (I); y así, en seguida, referirnos a aquellos aspectos medulares de las resoluciones judiciales objeto de este comentario (II), el que cierra con algunas conclusiones y consideraciones finales.

II. RECUENTO NORMATIVO: LAS AGUAS HALLADAS EN LABORES MINERAS ANTE EL DERECHO VIGENTE

La temática es abordada de modo escueto en dos partículas normativas: los artículos 56 del Código de Aguas (en adelante, indistintamente, CA) y 110 del Código de Minería (en adelante, indistintamente, CM). De acuerdo a estas disposiciones, los concesionarios mineros tienen, *ipso iure*, el derecho de aprovechamiento “de las aguas halladas en las labores de su concesión”, en la medida que sean “necesarias” para los trabajos

de exploración, explotación y beneficio de los minerales. Como vemos, es la propia ley la que crea un derecho de aprovechamiento (ésta es, por tanto, la fuente de la titularidad) y perfila, de modo más o menos claro, sus contornos.

Dada la naturaleza de las faenas mineras, este hallazgo se refiere puntualmente a aguas subterráneas, esto es, aquellas “que están ocultas en el seno de la tierra y no han sido alumbradas” (art.2 CA). Asimismo, de acuerdo a las definiciones que surgen del esquema general del aprovechamiento de aguas en nuestro país, este especialísimo derecho debe entenderse como un *uso limitado*, autorizado por la legislación, al margen del sistema concesional, de modo excepcional, constreñido a las *necesidades* del concesionario minero, originando una *hipótesis restrictiva*; ahora bien, esta calificación de “limitado” no puede implicar desconocer el contenido esencial de este derecho, el que debe ser determinado jurídicamente atendida su naturaleza y origen.

I. EN EL CÓDIGO DE AGUAS

El art.56 inc.2° CA dispone lo siguiente: “*Corresponde a los dueños de pertenencias mineras, dentro de ellas, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en sus labores, mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva explotación.*” Luego, el art.57 CA prescribe que “*El derecho de aprovechamiento de las aguas subterráneas para cualquier otro uso se regirá por las normas del Título III de este Libro y por las de los artículos siguientes*”.

2. EN LA LEGISLACIÓN MINERA

El tratamiento de las aguas halladas en labores mineras se encuentra también regulado en los art.8 inciso final de la Ley N°18.097, de 1982, Orgánica Constitucional sobre Concesiones Mineras, y I10 y III CM. Así:

- a. El art.8 inciso final Ley N°18.097 dispone: “*Los titulares de concesiones mineras tendrán los derechos de agua que en su favor establezca la ley.*” No

obstante lo escueto de este inciso, se puede desprender que el legislador entiende desde ya que la ley común debe establecer en favor del concesionario minero algún derecho de aguas; a mayor abundamiento, dado que este texto se refiere directamente al concesionario minero, se vislumbra la idea de un derecho *especial* para tales concesionarios.

- b. Por su parte, el CM, aprobado por la Ley N°18.248, de 14 de octubre de 1983, trata al tema en sus arts.110 y 111. El primero de ellos preceptúa que: *“El titular de concesión minera tiene, por el sólo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate. Estos derechos son inseparables de la concesión minera y se extinguirán con ésta.”* Por su parte, la segunda disposición mencionada tiene un contenido similar al ya reproducido art.57 CA.

50

3. EN LA LEGISLACIÓN SANITARIA

Debe consignarse que el art.74 del Código Sanitario tiene, a partir de 1983, el siguiente texto: *“No se podrá ejecutar labores mineras en sitios donde se han alumbrado aguas subterráneas en terrenos particulares ni en aquellos lugares cuya explotación pueda afectar el caudal o la calidad natural del agua, sin previa autorización del Servicio Nacional de Salud, el que fijará las condiciones de seguridad y el área de protección de la fuente o caudal correspondiente.*

El Servicio Nacional de Salud podrá ordenar en todo caso la paralización de las obras o faenas cuando ellas puedan afectar el caudal o la calidad del agua”.

4. ALGUNOS ASPECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA: ESPECIALIDAD Y DEROGACIÓN DE LAS LEYES

Un análisis inicial del conciso tratamiento legislativo que posee el tema en análisis nos indica lo siguiente: el art.56 inc.2° CA (de 1981) se refiere

a la misma materia que posteriormente trata el art.110 CM (de 1983), siendo este último más amplio. Entonces, cabe preguntarse: la disposición contenida en el art.56 inc.2° CA, ¿debe entenderse derogada tácitamente por el art.110 CM.

A su vez, el art.244 CM, al señalar: “*deróguese toda disposición legal (...) contraria o incompatible con los preceptos de este Código*”, realiza en apariencia una derogación expresa (pero que en realidad es tácita), ¿se entiende, a raíz del art.110 CM, derogado el art.56 inc.2° CA en lo que es “contrario o incompatible” con el anterior?

Es notorio que el art.110 CM es más extensivo que el art.56 CA (el primero da a entender que el derecho *ipso iure* se reconoce sólo respecto a las concesiones de explotación; en tanto que el segundo es omnicomprendivo de las faenas de exploración y explotación): en eso podría estribar su contradicción; contradicción que sólo se manifiesta en la amplitud del contenido del derecho que se reconoce, pero no en su ejercicio, el que se sujetará, como se señala más adelante, al esquema general de todas las titularidades de aguas, perfectamente “compatible” con los preceptos del CM.

En general, es el criterio de la especialidad el que determina la ley que prevalece en los casos de derogación tácita, y usualmente prima sobre el criterio estrictamente cronológico. No obstante, la situación es distinta cuando ambas normas antinómicas son especiales. En efecto, la evidente antinomia entre el art.110 CM y el art.56 inc.2° CA es parcial, pues ambas son especiales: aquélla incorpora especificaciones de que ésta carecía. Ambas son normas especiales, y no podría afirmarse que el art.110 CM es general y el 56 CA es especial por el cuerpo legal en que este último está incorporado; lo que define su especialidad es su naturaleza, y ambos son específicos respecto del tema analizado.

Entonces, en este caso, el criterio cronológico debe primar, y el contenido sustantivo del derecho que la ley reconoce a favor del concesionario minero que encuentra aguas en sus labores es el señalado en el art.110 CM. Sin embargo, ello no implica que este derecho, dada su naturaleza

de “derecho de aprovechamiento de aguas”, en cuanto a su ejercicio, deje de estar sometido al CA. En resumen:

- i. En cuanto al contenido material y finalidades de uso con que se reconoce el derecho, ha de estarse a lo que señala el art.110 CM, por ser la disposición posterior, que prevalece y derogó tácitamente toda otra anterior; y,
- ii. En cuanto al ejercicio del derecho de aprovechamiento así reconocido, ha de estarse al estatuto especial que regla todos estos derechos y que es el CA, lo que es perfectamente compatible con el CM.

Así, por lo demás, se ha encargado de precisarlo la Corte Suprema, que sobre este punto ha sostenido que:

“...del sólo tenor de las disposiciones contenidas en el artículo 56 inciso segundo del Código de Aguas y 110 del Código de Minería, se constata que la situación regulada en el primero queda comprendida en el segundo, en razón que este último es más amplio que el primero, en cuanto al contenido del derecho que reconoce, pero no en relación a su ejercicio –que continúa regido por el estatuto de aguas y los principios que lo informan... En ese mismo orden de ideas, resulta útil consignar, que, si bien el artículo 244 del Código de Minería, posterior al Código de Aguas, contempla la derogación de toda disposición contraria o incompatible con sus preceptos, tal efecto no se advierte en la especie en relación a la regulación contenida en el artículo 56 inciso segundo del Código de Aguas, desde que no se aprecia una antinomia o contradicción entre ellas, sino únicamente que el artículo 110 del cuerpo legal que rige la actividad minera reconoce título sobre las aguas halladas en las labores mineras de exploración, explotación o beneficio... En sustento de dicha posición, se ha entendido que el artículo 110 del Código de Minería, al señalar que el derecho de aprovechamiento se tiene “según el tipo de concesión de que se trate”, inequívocamente reconoce que comprende las de exploración, explotación y beneficio”¹⁴.

¹⁴ *Minera Los Pelambres con DGA* (2013).

III. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE AGUAS HALLADAS POR EL CONCESIONARIO MINERO

A efectos de precisar el contenido y alcance del derecho de aprovechamiento reconocido por el sólo ministerio de la ley a favor del concesionario minero, revisaremos los elementos legales que delimitan esta titularidad, incorporando, a su vez, los lineamientos jurisprudenciales que la Corte Suprema ha propiciado en los últimos años sobre esta temática.

A partir de los términos que ya han sido enunciados, este particular derecho de aprovechamiento está ligado, en primer lugar, a la existencia de, al menos, una concesión minera (ya sea de exploración o de explotación); en segundo término, se requiere un efectivo hallazgo de aguas; luego, dicho hallazgo debe producirse en las “labores de su concesión” minera; y, en fin, estas aguas sólo pueden ser utilizadas en la medida que sean “necesarias” para la exploración, explotación o beneficio de minerales. El ejercicio de este derecho, por su parte, está sujeto a las mismas prescripciones y reglas que todos los derechos de aprovechamiento.

I. REQUISITOS Y ELEMENTOS QUE HACEN SURGIR EL “DERECHO DE AGUAS DEL MINERO”

a. Necesidad de una concesión minera

Sólo a partir de un título minero pueden realizarse legítimamente labores mineras (arts.7 Ley N°18.097 y 106 CM, en relación al art.110 CM), y sólo una concesión minera podrá ser invocada como antecedente para que el derecho de aprovechamiento de aguas acceda (“inseparablemente”) al mismo. La ley es categórica y expresa, señalando que es “el titular de concesión minera” el que “tiene” tal derecho una vez halladas las aguas (art.110 CM *ab initio*).

En caso de extinguirse la concesión minera, al mismo tiempo, se extingue este derecho *ipso iure*, por mandato expreso de la ley (“se extin-

guirán con ésta”), pues ya no habrá título para explorar o explotar los minerales cuyo beneficiario necesite agua (art.110 CM *in fine*).

Aunque el tenor de las disposiciones legales que sustentan este derecho es enfático en este punto, la Corte Suprema se ha encargado de acentuar lo siguiente:

“...únicamente el titular de concesión minera tiene, por el solo ministerio de la ley, el derecho de aprovechamiento de las aguas halladas en las labores de su concesión, en la medida en que tales aguas sean necesarias para los trabajos de exploración, de explotación y de beneficio que pueda realizar, según la especie de concesión de que se trate, derecho que sólo puede ejercer una vez constituida la concesión según regula el artículo 107 del mismo Código, disponiéndose, además, en el artículo 111 de idéntico texto legal, que las demás aguas necesarias para explorar, explotar o beneficiar sustancias minerales se sujetarán a las disposiciones del Código de Aguas y demás leyes aplicables”¹⁵.

b. Efectivo hallazgo de aguas

No basta el título minero para invocar derechos sobre unas aguas que potencialmente podrían ser halladas en el futuro: estas aguas deben ser efectiva y materialmente “halladas”, pues, el derecho mismo y la subsecuente posibilidad de usarlas sólo surge una vez que las mismas son encontradas. Antes de ello no existe derecho alguno, ni siquiera a impedir que otros efectúen la búsqueda de tales aguas a partir de títulos de ocupación o uso del suelo (propietarios o concesionarios de exploración de aguas subterráneas), de los cuales carezca el concesionario minero (por no haber obtenido antes, por ejemplo, las servidumbres de ocupación respectiva).

En otras palabras, el concesionario minero que aún no ostenta títulos de ocupación o uso del suelo no está habilitado jurídicamente para disputar

¹⁵ DGA con Sociedad Legal Minera NX Uno de Peine (2013). En similar línea, y destacando que estamos frente a un derecho “de contenido y naturaleza especial”, ver Minera Los Pelambres con DGA (2013).

esta agua, para el caso en que aún no ha iniciado sus labores mineras, ni ha hallado materialmente unas aguas; y, por el contrario, podrá explorar aguas el propietario del suelo o un concesionario de exploración de aguas subterráneas, sin que sea impedimento para ello el título minero no ejercido.

c. El hallazgo de las aguas debe producirse fortuitamente en las labores de la respectiva concesión minera

En este sentido, la Corte Suprema ha exigido una absoluta correspondencia o proporcionalidad entre la entidad/características de las labores mineras y las aguas que, alumbradas “con ocasión” del desarrollo de tales labores, se utilicen al amparo de esta figura de aguas del minero. Así, en un caso puntual en que intentaba enmarcarse el uso del recurso en dicha figura, este Tribunal lo rechazó en virtud de las particularidades propias de la faena de que se trataba, sosteniendo que:

“...dicha conclusión, sin embargo, pugna con el objeto mismo de la concesión conferida a la demandada que corresponde a la explotación de salitre y yodo, minerales que se sitúan entre la superficie y los quince metros de profundidad, mientras que de acuerdo a los informes entregados por la Dirección General de Aguas la demandada extrae las aguas a profundidades que fluctúan entre los treinta a cincuenta metros. Por tanto, no se trata de aguas que afloran con ocasión de la exploración o explotación de minerales, tal como lo exige la excepción opuesta por la empresa denunciada. A su vez, si la demandada sólo dispone de tres pertenencias mineras en el área no es posible justificar que las aguas subterráneas extraídas desde treinta y cinco pozos hayan sido alumbradas con ocasión de esas actividades mineras y que se destinen a dicho fin”¹⁶.

Vemos, entonces, cómo, jurisprudencialmente, se formulan dos relevantes aristas de este derecho limitado:

¹⁶ Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad (2011).

- i. las aguas deben encontrarse casualmente en la ejecución de las labores mineras, y no ser producto de una búsqueda deliberada del concesionario; y,
- ii. el volumen de aguas utilizado debe guardar directa relación con la magnitud de las faenas respectivas (ello se vincula con el último elemento que se revisa en este apartado: tales aguas sólo pueden ser empleadas si son necesarias en el ejercicio de la concesión respectiva).

d. Las aguas pueden utilizarse en cualquier punto del proyecto minero de que se trate

Para analizar este requisito puntual debe tenerse presente la realidad de los proyectos mineros, o la manera en que se lleva adelante la industria minera; y al respecto cabe consignar que no se da una total correspondencia entre esa realidad (que opera en base a yacimientos de minerales) y la ley (que regula a partir de la noción de concesiones mineras, con límites geográficos exactos, sin relación a tales yacimientos).

56

Lo anterior es obvio, pues los objetivos son distintos y sería muy difícil compatibilizar los límites geográficos de cada título minero con los límites geográficos de los yacimientos (que son inciertos, y se vinculan a razones económicas o de rendimientos de explotación); todo lo cual lleva a la práctica de que un sólo proyecto minero o un sólo yacimiento minero sea objeto de múltiples títulos o concesiones mineras, todos colindantes, lo que le confiere “unidad” al mismo.

Sobre este punto es necesario preguntarse si las aguas halladas en las labores realizadas en terrenos cubiertos por una concesión minera específica, que forma parte de un mismo conjunto o proyecto minero, ¿pueden usarse en las labores de exploración, explotación o beneficio de minerales provenientes o situados en terrenos cubiertos por otra pertenencia distinta a la anterior? ¿Tiene alguna relevancia jurídica, a estos efectos, el que ambas pertenencias hayan sido constituidas dentro de un mismo “grupo de pertenencias”, en el sentido del CM? ¿O

si ambas pertenencias no sólo forman parte de un mismo “grupo de pertenencias”, sino que constituyen títulos habilitantes para un mismo “proyecto minero”?

Una primera lectura del art.110 CM no permite obtener una respuesta. Si bien es claro que la ley exige propiedad sobre el título que posibilita las labores mineras en que son halladas las aguas (exige que debe tratarse de títulos propios: “su”), nada agrega sobre el terreno en que puedan ocuparse: sólo menciona las finalidades de su uso legítimo: exploración, explotación o beneficio; pero no restringe, al menos expresamente, el uso de las aguas en el mismo terreno cubierto por la concesión minera respectiva. Para estos efectos, es preciso revisar los conceptos de “grupo de pertenencias”, contenido en la legislación minera, y de “proyecto minero”, establecido en la legislación medioambiental.

i. El caso de las aguas halladas en labores que forman parte de un mismo “grupo de pertenencias”

El CM (arts.44 N°4, 45 inc.2°, 59 inc.1° y 2° N°5, 72, 77, 78, 87, 90 N° 6 e inciso final y 118) otorga una condición especial a la petición conjunta de varias pertenencias, llamándole “grupo de pertenencias”. Toda la tramitación de su constitución, y normalmente el ejercicio de los derechos que nacen de ellas, se realizan como un todo; sin perjuicio que en la práctica, además, todas estas pertenencias de un sólo “grupo” o de varios “grupos” suelen formar parte de un mismo “proyecto minero”, a lo que nos referimos en seguida.

Entonces, ¿es posible afirmar que cualquiera que sea el sector territorial cubierto por un grupo de pertenencias en el que se hallen aguas, éstas podrán usarse para la exploración, explotación o beneficio de minerales de todo el conjunto del terreno cubierto por el “grupo de pertenencias”, como un reflejo natural de esta unidad procedimental? La respuesta parece ser positiva, pues las únicas limitaciones que establece la ley es que beneficien al mismo concesionario (“su”), y que sean “necesarias” para los fines propios de la concesión de que se trate (art.110 CM).

ii. El caso de las aguas halladas en las labores de pertenencias que forman parte de un mismo “proyecto minero”

Un proyecto minero, normalmente de gran envergadura, necesita muchas hectáreas de terrenos cubiertos por concesiones mineras, no sólo para los efectos de explotar el yacimiento, sino también para la “protección” de las plantas de beneficio y demás instalaciones (y así evitar que esos terrenos sean solicitados por otros interesados) o para el cuidado de las “reservas” (yacimientos a explotar en el futuro).

Sin perjuicio que las actividades mineras son variadas, forman un conjunto; en función de ello, tales actividades no sólo comprenden los terrenos de las pertenencias en que se realiza la explotación minera, sino que todas aquellas instalaciones que constituyen las faenas mineras que sirven a la industria extractiva minera. De ahí que debe entenderse que todas las concesiones mineras en que esté situado el conjunto de instalaciones que conforman las faenas mineras, y que se encuentren en el sector, forman parte de un mismo conjunto, el que en términos de economía práctica se denomina “proyecto minero”, concepto recogido por la legislación ambiental¹⁷.

Este concepto de “proyecto minero” (que aquí sólo esbozamos), aplicado al problema de las aguas halladas en las labores mineras, origina una vía de interpretación acorde con la realidad de la explotación minera actual. Entonces, las aguas halladas (sobre las que se origina *ipso iure*

¹⁷ Según la Ley N°19.300, de 1994, sobre Bases del Medio Ambiente, respecto de “todo proyecto o actividad” por ella considerado se deberá presentar una Declaración de Impacto Ambiental o elaborar un Estudio de Impacto Ambiental, según corresponda (art.9 inc.1°). Así, el art.10 letra i) Ley N°19.300 señala que los “proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualquiera de sus fases, que deberán someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, son los siguientes...”, señalando expresamente que deberá procederse de este modo en el caso de los “proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda.” Agrega el art.11 letra b) que los “proyectos o actividades enumerados en el artículo anterior requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias (...)”, entre los cuales se consideran los “efectos adversos significativos sobre la cantidad y calidad de los recursos naturales renovables, incluidos el suelo, agua, aire.” A raíz de lo anterior, en la práctica, todo proyecto minero deberá obtener la certificación ambiental, y sólo una vez que se ha certificado por el órgano competente que “se cumple con todos los requisitos ambientales aplicables” (art.24 Ley N° 19.300), se podrá llevar adelante el proyecto (que usualmente es uno, y que requiere múltiples concesiones mineras).

un derecho de aprovechamiento), no sólo pueden ser utilizadas en las labores materialmente situadas en el terreno cubierto por la misma concesión en que fueron encontradas, sino que podrían ser legítimamente utilizadas en labores mineras situadas en terrenos cubiertos por otra concesión minera del titular de la concesión respectiva, siempre que forme parte de un mismo “grupo de concesiones” o de un mismo “proyecto minero”. Acogiendo expresamente esta última posición, la Corte Suprema ha precisado que:

“...las aguas deben ser halladas en las labores de la concesión minera, circunstancia que debe entenderse referida al término proyectos mineros en su conjunto, desde que, en la práctica un proyecto o yacimiento minero es objeto de múltiples títulos o concesiones colindantes que le otorgan unidad, atendidas, también las limitantes de superficie previstas en la ley... Tal concepción, además, resulta concordante con lo previsto en el citado artículo 10 letra i) de la Ley 19.300, dotándolo de un contenido unitario y lo dispuesto en los artículos 4 a 6 del Reglamento de Seguridad Minera, que definen lo que debe entenderse por industria extractiva minera y las actividades que comprende; las faenas mineras, que se extienden al conjunto de instalaciones y lugares de trabajo de la industria extractiva minera; y concibe la empresa minera ligada a la ejecución de acciones, faenas y trabajos de la industria extractiva minera, reconociendo su amplitud, lo que aplicado a las aguas, conlleva determinar que no existe inconveniente para que las halladas en un sector cubierto por una concesión puedan trasladarse y utilizarse en otro del mismo titular, que formen parte del grupo de pertenencias o, como en este caso, un mismo proyecto minero, atendiendo a su vinculación geográfica o funcional, pues la única restricción que la ley contempla es que beneficien al mismo concesionario y que sean necesarias para los fines de propios de la concesión, en relación a los relaves, como quedó asentado en autos”¹⁸.

¹⁸ *Minera Los Pelambres con DGA* (2013).

e. Las aguas sólo pueden ser utilizadas en la medida que sean necesarias para la exploración, explotación o beneficio de los minerales

Si el título habilitante para realizar las labores mineras en medio de las cuales fueron halladas las aguas es una concesión minera de exploración, tales aguas sólo pueden ser usadas para los trabajos de exploración; y si se trata de una concesión de explotación, pueden ser utilizadas solamente para los trabajos de exploración, explotación y beneficio de minerales, pues su uso lo restringe la ley “según la especie de concesión de que se trate”, a las aguas “necesarias”¹⁹.

Dentro del concepto de exploración, explotación o beneficio de minerales se incluyen aquellos usos de aguas necesarios para llevar a cabo estas actividades. Algunos de estos usos están regulados expresamente por el Reglamento de Seguridad Minera, en diversas normas que exigen la utilización de agua en las faenas mineras, y otros dependerán de los métodos de búsqueda, extracción y, principalmente, beneficio de minerales de cada proyecto.

Por lo tanto, el uso de estas aguas está sujeto por la propia ley a dos limitaciones materiales: no pueden ser empleadas en fines distintos a los descritos en la “especie de concesión de que se trate”, esto es, autorizados por la ley y exigidos por la reglamentación técnica; y, además, estas aguas no pueden ser utilizadas en una “medida” (cantidad) mayor que la necesaria para tales fines.

Si las aguas halladas en labores mineras no son suficientes, o no ofrecen un caudal continuo, o aun siendo suficientes y continuas, no puedan usarse sin perjuicio ajeno, y se requieren más aguas para las faenas mineras, se deberá estar a lo estipulado en el art.III CM. Es decir, se

¹⁹ En esta dirección ver *Minera Los Pelambres con DGA* (2013), en que la Corte Suprema sostiene que “...las aguas deben ser utilizadas en la exploración, explotación o beneficio del mineral, según la especie de concesión, sin restricción, pues la única limitación que la ley impone es que sean necesarias para los fines de la concesión, sin que se aprecie dificultad alguna en aplicarlas al concepto de proyecto minero aludido precedentemente, pudiendo también citarse en apoyo de esta posición, las obligaciones de información acerca del recurso hídrico que se imponen a la empresa minera, conforme con lo dispuesto en los artículos 348 y 349 del mencionado Reglamento de Seguridad Minera y la exigencia de utilizarlas en las faenas mineras, en sus distintas fases y con diversas y amplias finalidades dentro del proceso industrial, acorde con lo previsto en los artículos 107, 316, 344, 403 y 409 del citado Reglamento”.

hace aplicable en este evento la regla general, debiendo el concesionario minero solicitar, a través del procedimiento concesional de aguas, el correspondiente derecho de aprovechamiento.

Con relación a este punto, debe precisarse que la Corte Suprema ha promovido una distinción entre el derecho de aprovechamiento que se reconoce por el solo ministerio de la ley al concesionario minero y otros derechos, también vinculados de algún modo con el recurso hídrico, y que son propios del estatuto jurídico minero. En esta línea se ha sostenido que:

“...sin embargo ello en ningún caso implica desconocer los derechos que la ley reconoce a los titulares de un pedimento o manifestación minera, al tenor del artículo 53 del mismo Código, en cuanto dispone que a contar del momento de la inscripción del pedimento su titular podrá efectuar todos los trabajos necesarios para constituir la concesión de exploración, y que desde el momento de la inscripción de la manifestación su titular podrá efectuar todos los trabajos necesarios para reconocer la mina y para constituir la pertenencia, agregando que si con motivo de esos trabajos necesita arrancar sustancias concesibles, se hará dueño de ellas... las labores de sondaje y bombeo de las aguas subterráneas difieren del alumbramiento de las mismas, regulado en el artículo 58 del Código de Aguas, y que las mismas se encuentren amparadas en las facultades que, desde el momento de la inscripción, la ley reconoce tanto al titular de un pedimento, a efectos de efectuar los trabajos necesarios para constituir la concesión de exploración, como al de una manifestación minera inscrita, para realizar todos los trabajos necesarios para reconocer la mina y constituir la pertenencia, entre los que se comprende la de hacerse dueño de las sustancias concesibles que necesita arrancar... no es posible determinar que las labores de sondaje y bombeo que motivan la acción de deducida en autos, constituyan alumbramiento de aguas subterráneas, para lo cual, conforme con el artículo 58 del Código de Aguas, se requiera la autorización de

la Dirección General de Aguas, como postula el recurrente, desde que tales tareas se enmarcan dentro de las facultades que reconoce el artículo 53 del Código de Minería, por cuanto no implican explotación de las aguas, al tenor del artículo 6 del cuerpo legal de aguas. De esta manera, tampoco puede sostenerse lo afirmado por el solicitante, en cuanto a que las actividades materia de la denuncia, únicamente puedan realizarse conforme con las atribuciones que, en su caso, por un lado se reconocen en los artículos 110 y 113 del Código de Minería, al titular de una concesión y solo una vez constituida la concesión, como dispone el artículo 107 del mismo cuerpo legal, y por otro se contemplan en el artículo 111 de la citada normativa y que exige se sometan a la legislación de aguas, ya que, como se dijo las labores de sondaje y bombeo, escapan del aprovechamiento de los recursos hídricos.”²⁰.

62

Aunque se escapa ligeramente del objeto central de este texto, nos parece que debiera revisarse la consistencia práctica de la interpretación que la Corte realiza respecto a las labores de sondaje y bombeo y su aplicabilidad a todos los casos que pudieran presentarse en este contexto. ¿Siempre se da esa tajante separación entre dichas labores y el aprovechamiento de aguas propiamente tal? Sobre todo considerando que en el aprovechamiento de las aguas subterráneas se contempla una fase de exploración y otra de explotación, ¿el sondaje y bombeo ni siquiera podrían asimilarse a la primera de ellas (en que si bien no hay utilización de aguas, sino solo investigación del recurso, resulta igualmente aplicable el régimen concesional)?

2. EJERCICIO DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS HALLADAS EN LABORES MINERAS. CONDICIONES DE UN “USO LIMITADO”

Las disposiciones que consagran este particular derecho de aprovechamiento (arts.110 CM y 56 inc.2° CA) se limitan a reconocer y describir

²⁰ DGA con Sociedad Legal Minera NX Uno de Peine (2013).

su contenido material, el que, en cuanto a su ejercicio, deberá someterse a las reglas generales que, para todo derecho de aprovechamiento de aguas establece el CA. Así, y tal como se ha encargado de precisarlo la Corte Suprema, “...el contenido material del derecho de aprovechamiento de aguas que otorga al titular de una concesión minera sobre las aguas halladas en las labores de la concesión, el Código de Minería los regula en términos más amplios que el estatuto de aguas, que mantiene plena aplicación en relación al ejercicio de dicho derecho, en cuanto que no puede perjudicar derechos de terceros, además de las limitaciones que atienden a la preservación del recurso hídrico...”²¹.

Las mencionadas reglas y directrices generales son, principalmente, las siguientes:

a. Respeto al concepto e implicancias del principio de unidad de la corriente

A partir de dicho principio se reconoce la conexión que existe entre todas las aguas, superficiales y subterráneas, de una misma cuenca. El ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras debe ser analizado, como toda otra titularidad de esta especie, a la luz de este principio, sobre todo en relación a los conflictos que se puedan generar con otros usuarios de la misma cuenca hidrográfica.

63

b. Unidad regulatoria de todos los derechos de aguas

Como una lógica consecuencia de lo anterior, el CA establece un precepto que da unidad regulatoria a la disciplina de las aguas, al señalar en su art.5 que: “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.”

²¹ *Minera Los Pelambres con DGA (2013).*

Estos derechos de aprovechamiento de los particulares son regulados (descritos o tipificados) normalmente en el propio CA; no obstante, como sabemos, la hipótesis de las aguas halladas en labores mineras constituye un derecho de aprovechamiento cuya creación o reconocimiento como tal está tipificado más bien en otro texto legal (CM). Pero dada la condición inicial de “todas” las aguas disponibles en fuentes naturales como bienes públicos, en su ejercicio y demás aristas, este derecho especialísimo tendrá que atenerse a las reglas del CA.

c. Respeto de los derechos de terceros

El pretérito principio *salvo iure tertii*, esto es, la prohibición de causar perjuicios a terceros o a los derechos de otros, se especifica en materia de aguas en los art.5, 6, 22 y 141 inciso final CA. Esta prohibición se aplica no sólo al momento de crear nuevos derechos, sino también durante el ejercicio de los mismos, y ella, por cierto, no es ajena a la titularidad reconocida *ipso iure* al concesionario minero.

64

d. Límites excepcionales al ejercicio de los derechos de aprovechamiento

Todos los derechos de aprovechamiento, en su ejercicio, pueden quedar sujetos a ciertas limitaciones ante situaciones puntuales, las que deben afectar a todos (incluido, por lo tanto, ese derecho de aprovechamiento reconocido en los arts.110 CM y 56 inc.2° CA). Es así como la escasez o sequía, por ejemplo, podría acarrear la imposición de restricciones a todos los titulares de derechos de aguas de una fuente determinada (medidas extraordinarias de distribución o de redistribución, en su caso); la normativa ambiental, por su parte, es fuente de otras restricciones y condiciones que también pueden afectar a este particular derecho *ipso iure*. Sobre este último punto, la Corte Suprema ha sostenido que:

“...el hallazgo de aguas subterráneas en labores mineras, conforme lo disponen los artículos 56 inciso segundo del Código de Aguas y

110 del Código de Minería, otorga, por el solo ministerio de la ley, al titular de la concesión minera un derecho de aprovechamiento de aguas, de contenido y naturaleza especial, cuyo ejercicio impone limitaciones, todo lo cual, además, en la práctica se entrelaza con lo que se denomina “proyecto minero”, que requiere la obtención de diversas autorizaciones administrativas y medioambientales, reguladas en su conjunto por el artículo 10 letra i) de la Ley 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, en cuanto dispone que, entre los proyectos o actividades susceptibles de causar impacto ambiental, en cualesquiera de sus fases y que deben someterse al sistema de evaluación de impacto ambiental, se cuentan los proyectos de desarrollo minero, incluidos los de carbón, petróleo y gas comprendiendo las prospecciones, explotaciones, plantas procesadoras y disposición de residuos y estériles, así como la extracción industrial de áridos, turba o greda...”²².

d. Incorporación y respeto al autogobierno ejercido por la junta de vigilancia competente

65

Directamente vinculado a lo recién expuesto, debe tenerse presente que “todos” los titulares de derechos de aguas de una cuenca o fuente natural forman parte de la junta de vigilancia que ejerce jurisdicción en ese ámbito. Por lo tanto, los concesionarios mineros que sean titulares del derecho *ipso iure* revisado en este texto no se encuentran excluidos de esta concepción, debiendo respetar, en lo pertinente, los acuerdos y medidas que adoptare dicha organización de usuarios. Sólo de este modo, nos parece, se logra concretar una adecuada sujeción y observancia a todas las condiciones y directrices previamente enunciadas en este párrafo (unidad de la corriente, unidad regulatoria de los derechos de aguas, respeto a los derechos de terceros y sometimiento a ciertos límites puntuales de los derechos de aguas).

²² *Minera Los Pelambres con DGA (2013).*

IV. CONCLUSIONES Y COMENTARIOS

1. En el Derecho vigente se consagra, a nivel legislativo y jurisprudencial, el reconocimiento *ipso iure* de un derecho de aprovechamiento respecto de las aguas halladas en el ejercicio de las labores de exploración y explotación minera, las cuales pueden ser utilizadas por el respectivo concesionario, sin requerirse concesión previa, en caso que tales aguas sean efectivamente halladas y sea necesarias para las labores de su concesión.
2. Si bien los términos legales que perfilan este particular derecho de aprovechamiento son escuetos, todo indica que se trata de una titularidad excepcional y limitada, por lo que debe interpretarse restrictivamente; sin perjuicio de esto último, por cierto, debe respetarse el contenido esencial de este derecho de aguas reconocido por el sólo ministerio de la ley cuando concurren los siguientes elementos: existencia de una concesión minera, de exploración o de explotación; efectivo hallazgo de aguas; dicho hallazgo debe producirse en las labores de la concesión minera; y, en fin, estas aguas sólo pueden ser utilizadas en la medida que sean necesarias para la exploración, explotación o beneficio de minerales.
3. El derecho de aprovechamiento de aguas que se reconoce al concesionario minero por el sólo ministerio de la ley está sometido al estatuto general de todos los derechos de aprovechamiento (establecido, fundamentalmente, en el Código de Aguas); en su ejercicio no puede perjudicar titularidades de terceros, debiendo respetar, además, las limitaciones que pueden imponerse a todos los derechos de aprovechamiento a partir de situaciones puntuales, como es la sequía.
4. La jurisprudencia de la Corte Suprema, en los tres casos en que se ha pronunciado sobre el tema de las aguas halladas en labores mineras, en el período 2011-2014 [*Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad* (2011); *DGA con Sociedad Legal Minera NX Uno de Peine* (2013) y *Minera Los Pelambres con DGA* (2013)],

además de acentuar la necesidad de concurrencia de los elementos contenidos en el escueto, pero claro tipo legal, ha contribuido a delimitar aún mejor esa figura, especificando tres aristas fundamentales:

- a. el carácter fortuito y ocasional con que el concesionario minero debe encontrar las aguas para ser amparadas por este derecho *ipso iure*;
- b. la directa proporcionalidad que debe darse entre el tipo y magnitud de las faenas mineras de que se trate y el volumen de aguas que el concesionario usa bajo el contexto de esta particular titularidad; y,
- c. la vinculación geográfica y funcional que debe existir entre el lugar físico en que concesionario minero halló las aguas y el o los puntos en que éstas pueden ser utilizadas: lo relevante es que todo ello debe producirse dentro del mismo “proyecto minero”.

Los tres aspectos anteriores han sido, nos parece, aportes jurisprudenciales destacables sobre la figura analizada.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

ARÉVALO CUNICH, Gonzalo (1999): “Apuntes sobre el régimen jurídico de las aguas subterráneas”, en: *Revista de Derecho Administrativo Económico*, vol. 1, n°1, pp. 21-26.

ROJAS LLANOS, Noemí (1966): *Aplicación del agua en el Código de Minería* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) pp. 35 y ss.

SANTELICES AGOST, Gustavo y MORALES SAAVEDRA, Gonzalo (1997): *Regulación jurídica de las aguas en el Derecho de Minería* (Memoria, Universidad Central) 83 pp.

VERGARA BLANCO, Alejandro (1999), “Reconocimiento Ipso iure y ejercicio del especialísimo derecho de aprovechamiento de aguas ha-

lladas en labores mineras”, en: *Revista de Derecho, actas de las jornadas de Derecho de Minería* (Coquimbo, Universidad Católica del Norte) pp. 145-179.

VERGARA BLANCO, Alejandro (1999): *Instituciones de Derecho de Minería* (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing) 821 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

Fisco de Chile con Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Soledad (2011): Corte Suprema, 28 de octubre de 2011. Rol N° 5826-2009. Daño ambiental; aguas del minero.

DGA con Sociedad Legal Minera NX Uno de Peine (2013): Corte Suprema, 2 de abril de 2013. Rol N° 4914-2011. Distinción entre labores de sondaje y bombeo de aguas subterráneas y alumbramiento de las mismas. Aguas del minero.

Minera Los Pelambres con DGA (2013): Corte Suprema, 12 de noviembre de 2013. Rol N° 6997-2012. Derecho de aguas del minero. Inclusión del concepto de “proyecto minero” en su configuración.

ACTOS Y PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE AGUAS: ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA FORMAL ENCUENTRO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON EL DERECHO DE AGUAS

Daniela Rivera Bravo
Alejandro Vergara Blanco²³

RESUMEN: Buena parte de la actividad práctica del Derecho de Aguas se desenvuelve a través de la actividad de la Administración Central del Estado, representada principalmente, en materia de aguas, por la Dirección General de Aguas; organismo con atribuciones diversas en este campo y al que deben ocurrir los administrados/particulares para la gestión de diversos trámites, con el objetivo de realizar registros o solicitudes, lo que da lugar a procedimientos regulados por la ley. La actividad jurisprudencial de la Corte Suprema en los años 2011-2014 da cuenta de diversos pronunciamientos al respecto, en los cuales se ha especificado este “*Derecho Administrativo de las aguas*”.

ABSTRACT: A good part of the practical activity of the Water Law unfolds through the activity of the Central Administration of the State, represented, principally, by the “Dirección General de Aguas”; organization with diverse administrative powers in this field and to whom occur the administered/particulars for the management of diverse procedures, with the purpose of executing registers and requests, all of which lend to procedures regulated by law. The jurisprudential activity of the Supreme Court during the 2011-2014 takes account of it, in which has specified this “Administrative Water Law”.

²³ Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

Este análisis jurisprudencial está focalizado a revisar la actividad de la Corte Suprema, en los años 2011-1014, en relación a un sector especial de la regulación: la actividad de la Administración Central de las aguas; esto es, la actuación de la Dirección General de Aguas, en aspectos también específicos de la normativa que la rige (en especial, los actos administrativos de orden interno y procedimientos).

71

Desde el punto de vista metodológico, nos permite observar no sólo aquellos aspectos singulares de este sector de las aguas, sino también aquellos temas o soluciones que, surgiendo de este sector especial o particular, luego es posible aplicar o pueden ser aplicados, de manera expansiva, a otros sectores diversos de la regulación administrativa. De ahí que estos trabajos comparados (un verdadero «Derecho comparado interno», entre dos disciplinas de un mismo Derecho nacional) son de utilidad pluri-direccional: tanto para las disciplinas que se comparan, como para otras sub-disciplinas del Derecho Administrativo. Es que el trabajo sistemático de la doctrina del Derecho Administrativo abarca, por igual, tanto la parte general como la parte especial de la disciplina; y, este análisis jurisprudencial se realiza desde una perspectiva que nos sitúa en ambos ángulos: en el procedimiento administrativo, que integran la parte general, lo que aquí aplicamos a un sector especial de la

mayor importancia²⁴: el aprovechamiento de las aguas. Esto nos lleva a demostrar, una vez más, el aserto de la *recíproca interacción e interrelación* que siempre es perceptible entre ambas esferas general y especial de la disciplina²⁵. Las conclusiones que se obtenga en este intento, entonces, son de relevancia, en primer lugar, para tal sector especial: las aguas; pero también, en seguida y de modo más general, para otros sectores regulados por el Derecho Administrativo Económico.

El enfoque de este análisis es la *praxis* de la Dirección General de Aguas, y la aplicación que realiza de su propia regulación en cuanto a actos y procedimientos; ello, siguiendo, como es natural, los criterios de la jurisprudencia, constituye aspectos muy relevantes de la regulación administrativa, con especial incidencia en materia de aguas, los cuales se han manifestado como conflictivos en el encuentro de los administrados con la Dirección General de Aguas. Las materias y casos de actos y procedimientos, todos de diversa naturaleza, inciden en el marco del Derecho Administrativo especificado a la materia de aguas, son dos:

72

I. LA AUTO-FORMULACIÓN DE NORMAS GENERALES POR EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE AGUAS, SU VALIDEZ Y ALCANCE

La ausencia de mayores regulaciones de nivel legal o reglamentario en materia de aguas, en varios casos, ha llevado al órgano administrativo a ensayar la auto-formulación de actos normativos, a través de actos administrativos autogenerados (sin ningún control de legalidad previa, incluso); se trata de actos de orden interno a que los administrados deben sujetarse, los cuales pueden ser vistos como *pseudo* sustitutos de la actividad parlamentaria o reglamentaria. Sobre este tema, la Corte Suprema tuvo la oportunidad de pronunciarse.

Pero, al mismo tiempo, en varios casos, la propia Corte Suprema, sin paramientos, sin percibir que se trataba de una «fuente del Derecho» irregular,

²⁴ A estos sectores podemos llamarlos, también, *ámbitos de referencia*, en el sentido de SCHMIDT-ASSMANN 1998 [2003], 13.

²⁵ El aserto es de SCHMIDT-ASSMANN 1998 [2003], 10.

simplemente ha aplicado consistentemente estas actuaciones internas del órgano administrativo (en especial, en materia de aguas subterráneas).

2. LA APLICACIÓN DE LA LEY DE BASES DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO (LBPA) A LAS ACTUACIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS.

Dicha Ley, de 2003, incorporó una serie de principios, estándares y derechos de los administrados en toda relación jurídica derivada de un procedimiento administrativo, y cabe observar cómo la jurisprudencia ha ido reaccionando a los conflictos suscitados con motivo de su aplicación. Los casos más recurrentes en la praxis de aguas, en este período 2011-2014, aluden a la aplicación supletoria de dicha ley, a la notificación de los actos de la Administración, al cómputo de los plazos en los procedimientos de aguas y al agotamiento de la vía administrativa. Temas que son de general aplicación a toda actividad de la Administración, pero que en materia de aguas cabe observar sus especificidades, y la reacción jurisprudencial.

73

Para la realización de este comentario, hemos retomado algunos desarrollos de trabajos realizados antes por uno de nosotros²⁶.

II. LA AUTO-FORMULACIÓN DE NORMAS GENERALES POR EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE AGUAS, SU VALIDEZ Y ALCANCE

I. CONTEXTO DOCTRINARIO Y LEGISLATIVO

a. Las atribuciones únicamente administrativas de la Dirección General de Aguas

El Estado/Administración ejerce sus potestades y atribuciones regulatorias, en materia de aguas, a través de la Dirección General de Aguas,

²⁶ VERGARA (2009), (2014), entre otros.

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.6 y 7 de la CPR): por ende, las actuaciones de dicho órgano sólo serán válidas en la medida que respeten tales límites.

Específicamente, el artículo 300 del Código de Aguas establece que “El Director General de Aguas tendrá los siguientes deberes y atribuciones”: Letra a): “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.” Es decir, la ley 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.

74

Esto debe vincularse con lo establecido mayormente en el artículo 299 del CA, que dispone las facultades específicas de la Dirección General de Aguas, que guardan relación básicamente con la extracción de aguas, las obras en cauces y las obras hidráulicas; a saber, en síntesis:

- i. Investigación y medición del recurso (artículos 299 b y 122 CA)
- ii. Planificar el uso del recurso (artículo 299 letra a CA)
- iii. Constitución y otorgamiento directo de derechos de aguas: superficiales: artículos 20 inciso 1º, 23, 130, 141, 149 y 150 CA; subterráneas: artículos 57, 58, 59 y 60 CA
- iv. Regularización de derechos reconocidos y no inscritos (artículo 2º transitorio CA y 7º D.L. 2.603, de 1979)
- v. Fijar limitaciones y modificaciones a la extracción de aguas, declarando restricciones al uso de aguas: superficiales: agotamiento de fuen-

tes naturales (artículo 282 CA); subterráneas: zonas de prohibición (artículos 63 y 64 CA); área de restricción (artículos 65, 66 y 67 CA)

- vi. Cambio de fuente de abastecimiento (artículos 158 a 162 CA)
- vii. Traslado del ejercicio de los derechos en cauces naturales (artículo 163 CA)
- viii. Policía y vigilancia de las aguas (artículo 299 letra c CA)
- ix. Supervigilar y conocer el funcionamiento de las organizaciones de usuarios (artículo 299 e CA)
- x. Ejercer jurisdicción o auxiliar a los tribunales
- xi. Autorizar el uso de cauces naturales y artificiales
- xii. Autorizar la construcción y operación de obras hidráulicas de captación, conducción y embalse de aguas

Por su parte, la letra c) del 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 DFL 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”.

Así, la facultad prevista en la letra c) del artículo 300 del CA viene a complementar la contemplada en su letra a), en tanto que no se restringe a las potestades regulatorias internas “de ejecución” de lo dispuesto en las leyes y reglamentos, sino que es más amplia, refiriéndose a facultades directivas y organizativas generales del jefe de servicio. Es una facultad general de regulación interna del Servicio²⁷.

²⁷ En tal sentido pueden verse los dictámenes N°1.788, de 2003; N°26.128, de 2002; N°28.849, de 2000, y N°28.755, de 2000, de la Contraloría General de la República.

i. Los actos administrativos de orden interno

Estos actos (formalmente denominados en la práctica: instrucciones, circulares, oficios, manual, etc.) son expresiones de la jerarquía administrativa, es decir, 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. Por ello, tales actos pueden considerarse como «res interna», vale decir, son actos internos de la Administración, no tienen fuerza obligatoria bilateral como norma jurídica, y, en consecuencia, no afectan directamente las situaciones jurídicas de los administrados²⁸.

En cuanto a la naturaleza jurídica de esta especie de actos, no existe unanimidad en la doctrina en relación a su caracterización como verdaderos actos administrativos, ni en cuanto a su potencia normativa²⁹. Así, se ha sostenido que en la medida que no agregan nada nuevo al ordenamiento jurídico, ni confieren o lesionan un derecho, no son verdaderos actos administrativos³⁰. Menos tajantemente, se ha afirmado que la “... actividad interna o inter-orgánica de la Administración presenta rasgos distintos en relación con el régimen jurídico de los actos administrativos, hecho que justifica su aislamiento conceptual...”; como consecuencia de ello, “...a este tipo de relaciones jurídicas se les aplican supletoria o análogicamente (según sea el caso) las normas y principios que informan el régimen del acto administrativo...”, con ciertas peculiaridades³¹.

Sin perjuicio de dichas discrepancias, existe al menos 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

²⁸ Ver BAENA DEL ALCÁZAR (1965), 111-112, 118-119; BOLAÑA 2005, 109-110; CALDERA (2001), 245; CASSAGNE (2002), 61-62; ORTIZ DÍAZ (1957), 338-339; PRECHT (1989), 469; y, SILVA CIMMA (2009), 271-275.

²⁹ Así, en nuestro Derecho se ha señalado que dichas normas no son jurídicas: PRECHT (1989), 467. Asimismo, véase CAMACHO (2005), 430.

³⁰ Ver SÁNCHEZ (2004), 243.

³¹ Ver CASSAGNE (2002), 62.

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; y, 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 General³².

En nuestro ordenamiento jurídico se ha señalado que, por tratarse de actos que sólo surten efectos al interior de la Administración, siendo por ende, *inoponibles* a los particulares, pueden considerarse excluidos de la LBPA, y que si se pretendiera su oponibilidad nos encontraríamos ya ante un acto, el cual debería cumplir con las exigencias previstas en la LBPA³³.

