

Santiago, veinticinco de enero del dos mil trece.

**Vistos y teniendo presente:**

**Primero:** Que don Rodrigo Arriagada Astrosa por SUR ELECTRICIDAD y ENERGIA S.A., en adelante SURELEC; doña María Victoria Quiroga Moreno, actuando por EXPLORACIONES, INVERSIONES Y ASESORIAS PACHINGO S.A. y don Cristián Neumann Manieu por EXPLOTACIONES, INVERSIONES Y ASESORIAS HUTURI S.A. han deducido reclamación en contra de los Decretos N° 2.270; 265 y 266 pronunciados por el Ministerio de Obras Públicas el primero con fecha 16 de diciembre de 2009 y los siguientes el 26 de febrero de 2010, respectivamente, que denegaron parcialmente solicitudes de aprovechamiento no consuntivo de aguas superficiales, de ejercicio permanente y continuo, sobre las aguas corrientes de una serie de fuentes de agua ubicadas en las provincias de Palena, Aysén y Coyhaique en las regiones de Los Lagos; de Los Ríos y de Aysén.

Los decretos denegatorios fueron dictados por el Ministro de Obras Públicas por “delegación del Presidente de la República” y en virtud de lo dispuesto en el artículo 147 Bis del Código de Aguas.

Las reclamantes sostiene, separadamente, que los decretos son arbitrarios y contrarios a derecho en base a las siguientes consideraciones: a) El Ministro de Obras Públicas carece de facultades que le permitan denegar derechos de aprovechamiento de aguas. Es una atribución que el Presidente no puede delegar; b) Los decretos omitieron el control de legalidad ante la Contraloría General de la República ( toma de razón); c) Los decretos fueron dictados en ejercicio de la facultad del artículo 147 bis del Código de Aguas, que confiere una atribución excepcionalísima al Presidente de la República para denegar derechos de agua en trámite y que opera bajo el requisito sine qua nom de que la Dirección General de Aguas (DGA) emita un informe al efecto, el que no se había emitido por el Director General, sino por el jefe del

características específicas de cada una de las cuencas afectadas, no utiliza las metodologías estándar conforme a las cuales se realiza un estudio de análisis ambiental, olvidando los criterios establecidos por la propia DGA en la determinación de la disponibilidad del recurso, llegando a conclusiones que carecen de fundamento técnico. Sobre este punto, acompaña un informe denominado “ *Análisis sobre suficiente técnica de los informes de reserva para la conservación ambiental y el desarrollo local de diversas cuencas* “ elaborado por Gestión Ambiental Consultores S.A. que acredita desde una perspectiva técnico-científica que los ríos que interesan, como el Turbio, Cisne y Palena carecen de características excepcionales que establezcan la reserva establecida en los Decretos N° 2270, 265 y 266, y que éstos carecen de fundamentación técnica que justifique el establecimiento de una reserva de caudal.; d) El ejercicio de la facultad requiere la concurrencia de causales de excepcionalidad y de interés nacional que justifiquen la denegación, sin embargo, en los cauces que son objeto de los decretos impugnados no concurre ninguna de las referidas circunstancias y e) adicionalmente, el Ministerio de Obras Públicas, al dictar los decretos se ha arrogado competencias ambientales que no le pertenecen y que por ley ha reservado exclusivamente para el mecanismo técnico de “ventanilla única”, denominado sistema de evaluación de impacto ambiental o SEIA.

También se hacen valer por los reclamantes, vicios procedimentales, como al debido proceso y al derecho a defensa, alegando que el Estado procedió a negar parcialmente solicitudes pendientes ante la Dirección General de Aguas, sin conocimiento, audiencia ni participación de los solicitantes, como si éstos no fueran titulares de derecho constitucional alguno. Sobre este aspecto, al margen de la invocación del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política, los interesados se refieren a la ley 19.880, que regula los procedimientos de la administración, destacando que no se habrían respetado los principios de contradictoriedad, publicidad y transparencia que se aplican a estos procesos y actos que producen efectos administrativos.

un fin distinto de aquel previsto por el legislador al diseñar la potestad fijada para limitar los caudales, particularmente por la invocación de consideraciones de orden ambiental que resultan improcedentes al momento de hacer aplicable el artículo 147 bis del Código de Aguas, que interesa a los decretos impugnados.

