

UNA NUEVA LIMITACIÓN ADMINISTRATIVA AL DERECHO DE PROPIEDAD: LA MODIFICACIÓN SOBRE EL VOLUMEN AUTORIZADO DE EXTRACCIÓN. (LA IMPOSICIÓN DEL “FACTOR DE USO” EN LAS SOLICITUDES DE CAMBIO DE PUNTO DE CAPTACIÓN EN EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS)

IGNACIO COVARRUBIAS CUEVAS*

1. OBJETO DE LA EXPOSICIÓN

El presente trabajo persigue efectuar un análisis crítico de aquella práctica –ya habitual– efectuada por las respectivas DGA de imponer un denominado “coeficiente o factor de uso” a los dueños de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que piden a dicha autoridad la autorización para ejercer su ya constituido derecho en un nuevo punto de captación.

De este modo, y con ocasión de tener que pronunciarse sobre la referida solicitud de cambio de punto de captación, la DGA –contra texto expreso del Código de Aguas y vulnerando diversas normas de la Ley N° 19.880– aprovecha de imponer una medida que produce el efecto directo de privar al titular del derecho de aprovechamiento en cuestión, de una parte del caudal respecto del cual el solicitante tiene derecho de propiedad.

Lo anterior es sin perjuicio de otras solapadas vulneraciones que el referido acto administrativo genera como efecto consecuencial en el ejercicio de derechos fundamentales.

Tampoco dicho acto de autoridad satisface las propias potestades de intervención, previstas por el Código del ramo, respecto del derecho de propiedad sobre el aprovechamiento de las aguas, ni mucho menos aún, los parámetros sobre regulación de derechos fundamentales que se ha ido generando por parte de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Previo a lo anterior, debe clarificarse al lector acerca de las particularidades que presenta el derecho de aprovechamiento de aguas en cuanto a su tutela por parte del derecho de propiedad garantizado por la Carta Fundamental, como asimismo, ilustrar brevemente de qué modo se pretende imponer la ya referida e injusta carga por parte de la DGA.

2. CÓMO OPERA LA REFERIDA IMPOSICIÓN ADMINISTRATIVA DENOMINADA “FACTOR DE USO”

Las personas naturales como jurídicas, dueñas de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas, de carácter consuntivo y de ejercicio permanente por un caudal de “X” litros por segundo suelen solicitar a la DGA, dentro de un procedimiento reglado previsto por el Código,

* Doctor en Derecho por la Universidad de los Andes. Director del Centro de Justicia Constitucional de la Facultad de Derecho Universidad del Desarrollo. Trabajo presentado en las XI Jornadas de Derecho de Aguas (2009) organizadas por el CEDRENA (Centro de Estudios en Derecho de Recursos Naturales) de la Facultad de Derecho Universidad Católica del Norte.

que se pronuncie sobre la solicitud de cambiar –el ejercicio del derecho ya constituido, a un nuevo punto de captación de donde pueda extraerse una cantidad (en litros por segundo) igual o menor a aquella respecto de la cual se tiene derecho.

Autorizado que sea el cambio a de punto de captación (por la misma cantidad) el derecho pasa a ejercerse en este nuevo punto, renunciándose al punto de captación anterior. En cambio, si se pide el traslado por una menor cantidad debería conservarse el punto antiguo por el saldo de la capacidad de extracción del caudal a que se tiene derecho.

Hasta hace algunos años, la DGA se limitaba (como corresponde a sus potestades regladas en esta materia) a constatar el cumplimiento de los requisitos que debía contener la solicitud de cambio de punto de captación para otorgar la referida autorización.

Sin embargo, crecientemente dicha autoridad administrativa, so pretexto de potestades discrecionales de carácter técnico de las que se carece (fundadas en la necesidad de garantizar la sustentabilidad a largo plazo del recurso hídrico) ha ido accediendo a las indicadas solicitudes, autorizando el cambio por la cantidad solicitada (litros x segundo), pero sujetando su otorgamiento a la condición que se acepte la carga de un “factor de uso” consistente en la imposición de volumen anual a extraer máximo.