Por su parte, las decisiones de la Contraloría General de la República han sido vacilantes al respecto. Así, ha sostenido en su Dictamen N°49.408, de 14 de agosto de 1979, que a dicho órgano de control sólo le compete ejercer el control de legalidad de los actos *formales* de la Administración activa, faltando a las circulares el carácter de norma legal o reglamentaria, correspondiendo la fiscalización de su cumplimiento a la autoridad que las dispuso. Asimismo, ha sostenido que las *decisiones* de la autoridad deben adoptarse mediante la dictación de los correspondientes actos administrativos y no a través de circulares (Dictamen N°28.025, de 5 de agosto de 1998). En forma similar se ha dictaminado que la resolución que adjudica un contrato administrativo es el único acto administrativo que la Contraloría General de la República tiene presente al ejercer el control de legalidad, toda vez ese es el único documento válido como expresión de voluntad de la autoridad, como consecuencia de lo cual se excluyen los oficios que durante el

³² Véase SILVA CIMMA (2009), 273. Y en Francia han estado tradicionalmente excluidos del control por parte del Consejo de Estado. Ver ORTIZ (1957), 336.

³³ Vid. CORDERO (2003), 551.

procedimiento manifiestan solamente opiniones que no significan un acto administrativo.

Sin embargo, los Dictámenes N°17.367, y 297³⁴, ambos de 2009, N°44.742, de 5 de octubre de 2007, y N°23.772, de 25 de septiembre de 1992, califican a las circulares y a los oficios como actos administrativos. Desde la consideración de que las órdenes internas son decisiones formales que emiten los órganos de la Administración del Estado en las cuales se pueden contener declaraciones de voluntad, juicio, constancia o conocimiento, realizadas en el ejercicio de una potestad pública, en concreto, de la potestad jerárquica, es que parece apropiado concluir que las órdenes internas *son verdaderos actos administrativos*, y en tanto tales, quedan sujetos, en la medida de lo posible, a las disposiciones de la Ley N°19.880³⁵. Ello es consistente con la circunstancia fáctica de que aún los actos internos tienen consecuencias jurídicas, a lo menos indirectas, para los administrados³⁶, ya que, precisamente, existiendo tales consecuencias, debe velarse por que existan a disposición de los ciudadanos medios cautelares de sus intereses, entre los cuales destaca el procedimiento administrativo.

En fin, el carácter de norma interna (con efectos frente a terceros) ha sido reconocido por la propia Contraloría General, la cual ha señalado que "...los manuales 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

³⁴ Dicho dictamen señala, en lo que nos interesa, que "... en cuanto a la obligatoriedad del oficio circular a que se refieren los ocurrentes, corresponde señalar que el documento en estudio constituye un mero acto de constancia, que sólo tiene por objeto la publicidad de una situación de hecho, consistente en la existencia de un proyecto de mejoramiento de grado para los funcionarios a contrata de Gendarmería de Chile. En tales condiciones, cabe concluir que, atendido su contenido, el referido oficio circular (...) carece de la ejecutoriedad y de la obligatoriedad propias de los actos administrativos decisivos, al no contener una declaración de voluntad con el propósito de producir un efecto jurídico concreto...".

³⁵ Debemos destacar en este punto el Dictamen N°36.737 de 2008, el cual hace aplicable la Ley N°19.880 a una Circular, concretamente, lo relativo a la potestad invalidatoria contenida en su artículo 53.

³⁶ Ver GARCÍA-TREVIJANO (1986), 214-215; CAMACHO CEPEDA (2005), 430, nota al pie N°20; y, PRECHT (1989), 470-471. Y ello ha sido expresamente reconocido por la Contraloría General respecto del Manual de Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos de la DGA, en su Dictamen N°20.862, de 2004.

potestades de este tipo, por lo que esos instrumentos están sometidos a las reglas y preceptos jurídicos y ser entendidos en armonía con éstos, más aún si constituyen *instructivos internos*, obligatorios para el Servicio, *con incidencia en los derechos de las personas*, debiendo adecuarse a los principios y valores reconocidos en la norma inserta en la regla positiva y en la jurisprudencia administrativa.” (Dictamen N°20.862, de 2004).

En cuanto a las relaciones entre normas internas y reglamentos, según ha señalado la Contraloría, los “...actos administrativos de esa clase “sólo tienen por objeto materializar la potestad de mando que corresponde a los jefes de servicio en relación con los funcionarios que les están subordinados”, y no crean obligaciones para los particulares, de manera que la respectiva autoridad debe proceder a la invalidación de la circular (...), y de todo otro instrumento de tal naturaleza que haya emitido a fin de regular el régimen autorizacional de que se trata, sin que dicha medida pueda afectar los derechos adquiridos por terceros de buena fe al amparo de los mismos.” (Dictamen N°36.737, de 2008, ratificando lo resuelto previamente en Dictamen N°2.965, de 2008).

ii. Casos y características de actos de orden interno emitidos por la Dirección General de Aguas

La doctrina nacional ha entendido este tipo de actos, los instructivos internos o instrucciones de servicio, como “normas pues, preponderantemente técnicas, de buena administración, que persiguen la fijación de objetivos, condiciones y criterios generales de actuación (a veces imperativos, a veces indicativos), estas “*directivas*” no son un medio de comunicación entre autoridades, sino, ante todo, el establecimiento de una línea de conducta del propio poder discrecional de quién las emite o del ejercicio del poder discrecional del órgano subordinado. No obstante lo anterior, conviene considerar que las referidas instrucciones condicionan la aplicación que los órganos públicos dan a una determinada norma

legal, de ahí la importancia de su estricta sujeción a juridicidad, y la gravedad que puede revestir su incumplimiento”³⁷.

En el mismo sentido, la doctrina manifiesta que, “las directivas, programas ministeriales e instrucciones pueden ser productoras de efectos jurídicos al condicionar de una cierta manera (sea general o abstracta, sea con un cierto particularismo), los actos administrativos que serán dictados bajo su amparo”³⁸.

Este verdadero acto administrativo, según se colige de la definición legal del mismo que hace la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos en su artículo 3º, aplica a “las decisiones formales que emitan los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”, complementando y expandiendo la definición al señalar en el inciso 6º que “constituyen, también, actos administrativos, los dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento que realicen los órganos de la Administración en el ejercicio de sus competencias”, es el que en la práctica rige la suerte y el destino de las presentaciones efectuadas ante la Dirección General de Aguas, como si fuera una “ley”.

En la práctica, la Dirección General de Aguas, en los últimos años, y décadas, ha venido dictando estos actos de orden interno, a los cuales ha sujetado no sólo a sus funcionarios, sino también a los administrados. Los casos más notorios son los siguientes³⁹:

- Resolución de la DGA N° 425, de 2007, que dispone normas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas (resolución que sustituyó a otras anteriores; y que fue derogada en 2014, fecha en que se dictó por vez primera un Reglamento de aguas subterráneas; antes de esta fecha, tal tema había sido «regulado» por este acto administrativo de orden interno);

³⁷ PRECHT (1989), 467.

³⁸ PRECHT (1989), 469.

³⁹ Un análisis más detallado ver en: VERGARA (2014), 223 y ss.

- Resolución exenta de la DGA N° 3.504, de 2008, que aprueba un Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos (aún vigente; nótese la regulación de «procedimientos», no obstante ser materia de ley: art. 63 N° 18 Constitución);
- Resolución exenta DGA N° 1.800, de 2010, que establece criterios de aplicación de la normativa por parte de la DGA, en ciertas materias de la legislación de aguas vigente.

Es sobre este último caso que existen pronunciamientos jurisprudenciales directos, y que son objeto de este comentario, más adelante.

Al analizarlo, vemos que estos actos reúnen –entre otras– las siguientes características, a saber:

- Son de elaboración propia de la DGA, una instrucción de servicio dictada en virtud de las atribuciones del Director General de Aguas contempladas en el artículo 300 del Código de Aguas; por lo mismo 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. Sin embargo, en los casos concretos se elaboran en claro exceso de sus potestades, pues su contenido se extiende y aborda materias que no son susceptibles de ser reguladas por esta vía.
- Son aprobados, en varios casos, 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. Al respecto, 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° 1600, tiene como fundamento la agilidad del procedimiento, pero tiene como presupuesto

indispensable el hecho de que a través de ellas no se regulen materias o afecten derechos que el ordenamiento jurídico reconoce a los particulares, ya que como es expreso 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.

- No cumplen, en varios casos, los requisitos de publicidad mínimos que el ordenamiento jurídico exige. La Ley 19.980 en su artículo 48, “Obligación de publicar”, enumera aquellos actos administrativos que deben publicarse en Diario Oficial, a saber, aquellos que:
 - » Contengan normas de general aplicación o que miren el interés general;
 - » Los que interesen a un número indeterminado de personas;
 - » Los que afectaren a personas cuyo paradero fuere ignorado, de conformidad a lo establecido en el artículo 45;
 - » Los que ordenare publicar el Presidente de la República; y
 - » Los actos respecto de los cuales la ley ordenare especialmente este trámite.

Este requisito publicidad, como resulta evidente, tiene por objeto poner en conocimiento de los ciudadanía aquellas normas que les serán aplicables en su relación con la Administración del Estado, los que una vez publicados gozarán de autenticidad y se entenderán oficialmente notificados, obligando desde esa fecha a su íntegro y cabal cumplimiento, salvo que se establecieren reglas diferentes, según lo dispone el artículo 49 de la referida Ley de Bases. Precisamente esta necesidad de poner en conocimiento de la población estos actos administrativos, es el requisito que hace operativo el principio de certeza jurídica antes referido.

Asimismo, la obligación de publicar le garantiza al particular, destinatario del acto administrativo, la posibilidad de impugnar el mismo, por medio de

la interposición de los diferentes recursos legales que contempla el ordenamiento jurídico. De manera inexplicable, algunos de estos actos internos no son publicados en el Diario Oficial, ni en lugar alguno, sólo son distribuidos internamente en las reparticiones del organismo, y los particulares únicamente pueden acceder a él escudriñando el sitio web de la Dirección.

- Las disposiciones de estos actos administrativos, en varios casos, imponen exigencias distintas y superiores a las establecidas en la ley. Por ejemplo, el punto 3.5.4 del Manual de Normas y procedimientos para la administración de recursos hídricos, “interferencias de obras y derechos de aprovechamiento superficiales”, concepto inexistente en el Código de Aguas, impone cargas a los particulares mayores a las contempladas en los artículos 22 y 141 del Código de Aguas.
- Contravienen lo dispuesto en el artículo 1° de la Ley 19.980, que 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 contemplados en la ley (Código de Aguas), deben aplicarse las normas existentes en la Ley 19.880, pero en ningún caso resulta adecuado que, sin la participación de órgano externo de control alguno, se dicte por un órgano administrativo un acto administrativo que dispone y establece requisitos, etapas procedimentales, exigencias y criterios no contemplados en el Código del ramo.
- Gozan, en la *praxis*, de presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad, 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 mediante 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.

Lo más preocupante es, como se dice más adelante en este comentario, que la propia jurisprudencia ha tendido, en varios casos, a aplicar estos meros actos administrativos como si fuesen una «fuente» más del Derecho.

- Están sujetos a permanentes cambios y modificaciones. En la práctica los particulares, que generalmente se enteran de la existencia de los referidos actos administrativos cuando éstos ya se les ha aplicado, no tienen certeza ni siquiera si se les seguirán aplicando las mismas normas, por cuanto es una práctica frecuente e institucionalizada el incorporar modificaciones, las que rigen con efecto retroactivo, es decir, altera las reglas durante la tramitación de las solicitudes, dejando en la más completa incertidumbre e indefensión al administrado. Lo anterior lo reconoce explícitamente la Resolución exenta N° 3504, que aprueba el Manual de Normas y Procedimientos del año 2008, actualmente vigente, al disponer que: “podrá siempre ser objeto de actualizaciones y modificaciones según lo requieran las necesidades del servicio”; es decir, depende de la personal visión del Director General de Aguas la forma de tramitación de los derechos y la suerte de las peticiones de los administrados, la que operará retroactivamente una vez aprobada por una nueva resolución exenta.

Al respecto la Contraloría ha resuelto que: *“Por otro lado, es necesario hacer presente que los manuales 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 y ser entendidos en armonía con éstos, más aún si constituyen instructivos internos, obligatorios para el Servicio, con incidencia en los derechos de las personas, debiendo adecuarse a los principios y valores*

reconocidos en la norma inserta en la regla positiva y en la jurisprudencia administrativa”⁴⁰.

Así las cosas, la instrucción de Servicio como manifestación del actuar interno de la Administración, que puede producir efectos frente a los administrados, no puede en caso alguno sustraerse de la estricta sujeción a la juridicidad, principio constitucionalmente reconocido que debe guiar la actuación de la Administración.

2. LA REACCIÓN CIRCUNSPECTA Y ELUSIVA DE LA JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia de la Corte Suprema, en el período 2011-2014, se ha pronunciado de dos modos diferentes sobre estos actos administrativos de orden interno de la Dirección General de Aguas:

- i. por una parte, si bien de modo circunspecto, ha tenido la oportunidad de pronunciarse directamente sobre la validez y efectos de uno de los casos señalados antes: la Resolución exenta N° 1800, de 2010, por demás de modo correcto;
- ii. pero, por otra parte, de un modo elusivo, en innumerables supuestos, la misma Corte Suprema no ha podido sino apercebirse de estos excesos regulatorios en que incurre la Administración, pero le ha restado gravedad; no obstante captar esta extralimitación del órgano administrativo, lo que ha originado la incorporación irregular de nuevas «fuentes» del Derecho de Aguas: un mero acto administrativo.

a. Un acto administrativo de orden interno en materia de aguas: Resolución exenta N° 1800, de 2010

Al respecto, se interpusieron dos recursos en contra de este acto administrativo:

⁴⁰ Dictamen N° 20862, de 28 de abril de 2004.

- *Mirta Astudillo Burgos con DGA*⁴¹, en que denuncia que la Resolución N° 1800 ha cambiado criterios anteriores de la propia DGA. Al respecto, la Corte de Apelaciones de Santiago señala, de manera circunspecta, que: *“La resolución impugnada no tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos de aprovechamiento de aguas, sino contiene órdenes del jefe superior del servicio a sus subordinados, en uso de su potestad jerárquica, relativas al correcto cumplimiento de la ley en las materias que indica la misma resolución.”*
- La Corte Suprema conoció el caso en *Castillo Sánchez, Marcelo y Otros con DGA*⁴², en que se recurre contra dicha Resolución DGA, denunciando la extralimitación de la DGA.

Por una parte, la Corte de Apelaciones, había señalado: *“Que de la sola lectura de la referida Resolución Exenta DGA N° 1.800 de 14 de Julio de 2010 agregada a los autos queda en evidencia que, conforme a su texto, sólo consiste en un acto de orden interno que contiene instrucciones que el Director General de Aguas imparte a sus subordinados, en ejercicio de la facultad que le otorga el recién mencionado artículo 300 letra a) del Código de Aguas. En parte alguna de dicha Resolución se manifiestan decisiones de la autoridad administrativa que afecten derechos específicos de los recurrentes o de otros administrados” (2°). Agrega: “Que, en consecuencia, la resolución impugnada no tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos de aprovechamiento de aguas o alterar el régimen de adquisición de bienes nacionales de uso público, sino, como se ha señalado, sólo contiene instrucciones del jefe superior del servicio a sus subordinados, emitidas en uso de su potestad jerárquica y relativas al correcto cumplimiento de la ley en las materias que el mismo acto indica.”* Termina esta circunspecta sentencia señalando: *“Atendido lo anterior, y teniendo también presente que no se advierte la afectación concreta de algún derecho de los reclamantes, quienes no son los llamados a ejercer el control de legalidad de las instrucciones internas de un servicio público, la reclamación en estudio deberá ser rechazada.”*

⁴¹ *Astudillo Burgos, Mirta con DGA* (2011).

⁴² *Castillo Sánchez, Marcelo y Otros con DGA* (2013). Ver también la sentencia contra la que se dedujo el recurso de casación antes referido, *Castillo Sánchez, Marcelo y Otros con DGA* (2012).

La Corte Suprema, en su sentencia de casación esquivó el problema de fondo, aduciendo que los recurrentes no tendrían interés en un acto administrativo interno que no les producirá, directamente, agravio alguno; y que en su caso, existe toda una regulación de recursos que, en su momento, los agraviados podrán interponer. Señala, en su considerando 9º: *“Que la Resolución Exenta DGA 1.800 respecto de la cual se desestimó el recurso de reconsideración, decisión esta última que dio origen a la reclamación de autos, bajo ningún respecto podría ocasionar un agravio que afecte precisamente a los reclamantes. Para intentar una acción así como para contradecirla, es necesario tener interés, porque sólo con esa condición se pone en juego la actividad jurisdiccional.”*

Aquí es notoria la falta de una más asentada jurisdicción contencioso administrativa, pues el máximo Tribunal no se apercibe cómo, ante sus ojos, un órgano de la Administración se extralimita, dictando normas generales, y ante el reclamo de los administrados, simplemente, de manera circunspecta, les responde mediante la necesidad de justificar un interés real e inmediato y en la existencia de recursos para el caso en que se apliquen tales criterios normativos.

- *Corte Suprema no percibe que, ante sus ojos, se dictan normas generales por un órgano administrativo.* Como se observa, en ambos casos, la jurisprudencia actuó de un modo bastante superficial, sin examinar los efectos reales de ese acto que ella misma calificó, correctamente, como un mero acto de orden interno; esto es, de aquellos actos que no inciden en los administrados de modo directo, y que contendrían meras instrucciones internas de un jefe de Servicio.

Pero, para ambos casos, era evidente que el contenido de ese acto interno va más allá de las relaciones internas del Servicio, y se traduce en realizar verdaderas regulaciones, sustituyendo a la ley, en materia de aguas; la Corte Suprema elude el problema de fondo: observar con el ojo experto de un jurisdicente la efectividad de su teórica afirmación, tranquilizando al justiciable de que ese acto no le afectaría en nada sus derechos.

Pareciera una doctrina coherente; pero sólo a primera vista, pues lo que se hizo en ambas causas fue sólo incorporar un axioma (trátase la resolución exenta de un acto de orden interno, que no debe afectar al administrado); pero la Corte omitió todo pronunciamiento y análisis de fondo, sobre el texto de ese acto que validó, el que se refería precisamente a aspectos regulatorios, y no a meras instrucciones internas de un jefe de servicio. Y, falsando la realidad, la Corte llega a decir que “la resolución impugnada no tiene por objeto crear, modificar o extinguir derechos de aprovechamiento de aguas o alterar el régimen de adquisición de bienes nacionales de uso público”, cuando, en los hechos, lo que hace precisamente ese mero acto administrativo es «alterar el régimen de adquisición» de los derechos de aguas; esto es, alterar la regulación, materia que es propia del Parlamento.

Entonces, podemos decir, la Corte ha quedado en la mitad de una sentencia real: no sólo debió haber consignado ese axioma (con el cual cualquiera puede estar de acuerdo, en especial la doctrina de Derecho Administrativo); sino que debió haber resuelto el conflicto sometido a su conocimiento, lo que no hizo, pues no llevó ese axioma a la praxis puesta ante sus ojos; de haberlo hecho, se habría apercebido de la realidad: que la Dirección General de Aguas, mediante un mero acto administrativo modificó el ordenamiento jurídico legal (extralimitando sus atribuciones).

Lo más grave de esta doctrina jurisprudencial es que una vez dictado ese acto, la Dirección General de Aguas, seguramente, lo aplicará con la verdadera intencionalidad, ya no de una mera instrucción interna, sino de auto-generar una regulación que le sirva de base general para futuros pronunciamientos en que sí afectará directamente derechos de los particulares. Y, en esas hipótesis, como se ve de inmediato, la propia Corte Suprema aplica otra doctrina jurisprudencial bastante corriente: validar la auto-aplicación de los actos administrativos internos por la propia Dirección General de Aguas. Si observamos bien, ambos criterios jurisprudenciales paralelos de la Corte Suprema actúan como un cerrojo, impidiendo un control jurisdiccional real y efectivo respecto de la DGA.

b. La sistemática validación de los actos administrativos internos por la jurisprudencia

Así como las decisiones de la DGA están plagadas de la aplicación constante de sus propios actos de orden interno que contienen verdaderas regulaciones, que sustituyen a la ley y al reglamento, la jurisprudencia, lamentablemente, está plagada de una aplicación constante de esos malos actos administrativos internos de la DGA, traducéndose en una verdadera y nueva fuente del Derecho para los Altos Tribunales, quienes no sólo los citan de modo constante, sino que los transcriben y validan, como si fueran parte de la regulación legal y reglamentaria, sin incorporar el juzgamiento de juridicidad propio de un jurisdicente. De ahí que esta actitud elusiva de validar formalmente esta autogeneración de actos administrativos con efectos normativos se traduce en una actitud de fondo: la aplicación de los mismos, sin ningún tamiz de juridicidad, esa que espera todo justiciable en un Tribunal de Justicia.

Podemos citar algunos casos:

- *Inmobiliaria Las Ágatas S.A. y Empresa de Agua Potable del Litoral S.A con Dirección General de Aguas, Rol N° 6666-2009, de 23 de mayo de 2012. Dice la Corte Suprema respecto a la Resolución DGA 425, de 2007: “Constituye su dictación, el cumplimiento de un deber legal ineludible, toda vez que, además, mediante tales disposiciones se dota al estatuto jurídico relativo a las aguas subterráneas de un marco normativo integral. Que la reflexión anterior adquiere mayor sustento si se considera lo dispuesto en el artículo 58 del citado texto legal que señala, que “Cualquiera persona puede explorar con el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas”. Termina la Corte Suprema señalando: “Que así las cosas, es evidente que la Dirección General de Aguas cuenta con atribuciones para establecer disposiciones generales sobre la exploración y explotación de las aguas subterráneas, las que son de carácter obligatorio”.*

Por cierto, yerra la propia Corte Suprema en su lectura del art.58 CA que transcribe, el que (igual que el art.59 CA) se refiere sólo a la

acción misma de explorar y extracción de las aguas, materia en que la DGA tiene atribuciones; pero eso no la habilita para establecer requisitos procedimentales, como es el caso fallado en esa sentencia, en que la Corte Suprema acepta que la DGA incorpore nuevos requisitos distintos a los establecidos por la ley. No se trata, en este caso, de un acto de mera instrucción interna, sino de la incorporación de requisitos procedimentales, lo que es materia de ley.

- *Sociedad Agrícola Las Palmas de Santa Rosa Ltda. con Dirección General de Aguas*, Rol N° 4763-2009, de 19 de diciembre de 2011. Precisa la Corte Suprema: “Que, en efecto, fue el legislador del Código de 1.981, el que ordenó a la Dirección General de Aguas regular la exploración y explotación de las aguas subterráneas, para lo cual la ha dotado de facultades especiales en los artículos 58 y 59 del Código de Aguas. Las potestades que las citadas disposiciones le confieren, las ejerce este Servicio en el marco de las normas generales que ella misma ha establecido, como lo son las que contenía su Resolución No 341, de 2005, publicada en el Diario Oficial de 15 de mayo del mismo año, que se refiere a esta materia en su artículo 26, precepto que es claro e imperativo en orden a que debe...”.

Obsérvese la amplitud que la Corte Suprema le otorga a esta supuesta potestad normativa de la DGA, de establecer deberes a los administrados.

- *Aes Gener S.A con Dirección General de Aguas*, Rol N° 654-2009, de 18 agosto de 2011. Si bien en este caso la sentencia de la Corte Suprema, en cuanto al fondo, es razonada y coherente con la juridicidad, definiendo de un modo admirable a los derechos consuetudinarios, no tenía para qué citar entre las supuestas fuentes del Derecho al Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, al cual, según la Corte, la reclamada (la Dirección General de Aguas, “debe dar estricto cumplimiento” (olvidando, al parecer, ¡que ese Manual lo dicta la propia reclamada, la DGA).

c. El cerrojo al que la jurisprudencia ha sujetado a los administrados

Estas doctrinas, como se ve, actúan como un cerrojo para la protección de los derechos de los administrados en materia de aguas, y para el efectivo control que la Corte Suprema debe efectuar sobre la actuación de la Dirección General de Aguas. Es una actitud en la que, en definitiva, la Corte Suprema evita introducirse en el fondo de los asuntos y valida, primero, las decisiones normativas de ese órgano administrativo; y luego, al conocer los casos específicos, valida la aplicación singular de tales actos normativos de la DGA. De ahí que estas líneas jurisprudenciales acaso pudiesen ser revisadas, no para enarbolar desde aquí algún criterio de fondo, sino para instar al Alto Tribunal a dejar de lado esa actitud circunspecta y elusiva de un control jurisdiccional que es un deber acometer; de otra manera, lo que ocurre, en la práctica, es que los administrados quedan sujetos, en todo momento, a la discrecionalidad de la DGA, todo bajo la vista de esta línea jurisprudencial nada admirable.

Es una verdadera paradoja que la Corte Suprema, por una parte, viene a señalar a los administrados que los actos *pseudo* normativos internos de la DGA son inofensivos (véanse las sentencias relativas a la Resolución DGA 1800, de 2010), y, paralelamente, la misma Corte aplica esos actos normativos, sin tamiz alguno, como si fuesen auténticas fuentes del Derecho.

3. APLICACIÓN DE LA LEY DE BASES DE PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN MATERIA DE AGUAS

La Ley N° 19.880, de 2003, junto con establecer unas “bases”, es supletoria respecto de “procedimientos administrativos especiales” contenidos en normas pre-existentes. Las técnicas de derogación tácita y supletoriedad permiten la aplicación efectiva de los nuevos estándares y garantías que establece la LBPA. Con ambas técnicas, la LBPA deroga tácitamente, y, a la vez, rellena las lagunas de las leyes pre-existentes.

Hasta ahora sólo se ha discutido o analizado en doctrina la supletoriedad en la LBPA, y no la efectiva derogación tácita que a nuestro juicio se ha producido con dictación de este texto (en aquellos casos en que existen estándares anteriores de inferior valor). Cabe comprobar el alcance de la LBPA, pues como ha señalado la jurisprudencia de la CGR, sus principios constituyen un “*criterio básico o estándar preferible*” (Dictamen 32424, de 2004), y cuando algo es preferible, implica derogación de lo anterior, por contener valores de mayor justicia, seguridad o certeza jurídicas.

Veremos, en general, cómo ha acogido estos estándares la jurisprudencia de la Corte Suprema en materia de aguas.

4. CONTEXTO NORMATIVO Y DOCTRINARIO: LOS NUEVOS ESTÁNDARES VALORATIVOS DE LA LBPA

a. Los nuevos estándares valorativos de la LBPA

i. La forma de los actos administrativos en el orden legal hasta 2003

Con la evidente finalidad de otorgar seguridad, certeza y justicia a las relaciones entre los administrados, de frente a la acción administrativa, hasta el año 2003 el ordenamiento establece regulaciones relativas a la forma de los actos administrativos, y a su procedimiento.

Consagra la Constitución Política (CP) diversas normas relacionadas con el procedimiento administrativo; en especial, su art. 60 N°18 señala como materia de ley “las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública”. De aquí surge la terminología e idea normativa de “*bases*”. La Ley Orgánica Constitucional sobre Bases Generales de la Administración del Estado, en su artículo 3° y siguientes, fija y desarrolla una serie de normas o reglas básicas (el texto los llama “*principios*”) que debe observar la Administración del Estado, todos los cuales, en definitiva, se vinculan con los actos y procedimientos administrativos.

Éste era el panorama normativo a la fecha de dictación de la nueva LBPA, en 2003. Habría que agregar, además, una nutrida jurisprudencia, sobre todo de la Contraloría General de la República, la que a través de sus dictámenes realizó una ingente labor creativa.

ii. Nuevos estándares de los procedimientos en la LBPA

La LBPA establece nuevas bases, estándares y “principios”, como ella los llama, guiada por evidentes valoraciones de otorgar mayor certeza, seguridad y justicia en los procedimientos administrativos a todos los administrados. Es un reconocimiento de los derechos subjetivos públicos.

Una enumeración ejemplar podría ser la siguiente: 1° gratuidad (artículo 6°); 2° contradictoriedad (artículo 10 y 17, letra f); 3° imparcialidad (artículos 11 y 12); 4° inexcusabilidad (artículo 14); 5° publicidad (artículos 17, letra a) y 21);⁴³ 6° procedimiento de mayor racionalidad y justicia, derivándose los diversos derechos y exigencias procedimentales.

Entonces, es evidente que en la nueva LBPA encontramos consagradas nuevas bases, de las que se derivan nuevos estándares o principios, a través de las normas indicadas, que incorporan por esa vía nuevos valores de seguridad, certeza y justicia.

Existe la necesidad hermenéutica de darle algún sentido a la expresión “base” que utiliza la Constitución, y el legislador lo hizo estableciendo dichas “bases”, pero con la terminología de “principios”, en sus artículos 4° a 17. Por lo tanto, en cuanto la nueva LBPA acepta la terminología constitucional de “bases”, tanto en su título como en su frontispicio (se inicia la ley señalando “*que establece y regula las bases...*”), cabe asignarle algún contenido a dicha expresión, y la más coherente es descubrir tales bases en aquellos “principios” que enumera en su artículo 4° y desarrolla en los siguientes 5 a 17.

⁴³ Estándar y derecho público subjetivo a la publicidad que ha venido a ser reforzado en el nuevo artículo 8° de la Constitución, a partir de la reforma de 2005.

Además, sólo con quebranto al principio de la igualdad ante la ley podría pretenderse aplicar sólo a algunos administrados estos estándares y no a otros.

De ahí la necesidad de analizar, ahora, las técnicas que utiliza el legislador en la LBPA para lograr la necesaria eficacia normativa a sus nuevas regulaciones de las “bases” del procedimiento administrativo, para hacerlas aplicables a los procedimientos administrativos. Sin esta eficacia, por lo demás, habría sido inútil la tarea legislativa.

b. Derogación y supletoriedad: técnicas normativas que dan eficacia a la nueva LBPA

El art. 1 inc. 1º LBPA señala, bajo el subtítulo “procedimiento administrativo”, lo siguiente: “La presente ley establece y regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado. En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales, la presente ley se aplicará con carácter de supletoria.” Por lo tanto, incorpora la ley dos técnicas normativas: la derogación tácita (mediante el establecimiento de «bases» regulatorias nuevas) y la supletoriedad.

Cabe analizar, entonces, en relación al procedimiento administrativo, qué significa: una ley de «bases», cuyo efecto normativo, según se dirá, es la derogación tácita (a); y, la supletoriedad, cuyo efecto es el relleno de lagunas (b).

i. Desde las nuevas “bases” a la derogación tácita.

En la LBPA se ha utilizado la técnica de la derogación, en este caso tácita; y la derogación tácita se produce respecto de todas las leyes pre-existentes en aquellas partes en que contradicen los nuevos estándares “básicos” o “principios” a los que todo procedimiento administrativo, a partir de ahora, “estará sometido” (como dice el art. 4º LBPA).

De este modo, si la LBPA establece las «bases» regulatorias de todo procedimiento administrativo, en aplicación del art. 60 N°18 CP, cabe entender que, a partir de 2003, toda regulación que contradiga estas bases ha quedado derogada tácitamente. Así, en ningún caso podrá considerarse válida una regulación de algún aspecto de la forma de los actos administrativos, esto es, del procedimiento administrativo, que sea derechamente contradictoria a los principios de certeza, seguridad y justicia que ahora se establecen, con necesaria igualdad ante la ley, para todos los administrados por la LBPA⁴⁴.

El efecto derogatorio de una ley de bases surge, entonces, de esta premisa: la nueva regulación «básica», opera al mismo tiempo como un mínimo y como un máximo legal. A partir de la dictación y plena vigencia de la LBPA, todas las leyes pre-existentes que no cumplen en sus regulaciones los estándares de certeza, seguridad y justicia fijados en la nueva LBPA, deben entenderse derogadas tácitamente, y, dada la laguna que a raíz de tal derogación se produce, en seguida, tales leyes necesitan de la aplicación supletoria de la LBPA para rellenar sus lagunas así producidas.

95

En suma, las leyes preexistentes que contienen regulaciones que contradicen los principios de certeza, seguridad y justicia que fijan estas bases a través de los nuevos estándares, se entienden derogadas tácitamente, derogación en la que arrastran a los reglamentos que las ejecutaban. Con mayor razón han quedado derogados los reglamentos autónomos que pudieron ser dictados antes de 2003, en todo lo que sean contrarios a estas bases.

ii. De la inexistencia de procedimientos especiales (existencia de lagunas normativas) a la supletoriedad

En la LBPA, la técnica de la supletoriedad permite la integración normativa, evitando la existencia de lagunas en materia de procedimiento

⁴⁴ Por ejemplo, toda norma de procedimiento especial que prescinda de toda notificación efectiva debe considerarse derogada tácitamente: quebranta los principios de publicidad y defensa, propios de un procedimiento racional y justo. Es el caso de la hipótesis de "notificación" presunta (más bien no-notificación) del art. 139 inc. 3° del Código de Aguas.

administrativo. Es la supletoriedad una técnica normativa dirigida a permitir la aplicación generalizada de la nueva regulación del procedimiento administrativo en todas aquellas situaciones en que no existan procedimientos administrativos “especiales” (ver art. 1 LBPA). Así, la nueva LBPA «completa» todas aquellas leyes preexistentes que regulen de manera “incompleta” un procedimiento administrativo especial, con su nueva normativa general o común sobre procedimiento administrativo.

Es una cláusula real y propiamente supletoria la que contiene el artículo 1º inciso 1º de la LBPA. En este caso, la captura regulatoria, por la vía de la supletoriedad, no va dirigida hacia normas de otros sectores normativos que resultasen, por ejemplo, ser “especiales/autónomos” de frente al también “especial/autónomo” del procedimiento administrativo (como los actos de otros órganos del Estado, distintos a los enumerados en el artículo 2 de la LBPA, o los actos de organismos privados), pues ello produciría resultados hermenéuticos incoherentes.

96

La supletoriedad va dirigida a normas que forman parte del mismo sector del ordenamiento jurídico: de los actos administrativos de los órganos de la Administración, orden en que pueden coexistir con plena coherencia normas generales y especiales/singulares/de excepción.

Dado que la LBPA en su art. 1º dice que “En caso de que la ley establezca procedimientos administrativos especiales [excepcionales], la presente ley se aplicará con carácter de supletoria”, las leyes pre-existentes que simplemente no contenían regulaciones relativas a los nuevos estándares, son «completadas» por la nueva ley. Si esas leyes contenían regulaciones relativas a los estándares (siempre que no contradigan sus principios: pues serán derogadas tácitamente), siguen rigiendo, por especialidad.

Constituye así la LBPA un “complemento” normativo, una técnica de integración normativa, de tal modo que por la vía de la supletoriedad se rellenen todas las lagunas existentes. Y existirán lagunas en las leyes pre-existentes cada vez que éstas no contengan regulaciones “especiales” relativas a procedimiento administrativo. Estas dos técnicas normativas (derogación tácita y supletoriedad) son las que se articulan para la aplicación

eficaz de todas las nuevas bases, estándares y principios que establece y regula la nueva LBPA. Y estas dos técnicas operan, así, de doble modo:

- con eficacia de derogación tácita de toda regulación preexistente sobre procedimiento administrativo que pugne con las bases y principios que establece la nueva LBPA; y,
- con eficacia de relleno de lagunas de todas aquellas regulaciones pre-existentes que no contengan normas “especiales” relativas a procedimiento administrativo; o para el caso que, conteniéndolas, estas normas especiales hayan perdido eficacia por la derogación tácita.

iii. La necesidad de aplicar los nuevos estándares de la LBPA

La no utilización de las técnicas normativas antes referidas (derogación tácita y supletoriedad), cuando corresponda, puede implicar, a su vez, la inaplicación de los nuevos estándares y garantías de justicia, seguridad y certeza que en materia de procedimiento administrativo, a favor de los administrados, contiene la nueva Ley de Bases. Cabe ahora revisar la respuesta que la jurisprudencia ha dado a este desafío.

5. APLICACIÓN DE PRINCIPIOS DE LA LBPA

El caso más notorio de aplicación de los estándares y principios de la LBPA lo constituye la sentencia de la Corte Suprema, dictada en el caso *Sociedad contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Cala Cala con Dirección General de Aguas* (2014), en que el más Alto Tribunal, con decisión y claridad, constata la vulneración de los principios de contradictoriedad, imparcialidad, transparencia y publicidad en el ejercicio de la potestad invalidatoria por parte de la DGA, todos ellos contenidos en la LBPA. Es interesante la soltura con que actúa la Corte Suprema, al afirmar:

“La decisión de la Dirección General de Aguas de invalidar (...) fue adoptada en contra de las disposiciones que específicamente regulan el ejercicio de tal facultad (...), puesto que la autoridad pública

mencionada no dio debido y cabal cumplimiento a las normas contenidas en los artículos 10, 11 y 16 de la Ley N° 19.880.

En efecto, el principio de contradictoriedad previsto en la primera de dichas disposiciones fue conculcado, privándose a la sociedad reclamante, en cuyo beneficio había sido constituido el derecho de aprovechamiento de aguas de que se trata, de la oportunidad de conocer el procedimiento invalidatorio iniciado, negándole la oportunidad de oponerse, de efectuar alegaciones, de presentar sus defensas, de rendir las pruebas que hubiere podido considerar pertinentes, proceder que justifica hacer lugar a la acción intentada. A su vez, el principio de imparcialidad también fue quebrantado, pues en lugar de actuar con objetividad en la sustanciación y resolución del procedimiento iniciado, el órgano público obvió la existencia del administrado en cuyo favor cedía el acto que invalidó, actuación que es ilegal y que amerita el acogimiento de la reclamación intentada en autos. Finalmente, la Dirección desconoció el principio de transparencia y de publicidad consagrado en el artículo 16, pues en lugar de promover el conocimiento de la existencia del procedimiento tantas veces citado, del contenido de la resolución que dictó y del fundamento de la misma, mantuvo por años al interesado en la más completa ignorancia de su existencia, negándole la posibilidad de ejercer los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al efecto, gestión ilegal que debió conducir al acogimiento del reclamo de autos.

98

En resumen, sólo cabe concluir que la omisión en que incurrió el ente público ha causado indefensión al administrado y ha contravenido las obligaciones que como órgano de la Administración incumben a la Dirección General de Aguas, configurando una ilegalidad que no puede ser soslayada (...) El error de derecho constatado tiene influencia en lo dispositivo del fallo, pues de no haberse incurrido en él se habría establecido que la Dirección General de Aguas contravino el ordenamiento jurídico vigente al invalidar la Resolución DGA (...) sin “previa audiencia del interesado” y se habría hecho lugar a la reclamación interpuesta, por lo que el recurso de casación será acogido.” (Considerandos 27° y 28°).

6. CÓMPUTO DE PLAZOS EN PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Este tema, en apariencia minúsculo, está conectado con un valor esencial de todo orden jurídico: la certeza.

a. Los plazos aplicados a las materias administrativas antes de 2003

i. En los procedimientos administrativos (ante los órganos administrativos), se aplicaban los plazos del Código Civil

Antes de 2003, todo lo relativo a plazos carecía de legislación especial administrativa, y tanto la forma en virtud de la cual se computaban los plazos, como su eventual interrupción, en sede administrativa, resultaba un tanto confusa, puesto que se recurría a otros órdenes normativos extranjeros, rellenando así esa laguna, por vía de integración normativa. En efecto, como en otras áreas, se hizo una práctica habitual el empleo de la técnica de eficacia normativa de *supletoriedad*.

En este escenario, era habitual recurrir a disposiciones del Código Civil para colmar lagunas de naturaleza administrativa. En lo relativo a los plazos se tradujo en la aplicación de la tradicional fórmula de los arts.48 y 50 del Código Civil. Según tales disposiciones los plazos son de dos clases:

- *continuos o corridos*, los cuales no se interrumpen; y,
- *discontinuos o útiles*, los que se interrumpen en los días feriados.

La regla general, en la legislación civil, es que los plazos son *continuos o corridos*, salvo que el plazo señalado sea de días útiles, en cuyo caso no se contarán los *feriados*. Así, todo lo que decía relación con plazos, en especial el cómputo de los plazos o su interrupción, por ejemplo, en los procedimientos ante los órganos de la Administración del Estado, hasta 2003, se regía:

- por lo prescrito, excepcionalmente, en las leyes que regulaban el procedimiento administrativo correspondiente⁴⁵;
- y si dicha normativa especial no contemplaba reglas sobre el plazo, se aplicaba, indefectiblemente, de manera supletoria, el Código Civil⁴⁶.

La nomenclatura tradicional de los plazos, según el Código Civil (por su regla general), es de plazos *corridos*; y la excepción, son de días útiles. Ello no obstante que el propio Código se refiere a días hábiles en los arts. 1600 N°3 y 1603 (a propósito del pago por consignación), en disposiciones agregadas en el año 1944 (o sea en 1944 ya era usual, también en materia civil, el concepto de días *hábiles*), y se interrumpen sólo los días *feriados* (esto es, el día sábado no se interrumpen los plazos para la regulación civil, y siempre será un día *hábil*).

- ***En los juicios de naturaleza administrativa (ante los Tribunales de Justicia), se aplicaban (y aplican) los plazos del Código de Procedimiento Civil***

En los juicios relativos a casos de naturaleza administrativa, que son conocidos por los Tribunales ordinarios de Justicia, rige el Código de Procedimiento Civil, el que tiene regulaciones relativas a plazos, en las que, bajo una nomenclatura distinta (días hábiles/inhábiles), se establece el mismo modo de cómputo de los plazos regulados por la legislación civil⁴⁷. Así:

- » el art. 59 inc.2° CPC (1903) señala que: “Son días hábiles los no feriados”;

⁴⁵ Por ejemplo, La Ley N° 16.271, de 1965, de impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones, en su art. 29, se refiere a “días hábiles”.

Hay casos en que leyes anteriores a 2003 se adelantaron al *standard* de los días inhábiles. Así, el texto original del art. 11 de la Ley N° 19.039, sobre Propiedad industrial, de 1991, señala: “Los plazos de días establecidos en esta ley son fatales y de días hábiles, teniéndose para estos efectos, además, como inhábil el día sábado”. La Ley N° 19.996, de 2005, que modifica la Ley N° 19.039, sobre propiedad industrial, sustituye el artículo 11 por el siguiente: “Los plazos de días establecidos en esta ley y sus normas reglamentarias, son fatales y de días hábiles. Para estos efectos, el día sábado se considera inhábil.”

⁴⁶ Todo ello bajo la nomenclatura de días *continuos* o *discontinuos*, puesto que en Derecho privado, por regla general, se aplican plazos convencionales, estipulados libremente por las partes en condiciones de igualdad, lo cual claramente no acaece entre un órgano de la Administración del Estado y un ciudadano determinado.

⁴⁷ Ésta será la legislación supletoria en materia de recurso de protección, por ejemplo, en donde existe el problema del cómputo del plazo en los actos u omisiones continuos.

- » el art. 66 inc.1° CPC dispone que: “Los términos de días que establece el presente Código, se entenderán suspendidos durante los feriados”; y,
- » el art.41 inc.3° CPC, se refiere a “día inhábil”.

En suma, la nomenclatura de los plazos regulados por el CPC es de días hábiles e inhábiles.

- ***Existencia de dos clases de plazos hasta el año 2003***

En suma, las dos clases de plazos que existían hasta 2003, y que se aplicaban, ya por vía supletoria o en los juicios de naturaleza administrativa procedentes de estos dos ordenamientos jurídicos (civil y procesal civil), son los siguientes:

- » *plazos civiles*: corridos y útiles;
- » *plazos procesales civiles*: hábiles e inhábiles.

Esto es, con distinta nomenclatura, se llega al mismo cómputo de los plazos: en ambos casos su interrupción sólo se produce en los días feriados, y el día sábado siempre es considerado un día útil o hábil.

- ***La consagración de los días hábiles administrativos y de un nuevo cómputo de los plazos***

La LBPA incorporó la siguiente disposición relativa al cómputo del plazo (art. 25): “Los plazos de días establecidos en esta ley son de días hábiles, entendiéndose que son inhábiles los días sábados, 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”.

De esta regla relativa al cómputo de los plazos en el procedimiento administrativo, caben algunos breves comentarios.

- ***Nueva definición de días hábiles/inhábiles y nuevo tipo de plazo***

Fluye del propio texto del art.25 LBPA una nueva definición legislativa de los *días hábiles* e *inhábiles*, distinta a las contenidas en las legislaciones civil y procesal civil, pues en este caso, para el cómputo, cabe considerar el sábado como día inhábil. Entonces, a partir de ello, fluye además una nueva nomenclatura: a los ya existentes *plazos civiles* y *plazos procesales civiles*, se agregan ahora los *plazos administrativos*. E, incluso, se incorporan los *días inhábiles* o *hábiles administrativos*, distintos a los días inhábiles civiles o procesales civiles.

- ***Un nuevo derecho público subjetivo de los administrados***

Esta regla (objetiva) del cómputo del plazo tiene una faz subjetiva: es, al mismo tiempo, un nuevo derecho público subjetivo de los administrados; podríamos decir, el derecho al plazo administrativo; o el derecho al cómputo de los plazos sin considerar los días sábados, domingos y feriados. Ello es evidente, pues ante el caso que la Administración no aplique la regla (objetiva) administrativa para el cómputo de los plazos, se configura, al mismo tiempo, un quebranto (subjetivo) a un derecho del administrado. Ello es parte de la técnica usual en Derecho Administrativo en que detrás de una regla objetiva es reconocible un derecho subjetivo de los administrados.

- ***Descripción de la nueva regla y diferencias con los plazos civiles***

La LBPA señala, entonces, que el cómputo de los plazos administrativos es de días hábiles, por lo que se consideran inhábiles los días sábado, domingo y festivos. De ahí que en todos los plazos relativos a procedimientos administrativos, que se tramiten ante los órganos de

la Administración del Estado (según señalan los arts.1 y 2 LBPA), no se aplica el criterio del art.50 del Código Civil, en cuanto a su cómputo. Esta disposición civil señala que: “En los plazos que se señalaren en las leyes, o en los decretos del Presidente de la República, o de los tribunales o juzgados, se comprenderán aun los días feriados; a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así, pues en tal caso no se contarán los feriados”.

El Código Civil contiene una regla claramente distinta a la contenida en la LBPA, pues:

- » mientras en la LBPA el cómputo del plazo se basa en el criterio de días *hábiles*, y se realiza dejando de computar los días sábado, domingo y festivos,
- » en el Código Civil el cómputo de plazo es de días *corridos* (expresión creada por la práctica), salvo el caso de días útiles, en que se dejan de computar sólo los días feriados (estimando igualmente la ley que el domingo es feriado).

Entonces, cabe considerar *feriados* tanto el día domingo como todos aquellos días que fijen como tales las leyes. Al respecto, el art.1 N° 1 de la Ley N° 2.977, de 1915, dispone: “Desde la fecha de la presente ley sólo se considerarán como feriados los días siguientes: 1° los domingos de todo el año”. Esa misma ley y otras posteriores han fijado otros días festivos (como los días correspondientes al 1 de enero, 15 de agosto, 1 de noviembre, 8 y 25 de diciembre, entre otros).