Los recurrentes solicitan en definitiva, que se dejen sin efecto los decretos reclamados, en todas sus partes, en subsidio eliminar las solicitudes de derecho de las reclamantes de las nóminas de los decretos impugnados y en complemento de los anteriores, continuar con la tramitación de sus solicitudes respectivas y en subsidio de todo lo anterior, los derechos deben ser modificados en cuanto a los caudales que son objeto de reserva, porque en su cálculo se incurrió en errores de datos y metodologías.

**Segundo:** Que, informando la recurrida, la Dirección General de Aguas (DGA), primeramente, explica la pertinencia de la dictación de los decretos impugnados, fundada en lo dispuesto en el artículo 147 bis del Código de Aguas, haciendo una relación de sus considerandos y fundamentos y termina señalando el informe técnico de la División de Estudios y Planificación de la misma Dirección General, que se invoca en los vistos de los decretos. Más adelante, haciéndose cargo de las alegaciones de las reclamantes, sostiene que la ley otorga al Presidente de la República la facultad de denegar parcialmente las solicitudes de derechos de aprovechamiento cuando sea necesaria para reservar agua para el abastecimiento de la población, porque no existe otros medios para obtenerla y cuando se trata de derechos no consuntivos, por circunstancias excepcionales y de interés nacional. Hace notar, que la protección de la conservación de las aguas es una cuestión de evidente interés general para la nación y sus habitantes. Agregando, que en la hoya hidrográfica en la que inciden las solicitudes de aprovechamiento de aguas denegadas, existe disponibilidad de agua porque precisamente se han otorgado pocos derechos, presenta condiciones ecológicas y ambientales particulares y la intervención humana ha sido mínima dejando a salvo importantes

sus órganos, en sintonía con el derecho de toda persona a vivir en un ambiente libre de contaminación.

En cuanto a las demás alegaciones de las recurrentes, la informante sostiene que los decretos impugnados fueron firmados por el Ministro de Obras Públicas “por delegación del Presidente de la República”, amparado en las normas de la Ley Orgánica de Bases de la Administración del Estado, cuyo artículo 41° contempla la delegación, la vigencia de la ley 16.436 y el Decreto N° 87, de 2005 del Ministerio Secretaria General de la Presidencia, que modifica el Decreto N° 19 de 2001 que faculta a los Ministros de Estado para firmar determinados actos bajo la fórmula descrita.

Por otra parte, explica que en los vistos de los decretos reclamados se mencionan los informes técnicos elaborados por la División de Estudios y Planificación de ese Servicio (DGA) y en los que se desarrollan los siguientes tópicos: propone criterios técnicos y metodológicos para determinar el caudal de reserva con fines de conservación ambiental y desarrollo de las cuencas en las que se ubican los derechos de aprovechamiento pedidos por la reclamante; indica cuáles son los elementos que hacen excepcional a las respectivas cuencas y cómo estos son de interés nacional; analiza el impacto en la cuenca respectiva por el ejercicio de los derechos de aprovechamiento pedidos, la mayoría solicitados con fines hidroeléctricos; hace un análisis hidrológico de la cuenca respectiva y las posibilidades de aplicación de un caudal ecológico y de reserva en la respectiva hoyo y, se define la disponibilidad para constituir los derechos.

Por último, el informe deja constancia que por las implicancias medioambientales que sustentan los citados informes, se pidió la consideración al Ministerio del Medio Ambiente, el que concluye que las cuencas en cuestión requieren de la aplicación del caudal ecológico previsto en el inciso tercero del artículo 129 bis 1 del Código de Aguas.

**Tercero:** Que el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política reconoce

mismo numeral, agrega; “Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellas”.