Ahora bien, no obstante que finalmente se autoriza el caudal solicitado en litros por segundo (según una medición instantánea), el punto es que la aplicación de dicho factor corresponde al resultado obtenido de un cálculo aproximado al uso promedio regular del titular del derecho de aprovechamiento según su actividad minera, agrícola, etc.

De este modo, la aplicación de dicho factor o coeficiente, aunque se mantenga la cantidad de litros por segundo otorgados, igualmente constituye una restricción sobreviviente al ejercicio del derecho, toda vez que bastaría que el titular del mismo aumente el caudal promedio extraído en el tiempo (aun respetando lo cantidad instantánea autorizada según su derecho) para excederse en el volumen anual máximo impuesto por la autoridad.

3. EL SOLICITANTE ES TITULAR INDISCUTIDO DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE SU DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS AL MOMENTO DE PEDIR EL REFERIDO CAMBIO DE PUNTO DE CAPTACIÓN

Momento a partir del cual el derecho de propiedad protege al titular del derecho de aprovechamiento de aguas

Es un dato de la causa el que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas, regulado por el Código de Aguas, se encuentra protegido por el derecho de propiedad, reconocido por la Constitución Política de la República¹. Así ha sido confirmado, tanto por la jurisprudencia judicial, como administrativa².

Sin embargo, no ha sido pacífico el punto relativo al momento a partir del cual el titular del derecho de aprovechamiento tiene propiedad, constitucionalmente garantizada, respecto de dicho derecho.

En cualquier caso, el solicitante es dueño del derecho de aprovechamiento cuyo cambio de punto de captación se solicita, desde el momento en que dicho derecho se encuentra debidamente

¹ El inciso final del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política reconoce que: *Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos.*

² Contraloría General de la República, órgano que ha sustentado que el derecho de aprovechamiento, legalmente constituido, “*se encuentra protegido contra cualquier menoscabo de sus facultades*”, Dictamen N° 16.091/07.

inscrito en el Conservador de Bienes Raíces, por lo que el acto administrativo de otorgamiento del derecho de aprovechamiento, por parte de la DGA, no posee la aptitud de hacer dueño del referido derecho al solicitante.

Así lo ha zanjado la jurisprudencia del tribunal constitucional³ como –recientemente– la administrativa del órgano contralor⁴, lo que han sostenido que, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 del Código, el *derecho de aprovechamiento(...) se adquiere por la competente inscripción*, por lo que es a partir de ella (y no desde la autorización por parte de la DGA) cuando tal derecho se encuentra amparado por las garantías del derecho de propiedad reconocido por el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política.

Así las cosas, en reciente dictamen, la Contraloría, junto con reconsiderar toda la jurisprudencia administrativa anterior⁵, sostiene que la pretensión deducida por el solicitante de un derecho de aprovechamiento *no otorga prerrogativa alguna a su titular, quien únicamente tiene la expectativa de obtener una decisión favorable de la Administración en caso que se cumpla con todas las condiciones y requisitos previstos por el ordenamiento jurídico*⁶.

4. SE AFECTA EL OBJETO MATERIAL SOBRE EL QUE RECAE EL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO: EL CAUDAL AUTORIZADO POR LA DGA SEGÚN EL ART. 140 DEL CÓDIGO

Si estamos ciertos que el derecho de aprovechamiento sobre las aguas se encuentra protegido por el derecho de propiedad, según lo dispuesto por el inciso final del artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental, cabe ahora referirse al modo distintivo en que la referida tutela constitucional aplica respecto de las particularidades de este derecho de aprovechamiento.

Se trata de ilustrar aquel objeto material sobre el que recaen, en el presente caso, los atributos (exclusividad y perpetuidad) y facultades esenciales del dominio (uso, goce y disposición) garantizados por el derecho de propiedad.

Dicho objeto material se desprende con claridad del artículo 140 del Código de Aguas, norma que establece aquellas menciones obligatorias que debe contener todo escrito en que se solicite la adquisición del derecho de aprovechamiento sobre las aguas.

³ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 260-1997. Su decisión se fundó, entre otras consideraciones, en que es la propia Constitución Política la que ha remitido a la “ley”, el reconocimiento o la constitución del derecho sobre las aguas y aquella, el artículo 20 del Código de Aguas, establece que *El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción*. En el considerando 7° de la referida sentencia del Tribunal Constitucional, éste sostuvo que *Antes de dictarse el acto constitutivo del derecho de aguas, de reducirse éste a escritura pública e inscribirse en el competente registro, el derecho de aprovechamiento no ha nacido al mundo jurídico, pues precisamente emerge, originariamente, en virtud de la mencionada resolución y su competente inscripción*.

⁴ Contraloría General de la República, Dictamen N° 17.971/2009, de fecha 8 de mayo de 2009, que –ratificando la jurisprudencia señalada– es categórico en sostener que la solicitud para obtener un derecho de aprovechamiento de aguas sólo constituye una mera expectativa, por lo cual no se encuentra amparada por el derecho de propiedad, tutelado constitucionalmente.

⁵ El reciente dictamen reconsideró toda la jurisprudencia previa que, desde 1984, afirmaba que la declaración de áreas de restricción por parte de la DGA, constituía una medida que no podía afectar –retroactivamente– las solicitudes de aprovechamiento pendientes de otorgamiento al momento de dictarse el referido acto administrativo limitativo, con lo cual reconocía implícitamente que las solicitudes presentadas pero no otorgadas no eran meras expectativas.

⁶ Dictamen N° 17.971/2009.

En efecto, la referida disposición legal establece, en su número 2º, como mención obligatoria de toda solicitud para obtener un derecho de aprovechamiento *[l]a cantidad de agua que se necesita extraer, expresada en medidas métricas y de tiempo*⁷.

Para el caso de las aguas subterráneas dicho requisito consiste en indicar “*el caudal máximo que se necesita extraer en un instante dado*” (expresado en medidas métricas y de tiempo) como, asimismo, “*el volumen total anual que se desea extraer desde el acuífero*”⁸ (expresado en metros cúbicos).

De este modo, es evidente que si el derecho de aprovechamiento se pide respecto de una cantidad de agua a extraer, autorizada por la DGA la cantidad solicitada u otra distinta, el derecho de propiedad recaerá, materialmente, sobre la cantidad de extracción finalmente autorizada, una vez que el referido acto de autoridad se encuentre inscrito en el competente registro de propiedad.

Como se adelantó en el párrafo precedente, la DGA está facultada para autorizar un caudal de extracción menor al pedido, siempre que *en razón de la disponibilidad de agua* no fuere posible *constituir el derecho de aprovechamiento en las condiciones solicitadas*, en cuyo caso el Director General de Aguas podrá hacerlo en la cantidad o con características diferentes *cuando conste el consentimiento del interesado*⁹.

Lo anterior, sin perjuicio de otras potestades en cuya virtud el Presidente de la República como el Director General de Aguas pueden *disponer la denegación parcial de una petición de derecho de aprovechamiento*¹⁰ o *limitar el caudal de una solicitud de derechos*¹¹ de similar naturaleza.

En síntesis, la Ley sólo reconoce la facultad de la DGA, para restringir o limitar el caudal solicitado por el particular, en el acto de constitución del derecho de aprovechamiento.

Y no podría ser de otro modo, como quiera que con posterioridad al otorgamiento del referido derecho (y una vez inscrito éste) su titular se encuentra protegido por el derecho de propiedad, por lo cualquier menoscabo –no prevista legal y expresamente por el Código– en las garantías que tal derecho confiere al particular vulneraría, no sólo el Código del ramo, sino también la Constitución Política de la República.

Advertidos que la Carta Fundamental protege, asimismo, *el bien sobre que recae* el derecho de propiedad, no sería baladí sostener que además de la protección que este derecho brinda al propietario respecto de sus atributos y facultades esenciales, el derecho de aprovechamiento encuentra una protección adicional en el inciso segundo de la disposición constitucional.

Esto lo establece –de modo negativo– la Constitución Política al proclamar que *[n]adie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio*.

⁷ Código de Aguas, art. 140 N° 2, inciso 1º. En verdad, la obligación de expresar el derecho de aprovechamiento *en volumen por unidad de tiempo* se encuentra consagrada, de modo general, por el artículo 7º del Código.

⁸ *Ibid.*, ambas citas en el inciso 2º de la citada norma.

⁹ Por todas, Código de Aguas, art. 147 bis, inciso 4º.