De acuerdo a lo anterior, desde la vigencia de la LBPA, surge el concepto de días *hábiles* como distinto al de días útiles. Y en los procedimientos ante la Administración del Estado, entonces, deben contabilizarse los plazos según el concepto de días hábiles, descontando siempre los días sábado, domingo y festivos.

b. Dos recursos en materia de aguas: reconsideración y reclamación

i. Recurso interno: reconsideración ante el mismo órgano

Contiene el art.136 del Código de Aguas un recurso de reconsideración (similar al contenido en el art. 59 de la LBPA) ante el propio Director de la DGA. En cuanto al cómputo del plazo para interponer ese recurso, nada dice; sólo prescribe "...dentro del plazo de 30 días contados desde la notificación...". No dice si son hábiles o inhábiles; o útiles o corridos, según la terminología tradicional. Cabe tener claro que este recurso de reposición se presenta al interior del órgano administrativo, y en estos casos de plazos relacionados con el procedimiento *al interior* del órgano administrativo, rige en plenitud la supletoriedad de la LBPA.

ii. Recurso externo: reclamación judicial en materia de aguas

Contiene el art.137 del Código de Aguas la acción de reclamación en contra de las decisiones de la Dirección General de Aguas y, en cuanto al cómputo del plazo para interponer ese recurso ante la Corte de Apelaciones respectiva, nada dice. Sólo se afirma: "...dentro del plazo de 30 días contados desde...". No aclara si son hábiles o inhábiles; o útiles o corridos, según la terminología tradicional.

Para resolver este vacío legal, y otros relativos al procedimiento ante los tribunales, en 2005⁴⁸ se agregó un reenvío a la legislación procesal en su inc.2°, señalando que son "aplicables a la tramitación del recurso de reclamación, en lo pertinente, las normas contenidas en el Título XVIII del Libro I del Código de Procedimiento Civil, relativas a la tramitación

⁴⁸ La Ley 20017, de 2005, que modifica el Código de Aguas, señala (art.I N°18): "Introdúcense las siguientes modificaciones en el artículo 137 del Código de Aguas:

- a) Reemplázase, en el inciso primero, la palabra "respectiva", seguida de una coma (,), por la frase "del lugar en que se dictó la resolución que se impugna" seguida de una coma (,), y
- b) Agrégase, como inciso segundo, nuevo, pasando el actual inciso segundo a ser tercero, el siguiente: "Serán aplicables a la tramitación del recurso de reclamación, en lo pertinente, las normas contenidas en el Título XVIII del Libro I del Código de Procedimiento Civil, relativas a la tramitación del recurso de apelación debiendo, en todo caso, notificarse a la Dirección General de Aguas, la cual deberá informar al tenor del recurso".

del recurso de apelación.” Y, en tales normas procesales (arts.41, 59 y 66 CPC) está regulado el cómputo de los plazos⁴⁹.

iii. Necesaria distinción de dos supletoriedades: o la LBPA o el CPC

En suma:

- para el cómputo de los plazos de los recursos y tramitaciones al interior del órgano administrativo, si no hay norma especial, se aplica supletoriamente la LBPA; y,
- para el computo de los plazos de los recursos judiciales (como el caso del art.137 CA), en este caso en que hay norma de reenvío (inc.2°), se aplica supletoriamente el CPC.

c. La respuesta jurisprudencial en materia de aguas

Es necesario que los tribunales ofrezcan una clara línea jurisprudencial en el tema del cómputo de los plazos para interponer los recursos de reclamación, en contra de actos administrativos, ante los Tribunales, pues toda dispersión afecta el principio de certeza. En el escenario chileno (en que la jurisdicción contencioso administrativa está entregada, de un modo disperso, en múltiples acciones y recursos, creados por leyes especiales, de los cuales conocen, como regla general, las Cortes de Apelaciones), es relevante este tema, pues muchas de las leyes especiales que crean acciones especiales, carecen de los reenvíos o rellenos normativos más básicos. Y, en este caso, tratándose de acciones que conocen los Tribunales, es natural la referencia supletoria a las normas del Código de Procedimiento Civil, pero ello no siempre sucede. Eso parece lo más natural: que ante la ausencia de reglas procesales en las leyes administrativas (esto es, de ritualidades que deberán seguir los tribunales ante

⁴⁹ En el caso de las reclamaciones contra actos administrativos de la Dirección General de Aguas, antes de 2005, en que el art.137 CA nada decía sobre el procedimiento de tales reclamaciones (salvo establecer el tribunal competente y el plazo para recurrir), la jurisprudencia, de modo natural y necesario, hacía aplicable las reglas procesales sobre la apelación, contenidas en el CPC.

las reclamaciones de los administrados), rijan, de manera supletoria, las normas del CPC.

Al respecto, encontramos dos tipos de casos: en unos la Corte Suprema actúa aplicando correctamente la ley; en otros, no.

i. La correcta aplicación supletoria de la LBPA al cómputo del plazo de las reconsideraciones

La Corte Suprema, siguiendo una antigua línea jurisprudencial, se ha pronunciado del siguiente modo:

- En el caso *Von Storch Kruger, Klaus con Dirección General de Aguas*, Rol 256-2009, de 2011, se sostiene que: *“En lo no previsto o ante los vacíos normativos de los Procedimientos Administrativos contemplados en los artículos 130 y siguientes del Código de Aguas, se ha de aplicar de manera supletoria la normativa prevista en la Ley N° 19.880, conforme lo codifican sus artículos 1°, 2° y 25, violentando así los principios formadores del estatuto sobre Bases de los Procedimientos Administrativos, apelando en su reemplazo a la reglamentación de la legislación común compuesta por los artículos 48, 49 y 50 del Código Civil, no aplicables en la especie. Lo anterior, en armonía, además, con lo preceptuado en el artículo 4° del mismo cuerpo legal, que otorga aplicación preferente a las leyes especiales, por sobre las disposiciones del Código Civil, particularidad que cumple palmariamente la Ley N° 19.880.”* (Considerando 18°).
- En el caso *Sociedad Copefrut S.A. con Dirección General de Aguas*, Rol 2762-2011, de 2012, se afirma: *“...ante el vacío del Código de Aguas, en relación a una materia tan trascendente para los administrados como lo constituye la naturaleza de los plazos que tal cuerpo legal contempla, a fin de obtener seguridad y certeza en el cómputo de los mismos, no cabe lugar a dudas que corresponde aplicar supletoriamente lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley N° 19.880, por corresponder el asunto que ocupa a este Tribunal de Casación a un procedimiento administrativo especial, específicamente regulado por la ley en comento, regulación que debe pre-*

ferirse a la contenida en el artículo 50 del código sustantivo la que, por ser de aplicación general, cede ante la especialidad del contenido de la ley de bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado, normativa que debe preferirse para la dilucidación del asunto que se viene relacionando.”

ii. La extraña y errónea aplicación de la LBPA al cómputo de un plazo judicial

La Corte Suprema ha seguido, en algunos casos, un camino extraño: considera que, en cuanto al cómputo del plazo para interponer los recursos de reclamación ante los Tribunales, cabe aplicar el art.25 de la LBPA.

- En *Agrícola San Isidro con Dirección General de Aguas* (recurso de queja, Rol 5576-2012) la Corte Suprema, en su razonamiento, se cierra sólo a dos posibilidades: aplicación del CC o de la LBPA. Dice en su considerando 5°: *“Que para la acertada decisión que se adopte en lo que sí se encuentra en cuestión, que guarda exclusiva relación con la forma cómo ese plazo se computa, es decir si se trata de un término de días corridos, o bien han de considerarse dentro de él sólo días hábiles.”* Olvida (¡la propia Corte Suprema!) que los plazos de los recursos judiciales reciben una más natural regulación en su propia legislación procesal: el CPC. Esto lo lleva a su erróneo criterio de aplicar la LBPA: *“...este tribunal estima que en procedimientos administrativos especiales, como es el caso, se aplican con carácter supletorio las disposiciones de la Ley 19.880, que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado, según lo dispone su artículo primero, y que en materia de plazos recibe aplicación su artículo 25, que prescribe que los plazos de que se trata son de días hábiles, excluyéndose los días sábados, los domingos, y los festivos.”* (Considerando 6°).
- En *Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Negreros con Dirección General de Aguas*, Rol 10951-2011, de 2013, resulta curioso que la Corte Suprema razona como si se tratara de un recurso *ad intra* el órgano administrativa; en circunstancias que se trata de un recurso

jurisdiccional, en que cabe aplicar supletoriamente el CPC. Su razonamiento para alejarse de la legalidad es un intuitivo principio de unidad de soluciones para cosas distintas:

“Siendo siempre una misma la resolución impugnada, el plazo para reclamarla también debe ser uno sólo, con prescindencia del órgano —administrativo o jurisdiccional— llamado a conocer y resolver el cuestionamiento que le formula el interesado.” (Considerando 11°). Ello no parece razonable, pues no es la misma la resolución impugnada en un recurso de reconsideración, que en un recurso de reclamación.

Ésta es una rareza, por cierto, sin perjuicio de que el Tribunal haya querido buscar un criterio de mayor amplitud de acceso a la justicia por el justiciable, pues la sentencia incorpora a la tramitación judicial un estándar de la LBPA propio del procedimiento administrativo, esto es, de las ritualidades al interior de los órganos administrativos, y no al interior de los tribunales. Para eso cabe aplicar el CPC.

Sin perjuicio de que para rellenar la laguna del art.137 CA los jueces de la Corte Suprema mejoran el estándar contenido en las sentencias de las Cortes de Apelaciones, lo hacen aplicando, indebidamente, para una sede judicial, la LBPA. Ello es incoherente con el concepto de días hábiles para los efectos de interponer los recursos judiciales, pues el día sábado (que se excluye en materia administrativa), es un día hábil judicial, y debe computarse a efectos del art. 137 CA, no así los feriados.

7. INTERRUPCIÓN» DEL PLAZO PARA RECURSOS JURISDICCIONALES EN CASO DE EXISTENCIA DE RECURSOS ADMINISTRATIVOS PREVIOS. EL AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

a. Contexto legislativo

El art.54 inc.2° LBPA señala: “Planteada la reclamación [ante la Administración] se interrumpirá el plazo para ejercer la acción jurisdiccional.

Este volverá a contarse desde la fecha en que se notifique el acto que la resuelve o, en su caso, desde que la reclamación se entienda desestimada por el transcurso del plazo.” Esta disposición dice relación con la garantía de un justo y racional proceso, y con las fundamentales reglas y principios de la impugnabilidad y del acceso a la justicia. En un Estado de Derecho es elemento esencial y base la posibilidad de que los administrados, por medio de la vía judicial, soliciten a los Tribunales el control de los actos de los órganos de la Administración. El control judicial es el medio a través del cual se obtiene una tutela efectiva de los derechos de los administrados, dando origen al proceso contencioso administrativo.

El art. 54 LBPA regula el ejercicio del principio de impugnabilidad de los actos administrativos, en razón de las vías existentes para su materialización; ya sea por medio de reclamaciones en sede administrativa, o bien en sede judicial, estableciendo para el caso en que el interesado recurra ante la misma autoridad administrativa la interrupción del plazo para ejercer la acción jurisdiccional. Se salvaguarda de esta manera la posibilidad de que el interesado, en caso de no obtener una resolución favorable a sus peticiones ante la autoridad administrativa, mantenga íntegro su derecho de recurrir a un Tribunal.

Esta disposición, específicamente, se refiere a la opción que tienen todo administrado ante una decisión desfavorable, de poder mantenerse en la sede administrativa, a través de un recurso *ad intra* de la Administración (como el de reposición del art.59 de la LBPA); o de acudir directamente ante los Tribunales, sin esperar una revisión del propio órgano administrativo.

Esta opción a que se refiere el art.54 de la LBPA ya había sido incorporada a nuestra legislación por los arts. 136 y 137 del Código de Aguas, a través de los recursos, respectivamente, de reconsideración y de reclamación; y resultaba y resulta obvio que, mientras no se resolviese el previo recurso administrativo de reconsideración, no corre plazo para interponer el recurso de reclamación, lo que ocurrirá sólo una vez que el órgano administrativo se pronuncie sobre la reconsideración.

b. Correcto criterio jurisprudencial sobre el agotamiento de la vía administrativa en materia de aguas

En el caso *Codelco Chile División Chuquicamata con Dirección Regional de Aguas de Antofagasta*, Rol 7069-2014, de 2014, la Corte Suprema ha venido a aplicar correctamente la figura del agotamiento de la vía administrativa contenida en el art.54 de la LBPA; la que, en materia de aguas, ya venía prefigurada en los art. 136 y 137 del Código de Aguas.

La pretensión de la Dirección General de Aguas (recurrente de casación en la especie) y la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta no sólo eran excesivas, sino habrían significado privar a los administrados de este derecho a optar: o mantenerse en la sede administrativa (en este caso, la Dirección General de Aguas) o intentar desde ya la acción jurisdiccional. Según el erróneo criterio de la Corte de Apelaciones de Antofagasta, en el caso que un administrado hubiese decidido mantenerse en la vía administrativa, se habría producido la preclusión del plazo para interponer el recurso de reclamación posterior (olvidando, por cierto, que lo que se reclama, al interponer el recurso de reclamación, es contra la decisión del órgano que no acogió la reconsideración respectiva, y el plazo para computar aquel recurso debe computarse desde la notificación de esta última decisión, y no de la decisión original, reconsiderada en su momento). Este arcaico razonamiento ha venido a ser anulado por la Corte Suprema, correctamente. En su decisión, ésta señala en su considerando 8°:

“Que las referidas disposiciones legales tienen como sustento el principio de impugnación de los actos administrativos, el cual se encuentra reforzado por la posición legislativa de la Ley N° 19.880 en orden a que la reclamación administrativa es potestativa, es decir, el administrado se encuentra facultado para ejercerla y no constituye una exigencia previa para interponer la acción contencioso administrativa. En efecto, el artículo 54 de la Ley N° 19.880 otorga a los particulares un derecho de opción para utilizar a su arbitrio los procedimientos judiciales o los procesos administrativos de impug-

nación, según estimen conveniente. Esto significa que el particular puede optar por la vía administrativa o la judicial. Si el administrado elige la vía administrativa de impugnación ello le impone la obligación de agotar tal vía, originándose un impedimento para el ejercicio de las acciones judiciales. En cambio, si el particular opta por la vía judicial, la Administración queda impedida de conocer de una impugnación administrativa.

Lo expresado trae como consecuencia que si el administrado ha planteado un recurso administrativo, sólo una vez resuelto opera el agotamiento de la vía administrativa y, en tal caso, podrá deducir el reclamo judicial, en la especie el consagrado en el artículo 137 del Código de Aguas y cuyo plazo para interponerlo había quedado interrumpido por aplicación del artículo 54 inciso segundo antes citado, entendiéndose que el tribunal que conoce de la acción resolverá el asunto de fondo referido al acto administrativo original.

Lo anterior se refuerza al considerar que el conjunto del sistema recursivo debe interpretarse y aplicarse de manera armónica, favoreciendo el sentido que permita hacerlo eficaz para el administrado; lo cual en el caso propuesto sólo se consigue entendiendo las normas referidas de la forma expresada”.

III

De este modo, la Corte Suprema ha aplicado correctamente un canon procedimental básico: la posibilidad de interponer, sólo una vez que ha terminado la fase administrativa, los recursos jurisdiccionales.

8. CONCLUSIONES

- I. En materia de actos administrativos de orden interno la Corte Suprema no ha profundizado el análisis de los casos sometidos a su conocimiento, aceptando de manera circunspecta una verdadera adulteración de fuentes del Derecho que realiza el órgano administrativo del área, y luego, la propia Corte Suprema, al aplicar esos meros actos administrativos como si fuesen verdaderas leyes, elude un control de

juridicidad pleno, como el que se espera de un jurisdicente. Lo más grave, como se ve en este comentario, es que, mansamente, la propia Corte Suprema se ha sujetado a los términos normativos de estos supuestos actos de orden interno, que han resultado ser unos actos tan expansivos en su alcance normativo que los Tribunales los aceptan y aplican regularmente. Es un desafío para el Alto Órgano enfrentar esta sombra de ausencia de control de juridicidad de fondo en su doctrina jurisprudencial.

2. En cuanto al cómputo de los plazos administrativos, la LBPA vino a incorporar un nuevo tipo a la clasificación de los plazos, los ahora llamados plazos administrativos y unos “días hábiles” administrativos, prescribiendo, al mismo tiempo, una nueva forma de contabilizarlos, distinta a la ya establecida desde antaño por el Código Civil y el Código de Procedimiento Civil. En materia de aguas, la Corte Suprema ha aplicado este criterio de un modo matizado: por una parte, correctamente, ha aplicado supletoriamente la LBPA a los recursos administrativos, interpuestos al interior de la Administración; pero, de un modo extraño, ha aplicado ese mismo criterio al cómputo de plazos judiciales, en que debiera aplica supletoriamente el Código de Procedimiento Civil. Todo ello debiera ser aclarado en pronunciamientos sucesivos, para dar certeza a los justiciables.
3. En cuanto a la interrupción de los plazos administrativos, la ambigua literalidad de la LBPA en la regulación del plazo para recurrir ante los Tribunales, cuando se han interpuesto recursos administrativos previos, ha sido aclarada por el legislador; de lo que cabe notificar a abogados, jueces y, en especial, a los órganos de la Administración. El art.54 LBPA no fue feliz en su expresión, y cabía una norma interpretativa; y eso llegó de manera sibilina en el art.42 de la Ley N°20.551, de 2011, que regula el cierre de faenas e instalaciones mineras. En todo caso, en materia de aguas, la Corte Suprema ha realizado una interpretación coherente con la normativa que distingue entre la vía administrativa y jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

BAENA DEL ALCÁZAR, Mariano (1965): “Instrucciones y circulares como fuente del Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública*, N°48, pp.107-126.

BOLOÑA KELLY, Germán (2005): *El acto administrativo* (Santiago, Lexis-Nexis) 321 pp.

CAMACHO CEPEDA, Gladys (2005): “La problemática de la potestad normativa de las Superintendencias”, en *Actas XXXIV Jornadas de Derecho Público* (Santiago, LexisNexis) pp.423-432.

CASSAGNE, Juan Carlos (2002): *Derecho Administrativo*, T.II, 7ª ed. (Buenos Aires, Lexis Nexis Abeledo Perrot) 662 pp.

CORDERO VEGA, Luis (2003): “Limitando la Ley de Procedimiento Administrativo. Un interpretación intolerable”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, pp. 549-552.

_(2005): “La supletoriedad en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo”, en *Acto y procedimiento Administrativo. Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Actas* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 49-69.

GARCÍA-TREVIJANO FOS, José Antonio (1986): *Los actos administrativos* (Madrid, Civitas) 438 pp.

MORENO REBATO, Mar (1998): “Circulares, Instrucciones y Órdenes de Servicio: naturaleza y régimen jurídico”, en *Revista de Administración Pública*, N°147, pp.159-200.

ORTIZ DÍAZ, José (1957): “Las circulares, instrucciones y medidas de orden interior ante el recurso por exceso de poder, en la jurisprudencia del Consejo de Estado francés”, en *Revista de Administración Pública*, N° 24, pp.335-355.

PRECHT PIZARRO, Jorge (1989): “Valor jurídico de las Directivas Presidenciales, Programas Ministeriales, Circulares e Instrucciones de Servicio”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 16, pp.465-474.

SÁNCHEZ TORRES, Carlos Ariel (2004): *Acto administrativo. Teoría General*, 3ªed. (Colombia, Legis) 510 pp.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard (1998): *Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs Idee* (Heidelberg, Springer), citado por la traducción de la 1ra. edición alemana: *La teoría general del derecho administrativo como sistema* (Madrid, Marcial Pons Ediciones, 2003) 475 pp.

SILVA CIMMA, Enrique (2009): *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Introducción y fuentes*, 5ª ed. (Santiago, Editorial Jurídica).

VERGARA BLANCO, Alejandro (2005): “Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos”, en *Acto y procedimiento Administrativo. Segundas Jornadas de Derecho Administrativo. Actas* (Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso) pp. 31-47.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2006): “Eficacia derogatoria y supletoria de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos”, en *La Semana Jurídica* N° 289, pp. 8-9, y explicación gráfica en p. 12.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2008): “Cómputo y prórroga de plazos en los procedimientos administrativos especiales. Una correcta aplicación supletoria de la LBPA. Comentario de sentencia”, en *Revista de Derecho Administrativo* N° 2, pp. 161-164.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2009): “Los actos administrativos de orden interno. El caso del Manual de procedimientos para la administración de recursos hídricos de la Dirección General de Aguas”, en *Actas de las XXXIX Jornadas de Derecho Público*, 19, 20 y 21 de noviembre de 2009 (Santiago, Ediciones Derecho UC) pp. 733-741.

VERGARA BLANCO, Alejandro (2013): “Cómputo e interrupción de plazos en el procedimiento administrativo. Micrología del principio de

certeza jurídica”, en: *Libro conmemorativo Derecho Administrativo UC* (Santiago, Thomson Reuters).

VERGARA BLANCO, Alejandro (2014): *Crisis institucional del agua. Descripción del modelo, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales* (Santiago, LegalPublishing) 498 pp.

JURISPRUDENCIA CITADA

Von Storch Kruger, Klaus con Dirección General de Aguas (2011): Corte Suprema, 11 de mayo de 2011. Rol N° 256-2009.

Aes Gener S.A con Dirección General de Aguas (2011): Corte Suprema, 18 de agosto de 2011. Rol N° 654-2009.

Astudillo Burgos, Mirta con DGA (2011): Corte de Apelaciones de Santiago, 4 de octubre de 2011. Rol N° 4.572-2010.

Sociedad Agrícola Las Palmas de Santa Rosa Ltda. con Dirección General de Aguas (2011): Corte Suprema, 19 de diciembre de 2011. Rol N° 4763-2009.

Inmobiliaria Las Ágatas S.A. y Empresa de Agua Potable del Litoral S.A con Dirección General de Aguas (2012): Corte Suprema, 23 de mayo de 2012. Rol N° 6666-2009.

Sociedad Contractual Minera Compañía Minera Negreros con Dirección General de Aguas (2013): Corte Suprema, 21 de marzo de 2013. Rol N° 10951-2011.

Sociedad Copefrut S.A. con Dirección General de Aguas (2013): Corte Suprema, 5 de diciembre de 2012. Rol N° 2762-2011.

Castillo Sánchez, Marcelo y Otros con DGA (2013): Corte Suprema, 26 de agosto de 2013. Rol N° 4170-12 (conociendo recursos de casación con-

tra sentencia Corte Apelaciones de Santiago, 4 abril de 2012. Rol N° 6.201-2010).

Agrícola San Isidro con Dirección General de Aguas (2012): Corte Suprema, 4 de octubre de 2012. Rol N° 5576-2012.

Codelco Chile División Chuquicamata con Dirección Regional de Aguas de Antofagasta (2014): Corte Suprema, 9 de septiembre de 2014. Rol N° 7069-2014.

Sociedad Contractual Minera Compañía de Salitre y Yodo Cala Cala con Dirección General de Aguas (2014): Corte Suprema, 23 de octubre de 2014. Rol N° 8902-2014.

PATENTE POR NO USO DE AGUAS. APLICACIÓN PRÁCTICA Y CONFLICTOS INTERPRETATIVOS.

Daniela Rivera Bravo
Alejandro Vergara Blanco⁵⁰

RESUMEN: El presente comentario jurisprudencial tiene por objeto analizar la figura del pago de patente por no uso de aguas, en función de sentencias emitidas en los últimos años por la Corte Suprema. Para realizar este trabajo, y exponerlo de forma sistemática, enunciaremos, en una primera parte, los aspectos medulares de esta incorporación efectuada por la Ley N° 20.017, de 2005; acto seguido, identificaremos y comentaremos las principales líneas jurisprudenciales que han emanado del máximo Tribunal en esta materia, los cuales, a su vez, representan los problemas centrales suscitados en este campo.

118

ABSTRACT: The purpose of the present jurisprudential paper is to analyse the figure of the patent payment for non-use of water in function of sentences issued in the past years by the Supreme Court. We will enunciate, in a first approach, the most essential aspects of this incorporation effectuated by the Law N° 20.017 of 2005; then we will identify and comment the principal jurisprudential lineaments that have been issued by the maximum court in this matter, which represent the central problems aroused in this field.

⁵⁰ Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile.

I. INTRODUCCIÓN

Según la visión manifestada por la Corte Suprema en algunos de sus pronunciamientos sobre la aplicación de la patente por uso de aguas, en los cuales constantemente acude a antecedentes de historia legislativa y a los fines perseguidos por los impulsores de esta reforma al Código del ramo, se produce en nuestro medio una situación anormal: en muchos casos, aunque exista disponibilidad física de las aguas en una fuente natural, no pueden acogerse nuevas solicitudes de derechos de aprovechamiento, pues, jurídicamente, esa fuente está agotada, al haberse pedido y otorgado previamente derechos que no se asocian a un uso efectivo del recurso; esto es, existe disponibilidad material, pero no jurídica⁵¹. En efecto, la Corte ha precisado que:

“...aun cuando no utilice la totalidad del caudal de su dominio, el titular del derecho de aprovechamiento sigue siendo dueño del mismo y, por lo tanto, la autoridad correspondiente está impedida de superponer otro derecho de la idéntica naturaleza sobre la parte no utilizada del recurso hídrico.

Esto podría traducirse en que, aun si no se emplean las aguas, ninguna otra persona distinta del titular del derecho de aprovechamiento respectivo podría hacerlo, situación anómala y jurídicamen-

⁵¹ En este sentido ver *Desarrollo Agrario S.A. con DGA (2011)* y *Agrícola Olibal Ltda. con DGA (2012)*.

te inaceptable si se considera que el agua constituye un elemento vital para la subsistencia.

De allí es que, si lo natural y obvio es que los derechos de aprovechamiento de aguas se soliciten y obtengan por quien realmente necesite de dicho elemento, el hecho que el titular de tales derechos no los use o los aproveche en muy menor medida de lo cual será indiciario el no tener obras de captación, dará pábulo al pago de una patente que lo grave”⁵².

Es en este escenario, entonces, que surge la figura de la “patente por no uso de aguas”, la cual, bajo determinados supuestos, impone un tributo en beneficio fiscal a aquellos titulares que no utilicen los caudales correspondientes a sus derechos de aprovechamiento. Ahora bien, según vemos más adelante, lo que la ley sanciona o grava, en sentido estricto, es la no construcción de obras de aprovechamiento, más que el no uso de las aguas propiamente tal; es esta última circunstancia, a su vez, la que suscita algunos de los principales cuestionamientos a esta figura. Y, precisamente en este punto, la jurisprudencia ha introducido relevantes precisiones y exigencias.

120

II. ESTATUTO NORMATIVO DE LA PATENTE POR NO USO DE AGUAS

En Chile, a partir del año 1979, la legislación consagró una total libertad para el uso de las aguas por parte de los respectivos titulares de derechos de aprovechamiento. Así, no se estableció, como ocurría bajo el imperio del Código de 1951, reformado en 1967, la obligatoriedad de usar tales aguas, y se permitió el cambio de uso de las mismas (por ejemplo, riego por consumo humano).

Dicho régimen de libertad quiso ser relativizado con la Ley N°20.017, de 2005. En efecto, la citada Ley incorporó, entre otros aspectos, la figura

⁵² Jara Valenzuela, Felipe con DGA (2013).

del pago de una patente por el no uso de las aguas, regulada entre los arts.129 bis 4 y 129 bis 21, ambos inclusive, del Código del ramo.

I. DERECHOS DE APROVECHAMIENTO AFECTOS AL PAGO DE PATENTE

De acuerdo a lo establecido en los arts.129 bis 4 a 129 bis 21 CA, están afectos al pago de patente por no utilización total o parcial de las aguas, las siguientes categorías de derechos:

- a. Derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio permanente, para cuyo caso se contempla una base de cálculo que permite determinar el monto de la patente, de acuerdo al período de tiempo y la región del país en que se ubiquen los respectivos puntos de captación.
- b. Derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente, para los cuales se establece una base de cálculo del monto de la patente, distinguiendo el período de tiempo y la región del país en que se ubiquen las respectivas cuencas hidrográficas.
- c. Derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual, los cuales pagarán un tercio del valor correspondiente a la patente de los derechos de ejercicio permanente.

121

2. EXENCIONES DE LA PATENTE POR NO USO DE AGUAS

No obstante lo expuesto previamente, no “todos” los derechos de aprovechamiento están sujetos al pago de este tributo, sino que se fijan una serie de exenciones y/o excepciones. A grandes rasgos, ellas pueden ser clasificadas en dos grupos: una excepción de carácter general y otro grupo de excepciones particulares⁵³.

⁵³ MUÑOZ (2011), 575-579.

a. Excepción general

Es aquella determinada para todos los derechos de aprovechamiento, independiente de consideraciones peculiares: no pueden ser consideradas como afectos al pago de patente las titularidades en que existieren las obras necesarias para la captación de las aguas y, en el caso de los derechos no consuntivos, las obras de restitución (artículo 129 bis 9 CA). Es decir, el legislador entiende que el no contar con este tipo de obras es un claro indicio de la falta de intención de utilizar las aguas.

A su vez, existe otra exención general, pero de índole temporal: si se encuentra vigente cualquier medida de un tribunal que ordene la paralización total o parcial de la construcción de obras de captación o de restitución.

b. Excepciones particulares

Son una serie de medidas que aluden a factores puntuales de ciertos derechos; a saber:

En orden a las características del derecho, su caudal y ubicación geográfica se establecen varias exenciones (arts. 129 bis 4, 129 bis 5, 129 bis 6 incisos 1º, 2º y 3º).

- i. Según el titular del derecho de aprovechamiento de que se trata, están exentos los derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual, cualquiera sea su caudal, de propiedad fiscal.
- ii. En cuanto a aspectos relativos a la libre competencia, están exentos los derechos administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área “en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia” (art. 129 bis 9 incisos 4º, 5º y 6º CA).
- iii. En consideración a los acuerdos y medidas de distribución de las organizaciones de usuarios, están exceptuados los derechos que por decisión de dichas organizaciones estén sometidos al régimen de turno

o reparto proporcional (art. 129 bis 9 inciso 3° CA).

iv. En función de la actividad a que se destinan las aguas, están exentos los derechos que posean las empresas de servicios sanitarios y que se encuentren afectos a su respectiva concesión, hasta la fecha que deba comenzar a utilizarse el recurso, según su programa de desarrollo (art. 129 bis 9 inciso 7° CA).

c. Procedimiento de cobro y consecuencias del no pago de la patente

Corresponde a la DGA, previa consulta a la respectiva organización de usuarios, determinar, al 31 de agosto de cada año, los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no se encuentren total o parcialmente utilizadas. Con dicha información, la referida autoridad deberá emitir y publicar, en la forma y plazo establecidos en el artículo 129 bis 7 CA, una resolución que contenga el listado de los derechos afectos al pago de esta patente anual. Esta resolución, al igual que todas las que emite la DGA, es susceptible de los recursos de reconsideración y reclamación regulados en los artículos 136 y 137 CA, respectivamente.

El pago de dicha patente deberá efectuarse durante el mes de marzo de cada año, en cualquier banco o institución autorizada para recaudar tributos. Si no se materializa dicho pago dentro del plazo previamente establecido, se inicia un procedimiento ejecutivo de cobro que se encuentra regulado en los artículos 129 bis 11 y siguientes CA, y que puede concluir en el remate del derecho de aprovechamiento de que se trate.

III. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA PATENTE POR NO USO DE AGUAS Y CONFLICTOS INTERPRETATIVOS

Luego de analizar sentencias de la Corte Suprema emitidas entre los años 2011 y 2014 en el tema revisado en este texto, podemos precisar,

en primer término, que es bastante elevado el número de acciones y recursos que se presentan ante los tribunales de justicia a partir de los listados que elabora cada año la DGA con los derechos afectos al pago de patente por no uso de aguas. En general, el foco de la conflictividad ha estado centrado en las cuestiones que seguidamente se tratan:

I. ENTIDAD Y CARACTERÍSTICAS DE LAS OBRAS HIDRÁULICAS EXIMENTES DEL PAGO DE PATENTE

Como ya se dijo, la propia Ley N° 20.017, de 2005, al instaurar esta patente estableció, como eximente central y general, la presencia de obras necesarias para ejercer el derecho. Respecto de la entidad de las obras que se exigen, cabe distinguir entre aguas superficiales y subterráneas, según lo dispuesto en el inciso final del artículo 129 bis 9 CA. Las primeras son conceptualizadas como “aquellas que permitan incorporarlas a los canales y a otras obras de conducción, aun cuando tales obras sean de carácter temporal y se renueven periódicamente”; y, sobre las segundas se sostiene que “se entenderá por obras de captación aquellas que permitan su alumbramiento”⁵⁴.

124

a. Obras relativas a aguas superficiales

Sobre este punto es importante hacer dos precisiones iniciales: la primera es que se debe tener en consideración que la exención opera respecto del porcentaje de aguas que efectivamente sean capaces de captar las obras; y, la segunda, es que se permiten obras de carácter temporal y que se renueven periódicamente. Esto último hace alusión a instalaciones precarias que consisten en la colocación, en el cauce natural, de muros construidos con palos, piedras y otros elementos para desviar

⁵⁴ Debe también tenerse en consideración que el Decreto N° 203, de 2014, que aprobó el Reglamento sobre normas de exploración y explotación de aguas subterráneas (derogando, por tanto, la Resolución DGA N°425, de 2007), señala en su artículo 52 que “Para los efectos de lo previsto en el artículo 129 bis 9 inciso octavo, se entenderán por obras de captación de aguas subterráneas que permitan su alumbramiento, aquellas instalaciones que hacen posible la efectiva extracción de las aguas a que se tiene derecho, tales como: bombas de extracción, ya sean móviles o fijas; instalaciones mecánicas; eléctricas, tuberías u otros”.

las aguas que por él escurren hacia los canales (habitualmente llamadas “patas de cabra”)⁵⁵.

Ahora bien, en relación a las obras mayores reguladas en el artículo 294 CA, que son aquellas que deben recibir aprobación del Director General de Aguas, la Corte ha sido enfática al señalar que para entender aplicable el supuesto de exención de la patente, estas obras deben encontrarse recibidas y autorizadas por esta autoridad administrativa; en caso contrario, se asume que no se cuenta con las obras necesarias para el aprovechamiento del recurso. En este sentido, se ha sostenido que:

“El artículo 129 bis 9 del citado cuerpo de leyes establece una forma de eximirse del pago de patente consistente en que existan obras de captación de las aguas, lo que concuerda con la finalidad de la norma recién reseñada puesto que a partir de la existencia de dichas obras se podrá constatar el uso de las aguas que es lo que precisamente se quiere garantizar.

Al respecto la sentencia ha establecido que existe una parte de los derechos de aprovechamiento de aguas que si bien tienen obras, no se encuentran recibidas. Esta recepción, es necesaria para su funcionamiento, por cuanto tratándose de obras mayores, como ocurre en la especie, el Código exige que éstas sean autorizadas por el Director General de Aguas, lo que ocurrirá una vez aprobado el proyecto definitivo, lo que, como ya se dijo, no había ocurrido a la época de publicación de los listados de derechos afectos a patente. La falta de autorización necesariamente impide el uso de las obras y de las aguas asociadas a ellas, por lo que correspondía que su titular quedara afecto al pago patentes por no uso ya que no se encuentra en la situación excepcional prevista en el artículo 129 bis 9 ya mencionado”⁵⁶.

⁵⁵ MUÑOZ (2011), 576.

⁵⁶ Obras y Desarrollo S.A. con DGA (2014).

b. Obras referentes a aguas subterráneas

Aun cuando alude a una disposición que se encuentra actualmente derogada (producto de la entrada en vigencia, en 2014, del Reglamento de aguas subterráneas, ya citado), cabe dar cuenta de la particular situación generada a partir del artículo 44 de la Resolución DGA N°425, de 2007, que establecía normas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas. Esta disposición, contenida en un acto administrativo de orden interno de la DGA, precisaba que “se entenderán por obras de captación de aguas subterráneas que permitan su alumbramiento, aquellas instalaciones definitivas que hagan posible la efectiva utilización de las aguas, tales como bombas de extracción, instalaciones mecánicas y de energía, cañerías mediante las cuales se pueda conducir el derecho constituido, estanques acumuladores, y en general cualquier instalación de carácter definitivo, que permita la extracción y *conducción* de las aguas.” (El énfasis es agregado).

126

Es bastante fácil advertir que la resolución administrativa no sólo entregaba una definición o aclaración del texto legal respectivo (lo que ya resulta desajustado), sino que, además, se incluían condiciones adicionales a las previstas por aquél: se impone la obligación de contar con obras para la “conducción” de las aguas (ya no el mero alumbramiento). Dejando de lado el análisis de lo correcto o no de esta exigencia (según los fines de la figura de patente), lo cierto es que ella fue establecida desde una instancia inapropiada (reiteramos, un acto administrativo de orden interno), quebrantando el principio de legalidad o juridicidad.

No obstante la última circunstancia, la Corte Suprema avaló y aplicó, como auténtica fuente normativa, esta partícula de la Resolución DGA 425, de 2007. Así, por ejemplo, ha sostenido que: “...*resulta inconcusos que la Dirección General de Aguas cuenta con atribuciones para estatuir disposiciones generales e imperativas sobre la exploración y explotación de las aguas subterráneas, motivo por el que no se divisa un yerro jurídico en el fallo cuestionado al haber hecho aplicable en la especie las directrices contempla-*

das en el referido artículo 44 de la Resolución N° 425, cuyo advenimiento se debe, justamente, al mandato legal del legislador del ramo”⁵⁷.

En ese entendido, en la causa Rol N° 6.158-2009, luego de citar la Resolución DGA 425, de 2007, se sostuvo que “Lo anterior, significa que el verdadero sentido de las obras de captación que exige la normativa de esta especialidad es permitir el alumbramiento, para que las aguas puedan ser efectivamente utilizadas por quien las requiere. Entenderlo de otro modo, podría llevar al extremo de tener paralizado en forma temporal o incluso definitiva, el uso de tan necesario y escaso elemento”⁵⁸.

c. Notas generales

Ya sea que se trate de aguas superficiales o subterráneas, la Corte no considera suficiente la existencia de cualquier obra de aprovechamiento para hacer aplicable la causal eximente revisada en este apartado; dichas obras deben permitir efectivamente la utilización del recurso y, además, deben encontrarse operativas⁵⁹.

Por último, cabe añadir que se constata una importante cantidad de recursos que son rechazados de plano, sin conocer el fondo del asunto discutido, toda vez que la Corte advierte que, a través del recurso de casación, se intenta crear una nueva instancia y modificar los hechos ya asentados con anterioridad, como por ejemplo, la existencia de las obras, su capacidad o funcionamiento.

2. INAPLICABILIDAD DE CAUSALES DE EXENCIÓN NO CONTEMPLADAS EN LA LEY

Al revisar las causales de exención de la patente prescritas por el Código de Aguas, no se vislumbra que el legislador haya pretendido dejar abierta la enumeración realizada al efecto, por lo que se entiende que ésta es de

⁵⁷ Jara Valenzuela, Felipe con DGA (2013).

⁵⁸ Agrícola Olibal Ltda. con DGA (2012). En similar sentido ver Desarrollo Agrario S.A. con DGA (2011).

⁵⁹ En esta dirección ver Agrícola Olibal Ltda. con DGA (2012); y, Jara Valenzuela, Felipe con DGA (2013).

carácter taxativo. Sin embargo, el principal objeto de varias de las causas sometidas al conocimiento de la Corte Suprema es, precisamente, extender los supuestos de la exención del pago, ya sea creando nuevas excepciones no contempladas en la ley, o bien, o ampliando el ámbito de aplicación de las existentes.

Así, es frecuente encontrar alegaciones, primero ante la DGA, mediante el recurso de reposición, luego ante la Corte de Apelaciones respectiva, a través del recurso de reclamación, y, finalmente, ante la Corte Suprema, por la vía del recurso de casación, que persiguen obtener que se declare procedente la eximición del pago de patente ante supuestos extraordinarios o particulares, como son, por ejemplo, el robo de cables e instalaciones de las bombas de extracción, o que éstas sólo funcionan en determinados períodos del año, o que se está en etapa de profundización de pozos.⁶⁰ Ante estos argumentos los sentenciadores razonan indicando que si los pozos no han estado en funcionamiento, o al menos en condiciones de permitir el uso efectivo del agua, es procedente de inmediato el pago de patente.

128

En este mismo orden de consideraciones, y ante el intento de obtener que se declarara que la espera de aprobación de un traslado del punto de captación, en que existía demora administrativa, era causal eximente del pago de patente, la Corte sostuvo:

“Que la tesis que postula el recurrente, en cuanto entiende suspendida la obligación de pago de patente por el sólo hecho de estar pendiente de resolver una solicitud de traslado del punto de captación de las aguas, contradice el propósito legislativo enunciado en los motivos precedentes, desde que podría importar la exención indefinida de la obligación que impone el artículo 129 bis 5 del Código de Aguas, ya que —como advierte la sentencia impugnada—,

⁶⁰ A este respecto, y manifestando el carácter objetivo y material aplicable a la principal exención del pago de patente (existencia de obras de aprovechamiento del agua), la Corte ha manifestado, por ejemplo, que la alegación de estar siendo profundizado el pozo requiere de prueba a través de las obras pertinentes. En esta línea ver *Armijo Núñez, José con DGA* (2014), en que finalmente el recurso se rechaza por cuestiones procesales.

la suerte de esa solicitud es incierta, en cuanto está condicionada a la disponibilidad de las aguas en puntos de captación distintos del original y a la no afectación de derechos de terceros, conforme lo dispone el artículo 163 del mismo cuerpo legal”⁶¹.

En esta línea, igualmente, la Corte ha tendido a confirmar, sin aclaraciones o precisiones al respecto, pronunciamientos de las Cortes de Apelaciones en que se afirma categóricamente que la sequía o escasez de los recursos hídricos tampoco es causal eximente de la patente⁶². Esta cuestión, que no fue considerada de ningún modo por la ley, resulta bastante desajustada en aquellas zonas en que simplemente no hay agua suficiente para que los titulares de derechos puedan ejercerlos normalmente.

En fin, hacemos una breve alusión a la exención referente a aquellos derechos de aprovechamiento permanentes que por decisión de las organizaciones de usuarios han sido sometidos a turno o reparto proporcional. Aunque esta norma no distingue al efecto, es claro que sus principales destinatarias son las juntas de vigilancia, toda vez que son especialmente éstas las que pueden someter la distribución de las aguas de una cuenca a turno o reparto proporcional⁶³.

Esta situación, regulada en el artículo 129 bis 9 inciso 3° CA, también ha sido interpretada de forma restrictiva por la jurisprudencia, sin dar lugar a analogías. Así, en la causa Rol N° 3095 del año 2009⁶⁴, se cuestionó si debía considerarse exento de patente un derecho de aprovechamiento no consuntivo, sometido al régimen de turnos, pero que era de ejercicio eventual. Es evidente que no es el mismo supuesto que el establecido por la ley, ya que estamos en presencia de un derecho de ejercicio “eventual”. Frente a ello, el abogado demandante expresó en su libelo que en este caso debía aplicarse el aforismo jurídico “quien puede lo más, puede lo menos”.

⁶¹ *Agrícola Arboleda Ltda. con DGA* (2012).

⁶² En este sentido ver *Armijo Núñez, José con DGA* (2014).

⁶³ MUÑOZ (2011), 578.

⁶⁴ *Sociedad Hidroeléctrica Guardia Vieja S.A. con DGA* (2011).

La Corte Suprema rechazó esta pretensión, ateniéndose a la interpretación literal que ha dado habitualmente a las exenciones contenidas en el Título XI del Código de Aguas. Ahora bien, es dable destacar que, al tomar esta decisión, no se pronunció directamente sobre el argumento ya esbozado, y se fundó en la regla general de que si no se poseen las obras exigidas por la ley se está inmediatamente en el supuesto del pago de patente. Hubiese sido interesante conocer la postura del Tribunal sobre este problema jurídico, el cual, al parecer, se debe a una omisión legislativa, pues no parece justificable eximir del pago de patente sólo a los derechos permanentes sometidos a turno y no a aquellos de ejercicio eventual que estuvieren en las mismas condiciones. Por lo demás, las medidas de distribución extraordinarias, como son el turno o reparto proporcional, suelen adoptarse por las juntas de vigilancia para la generalidad de sus miembros y derechos.

3. NATURALEZA Y ROL DE LA CONSULTA A LA ORGANIZACIÓN DE USUARIOS COMPETENTE PARA LA CONFECCIÓN DEL LISTADO DE LOS DERECHOS SUJETOS A PAGO DE PATENTE

130

El artículo 129 bis 8 CA dispone que “Corresponderá al Director General de Aguas, previa consulta a la organización de usuarios respectiva, determinar los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no se encuentren total o parcialmente utilizadas, al 31 de agosto de cada año, para lo cual deberá confeccionar un listado con los derechos de aprovechamiento afectos a la patente, indicando el volumen por unidad de tiempo involucrado en los derechos. En el caso que los derechos tengan obras de captación, se deberá señalar la capacidad de dichas obras y se individualizará la resolución que las hubiese aprobado”.

En esta disposición el legislador asumió que la DGA no dispone de medios materiales y humanos para inspeccionar, año a año, todos los derechos de aprovechamiento de aguas del país y cerciorarse de que estén siendo ejercidos. Por ello, se recurre a quienes tienen mayor conocimiento y claridad de la realidad hídrica y de la situación de los derechos de una zona determinada: las organizaciones de usuarios.

Frente a esta cuestión, se ha presentado ante la Corte Suprema un número considerable de causas cuya base es el argumento de que no es procedente que un derecho de aprovechamiento figure en el listado elaborado por el Director General de Aguas cuando éste no ha realizado la referida consulta a la organización de usuarios; de la misma forma, en los casos donde no existe organización de usuarios respectiva se ha pretendido que ningún derecho puede ser considerado afecto al pago de esta patente, por ser imposible llevar a cabo la citada consulta. De este modo, se ha estimado que tal consulta es una obligación y un requisito *sine qua non* para elaborar el listado con los derechos afectos al pago de patente.

La Corte ha rechazado cada una de estas pretensiones, entendiendo y aplicando correctamente el sentido literal del citado artículo: la consulta sólo puede exigirse en el evento que los usuarios de las aguas se hayan organizado como tal⁶⁵, y, en ese contexto, la misma no tiene carácter vinculante, siendo incluida con el fin de ilustrar al Director General de Aguas. Así, en la causa Rol N° 2640 del año 2012, y recurriendo a la historia legislativa del precepto en cuestión, se afirmó que:

“...esa consulta a las organizaciones de usuarios que pudieran contar con antecedentes acerca de lo que la autoridad administrativa tuviera a su cargo resolver, surgió con un propósito explicativo, vale decir, a manera de ilustrar a la autoridad acerca de cuestiones particulares existentes relativas al hecho eventualmente gravado con el pago de una patente. Por consiguiente, no constituye un trámite obligatorio o vinculante para la Dirección General de Aguas”⁶⁶.

En similares términos, en la causa Rol N°474-2011 de 2012, se sostiene que: *“...no se advierte cómo la interpretación que los jueces han hecho del artículo 129 bis 8 del Código de Aguas, vulnera el sistema jurídico que rige en materia de pago de patentes por no uso de la aguas, desde que es incuestionable, atento a lo que dispone dicha disposición, que corresponde al Director de Aguas determinar el pago de la misma, sin que la pretendida “consulta” a las*

⁶⁵ MUÑOZ (2011), 586.

⁶⁶ Cooperativa de Servicio de Riego del Centro Limitada con DGA (2013).

organizaciones de usuarios sea un requisito o presupuesto para el ejercicio de tal atribución, o vinculante, en algún aspecto, para dicha autoridad, ni que la inexistencia de tales corporaciones importe un impedimento para su ejercicio o una causal de exención de tal gravamen”⁶⁷.