A su turno, el artículo 5° del Código de Aguas precisa que las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellos, en conformidad a las disposiciones de dicho Código. Agrega su artículo 6° una definición del referido derecho, al disponer que es un derecho real que recae sobre las aguas y que consiste en el uso y goce de ellos, con los requisitos y en conformidad con las reglas que prescribe ese Código. El inciso segundo de este último precepto prevé que “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”. El artículo 20 del mismo Código precisa que; “El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad “, en tanto, el artículo 23 dispone “La constitución del derecho de aprovechamiento se sujetará al procedimiento estatuido en el párrafo 2° del Título I del Libro II de este Código.”

De las normas transcritas fluye con claridad que las aguas, salvo las excepciones expresamente contempladas en la ley, son bienes nacionales de uso público y, por ende, no son susceptibles de apropiación privada, y que el derecho de aprovechamiento sobre ellas es un derecho real que se constituye originariamente por un acto de la autoridad, conforme a un procedimiento reglado y complejo, establecido en la ley, que se inicia con el acto de petición a dicha autoridad (Dirección General de Aguas) y concluye cuando el funcionario competente (Director General de Aguas o el Presidente de la República en el caso del artículo 148 del Código) dicta una resolución o Decreto Supremo constituyendo el derecho conforme a la potestad reglada entregada a la Administración, debiendo, posteriormente, el acto respectivo reducirse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Aguas.

Habiéndose reconocido constitucionalmente la garantía para adquirir

es, por una ley de quorum calificado y cuando así lo exija el interés nacional. En armonía con esta regla, el artículo 141 del Código de Aguas dispone que si no se presentan oposiciones a las solicitudes de aprovechamiento del recurso, se constituirá el derecho....”siempre que exista disponibilidad y fuere legalmente procedente.”

Que, por todo lo anterior, cualquier precepto que entrase, limite o condicione la libre adquisición del derecho de aprovechamiento, debe examinarse restrictivamente al tenor del precepto legal que lo establezca, velando por la aplicación estricta de sus condiciones o presupuestos.

**Cuarto:** Que uno de los nuevos aspectos que consideró la modificación del Código de Aguas el año 2005, cuando se dictó la ley 20.017, fue la facultad presidencial para limitar solicitudes de aprovechamiento en casos y condiciones excepcionales de preferencia. En efecto, en este orden, se encuentra el nuevo artículo 147 bis del Código que establece: “...cuando sea necesario reservar recursos para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua o bien, tratándose de solicitudes de derechos no consuntivos y por circunstancias excepcionales y de interés nacional, el Presidente de la República podrá, mediante Decreto fundado, con informe de la Dirección General de Aguas, disponer la denegación parcial de una petición de derecho de aprovechamiento”. Esta facultad presidencial de limitar las solicitudes y la patente por el no uso de los derechos son el eje fundamental de la modificación efectuada al Código y ambas situaciones, de acuerdo con la historia de la ley, fueron establecidas en razón de casos concretos ocurridos en nuestro país. En efecto, fue común en la zona norte la existencia de solicitudes que implicaban todo el agua disponible en el sector, sin dejar agua para el consumo humano, dejando como única opción la expropiación de los derechos con el costo que ello implicaba, pese a que el adquirente de tales derechos los había obtenido de la autoridad gratuitamente.

Se trata de una facultad que por su naturaleza, es especialísima y de

determinado caudal, en ciertos casos y con ciertas condiciones precisas y preestablecidas por la ley, dejando en claro que con ello se limita una solicitud, pero no se deniega. Es evidente que su aplicación supone, en un caso, tratándose de derechos consuntivos, evaluar una situación muy concreta, esto es, si la petición compromete de modo cierto el abastecimiento de la población, en términos de que a ella no se pueda acceder con una tecnología usual y económicamente razonable. Y, en segundo término, y sólo respecto de solicitudes de derechos de aprovechamiento no consuntivos, la evaluación considera la presencia de circunstancias excepcionales y de interés nacional.