¹⁰ Código de Aguas, art. 147 bis, inciso 3º. Esta potestad se justifica expresamente 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.

¹¹ *Ibid.*, inciso 2º de la citada norma legal, la cual se funda en la circunstancia de no haberse cumplido los supuestos del artículo 142, inciso 1º, cuando no hubiere equivalencia entre lo solicitado y la cantidad de agua que corresponda con los caudales que reflejen las prácticas habituales en materia de aprovechamiento de aguas.

5. AL PRONUNCIARSE SOBRE EL CAMBIO DE UN PUNTO DE CAPTACIÓN, LA DGA EJERCE UNA POTESTAD REGLADA QUE LE IMPIDE AFECTAR EL DERECHO DEL SOLICITANTE: INSUFICIENCIA DEL ARTÍCULO 163 DEL CÓDIGO

Como ya se adelantó, las potestades que la Ley atribuye a la DGA para que se pronuncie sobre la solicitud de cambio de punto de captación no la facultan para imponer sobre el derecho de aprovechamiento de aguas cualquier restricción y/o limitación respecto del volumen de extracción total anual.

En efecto, de los artículos 163 del Código de Aguas y 42 de la Resolución DGA N° 425/2005, esto es, de las normas que generalmente se invocan como habilitadoras para autorizar el cambio de punto, no se desprende la potestad para la referida autoridad administrativa de imponer la ya referida carga.

Así, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 163 del Código, la DGA no se encuentra facultada para afectar o restringir la capacidad de extracción del derecho de aprovechamiento de aguas. Como ya se señaló, la referida limitación sólo puede imponerse en el acto originario de constitución del derecho en cuestión a condición que concurran los supuestos, ya indicados, del artículo 147 bis del Código.

El artículo 163 del Código sólo faculta al Director General de Aguas para autorizar las solicitudes de cambio o traslado *de conformidad al párrafo 1- de este Título*¹².

Por otra parte, el artículo 42 de la Resolución DGA N° 425/2005, norma que desarrolla lo que dispone el artículo 163, tampoco habilita a esta autoridad para modificar el volumen total anual de extracción autorizado previamente.

Dicha norma reglamentaria dispone que la DGA podrá autorizar *el cambio del punto de captación de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en un mismo acuífero, ya sea en forma total o parcial, siempre que la solicitud sea legalmente procedente, que exista disponibilidad del recurso, que no se perjudiquen derechos de terceros y que se respeten las disposiciones contenidas en esta resolución. La solicitud respectiva se tramitará conforme al procedimiento previsto en el párrafo 1º del Título I del Libro Segundo del Código de Aguas.*

En fin, partir del marco normativo expuesto, referente a la autorización del cambio de punto de captación de derechos de aguas subterráneas, no se advierte atribución alguna de la DGA para limitar el aprovechamiento del agua a través de la imposición de un volumen total anual, máxime tratándose de una potestad reglada, como lo ha sentado la jurisprudencia del ente contralor¹³.

Al obrar de este modo, la señalada autoridad administrativa no sólo infringe directamente la estructura sobre la que se funda el obrar de la administración, el artículo 7º, inciso primero,

¹² Código de Aguas, art. 63: *Todo traslado del ejercicio de los derechos de aprovechamiento en cauces naturales deberá efectuarse mediante una autorización del Director General de Aguas, la que se tramitará en conformidad al párrafo 1- de este Título.*

¹³ Contraloría General de la República, Dictámenes N°s. 37.603/2004, 45.191/2004, 23.496/2006, y 29.826/2007. Si bien los dictámenes citados afirman el carácter reglado del procedimiento de constitución, este criterio ha de aplicarse necesariamente en el presente caso, dado que es el mismo Código, como lo vimos, el que en su artículo 163 señala que la solicitud de cambio de punto de captación se tramitará conforme *al procedimiento previsto en el párrafo 1º del Título I del Libro Segundo del Código*, que corresponde al mismo procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento que según el ente contralor posee un carácter reglado.

de la Constitución Política, al no conducirse *dentro de su competencia* ni tampoco *en la forma que prescribe la ley* (para estos efectos, el mismo Código de Aguas y la Ley N° 19.880, según veremos más adelante).