En este mismo escenario, se ha cuestionado también la procedencia de que una empresa o consultora privada realice, por encargo de la DGA, los informes y estudios para determinar los derechos que serán incluidos en el listado de titularidades afectas a este tributo. Frente a esta situación la Corte ha señalado lo siguiente:

“...la autoridad administrativa no ha delegado la facultad resolutoria que la ley de asigna de incluir en el listado anual de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patente aquellos en relación a los cuales no se hubiere acreditado su uso, sino tan solo que la referida autoridad consideró para adoptar su resolución un informe técnico que fue evacuado luego de una visita inspectiva que encomendó a la empresa... Que en punto a dilucidar la objeción de legalidad planteada por la recurrente, es menester observar que la visita inspectiva cuestionada exhibe la naturaleza de un acto trámite que se verifica dentro del procedimiento que debe substanciar el Director General de Aguas previo a dictar la resolución que contiene el listado anual de los derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patente y en el que el titular afectado puede intervenir acreditando que cuenta con las obras de captación idóneas y suficientes. No se trata, pues, de un acto resolutorio conclusivo o terminal de la autoridad administrativa, sino más bien de un informe que se evacua a solicitud de ésta y que puede servirle de antecedente para su decisión y en relación al cual el afectado interviniente en ese procedimiento puede formular las observaciones que estime pertinente para desvirtuar su contenido... Que validar una interpretación como la que el recurrente postula no se aviene con los principios de eficiencia y eficacia con que los órganos del

⁶⁷ Carmine Zúñiga, Víctor con DGA (2012). En similares términos ver Carmine Zúñiga, Víctor con DGA (2011).

Estado deben cumplir sus cometidos, desde que estos quedarían inhibidos para contratar informes o estudios técnicos que pudieran servirles de base para el ejercicio de las potestades públicas que el orden legal les hubiere asignado”⁶⁸.

4. EXCLUSIÓN Y TRATAMIENTO ESPECIAL A LOS DERECHOS ADQUIRIDOS EN CONFORMIDAD A LA LEGISLACIÓN INDÍGENA

Hemos dejado para este apartado final uno de los casos que más interés ha suscitado en relación a la figura del pago de patente por no uso de aguas: cómo proceder ante derechos de aprovechamiento adquiridos con fondos provenientes de la Ley Indígena.

En este contexto, cabe traer a colación lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 19.253, de 1993, cuyo inciso primero precisa: “Las tierras no indígenas y los derechos de aguas para beneficio de tierras indígenas, adquiridas con recursos de este Fondo, no podrán ser enajenados durante veinticinco años contados desde el día de su inscripción. Los Conservadores de Bienes Raíces, conjuntamente con la inscripción de las tierras o derechos de aguas, procederán a inscribir esta prohibición por el solo ministerio de la ley. En todo caso será aplicable el artículo 13”. Por su parte, esta última disposición sostiene, en lo pertinente, que “Las tierras a que se refiere el artículo precedente, por exigirlo el interés nacional, gozarán de la protección de esta ley y no podrán ser enajenadas, embargadas, gravadas, ni adquiridas por prescripción, salvo entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia. No obstante, se permitirá gravarlas previa autorización de la Corporación.”

Junto con hacerse cargo de otras aristas propias del tema, la Corte, en la primera sentencia que se pronuncia derechamente sobre el particular, estimó que, a pesar de no tener obras de captación, estos derechos de aprovechamiento deben considerarse exentos del pago de patente, atendida su naturaleza inembargable y la prohibición de ser enajenados; si se

⁶⁸ *Inmobiliaria las Brisas de Chicureo S.A. con DGA* (2012).

optara por una decisión distinta, de continuarse con el procedimiento normal, los derechos estarían frente a la eventualidad de ser rematados, lo que pugna con la Ley Indígena.

Como quedó de manifiesto al inicio de este texto, dentro de las exenciones contempladas en el Título XI del CA no hay ninguna referencia a los derechos adquiridos con fondos de la Ley Indígena, ni tampoco existe norma similar en otro texto legal. Ante ello, y abandonando la posición restringida y apegada al texto de la ley que habían propiciado frente a otras causales no contempladas en el Código, la Corte expresó que:

“...resulta innegable que la obligación de pago de patente por no uso de las aguas, importa un gravamen que afecta el derecho de aprovechamiento de aguas, que en el presente caso resulta incompatible con la circunstancia de tratarse de derechos de aprovechamiento de aguas de personas y comunidades indígenas, adquiridos con fondos provenientes de la Ley Indígena, no susceptibles de ser gravados, ni menos aún embargados, como se dispone en el procedimiento ejecutivo de cobro de patente. Esta incompatibilidad se aprecia con mayor nitidez si se considera que el procedimiento de cobro puede derivar en la enajenación forzada del derecho afecto al pago de patente, el que puede ser adquirido por cualquier persona interesada, lo que desde luego transgrede el artículo 13 de la normativa indígena, que prohíbe la enajenación de estos derechos, salvo entre personas o comunidades indígenas de una misma etnia... Que en consecuencia, las normas especiales de la Ley Indígena a que se ha hecho referencia, impiden aplicar a los reclamantes la obligación de pago de patente por no uso de las aguas, en mérito de lo cual deben ser excluidas del listado...”⁶⁹.

⁶⁹ Corporación Movimiento Unitario Campesino y Etnias de Chile con DGA (2014).

Claramente el legislador no estableció una exención al tributo analizado a favor de los derechos de aguas indígenas, circunstancia que fue alterada por la Corte, órgano que, además, modificó su propio y estricto criterio en este ámbito (no admitir causales de exención no contempladas expresamente en la ley). Nos parece que existió una confusión de ideas en este caso; es cierto que hay un régimen de reconocimiento y protección especial que brinda nuestro ordenamiento a los indígenas en materia de adquisición de derechos de aguas (disponen de derechos reconocidos expresamente por el legislador), pero ello no obsta a que, en su ejercicio, estas titularidades deban respetar las normas y prescripciones aplicables a “todos” los derechos de aprovechamiento. Además, el que un derecho sea incorporado en el listado de titularidades afectas a la patente por no uso no significa necesariamente que ese derecho va a ser objeto de remate; sólo el no pago hará procedente esta última medida.

IV. CONCLUSIONES

1. La aplicación práctica de la figura de patente por no uso de aguas ha traído consigo una importante conflictividad, generada, especialmente, a partir de la interpretación de las causales de exención de dicho tributo. Lo anterior se acentúa aún más si se tiene en cuenta que los estudios y cifras indican que, año a año, aumenta el número de derechos incorporados al listado de titularidades afectas a esta patente.
2. En general, se observa una interpretación restrictiva y literalista por parte de la Corte Suprema en cuanto a las exenciones del pago de patente por no uso de las aguas, considerando que sólo tienen tal carácter aquellas expresamente establecidas por el legislador en el Código de Aguas. En ese entendido, por ejemplo, se han desestimado alegaciones relativas a que el pozo en cuestión se encuentra en profundización, que se encuentra pendiente la aprobación de un traslado de ejercicio del derecho o que por motivo de la escasez hídrica o

sequía no están en operación las obras necesarias para la captación o alumbramiento de aguas.

No obstante, hay un par de excepciones a esta interpretación restrictiva, según se señala a continuación.

3. La principal relativización a este criterio de la Corte se ha dado en el caso de los derechos de aprovechamiento adquiridos con fondos de la Ley Indígena. Atendida su calidad de inembargables y al no poder ser objeto de remate, la Corte estimó que no es aplicable a estos derechos la obligación del pago de patente por el no uso de las aguas. Ello, pese a que no existe ninguna norma en el Código de Aguas o en otro texto legal que establezca la aludida exención.
4. La otra flexibilización o excepción al restringido criterio de la Corte en materia de exenciones al pago de la patente se ha dado al evaluar las obras de aprovechamiento de aguas, principal elemento eximente de este tributo. La legislación, al definir estas obras señala que son aquellas que permiten incorporar las aguas a los canales u otras instalaciones de conducción (aguas superficiales), o las que permitan el alumbramiento de las aguas subterráneas.

136

Los Tribunales de Justicia, particularmente las Cortes de Apelaciones y la Corte Suprema, han sido más rigurosos y exigentes en este punto, precisando que no basta la mera existencia de una obra hidráulica cualquiera para estimar que un derecho de aprovechamiento está exento de la patente por no uso de aguas. Se requiere, afirma la jurisprudencia, que tales obras se encuentren en funcionamiento y tengan la entidad y capacidad para captar, conducir y utilizar, efectivamente, el total del caudal asignado al respectivo derecho. Ésta ha sido, nos parece, una de las más notorias contribuciones jurisprudenciales en relación a la figura revisada, incorporando presupuestos que, aunque no explícitamente establecidos en la ley, pueden desprenderse del espíritu y fin de estas disposiciones.

5. Siguiendo el tenor literal de la norma correspondiente, la Corte Suprema entiende que la consulta a las organizaciones de usuarios para elaborar el listado de derechos sujetos al pago de patente por no uso aguas no es un requisito “sine qua non” del proceso (aplicable sólo si existen estas organizaciones) y no tiene carácter vinculante para el Director General de Aguas.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

MUÑOZ ESCUDERO, Gonzalo (2011): “Establecimiento del pago de una patente por la no utilización de las aguas (sobre las que recae un derecho de aprovechamiento)”, en VERGARA, Alejandro (dir.), *Código de Aguas Comentado* (Santiago, Abeledo Perrot) pp. 571-589.

JURISPRUDENCIA CITADA

Carmine Zúñiga, Víctor con DGA (2011): Corte Suprema, 10 de marzo de 2011. Rol N°7.834-2008. Pago de patente por no uso de aguas subterráneas. Rol de consulta a organizaciones de usuarios.

Desarrollo Agrario S.A. con DGA (2011): Corte Suprema, 23 de mayo de 2011. Rol N° 459-2009. Procedencia de pago de patente por no uso de aguas subterráneas. Entidad de obras que eximen de dicho pago.

Sociedad Hidroeléctrica Guardia Vieja S.A. con DGA (2011): Corte Suprema, 13 de septiembre de 2011. Rol N° 3095-2009. Pago de patente por no uso de aguas superficiales.

Carmine Zúñiga, Víctor con DGA (2012): Corte Suprema, 1 de agosto de 2012. Rol N°474-2011. Pago de patente por no uso de aguas subterráneas. Rol de consulta a organizaciones de usuarios.

Inmobiliaria las Brisas de Chicureo S.A. con Dirección de Aguas (2012): Corte

Suprema, 9 de agosto de 2012. Rol N° 584-2011. Pago de patente por no uso de aguas subterráneas.

Agrícola Olibal Limitada con DGA (2012): Corte Suprema, 24 de agosto de 2012. Rol N° 6158-2009. Pago de patente por no uso de aguas subterráneas.

Agrícola Arboleda Ltda. con DGA (2012): Corte Suprema, 17 de octubre de 2012. Rol N° 1.799-2010. Pago de patente por no uso de aguas superficiales.

Cooperativa de Servicio de Riego del Centro Limitada con DGA (2013): Corte Suprema, 20 de agosto de 2013. Rol N° 2640-2012. Pago de patente por no uso de aguas superficiales. Rol de consulta a organizaciones de usuarios en proceso de fijación de este tributo.

Jara Valenzuela, Felipe con DGA (2013): Corte Suprema, 18 de noviembre de 2013. Rol N° 7931-2012. Pago de patente por no uso de aguas subterráneas.

138

Obras y Desarrollo S.A. con DGA (2014): Corte Suprema, 4 de marzo de 2014. Rol N° 11112-2013. Pago de patente por no uso de aguas superficiales. Obras de captación deben encontrarse recibidas y autorizadas por la DGA.

Corporación Movimiento Unitario Campesino y Etnias de Chile con DGA (2014): Corte Suprema, 5 de mayo de 2014. Rol N° 7899-2013. Pago de patente por no uso de aguas superficiales y normas de protección indígena.

Armijo Núñez, José con DGA (2014): Corte Suprema, 22 de octubre de 2014. Rol N° 10786-2014. Pago de patente por no uso de aguas subterráneas.

LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE AGUAS. EL MODELO DE ESPAÑA

Dra. Lucía Casado Casado⁷⁰

RESUMEN: Este trabajo ofrece una visión general del actual modelo español de intervención administrativa sobre las aguas continentales. Se trata de un modelo marcado por la caracterización de este recurso como bien de dominio público y por un intenso nivel de intervención pública, con amplias facultades de la Administración sobre su asignación y distribución, todo ello sin olvidar los planteamientos ambientalistas en su gestión. La declaración como bien de dominio público del Estado y el régimen jurídico de la concesión como vía ordinaria para el aprovechamiento privativo de las aguas convierten en un elemento fundamental el control de la Administración, que dispone de amplias facultades tanto para garantizar la protección del dominio público hidráulico como para incidir sobre los títulos concedidos, ajustándolos a las necesidades de uso y utilización del recurso.

140

ABSTRACT: This article offers an overview of the current Spanish model regarding administrative intervention in inland water bodies. This model defines water resources as a public asset and opts for a very high degree of public intervention in their management, with wide-ranging powers for the Administration regarding their assignation and distribution, although environmental concerns also play a role in their management.

⁷⁰ Licenciada y Doctora en Derecho por la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesora Titular de Derecho Administrativo. Investigadora del Centro de Estudios de Derecho Ambiental de Tarragona (CEDAT) Departamento de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad Rovira i Virgili (Tarragona, ESPAÑA), lucia.casado@urv.cat.

The fact that water has the status of State public asset and that the concession of water is restricted and governed by the ordinary legal regime make Administrative control essential. As such the Administration has wide-ranging powers through which it can ensure the protection of water's status as a public asset and control and adjust water concessions to the demands and uses placed on this resource.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo pretende ofrecer una visión general del modelo español de intervención administrativa sobre las aguas continentales, un modelo marcado por la caracterización de este recurso como bien de dominio público de titularidad estatal y por un intenso nivel de intervención pública, con amplias facultades de la Administración sobre su asignación y distribución, todo ello sin olvidar los planteamientos ambientalistas en su gestión. La comprensión de este modelo exige tener en cuenta la situación en España de los recursos hídricos, caracterizada por su escasez e irregularidad, por importantes desequilibrios entre las diferentes cuencas hidrográficas y por recurrentes episodios de sequía.

El modelo de intervención vigente deriva de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas (en adelante, LA), actualmente sustituida por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto

refundido de la Ley de aguas (en adelante, TRLA), que supuso la ruptura (al menos a nivel normativo) con un centenario modelo basado en el desarrollo de una política de obras hidráulicas, que perseguía la explotación intensiva de los recursos hídricos, fomentando su aprovechamiento mediante la realización de grandes obras hidráulicas, pero desatendía su protección y la de los ecosistemas acuáticos⁷¹. En el momento actual, en el derecho de aguas, frente a la legislación anterior, debe destacarse la incorporación progresiva de la perspectiva de protección ecológica del recurso, que conferirá una nueva dirección en su ordenación jurídica, en la que el componente ambiental será prioritario. Este cambio de óptica, materializado con la aprobación de la LA en muchos de sus preceptos, se explica por la confluencia de diversos factores⁷². En primer lugar, la creciente toma de conciencia y sensibilización de la sociedad actual, extendida también en el plano internacional, en torno a la magnitud del constante deterioro a que está sometido este recurso, cuya contribución es decisiva tanto para el mantenimiento de la vida como para la conservación del medio ambiente. En segundo lugar, por la incorporación de España a la Unión Europea, que ha obligado a la incorporación de un Derecho ambiental mucho más desarrollado que el existente a nivel interno, también en lo relativo a la protección de la calidad de las aguas. En tercer lugar, no puede olvidarse el hito decisivo que marcó la aprobación de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE). Por un lado, resulta de extraordinaria importancia el reconocimiento constitucional de la protección del medio ambiente en el art. 45 CE, cuyo apartado segundo impone a los poderes públicos velar por la utilización racional de todos los recursos naturales —entre los que indiscutiblemente se encuentra el agua—, con la finalidad de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva. Por otro, la descentralización territorial establecida por la CE hacía del todo necesaria una nueva visión proteccionista de las aguas, adaptada a la configuración

⁷¹ DELGADO PIQUERAS (2013) p. 466.

⁷² Vid. SÁNCHEZ MORÓN (2000) p. 88.

autonómica con un nuevo reparto constitucional de competencias⁷³. Por último, ha sido también decisiva la influencia de la normativa internacional ambiental, así como la aprobación de la Carta del Agua adoptada por el Consejo de Europa en octubre de 1967, solemnemente proclamada en Estrasburgo el 6 de mayo de 1968, que contenía una declaración de principios para una correcta gestión del agua.

II. EL MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DE AGUAS EN ESPAÑA: UN MARCO JURÍDICO CAMBIANTE Y DINÁMICO

I. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA COMO OBLIGADO MARCO DE REFERENCIA

El análisis del marco jurídico del derecho de aguas en España requiere tener en cuenta el Derecho de la Unión Europea en este ámbito, ya que ha influenciado el desarrollo del derecho español, tributario de la normativa europea en muchos aspectos. España está obligada a incorporar a su ordenamiento jurídico las directivas europeas en materia de aguas en los plazos fijados a tal efecto. La ausencia de una adaptación correcta de la legislación interna a las directivas y las decisiones y medidas necesarias para alcanzar los objetivos fijados en sus disposiciones permitiría a la Comisión Europea incoar un procedimiento de infracción contra España que podría acabar con una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea declaratoria de dicho incumplimiento (ya ha sucedido en varias ocasiones en materia de aguas). Si el incumplimiento, a pesar de la sentencia, persiste y el Estado no ejecuta la sentencia en un plazo razonable, la Comisión tendría la posibilidad de iniciar un segundo procedimiento de incumplimiento, en cuyo marco podría imponer un multa coercitiva o el pago de una cantidad a tanto alzado a dicho Estado (también ha sucedido ya en el caso de España)⁷⁴.

⁷³ CALVO (2001) p. 410.

⁷⁴ Así sucedió en la Sentencia de 25 de noviembre de 2003, Comisión contra España (asunto C-278/01, Rec. P.

En materia de las aguas, la Unión Europea ha aprobado un amplio número de directivas en ámbitos muy variados (por ejemplo, contaminación causada por determinadas sustancias peligrosas vertidas en el medio acuático, calidad de las aguas, tratamiento de aguas residuales urbanas, contaminación por nitratos utilizados en la agricultura...).⁷⁵ Dada la imposibilidad de analizarlas todas ellas en el marco de este trabajo, nos limitamos a destacar la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas (en adelante, Directiva marco de aguas), que ha tenido y va a tener en los próximos años un impacto decisivo en el derecho español de aguas⁷⁶.

2. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA Y SU PROYECCIÓN SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS

La Constitución Española de 1978 también ha tenido un impacto decisivo en la ordenación y protección de las aguas. Tres son los elementos que deben destacarse especialmente. En primer lugar, el artículo 45, que, en su apartado segundo, impone a los poderes públicos el “deber de velar por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente”. Con esta previsión, se configura la protección ambiental como función pública, cuyo contenido no es otro que la utilización racional de los recursos naturales —entre los que se encuentra el agua—,

I-14167), en la que el Tribunal condenó a España por no haber adoptado las medidas necesarias para la ejecución de una Sentencia previa en que se declaraba el incumplimiento de este Estado de la Directiva 76/160/CEE relativa a la calidad de las aguas de baño (la Sentencia de 12 de febrero de 1998, Comisión contra España —asunto C-92/96, Rec. p. I-505—). El importe de la multa impuesta fue de 624.150 euros al año por cada punto porcentual de zonas de baño en las aguas interiores españolas cuya no conformidad con los valores límite fijados en virtud de la Directiva quedase demostrada respecto del año en cuestión, a partir del momento en que se evaluase la calidad de las aguas de baño correspondientes a la primera temporada de baño siguiente al pronunciamiento de esta Sentencia y hasta el año en el que se completase la ejecución de la Sentencia citada de 1998. Esta cantidad se pagó hasta 2005, cuando la Comisión, a causa de la mejora de la situación, cerró el caso.

⁷⁵ Sobre el derecho de aguas de la Unión Europea, vid. CASADO, L., *La regulación de los vertidos en aguas continentales en el Derecho comunitario. Hacia un enfoque ambiental y global en la protección de las aguas*, Cedecs, Barcelona, 2005.

⁷⁶ Sobre la incidencia de la Directiva marco de aguas en el derecho de aguas español, vid., por ejemplo, CARO-PATÓN (2006), CASADO (2007), DELGADO (2004) y FANLO (2003).

con el fin de proteger y mejorar la calidad de vida y defender y restaurar el medio ambiente. La propia CE otorga naturaleza de mandato a dicha función en el artículo 45, precepto que obliga a la Administración pública a intervenir y que constituye el arranque del ejercicio de potestades administrativas en esta materia⁷⁷. Esta configuración de la protección ambiental como función pública tiene repercusiones fundamentales para la materia que nos ocupa, ya que reviste la intervención administrativa sobre el derecho de aguas de una impronta ambiental. Por imperativo constitucional, el legislador no puede limitarse a regular este recurso como bien económico, sino que tiene que integrar en su regulación las exigencias de protección ambiental; y la Administración no puede adoptar una posición pasiva, sino que está llamada a actuar y a intervenir para proteger las aguas⁷⁸. Esta afirmación se refuerza por la demanialización de las aguas. Su declaración como bien de dominio público exige una intervención tutelar de la Administración para proteger su calidad e integridad. En definitiva, como ha destacado PLAZA, “su papel como elemento indispensable para el desarrollo económico va a tener que conciliarse con el de su condición de recurso natural, crucial para la conservación y protección del medio ambiente en general, pasando así a un primer plano la necesidad de garantizar su uso racional y sostenible, y de forma que se preserve su calidad y se protejan los ecosistemas que de él dependen”⁷⁹.

En segundo lugar, el artículo 132, que determina qué bienes forman parte del dominio público estatal y que, en palabras de EMBID IRUJO, supone una revalorización de la propiedad pública⁸⁰. Aunque con arreglo a este precepto sólo se declaran como bienes de dominio público estatal la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos

⁷⁷ Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 8 de noviembre de 1995 (Contencioso-Administrativo, Sala 3ª, Sección 3ª; ponente: D. Eladio Escusol Barra).

⁷⁸ LOZANO (2010), advierte que la intervención en los derechos y la actividad de los particulares en esta materia encuentra también respaldo constitucional en el artículo 128 CE, que subordina toda la riqueza del país, en sus distintas formas y sea cual fuere su titularidad, al interés general, y, por tanto, al interés general o colectivo de la preservación del medio ambiente.

⁷⁹ PLAZA (2009) p. 514.

⁸⁰ EMBID (2002) p. 19.

naturales de la zona económica y la plataforma continental y no se incluyen las aguas continentales –aunque hubo algunas propuestas en tal sentido–, permite que por ley ordinaria puedan declararse otros bienes como integrante del dominio público estatal y esto es lo que ha sucedido precisamente en materia de aguas.

En tercer lugar los artículos 148.1.10 y 149.1.22, de gran relevancia dada la nueva organización territorial del Estado incorporada por la Constitución (un modelo descentralizado, donde además del Estado, existen 17 comunidades autónomas con autonomía constitucionalmente reconocida, y en el que también se reconoce la autonomía de los municipios y provincias), ya que determinan la distribución de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en esta materia. El artículo 148.1.10 permite que todas las comunidades autónomas asuman competencias en materia de proyectos, construcción y explotación de los aprovechamientos hidráulicos, canales y regadíos de interés autonómico, aguas minerales y termales; y el artículo 149.1.22 reserva al Estado la competencia exclusiva sobre la legislación, ordenación y concesión de recursos y aprovechamientos hidráulicos cuando las aguas discurren por más de una comunidad autónoma. Esta combinación de criterios de reparto competencial (el del interés y el del territorio) planteó importantes problemas interpretativos sobre el alcance real que debía darse a las competencias autonómicas, incrementados por la disparidad de criterios utilizados por los Estatutos de Autonomía de las diferentes comunidades autónomas. Fueron la LA y la Sentencia del Tribunal Constitucional 227/1988, de 29 de noviembre (recaída sobre la citada Ley) las que clarificaron esta problemática⁸¹. De entre las diferentes opciones posibles en el marco constitucional y estatutario, la LA se inclinó por el criterio territorial de la cuenca hidrográfica como regla delimitadora de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, opción declarada conforme con la CE por la Sentencia 227/1988. De la aplicación del

⁸¹ Es abundante la bibliografía sobre el reparto de competencias en materia de aguas. Vid., entre otros, los trabajos de CARBALLEIRA (2007) pp. 273-300; y EMBID (1993) pp. 37-79.

criterio de la cuenca hidrográfica resulta que las comunidades autónomas con cuencas intracomunitarias (por ejemplo, Cataluña o Andalucía) disponen de amplias potestades legislativas y ejecutivas con relación a los recursos y aprovechamientos de las aguas públicas, además de las que tienen en base a otros títulos competenciales sectoriales (medio ambiente, pesca, sanidad...). Ello se traduce en un amplio abanico de competencias en materia de aguas. En cambio, las comunidades autónomas cuyo territorio se integra en cuencas intercomunitarias únicamente gozan, a causa de su limitación geográfica, de las competencias derivadas del artículo 148.1.10 CE, a las cuales se añadirán otras derivadas de títulos competenciales sectoriales que inciden en la gestión de las aguas⁸².

3. LA NORMATIVA INFRACONSTITUCIONAL: EL NUEVO DERECHO DE AGUAS NACIDO A PARTIR DE LA LEY DE AGUAS DE 1985 Y SU EVOLUCIÓN CONSTANTE

La LA ha sido la norma que, fruto de la convergencia de las circunstancias señaladas y como reacción frente al estado generalizado de contaminación de las aguas y la situación de dispersión y superposición normativas precedentes, ha marcado un antes y un después en la ordenación de las aguas. Esta Ley, que constituye la “primera regulación hidráulica estatal con matices puramente ecológicos”⁸³ introduce una nueva conceptuali-

⁸² En cuanto a las competencias de los entes locales en materia de aguas, la CE, a diferencia de lo que sucede con las comunidades autónomas, no contiene un listado de competencias locales. No obstante, las administraciones locales, en particular los municipios, también disponen de competencias en materia de aguas. De las previsiones de la legislación de régimen local y de la legislación sectorial de aguas se desprende que la competencia municipal en este sector se desarrolla principalmente en el ámbito del abastecimiento de agua potable y del saneamiento de aguas residuales. El artículo 25.2 de la Ley 7/1985, de abril, reguladora de las bases del régimen local, recientemente modificada, recoge como competencia propia de los municipios el “abastecimiento de agua potable a domicilio y evacuación y tratamiento de aguas residuales” [apartado c)]. Por su parte, el artículo 26 de esta Ley configura como servicio mínimo de prestación obligatoria para todos los municipios el abastecimiento domiciliario de agua potable y el alcantarillado. Además, este mismo precepto atribuye a las diputaciones provinciales la coordinación, en los municipios con población inferior a 20.000 habitantes –más del 95% de los municipios en España–, de la prestación de determinados servicios, entre los que se encuentran el abastecimiento de agua potable a domicilio y la evacuación y tratamiento de aguas residuales). Sobre las competencias locales en materia de aguas, vid., entre otros, FANLO (1996a y 2000) pp. 303-352 y 325-353, respectivamente; y GONZÁLEZ-ANTÓN (2000) in totum.

⁸³ CALVO (2001) p. 411.

zación del agua como bien ambiental⁸⁴ e incorpora nuevos valores, hasta ese momento arrinconados. La protección de la calidad de las aguas se erige en uno de los objetivos prioritarios. En buena medida, esta concepción ambientalista de los recursos hídricos encuentra su base tanto en la necesidad de desarrollar el mandato previsto en el art. 45.2 CE, como en la imprescindible asunción de la política comunitaria de aguas, sobre la base del principio de desarrollo sostenible⁸⁵.

El objetivo de la LA no ha sido otro que regular el dominio público hidráulico y el uso del agua, para incrementar su disponibilidad a través de la planificación hidrológica y los niveles de protección de su calidad; así como racionalizar su uso en atención a la preservación del medio ambiente y los restantes recursos naturales⁸⁶. Sobre la base de una consideración conjunta de las aguas superficiales y subterráneas, la LA procede a una demanialización casi generalizada de las aguas continentales; otorga un papel fundamental a la planificación hidrológica, a través del Plan hidrológico nacional y los Planes hidrológicos de cuenca; y opta por la cuenca hidrográfica como criterio de gestión de este recurso. Partiendo de estos elementos, la LA fija, asimismo, los principios a que debe someterse el ejercicio de las funciones del Estado en materia de aguas: unidad de gestión, tratamiento integral, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación; respeto de la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico; y compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza.

Después de catorce años de vigencia, la LA fue modificada por la Ley 46/1999, de 13 de diciembre (en adelante, LMLA), que, tras un controvertido proceso de elaboración, vio finalmente la luz en diciembre de 1999⁸⁷. Esta Ley nace con vocación de perfeccionamiento y renovación

⁸⁴ DELGADO (1992) p. 190.

⁸⁵ CALVO (2001) p. 411.

⁸⁶ PÉREZ (1995) p. 161.

⁸⁷ Con anterioridad, la LA ya había sido objeto de algunas modificaciones.

de la LA y con la finalidad de dar respuesta “a sus insuficiencias, a los nuevos retos que exige la gestión del agua a las puertas del siglo XXI, en concordancia con nuestra plena integración en la Unión Europea y a la necesidad de otorgar la máxima protección a dicho recurso natural como bien medioambiental de primer orden”⁸⁸. A estos efectos, la Ley procede a la reforma de diversos preceptos de la LA e incorpora otros nuevos, con la intención de introducir mejoras técnicas, al mismo tiempo que regula algunas materias que no figuraban incluidas en ella, tales como la desalación, la cesión de derechos de uso del agua o las obras hidráulicas.

La reforma de la LA se justifica por la necesidad de acometer, mediante nuevos instrumentos más eficaces, la problemática de la gestión del agua en España y hacer frente, desde una vertiente no sólo cuantitativa, sino también cualitativa, a las nuevas exigencias que reclama la administración de los recursos hídricos. La reforma pretende incorporar a la gestión del agua una nueva perspectiva de economía del agua, a la par que fomenta una política de ahorro en los consumos y atiende de manera especial a las exigencias ambientales de protección del recurso. Se advierte en algunos aspectos de la reforma una influencia directa de la entonces Propuesta de Directiva Marco por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas –hoy ya Directiva marco de aguas–. Sin embargo, la reforma no incorpora todavía los contenidos de la Directiva, lo que obligaría más adelante a una nueva revisión de la legislación española de aguas.

Si la LA marcó en el momento de su aprobación un nuevo hito en el derecho español de aguas, entre otros aspectos, debido a la incorporación de nuevos planteamientos que atendían a la consideración del valor ecológico de los recursos hídricos, la LMLA profundiza en esta dimensión ecológica de las aguas continentales, otorgando una mayor importancia a sus valores medioambientales. Se advierte en esta Ley una preocupación importante por la protección ambiental de este recurso que se materializa en la introducción de una serie de novedades nor-

⁸⁸ Vid. el párrafo octavo in fine de la Exposición de Motivos de la LMLA.

mativas exponentes de la sensibilidad medioambiental, en alza, y que se traduce en la necesidad de considerar las aguas no únicamente como un bien económico, sino como un recurso necesitado de protección. Desde esta perspectiva, debemos destacar las importantes novedades que la LMLA incorpora con relación al régimen jurídico de los vertidos y en materia de reutilización de aguas depuradas.

La Disposición final 2ª de la LMLA establecía que el Gobierno, en el plazo de un año a partir de su entrada en vigor, dictaría un Real Decreto Legislativo en el que se refundiese y adaptase la normativa legal existente en materia de aguas. Posteriormente, la Ley 6/2001, de 8 de mayo, de modificación del Real Decreto Legislativo 1302/1986, de 28 de junio, de evaluación de impacto ambiental, modificó esta Disposición ampliando el plazo a dos años (Disposición adicional 2ª). En cumplimiento de este mandato legal, el Gobierno adoptó el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el TRLA, que constituye, en la actualidad, el punto de referencia ineludible y la norma de cabecera en materia de aguas.

150

Tras su aprobación, el TRLA ha sido objeto de un buen número de modificaciones, que ponen de manifiesto el carácter dinámico e inestable⁸⁹ de la legislación de aguas española. Sin duda, la modificación de mayor repercusión ha sido la acometida por la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. A través del artículo 129 de esta Ley, se modifican diferentes preceptos del TRLA, al tiempo que se introducen otros nuevos, con el objeto de incorporar al derecho español la Directiva marco de aguas, cuyo plazo de incorporación finalizaba el 22 de diciembre de 2003⁹⁰. Es ésta una reforma de gran calado que introduce algunas novedades de gran trascendencia, pero a esta modificación han seguido otras muchas, algunas

⁸⁹ Utilizamos palabras de EMBID (2008) p. 14.

⁹⁰ Vid. la Sentencia del Tribunal Constitucional 36/2013, de 14 de febrero, que no ve problemas de constitucionalidad en la forma de transposición de la Directiva marco de aguas utilizada por el legislador español (una ley de acompañamiento a los presupuestos) ni tampoco en las cuestiones de fondo que se plantearon en el marco del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por el Consejo de Gobierno de la Junta de Castilla La Mancha respecto del artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, que se resuelve en esta Sentencia.

muy recientes (en los años 2012 y 2013) y también de gran interés, a las que nos referiremos más adelante.

A nivel reglamentario, referencia ineludible es el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del dominio público hidráulico, que desarrolla los títulos preliminar, I, IV, V, VI y VII de la LA y que también ha sido objeto de numerosas modificaciones (algunas de ellas también muy recientes); y, en materia de planificación hidrológica, el Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, mediante el cual se aprueba el Reglamento de la planificación hidrológica, y la Orden ARM/2656/2008, de 10 de septiembre, por la que se aprueba la instrucción de planificación hidrológica.

Esta normativa fundamental de referencia debe contemplarse con otras muchas normas específicas aprobadas en el ámbito de las aguas, como aquellas que regulan determinados aspectos relativos a la organización administrativa hidráulica, el tratamiento de aguas residuales urbanas, la contaminación difusa producida por nitratos, la reutilización de aguas depuradas, la protección de las aguas subterráneas, las normas de calidad ambiental en el ámbito de la política de aguas, etc.; y con los planes hidrológicos aprobados hasta el momento –tanto el Plan Hidrológico Nacional como los planes hidrológicos de las diferentes demarcaciones hidrográficas–.

III. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL MODELO ESPAÑOL DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE LAS AGUAS

I. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL MODELO ESPAÑOL DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE LAS AGUAS. EL PAPEL FUNDAMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN

El modelo español de intervención administrativa sobre las aguas es un modelo con un intenso nivel de intervención pública. La intervención sobre los recursos hídricos potencia al máximo las facultades de la Admi-

nistración para su asignación y distribución. La declaración como bien de dominio público del Estado y el régimen jurídico de la concesión como vía ordinaria para el aprovechamiento privativo de las aguas, estrictamente regulada y que atiende para su concesión a la razonabilidad de uso y a la eficacia de su asignación, convierten el control de la Administración en un elemento fundamental.

Los recursos hídricos, por su condición de bienes demaniales, se excluyen del tráfico jurídico privado y su gestión y ordenación queda sometida al control de la Administración, que dispone de amplias facultades tanto para garantizar la protección del dominio público hidráulico como para incidir sobre los títulos concedidos, ajustándolos a las necesidades de uso y utilización del recurso.

Asimismo, la perspectiva ambiental es fundamental en la ordenación de este recurso, por lo que a la Administración también le corresponde asumir y protagonizar la función de protección de la calidad de las aguas. Las tareas fundamentales a desempeñar en este campo van a ser, por un lado, la de prevención, que debe ser prevalente, dirigida a una eficaz tutela del medio y anticipada a la producción del daño. Por otro, la de represión y restauración, complemento imprescindible de la primera y que permite extender la actuación administrativa a aquellos casos en que se haya infringido la normativa y/o se haya producido un daño susceptible de ser reparado. Como corolario de lo anteriormente expuesto, por ejemplo, la Administración está obligada a desarrollar un comportamiento activo sobre los vertidos, en aras a proteger la calidad de las aguas. El control de los vertidos se convierte así en un cometido integrante del concepto de administración de las aguas⁹¹. A la Administración corresponderá el ejercicio de una labor de control, con el objeto de permitir únicamente aquellos vertidos que sean susceptibles de ser absorbidos por las aguas sin provocar alteraciones importantes. Esta intervención deberá abordarse desde una doble perspectiva o con una finalidad dual: preventiva y represiva y

⁹¹ MARTÍN-RETORTILLO (1997) p. 313.

reparadora, que permitirá la adopción de medidas con carácter previo a la producción del daño, para evitarlo, y con carácter posterior a su producción, para repararlo⁹².

2. LA DECLARACIÓN DE TODAS LAS AGUAS COMO BIENES DE DOMINIO PÚBLICO DEL ESTADO. LA DEMANIALIDAD COMO MÁXIMO EXPONENTE DEL CONTROL Y LA INTERVENCIÓN PÚBLICA

El artículo 132 CE, si bien lleva a cabo una declaración como bienes de dominio estatal de determinados bienes (la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental), no declara como tales los recursos hídricos. Sin embargo, sí prevé la declaración por Ley del Estado de nuevos bienes de dominio público, lo que abre la puerta para que en 1985 la LA lleve a cabo una práctica inclusión de todas las aguas continentales en el dominio público hidráulico.

153

a. El alcance del dominio público hidráulico: bienes que lo integran

Partiendo de la concepción del agua como un recurso unitario, y del respeto al ciclo hidrológico, la LA de 1985 optó por la demanialización de todas las aguas continentales, configurándolas como bien de dominio público estatal. Actualmente, esta demanialización se recoge en el artículo 1.3 TRLA, con arreglo al cual “Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico”. Se produce un cambio relevante en el tratamiento jurídico de las aguas subterráneas, que pasan de ser aguas de propiedad privada sujetas a la libre disposición del propietario a ser

⁹² ZAMBONINO (2001) p. 142.

aguas públicas y sometidas a las mismas reglas, en cuanto a su gestión y aprovechamiento que las superficiales.

Sin embargo, el dominio público hidráulico, de titularidad del Estado, va más allá de las aguas continentales y se extiende a otros bienes. El TRLA incluye dentro del dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta norma (art. 2):

- i. Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación.
- ii. Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas.
- iii. Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos.
- iv. Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos.
- v. Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar⁹³.

De este modo, sin perjuicio del mantenimiento de determinadas titularidades privadas preexistentes a la entrada en vigor de la Ley de Aguas de 1985, se produce una demanialización prácticamente total⁹⁴ de los recursos hídricos⁹⁵, siendo la titularidad de estos recursos del Estado. Además, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia 227/1988, ha con-

⁹³ La consideración de las aguas procedentes de la desalación de aguas de mar deriva de la modificación introducida en la letra e) del artículo 2 TRLA por la Ley 11/2005, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley 10/2001, de 5 de julio, del Plan Hidrológico Nacional. Con anterioridad, se consideraban como dominio público hidráulico "Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar una vez que, fuera de la planta de producción se incorporen a cualquiera de los elementos señalados en los apartados anteriores".

⁹⁴ Con algunas excepciones menores, como las previstas en los artículos 5.1 (los cauces por los que ocasionalmente discurren aguas pluviales en tanto atraviesen, desde su origen, únicamente fincas de dominio particular) y 10 TRLA (las charcas situadas en predios de propiedad privada siempre que se destinen al servicio exclusivo de tales predios y sin perjuicio de la aplicación de la legislación ambiental correspondiente).

⁹⁵ El TRLA también contempla una serie de limitaciones no indemnizables para las propiedades privadas limítrofes con el dominio público hidráulico, con la finalidad de protegerlo. Así, las márgenes están sujetas, en toda su extensión longitudinal, a una zona de servidumbre de cinco metros de anchura para uso público y a una zona de policía de 100 metros, en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen (art. 6 TRLA). Concretamente, en la zona de policía las actividades que se pretendan realizar requieren siempre autorización del organismo de cuenca, que es independiente de cualquier otra que se haya otorgado (por ejemplo, la licencia urbanística). También las márgenes de lagos, lagunas y embalses quedarán sujetos a las zonas de servidumbre y policía fijadas para las corrientes de agua (art. 96 TRLA).

siderado constitucional esta opción del legislador estatal, que no tiene contenido y naturaleza expropiatoria.

b. La configuración como bienes de dominio público constituye el máximo exponente del control y la intervención pública

La demanialidad implica, en primer lugar, la exclusión del tráfico jurídico privado de los bienes que integran el dominio público hidráulico, por su carácter de bienes inalienables, inembargables e imprescriptibles. En segundo lugar, el otorgamiento de amplios poderes a la Administración para garantizar la protección del dominio público hidráulico. Entre estos poderes de la Administración pueden citarse, por un lado, los que se refieren a la protección del demanio y que están destinados a asegurar la integridad física y jurídica de aquella titularidad (por ejemplo, la potestad de deslinde). Por otro, los que se refieren al uso y aprovechamiento del dominio público hidráulico, controlado de forma estricta por la Administración. Los particulares sólo podrán acceder a un uso especial o privativo de estos bienes demaniales por medio de un título habilitante cuyo control recae en la Administración, con el fin de garantizar una utilización controlada o equilibrada. Se garantiza así que “la utilización de dichos bienes se va a ajustar a los principios, limitaciones y condicionamientos que imponen las normas de protección ambiental que regulan el recurso”⁹⁶.

Con la declaración de dominio público se trata, en definitiva, de asegurar la disponibilidad de recursos hídricos a través de una gestión y administración controlada de los mismos y garantizar la funcionalidad a la que sirven. Por ello, se limitan las capacidades de los particulares y aumentan las posibilidades de intervención pública.

⁹⁶ GARCÍA (2003) p. 45.

c. La existencia de aguas privadas y las limitaciones sobre las mismas

A pesar de la declaración de demanialidad que hemos visto, no todas las aguas continentales se van a integrar en el dominio público hidráulico, ya que se mantiene la existencia de aguas privadas en determinados supuestos, respetando así derechos adquiridos con arreglo a la Ley de Aguas de 1866 y 1879. La LA no produjo una ruptura radical con la situación anterior, sino que reconoció a los titulares de aguas privadas procedentes de manantiales y de aguas subterráneas alumbradas la capacidad de optar, en un plazo de tres años, por el mantenimiento de la titularidad privada como hasta entonces (en la misma forma y con el mismo grado de aprovechamiento material o utilidad con que habían venido disfrutándolos, es decir, “congelada”), pero sin la protección administrativa derivada de la inscripción en el Registro de Aguas; o por su paso a un régimen de propiedad pública, mediante la transformación, sin indemnización, de su derecho en un aprovechamiento temporal de aguas privadas (durante 50 años) y, posteriormente, un derecho preferente para obtener una concesión administrativa, contando con la protección administrativa del Registro de Aguas⁹⁷.

156

De todas formas, incluso en estos supuestos en que excepcionalmente ha pervivido la existencia de titularidad privada sobre las aguas, la ley somete esta propiedad privada a notables limitaciones. En efecto, en ambas opciones, a los aprovechamientos les son aplicables las normas que regulan la sobreexplotación de acuíferos; las normas que regulan los usos del agua en caso de sequía grave o de urgente necesidad; y las normas relativas a limitaciones del uso del dominio público hidráulico. También debe tenerse presente que la Directiva marco de aguas no distingue, en la fijación de los objetivos medioambientales que deben cumplir las diferentes masas de agua entre aguas públicas o privadas, por lo que todas las aguas, con independencia de su titularidad, están sometidas a su ámbito de aplicación y a los principios de sostenibilidad ambiental⁹⁸.

⁹⁷ Vid. disposiciones transitorias 2ª y 3ª LA.

⁹⁸ Mellado (2014) p. 401.

3. EL MODELO DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL AGUA. UN MODELO DE GESTIÓN POR CUENCAS Y DEMARCACIONES HIDROGRÁFICAS

a. Los principios de la gestión pública del agua

El TRLA (art. 14) establece los principios generales a los que debe someterse el ejercicio de funciones del Estado en materia de aguas:

- i. Unidad de gestión, tratamiento integral, economía del agua, desconcentración, descentralización, coordinación, eficacia y participación de los usuarios.
- ii. Respeto a la unidad de la cuenca hidrográfica, de los sistemas hidráulicos y del ciclo hidrológico.
- iii. Compatibilidad de la gestión pública del agua con la ordenación del territorio, la conservación y protección del medio ambiente y la restauración de la naturaleza.

Asimismo, el TRLA (art. 18) establece las bases a que deben ajustar las comunidades autónomas su administración hidráulica cuando, en virtud de su Estatuto de Autonomía, ejerzan competencias sobre el dominio público hidráulico en cuencas hidrográficas comprendidas íntegramente dentro de su territorio. Dichas bases son dos: aplicación de los principios establecidos en el artículo 14 TRLA y representación de los usuarios en los órganos colegiados de la Administración hidráulica, teniendo en cuenta que su participación no será inferior al tercio de los miembros que lo integren.

b. La gestión por cuencas y las demarcaciones hidrográficas

España cuenta con una Administración pública del agua basada en las cuencas hidrográficas. La gestión del agua por cuencas goza de una larga tradición en el Derecho español y la adopción del criterio de la cuenca hidrográfica como espacio adecuado para la gestión de los recursos

hídricos está muy arraigada en nuestro ordenamiento⁹⁹. La cuenca hidrográfica –definida por el art. 16 TRLA como “la superficie de terreno cuya escorrentía superficial fluye en su totalidad a través de una serie de corrientes, ríos y eventualmente lagos hacia el mar por una única desembocadura, estuario o delta”– se utiliza, además, como regla delimitadora de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, opción declarada conforme con la CE por la Sentencia 227/1988 (FJ 15°).

La Directiva marco de aguas ha impuesto a nivel comunitario este principio de unidad de cuenca, bien conocido en el Derecho de aguas español y, por ende, la gestión del agua sobre la unidad natural de las cuencas hidrográficas, por encima de delimitaciones administrativas e, incluso, nacionales. La novedad que incorpora la Directiva y que ha tenido proyección en el ordenamiento español son las demarcaciones hidrográficas, definidas como “la zona terrestre y marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas a dichas cuencas” (art. 16 bis.I TRLA). Los Estados miembros deberán especificar, con arreglo a esta Directiva, las cuencas hidrográficas situadas en su territorio nacional e incluirlas en demarcaciones hidrográficas, que constituyen la base sobre la que se erige la regulación establecida en esta Directiva y que, como novedad, presenta la inclusión de las aguas costeras. Así, encontramos en la Directiva el binomio cuenca hidrográfica/demarcación hidrográfica. En tanto que el primero se refiere a una realidad física, a una unidad geográfica, el segundo responde a un concepto jurídico-administrativo¹⁰⁰, que incluye la zona marina y terrestre compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas subterráneas y costeras asociadas, a efectos de la gestión de las cuencas hidrográficas¹⁰¹.

⁹⁹ Véase sobre esta cuestión FANLO (1996b).

¹⁰⁰ En este sentido se pronuncian FANLO (1998) p. 212; y SETUÁIN (2001) pp. 14-15.

¹⁰¹ Véase la definición de “demarcación hidrográfica” en el apartado 15 del artículo 2 de la Directiva marco de aguas. Téngase en cuenta que, con arreglo a lo establecido en el artículo 3 de la Directiva marco de aguas, las cuencas hidrográficas pequeñas podrán, en su caso, combinarse con cuencas más grandes o agruparse con pequeñas cuencas hidrográficas vecinas para formar una demarcación hidrográfica. En caso de que las aguas subterráneas no correspondan plenamente a ninguna cuenca hidrográfica en particular, se especificarán e incluirán en la demarcación hidrográfica más próxima o más apropiada. Las aguas costeras se especificarán e incluirán en la demarcación o demarcaciones hidrográficas más próximas o más apropiadas.