Si se cumplen los requisitos señalados en el citado artículo 147 bis, la Dirección General de Aguas, antes de resolver la solicitud respectiva, deberá enviar un informe al Presidente de la República, con el objeto que dicha autoridad evalúe si hace uso de la facultad en comento, la que, de ejecutarse, se debe hacer a través de un Decreto Supremo fundado.

**Quinto:** Que, de conformidad al artículo 147 ter del Código de Aguas, el afectado por un decreto del Presidente de la República que disponga la denegación parcial de una petición de derecho de aprovechamiento podrá reclamar ante esta Corte de Apelaciones de Santiago, dentro del plazo de 30 días contados desde el día de su publicación y el procedimiento de reclamación se sujetará al establecido en el artículo 137 del mismo Código.

**Sexto:** Que, en razón del carácter especial y restrictivo del ejercicio de la facultad presidencial que contempla el artículo 147 bis del Código de Aguas y ante los recursos deducidos en contra de los decretos dictados a su amparo, obliga a esta Corte, primeramente, a su análisis formal, en los aspectos que fueron hechos valer por los reclamantes:

**La firma de los decretos por Orden Presidencial:** El análisis literal del artículo 147 bis no deja dudas que se trata de un Decreto Presidencial, es decir, debe llevar la firma del Presidente de la República, aunque se expida a través del Ministerio de Obras Públicas. Por lo tanto, para que opere una

análisis de cuerpos legales pretéritos o actos administrativos de menor rango que hagan posible la fórmula empleada por los decretos que se impugnan.

El único que puede atribuir competencia es la ley (artículos 7 y 65 de la Constitución Política). En efecto, la circunstancia de que la competencia sea determinada legalmente, implica que ésta es indisponible, de manera que ésta no se puede ceder, trasladar, asignar a otro sujeto, salvo en los casos en que la ley lo autoriza expresamente. En consecuencia, la delegación de firma del Presidente está sujeta a un principio de legalidad estricto, es decir, para que exista requiere de autorización legal, lo que no ocurre respecto de los decretos que son materia de reclamación ante esta Corte.

Conforme con lo expuesto, la invocación que hacen los decretos impugnados a las facultades delegadas por los decretos N° 87 de 2005 que modificó el Decreto N° 19 de 2001 es improcedente, como tampoco corresponde recurrir, como lo explica la Dirección General de Aguas a la delegación del artículo 41 de la ley 18.575 de Bases Generales de la Administración del Estado, que resulta inaplicable, pues esta es una disposición construida para el funcionamiento “doméstico” de los Ministerios y Servicios Públicos, cuyo antecedente se encuentra en el antiguo Estatuto Administrativo del DFL 338/60.

**Exención de toma de razón:** De acuerdo al artículo 1° inciso 2° de la ley 19.880, la toma de razón de los actos de la administración del Estado se regirá por lo dispuesto en la Constitución y en la Ley Orgánica Constitucional de la Contraloría General de la República.

Al efecto, la Constitución Política dispone que la Contraloría General deberá ejercer el control de legalidad de los actos de la Administración y que, en el ejercicio de esa función, tomará razón de los decretos y resoluciones que en conformidad a la ley deben tramitarse por la Contraloría o representará la ilegalidad de que puedan adolecer. La ley 10.336, Orgánica de la entidad contralora, faculta al Contralor General para dictar disposiciones sobre



es que reitera la regla general en orden a que los decretos suscritos por el Presidente de la República, así como aquellos que determine expresamente una ley, están sujetos a toma de razón. Este lineamiento se confirma en artículo 1° de la citada Resolución, cuando parte diciendo “Deberán siempre enviarse a toma de razón los decretos que sean firmados por el Presidente de la República.”

De acuerdo a lo expuesto y lo que se ha señalado en cuanto a que la facultad de dictar los decretos es Presidencial y ello no puede ser ejercida en este caso, por orden del Presidente de la República, no cabe que se puedan eximir del trámite de toma de razón, aspecto que tampoco cumplen los decretos objetados.