La necesidad de introducir y crear demarcaciones hidrográficas en España aporta novedades de gran calado desde una perspectiva organizativa, por la necesaria adaptación de la organización administrativa del agua a este nuevo concepto. Los Organismos de cuenca, que proyectaban su competencia sobre la cuenca hidrográfica que, a su vez, determinaba el ámbito territorial de la planificación hidrológica, deben adaptarse ahora a la realidad de las demarcaciones hidrográficas. La Directiva marco de aguas no ha hecho sino obligar a incorporar las demarcaciones hidrográficas y adecuar a ellas el ámbito de los planes hidrológicos y de los objetivos de calidad ambiental, rompiendo la tradicional identificación entre cuencas naturales, Organismos de cuenca, reparto competencial y planes hidrológicos¹⁰².

El TRLA incluye ahora la demarcación hidrográfica “como principal unidad a efectos de la gestión de cuencas” (art. 16 bis.4 del TRLA). Constituye “el ámbito espacial al que se aplican las normas de protección de las aguas contempladas en esta ley sin perjuicio del régimen específico de protección del medio marino que pueda establecer el Estado” (art. 16 bis.4 del TRLA). Se entiende por demarcación hidrográfica “la zona terrestre y marina compuesta por una o varias cuencas hidrográficas vecinas y las aguas de transición, subterráneas y costeras asociadas a dichas cuencas” (art. 16 bis.1 del TRLA). Las aguas costeras se especificarán e incluirán en la demarcación o demarcaciones hidrográficas más próximas o más apropiadas (art. 16 bis.2 del TRLA) y los acuíferos que no correspondan plenamente a ninguna demarcación en particular, “se incluirán en la demarcación más próxima o más apropiada, pudiendo atribuirse a cada una de las demarcaciones la parte de acuífero correspondiente a su respectivo ámbito territorial, y debiendo garantizarse, en este caso, una gestión coordinada mediante las oportunas notificaciones entre demarcaciones afectadas” (art. 16 bis.3 del TRLA) ¹⁰³.

¹⁰² FANLO (2003) p. 170 y DELGADO (2004) p. 190.

¹⁰³ Mediante el Real Decreto 125/2007, de 2 de febrero (modificado por el Real Decreto 29/2011, de 14 de enero), se ha fijado el ámbito territorial de las demarcaciones hidrográficas.

De este modo, junto a la cuenca hidrográfica, aparece la demarcación hidrográfica. La primera se refiere a una realidad física, a un espacio geográfico diferenciado. La segunda lo hace a un concepto jurídico-administrativo y se configura como la zona específica sobre la que se aplican las normas de gestión, administración y protección de las aguas y como nuevo ámbito territorial de la planificación hidrológica. De ahí que en la demarcación hidrográfica se incluyan las aguas costeras, a los efectos de garantizar la aplicación de las normas de protección recogidas en el TRLA y, en particular, los objetivos ambientales previstos para la cuenca a la que aparecen asociadas.

c. Los Organismos de cuenca y las administraciones hidráulicas autonómicas

La administración pública del agua responde a criterios de descentralización territorial y descentralización funcional. Así, se vertebraría territorialmente sobre la base de la distinción entre las cuencas hidrográficas intercomunitarias (de competencia del Estado) e intracomunitarias (de competencia autonómica); y también funcionalmente por cuanto queda en manos de entes públicos instrumentales, especializados en la planificación, gestión y protección de los recursos hídricos (en el ámbito estatal, los Organismos de cuenca –denominados Confederaciones Hidrográficas– y en el ámbito autonómico entes equivalentes –por ejemplo, en la comunidad autónoma de Cataluña, la Agencia Catalana del Agua–)¹⁰⁴.

En relación con el dominio público hidráulico y en el marco de las competencias que le son atribuidas por la CE, el Estado ejerce, especialmente, las funciones siguientes:

- i. La planificación hidrológica y la realización de los planes estatales de infraestructuras hidráulicas o cualquier otro estatal que forme parte de aquéllas.

¹⁰⁴ PLAZA (2009) p. 558.

- ii. La adopción de las medidas precisas para el cumplimiento de los acuerdos y convenios internacionales en materia de aguas.
- iii. El otorgamiento de concesiones referentes al dominio público hidráulico en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial de una sola comunidad autónoma.
- iv. El otorgamiento de autorizaciones referentes al dominio público hidráulico, así como la tutela de éste, en las cuencas hidrográficas que excedan del ámbito territorial, de una sola comunidad autónoma. La tramitación de las mismas podrá, no obstante, ser encomendada a las comunidades autónomas.

En las cuencas hidrográficas intercomunitarias se constituyen organismos de cuenca, con la denominación de Confederaciones Hidrográficas (art. 22 TRLA). Se trata de organismos autónomos de carácter administrativo, adscritos, a efectos administrativos, al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente. Disponen de autonomía para regir y administrar por sí los intereses que les sean confiados; para adquirir y enajenar los bienes y derechos que puedan constituir su propio patrimonio; para contratar y obligarse y para ejercer, ante los Tribunales, todo género de acciones, sin más limitaciones que las impuestas por las Leyes. Sus actos y resoluciones ponen fin a la vía administrativa. Las funciones más importantes que tienen atribuidas son la elaboración del plan hidrológico de cuenca, así como su seguimiento y revisión; la administración y control del dominio público hidráulico; la administración y control de los aprovechamientos de interés general o que afecten a más de una comunidad autónoma; el proyecto, la construcción y explotación de las obras realizadas con cargo a los fondos propios del organismo, y las que les sean encomendadas por el Estado; y las que se deriven de los convenios con comunidades autónomas, corporaciones locales y otras entidades públicas o privadas, o de los suscritos con los particulares. Su ámbito territorial, definido reglamentariamente, comprende una o varias cuencas hidrográficas indivisas, con la sola limitación derivada de las fronteras internacionales.

Respecto de su organización¹⁰⁵, las Confederaciones Hidrográficas se estructuran en órganos de gobierno (la Junta de Gobierno y el Presidente); órganos de gestión, en régimen de participación (la Asamblea de Usuarios, la Comisión de Desembalse, las Juntas de Explotación y las Juntas de Obras); y órgano de participación y planificación (Consejo del Agua de la demarcación). También debe mencionarse el Comité de Autoridades Competentes, órgano de cooperación interadministrativa creado para garantizar la adecuada cooperación en la aplicación de las normas de protección de las aguas y cumplir con las exigencias de la Directiva marco de aguas (art. 36 bis TRLA)¹⁰⁶. Destacamos especialmente la integración en los órganos colegiados de las Confederaciones Hidrográficas de representantes de la Administración general del Estado, de las comunidades autónomas y de los entes locales, así como de los usuarios de las aguas¹⁰⁷. Si bien en la Junta de gobierno y en el Consejo del agua, que son los órganos más importantes por tener competencias decisorias y de planificación, predomina la representación estatal, no sucede lo mismo en los órganos de gestión en régimen de participación, en lo que es mayoritaria la representación de los usuarios frente a la de las administraciones públicas, aunque sólo tienen competencia para elevar propuestas no vinculantes a los órganos de gobierno¹⁰⁸.

En las cuencas hidrográficas intracomunitarias, además del respeto a las bases fijadas por el artículo 18 TRLA, a las que ya nos hemos referido (aplicación de los principios establecidos en el artículo 14 TRLA y representación de los usuarios en los órganos colegiados de la Administración hidráulica no será inferior al tercio de los miembros que lo integren), las Comunidades Autónomas restan obligadas a garantizar la participación social en la planificación hidrológica. Para ello, se exige que en los órganos colegiados que al efecto se creen haya una representación mínima

¹⁰⁵ Vid. los artículos 26 a 36 ter TRLA.

¹⁰⁶ Vid. el Real Decreto 126/2007, de 2 de febrero, por el que se regulan la composición, funcionamiento y atribuciones de los comités de autoridades competentes de las demarcaciones hidrográficas con cuencas intercomunitarias.

¹⁰⁷ Sobre la participación de los usuarios en la gestión del agua, vid. EMBID, Antonio (dir.) (2008).

¹⁰⁸ PLAZA (2009) p. 565.

para los usuarios y las organizaciones representativas de intereses sociales, y que estén igualmente representadas en dichos órganos todas las Administraciones Públicas con competencias en materias relacionadas con la protección de las aguas y, en particular, la Administración General del Estado en relación con sus competencias sobre el dominio público marítimo-terrestre, puertos de interés general y marina mercante (art. 36.2 del TRLA). También deben garantizar el principio de unidad de gestión de las aguas, la cooperación en el ejercicio de las competencias que en relación con su protección ostenten las distintas Administraciones Públicas y, en particular, las que corresponden a la Administración General del Estado en materia de dominio público marítimo terrestre, portuario y de marina mercante, y el suministro a la Unión Europea, a través del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, de la información relativa a la demarcación hidrográfica que se requiera conforme a la normativa vigente (art. 36 bis.4 del TRLA). Se garantiza, en consecuencia, la representación orgánica de la Administración estatal en el seno de la Administración hidráulica autonómica, que responde al principio de cooperación interadministrativa y que está desprovista de cualquier función de control o siquiera de coordinación¹⁰⁹. En cualquier caso, serán las Comunidades Autónomas las que deberán concretar cómo se articula esta representación estatal.

d. La planificación hidrológica como obligado marco de referencia de la intervención administrativa sobre las aguas

En materia de aguas, la planificación hidrológica adquiere una importancia singular, ya que la legislación española la configura como una pieza fundamental en la ordenación y gestión de los recursos hídricos. La planificación hidrológica constituye un mecanismo fundamental para la aplicación en cada demarcación hidrográfica de las previsiones recogidas con carácter general en el TRLA y en sus Reglamentos de desarrollo. Del TRLA se desprende el sometimiento de toda actuación sobre el dominio público

¹⁰⁹ DELGADO (2004) p. 197.

hidráulico a la planificación hidrológica (art. 1.4), que es una función del Estado en relación con el dominio público hidráulico y en el marco de las competencias que tiene atribuida por la CE [art. 17.a) del TRLA]. Además, constituye un mecanismo indispensable para la aplicación de la propia legislación de aguas, ya que existen numerosas remisiones a ésta en su articulado, con el fin de que se adecúen los principios y reglas generales de la Ley a las características peculiares de cada cuenca hidrográfica, tan variables en España. Se trata, por tanto, de una pieza fundamental para lograr una gestión y una protección eficaz de las aguas.

Según el artículo 40.1 TRLA, la planificación hidrológica tiene como objetivos generales “conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta ley, la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales”.

164

La planificación hidrológica no persigue, por tanto, únicamente la asignación de unos recursos y la regulación de su utilización, sino que atiende también a su protección ambiental. Asimismo, cubre otro objetivo fundamental: la integración y coordinación de las diferentes administraciones públicas con incidencia sobre las aguas. Y tiene la virtud de ofrecer una visión global en la ordenación de las aguas.

La importancia de este instrumento se ve reforzada por su carácter normativo. Los Planes hidrológicos tienen naturaleza normativa y “serán públicos y vinculantes, sin perjuicio de su actualización periódica y revisión justificada, y no crearán por sí solos derechos a favor de particulares o entidades, por lo que su modificación no dará lugar a indemnización, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 65”.

El TRLA prevé dos tipos de planes hidrológicos: el Plan Hidrológico Nacional, aprobado mediante la Ley 10/2001, de 5 de julio, y los Planes Hidrológicos de Cuenca, inicialmente adoptados, fundamentalmente, mediante el Real Decreto

1664/1998, de 24 de julio, y sustituidos hoy por los nuevos planes hidrológicos adaptados a la Directiva marco de aguas, aprobados entre 2011 y 2014. La incorporación de esta Directiva al ordenamiento jurídico español ha supuesto transformaciones profundas para la planificación hidrológica. Los cambios más importantes afectan a los aspectos siguientes:

- a. El ámbito territorial de los planes hidrológicos de cuenca, que pasa de ser la cuenca hidrográfica a ser la demarcación hidrográfica. Este nuevo ámbito territorial, como ha destacado DELGADO, no debería hacer perder la individualidad de las cuencas hidrográficas, en la medida en que el respeto a la unidad de la cuenca hidrográfica es un principio cardinal del Derecho de aguas español¹¹⁰.
- b. Los objetivos y el contenido de los planes hidrológicos de cuenca, que han sido objeto de redefinición. En términos generales y en coherencia con lo impuesto por la Directiva marco de aguas, se amplían sus objetivos y contenidos. Por un lado, la necesidad de incorporar en los Planes Hidrológicos las aguas costeras y de transición, en la nueva línea de regulación global de todas las aguas comunitarias que se introduce a nivel europeo, lleva a incorporar como objetivo de la planificación hidrológica la consecución del buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta ley, entre las que se incluyen, además de las aguas continentales, las costeras y de transición (art. 40.1 del TRLA). Por otro, se amplían los contenidos de los planes hidrológicos de cuenca, añadiéndose nuevos contenidos a los ya existentes, que ponen el énfasis en la fijación de objetivos y medidas de protección ambiental del recurso y su entorno, tanto en los aspectos cuantitativos como cualitativos, y que cumplen una función muy importante a efectos del público conocimiento de la política hidráulica¹¹¹.
- c. El procedimiento de elaboración de los planes hidrológicos de cuenca. Las novedades más significativas en el procedimiento de elaboración

¹¹⁰ DELGADO (2004) pp. 199-200.

¹¹¹ DELGADO (2004) p. 204.

y revisión radican en el refuerzo e incremento de la información y participación pública durante todo el proceso planificador, tanto en las fases de consultas previas como en las de desarrollo y aprobación o revisión del plan. La Directiva marco de aguas recoge importantes garantías de información y participación pública. Desde esta perspectiva, obliga a los Estados miembros a fomentar la participación activa de todas las partes interesadas en su aplicación, en particular en la elaboración, revisión y actualización de los planes hidrológicos de cuenca¹¹². El objetivo perseguido no es otro que desarrollar mecanismos de información, consulta y participación efectivos en el proceso de definición y gestión de la política del agua.

- d. Los programas de seguimiento y los programas de medidas, que deben establecerse en cada demarcación hidrográfica con la finalidad de conseguir los objetivos medioambientales fijados por el TRLA. Los programas de medidas (art. 92 quáter del TRLA) deben establecerse para cada demarcación hidrográfica, con el fin de conseguir los objetivos medioambientales señalados en el propio TRLA (concretamente, en el art. 92 bis). Estos programas se integran por las medidas básicas (requisitos mínimos que deben cumplirse en cada demarcación y que se establecerán reglamentariamente) y complementarias (aquellas que en cada caso deban aplicarse con carácter adicional para la consecución de los objetivos medioambientales o para alcanzar una protección adicional de las aguas) que, en el ámbito de sus competencias, aprueben las Administraciones competentes en la protección de las aguas (art. 92 quáter, apartados 3 y 4). En ellos habrán de tenerse en cuenta, además, “los resultados de los estudios realizados para determinar las características de la demarcación, las repercusiones de la actividad humana en sus aguas, así como el estudio económico del uso del agua en la misma” (art. 92 quáter.I del TRLA). Estos programas se convertirán en un importante instrumento de ordenación y ejecución de la lucha contra la contaminación de las aguas. La eficacia de las medidas inclui-

¹¹² Véase el artículo 14.1 de la Directiva marco de aguas.

das en estos programas se garantiza a través de su inclusión, aunque a modo de resumen, en los planes hidrológicos de cuenca, en relación a los cuales guardan autonomía¹¹³, lo que supone un aseguramiento reforzado de su observancia¹¹⁴. Además, los programas de medidas se coordinarán e integrarán en los planes hidrológicos y, de forma expresa, “deberán coordinarse, para su integración en el plan hidrológico, los programas relativos a las aguas costeras y de transición elaborados por la Administración General del Estado o por las comunidades autónomas que participen en el Comité de Autoridades Competentes de la demarcación y que cuenten con litoral” (art. 41.2, in fine, del TRLA). Los programas de seguimiento del estado de las aguas deben establecerse en cada demarcación hidrográfica y permiten obtener una visión general, coherente y completa de dicho estado. Estos programas se incorporarán a los programas de medidas que deben desarrollarse en cada demarcación (art. 92 ter.2 del TRLA).

Estas novedades han obligado a revisar los planes hidrológicos de cuenca existentes. Los nuevos planes debían estar en vigor en diciembre de 2009, debiendo revisarse a partir de ese momento cada seis años. También los programas de medidas debían aprobarse en diciembre de 2009 y todas las medidas en ellos incluidas debían estar operativas en 2012. Y los programas de seguimiento debían estar operativos el 31 de diciembre de 2006. No puede ocultarse el enorme retraso con que se ha producido la aprobación de los nuevos planes hidrológicos de cuenca en España, si tenemos en cuenta que el plazo expiraba en diciembre de 2009. Este incumplimiento ha llevado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a dictar la Sentencia de 4 de octubre de 2012, en la que declara el incumplimiento de España, al no haber adoptado, a 22 de diciembre de 2009, los planes hidrológicos de cuenca, salvo en el caso de Cataluña. En julio de 2014 ha concluido la planificación hidrológica de competencia del Estado. Paralelamente a la conclusión del primer ciclo de planificación hidrológica, el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente,

¹¹³ LA CALLE (2001) p. 43, nota al pie 68.

¹¹⁴ SETUÁIN (2001) p. 19.

para dar cumplimiento a la Directiva marco de aguas, también ha iniciado el segundo ciclo de planificación (2015-2021), anunciando la apertura del período de consulta pública de los documentos iniciales del proceso de planificación hidrológica (revisión 2015) ¹¹⁵.

e. El control de la Administración hidráulica sobre los usos del dominio público hidráulico: el régimen de utilización

El TRLA regula el régimen de utilización del dominio público hidráulico, diferenciando entre usos comunes generales y especiales y usos privativos.

a. Los usos comunes generales y los usos comunes especiales

Los usos comunes generales son libres y gratuitos. Por tanto, como establece el artículo 50.1 TRLA, “Todos pueden, sin necesidad de autorización administrativa y de conformidad con lo que dispongan las Leyes y Reglamentos, usar de las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, para beber, bañarse y otros usos domésticos, así como para abrevar el ganado”. Ahora bien, estos usos “habrán de llevarse a cabo de forma que no se produzca una alteración de la calidad y caudal de las aguas” (art. 50.2 TRLA).

En cuanto a los usos comunes especiales, hasta 2009, se sujetaban a autorización administrativa. La Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, modificó el TRLA, eliminando la autorización para el acceso a usos comunes especiales de aguas y sustituyéndola por una declaración responsable¹¹⁶. Actualmente,

¹¹⁵ MELLADO (2014) p. 389, critica la falta de rigor, compromiso y transparencia que lastra el proceso de planificación hidrológica, ya que se inicia la revisión de los planes, que debía haber comenzado en enero de 2013, cuando acaban de aprobarse y, en muchos casos, aún no han empezado a implementarse, por lo que no existen todavía datos sobre su implementación ni ha podido evaluarse la capacidad de las medidas establecidas para alcanzar los objetivos propuestos.

¹¹⁶ De acuerdo con el artículo 71 bis.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, se entiende por declaración responsable “el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su

el artículo 51 somete a previa declaración responsable el ejercicio de los siguientes usos comunes especiales:

- i. La navegación y flotación.
- ii. El establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos.
- iii. Cualquier otro uso, no incluido en los usos comunes generales, que no excluya la utilización del recurso por terceros.

Esta declaración responsable debe presentarse con un período mínimo de antelación de quince días, para que pueda comprobarse la compatibilidad de dichos usos con los fines del dominio público hidráulico. El ejercicio de estos usos comunes especiales deberá respetar los fines e integridad del dominio público hidráulico y, en particular, la calidad y caudal de las aguas (art. 51.2 RDPH) ¹¹⁷.

También la navegación recreativa en embalses requerirá una declaración responsable previa a su ejercicio, en la que deberán especificarse las condiciones en que se va a realizar la navegación para que la Administración pueda verificar su compatibilidad con los usos previstos para las aguas almacenadas, protegiendo su calidad y limitando el acceso a las zonas de derivación o desagüe según reglamentariamente se especifique (art. 78 TRLA). En cambio, se mantiene el régimen de autorización administrativa previa para los vertidos (art. 100 TRLA).

Esta sustitución de la autorización por regímenes de declaración responsable en los usos comunes especiales del dominio público hidráulico se produce en España en un contexto en que, como consecuencia de la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva

cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio. Los requisitos a los que se refiere el párrafo anterior deberán estar recogidos de manera expresa, clara y precisa en la correspondiente declaración responsable". Con arreglo al apartado 3 de este mismo precepto, "Las declaraciones responsables y las comunicaciones previas producirán los efectos que se determinen en cada caso por la legislación correspondiente y permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho o bien el inicio de una actividad, desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad cuando la legislación correspondiente lo prevea expresamente".

¹¹⁷ Sobre el régimen jurídico de estas declaraciones responsables, vid. los artículos 51 y ss. RDPH.

2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior –mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio–, y de la adopción de determinadas medidas se ha producido la sustitución, en muchos ámbitos de la actividad administrativa, de mecanismos de intervención administrativa que operan *ex ante* (autorizaciones administrativas) por mecanismos de control *ex post* (comunicaciones previas y declaraciones responsables)¹¹⁸.

b. Los usos privativos

El uso privativo del dominio público hidráulico sólo puede adquirirse por disposición legal o por concesión administrativa. La LA suprimió la posibilidad de adquirir el derecho a la utilización de aguas privadas por prescripción¹¹⁹.

i. Los usos privativos reconocidos a favor de los particulares por disposición legal

Los usos privativos reconocidos a favor de los particulares por disposición legal se recogen en el artículo 54 TRLA. Este precepto, por una parte, otorga a los propietarios de terrenos el derecho de utilización de las aguas pluviales que discurran por ellos y las estancadas, dentro de sus linderos, sin más limitaciones que las establecidas en el TRLA y las que se deriven del respeto a los derechos de tercero y de la prohibición del abuso del derecho.

Por otra, les confiere el derecho a utilizar en un predio aguas procedentes de manantiales situados en su interior y aprovechar en él aguas subterráneas, cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos. En los acuíferos que hayan sido declarados como sobreexplotados, o en riesgo de estarlo, no podrán realizarse nuevas obras sin la correspondiente autorización.

¹¹⁸ Sobre esta cuestión, vid., CASADO et al. (2013).

¹¹⁹ Vid., actualmente, el artículo 52.2 TRLA.

ii. Los usos privativos adquiridos por concesión. El régimen jurídico de la concesión de dominio público hidráulico

La concesión es el título habilitante por excelencia para el uso privativo del dominio público hidráulico¹²⁰. Todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 TRLA requiere concesión administrativa¹²¹ (art. 59.I TRLA)¹²². A través de la concesión administrativa, la Administración hidráulica puede atribuir el derecho al uso privativo sobre el dominio público hidráulico conforme a los criterios que se recogen en el TRLA; y los particulares (u otras administraciones) adquieren derechos reales administrativos sobre esos bienes demaniales, aunque con las condiciones y limitaciones acordadas por la Administración¹²³.

• *Las características generales de la concesión*

La concesión en materia de aguas constituye un título que otorga derechos reales administrativos, además de ser el acto administrativo a través del cual aquéllos ven la luz¹²⁴. El derecho al uso privativo del agua, el aprovechamiento hídrico, participa de dicha naturaleza jurídica¹²⁵. Se trata de una concesión demanial que da lugar al surgimiento, en el concesionario, de un derecho real, inscribible (en el Registro de Aguas y en el Registro de la Propiedad) y transmisible, que se adquiere normalmente mediante un procedimiento público y en competencia,

¹²⁰ Téngase en cuenta que las concesiones pueden tener por objeto no solamente el aprovechamiento privativo de las aguas continentales, sino también de otros elementos del dominio público hidráulico. Véase, por ejemplo, el artículo 77 TRLA, que hace referencia a la concesión para la utilización o aprovechamiento por los particulares de los cauces o de los bienes situados en ellos y al otorgamiento de concesiones para aprovechamientos de áridos, pastos y vegetación arbórea o arbustiva, establecimiento de puentes o pasarelas, embarcaderos e instalaciones para baños públicos.

¹²¹ Sobre el régimen jurídico de las concesiones de dominio público hidráulico, vid. LÓPEZ MENUDO (2007).

¹²² Hay algunas excepciones a esta regla general. Por una parte, los órganos de la Administración estatal o de las comunidades autónomas "podrán acceder a la utilización de las aguas previa autorización especial extendida a su favor o del Patrimonio del Estado, sin perjuicio de terceros" (art. 59.5 TRLA). Por otra, el art. 109 TRLA, con el objeto de regular y fomentar la reutilización de aguas ya usadas, aunque el uso privativo de este tipo de aguas, procedentes de un aprovechamiento ya existente, requiere de concesión administrativa, en aquellos casos en que la reutilización sea solicitada por el titular de una autorización de vertido de aguas ya depuradas se requerirá solamente autorización administrativa, en la cual se establecerán las condiciones necesarias complementarias de las recogidas en la previa autorización de vertido.

¹²³ PLAZA (2009) p. 592.

¹²⁴ NAVARRO (2007) p. 129.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 129.

se otorga discrecionalmente por un plazo determinado y para determinadas utilidades, con un concreto caudal y con un condicionado muy preciso.

Las concesiones se otorgan con carácter temporal y por un plazo no superior a 75 años (art. 59.4 TRLA), por lo que ya no existen concesiones a perpetuidad, suprimidas por la LA. Sin embargo, cuando por la norma de utilización de una concesión fuese absolutamente necesaria la realización de determinadas obras, cuyo coste no pueda ser amortizado dentro del tiempo que falta por transcurrir hasta el final del plazo de la concesión, éste podrá prorrogarse por el tiempo preciso para que las obras puedan amortizarse, con un límite máximo de diez años y por una sola vez, siempre que dichas obras no se opongan al Plan hidrológico correspondiente y se acrediten por el concesionario los perjuicios que le irrogarían en caso contrario (art. 59.6 TRLA)¹²⁶. En cualquier caso, no existe la posibilidad de otorgar concesiones a perpetuidad.

172

Todas las concesiones se someten a una serie de requisitos y condiciones generales que la Administración debe tener en cuenta en su otorgamiento para que respondan efectivamente al interés público. En primer lugar, con arreglo al artículo 59.2 TRLA, deben otorgarse “teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos”.

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que se otorgan “según las previsiones de los Planes hidrológicos” (art. 59.4 TRLA) y son los planes hidrológicos los que establecerán el orden de preferencia de usos que debe observarse en las concesiones, a efectos de su otorgamiento. En la medida en que el agua es un recurso limitado, para lograr el uso racional de este recurso, el ordenamiento español ha establecido prelación

¹²⁶ El Tribunal Supremo ha considerado que, por aplicación del artículo 93.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las administraciones públicas, que tiene carácter básico, el plazo máximo de duración de las concesiones de dominio público hidráulico es de 75 años, incluidas las prórrogas (y no de 75 años más 10 años de prórroga). Vid., entre otras, la Sentencia de 11 de julio de 2014 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª; Ponente: María del Pilar Teso Gamella), FJ 7º.

de usos que otorgan prioridad a unos usos del agua frente a otros “en función del orden de valores y de las necesidades socioeconómicas, estableciendo así una presunción favorable a ciertos usos que permite solventar *a priori* cualquier incompatibilidad que pudiera suponer un menoscabo a los usos preferentes”¹²⁷. La Administración debe observar, a la hora de otorgar las concesiones y asignar los caudales disponibles, el orden de preferencia de usos que se establezca en el Plan hidrológico de la cuenca correspondiente¹²⁸, “teniendo en cuenta las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno” (art. 60.1 TRLA). En defecto del establecimiento de dicho orden de preferencia por el Plan hidrológico, el TRLA fija con carácter subsidiario el siguiente (art. 60.3 TRLA)¹²⁹.

1º Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal.

2º Regadíos y usos agrarios.

3º Usos industriales para producción de energía eléctrica.

4º Otros usos industriales no incluidos en los apartados anteriores.

5º Acuicultura.

6º Usos recreativos.

7º Navegación y transporte acuático.

8º Otros aprovechamientos.

Dentro de cada clase, en caso de incompatibilidad de usos, serán preferidas aquellas concesiones de mayor utilidad pública o general, o aquellas que introduzcan mejoras técnicas que redunden en un menor consumo de agua o en el mantenimiento o mejora de su calidad (art. 60.4 TRLA).

¹²⁷ AGUDO (2012) p. 243.

¹²⁸ Es un contenido obligatorio de los Planes hidrológicos. Vid. el artículo 42 TRLA.

¹²⁹ Para una crítica general al sistema de preferencia establecido vid. HERAS (2001) pp. 62 y ss.

Los Planes hidrológicos pueden cambiar este orden de prioridades, fijado únicamente con carácter subsidiario¹³⁰. En cualquier caso, el orden de prioridades que pudiera establecerse específicamente en los Planes hidrológicos de cuenca deberá respetar en todo caso la supremacía del uso de abastecimiento de población¹³¹.

Este orden de preferencia de los usos resulta relevante no solo porque condiciona el otorgamiento de las concesiones, sino también porque conlleva la sujeción de toda concesión a expropiación forzosa, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general sobre la materia, a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el orden de preferencia establecido en el Plan hidrológico o, subsidiariamente, por el TRLA (art. 60.2 TRLA)¹³².

Por otra parte, no puede olvidarse que, como ya hemos avanzado, las concesiones se otorgan teniendo en cuenta las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno. Por ello, la Administración, a la hora de otorgar concesiones para el uso privativo de las aguas debe tener en cuenta los caudales ecológicos o demandas ambientales que, aunque no tienen el carácter de uso, se consideran como “una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación” (art. 59.7 TRLA). Así lo confirma el propio TRLA en su artículo 98, al imponer a los organismos de cuenca que en las concesiones y autorizaciones que otorguen adopten las medidas necesarias para hacer compatible el aprovechamiento con el respeto del medio ambiente y garantizar los caudales ecológicos o demandas ambientales previstas en la planificación hidrológica¹³³. En todo caso, a los caudales medioambien-

¹³⁰ Así lo ha hecho, por ejemplo, el Plan de gestión del distrito de cuenca fluvial de Cataluña, aprobado mediante el Real Decreto 1219/2011, de 5 de septiembre. En su artículo 25.1 fija el siguiente orden de prioridad de usos: 1. Abastecimiento. 2. Usos agrarios e industriales. 3. Usos industriales para la producción de energía eléctrica. 4. Usos recreativos. 5. Acuicultura. 6. Navegación y transportes acuáticos. 7. Otros usos.

¹³¹ MARTÍN-RETORTILLO (2007) pp. 297 y ss., critica la preferencia que con carácter absoluto se otorga al abastecimiento.

¹³² PLAZA (2009) p. 594.

¹³³ Este precepto también exige, en su párrafo segundo, en la tramitación de concesiones y autorizaciones que afecten al dominio público hidráulico que pudieran implicar riesgos para el medio ambiente, la preceptiva presentación de un informe sobre los posibles efectos nocivos para el medio, del que se dará traslado al órgano ambiental competente para que se pronuncie sobre las medidas correctoras que, a su juicio, deban in-

tales, que se fijarán en los Planes hidrológicos de cuenca y para cuyo establecimiento los organismos de cuenca realizarán estudios específicos para cada tramo de río, también se aplica la regla sobre supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones. Se trata, en definitiva, de compatibilizar la explotación del agua con la preservación de su función ecológica y del medio ambiente.

En tercer lugar, debe tenerse presente que el agua que se conceda queda adscrita a los usos indicados en el título concesional, sin que pueda ser aplicada a otros distintos, ni a terrenos diferentes si se tratase de riegos, con la excepción de lo previsto en el artículo 67, en el que se regula el contrato de cesión de derechos, introducido por la Ley 46/1999 con el fin de flexibilizar el régimen concesional, y al que nos referiremos posteriormente (art. 61.2 TRLA). No obstante, la Administración concedente podrá imponer la sustitución de la totalidad o de parte de los caudales concesionales por otros de distinto origen, con el fin de racionalizar el aprovechamiento del recurso. En estos casos, la Administración únicamente responderá de los gastos inherentes a la obra de sustitución, pudiendo repercutir estos gastos sobre los beneficiarios (art. 61.3 TRLA).

En cuarto lugar, las concesiones se someten a algunas otras condiciones generales conforme a lo previsto por el artículo 61 TRLA. Así, cuando el destino de las aguas fuese el riego, el titular de la concesión deberá serlo también de las tierras a las que el agua vaya destinada, salvo en los casos de concesiones otorgadas a comunidades de usuarios¹³⁴ o en los casos de concesiones para riego en régimen de servicio público, en cuyo caso podrán otorgarse a empresas o particulares aunque no ostenten la titularidad de las tierras eventualmente beneficiarias del riego, siempre que el peticionario acredite previamente que cuenta con la conformidad de los titulares que reunieran la mitad de la superficie de dichas tierras (art. 62 TRLA). El organismo de cuenca también podrá otorgar conce-

roducirse como consecuencia del informe presentado. En los casos en que el Organismo de cuenca presuma la existencia de un riesgo grave para el medio ambiente, someterá igualmente a la consideración del órgano ambiental competente la conveniencia de iniciar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental.

¹³⁴ Sobre las comunidades de usuarios, vid. los artículos 81 a 91 TRLA.

siones colectivas para riego a una pluralidad de titulares de tierras que se integren mediante convenio en una agrupación de regantes. En estos supuestos, el otorgamiento del nuevo título concesional llevará implícita la caducidad de las concesiones para riego preexistentes de las que sean titulares los miembros de la agrupación de regantes en las superficies objeto del convenio.

En quinto lugar, las concesiones se entienden hechas sin perjuicio de tercero (art. 61.1 TRLA), por lo que no podrán afectar a derechos preexistentes; y su otorgamiento no exime al concesionario de la obtención de cualquier otro tipo de autorización o licencia que conforme a otras leyes se exija a su actividad o instalaciones (art. 59.8 TRLA).

- ***El procedimiento de otorgamiento***

Las concesiones administrativas de dominio público hidráulico se otorgan después de la tramitación del correspondiente procedimiento administrativo. Los principios generales a que se sujeta el procedimiento se establecen en el artículo 79 TRLA. El procedimiento ordinario de otorgamiento de concesiones se ajustará a los principios de publicidad y tramitación en competencia, prefiriéndose, en igualdad de condiciones, aquellos que proyecten la más racional utilización del agua y una mejor protección de su entorno. El principio de competencia podrá eliminarse cuando se trate de abastecimiento de agua a poblaciones. El RDPH ha desarrollado, en sus artículos 104 y siguientes, los principios contenidos en el artículo 79 TRLA y ha regulado los diferentes trámites que deben darse en el procedimiento de otorgamiento de concesiones. Aunque no podemos entrar a analizar pormenorizadamente el procedimiento de otorgamiento de las concesiones de dominio público hidráulico¹³⁵ en este trabajo, sí destacamos la larga duración de este procedimiento. El plazo para resolver las peticiones de concesión del dominio público hidráulico no podrá exceder de dieciocho meses. Transcurrido dicho plazo podrá entenderse desestimada la petición. En

¹³⁵ Sobre esta cuestión, vid. LÓPEZ (2007).

cualquier caso, la resolución que se dicte se comunicará a los interesados en la forma establecida en la Ley de Procedimiento Administrativo y se publicará la concesión en los Boletines Oficiales de las provincias a que afecten las obras.

Las concesiones otorgadas, así como su modificación, revisión, novación y extinción, serán inscritas de oficio en el Registro de Aguas del Organismo de cuenca donde radique la captación¹³⁶. El Registro de Aguas tiene carácter público, pudiendo interesarse del Organismo de cuenca las oportunas certificaciones sobre su contenido. Los titulares de concesiones de aguas inscritas en el Registro correspondiente podrán interesar la intervención del Organismo de cuenca competente en defensa de sus derechos, de acuerdo con el contenido de la concesión y de lo establecido en la legislación en materia de aguas. La inscripción registral será medio de prueba de la existencia y situación de la concesión (art. 80 TRLA).

- ***El carácter discrecional de su otorgamiento***

El otorgamiento de la concesión es discrecional y la Administración hidráulica (estatal o autonómica, en función del carácter intercomunitario o intracomunitario de la cuenca) no está obligada a otorgarla por el mero hecho de que existan caudales disponibles. Ahora bien, toda resolución “será motivada y adoptada en función del interés público”¹³⁷. Por lo tanto, la decisión de la Administración no puede ser arbitraria y debe motivarse y adoptarse en función del interés público¹³⁸. En consecuencia, la discrecionalidad queda acotada y condicionada por un conjunto de elementos reglados (finalidad, criterios y condiciones generales a los que deben responder las concesiones –a ellos nos hemos referido en el apartado anterior–, procedimiento –al que también nos hemos referi-

¹³⁶ Por su contenido patrimonial, los derechos reales administrativos sobre bienes demaniales adquiridos como consecuencia del otorgamiento de una concesión pueden ser inscritos en el Registro de la Propiedad.

¹³⁷ Artículo 59.4 TRLA.

¹³⁸ Sobre el alcance y control de la discrecionalidad administrativa en el otorgamiento de las concesiones administrativas de dominio público hidráulico, vid. DELGADO (1992) pp. 204-209; LÓPEZ (2007) pp. 398-399; y MARTÍN-RETORTILLO (2007) pp. 285-293. DEL SAZ CORDERO (1990) pp. 226-227, incluso niega que la Administración tenga discrecionalidad.

do...) a los que debe atender la Administración hidráulica al resolver sobre su otorgamiento¹³⁹. En la medida en que estos elementos reducen los márgenes de apreciación de las decisiones a tomar, como pone de manifiesto LÓPEZ¹⁴⁰, “se desvanece en gran medida la idea de la concesión como acto discrecional, tan rotundamente proclamada por la Ley”, por lo que “nos encontramos ante una discrecionalidad muy mediatizada por las reglas objetivas. Estamos más bien ante una figura mixta, compuesta por elementos reglados y discrecionales, en distintas dosis”. En definitiva, esta discrecionalidad de que dispone la Administración hidráulica en el otorgamiento de concesiones “debe entenderse en el sentido de que la concesión de aguas no responde al tipo de los títulos reglados y que el interesado no tiene acceso automático al uso del demanio sólo por el hecho de acreditar la tenencia de determinados requisitos. No hay automaticidad en el acceso a la concesión de aguas, sencillamente porque el recurso es limitado y la Administración ha de valorar elementos diversos, jurídicos y no jurídicos, incluida también, como queda dicho, alguna dosis de genuina discrecionalidad”¹⁴¹.

178

La actuación de la Administración podrá ser objeto de control por la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, mediante el correspondiente procedimiento jurisdiccional¹⁴². De este modo, los tribunales podrán controlar el correcto ejercicio de la actuación administrativa. Para ello, es fundamental entrar a controlar el respeto a las exigencias a que se someten las concesiones y a las que nos hemos ido refiriendo. Desde esta perspectiva, serán especialmente útiles las precisiones que puedan contener los planes hidrológicos. A este control también contribuye de forma decisiva la exigencia de motivación que impone el propio TRLA –aunque está recogida de forma general en el artículo 54 de la Ley

¹³⁹ Así lo pone de manifiesto PLAZA (2009). También señala EMBID (2002) p. 34, nota al pie 28, que de determinados preceptos del TRLA (por ejemplo, el 60.4 y el 73) “se deduce una cierta vinculación de la Administración por los criterios de contenido material que ya contiene la Ley”.

¹⁴⁰ LÓPEZ (2007) pp. 398-399.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 399.

¹⁴² El artículo 121 TRLA atribuye a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa “el conocimiento de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de cualesquiera Administraciones públicas en materia de aguas, sujetos al Derecho Administrativo”.

30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común— para evitar que se incurra en arbitrariedad¹⁴³.

- ***El contenido mínimo***

En cuanto al contenido mínimo que deben tener las concesiones de aguas públicas, en ellas se fijará la finalidad de ésta, su plazo, el caudal máximo instantáneo, el volumen máximo anual y en su caso el volumen máximo mensual cuyo aprovechamiento se concede —indicando el período de utilización cuando ésta se haga en jornadas restringidas—, el término municipal y provincia donde está ubicada la captación y las referencias cartográficas de las captaciones de aguas y de sus lugares de aplicación. En las concesiones de agua para riegos se fijará, además, la superficie con derecho a riego y la superficie regable en hectáreas, los términos municipales y provincias donde la misma esté situada, el volumen de agua máximo a derivar por hectárea y año, y el volumen máximo mensual derivable que servirá para tipificar el caudal máximo instantáneo. En las concesiones de agua para usos hidroeléctricos se fijarán, además, las características técnicas de los grupos instalados y el tramo de río afectado, entendiendo por tal el comprendido entre las cotas de máximo embalse normal en el punto de toma y de restitución al cauce público (art. 102 RDPH).

- ***La transmisión, la modificación y la revisión***

La transmisión, la modificación y la revisión de las concesiones se regulan, respectivamente, en los artículos 63, 64, 65 y 66 TRLA.

El TRLA permite la transmisibilidad de las concesiones, si se cumplen determinados requisitos¹⁴⁴. Los requisitos son de dos tipos, en función de la naturaleza de la concesión o aprovechamiento que se vaya a trans-

¹⁴³ GARCÍA (2010) p. 142.

¹⁴⁴ Como señala NAVARRO (2007) p. 130, “La existencia de tales condicionamientos se justifica en virtud del objeto del derecho que se transmite —el uso de un bien de dominio público o la explotación de servicios públicos— lo que provoca que junto al interés patrimonial del concesionario surja con gran virulencia el interés general presente en toda explotación del dominio”.

mitir. La transmisión (total o parcial) de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público o la constitución de gravámenes sobre los mismos requerirá autorización administrativa previa. En cambio, en los demás casos (la transmisión de concesiones demaniales o la constitución de gravámenes sobre ellas) sólo será necesario acreditar de modo fehaciente, en el plazo y forma que reglamentariamente se establezca, la transferencia o la constitución del gravamen.

Toda modificación de las características de una concesión requiere previa autorización administrativa del mismo órgano otorgante. Las modificaciones pueden afectar a la identidad del titular, volumen máximo anual, volumen máximo mensual cuando así se haya establecido en el título concesional y caudal máximo instantáneo a derivar, corriente y punto de toma, finalidad de la derivación, superficie regable en las concesiones para riego y tramo afectado en las destinadas a producción de energía eléctrica. El procedimiento de autorización se regula en los artículos 143 y ss. RDPH. Las solicitudes de autorización para las modificaciones mencionadas serán sometidas a información pública con el ámbito que determine el Organismo de cuenca, siempre que a juicio de éste puedan suponer afecciones para terceros. También se pedirán los informes de otros Organismos que sean preceptivos en los supuestos de concesión, o que se consideren por el Organismo de cuenca imprescindibles para la resolución. La autorización será denegada, cualquiera que sea la variación solicitada, si en el examen inicial de la modificación a realizar por el Organismo de cuenca no se pudiera alcanzar una compatibilidad previa de la misma con el Plan Hidrológico de cuenca (art. 144.1 RDPH). El expediente de modificación de características también puede incoarse de oficio, cuando se trate de acomodar el caudal concedido a las necesidades reales del aprovechamiento, restringiendo su caudal o manteniéndolo (art. 144.4 RDPH).

Las concesiones podrán ser revisadas en los supuestos siguientes:

- i. Cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento.
- ii. En casos de fuerza mayor, a petición del concesionario.

iii. Cuando lo exija su adecuación a los Planes hidrológicos. Sólo en este caso el concesionario perjudicado tendrá derecho a indemnización, de conformidad con lo dispuesto en la legislación general de expropiación forzosa.

Asimismo, las concesiones para el abastecimiento de poblaciones y regadíos podrán revisarse en los supuestos en los que se acredite que el objeto de la concesión puede cumplirse con una menor dotación o una mejora de la técnica de utilización del recurso, que contribuya a un ahorro del mismo. A estos efectos, el TRLA prevé que las Confederaciones Hidrográficas realizarán auditorías y controles de las concesiones, a fin de comprobar la eficiencia de la gestión y utilización de los recursos hídricos objeto de concesión. Tampoco en este supuesto se otorgará al concesionario derecho a compensación económica alguna, si bien reglamentariamente podrán establecerse ayudas a favor de los concesionarios para ajustar sus instalaciones a las nuevas condiciones concesionales.

El procedimiento de revisión se regula en los artículos 156 y ss. RDPH.

- **La extinción**

El artículo 53.1 TRLA establece que el derecho al uso privativo de las aguas, cualquiera que sea el título de su adquisición, se extingue por término del plazo de su concesión; por caducidad de la concesión¹⁴⁵; por expropiación forzosa; y por renuncia expresa del concesionario.

La declaración de la extinción del derecho al uso privativo del agua requerirá la previa audiencia de los titulares del mismo y el procedimiento que se tramite se regirá por lo establecido en los artículos 163 y ss. RDPH. En todo caso, la extinción del derecho al uso privativo impli-

¹⁴⁵ Con arreglo al artículo 66 TRLA, las concesiones podrán declararse caducadas por incumplimiento de cualquiera de las condiciones esenciales o plazos en ella previstos. Asimismo, el derecho al uso privativo de las aguas, cualquiera que sea el título de su adquisición, podrá declararse caducado por la interrupción permanente de la explotación durante tres años consecutivos siempre que aquélla sea imputable al titular. Para los supuestos de contratos de cesión, se añade como causa para acordar la caducidad del derecho concesional del cedente el incumplimiento de los requisitos establecidos para celebrar dichos contratos (art. 67.4 TRLA). En aquellos casos en que medie un contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas, los caudales que sean objeto de cesión "se computarán como de uso efectivo de la concesión a los efectos de evitar la posible caducidad del título concesional del cedente" (art. 69.2 TRLA).

cará automáticamente la resolución del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas.

La extinción de la concesión no impide que se pueda solicitar una nueva con posterioridad. Es más, el propio TRLA permite que pueda solicitarse durante el procedimiento de declaración de extinción. En efecto, cuando el destino dado a las aguas concedidas fuese el riego o el abastecimiento de población, el titular de la concesión podrá obtener una nueva con el mismo uso y destino para las aguas, debiendo formular la solicitud en el trámite de audiencia previa en el expediente de declaración de extinción o durante los últimos cinco años de la vigencia de aquélla. En caso de producirse la solicitud, y siempre que a ello no se oponga el Plan Hidrológico Nacional, el organismo de cuenca tramitará el expediente excluyendo el trámite de proyectos en competencia (art. 53.3 TRLA).

Al extinguirse el derecho concesional, revertirán a la Administración competente gratuitamente y libres de cargas cuantas obras hubieran sido construidas dentro del dominio público hidráulico para la explotación del aprovechamiento, sin perjuicio del cumplimiento de las condiciones estipuladas en el documento concesional (art. 53.4 TRLA).

• *El papel fundamental de control de la Administración*

La Administración juega un papel central en la asignación y distribución de los recursos hídricos a través de la concesión. Como hemos visto, a ella corresponde el otorgamiento de este título habilitante, pero no sólo eso, ya que el nivel de intervención pública reguladora va mucho más allá. Así se pone de manifiesto en las facultades de la Administración para incidir sobre los títulos previamente concedidos, ajustándolos a las necesidades de uso y utilización del recurso¹⁴⁶. Entre estas facultades, recordamos, por ejemplo, las de reservar caudales con fines determinados y otorgar concesiones en precario sobre los que no sean objeto de aprovechamiento inmediato (art. 55.3 TRLA); imponer la sustitución de

¹⁴⁶ GARCÍA (2003) pp. 133-134.

los caudales concedidos por otros de distinto origen (art. 61.3 TRLA); revisar las concesiones (art. 65 TRLA); expropiar los aprovechamientos a favor de otros de carácter preferente (art. 60.2 TRLA) o por razones de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones excepcionales (art. 58 TRLA); o declarar la caducidad de la concesión (art. 66 TRLA). Con estas facultades se garantiza que la gestión y ordenación del recuso se sometan en último término al control de la Administración, que podrá incidir sobre los títulos concedidos y ajustarlos al interés público¹⁴⁷.

iii. Las limitaciones legales a los usos privativos

Todos los usos privativos y, por lo tanto, también los adquiridos por concesión, se someten a las limitaciones previstas por el TRLA con el fin de superar situaciones especiales o de crisis hídrica. Cabe recordar, además, que la concesión no garantiza la disponibilidad de los caudales concedidos. Por este motivo, el TRLA atribuye determinadas facultades a los organismos de cuenca en relación con el aprovechamiento y control de los caudales concedidos. Destacamos las siguientes (art. 55):

- Cuando así lo exija la disponibilidad del recurso, podrá fijar el régimen de explotación de los embalses establecidos en los ríos y de los acuíferos subterráneos, régimen al que habrá de adaptarse la utilización coordinada de los aprovechamientos existentes. También podrá fijar el régimen de explotación conjunta de las aguas superficiales y de los acuíferos subterráneos.
- Con carácter temporal, podrá condicionar o limitar el uso del dominio público hidráulico para garantizar su explotación racional. Cuando por ello se ocasione una modificación de caudales que genere perjuicios a unos aprovechamientos a favor de otros, los titulares beneficiados deberán satisfacer la oportuna indemnización, correspondiendo al organismo de cuenca, en defecto de acuerdo entre las partes, la determinación de su cuantía.

¹⁴⁷ GARCÍA (2003) p. 134.

- Determinarán, con carácter general, los sistemas de control efectivo de los caudales de agua utilizados y de los vertidos al dominio público hidráulico que deban establecerse para garantizar el respeto a los derechos existentes, medir el volumen de agua realmente consumido o utilizado, permitir la correcta planificación y administración de los recursos y asegurar la calidad de las aguas. A tal efecto, los titulares de las concesiones administrativas de aguas y todos aquellos que por cualquier título tengan derecho a su uso privativo, estarán obligados a instalar y mantener los correspondientes sistemas de medición que garanticen información precisa sobre los caudales de agua en efecto consumidos o utilizados y, en su caso, retomados. Sin duda, el establecimiento de sistemas de medición o contadores del consumo del agua constituyen un instrumento fundamental para conocer y controlar efectivamente el caudal consumido y también para fomentar el ahorro y promover una gestión racional de este recurso¹⁴⁸. Además, esta información es imprescindible para proceder de oficio a la modificación de la concesión para acomodar el caudal concedido a las necesidades reales del aprovechamiento y para posibilitar la celebración de los contratos de cesión de derechos al uso privativo¹⁴⁹. Para el correcto funcionamiento de esta medida, la Administración deberá estar en condiciones de establecer mecanismos de comunicación e inspección efectivos con todos los usuarios¹⁵⁰.

En el caso de declaración de masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado cuantitativo o químico, el Organismo de cuenca constituirá una comunidad de usuarios si no la hubiere, o encomendará sus funciones con carácter temporal a una entidad representativa de los intereses concurrentes; y aprobará en el plazo máximo de un año desde la declaración un programa de actuación para la recuperación del buen estado de la masa de agua. Este programa ordenará el régimen de extracciones para lograr una explotación racional de los recursos con el fin

¹⁴⁸ PLAZA (2009) p. 609.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 609.

¹⁵⁰ *Ibidem*, p. 610.

de alcanzar un buen estado de las masas de agua subterránea, y proteger y mejorar los ecosistemas asociados¹⁵¹; y contemplará las condiciones en las que temporalmente se puedan superar las limitaciones establecidas, permitiendo extracciones superiores a los recursos disponibles de una masa de agua subterránea cuando esté garantizado el cumplimiento de los objetivos medioambientales. Hasta la aprobación del programa de actuación, se podrán adoptar las limitaciones de extracción así como las medidas de protección de la calidad del agua subterránea que sean necesarias como medida cautelar (art. 56.1 TRLA).

Por otra parte, en circunstancias de sequías extraordinarias, de sobre-explotación grave de acuíferos, o en similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales, el Gobierno, mediante Decreto acordado en Consejo de Ministros, oído el organismo de cuenca, podrá adoptar, para la superación de dichas situaciones, las medidas que sean precisas en relación con la utilización del dominio público hidráulico, aun cuando hubiese sido objeto de concesión. La aprobación de tales medidas llevará implícita la declaración de utilidad pública de las obras, sondeos y estudios necesarios para desarrollarlos, a efectos de la ocupación temporal y expropiación forzosa de bienes y derechos, así como la de urgente necesidad de la ocupación (art. 58 TRLA).

c. La crisis del sistema concesional y su necesaria flexibilización: el surgimiento de nuevos instrumentos de reasignación de caudales

En el año 1999, a través de la LMLA, se produce una modificación muy importante de la LA, con el fin de flexibilizar el régimen concesional hasta entonces existente. Si bien la LA, tal como hemos señalado anteriormente, permitía la transmisión de los derechos de aprovechamientos de aguas públicas –aunque de forma controlada por la Administración–,

¹⁵¹ Sobre las medidas que puede adoptar el programa de actuación vid. el artículo 56.2 TRLA.

lo cierto es que la transmisibilidad de los títulos concesionales fue escasamente utilizada, por lo que su virtualidad para corregir situaciones de desequilibrio hídrico fue prácticamente nula¹⁵². Por ello, se plantea la necesidad de flexibilizar el régimen concesional con la intención de acometer la gestión adecuada y eficiente de los recursos hídricos. Es en este contexto donde deben situarse los dos nuevos instrumentos incorporados en el ordenamiento jurídico español en 1999: el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas y los centros de intercambio de derechos al uso del agua¹⁵³. Con ellos, que operarán sobre el sistema concesional, se pretende “lograr una reasignación más eficiente de los caudales otorgados, como modo de optimizar socialmente su uso”¹⁵⁴.

i. El contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas: ¿un verdadero mercado del agua?

El contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas se regula en los artículos 67 a 72 TRLA y 343 a 353 RDPH. Con su introducción, se pretende potenciar el ahorro y la eficiencia en el empleo del agua y “optimizar socialmente los usos de un recurso tan escaso”¹⁵⁵. La idea es “racionalizar el uso del agua impulsando técnicas de ahorro y de gestión eficaz del recurso dentro de una política que pretende incidir sobre la demanda más que sobre el incremento directo de la oferta”¹⁵⁶. Mediante esta figura se implanta en España lo que muchos han llamado mercado de aguas, al permitirse al concesionario o titular de algún derecho al uso privativo, ceder sus derechos de uso. Se permite, de este modo, la comercialización del aprovechamiento excedente y se busca una asignación más eficaz de los recursos hídricos.

El artículo 67 TRLA permite que los concesionarios o titulares de algún

¹⁵² Así lo pone de manifiesto NAVARRO (2007) p. 133.

¹⁵³ Sobre estos instrumentos, *vid.* por todos, NAVARRO (2007), *in totum*; y RIQUELME (2013) pp. 85-178.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 134.

¹⁵⁵ Así se establece en el propio Preámbulo de la LMLA.

¹⁵⁶ GARCÍA (2003) p. 121.

derecho al uso privativo de las aguas¹⁵⁷ puedan ceder con carácter temporal a otro concesionario o titular de derecho de igual o mayor rango según el orden de preferencia establecido en el Plan hidrológico de la cuenca correspondiente o, en su defecto¹⁵⁸, en el TRLA¹⁵⁹, previa autorización administrativa, la totalidad o parte de los derechos del uso que les correspondan. Los concesionarios o titulares de derechos de usos privativos de carácter no consuntivo no podrán ceder sus derechos para usos que no tengan esta consideración.

Los adquirentes de los derechos dimanantes de la cesión se subrogarán en las obligaciones que correspondan al cedente ante el Organismo de cuenca respecto al uso del agua (art. 67.3 TRLA). Por su parte, los Organismos de cuenca inscribirán los contratos de cesión en el Registro de Aguas y, posteriormente, podrán inscribirse en el Registro de la Propiedad, en los folios abiertos a las concesiones administrativas afectadas (art. 68.4 TRLA).

El volumen anual objeto del contrato de cesión no podrá superar, en ningún caso, el realmente utilizado por el cedente y se calcula atendiendo a los siguientes criterios: se tendrán en cuenta los valores del volumen realmente utilizado durante los cinco últimos años; y el valor resultante podrá ser corregido, en su caso, atendiendo a la dotación objetivo que fije el plan hidrológico de cuenca, los retornos que proce-

¹⁵⁷ El artículo 343.2 RDPH especifica que, a estos efectos, son concesionarios y titulares de derechos al uso privativo de las aguas, los siguientes: los concesionarios de aguas superficiales y subterráneas; y los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas inscritos en el Registro de Aguas conforme a las disposiciones transitorias segunda y tercera del texto refundido de la Ley de Aguas. En cambio, no podrán celebrar el contrato de cesión los titulares de concesiones o autorizaciones concedidas a precario; y los titulares de las autorizaciones especiales a las que se refiere el artículo 59.5. del texto refundido de la Ley de Aguas (art. 343.3 RDPH).

Por lo que respecta a los titulares de aguas privadas, el RDPH impide que los titulares de derechos incluidos en el catálogo de aprovechamientos de aguas privadas celebren contratos de cesión, salvo que previamente transformen su derecho en una concesión de aguas públicas e insten su inscripción en el Registro de Aguas (art. 343.4 RDPH). En estos casos, dicha solicitud de inscripción deberá constar en el contrato de cesión y en la solicitud de la autorización del contrato requerida por el artículo 346.

¹⁵⁸ Este orden de preferencia puede ser excepcionado, con carácter temporal y excepcional, cuando razones de interés general lo justifiquen, por el Ministro de Medio Ambiente (art. 67.2 TRLA).

¹⁵⁹ Téngase en cuenta que cuando la cesión de derechos se refiera a una concesión para regadíos y usos agrarios, el Organismo de cuenca dará traslado de la copia del contrato a la correspondiente comunidad autónoma y al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, para que emitan informe previo en el ámbito de sus respectivas competencias en el plazo de diez días.

dan, las circunstancias hidrológicas extremas y el respeto a los caudales medioambientales establecidos o, en su defecto, al buen uso del agua (arts. 69.I TRLA y 345.I RDPH). En ningún caso, el volumen susceptible de cesión podrá ser superior al que resulte de los acuerdos que adopte el Organismo de cuenca en función de la situación hidrológica de cada año. A efectos de evitar la posible caducidad del título concesional del cedente, los caudales que sean objeto de cesión se computarán como de uso efectivo de la concesión. La cesión de derechos de uso del agua podrá conllevar una compensación económica, fijada de mutuo acuerdo entre los contratantes, y deberá explicitarse en el contrato. Aunque el TRLA preveía que reglamentariamente podría establecerse el importe máximo de dicha compensación (art. 69.3), el RDPH se ha limitado a prever que, atendiendo a la situación del mercado y a sus desviaciones, el Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente pueda establecer el importe máximo de la compensación (art. 345.2).

188

En cuanto a su formalización, los contratos de cesión deben ser formalizados por escrito y puestos en conocimiento del Organismo de cuenca y de las comunidades de usuarios a las que pertenezcan el cedente y el cesionario mediante el traslado de la copia del contrato, en el plazo de quince días desde su firma. En el caso de cesiones entre usuarios de agua para riego, debe constar en el contrato la identificación expresa de los predios que el cedente renuncia a regar o se compromete a regar con menos dotación durante la vigencia del contrato, así como la de los predios que regará el adquirente con el caudal cedido (art. 68.I TRLA).

La transmisión de los derechos de aprovechamiento sobre el agua se somete a autorización administrativa, imprescindible para que los contratos de cesión produzcan efectos entre las partes. Los contratos de cesión se entenderán autorizados, sin que hasta entonces produzcan efectos entre las partes, en el plazo de un mes a contar desde la notificación efectuada al Organismo de cuenca, si éste no formula oposición cuando se trate de cesiones entre miembros de la misma comunidad de usuarios, y en el plazo de dos meses en el resto de los casos (art. 68.2

TRLA) ¹⁶⁰. El silencio positivo recogido en estos casos, unido a los breves plazos concedidos a la Administración para otorgar dicha autorización, ha sido objeto de crítica por un amplio sector doctrinal¹⁶¹.

El Organismo de cuenca podrá no autorizar la cesión de derechos de uso del agua, mediante resolución motivada, dictada y notificada en el plazo señalado, si la misma afecta negativamente al régimen de explotación de los recursos en la cuenca, a los derechos de terceros, a los caudales medioambientales, al estado o conservación de los ecosistemas acuáticos o si incumple algunos de los requisitos fijados por la normativa, sin que ello dé lugar a derecho a indemnización alguna por parte de los afectados. También podrá ejercer en este plazo un derecho de adquisición preferente del aprovechamiento de los caudales a ceder, rescatando los caudales de todo uso privativo (art. 68.3 TRLA).

La autorización del contrato de cesión no implica por sí misma la autorización para el uso o construcción de infraestructuras de titularidad de terceros. Para ello, será necesario que su uso se establezca por libre acuerdo entre las partes. En el caso de que las instalaciones o infraestructuras hidráulicas necesarias sean de titularidad del Organismo de cuenca, o bien éste tenga encomendada su explotación, los contratantes deberán solicitar, a la vez que dan traslado de la copia del contrato para su autorización, la determinación del régimen de utilización de dichas instalaciones

¹⁶⁰ GARCÍA (2003) p. 136. EMBID (2008) p. 25, ha manifestado la conveniencia de modificar el sentido del silencio positivo en la autorización de contratos de cesión.

¹⁶¹ Ésta es la posición de NAVARRO (2007) p. 218, que se apoya en dos motivos para aceptar el contrato de cesión, siempre que se haga un uso racional del mismo y sea debidamente fiscalizado por la Administración hidráulica. Tales motivos son, en su opinión, "de un lado, el principal efecto que produce: la flexibilización del régimen concesional, permitiendo el trasiego puntual de determinados caudales para usos más óptimos o perentorios; y, del otro, la inexistencia de instrumentos que permitan llevar a cabo una actuación en estos términos, sin tener que acudir al procedimiento modificador de las concesiones previsto en los artículos 144 y siguientes del RDPH o a su definitiva transmisión. En definitiva, ambos motivos confluyen en uno sólo cual es la necesaria flexibilización o superación de la rigidez del sistema concesional español". También EMBID (2013) p. 36, apela a la utilización del mercado de derechos de uso de aguas en la asignación de recursos hídricos, con un papel complementario en relación al tradicional y preferente de la concesión administrativa. En su opinión, el mercado puede actuar "como mecanismo complementario, nunca fundamental ni esencial, de la asignación de recursos hídricos, mercado que con el adecuado control puede servir para el remedio de algunas de las necesidades que se plantean incluyendo dentro de ellas la de allegar recursos para el medio ambiente y con plena conciencia, también y como punto esencial, de que el mercado de derechos de agua, como todos los mercados, lleva consigo un elemento de lucro económico para algunos sin el cual sería, simplemente, inconcebible" (p. 78).

o infraestructuras, así como la fijación de las exacciones económicas que correspondan de acuerdo con la legislación vigente. Si para la realización material de las cesiones acordadas fuese necesario construir nuevas instalaciones o infraestructuras hidráulicas, los contratantes, a la vez que solicitan la autorización, deben presentar el documento técnico que define adecuadamente dichas obras e instalaciones y, si las aguas cedidas se van a destinar al abastecimiento de poblaciones, también informe de la autoridad sanitaria sobre la idoneidad del agua para dicho uso. Además, debe tenerse en cuenta que la autorización del contrato de cesión no implica por sí misma la autorización para el uso o construcción de infraestructuras y que la resolución del Organismo de cuenca sobre el uso o construcción de infraestructuras será independiente de la decisión que adopte sobre la autorización o no del contrato de cesión y no se aplicarán a la misma los plazos previstos para el otorgamiento de la autorización en el contrato de cesión (art. 70 TRLA).

190

La introducción de estos contratos de cesión ha originado un interesante debate en España, siendo muchos los detractores de esta figura. Desde un sector doctrinal se apuesta abiertamente por la implantación de esta figura como modo de corregir las rigidices que la asignación del agua mediante títulos concesionales provoca¹⁶². En cambio, otro sector entiende que el establecimiento de un mercado de aguas es incompatible con el ordenamiento jurídico español, que apuesta por la configuración de los recursos hídricos como bienes de dominio público de titularidad estatal y por su utilización controlada por la Administración a través de los correspondientes títulos habilitantes¹⁶³. Para este

¹⁶² Son exponentes de esta posición, por ejemplo, MENÉNDEZ (2002) pp. 65-70; MOREU (1997 y 2000) pp.171-172 y 283, respectivamente; y GARCÍA (2003) pp. 142-144, en cuya opinión "El carácter demanial de la institución parece en principio incompatible con esta nueva figura. Pero también quedan alterados los fundamentos mismos de la institución concesional caracterizada por el principio de especialidad y por vincular el uso del agua a fines concretos y específicos. No basta para compatibilizar ambas instituciones con excepción a la aplicación de estos principios, sino que para que el sistema funcione es necesario realizar una reforma más profunda de la legislación hidráulica" (p. 143).

¹⁶³ En este sentido, MENÉNDEZ (2002) pp. 68-69. En su opinión, en la medida en que los concesionarios y demás titulares de derechos de aprovechamiento no pagan por los caudales concedidos, el resultado a que conducen los contratos de cesión es una paradoja: "el titular del recurso no cobra por la atribución de un derecho de aprovechamiento, pero el titular de este derecho sí recibe una compensación de los otros usuarios a los que lo cede. En este proceso se crea artificialmente una plusvalía de la que no se beneficia la comunidad (titular real

sector, también chocaría con el principio de gratuidad que rige el uso de los recursos hídricos y con los instrumentos jurídicos ya recogidos en el TRLA para adecuar y reajustar los derechos de usos privativos con el fin de garantizar la asignación eficiente de estos recursos, tales como la posibilidad de transmisión, modificación de sus características o revisión de las concesiones para aquellos casos en que el concesionario no precise la totalidad de los caudales concedidos, con una posterior reasignación por parte de la Administración hidráulica a otros usuarios que sí los necesiten.

Sobre el contrato de cesión también se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 149/2011, de 28 de septiembre, en la que ha declarado la compatibilidad constitucional entre el mercado de derechos de uso del agua y la regulación constitucional del dominio público (art. 132 CE) ¹⁶⁴.

ii. Los centros de intercambio de derechos al uso del agua

La Ley 46/1999 también introdujo la posibilidad de crear centros de intercambio de derechos de uso del agua –comúnmente denominados como “bancos de agua”–, en los que la Administración actúa como intermediaria para promover la redistribución de recursos hídricos. Actualmente, su regulación se recoge en los artículos 71 TRLA y 354 y 355 RDPH.

La creación de estos centros de intercambio se realiza mediante Acuerdo del Consejo de Ministros y a propuesta del Ministro de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, y se reserva para situaciones tasadas y excepcionales. Se trata de las situaciones reguladas en los artículos 55 (situaciones de falta de disponibilidad del recurso que obligue al Organismo de cuenca a fijar su explotación para garantizar su uso racional), 56 (masas de agua subterránea en riesgo de no alcanzar el buen estado

del recurso en cuanto res communis), sino los titulares de simples derechos de aprovechamiento. Se consagra así la ‘patrimonialización’ del dominio público hidráulico, no, desde luego, en términos generales, pero sí desde la perspectiva de los concretos aprovechamientos’.

¹⁶⁴ Vid. un comentario de esta sentencia en EMBID (2013) pp. 42-49.

cuantitativo o químico) y 58 (circunstancias de sequías extraordinarias, de sobreexplotación grave de acuíferos o similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales) TRLA¹⁶⁵ y aquellas otras que reglamentariamente se determinen por concurrir causas análogas¹⁶⁶.

A diferencia de lo que ocurre con los contratos de cesión, pueden ser objeto de intercambio en estos centros tanto las aguas públicas como las privadas¹⁶⁷. En efecto, el RDPH prevé que podrán participar en las operaciones de los centros de intercambio, para ceder sus derechos, los concesionarios y los titulares de aprovechamiento al uso privativo de las aguas que tengan inscritos sus derechos en el Registro de Aguas o en el catálogo de aprovechamientos de la cuenca, respectivamente (art. 354.1).

Las adquisiciones y enajenaciones del derecho al uso del agua que se realicen por esta vía deberán respetar los principios de publicidad y libre concurrencia y se llevarán a cabo conforme al procedimiento y los criterios de selección que se han establecido en los artículos 354 y 355 RDPH.

El procedimiento en virtud del cual tienen lugar los intercambios de derechos consta básicamente de dos fases yuxtapuestas¹⁶⁸. En primer lugar, el Organismo de cuenca procede a la captación de derechos de usos del agua a través de las ofertas públicas de adquisición de derechos, dirigidas a quienes reúnan las características detalladas en las mismas. En segundo lugar, se efectuará la posterior cesión de los derechos adquiridos a los usuarios que acepten las condiciones y precios ofertados por el Organismo de cuenca.

¹⁶⁵ Para PLAZA (2009) p. 607, si bien la constitución de estos centros de intercambio “parece tener un carácter excepcional, al limitarse en principio a los supuestos de los artículos 55, 56 y 58 del TRLA, las circunstancias previstas en el art. 55 están formuladas con tal amplitud que en la práctica la Administración podrá crear estos Centros siempre que lo estime conveniente para garantizar la explotación racional de este recurso”.

¹⁶⁶ El artículo 354 RDPH no ha añadido ningún supuesto adicional a los ya previstos por el TRLA.

¹⁶⁷ Para NAVARRO (2007) p. 391, “No alcanza a comprenderse esta diferencia si se recuerda que ambas figuras están inspiradas por el mismo espíritu de redistribución de caudales, lo que debería implicar que sean los mismos sujetos los que puedan utilizar ambas instituciones”.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 393.

La oferta pública de adquisición de derechos de uso del agua¹⁶⁹ debe publicarse en el “Boletín Oficial del Estado”, en el diario oficial de las comunidades autónomas afectadas y, al menos, en dos diarios de amplia difusión. En el anuncio se hará referencia a la existencia de un folleto explicativo de la oferta, que estará a disposición de los interesados en la sede del Organismo de cuenca.

Los solicitantes interesados en ceder derechos al uso privativo deben dirigir sus solicitudes¹⁷⁰ al Organismo de cuenca, en los plazos previstos en la oferta pública de adquisición. Recibidas las solicitudes, el Organismo de cuenca resolverá sobre la determinación de los derechos que han resultado adjudicatarios de la oferta. La resolución se notificará a los afectados, se publicará en el Boletín Oficial del Estado y se inscribirá en el Registro de Aguas.

La contabilidad y registro de las operaciones que se realicen en el seno de los centros de intercambio se llevarán separadamente respecto al resto de actos en que puedan intervenir los Organismos de cuenca.

iii. Algunas consideraciones sobre el papel que juega la Administración en estos nuevos instrumentos

Tanto en los contratos de cesión de derechos al uso privativo de las aguas como en los centros de intercambio hay intervención de la Administración pública. En el contrato de cesión la transmisión se somete a autorización administrativa previa, aunque previamente ya existe acuerdo entre cedente y cesionario y la Administración no ha intervenido ni actuado como intermediaria en las correspondientes ofertas y demandas de agua que se hayan podido producir. En cualquier caso, en puridad, no estamos ante un verdadero mercado de aguas.

¹⁶⁹ Sobre los extremos que deben concretarse en la oferta pública de adquisición, *vid.* el artículo 355.3 RDPH.

¹⁷⁰ Sobre el contenido que deben tener las solicitudes, *vid.* el artículo 355.4 RDPH.

Como señala EMBID¹⁷¹, son escasas las “notas de puro ‘mercado’ (entendido como algo al que dos partes llegan como resultado de su estricta y exclusiva voluntad dentro de un determinado marco jurídico, obviamente) y más bien la existencia de un mercado intervenido por la Administración no solamente por la presencia de determinados elementos de control posteriores a la acción de las partes, sino por la misma creación del régimen jurídico de las transacciones muy probablemente adecuado a lo que las partes comunican a la Administración sobre cuáles son sus necesidades”. Estamos, por tanto, ante mercados fuertemente intervenidos por la Administración¹⁷². Ello no obsta para que, a pesar de esta intervención administrativa existente –que podría reforzarse, por ejemplo, mediante la previsión del silencio administrativo negativo en lugar de positivo para evitar que predominen los intereses privados sobre los públicos¹⁷³–, puedan plantearse, como hace EMBID¹⁷⁴, algunos interrogantes en torno a si es posible admitir el negocio y el lucro privado basado en el uso de un recurso natural que es un bien de dominio público estatal cuya adquisición por los particulares que luego van a transar sobre el mismo ha sido gratuita y basada en el interés público que iba a cumplirse con la utilización de caudales.

La intervención administrativa es más intensa, en cambio, en los centros de intercambio de derechos. En efecto, hay aquí un mayor intervencionismo de la Administración que en los contratos de cesión. En tanto que en éstos la intervención administrativa se limita a la estricta autorización de un contrato cuya existencia se debe exclusivamente a la actuación directa de los particulares¹⁷⁵, en los centros de intercam-

¹⁷¹ EMBID (2013) p. 52.

¹⁷² *Ibidem*, p. 76.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 77.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 76-77.

¹⁷⁵ En este sentido NAVARRO (2007) p. 399, quien, además, destaca cómo “el contrato de cesión se configura mediante el concierto de las voluntades de los particulares por lo que a la administración hidráulica sólo resta autorizarlo para que finalmente produzca efectos. Incluso en el momento de la autorización del contrato de cesión se sabe que aquélla está muy limitada, pues se encuentran taxativamente previstos los supuestos en que la Administración no podrá autorizar el mismo. Se presenta éste, en suma, como un negocio jurídico prácticamente blindado que la Administración deberá aceptar o rechazar en bloque, en la medida que respete la legalidad, sin poder introducir en su contenido alteraciones de ningún tipo”.

bio la Administración asume un mayor protagonismo, ya que gestiona, controla y ordena todo el proceso. Una vez acordada su constitución por el Consejo de Ministros, la Administración hidráulica dirige todo el proceso y su intervención es total (controla la oferta pública de adquisición de derechos y también la oferta pública de cesión de los mismos) y a los particulares sólo les queda la única opción de aceptar las ofertas públicas de adquisición de derechos al uso del agua tal como las presenta el Organismo de cuenca, o aceptar la cesión de aquellos derechos previamente adquiridos por el Organismo de cuenca en los términos por él ofertados¹⁷⁶.

f. El agua como recurso natural. La protección de la calidad de las aguas. Las técnicas de protección de la calidad de las aguas

La protección del dominio público hidráulico y de la calidad de las aguas también ocupa un lugar destacado en el TRLA, con el fin de proteger los recursos hídricos frente a la contaminación. El TRLA fija una serie de objetivos de protección de las aguas y del dominio público hidráulico (art. 92) y también objetivos medioambientales que deben alcanzarse para conseguir una adecuada protección de las aguas, en función de si se trata de aguas superficiales, aguas subterráneas, zonas protegidas y masas de agua artificiales y masas de agua muy modificadas (art. 92 bis).

Entre los instrumentos de protección de la calidad de las aguas destacamos especialmente la autorización de vertido, regulada en los artículos 100 a 110 TRLA, y el canon de control de vertidos, regulado en el artículo 113 TRLA¹⁷⁷. El TRLA prohíbe, con carácter general, “el vertido directo o indirecto de aguas y de productos residuales susceptibles de contaminar las aguas continentales o cualquier otro elemento del dominio público hidráulico, salvo que se cuente con la previa autorización

¹⁷⁶ *Ibídem*, p. 399.

¹⁷⁷ Sobre el régimen jurídico de los vertidos *vid.* CASADO (2004), FORTES (2005) y SANZ (1997).

administrativa”. En consecuencia, la realización de vertidos¹⁷⁸ se somete a autorización administrativa previa –otorgada por la Administración hidráulica estatal o autonómica, en función del carácter supracomunitario o intracomunitario de la cuenca hidrográfica donde se efectúen–, si bien debe tenerse en cuenta que cuando el vertido pueda dar lugar a la infiltración o almacenamiento de sustancias susceptibles de contaminar los acuíferos o las aguas subterráneas, sólo podrá autorizarse si el estudio hidrogeológico previo demostrase su inocuidad. Esta autorización tiene como objeto la consecución de los objetivos medioambientales establecidos y se otorgará teniendo en cuenta las mejores técnicas disponibles y de acuerdo con las normas de calidad ambiental y los límites de emisión fijados reglamentariamente. Se establecerán condiciones de vertido más rigurosas cuando el cumplimiento de los objetivos medioambientales así lo requiera.

196

Las autorizaciones de vertido deben establecer las condiciones en que deben realizarse los vertidos y, en cualquier caso, deben especificar las instalaciones de depuración necesarias y los elementos de control de su funcionamiento, así como los límites cuantitativos y cualitativos que se impongan a la composición del efluente y el importe del canon de control de vertido. Asimismo, podrán establecerse plazos y programas de reducción de la contaminación para la progresiva adecuación de las características de los vertidos a los límites que en ella se fijen.

El TRLA faculta al Organismo de cuenca para revisar las autorizaciones de vertido en los siguientes casos (art. 104):

- a. Cuando sobrevengan circunstancias que, de haber existido anteriormente, habrían justificado su denegación o el otorgamiento en términos distintos.
- b. Cuando se produzca una mejora en las características del vertido y así lo solicite el interesado.

¹⁷⁸ Con arreglo al artículo 100.1 TRLA se consideran vertidos “los que se realicen directa o indirectamente en las aguas continentales, así como en el resto del dominio público hidráulico, cualquiera que sea el procedimiento o técnica utilizada”.

- c. Para adecuar el vertido a las normas y objetivos de calidad de las aguas que sean aplicables en cada momento y, en particular, a las que para cada río, tramo de río, acuífero o masa de agua dispongan los Planes hidrológicos de cuenca.

En casos excepcionales, por razones de sequía o en situaciones hidrológicas extremas, los Organismos de cuenca podrán modificar, con carácter general, las condiciones de vertido a fin de garantizar los objetivos de calidad.

Ante la realización de un vertido no autorizado o que incumpla las condiciones de la autorización, el Organismo de cuenca realizará las siguientes actuaciones (art. 105 TRLA):

- a. Incoar un procedimiento sancionador y de determinación del daño causado a la calidad de las aguas.
- b. Liquidará el canon de control de vertido.

Complementariamente, podrá acordar la iniciación de los siguientes procedimientos:

- a. De revocación de la autorización de vertido, cuando la hubiera, para el caso de incumplimiento de alguna de sus condiciones.
- b. De autorización del vertido, si no la hubiera, cuando éste sea susceptible de legalización.
- c. De declaración de caducidad de la concesión de aguas en los casos especialmente cualificados de incumplimiento de las condiciones o de inexistencia de autorización, de los que resulten daños muy graves en el dominio público hidráulico.

Ni las revocaciones ni las declaraciones de caducidad darán derecho a indemnización.

Los vertidos al dominio público hidráulico están gravados con el canon de control de vertidos, una tasa destinada al estudio, control, protección y mejora del medio receptor de cada cuenca hidrográfica cuya

recaudación se realiza por el propio Organismo de cuenca –o por la Administración Tributaria del Estado, en virtud de convenio con aquél–. La exigencia de este tributo se determina por la realización del vertido y no por su autorización. Por tanto, son sujetos pasivos quienes lleven a cabo el vertido¹⁷⁹.

IV. ALGUNAS TENDENCIAS

I. LA REAFIRMACIÓN DEL PRINCIPIO DE UNIDAD DE CUENCA Y LA RECENTRALIZACIÓN DE COMPETENCIAS

En los últimos años se ha asistido en España, a raíz de la reforma de los Estatutos de Autonomía de algunas comunidades autónomas a un proceso de territorialización del agua¹⁸⁰, a través del cual dichos Estatutos reconocían a sus comunidades autónomas competencias de gestión sobre las cuencas intercomunitarias¹⁸¹, poniendo en cuestión el que hasta entonces había sido el modelo de gestión de las aguas en España –un modelo de gestión por cuencas, en el que las competencias recaían en la administración hidráulica estatal o autonómica, en función del carácter inter o intracomunitario de la cuenca–.

Sin embargo, las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas sobre estos Estatutos (especialmente, las Sentencias 30/2011, de 16 de marzo y 32/2011, de 17 de marzo) han reafirmado el principio de unidad de cuenca y consideran la cuenca hidrográfica como una unidad que no puede ser objeto de fragmentación. En definitiva, “el Tribunal Constitucional ha asumido que la cuenca hidrográfica es una unidad infragmentable. La fragmentación de la cuenca no es el mecanismo idóneo para dotar a las CCAA de mayor protagonismo en la gestión hidrográfica. Aún así no hay

198

¹⁷⁹ Sobre este canon, *vid.* el artículo 113 TRLA.

¹⁸⁰ Sobre esta cuestión, *vid.* EMBID (dir.) (2007).

¹⁸¹ Es el caso de los Estatutos de Autonomía de Andalucía (art. 51) y de Castilla y León (art. 75.1), que atribuían a sus respectivas comunidades autónomas competencias de gestión sobre la cuenca del Guadalquivir en el territorio de Andalucía y sobre la cuenca del Duero en Castilla y León.

que olvidar que el TC no ha negado que las Comunidades Autónomas puedan tener participación en la planificación de los recursos y de los aprovechamientos de las cuencas intercomunitarias y por tanto se puede entender que también en la gestión”¹⁸².

Por otra parte, también se ha producido una “recentralización” de las funciones de policía de las aguas¹⁸³. El Real Decreto-ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente –convertido posteriormente en la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente– ha puesto fin a la tan criticada cesión mediante Decreto-ley de las competencias estatales en materia de aguas operada por el Real Decreto-ley 12/2012, que introdujo un nuevo apartado uno a la disposición adicional séptima del TRLA, ahora derogado, que habilitaba para el ejercicio de facultades de policía del dominio público hidráulico en la cuencas intercomunitarias, así como para la tramitación de los procedimientos a que dieran lugar sus actuaciones hasta la propuesta de resolución, a las comunidades autónomas que hubieran asumido en sus Estatutos la competencia ejecutiva sobre estas facultades. La finalidad de este cambio es “evitar que con esta reforma legal pueda verse afectado el principio de unidad de gestión de las cuencas hidrográficas intercomunitarias, elevado a principio constitucional por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 227/1988, 161/1996 y 30 y 32/2011. Y salir al paso de los desarrollos normativos que sobre esta materia hayan realizado o puedan realizar las Comunidades Autónomas habilitadas por esa disposición adicional”¹⁸⁴.

¹⁸² GALLEGO (2011) p. 299.

¹⁸³ CARO-PATÓN y ESCARTÍN (2013) p. 399.

¹⁸⁴ Vid. el Preámbulo del Real Decreto-ley 17/2012, párrafo undécimo.

2. DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO Y AGUAS PRIVADAS: LOS INTENTOS DE RECONducIR A LOS TITULARES DE AGUAS PRIVADAS AL RÉGIMEN CONCESIONAL

Recientemente, se han producido algunas modificaciones del TRLA con el fin de reconducir a los propietarios de aguas privadas, con derechos anteriores a la entrada en vigor de la LA al régimen concesional. La finalidad ha sido incentivar, como mecanismo potestativo, la transformación de los derechos de aprovechamiento privados de aguas en derechos concesionales, con el objetivo, entre otros, de facilitar y mejorar la gestión de episodios meteorológicos e hidrológicos desfavorables. Con esta finalidad, se han introducido por la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, dos nuevas disposiciones transitorias en el TRLA¹⁸⁵: la tercera bis, con el título de “Disposiciones comunes a la aplicación del apartado tercero de las disposiciones transitorias segunda y tercera”, y la décima, con el título de “Transformación de derechos privados en concesionales”¹⁸⁶. La primera de ellas pretende endurecer legalmente la llamada “congelación” de derechos de que disponen estos titulares de aguas privadas. Con arreglo a las disposiciones transitorias segunda y tercera estos propietarios mantienen su propiedad en la misma forma en que la tenían hasta la entrada en vigor de la LA, por lo que si se produce alguna modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento o el incremento de los caudales utilizados, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación. La nueva disposición transitoria tercera bis del TRLA interpreta ahora qué debe entenderse por modificación de las condiciones o del régimen de aprovechamiento y entiende que se incluyen, entre otras, “las actuaciones que como cualquier cambio en el uso, ubicación o variación de superficie sobre la que se aplica el recurso en el caso de aprovechamiento de regadío”¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Sobre esta reforma del TRLA, *vid.* MELLADO (2014) pp. 397-403 y NAVARRO (2013b) pp. 534-547.

¹⁸⁶ Sobre esta reforma, *vid.* MOREU (2014) pp. 335-373.

¹⁸⁷ Como advierten CARO-PATÓN y ESCARTÍN (2013) p. 400, “Al margen de cualquier valoración política, para los ojos de un jurista esta medida resulta paradójica, ya que se prohíbe a los propietarios lo que se admite para los concesionarios, que pueden participar en los mercados de agua a través de los contratos de cesión de derechos”.

Asimismo, esta disposición transitoria tercera bis establece algunas previsiones en relación con la concesión a que se refieren las disposiciones transitorias segunda y tercera y que es necesaria en caso de que se produzca una modificación de las condiciones o régimen de aprovechamiento. Estas concesiones se otorgarán, a instancia de parte, sin procedimiento de competencia de proyectos, siendo necesarios el informe de compatibilidad con el Plan hidrológico, el de la Administración competente en función del uso a que se destine y el de la comunidad de usuarios, en caso de existir, y el trámite de información pública. El plazo concesional máximo se extiende hasta 2035, teniendo preferencia en ese momento el concesionario para obtener una nueva concesión.

La segunda modificación viene de la mano de la disposición transitoria décima, con arreglo a la cual los titulares de aprovechamientos de aguas inscritos en el Catálogo de aguas privadas de la cuenca pueden solicitar en cualquier momento la inscripción en el Registro de Aguas de la cuenca, para lo que instarán el otorgamiento de la correspondiente concesión. En esta disposición se establece un procedimiento para permitir que los antiguos propietarios de aguas privadas se transformen en concesionarios. Este procedimiento se caracteriza por las mismas características que el contemplado en la disposición transitoria tercera bis. La transformación no se podrá solicitar cuando la solicitud de concesión se refiera a masas de agua subterránea declaradas en riesgo de no alcanzar un buen estado y no exista un programa de actuación aprobado.

3. LA NECESARIA REORIENTACIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA

En la actualidad y desde hace ya algunos años, se asiste en España a una crisis del sistema concesional y se plantea la introducción de cambios en su régimen jurídico. Ciertamente, han pasado casi treinta años desde la aprobación de la LA, fuertemente sobrepasada por la evolución de las circunstancias, muy diferentes a las de entonces. Como señala EM-

BID¹⁸⁸, la situación actual hace que la asignación de los recursos hídricos ya no pueda recaer casi exclusivamente sobre la concesión. En primer lugar, debe llamarse la atención sobre una cuestión fundamental como es la imposibilidad del otorgamiento de nuevas concesiones en muchas zonas, a causa de la escasez o inexistencia de recursos hídricos¹⁸⁹, escasez que puede verse incrementada los próximos años como consecuencia de los efectos del cambio climático. En segundo lugar, cabe destacar la rigidez del sistema concesional en la asignación de los recursos hídricos, con un procedimiento de tramitación muy largo y poco ágil para responder a necesidades inmediatas e incluso con una jerarquía de usos que puede ser cuestionable. También algunos elementos del régimen concesional dificultan la fácil aplicación de su régimen jurídico, al aparecer poco definidos en el TRLA o en el RDPH¹⁹⁰. En tercer lugar, aun cuando la administración dispone de instrumentos para ajustar en todo momento las concesiones al interés público y poder actuar en situaciones de recursos hídricos escasos (por ejemplo, la revisión o la declaración de caducidad de las concesiones o la expropiación de derechos) es poco proclive a utilizarlos, no sólo por las resistencias de los titulares de las concesiones, sino también por el coste económico que en algunos casos supone¹⁹¹. Además, no podemos olvidar el actual contexto de crisis económica en España y las dificultades con que se enfrenta la Administración para ejercer sus funciones.

En este contexto, se plantea por algunos autores una reorientación del régimen jurídico de la concesión administrativa, introduciendo una mayor flexibilidad en su régimen jurídico. Desde esta perspectiva, se apela, por ejemplo, a la introducción de cambios en la jerarquía de usos actualmente establecida en el TRLA –sin olvidar que se configura con

¹⁸⁸ EMBID (2013) p. 32.

¹⁸⁹ Así lo pone de manifiesto EMBID (2013) p. 33, quien incluso afirma que “de haber estado configurada la concesión en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, como elemento central y prácticamente único en la asignación de recursos y, por tanto, referencia imprescindible de una ‘política de aguas’, hoy su régimen jurídico, desde el punto de vista del otorgamiento, es de las partes de la legislación de aguas menos aplicada en bastantes Organismos de Cuenca”.

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 33.

¹⁹¹ *Ibidem*, pp. 33-34.

carácter subsidiario respecto de la que puedan establecer los planes—, para introducir mayor flexibilidad¹⁹². Por ejemplo, EMBID¹⁹³ señala que la jerarquía actual es excesivamente analítica y pormenorizada y aboca a un predominio de los usos agrarios que puede ser incompatible con la realidad económica y social. Por ello, apunta su preferencia por “una agrupación de usos al estilo de la que figura, por ejemplo en la Ley 9/2010, de Aguas de Andalucía¹⁹⁴, lo que da mayor flexibilidad a la siempre necesaria jerarquización de usos y, por tanto, al otorgamiento de concesiones y por supuesto, y último reflejo, al contrato de cesión de derechos de uso de agua”, aun cuando “la mayor flexibilidad posible deberá encontrarse en los Planes Hidrológicos que podrán, y ello es muy conveniente, hasta distinguir distintos órdenes jerárquicos según las distintas zonas del territorio (por sistemas hidrológicos, por ejemplo)”. De todas formas, la agrupación de usos y la acumulación de distintas utilidades en el mismo rango planteará mayores dificultades a la hora del otorgamiento de las concesiones, ya que se incrementa la discrecionalidad administrativa.¹⁹⁵

Asimismo, es imprescindible una simplificación del procedimiento de concesión y también del procedimiento de modificación de sus características. Como pone de manifiesto NAVARRO¹⁹⁶, ello requiere “la implantación gradual pero definitiva del procedimiento electrónico, más ágil y apoyado en las tecnologías de la información y la comunicación, con plazos más cortos, en el que la interoperabilidad entre las Administraciones públicas y la completa informatización de archivos y registros

¹⁹² Así lo apuntan, entre otros, EMBID (2013) p. 56; GARCÍA (2003) pp. 143-144; MENÉNDEZ (2002) p. 67.

¹⁹³ EMBID (2013) p. 56.

¹⁹⁴ El artículo 23.2 de esta Ley fija con carácter supletorio la siguiente escala de preferencia: a) usos domésticos para la satisfacción de las necesidades básicas de consumo de boca y salubridad, b) usos urbanos no domésticos en actividades económicas de bajo consumo de agua, c) usos agrarios, industriales, turísticos y otros usos no urbanos en actividades económicas y usos urbanos en actividades económicas de alto consumo y d) otros usos no establecidos en los apartados anteriores. La priorización de los usos dentro del nivel correspondiente a la letra c) en la escala de preferencia “se establecerá en función de su sostenibilidad, el mantenimiento de la cohesión territorial y el mayor valor añadido en términos de creación de empleo y generación de riqueza para Andalucía. Reglamentariamente se establecerá un procedimiento para la determinación del orden supletorio de prioridad de usos en actividades económicas, que garantizará la audiencia a los usuarios interesados y a las organizaciones que los representen”.

¹⁹⁵ EMBID (2013) pp. 56-57.

¹⁹⁶ NAVARRO (2013a) p. 143.

así como la implantación del documento electrónico y la progresiva utilización de las comunicaciones electrónicas sea una realidad. Un procedimiento concesional actual y acorde con la sociedad de la información del siglo XXI, del que se eliminen aquellos trámites que en la práctica se manifiesten inútiles, lentos, es imprescindible en la actualidad”.

EMBED IRUJO también apela al papel complementario del mercado de derechos de uso de aguas en la asignación de recursos hídricos en relación al papel tradicional y preferente de la concesión¹⁹⁷.

4. EL NUEVO IMPULSO A LOS CONTRATOS DE CESIÓN: MAYOR FLEXIBILIZACIÓN CON EL NUEVO RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN DE LAS INFRAESTRUCTURAS INTERCUENCAS INSTAURADO EN DICIEMBRE DE 2013

Inicialmente, la posibilidad de realizar contratos de cesión de derechos entre territorios de distintos planes hidrológicos de cuenca estaba limitada, ya que era necesario que tal circunstancia se encontrase específicamente prevista. El artículo 72 TRLA, en su redacción originaria, establecía que sólo se podrían usar infraestructuras que interconectasen territorios de distintos planes hidrológicos de cuenca para estas transacciones si el plan hidrológico nacional o las leyes singulares reguladoras de cada trasvase así lo habían previsto. En este caso, la competencia para autorizar el uso de estas infraestructuras y el contrato de cesión correspondía al Ministerio competente, entendiéndose desestimadas las solicitudes de cesión una vez transcurridos los plazos previstos sin haberse notificado resolución administrativa.

En la medida en que ni la Ley del Plan Hidrológico Nacional ni las leyes reguladoras de cada trasvase previeron la posibilidad de utilizar las infraestructuras de los trasvases para realizar cesiones de caudales entre territorios sometidos a distintos planes hidrológicos de cuenca, la cesión de caudales entre cuencas hidrográficas excedentes y deficitarias quedó

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 36.

relegada a una mera posibilidad excepcional, sin verdadera proyección práctica. Resultaba imposible, por tanto, realizar contratos de cesión de derechos entre distintas cuencas hidrográficas (o, dicho de otro modo, trasvases de origen privado)¹⁹⁸. Mediante el Real Decreto-Ley 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamiento del agua y el Real Decreto-Ley 14/2009, de 4 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas¹⁹⁹, se excepcionó este régimen del TRLA a causa de la situación de sequía y se posibilitó la transferencia intercuenas hasta el 30 de noviembre de 2010, fecha en que ha concluido esta regulación específica del mercado de aguas ante una situación de sequía. Sin embargo, aunque siempre cabe la utilización del Decreto Ley para la creación de este régimen especial, es conveniente prever esta opción como una regla general para reforzar la eficacia práctica del contrato de cesión como elemento corrector de los desfases intercuenas, dado el grave desequilibrio existente entre las diferentes cuencas hidrográficas²⁰⁰.

Ciertamente, la efectividad práctica se ha incrementado a partir del Real Decreto-Ley 15/2005, que permitió efectuar cesiones entre territorios sometidos a distintos planes hidrológicos de cuenca. Recientemente, la Ley 21/2013, de 9 de diciembre, de evaluación ambiental, ha modificado el artículo 72 TRLA con el fin de permitir que se realicen contratos de cesión de derechos entre distintas cuencas hidrográficas. Este precepto prevé ahora que la Dirección General del Agua podrá autorizar la cesión de derechos que implique el uso de infraestructuras que interconecten territorios de distintos Planes Hidrológicos de cuenca, teniendo en cuenta que esta autorización conlleva la de uso de las infraestructuras de interconexión. Asimismo, prevé que en estos casos se entenderán des-

¹⁹⁸ CARO-PATÓN y ESCARTÍN (2014) p. 486.

¹⁹⁹ Este Real Decreto-Ley fue objeto de prórrogas sucesivas hasta llegar al 30 de noviembre de 2009. Posteriormente, mediante el Real Decreto-Ley 14/2009, de 4 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas, se introdujo una nueva regulación, vigente hasta el 30 de noviembre de 2010. Sobre este Real Decreto-Ley, *vid.* EMBID (2011) pp. 38-43.