**El informe de la Dirección General de Aguas:** La norma dispone que la facultad presidencial que limita una petición de derechos de aprovechamiento requiere para fundamentar el cumplimiento de sus presupuestos, de un informe de la Dirección General de Aguas. Esta Dirección es un Servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas, y su jefe superior es el Director General de Aguas.

La Dirección General de Aguas (DGA) tiene las atribuciones y funciones que le asigna el Código de Aguas y sus actos administrativos para que produzcan efectos jurídicos, ordinariamente, deben ser expedidos a través de su Director General o de las Jefaturas en quienes éste hubiese delegado competencias.

Cuando se analizan las actuaciones de este Servicio que contempla el citado Código, se advierte que el Director General tiene atribuciones específicas, consignadas por ejemplo en los artículos 300, 301, 302, sin embargo, también se reconocen actuaciones que se atribuyen a la DGA como organismo técnico, como las que disponen los artículos 303, 304, 305, 307, las que no exigen la participación del Director General.

ámbito propio de las funciones de esa Dirección no es inválida y por sí sola no es suficiente para atribuir un vicio esencial a los Decretos que se examinan, salvo que los funcionarios que suscriben dichos informes no hubiesen tenido la condición en la que actúan al momento de dictarlos. Esta circunstancia no significa que el Director General deba abstenerse o no le corresponda dictar los informes de que trata el artículo 147 bis, sino que no se advierte que su firma sea un elemento esencial de validez para los términos que exige dicho artículo.

**Las reglas de un debido proceso:** De conformidad al artículo 7 de la Constitución Política, los actos de los órganos del Estado requieren para su validez no solo de la investidura y de la actuación dentro de la competencia asignada al órgano. Es necesario, además, respetar el procedimiento y las formalidades a que está sujeto.

El proceso de constitución de derechos de agua es un proceso reglado en la ley ( artículos 130 y siguientes del Código de Aguas ), que tiene la condición de procedimiento administrativo, dado que su fin es la dictación de un acto administrativo. En tal razón, está sometido, además, al cumplimiento de las normas previstas en la ley 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, siendo así, el señalado procedimiento no puede estar ajeno al cumplimiento de sus principios y reglas, como el de **contradictoriedad**, esto es, el procedimiento es contradictorio y garantista, pues permite a los interesados formular defensas, alegaciones, aportar pruebas y a las partes ser escuchadas en la dictación de los actos que se dicten en él. También importa la transparencia y publicidad, es decir, los actos deben ejecutarse de manera que permita y promueva el conocimiento, contenido y fundamento de las decisiones de la administración. En el mismo sentido, el artículo 17 letra a) de la ley 19.880 reconoce el derecho de las personas que se relacionan con la administración a tener conocimiento, en cualquier momento, del estado de la tramitación de los procedimientos en los que tenga la

constitucional al debido proceso, que establece el artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República y en lo que establecen las letras e) y f) del artículo 17 de la ley 19.880.

Pues bien, la decisión presidencial de dictar un decreto que limita la petición de derechos de aprovechamiento de aguas como lo concibe el artículo 147 bis del Código de Aguas, reúne la condición de ser un procedimiento administrativo, ya que conduce a tener que producir un acto administrativo y, por lo tanto, le resulta plenamente válido las reglas y principios que establece la mentada ley de Bases (ley 19.880).

Que, teniendo presente lo expuesto, esta Corte al examinar los procedimientos constitutivos de derechos de aprovechamiento y los actos que se siguieron para la dictación de los decretos que se impugnan, advierte que la autoridad dispuso negar parcialmente esas solicitudes pendientes ante la Dirección General de Aguas, sin conocimiento, audiencia ni participación de los solicitantes de los señalados derechos, atentando gravemente no sólo contra las reglas de un debido proceso, sino que, además, restando transparencia y publicidad a sus procedimientos, sin dar lugar a que los interesados hicieran valer defensas y/o alegaciones, aportaran antecedentes o pruebas a fin de adecuar o corregir sus pretensiones, todo lo cual demuestra que en los procedimientos en análisis se incurrieron en infracciones de ley, que son suficientes para acoger las reclamaciones deducidas.