²⁰⁰ NAVARRO (2007) pp. 367-368.

estimadas las solicitudes de cesión una vez transcurridos los plazos previstos sin haberse notificado la resolución administrativa. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 69.3 TRLA, el régimen económico-financiero aplicable a estas transacciones será el establecido en las normas singulares que regulen el régimen de explotación de las correspondientes infraestructuras. Por último, la autorización de estas cesiones no podrá alterar lo establecido en las reglas de explotación de cada uno de los trasvases. Con esta regulación se flexibiliza el régimen jurídico del contrato de cesión de derechos al uso privativo de la aguas.

Por otra parte, también sería conveniente revisar el carácter excepcional con que se configuran los centros de intercambio de derechos al uso privativo del agua. Como señala NAVARRO, “cabe afirmar la conveniencia y acierto de ampliar los supuestos en que puedan constituirse los centros de intercambio o bien generalizar su aplicación. De este modo, dejando de ser un instrumento residual a utilizar únicamente en situaciones excepcionales como las previstas, podrían existir de forma cotidiana, aunque debidamente justificada. Con el funcionamiento generalizado de los centros de intercambio de derechos al uso del agua se arbitrarían intercambios de caudales entre concesionarios articulados por la Administración hidráulica, lo que convertiría a aquéllos en una alternativa complementaria de los contratos de cesión de derechos al uso del agua”²⁰¹. También sería deseable que se permitieran realizar intercambios de derechos de aguas procedentes de distintas cuencas hidrográficas.

Ambas, contratos de cesión y centros de intercambio, son figuras complementarias y deben conjugarse para afrontar la desigual situación hídrica de España²⁰².

²⁰¹ *Ibidem*, p. 390.

²⁰² *Ibidem*, p. 403.

5 LA REGULACIÓN DE NUEVOS RECURSOS NO CONVENCIONALES: LA DESALACIÓN Y LA REUTILIZACIÓN DE AGUAS DEPURADAS

La escasez de recursos hídricos convencionales ha planteado en España la necesidad de buscar alternativas al problema de la disponibilidad de estos recursos. Desde esta perspectiva, se ha planteado la regulación de la desalación y la reutilización de aguas depuradas, que pretenden incrementar la oferta de recursos disponibles sin acudir a la realización de las clásicas obras hidráulicas. La regulación de la desalación se introduce con la LMLA y, actualmente, se recoge en el artículo 13 TRLA. El régimen jurídico de la reutilización de aguas residuales se contiene en el artículo 109 TRLA y en el Real Decreto 1620/2007, de 7 de septiembre, por el que se establece el régimen jurídico de la reutilización de las aguas depuradas.

Estos instrumentos no han acabado de tener el éxito esperado. En opinión de EMBID²⁰³, la inexistencia de recursos hídricos convencionales “no ha sido ‘compensada’, desde otra perspectiva, por la aportación suficiente de recursos no convencionales. Así, la puesta en marcha de desaladoras no ha tenido lugar de una forma sustantiva; también se ha hecho un gran esfuerzo en la construcción de infraestructuras para la utilización de las aguas regeneradas, y, como en el caso de las desaladoras, se ha simplificado el ordenamiento jurídico aplicable para facilitar el acceso a las mismas, pero no parece que todavía su uso avance de una forma realmente importante. El papel que tendría el otorgamiento de concesiones (o de autorizaciones) en ambos frentes, aparece, por tanto, casi inmaculado”. De ahí que la doctrina también plantee la necesidad de introducir mejoras en el marco normativo de la desalación y la reutilización, con el fin de clarificar el régimen jurídico aplicable²⁰⁴.

²⁰³ EMBID (2013) p. 33.

²⁰⁴ Vid., por ejemplo, EMBID (2008) pp. 23-24, NAVARRO (2010) y NAVARRO (2013a) pp. 142-144.

6. EL RETO DE LA RECUPERACIÓN DEL COSTE DE LOS SERVICIOS RELACIONADOS CON EL AGUA

La cuestión del precio del agua siempre ha sido polémica. Esta cuestión debe situarse ahora en el contexto de la Directiva marco de aguas, que también tiene algunas repercusiones de carácter económico que van a proyectarse en el ordenamiento jurídico español en los años venideros. En efecto, una norma con una pretensión tan amplia, como es el establecimiento de un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas y de sólidas medidas de protección ambiental de este recurso, no podía permanecer ajena a una cuestión de enorme envergadura al llevar estos postulados a la práctica, como es la referente a la valoración económica y manera de afrontar los costes derivados de las medidas previstas, para evitar que queden en simple papel mojado. Se justifica, así, la incorporación en el texto de la Directiva de un artículo (el 9) cuyo objeto exclusivo es la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua. Este precepto, auténtico caballo de Troya durante el procedimiento de elaboración de la Directiva, impone a los Estados miembros tener en cuenta el principio de la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, incluidos los costes medioambientales y los relativos a los recursos, a la vista del análisis económico efectuado con arreglo al anexo III, y en particular de conformidad con el principio de quien contamina paga. A diferencia de la propuesta originaria, no se incluye la referencia a la “recuperación total” de los costes²⁰⁵ que tantas divergencias ocasionó en el seno de algunos Estados miembros, entre los que se encuentra España, de ahí que tan pretencioso objeto se viera condenado al fracaso. Los Estados miembros únicamente deben garantizar, a más tardar en el año 2010, el establecimiento de incentivos adecuados para que los usuarios utilicen de forma eficiente los recursos hídricos y una contribución adecuada de los diversos usos del agua a la recuperación de los costes de los servicios

²⁰⁵ Como pone de manifiesto SETUÁIN (2001) p. 27, una recuperación íntegra de los costes implicaría el recobro total de los costes a través de la exigibilidad al usuario del pago de los costes totales de explotación y mantenimiento del servicio y los equipos de inversión y de las reservas para futuras mejoras y ampliaciones.

relacionados con el agua, desglosados, al menos, en industria, hogares y agricultura, así como la inclusión en los planes hidrológicos de información sobre estas medidas²⁰⁶. Se fomenta, de este modo, el recurso a los instrumentos económicos –la tarificación del agua–, de acuerdo con las tendencias recientes en la política ambiental, para impulsar el uso sostenible de los recursos hídricos y la recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua, lo que permitiría conseguir de forma rentable los objetivos ambientales de la Directiva.

A raíz de la transposición de la Directiva marco de aguas en el ordenamiento jurídico español, se incluyó en el TRLA un nuevo artículo, el III bis, recientemente modificado, que recoge el principio de recuperación de los costes de los servicios relacionados con la gestión de las aguas. Si bien la transposición no ha alterado el régimen económico-financiero de las aguas en España, caracterizado por la heterogeneidad, la obsolescencia y la generalización de las subvenciones, como ha destacado DELGADO, sobre él ha puesto un principio general: el de recuperación de los costes de los servicios relacionados con el agua²⁰⁷.

209

El artículo III bis impone a las Administraciones Públicas competentes, en virtud del principio de recuperación de costes y teniendo en cuenta proyecciones económicas a largo plazo, establecer “los oportunos mecanismos para repercutir los costes de los servicios relacionados con la gestión del agua, incluyendo los costes ambientales y del recurso, en los diferentes usuarios finales”. La aplicación de este principio “deberá hacerse de manera que incentive el uso eficiente del agua y, por tanto, contribuya a los objetivos medioambientales perseguidos”. Asimismo, la aplicación del mencionado principio deberá realizarse con una contribución adecuada de los diversos usos, de acuerdo con el principio del que contamina paga, y considerando, al menos, los usos de abastecimiento, agricultura e industria. Todo ello con aplicación de criterios de transparencia. A tal fin, “la administración con competencias en materia de

²⁰⁶ Véanse los apartados 1 y 2 del artículo 9 de la Directiva marco de aguas.

²⁰⁷ DELGADO (2004) p. 211.

suministro de agua establecerá las estructuras tarifarias por tramos de consumo, con la finalidad de atender las necesidades básicas a un precio asequible y desincentivar los consumos excesivos”²⁰⁸.

Ahora bien, la aplicación del principio de recuperación de costes también ha de tener en cuenta las consecuencias sociales, ambientales y económicas, así como las condiciones geográficas y climáticas de cada territorio y de las poblaciones afectadas, siempre y cuando ello no comprometa ni los fines ni el logro de los objetivos medioambientales establecidos. Se atribuye al Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente la competencia para establecer excepciones.

En el marco global instaurado por la Directiva marco de agua adquiere todo su sentido la valoración de los costes que acarrea la formulación de una política de protección ambiental de las aguas²⁰⁹. Como ha advertido FANLO, el análisis económico del coste del agua tiene su sentido en la política de gestión del agua, siempre que no se incurra en excesos mercantilistas y siempre que las tarifas del agua no respondan tan sólo a intereses económicos. Desde esta perspectiva “las tarifas pueden cumplir un importante papel en la política de ahorro del agua de carácter general (no sólo limitado al principio quien contamina paga, sino también, quien consume agua paga), actualizando las tarifas, en la medida de lo posible a los costes reales; para garantizar la transparencia en la facturación y distribución de cuotas entre todos los sectores económicos afectados; para alcanzar una mayor eficacia en el cobro de las tarifas, cánones y sanciones”²¹⁰.

La incorporación del principio de recuperación de costes se materializará en una política de incentivos para el uso eficiente y racional del agua y la contribución económica adecuada de los usuarios. Sin embargo, de la formulación de tal principio recogida en el artículo III bis del TRLA, “más que cambios inmediatos, cabe esperar que progresivamente vaya

²⁰⁸ Párrafo tercero del apartado 2 del artículo III bis TRLA.

²⁰⁹ Véase SETUÁIN (2001) p. 27.

²¹⁰ FANLO (1998) pp. 225-226.

removiendo las situaciones de proteccionismo público menos sostenibles y defendibles. Para ello es imprescindible ir creando en los sectores afectados la mentalidad que permita en un futuro una aplicación más fiel del mismo”²¹¹.

En cualquier caso, el principio de recuperación de costes va a imprimir un giro a los planteamientos tradicionales, en que el precio del agua en España en cuanto recurso ha sido cero y la práctica habitual ha sido un uso no racional de los recursos hídricos y una falta de eficiencia en el consumo²¹², al poner de manifiesto la necesidad de atribuir al dominio público hidráulico un valor económico y establecer precios del agua como incentivo para una gestión más eficiente de este recurso. En España, el mero consumo del agua o uso privativo por los particulares ha sido gratuito, sin perjuicio de que se exija a los usuarios, cuando sean beneficiarios de obras de regulación de las aguas superficiales o subterráneas o de otras obras hidráulicas específicas financiadas total o parcialmente a cargo del Estado, la satisfacción de un canon de regulación –destinado a compensar los costes de la inversión que soporte la Administración estatal y atender los gastos de explotación y conservación de tales obras– o de una tarifa de utilización –destinada a compensar los costes de inversión que soporte la Administración estatal y a atender a los gastos de explotación y conservación de tales obras–.

No existe un canon estatal que grave específicamente el uso del agua²¹³. Sin embargo, recientemente, a través de una modificación del TRLA, operada por la Ley 15/2012, de 27 de diciembre, de medidas fiscales para la sostenibilidad energética, que introduce un nuevo artículo 112 bis en el TRLA, se ha creado un canon por utilización de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica –quedando al margen el resto de usos–, que es una tasa destinada a la protección y mejora del

²¹¹ DELGADO (2004) pp. 211-212.

²¹² Así lo pone de manifiesto RODRÍGUEZ-CHAVES (2012) p. 1273.

²¹³ Sí prevé el TRLA, en su artículo 112, un canon de utilización que afecta a la ocupación, utilización y aprovechamiento de otros bienes de dominio público hidráulico diferentes a las aguas continentales (cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas y de los lechos de los lagos y lagunas y de los embalses superficiales en cauces públicos).

dominio público hidráulico²¹⁴. Esta tasa grava la utilización y aprovechamiento de las aguas continentales para la producción de energía eléctrica y su base imponible viene determinada por el valor económico de la energía hidroeléctrica producida, y medida en barras de central, en cada período impositivo anual por el concesionario, mediante la utilización y aprovechamiento del dominio público hidráulico.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

AGUDO, Jorge (2012): “Los usos del agua: problemas y perspectivas”, en Menéndez, Ángel (dir.) y De Marcos, Ana y López, Zaida (coords.), *Planificación y gestión del agua ante el cambio climático: experiencias comparadas y el caso de Madrid* (Madrid, La Ley) pp. 241-283.

CALVO, María (2001): “La regulación ecológica del agua en el siglo XXI. Reflexiones al hilo de la Ley 46/1999, de reforma de la Ley 29/1985”, *Revista de Administración Pública*, N° 154: pp. 409-440.

CARBALLEIRA, María Teresa (2007): “El reparto competencial en materia de aguas”, en González-Varas, Santiago (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, (Cizur Menor, Thomson-Civitas/Ente Público del Agua de la Región de Murcia) pp. 273-300.

CARO-PATÓN, Isabel (2006): “La Directiva marco de aguas y su transposición al Derecho español: análisis jurídico general”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, N° 9: 37-57.

CARO-PATÓN, Isabel y ESCARTÍN, Víctor Manuel (2013): “Mucho ruido y pocas nueces en el Derecho español de aguas”, en López, Fernando (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2013* (Cizur Menor, Aranzadi).

²¹⁴ Así lo establece el artículo 112 bis en su apartado primero. Sin embargo, este mismo precepto, en su apartado 8, dispone que el 2 por ciento del canon recaudado será considerado un ingreso del Organismo de cuenca, y el 98 por ciento restante será ingresado en el Tesoro Público por el organismo recaudador. Por ello, cabe poner en cuestión que realmente sea un canon para proteger la calidad del agua. Vid. CARO-PATÓN y ESCARTÍN (2013) p. 402.

CARO-PATÓN, Isabel y ESCARTÍN, Víctor Manuel (2014): “El cumplimiento imposible de la directiva marco del agua”, en López, Fernando (coord.), *Observatorio de Políticas Ambientales 2014* (Cizur Menor, Aranzadi).

CASADO, Lucía (2004): *Los vertidos en aguas continentales. Las técnicas de intervención administrativa* (Granada, Comares).

CASADO, Lucía (2005): *La regulación de los vertidos en aguas continentales en el Derecho comunitario. Hacia un enfoque ambiental y global en la protección de las aguas* (Barcelona, Cedecs).

CASADO, Lucía (2007): “Principales repercusiones de la Directiva marco de aguas en el ordenamiento jurídico español”, en González-Varas, Santiago (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas* (Cizur Menor, Thomson-Civitas/Ente Público del Agua de la Región de Murcia) pp. 157-198.

CASADO, Lucía et al. (dirs.) (2013): *Prestación de Servicios, Administraciones Públicas y Derecho Administrativo. Especial referencia al Derecho Ambiental* (Valencia, Tirant lo Blanch).

DEL SAZ, Silvia (1990): *Aguas subterráneas, aguas públicas* (Madrid, Marcial Pons). DELGADO, Francisco (1992): *Derecho de aguas y medio ambiente. El paradigma de la protección de los humedales* (Madrid, Tecnos).

DELGADO, Francisco (2004): “La transposición de la Directiva marco de aguas en España”, *Revista de Administración Pública*, N° 165: pp. 181-214.

DELGADO, Francisco (2013): “La protección ambiental de las aguas continentales”, en Ortega, Luis y Alonso, Consuelo (dirs.), y De Vicente, Rosario (coord.), *Tratado de Derecho Ambiental* (Valencia, Tirant lo Blanch) pp. 446-484.

EMBID, Antonio (1993): “Las competencias constitucionales y estatutarias sobre las aguas continentales. Planteamiento normativo y realidad jurídica”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 37: pp. 37-79.

EMBID, Antonio (2002): “Evolución del derecho y de la política del agua en España”, en Embid, Antonio (dir.), *El derecho de aguas en Iberoamérica*

y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio, Tomo I (Madrid, Civitas) pp. 17-64.

EMBED, Antonio (2008): “La política de aguas y su marco jurídico”, *Revista Aranzadi de Derecho Ambiental*, N° 14: pp. 13-27.

EMBED, Antonio (2011): “La crisis del agua, de la agricultura y de las finanzas públicas: el papel del derecho”, en Embid, Antonio (dir.), *Agua y agricultura* (Cizur Menor, Civitas), pp. 21-78.

EMBED, Antonio (2013): “La crisis del sistema concesional y la aparición de fórmulas complementarias para la asignación de recursos hídricos. Algunas reflexiones sobre los mercados de derechos de uso de agua”, en Embid, Antonio (dir.), *Usos del Agua (Concesiones, Autorizaciones y Mercados del Agua)*(Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi).

EMBED, Antonio (dir.) (2007): *Agua y territorio (consideración especial de la reforma de los Estatutos de Autonomía)* (Madrid, Thomson Civitas).

214

EMBED, Antonio (dir.) (2008): *Ciudadanos y usuarios en la gestión del agua*, (Cizur Menor, Thomson Civitas).

FANLO, Antonio (1996a): “Dominio público hidráulico y saneamiento de aguas residuales”, en Esteve, José (coord.), *Derecho del medio ambiente y Administración local* (Madrid, Civitas) pp. 303-352.

FANLO, Antonio (1996b): *Las Confederaciones Hidrográficas y otras Administraciones Hidráulicas* (Madrid, Civitas).

FANLO, Antonio (1998): “La evolución del Derecho comunitario europeo sobre el agua”, en Embid Irujo, Antonio (dir.), *El nuevo Derecho de Aguas: las obras hidráulicas y su financiación* (Madrid, Civitas) pp. 173-231.

FANLO, Antonio (2000): “La reforma de la Ley de Aguas y las Entidades Locales: especial referencia a la articulación de competencias concurrentes”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 17: pp. 325-353.

FANLO, Antonio (2003): “La adaptación de la Administración pública española a la Directiva marco comunitaria del agua”, en Pérez, Emilio

(coord.), *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas* (Madrid, Ecoiuris) pp. 153-178.

FORTES, Antonio (2005): *Vertidos y calidad ambiental de las aguas: regulación jurídico-administrativa* (Barcelona, Atelier).

GALLEGO, Isabel (2011): “De la asimetría en la delimitación de las demarcaciones hidrográficas”, en Embid, Antonio (dir.), *Agua y agricultura* (Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters) pp. 283-318.

GARCÍA, María Jesús (2003): *Técnicas Preventivas de Protección Ambiental en el Régimen de Uso y Utilización del Dominio Público Hidráulico* (Cizur Menor, Thomson-Aranzadi).

GARCÍA, Fernando (2010): *Régimen jurídico de la gestión del agua. Aspectos hidrológicos, organizativos, tributarios, de contratación pública y de responsabilidad ambiental* (Las Rozas –Madrid–, La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados).

GONZÁLEZ-ANTÓN, Carlos (2000): *El uso del agua por las Administraciones locales* (Barcelona, Cedecs).

HERAS, Guillermo (2001): “Usos del agua y eficiencia económica. Una propuesta de revisión y de actualización”, *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, N° 4: pp. 59-76.

LA CALLE, Abel (2001): “El Plan Hidrológico Nacional español: su incompatibilidad con el Derecho comunitario”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, N° 216: pp. 36-52.

LÓPEZ, Francisco (2007): voz “Concesiones” en Embid, Antonio (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas* (Madrid, Iustel).

LOZANO, Blanca (2010): *Derecho ambiental administrativo* (Las Rozas –Madrid–, La Ley).

MARTÍN-RETORTILLO, Sebastián (1997): *Derecho de Aguas* (Madrid, Civitas).

MELLADO, Lorenzo (2014): “Las aguas bajan revueltas... en la política hídrica española”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 165: 377-410.

MENÉNDEZ, Ángel (2002): “Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas”, en Embid, Antonio (dir.), *El derecho de aguas en Iberoamérica y España: cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tomo I (Madrid, Civitas) pp. 65-82.

MOREU, José Luis (1997): “Sobre la conveniente reforma de la Ley de Aguas y observaciones al Borrador de Proyecto de Ley de mayo de 1997”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 11: pp. 165-190.

MOREU, José Luis (2000): “La oscura redacción del mercado del agua por la Ley 46/1999”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 16: pp. 281-324.

216

MOREU, José Luis (2014): “El maltrato originario y creciente, por la legalidad vigente, a la propiedad privada del agua”, *Revista de Administración Pública*, N° 193: pp. 335-373.

NAVARRO, Teresa María (2007): *Los instrumentos de gestión del dominio público hidráulico. Estudio especial del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas y de los bancos públicos del agua* (Valencia, Tirant lo Blanch).

NAVARRO, Teresa María (2013a): “La utilización de los recursos hídricos no convencionales. Carencias y disonancias de un régimen jurídico inconcluso”, en Embid, Antonio (dir.), *Usos del Agua (Concesiones, Autorizaciones y Mercados del Agua)* (Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi), pp. 83-144.

NAVARRO, Teresa María (2013b): “Reflexiones sobre la última reforma en materia ambiental. La quimera de la simplificación administrativa”, en Navarro, Teresa María (dir.), *Estudios jurídicos constitucionales y administrativos, con especial referencia a la Administración local. Homenaje a José Antonio López Pellicer* (Murcia, Universidad de Murcia) pp. 517-548.

NAVARRO, Teresa María (dir.) (2010): *Reutilización de aguas regeneradas. Aspectos tecnológicos y jurídicos* (Murcia, Fundación Instituto Euromediterráneo del Agua).

PÉREZ, Nicolás (1995): “El ordenamiento ambiental y su aplicación a través de las políticas públicas sectoriales”, en Ruiz-Rico, Gerardo (coord.), *La protección del medio ambiente en el ordenamiento jurídico español* (Jaén, Universidad de Jaén).

PLAZA, Carmen (2009): “El Dominio Público Hidráulico”, en González, Julio V. (dir.),

Derecho de los bienes públicos (Valencia, Tirant lo Blanch, segunda edición) pp. 505-632.

RIQUELME, Carolina de Lourdes (2013): *El derecho al uso privativo de las aguas en España y Chile. Un estudio de derecho comparado*, Tesis Doctoral (Tarragona, Universidad Rovira i Virgili).

RODRÍGUEZ-CHAVES, Blanca (2012): “El precio del agua en la Comunidad Autónoma de Madrid”, en Menéndez, Ángel (dir.) y De Marcos, Ana y López, Zaida (coords.), *Planificación y gestión del agua ante el cambio climático: experiencias comparadas y el caso de Madrid* (Madrid, La Ley) pp. 1269-1329.

SANZ, Íñigo (1997): *Los vertidos en aguas subterráneas: su régimen jurídico* (Madrid, Marcial Pons).

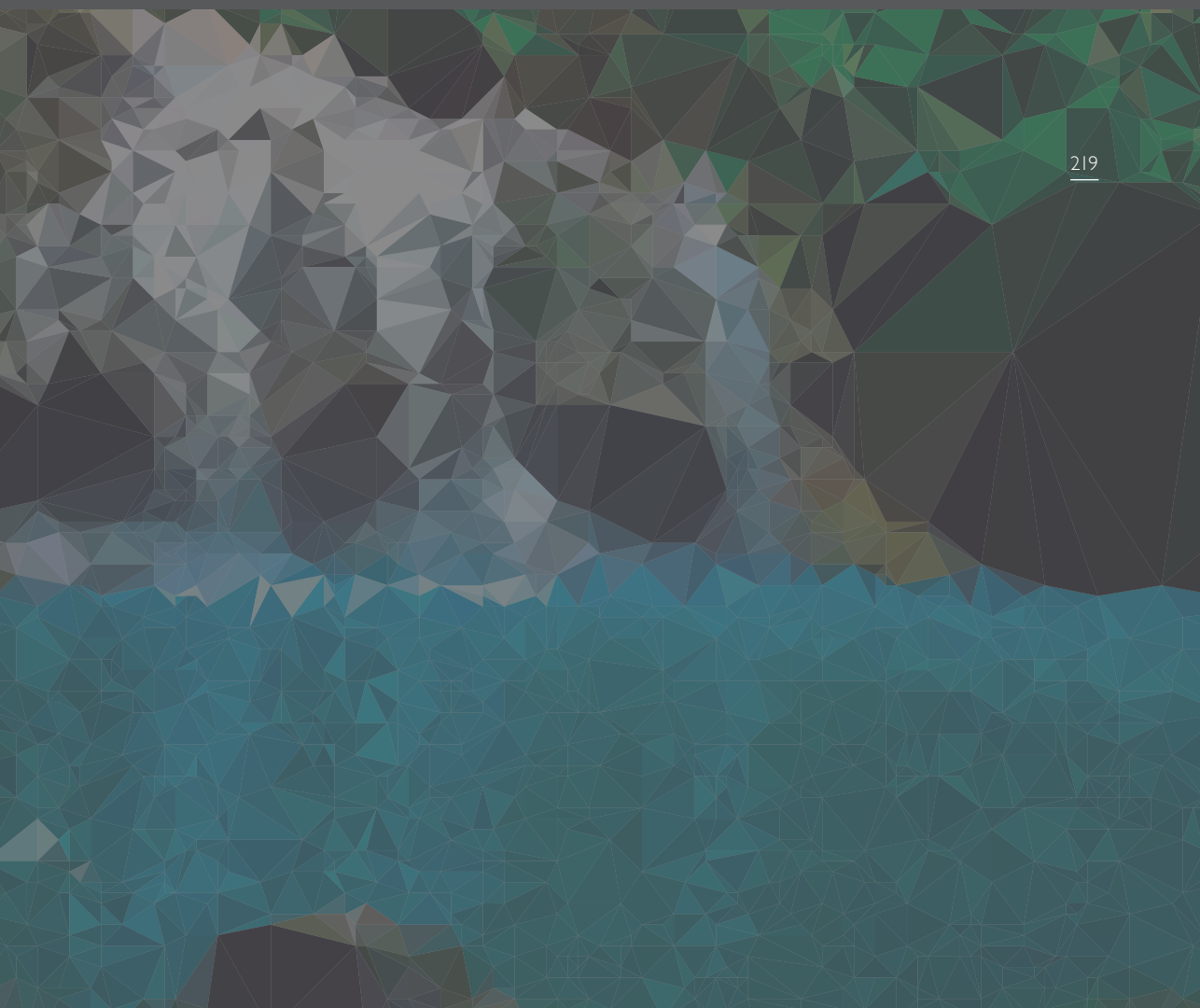
SÁNCHEZ, Miguel (2000): “Aspectos ambientales de la modificación de la Ley de Aguas”, en Embid, Antonio (dir.), *La reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999, de 13 de diciembre)* (Madrid, Civitas) pp. 87-112.

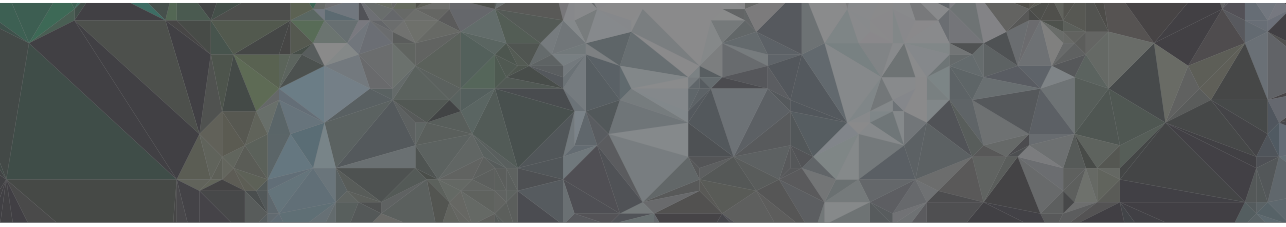
SETUÁIN, Beatriz (2001): “La Directiva-marco sobre el agua: el fin del proceso decisorio y el inicio del aplicativo”, *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, N° 11: pp. 5-32.

ZAMBONINO, María (2001): “La función pública ambiental: alcance y dificultades para su control jurisdiccional”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, N° 18: pp. 135-164.



TERCERA SECCIÓN
ESTUDIOS





I. CONSIDERACIONES GENERALES

El análisis de los criterios o doctrinas que ha asentado la Corte Suprema en relación con el amparo judicial de aguas, requiere previamente una identificación de las normas más importantes del orden jurídico nacional que fijan el marco legal del Derecho de Aguas en nuestro país. Dicho cometido es el que se abordará a continuación.

A nivel constitucional, el artículo 19 en el inciso final del numeral 24, asegura a todas las personas, “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*”. Esta redacción es coincidente con la que establece el N° 16 del artículo 1° del Acta Constitucional N° 3 de 1976, cuyo texto fue modificado mediante el Decreto Ley N° 2603/1979, que agregó un inciso final del mismo tenor. Este DL sigue vigente en la actualidad y tiene una importancia innegable en la materia en análisis, habiendo adquirido especial relevancia su artículo 7°, que establece una presunción de titularidad de dominio del derecho de aprovechamiento a quien sea dueño del inmueble que las esté utilizando (inciso 1°) o a quien se encuentre haciendo uso efectivo de ella (inciso 2°).

Con todo, el texto fundamental para esta área del Derecho es el Código de Aguas, publicado en el Diario Oficial el 29 de octubre de 1981, y que se encuentra contenido en el Decreto con Fuerza de Ley N° 1122/1981 del Ministerio de Justicia. Este cuerpo normativo regula detallada-

mente, entre otras materias, la adquisición del derecho de aprovechamiento de aguas y la forma de ejercerlo, consagrando, en relación con la materia que es objeto de este capítulo, y entre las formas de proteger el derecho de aprovechamiento, las “*Acciones Posesorias sobre Aguas*” (Libro I, Título IX) y una regulación especial “*De la Protección de las Aguas y Cauces*” (Libro I, Título X).

Sin embargo, el tema de análisis que nos ocupa se encuentra fundamentalmente contenido en el Libro II, denominado “*De los Procedimientos*”, cuyo Título II, “*De los Procedimientos Judiciales en los Juicios sobre Aguas en general*”, y párrafo 2° “*Del amparo judicial*”, contiene toda la regulación aplicable a esta acción especial entre los artículos 181 y 185 del Código en cuestión.

El inciso primero del artículo 181 dispone que “*El titular de un derecho de aprovechamiento o quien goce de la presunción a que se refiere el artículo 7° del decreto ley N° 2.603, de 1979, que estimare estar siendo perjudicado en el aprovechamiento de las aguas, por obras o hechos recientes, podrá ocurrir ante el Juez competente a fin de que se le ampare en su derecho*”.

222

Esta acción cautelar de urgencia fue una innovación introducida por la codificación vigente: “*Ni el CA de 1951 ni el de 1967 contemplaban esta acción, por lo que su inclusión en el Código de 1981 fue una novedad en nuestra legislación*”²¹⁵.

El profesor MUÑOZ ESCUDERO define el amparo judicial de aguas como: “*Aquella acción que tiene el titular de un derecho de aprovechamiento o quien goce de la presunción establecida en el art. 7° del DL N° 2.603, de 1979, que estimare estar siendo perjudicado en el ejercicio de su derecho, por obras o hechos recientes para que pueda ocurrir ante el juez respectivo a fin de que le ampare su derecho*”²¹⁶.

Otra definición doctrinaria del amparo judicial de aguas señala que el art. 181 del Código de Aguas ha creado un sistema rápido de amparo

²¹⁵ MUÑOZ (2011) p. 813.

²¹⁶ *Ibid.*

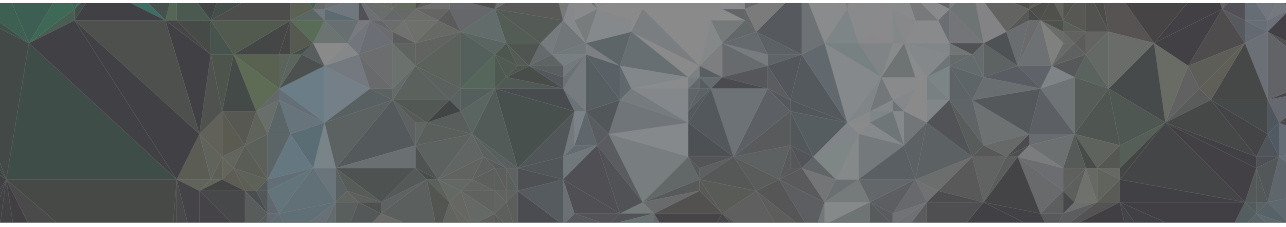
a favor de los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que sean afectados por terceros. En su concepción es muy similar a una acción cautelar (...) En estricto rigor no se trata de un recurso, se trata de una especial forma de acción posesoria destinada a proteger el ejercicio material del derecho de aprovechamiento de aguas, cuando es afectado por obra o hecho de terceros²¹⁷.

Si bien el artículo 182, inciso 1º, numeral 1, denomina “recurrente” a quien acude al juez de letras buscando amparo, no hay duda de que el amparo de aguas se trata de una acción y no de un recurso, como lo afirma el mismo autor, cuando señala: “*En el caso del amparo judicial de aguas se trata de una acción destinada a amparar a un usuario de aguas de un acto de terceros que lo perjudica en su derecho de aprovechamiento*”²¹⁸.

A partir del análisis de la jurisprudencia que ha seguido la Corte Suprema entre 2010 y 2016 en esta materia, es posible apreciar que el máximo tribunal ha mantenido una línea coherente respecto al amparo judicial de aguas. Más aún, habiéndose pronunciado todas las sentencias del período estudiado de forma unánime, puede afirmarse que sobre la materia en estudio, la Corte Suprema ha sentado precedente y otorgado uniformidad a la jurisprudencia, lo que significa un aporte tanto a la seguridad jurídica como a la ilustración sobre la recta interpretación de las normas que regulan el amparo judicial de aguas. Es más, el hecho de que diversas Salas de la Corte hayan conocido la materia no ha sido un obstáculo para ello.

²¹⁷ SEGURA (2009), pp. 148 y 149.

²¹⁸ *Ibíd.*, p. 814.



II. LA FINALIDAD DEL AMPARO JUDICIAL DE AGUAS

I. LA ACCIÓN DE AMPARO JUDICIAL DE AGUAS TIENE UNA FINALIDAD CAUTELAR

Según la normativa vigente, el amparo judicial de aguas tiene como fin cautelar el *statu quo*, remediando de forma rápida y expedita la perturbación de quien, detentando un derecho de aprovechamiento o gozando de la presunción legal, estime que está siendo perjudicado en el ejercicio de dicho derecho por obras o hechos recientes.

En concordancia con esta definición, en la sentencia de la causa rol 6220/2008, de 1° de diciembre de 2010, la Corte Suprema rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra del fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena. El tribunal de alzada, a su vez, había confirmado la sentencia de primera instancia que acogiera la acción de amparo. Habiéndose acreditado la producción de turbación o embarazo en el legítimo uso de los derechos de aguas de la actora, y la privación de esos derechos a la fecha de interposición de la acción, el máximo tribunal le ordenó a la recurrida remover toda obstrucción que impidiera el libre curso del agua al predio de la actora, facultando a esta última para proceder de conformidad con las normas de los artículos 530 y siguientes del Código de Procedimiento Civil²¹⁹.

²¹⁹ Que regula el procedimiento ejecutivo en las obligaciones de hacer y de no hacer.

El Considerando 7° de la sentencia de casación se pronunció sobre el objetivo de la acción de amparo en los siguientes términos:

“SÉPTIMO: Que (...) la finalidad del amparo judicial estatuido en los artículos 181 y siguientes del Código de Aguas, [es] poner término en el más breve plazo a cualquier entorpecimiento, privación o perturbación en el ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas de que se es titular, ante una situación fáctica que le está causando daño y que requiere de una expedita solución para restablecer el imperio del derecho”²²⁰.

De forma similar y con más detalle, la Corte Suprema se pronunció en la sentencia de la causa rol 5391/2008, de 11 de enero de 2011, sobre un recurso de casación en el fondo presentado también en contra de un fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena, que invalidando de oficio la sentencia de primer grado, hizo lugar al amparo, ordenándole al recurrido hacer cesar el entorpecimiento acreditado. En su considerando 7°, la sentencia de casación estableció lo siguiente:

“SÉPTIMO: Que, por otra parte, como ya lo ha resuelto esta Corte en otras sentencias sobre la acción deducida en estos autos, “...las materias propias de este amparo judicial consisten en remediar en forma expedita y rápida situaciones de hecho que se hayan alterado en forma ilegítima o arbitraria. En otras palabras, la ley atiende al statu quo y se limita a reconocerlo, evitando que éste se altere y sin perjuicio de ulteriores acciones de que puedan disponer las partes...” (SCS, de 11/05/2009, Rol N° 6228-07). En similares términos, se ha expuesto que “...El amparo judicial previsto en el Título II del Código de Aguas, artículo 181, sólo es aplicable a aquellos conflictos en los que el detentador de un derecho de aprovechamiento, o quien goce de la presunción, que estiman que está siendo perjudicado en el aprovechamiento de las aguas por obras o hechos recientes requiere de un pronunciamiento rápido...” (SCS,

²²⁰ Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 6220/2008, de 1° de diciembre de 2010, Considerando 7°.

de 13/11/1990, R., t. 87, sec 1ª, p. 196; FM (1990), sent. 4, p. 662, citado en el Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código de Aguas, 1997, pg. 119)²²¹.

En las sentencias de las causas roles 5310/2012 y 5314/2012, ambas de 7 de octubre de 2013, la Corte Suprema afirmó al respecto que:

“UNDÉCIMO: (...) Su finalidad, entonces, apunta a la protección del libre ejercicio en el uso de las aguas frente a una situación de hecho originada en el hecho de un tercero que perjudica a aquél que ejerce materialmente un derecho de aprovechamiento de aguas. El sentido de esta acción especialísima es el de poner término en el más breve plazo a cualquier entorpecimiento, privación o perturbación en el ejercicio de un derecho de aprovechamiento de aguas —derecho real de uso y goce—, ante una situación fáctica que le causa daño y que requiere de una expedita solución para restablecer el imperio del derecho”²²².

El máximo tribunal reiteró estos razonamientos en el considerando 14 del mismo fallo.

Las sentencias que se han pronunciado sobre el objetivo de la acción de amparo de aguas, prevista en el artículo 181 del Código del ramo, en el sentido recién expuesto son las siguientes:

- Corte Suprema, 01/12/2010, rol 6220/2008, Considerando 7°.
- Corte Suprema, 11/01/2011, rol 5391/2008, Considerando 7°.
- Corte Suprema, 03/09/2013, rol 5804/2012, Considerando 15.
- Corte Suprema, 07/10/2013, rol 5310/2012, Considerandos 11 y 14.
- Corte Suprema, 07/10/2013, rol 5314/2012, Considerandos 11 y 14.
- Corte Suprema, 20/11/2013, rol 9672/2012, Considerando 5°.

²²¹ Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 5391/2008, de 11 de enero de 2011, Considerando 7°.

²²² Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 5310/2008, de 7 de octubre de 2013, Considerando 11.

- *Corte Suprema, 24/03/2015, rol 2673/2015, Considerando 3°.*
- *Corte Suprema, 13/05/2015, rol 32.361/2014, Considerando 14.*
- *Corte Suprema, 08/06/2015, rol 28.427/2014 Considerando único de la sentencia de reemplazo*
- *Corte Suprema, 26/10/2015, rol 8093/2015, Considerando 10.*
- *Corte Suprema, 26/10/2015, rol 3801/2015, Considerandos 2° y 3°.*
- *Corte Suprema, 13/01/2016, rol 16.2620/2015, Considerando 22.*

2. EL AMPARO DE AGUAS BUSCA EVITAR LA EXTRACCIÓN DE AGUA SIN AUTORIZACIÓN

Considerando que la finalidad general de la acción establecida en el artículo 181 del Código de Aguas es proteger cualquier molestia que sufra un usuario de aguas legitimado, y conforme a lo señalado en el apartado anterior²²³, la Corte Suprema ha entendido que tal molestia puede generarse, de forma específica, mediante la extracción de aguas sin la respectiva autorización. En consecuencia, estaríamos en presencia de una finalidad concreta que se subsume en la norma referida.

Concretamente la Corte, en su sentencia rol 8093/2015, de 26 de octubre de 2015, en virtud de la cual rechaza los recursos de casación en la forma y en el fondo respecto de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Talca que confirmando la de primera instancia, hizo lugar a la demanda sólo en cuando ordenaba cesar la utilización del sistema de bombas para la extracción de aguas, con el fin de restablecer el libre escurrimiento de las mismas dispone lo siguiente, en base al lineamiento anteriormente planteado:

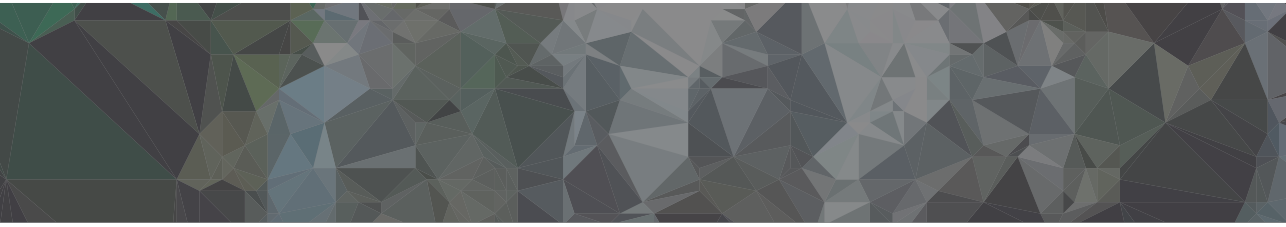
²²³ Véase el apartado II.1 de la 3° Sección, supra.

“NOVENO: Que es esta extracción de aguas sin autorización la que se intenta evitar con la acción de amparo, por lo que no es admisible la alegación de la demandada de que dicha infraestructura de extracción se encontraba instalada con mucha antelación, la cual ella sólo “mejoró” con el sistema de bombas, más aún teniendo presente que la autoridad administrativa constató en procedimiento de fiscalización realizado a mediados del año 2014 que se “mantiene una extracción de aguas subterráneas sin derecho constituido”, por parte de Longo S.A.”²²⁴.

Del período analizado, ha sido la única sentencia que ha interpretado la finalidad de la norma en comento a un caso específico.

- *Corte Suprema, 26/10/2015, rol 8093/2015, considerando 9.*

²²⁴ Recurso de casación en la forma y en el fondo, Corte Suprema, rol 8093/2015, de 26 de octubre de 2015, Considerando 9°.



III. REQUISITOS DEL AMPARO JUDICIAL DE AGUAS

Si bien el texto del Código de Aguas no regula requisitos bajo esa denominación, de su redacción se puede desprender que existen tres condiciones copulativas para solicitar este amparo judicial: 1) ser titular de derechos de aprovechamiento de aguas o gozar de la presunción establecida en el artículo 7° del Decreto Ley N° 2603/1979; 2) estar siendo perjudicado en el ejercicio de dichos derechos de aprovechamiento, y 3) que la turbación del ejercicio del derecho sea producto de obras o hechos recientes.

La Dirección General de Aguas se ha pronunciado sobre los requisitos para la interposición del amparo de aguas en los siguientes términos:

231

“En concepto de este Servicio, es requisito esencial para impetrar el recurso en estudio, el hecho de que el o los recurrentes sean objeto de una perturbación o entorpecimiento en el uso y goce actual de las aguas sobre las cuales recae su derecho, en atención a los siguientes argumentos:

I.- El legislador, en el art. 181 del C. de A. utiliza la expresión “estar siendo perjudicados en el aprovechamiento de las aguas, por obras u hechos [sic] recientes de terceros”, con lo que está significando claramente que su intención fue amparar a las personas que se encuentran impedidas actualmente en el uso y goce de sus derechos de aguas.

2.- Ratifica lo aseverado el art. 7° del D.L. 2.603 de 1979, que establece la presunción a que hace referencia el art. 181 del C. de A.: “se presumirá dueño del derecho de aprovechamiento de aguas aquel que lo sea del inmueble que se encuentra actualmente utilizando dichos derechos”.

Resulta evidente que si el legislador requiere en el caso de la presunción antes citada, que los derechos de aguas estén siendo utilizados por personas favorecidas con ellos, con igual razón exigirá dichos requisitos en aquellos casos en que nos encontramos en presencia de un titular de un derecho de aprovechamiento, es decir, de una persona que tenga derechos de agua inscritos en el registro de Propiedad de Aguas competente, toda vez que la posesión del derecho de esta naturaleza se aprueba con la competente autorización (art. 20 del C. de A.).

3.- A mayor abundamiento, es dable señalar, por las razones antes expuestas, que el N° 2 del art. 182 del C. de A. exige entre las menciones que debe contener la solicitud del Amparo: “Los entorpecimientos que le impiden el ejercicio de su derecho”, con lo que una vez más queda de manifiesto, que para impetrar el recurso de Amparo Judicial, es necesario estar siendo perjudicado actualmente en el ejercicio del derecho de aprovechamiento”²²⁵.

La Corte Suprema ha analizado y precisado las exigencias y alcances de estos requisitos, así como la necesidad de que concurran todos para acoger el amparo solicitado, cuestiones sobre las cuales se profundiza a continuación.

²²⁵ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, Oficio Ord. N° 304, 18 de mayo de 1987. Citado en MUÑOZ (2011) pp. 818 y 819.

I. LEGITIMACIÓN ACTIVA

a. Titulares de la acción de amparo de aguas

El amparo de aguas debe ser interpuesto por el titular de los derechos de aprovechamiento de aguas o por quien se repunte como tal, de conformidad con la presunción establecida en el artículo 7° del Decreto Ley N° 2603/1979, calidad que debe ser probada en el juicio.

El artículo 7° del DL N° 2603/1979, que modifica y complementa el Acta Constitucional N° 3, y establece las normas sobre los derechos de aprovechamiento de aguas y las facultades para el establecimiento del Régimen General de las Aguas, dispone que “Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos. En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua”.

El requisito en análisis se desprende del tenor literal del artículo 181 del Código de Aguas y ha sido establecido en dos sentencias de la Corte Suprema. En la primera de ellas, el máximo tribunal rechazó el recurso de casación en el fondo presentado en contra de la sentencia de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, que había revocado el fallo de primera que acogiera el amparo solicitado por la actora. Para dictar dicha la resolución, la Corte Suprema tuvo en cuenta que se había sentado como hecho de la causa la falta de coincidencia entre los canales de los que fluían las aguas —cuyos derechos reclamaba la demandante— y aquellos de los que provenían las aguas en que ejercía sus derechos la demandada, señalando:

“NOVENO: Que (...) la normativa legal aplicable a la materia en altercado —preceptiva que exige a quien ejerce una acción de amparo acreditar la titularidad del derecho de aprovechamiento perturbado o privado o al menos reputarse como tal al tenor del

*artículo 7° del Decreto Ley N° 2.603, de 1979, (...) no fue probado por la actora en la litis—*²²⁶.

En el segundo caso, conociendo del recurso de casación en el fondo presentado en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, que había confirmado el fallo de primera instancia que rechazara el amparo judicial de aguas intentado por la recurrente, la Corte Suprema analizó la concurrencia de los requisitos, dando por cumplido el primero, al señalar que *“el actor es titular de los derechos de aprovechamiento de aguas (...) que con lo anterior concurre el primer requisito de la acción interpuesta en autos”*²²⁷.

Por otra parte, cabe señalar que en determinadas ocasiones, independientemente de lo resuelto por la correspondiente Sala de la Corte Suprema, algún Ministro que la compone se ha pronunciado acerca de la temática en cuestión, a través de su voto en contra. Es el caso del voto del Ministro Sr. Carlos Aránguiz, quien en la sentencia rol 28.427/2014, de 8 de junio de 2015, manifestándose partidario de no invalidar de oficio la sentencia recurrida y rechazar el recurso de casación en el fondo, hizo referencia expresa a la tendencia señalada, de la siguiente manera:

*“3).- Que resulta necesario dejar asentado que los jueces del fondo dieron como establecidos los presupuestos fácticos del artículo 181 del Código de Aguas, señalando que el actor ha justificado ser titular de derechos de aprovechamiento de aguas y que ha visto limitado su ejercicio por entorpecimientos realizados en el predio del demandado”*²²⁸.

Asimismo, en la sentencia de reemplazo se ratifica la postura del Ministro, antes señalada.

²²⁶ Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 2247/2009, de 18 de noviembre de 2011, Considerando 9°.

²²⁷ Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 11.941/2011, de 23 de abril de 2013, Considerando 2°.

²²⁸ Recurso de casación la forma y en el fondo, Corte Suprema, rol 28.427/2014, de 8 de junio de 2015, Considerando 3° del voto en contra.

“1.- Que con el mérito de los documentos individualizados en los números 1), 2) y 3) del motivo undécimo de la sentencia de primer grado se acredita suficientemente la circunstancia de que la recurrente es titular de derechos de aprovechamiento de aguas del Canal Derecho del Estero del Huape y del Canal Estero El Huape, aguas destinadas al uso, cultivo y beneficio de las parcelas números 13 y 19 del Proyecto de Parcelación Santa Agueda, ubicadas en la comuna de Río Claro”²²⁹.

Los fallos que, de manera general, se han pronunciado en este sentido durante el período analizado, son los siguientes:

- Corte Suprema, 18/11/2011, rol 2247/2009, Considerando 9°.
- Corte Suprema, 23/04/2013, rol 11.201/2011, Considerando 5°.
- Corte Suprema, 23/04/2013, rol 11.941/2011, Considerando 2°.
- Corte Suprema, 13/05/2015, rol 32.361/2014, Considerando 14.
- Corte Suprema, 08/06/2015, rol 28.427/2014, Considerando único de la sentencia de reemplazo
- Corte Suprema, 26/10/2015, rol 3801/2015, Considerando 2°.
- Corte Suprema, 13/01/2016, rol 16.262/2015, Considerandos 21 y 24.

b. Extensión de la legitimación activa del amparo de aguas

El amparo de aguas puede ser deducido por quien, sin ser titular de los derechos de aprovechamiento o dueño del inmueble a que se destinen las aguas, hace uso efectivo de ellas. La Corte Suprema así lo ha afirmado conociendo de diversos recursos de casación.

En efecto, en la sentencia de la causa rol 9338/2010, de 3 de julio de 2012, para rechazar el recurso de casación en el fondo, consideró como

²²⁹ Recurso de casación la forma y en el fondo, Corte Suprema, rol 28.427/2014, de 8 de junio de 2015, Considerando 1° del voto en contra (sentencia de reemplazo).

hecho de la causa que “*al recurrente de amparo (...) no se le ha prodigado protección en calidad de dueño del inmueble que usa los derechos, como tampoco por ser titular de los derechos de aprovechamiento de aguas, sino que por ser usuario efectivo de las aguas*”²³⁰.

Al respecto, el máximo tribunal estimó que no se había producido error de derecho ni cuando la sentencia de primera instancia otorgó el amparo judicial de aguas solicitado por el actor ni cuando ésta fue confirmada por la Corte de Apelaciones de La Serena. Este criterio fue reiterado en las sentencias de las causas roles 5310/2012 y 5314/2012. El considerando que se reproduce a continuación tiene idéntico tenor en ambos casos:

*“DÉCIMOQUINTO: (...) El artículo 181 del Código de Aguas, justamente, asigna el amparo que estatuye, no sólo al titular fehaciente del derecho de aprovechamiento de aguas, sino también al dueño del inmueble al que se destinen las aguas —ha de entenderse que también pudiera serlo su poseedor o el mero tenedor— e incluso, al que hace uso efectivo y actual de ellas”*²³¹.

236

En estas dos sentencias, a diferencia de la dictada en la causa rol 9338/2010, la Corte Suprema acogió el recurso de casación en el fondo y revocó el fallo de la Corte de Apelaciones de Copiapó, que, a su vez, había confirmado la sentencia del tribunal de la instancia.

Siguiendo esta doctrina se han pronunciado los siguientes fallos:

- *Corte Suprema, 03/07/2012, rol 9338/2010, Considerando 3°.*
- *Corte Suprema, 07/10/2013, rol 5310/2012, Considerando 15.*
- *Corte Suprema, 07/10/2013, rol 5314/2012, Considerando 15.*

²³⁰ Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 9338/2010, de 3 de julio de 2012, Considerando 3°.

²³¹ Recurso de casación en la forma y en el fondo, Corte Suprema, rol 5310/2012, de 7 de octubre de 2013, Considerando 15.

2. EL PERJUICIO COMO REQUISITO

a. Perjuicio provocado o potencialmente sufrido

Uno de los requisitos de la acción de amparo judicial de aguas es el perjuicio potencial o provocado, sufrido por el actor en el aprovechamiento de las aguas, que debe acreditarse en el juicio. La exigencia de este requisito tiene al menos un antecedente previo a las sentencias que se pronunciaron entre 2010 y 2016: el fallo de la Corte Suprema en la causa rol 68/2003, de 29 de enero de 2003. A partir de él, el comentarista Sr. Muñoz Escudero desprende lo siguiente: *“De conformidad con el art. 181 del CA, la acción de amparo judicial procede siempre que el titular o quien goce de la presunción, estime estar siendo perjudicado en el aprovechamiento de las aguas. Es requisito esencial para su procedencia la existencia de perjuicios ocasionados al actor. Corte Suprema, 29 de enero de 2003, Rol 68-2003, Ernesto Valdés Valdivieso y otros con José Manuel Tagle Errázuriz”*²³².

La primera sentencia dictada por la Corte Suprema en el período 2010-2016 rechazó el recurso de casación en el fondo deducido en contra de un fallo de la Corte de Apelaciones de Temuco, que había confirmado sin modificaciones el del tribunal de la instancia que rechazara la acción de amparo judicial de aguas. En las sentencias cuestionadas se tuvieron como hechos de la causa 1) la existencia de trabajos para construir una piscicultura, consistentes en la construcción de una bocatoma y un acueducto para la devolución de las aguas tratadas al punto de restitución; 2) la no existencia de un perjuicio en el aprovechamiento de las aguas, ya que al menos desde hacía cinco años que el actor no era beneficiario de ellas, debido a que las aguas no ingresaban al canal, y finalmente, se tuvo por acreditado, 3) que la bocatoma del actor estaba cubierta de vegetación, aparentemente inutilizada y no parecía factible el ingreso de aguas a ella debido a la altura de la misma en relación al nivel del agua. Por todo lo anterior, la Corte razonó *“Que, para hacer procedente su demanda, el actor ha debido acreditar el supuesto fáctico de su pretensión, esto es, la efec-*

²³² MUÑOZ (2011) p. 820.

*tividad de que las conductas atribuidas a su contraparte le han provocado un perjuicio o pudieran provocárselo a futuro*²³³.

En otra oportunidad, la Corte Suprema rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán, que había revocado el fallo de primera instancia, y en definitiva, rechazado la acción de amparo acogida por el juzgado de letras. Como hecho de la causa se estimó que no se justificó que el actor percibiera un caudal inferior al señalado por sus títulos, por lo que no se encontraría probado que estuviera siendo perjudicado en sus derechos. Es así que la Corte manifestó que la acción de amparo procederá *“siempre que se haya justificado el perjuicio irrogado al actor — requisito esencial que no se ha verificado en la especie—”*²³⁴.

Esta doctrina también ha tenido asidero en el voto en contra del Ministro Sr. Carlos Aránguiz, quien en la sentencia rol 28.427/2014 de 8 de junio de 2015, estando por no invalidar de oficio la sentencia recurrida y rechazar el recurso de casación en el fondo, dispuso *“Que del mérito de lo anterior se puede concluir que se han satisfecho las exigencias fácticas aludidas en el artículo 181 del Código de Aguas que ameritan ocurrir ante el Juez competente a fin de que quien se vea afectado solicite se le ampare en su derecho”*²³⁵.

Siguiendo la doctrina se han pronunciado los siguientes fallos:

- *Corte Suprema, 17/01/2013, rol 4508/2011, Considerando 4°.*
- *Corte suprema, 23/04/2013, rol 11.201/2011, Considerando 6°.*
- *Corte Suprema, 23/04/2013, rol 11.941/2011, Considerandos 2° y 3°.*
- *Corte Suprema, 03/09/2013, rol 5804/2012, Considerandos 16 y 18.*
- *Corte Suprema, 13/05/2015, rol 32.361/2014, Considerandos 14, 15 y 16.*

²³³ Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 4508/2011, de 17 de enero de 2013, Considerando 4°.

²³⁴ Recurso de casación en la forma y en el fondo, Corte Suprema, rol 5804/2012, de 3 de septiembre de 2013, Considerando 16.

²³⁵ Recurso de casación la forma y en el fondo, Corte Suprema, rol 28.427/2014, de 8 de junio de 2015, Considerando 3° del voto en contra (sentencia de reemplazo).

- Corte Suprema, 26/10/2015, rol 3801/2015, Considerando 2°.
- Corte Suprema, 13/01/2016, rol 16.262/2015, Considerandos 23 y 24.

b. El perjuicio debe traducirse en la perturbación para hacer uso efectivo del agua

La Corte Suprema, además de exigir la concurrencia de un perjuicio y su respectiva prueba para dar lugar a la acción de amparo de aguas, también ha indicado, en ciertas ocasiones, en qué debe traducirse ese perjuicio. De este modo, en algunos fallos ha señalado que el perjuicio sufrido por el actor debe manifestarse en la perturbación del uso efectivo del agua, es decir, debe acreditar que hasta antes de la perturbación el reclamante podía utilizar el agua.

Así lo estableció el máximo tribunal en su sentencia rol 32.361/2014, de 13 de mayo de 2015, por la que rechazó el recurso de casación en la forma y acogió el recurso de casación en el fondo interpuestos en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción que, revocando el fallo de primer grado, acogió el amparo de aguas deducido, en los siguiente términos:

“DÉCIMO SEXTO: Que, por consiguiente, para hacer procedente su demanda la actora ha debido acreditar el supuesto fáctico de su pretensión, esto es, la efectividad de que las conductas atribuidas a su contraparte le han provocado un perjuicio, aspecto que, sin embargo, no quedó comprobado en la especie, toda vez que no se estableció que dicha parte hiciera efectivo uso de aguas, como sostiene en su demanda. Por el contrario, quedó fijado como hecho de la causa que el canal de regadío materia de autos no presenta signos de haber sido utilizado recientemente en el traslado de aguas (...).

En esas condiciones es evidente que no concurren todos los requisitos de la acción intentada. En efecto, si no se ha demostrado el mencionado uso del recurso hídrico, supuesto fundamental del am-

para en examen, forzoso es concluir que ningún perjuicio se puede derivar para la actora (...).

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en consecuencia, es efectivo que los sentenciadores incurrieron en el yerro jurídico que se les atribuye en el primer capítulo del recurso, puesto que no habiendo quedado determinado como hecho de la causa que la actora hacía uso efectivo de las aguas a que alude en su demanda, resulta evidente que ningún perjuicio en el aprovechamiento de las mismas le puede haber causado la destrucción de la compuerta que construyó en el predio de la demandada (...)²³⁶.

Los fallos que se han pronunciado en este sentido durante el período analizado son los siguientes:

- Corte Suprema, 17/01/2013, rol 4508/2011, Considerando 4°.
- Corte Suprema, 13/05/2015, rol 32.361/2014, Considerandos 16 y 17.
- Corte Suprema, 13/01/2016, rol 16.262/2015, Considerando 24.

240

c. El perjuicio debe ser provocado por obras o hechos recientes

Otro de los requisitos de la acción judicial de amparo de aguas es que la perturbación en el aprovechamiento del derecho de aguas que sufre el actor sea provocado por obras o hechos recientes. El profesor Gonzalo Muñoz trata este requisito al analizar las características del procedimiento de amparo judicial de aguas, en los siguientes términos: “El CA no señala lo que debe entenderse por obras o hechos recientes, de forma tal que ello constituye una materia de hecho que debe ser ponderada por el tribunal que conozca del amparo judicial de aguas en cada caso”²³⁷.

²³⁶ Recurso de casación en la forma y en el fondo, Corte Suprema, rol 32.361/2014, de 13 de mayo de 2015, Considerandos 16 y 17.

²³⁷ MUÑOZ (2011) p. 815.

Por su parte, Francisco Segura considera que la especificación “reciente” constituye una de las dificultades prácticas más notables generadas por este procedimiento: *“La ley no ha señalado qué se entiende por obra u hecho “reciente”, no ha fijado plazo o época. De esta manera quedará entregado al juez de la instancia determinar si el hecho denunciado es o no reciente”*²³⁸. En una nota al pie, el autor propone como criterio de interpretación analógica el plazo de quince días, que entonces regía para la interposición del recurso de protección. Finalmente, en cuanto al momento de referencia, indica que *“Tampoco ha señalado la ley desde cuándo se debe entender que la obra es “reciente”, si desde que se realizó, desde que se provocó el perjuicio o desde que el afectado tomó conocimiento de la obra aunque ésta se haya realizado mucho tiempo antes”*²³⁹.

La Corte Suprema, conociendo de diversos recursos de casación, ha tenido la oportunidad de definir qué debe entenderse por obras o hechos recientes en el contexto del amparo de aguas. En concordancia con el carácter de cautela urgente que caracteriza a esta acción especial de tutela judicial y el significado natural de las palabras utilizadas por el legislador, el máximo tribunal ha determinado que no puede entenderse, por ejemplo, que perturbaciones provocadas de forma constante y permanente desde hace un tiempo —aunque mantengan sus efectos— sean nuevas o hayan comenzado a suceder hace poco.

En tal sentido, resulta particularmente esclarecedora la sentencia de la causa rol 5391/2008, de 11 de enero de 2011, sobre recurso de casación en el fondo, en cuyos Considerandos 5° y 6°, la Corte Suprema señaló:

“QUINTO: Que el artículo 181 del Código de Aguas en su inciso primero establece que el titular de un derecho de aprovechamiento que estimare estar siendo perjudicado (...) por obras o hechos recientes, podrá ocurrir ante el Juez competente a fin de que se le ampare en su derecho. Ahora bien, según el diccionario de la Real

²³⁸ SEGURA (2009) p. 151.

²³⁹ *Ibíd.*, pp. 151 y 152.

Academia Española, el término “reciente” significa: “nuevo, fresco o acabado de hacer”; “que ha sucedido hace poco”.

SEXTO: Que en el caso que nos ocupa, los amparos (...) se fundan en que la reclamada (...) toma agua fuera de su turno y en forma permanente (...) hecho que por ser perpetrado en forma constante y/o persistente (...) de ningún modo puede entenderse entonces que se trata de obras o hechos que han sucedido desde hace poco o acabados de hacer, según lo requerido por el claro tenor del artículo 181 del Código del Ramo”²⁴⁰.

Reiterando esta doctrina, en la sentencia de la causa rol 5310/2012, la misma Corte realizó una comparación entre el amparo judicial de aguas y otras acciones de índole cautelar, concluyendo que una de las diferencias entre la denuncia de obra ruinoso y el amparo de aguas, es que este último requiere del cumplimiento de un exigencia, a saber, “que el hecho que perturba el ejercicio material del derecho de aprovechamiento —la obra— haya tenido lugar y sea reciente”²⁴¹. En igual sentido se pronunció en la sentencia de la causa rol 5314/2012, de la misma fecha.

Siguiendo esta doctrina se han pronunciado los siguientes fallos:

- Corte Suprema, 11/01/2011, rol 5391/2008, Considerandos 5° y 6°.
- Corte Suprema, 23/04/2013, rol 11.201/2011, Considerando 6°.
- Corte Suprema, 23/04/2013, rol 11.941/2011, Considerandos 2 y 13.
- Corte Suprema, 07/10/2013, rol 5310/2012, Considerando 12.
- Corte Suprema, 07/10/2013, rol 5314/2012, Considerando 12.
- Corte Suprema, 24/03/2015, rol 2673/2015, Considerandos 5° y 6°.
- Corte Suprema, 13/05/2015, rol 32.361/2014, Considerandos 14 y 15.

²⁴⁰ Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 5391/2008, de 11 de enero de 2011, Considerandos 5° y 6°.

²⁴¹ Recurso de casación en la forma y en el fondo, Corte Suprema, rol 5310/2012, de 7 de octubre de 2013, Considerando 12.

- Corte Suprema, 26/10/2015, rol 8093/2015, Considerandos 8° y 11.
- Corte Suprema, 26/10/2015, rol 3801/2015, Considerandos 3° y 4°.
- Corte Suprema, 13/01/2016, rol 16.262/2015, Considerandos 23 y 24.

i. Interpretación de hecho reciente: La extracción de agua mecanizada

En términos concretos, la Corte Suprema se ha pronunciado de forma específica acerca de si determinadas actividades constituyen o no “hecho reciente”. De este modo, conociendo de los recursos de casación en la forma y en el fondo de la causa rol 8093/2015 de 26 de octubre de 2015, interpuestos en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca que, confirmando la de primera instancia, estableció que la extracción mecanizada de aguas a través de un sistema de bombeo ha de entenderse como hecho reciente aunque la bomba sea de antigua data, el máximo tribunal se manifestó en el siguiente sentido:

“OCTAVO: Que esta Corte no puede sino compartir dicho análisis de las circunstancias de hecho que fundan la acción, desde que de manera correcta determina que respecto de las obras de antigua data no resulta procedente la acción de amparo, pero, en cambio, la extracción de aguas cada vez que se pone en marcha el sistema de bombeo sí queda comprendida dentro de este arbitrio por configurar hechos recientes o “acabados de hacer”.

En efecto, se trata de una extracción mecanizada de aguas subterráneas la que realiza la denunciada, sin contar con derechos de aprovechamiento alguno, sistema de extracción al que acudió para continuar sacando las aguas ahora desde el subsuelo, impidiendo que las aguas que quedan de dicho cauce afloren, escurran libremente y puedan ser aprovechadas por el demandante”²⁴².

²⁴² Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 8093/2015 de 26 de octubre de 2015, Considerando 8°.

Siguiendo la doctrina expuesta se ha pronunciado el siguiente fallo:

- *Corte Suprema, 26/10/2015, rol 8093/2015, Considerando 8°.*

ii. Interpretación de hecho reciente: La infraestructura de captación ilegítima no corresponde a una obra reciente

La Corte Suprema, en su labor interpretativa de la ley, también se ha pronunciado acerca del cumplimiento del requisito de “obra reciente”, indicando aquellos casos en que los hechos no se pueden subsumir en la disposición normativa en comento.

De esta forma, en la causa rol 3801/2015 de 26 de octubre de 2015, el máximo tribunal acogiendo el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Valparaíso que, confirmando al de primera instancia, acogió la acción de amparo de aguas, dispuso que una infraestructura de captación ilegítima que se remonta a data antigua no constituye un hecho reciente.

Eventualmente, podría apreciarse tal decisión como contradictoria con la adoptada en la sentencia analizada precedentemente, en la medida que la Corte entendía que aun cuando la obra fuera de antigua data, si la extracción de aguas se producía cada vez que se ponía en marcha, se entendía como un “hecho acabado de hacer”. No obstante, cabe destacar que se trata de una situación distinta, puesto que la Corte en el presente caso se pronuncia acerca de una obra de captación que no fue autorizada conforme a derecho y que, por lo tanto, es ilegítima. Así se determina en su Considerando quinto, que dispone:

“QUINTO: Que si bien el Código de Aguas no explicita lo que debe entenderse por obras o hechos recientes, es claro que, según se desprende de lo recién anotado, la infraestructura de captación ilegítima de aguas que se denuncia no puede revestir tal condición, desde que se remonta a una data superior, a lo menos, de dos años y medio a la fecha de presentación de este amparo de aguas, y cuya ejecución fue denunciada en febrero del año 2012 a las autoridades

administrativas pertinentes, quienes decretaron su remoción en el mes de junio de 2013”²⁴³.

Siguiendo la doctrina expuesta se pronunció únicamente el fallo en comentario:

- *Corte Suprema, 26/10/2015, Rol 3801/2015, Considerando 5°.*

iii. Interpretación de hecho reciente: No se refiere a la prescripción como modo de extinguir la acción de amparo de aguas

Finalmente, la Corte Suprema, a propósito del cumplimiento del requisito que se analiza, realizó una labor interpretativa sobre la calificación jurídica del concepto de “*hecho reciente*”, alejándose del contenido material y concreto de la actividad propiamente tal.

En tal sentido, dispuso que la temporalidad a que se asocia el concepto de “*obras o hechos recientes*”, en ningún caso hace referencia a la prescripción como forma de extinguir la acción de amparo de aguas.

Así lo sostuvo en el siguiente considerando de la causa rol 8093/2015 de 26 de octubre de 2015, a través del que falló un recurso de casación en el fondo y en la forma:

“UNDÉCIMO: Que en lo concerniente a la vulneración de las normas que regulan la prescripción, se debe aclarar que si bien los jueces del fondo utilizan dicha expresión (planteada como excepción por la demandada), lo hacen refiriéndose al requisito de temporalidad que exige el artículo 181 del Código de Aguas en el sentido de tratarse de “obras o hechos recientes”, concepto que al no estar definido por el legislador debe ser determinado por los tribunales cada vez que conozcan de un amparo judicial de aguas. Es por ello que debe quedar asentado que no se está frente al mencionado instituto

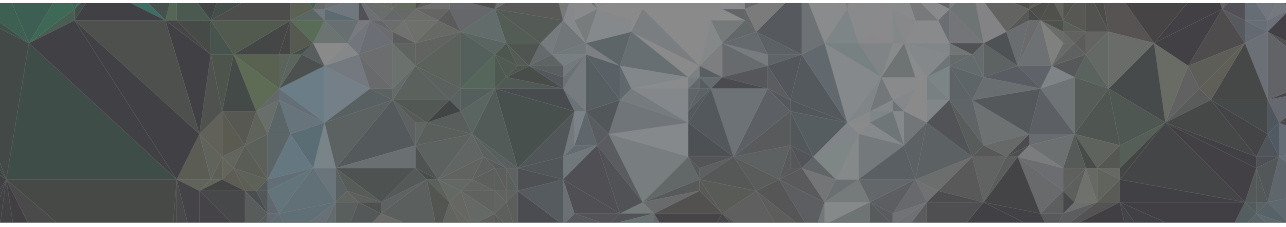
²⁴³ Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 3801/2015, 26 de octubre de 2015, Considerando 5°.

en cuanto modo de extinguir las acciones y derechos ajenos por haber transcurrido cierto lapso de tiempo, de lo que se sigue que no resulta atinente para esta clase de asuntos invocar la transgresión de la preceptiva que rige la prescripción propiamente tal”²⁴⁴.

Este fue el único fallo que se pronunció acerca de la tendencia referida:

- *Corte Suprema, 26/10/2015, rol 8093/2015, Considerando II.*

²⁴⁴ Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 8093/2015 de 26 de octubre de 2015, Considerando II.



IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL AMPARO DE AGUAS: ACCIÓN POSESORIA ESPECIAL

El denominado amparo de aguas que contempla el artículo 181 del respectivo Código es una acción posesoria de carácter especial. Como ya se señaló, a pesar de que la ley habla de “*recurrente*”²⁴⁵, no hay dudas de que el amparo judicial de aguas constituye una verdadera acción y no un recurso. Al tratar las características del procedimiento de amparo judicial de aguas, el profesor MUÑOZ ESCUDERO señala que “*Es posible afirmar que la acción de amparo judicial de aguas comparte algunas características con las acciones posesorias (principalmente, su carácter de procedimiento especial y sumarísimo), pero no es una de ellas, pues de serlo, el legislador la habría contemplado dentro de aquellas establecidas por los arts. 123 y siguientes del CA. También tiene semejanzas con el recurso de protección, por su fin cautelar y su rápida y expedita tramitación*”²⁴⁶.

249

La Corte Suprema, si bien comparte que el amparo de aguas no corresponde a una de las acciones posesorias contempladas como tales en el Título IX del Libro I del Código de Aguas, ha manifestado que ésta sí tiene la naturaleza jurídica de una acción posesoria de carácter especial. Esto queda en evidencia en el siguiente considerando:

“CUARTO: Que razona adecuadamente la senten-

²⁴⁵ CÓDIGO DE AGUAS, artículo 182, inciso primero, numeral 1°.

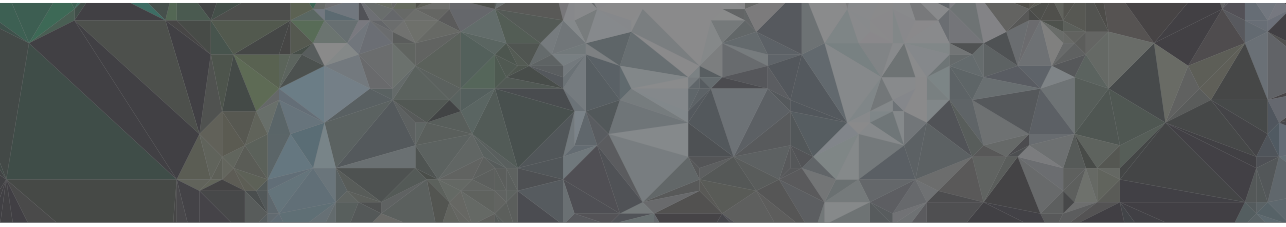
²⁴⁶ MUÑOZ (2011) p. 815.

*cia de primer grado cuando señala (...) que el denominado amparo de aguas es una acción posesoria de carácter especial*²⁴⁷.

Siguiendo esta doctrina se han pronunciado los siguientes fallos:

- *Corte Suprema, 23/04/2013, rol 11.201/2011, Considerando 4°.*
- *Corte Suprema, 03/09/2013, rol 5804/2012, Considerando 14.*
- *Corte Suprema, 13/05/2015, rol 32.361-2014, Considerando 13.*
- *Corte Suprema, 13/01/2016, rol 16.262-2015, Considerando 21.*

²⁴⁷ Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 11.201/2011, de 23 de abril de 2013, Considerando 4°.



V. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE AMPARO DE AGUAS

El procedimiento en virtud del cual se conoce la acción de amparo de aguas, se encuentra regulado en el Código de Aguas. Es, por tanto, un procedimiento especial en el que se pueden identificar una serie de características que han sido tratadas por la doctrina²⁴⁸ y la jurisprudencia, siendo las principales las siguientes:

- a. No se requiere comparecencia con patrocinio de abogado en la primera instancia
- b. Procede siempre la habilitación de días y horas inhábiles para la práctica de actuaciones judiciales
- c. Carece de comparendo al quinto día hábil siguiente a la notificación de la demanda
- d. No contempla un término probatorio (sin perjuicio de la exigencia que impone la ley al demandante de acompañar a su demanda todos los antecedentes que posea sobre el particular y la práctica de ciertas diligencias probatorias por parte del Tribunal)
- e. Se sujeta a un procedimiento especial
- f. Se trata de un procedimiento sumarísimo
- g. Sólo se discuten aspectos de hecho y no de derecho

²⁴⁸ MUÑOZ (2011) p. 815.

I. EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO DE AGUAS NO SUPONE UNA DISCUSIÓN SUSTANTIVA

La Corte Suprema, durante el período cuya jurisprudencia se analiza, se ha manifestado a este respecto, señalando que no se trata de un procedimiento declarativo o de lato conocimiento que resulte idóneo para determinar asuntos relacionados con el derecho de uso de aguas. Como se indicó con anterioridad, a través de su ejercicio se busca preservar una situación de hecho mediante un procedimiento especial y expedito, más no resolver situaciones complejas relacionadas con el derecho real de aprovechamiento.

En este sentido se pronunció la Corte Suprema en la sentencia dictada en la causa rol 5391/2008, de 11 de enero de 2011, que en su Considerando 8° identifica *“la finalidad cautelar de esta acción, cuyo procedimiento no es la discusión sustantiva, es decir, el establecer derechos permanentes en favor de las partes sino que sólo reponer el estado de las cosas, permitiendo con ello a los intervinientes plantear las controversias de fondo en los procedimientos destinados al efecto”*²⁴⁹.

254

El extracto citado hace referencia a la imposibilidad de utilizar este recurso especialísimo para imponerle a un usuario titular de derechos de aprovechamiento el respeto a un turno determinado —asignado por una junta de vigilancia— o para establecer la cantidad de aguas que pueden extraer los detentadores de tales derechos.

Un razonamiento análogo habría expuesto la Corte de Apelaciones de Talca en la sentencia de 4 de octubre de 1991, en la cual señaló:

“Al no impedirse al recurrente el ejercicio de su derecho de aprovechamiento de aguas de que es titular mediante obras o hechos que lo dificulten o turben, sino que más bien se trate de cuestiones relacionadas con el derecho de uso de las aguas, corresponde que

²⁴⁹ Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 5391/2008, de 11 de enero de 2011, considerando 8.

*este último sea determinado en juicios declarativos y no a través del amparo judicial que establecen los artículos 181 y siguientes del Código*²⁵⁰.

En la sentencia de casación en la forma y en el fondo de la causa rol 5804/2012, de 3 de septiembre de 2013, la Corte Suprema se pronunció en un sentido casi idéntico, agregando que el fin de esta acción es “sólo reponer el estado de las cosas (...) permitiendo con ello a los intervinientes plantear las controversias de fondo en los procesos destinados al efecto”²⁵¹.

Siguiendo esta doctrina se han pronunciado los siguientes fallos:

- Corte Suprema, 11/01/2011, rol 5391/2008, Considerando 8°.
- Corte Suprema, 03/09/2013, rol 5804/2012, Considerando 16.
- Corte Suprema, 07/10/2013, rol 5310/2012, Considerandos 12 y 14.
- Corte Suprema, 07/10/2013, rol 5314/2012, Considerandos 12 y 14.

2. EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO DE AGUAS ES DE CARÁCTER SUMARÍSIMO

Asimismo, el máximo tribunal ha hecho referencia a la celeridad del procedimiento, en tanto establece que la acción de amparo de aguas se sujeta a un procedimiento sumarísimo, tal como se observa del contenido de la sentencia en causa rol 2673/2015, de 24 de marzo de 2015 que rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán que, confirmando la decisión del tribunal de primera instancia, había rechazado la acción de amparo de aguas:

²⁵⁰ EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE (1997) p. 119. Citado en la sentencia de recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 5391/2008, de 11 de enero de 2011, Considerando 8°.

²⁵¹ Recurso de casación en la forma y en el fondo, Corte Suprema, rol 5804/2012, de 3 de septiembre de 2013, Considerando 16.

“TERCERO: (...) Se sujeta a un procedimiento sumarísimo en que sólo se discuten aspectos de hecho, en especial aquellos antecedentes fácticos consistentes en las obras o hechos recientes que impidan o entorpezcan de manera ilegítima el ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas del demandante”²⁵².

Siguiendo la doctrina expuesta se pronunciaron los siguientes fallos:

- Corte Suprema, 24/03/2015, rol 2673-2015, Considerando 3°.
- Corte Suprema, 08/06/2015, rol 28.427-2014, Considerando único de la sentencia de reemplazo
- Corte Suprema, 26/10/2015, rol 3801-2015, Considerando 2°.

3. EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO ESTÁ SOMETIDO A LAS FORMALIDADES ESTABLECIDAS PARA LOS JUICIOS SOBRE AGUAS EN GENERAL

256

Finalmente, para el período señalado, la Corte emitió un pronunciamiento que dice relación con la formalidad del procedimiento, disponiendo que el amparo está sometido a las formalidades establecidas para los juicios sobre aguas en general. En tal sentido señala en el considerando sexto de su sentencia de la causa rol 10.052/2015, de 26 de noviembre de 2015 –por el cual declara inadmisibile un recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago–:

“SEXTO: Que, a su turno, del artículo 181 transcrito más arriba se deduce que la acción de amparo judicial se encuentra sometida a las formalidades que se describen en el Párrafo 2° del Título II del Código de Aguas, intitulado “De los procedimientos judiciales en los juicios sobre aguas en general”, entre cuyos artículos no se contiene norma alguna que libere al recurso de casación que se deduzca a

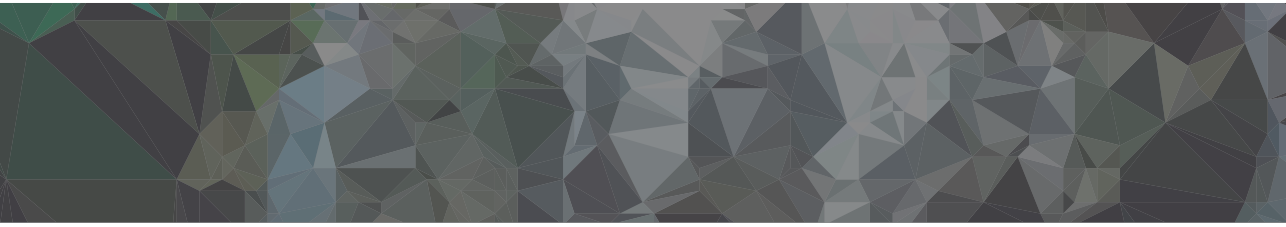
²⁵² Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 2673/2015, de 24 de marzo de 2015, Considerando 3°.

propósito de su tramitación de las exigencias contenidas en el artículo 772 del Código de Procedimiento Civil”²⁵³.

Siguiendo la doctrina expuesta para el período indicado, se pronunció únicamente el fallo en comento:

- *Corte Suprema, 26/11/2015, rol 10.052/2015, Considerando 6°.*

²⁵³ Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 10.052/2015, de 26 de noviembre de 2015, Considerando 6°.



VI. MEDIOS PROBATORIOS UTILIZADOS EN EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO DE AGUAS

I. SOBRE LA PONDERACIÓN DE LA INSPECCIÓN PERSONAL DEL TRIBUNAL Y DEL INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS

En el período de análisis de la jurisprudencia de la Corte Suprema atingente al amparo de aguas, se ha observado una referencia a ciertos medios probatorios que deben ser considerados en el procedimiento en que se discute dicha acción.

A ese respecto, el Máximo Tribunal, conociendo de la causa rol 28.427/2014 de 8 de junio de 2015, rechazó los recursos de casación en la forma y en el fondo interpuestos en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca que revocaba la resolución de primer grado que, a su vez, había rechazado el amparo judicial, e invalidó de oficio la sentencia recurrida, en el entendido que tanto la inspección personal del tribunal como el informe de la Dirección General de Aguas deben ser considerados y ponderados como medios probatorios del procedimiento de amparo de aguas, conforme lo establece el artículo 183 del Código de Aguas.

“DÉCIMO OCTAVO: Que, por otra parte, el artículo 182 [sic]²⁵⁴ del Código de Aguas establece expresamente como medios probatorios de los

²⁵⁴ Es, en efecto, lo dispuesto por el artículo 183 del Código de Aguas.

presupuestos fácticos de esta clase de acciones la inspección personal del tribunal y, facultativamente, un informe de la Dirección General de Aguas, medios probatorios que constan en autos y que la sentencia recurrida omita considerar o siquiera ponderar, no obstante la evidente relevancia probatoria de ellos en esta clase de asuntos”²⁵⁵.

Siguiendo esta doctrina se ha pronunciado el siguiente fallo:

- Corte Suprema, 08/06/2015, rol 28.427/2014, Considerandos 18 y 19.

2. SOBRE LA PONDERACIÓN DE LOS INSTRUMENTOS PÚBLICOS NO OBJETADOS

Asimismo, la Corte Suprema ha hecho referencia a temas vinculados a la ponderación de instrumentos públicos, en tanto dispone que “(...)se debe señalar que la sentencia impugnada omita hacerse cargo de la alegación de las recurridas de ser propietarias de derechos de aguas sobre la Quebrada Manzanito por 8,0 l/s, la que sustentaron en una serie de instrumentos públicos, no objetados, que demostrarían su titularidad en tales derechos de aprovechamiento y la autorización de las obras levantadas para su captación (...)” . En consecuencia, entiende que los instrumentos públicos no objetados que den cuenta de la titularidad de derechos de aprovechamiento deben ser ponderados en el procedimiento sobre amparo de aguas.

“TERCERO: Que dicho lo anterior, se debe señalar que la sentencia impugnada omita hacerse cargo de la alegación de las recurridas de ser propietarias de derechos de aguas sobre la Quebrada Manzanito por 8,0 l/s, la que sustentaron en una serie de instrumentos públicos, no objetados, que demostrarían su titularidad en tales de-

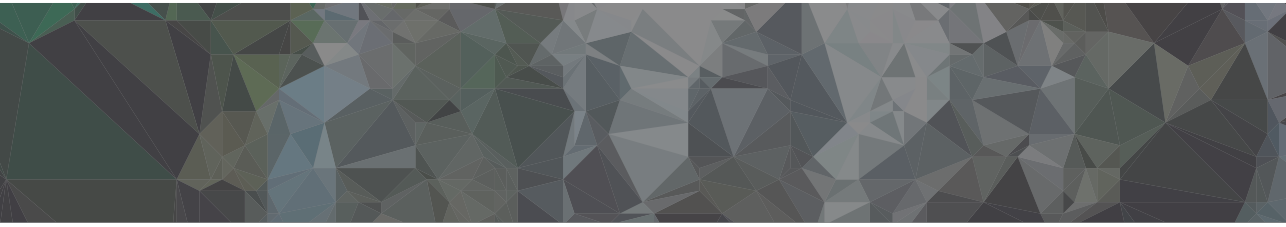
²⁵⁵ Recurso de casación en la forma y en el fondo, Corte Suprema, rol 28.427/2014 de 8 de junio de 2015, Considerando 18.

rechos de aprovechamiento y la autorización de las obras levantadas para su captación (...).”²⁵⁶.

Siguiendo la doctrina expuesta se pronunciaron los siguientes fallos:

- *Corte Suprema, 03/03/2016, rol: 3.790/2015, Considerando 3°.*

²⁵⁶ Corte Suprema, 03/03/2016, Rol: 3.790-2015.



VII. COMPATIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO DE AGUAS CON OTRAS ACCIONES

En la doctrina se ha manifestado un constante cuestionamiento en orden a determinar si la acción de amparo de aguas es compatible o no con otras acciones judiciales que podrían interponerse a propósito de un embarazo o perturbación de un derecho de aprovechamiento²⁵⁷. La jurisprudencia ha zanjado esta interrogante, disponiendo que la acción de amparo de aguas es, en efecto, compatible con otras acciones judiciales a propósito de una perturbación del derecho referido.

Así lo dispuso la Corte Suprema, en sentencia de la causa rol 2673/2015, de 24 de marzo de 2015, que, rechazando el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Chillán que había confirmado la sentencia del tribunal de primera instancia que, a su vez, rechazaba la acción de amparo de aguas, dispuso lo siguiente:

“QUINTO: (...) Lo anterior, sin perjuicio de acudir a otras acciones judiciales que podrían interponerse a propósito de una perturbación de un derecho de aprovechamiento de aguas”²⁵⁸.

Siguiendo la doctrina expuesta se pronunciaron los siguientes fallos:

²⁵⁷ Cfr.: MUÑOZ (2011) p. 814.

²⁵⁸ Recurso de casación en el fondo, Corte Suprema, rol 2673/2015, de 24 de marzo de 2015, Considerando 5°.

- Corte Suprema, 24/03/2015, rol 2673/2015, Considerando 5°.
- Corte Suprema, 08/06/2015, rol 28427/2014, Considerando único de la sentencia de reemplazo.
- Corte Suprema, 26/10/2015, rol 3801/2015, Considerando 3°.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

EDITORIAL JURÍDICA DE CHILE (1997): *Repertorio de Legislación y Jurisprudencia Chilena, Código de Aguas* (Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile), p. 119.

MUÑOZ ESCUDERO, Gonzalo: (2011): “El amparo judicial de aguas”, en VERGARA BLANCO, Alejandro (Dir.), *Código de Aguas comentado. Doctrina y jurisprudencia*, (Santiago de Chile, Legal Publishing Chile) pp. 813-821.

SEGURA RIVEIRO, Francisco (2009): *Derecho de Aguas*, 4ª Ed., (Santiago de Chile, Legal Publishing Chile) pp. 148 y 149.

Contenido

REVISTA COLECCIONES JURÍDICAS DE LA CORTE SUPREMA	5
PRÓLOGO	9
PRIMERA SECCIÓN: EL FENÓMENO EN CIFRAS	15
I. SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL AGUA EN CHILE	17
II. DERECHOS DE AGUAS CONCEDIDOS POR LA DGA	21
1. Derechos de aprovechamiento histórico de aguas concedidos	21
2. Derechos de aprovechamiento histórico de aguas concedidos en atención a la clasificación de la fuente del recurso hídrico	22
3. Derechos de aprovechamiento histórico de aguas concedidos en atención a la clasificación de las aguas terrestres	23
4. Derechos de aprovechamiento histórico de aguas concedidos en atención a la clasificación referente a su uso	24
5. Derechos de aprovechamiento de aguas concedidos por año. Periodo de análisis 2001-2016	25
III. ANÁLISIS DESCRIPTIVO DE LA JURISPRUDENCIA REFERIDA	
A LA ACCIÓN DE AMPARO DE AGUAS	29
1. Fallos de Recursos de Casación en la Corte Suprema	30
Gráfico 7. Porcentaje de fallos según Sala	31
2. Tipos de Recursos de Casación	31
3. Partes Intervinientes	32
4. Tipos de Término	35
5. Participantes en la decisión	40
6. Tipo de Votación	40
7. Tiempo Conocimiento y Fallo de Recursos	41
BIBLIOGRAFÍA CITADA	42

SEGUNDA SECCIÓN: DOCTRINA 45

EL HALLAZGO DE AGUAS EN LABORES MINERAS. DELIMITANDO UN EXCEPCIONALÍSIMO DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS 46

I. INTRODUCCIÓN 47

II. RECUENTO NORMATIVO: LAS AGUAS HALLADAS EN LABORES MINERAS ANTE EL DERECHO VIGENTE 48

1. En el Código de Aguas 49

2. En la legislación minera 49

3. En la legislación sanitaria 50

4. Algunos aspectos de técnica legislativa: especialidad y derogación de las leyes 50

III. DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL DERECHO DE AGUAS HALLADAS POR EL CONCESIONARIO MINERO 53

1. Requisitos y elementos que hacen surgir el “derecho de aguas del minero” 53

2. Ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas halladas en labores mineras. Condiciones de un “uso limitado” 62

IV. CONCLUSIONES Y COMENTARIOS 66

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA 67

JURISPRUDENCIA CITADA 68

ACTOS Y PROCEDIMIENTOS EN MATERIA DE AGUAS: ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA FORMAL. ENCUENTRO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON EL DERECHO DE AGUAS 70

I. INTRODUCCIÓN 71

1. La auto-formulación de normas generales por el órgano administrativo de aguas, su validez y alcance 72

2. La aplicación de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo (LBPA) a las actuaciones de la Dirección General de Aguas. 73

II. LA AUTO-FORMULACIÓN DE NORMAS GENERALES POR EL ÓRGANO ADMINISTRATIVO DE AGUAS, SU VALIDEZ Y ALCANCE	73
1. Contexto doctrinario y legislativo	73
2. La reacción circunspecta y elusiva de la jurisprudencia	85
3. Aplicación de la ley de bases de procedimientos administrativos en materia de aguas	91
4. Contexto normativo y doctrinario: los nuevos estándares valorativos de la LBPA	92
5. Aplicación de principios de la LBPA	97
6. Cómputo de plazos en procedimientos administrativos	99
7. Interrupción» del plazo para recursos jurisdiccionales en caso de existencia de recursos administrativos previos. El agotamiento de la vía administrativa	108
8. Conclusiones	111
BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA	113
JURISPRUDENCIA CITADA	115
PATENTE POR NO USO DE AGUAS. APLICACIÓN PRÁCTICA Y CONFLICTOS INTERPRETATIVOS	118
I. INTRODUCCIÓN	119
II. ESTATUTO NORMATIVO DE LA PATENTE POR NO USO DE AGUAS	120
1. Derechos de aprovechamiento afectos al pago de patente	121
2. Exenciones de la patente por no uso de aguas	121
III. APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA PATENTE POR NO USO DE AGUAS Y CONFLICTOS INTERPRETATIVOS	123
1. Entidad y características de las obras hidráulicas eximentes del pago de patente	124
2. Inaplicabilidad de causales de exención no contempladas en la ley	127
3. Naturaleza y rol de la consulta a la organización de usuarios competente para la confección del listado de los derechos sujetos a pago de patente	130

4. Exclusión y tratamiento especial a los derechos adquiridos en conformidad a la legislación indígena	133
IV. CONCLUSIONES	135
BIBLIOGRAFÍA CITADA	137
JURISPRUDENCIA CITADA	137
LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN MATERIA DE AGUAS. EL MODELO DE ESPAÑA	140
I. INTRODUCCIÓN	141
II. EL MARCO JURÍDICO DEL DERECHO DE AGUAS EN ESPAÑA: UN MARCO JURÍDICO CAMBIANTE Y DINÁMICO	143
1. El Derecho de la Unión Europea como obligado marco de referencia	143
2. La Constitución Española y su proyección sobre el régimen jurídico de las aguas	144
3. La normativa infraconstitucional: el nuevo derecho de aguas nacido a partir de la Ley de aguas de 1985 y su evolución constante	147
III. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL MODELO ESPAÑOL DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA SOBRE LAS AGUAS	151
1. Características generales del modelo español de intervención administrativa sobre las aguas. El papel fundamental de la Administración	151
2. La declaración de todas las aguas como bienes de dominio público del Estado. La demanialidad como máximo exponente del control y la intervención pública	153
3. El modelo de organización administrativa: la administración pública del agua. Un modelo de gestión por cuencas y demarcaciones hidrográficas	157
IV. ALGUNAS TENDENCIAS	198

1. La reafirmación del principio de unidad de cuenca y la recentralización de competencias	198
2. Dominio público hidráulico y aguas privadas: los intentos de reconducir a los titulares de aguas privadas al régimen concesional	200
3. La necesaria reorientación del régimen jurídico de la concesión administrativa	201
4. El nuevo impulso a los contratos de cesión: mayor flexibilización con el nuevo régimen de utilización de las infraestructuras intercuenas instaurado en diciembre de 2013	204
5. La regulación de nuevos recursos no convencionales: la desalación y la reutilización de aguas depuradas	207
6. El reto de la recuperación del coste de los servicios relacionados con el agua	208
BIBLIOGRAFÍA CITADA	212
TERCERA SECCIÓN: ESTUDIOS	219
I. CONSIDERACIONES GENERALES	211
II. LA FINALIDAD DEL AMPARO JUDICIAL DE AGUAS	225
1. La acción de amparo judicial de aguas tiene una finalidad cautelar	225
2. El amparo de aguas busca evitar la extracción de agua sin autorización	228
III. REQUISITOS DEL AMPARO JUDICIAL DE AGUAS	231
1. Legitimación activa	233
2. El perjuicio como requisito	237
IV. NATURALEZA JURÍDICA DEL AMPARO DE AGUAS: ACCIÓN POSESORIA ESPECIAL	249
V. CARACTERÍSTICAS DEL PROCEDIMIENTO DE AMPARO DE AGUAS	253
1. El procedimiento de amparo de aguas no supone una discusión sustantiva	254

2. El procedimiento de amparo de aguas es de carácter sumarísimo	255
3. El procedimiento de amparo está sometido a las formalidades establecidas para los juicios sobre aguas en general	256
VI. MEDIOS PROBATORIOS UTILIZADOS EN EL PROCEDIMIENTO DE AMPARO DE AGUAS	259
1. Sobre la ponderación de la inspección personal del tribunal y del informe de la Dirección General de Aguas	259
2. Sobre la ponderación de los instrumentos públicos no objetados	260
VII. COMPATIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE AMPARO DE AGUAS CON OTRAS ACCIONES	263
BIBLIOGRAFÍA CITADA	264