**Séptimo:** Que, del análisis que hace esta Corte de los aspectos de forma y de procedimiento que llevaron a la dictación de los decretos que se reclaman, como se detalla en el considerando anterior, es suficiente para advertir la concurrencia de un conjunto de defectos e infracciones en la dictación de los decretos del Ministerio de Obras Públicas N° 2.270/09, 265/10 y 266/10 que sólo son subsanables por la vía de dejarlos sin efecto, sin que resulte necesario tener que pronunciarse sobre otras alegaciones de fondo que fueron planteadas por los reclamantes.

Dirección General de Aguas, fundante de los decretos impugnados, incurre en infracciones en cuanto a sus términos y consideraciones, esta Corte no se pronunciará, salvo para señalar que tales informes en el evento que deban servir de fundamento para la aplicación del artículo 147 bis del Código de Aguas, deben considerar, dependiendo del tipo de derecho de aprovechamiento consuntivo o no consuntivo que se trate, la evaluación precisa de las condiciones o requisitos en que se sustenta la limitación que se proponga al Presidente de la República, ajustándose estrictamente a las causales que contempla citado artículo 147 bis.

En razón de lo que se ha señalado, tratándose de derechos consuntivos, se dispone como causa para la limitación que “sea necesario reservar el recurso para el abastecimiento de la población por no existir otros medios para obtener el agua” y cuando se trate de no consuntivos que concurren “circunstancias excepcionales y de interés nacional”.

La consideración de otros aspectos, como aquellos que no sean excepcionales, de interés simplemente local, los de conservación ambiental, preservación de los ecosistemas, belleza y riqueza natural, si bien puedan ser válidos de protección y resguardo por parte de la autoridad, ellos deben encauzarse por las vías correspondientes, recordando que hoy en día existe una institucionalidad ambiental en pleno funcionamiento, que da acciones y medios a su respecto, no obstante que el mismo Código de Aguas tuvo presente también la protección del medio ambiente y la naturaleza, para lo cual ideó el sistema del caudal ecológico mínimo. En efecto, el inciso final del artículo 129 bis dispone que: “En casos calificados y previo informe favorable del Ministerio del Medio Ambiente, el Presidente de la República podrá, mediante decreto supremo, fijar caudales ecológicos mínimos diferentes, sin atenerse a la limitación establecida en el inciso anterior, no pudiendo afectar derechos de aprovechamiento existentes. El caudal ecológico que se fije en virtud de lo dispuesto en el presente inciso, no podrá ser superior al cuarenta por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial.” V no

mayor, razón por la cual otorgó una potestad excepcional al Presidente de la República de aumentar dicho caudal hasta el doble, con informe favorable del Ministerio del Medio Ambiente.

Por estas consideraciones y de conformidad, además con lo que dispone los artículos 147 ter y 137 del Código de Aguas, **se acogen** los recursos de reclamación interpuestos y se declara que se dejan sin efecto los Decretos del Ministerio de Obras Públicas N° 2.270 de 2009, y N° 265 y N° 266, ambos del 2010, debiendo retrotraerse los procedimientos de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas a que se refieren, al estado anterior a la decisión de aplicar la facultad presidencial que contempla el artículo 147 bis del Código de Aguas, dando curso, posteriormente, a los procedimientos del párrafo 2° del Título I del Libro II del mismo Código, el que debe sujetarse estrictamente a sus reglas y a las que le correspondan por aplicación de la ley 19.880.

Regístrese y archívese.

Redacción del Abogado integrante David Peralta A.

No firma el Ministro señor Carroza, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y del acuerdo, por encontrarse ausente.

Rol Ingreso Corte N° 893-2010

Pronunciada por la **Cuarta Sala** de esta Il. Corte de Apelaciones de Santiago, en sesión pública, el día 11 de Agosto de 2010, en el Ministerio del Medio Ambiente, en el despacho del Sr. Ministro Integrante David Peralta A.