Asimismo, la medida administrativa en cuestión priva al titular del derecho de aprovechamiento de una característica esencial del mismo, consistente en la capacidad de extracción autorizada e inscrita, vulnerándose de este modo el derecho de propiedad de su dueño (art. 19 N° 24 de la CPR) como también su derecho a que su derecho de aprovechamiento no sea afectado en *su esencia* (art. 19 N° 26 CPR).

Lo anterior, sin perjuicio de otras vulneraciones a la Carta Fundamental, cuyo desarrollo excedería el objeto del presente trabajo¹⁴.

Los criterios previstos por el legislador del Código de Aguas para limitar el ejercicio de los derechos de aprovechamiento no aplican en el presente caso: infracción al principio de reserva legal

Si se asume la premisa que el ejercicio de los derechos fundamentales sólo puede ser regulado en su ejercicio por normas jurídicas de rango legal (reserva legal estricta) o por normas administrativas habilitadas, bajo ciertas condiciones, por aquéllas (reserva legal amplia), es evidente la conclusión en cuanto a que la imposición administrativa aquí denunciada vulnera –en cualquiera de sus elasticidades– el referido principio de reserva legal.

Lo anterior, toda vez que ni siquiera la norma reglamentaria que se invoca por la DGA para imponer la carga en cuestión –el artículo 42 de la Resolución DGA N° 425/2005– contempla la posibilidad de restringir el derecho de aprovechamiento de su titular en los procedimientos de solicitud de cambio de punto de captación.

Como se indicó, la citada norma reglamentaria habilita una potestad reglada de la autoridad administrativa que ha de limitarse a autorizar o denegar una solicitud de cambio de punto de captación respecto de un derecho que protege el aprovechamiento sobre un caudal preestablecido con anterioridad.

Tanto es así, que el Código de Aguas, advirtiendo el marco constitucional de actuación dentro del cual el legislador puede desplazarse para regular los derechos fundamentales, previó diversos instrumentos jurídicos (aplicables a aguas superficiales como subterráneas) que autorizan, en casos excepcionales, la limitación de los derechos de aprovechamiento por falta de disponibilidad del recurso hídrico.

En efecto, las referidas medidas sólo pueden ser adoptadas en hipótesis de extraordinaria sequía o escasez del recurso hídrico (art. 314)¹⁵, agotamiento de las fuentes naturales superficia-

¹⁴ Como sería el caso de la infracción a la prohibición de un tratamiento desigual y discriminatorio (19 N° 2 CPR) por parte del Estado y sus organismos en materia económica (19 N° 22 CPR). En efecto, al carecer la DGA de potestades para obrar del modo ya indicado, dicho organismo impone al titular del derecho de aprovechamiento una carga injusta, al atribuirle al administrado, sin fundamento legal alguno, una carga no prevista al momento del otorgamiento del derecho de aprovechamiento, lo cual, además, supone una conducta discriminatoria por carecer de fundamento racional.

¹⁵ El artículo 314 del Código faculta al Presidente de la República a declarar zonas de escasez –para aguas subterráneas como superficiales– por períodos máximos de 6 meses, no prorrogables, previa calificación efectuada por la DGA, en cuyo caso el titular de derechos que reciba menor proporción de aguas que la que le correspondería de conformidad a las disponibilidades existentes, tendrá derecho a ser indemnizado por el Fisco.

les (art. 282)¹⁶, disminución de un determinado acuífero (art. 65)¹⁷, entre otras circunstancias excepcionales¹⁸.

Dichas medidas restrictivas no sólo deben estar previamente dictadas por la autoridad competente (declaración de *zona de restricción*, por ejemplo), sino también, las circunstancias encontrarse justificadas en el acto administrativo que disponga la referida limitación.

Ni una ni otra exigencia legal, concurren en el caso aquí denunciado.

6. LA IMPOSICIÓN DEL “FACTOR DE USO” TAMPOCO SATISFACE LAS EXIGENCIAS DE LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Parámetros de especificidad y determinación de la ley restrictiva de derechos

Advertida la insuficiencia de la normativa –artículos 63 del Código y 42 de la Resolución DGA N° 425/2005– generalmente invocada por la DGA para imponer la restricción indicada, resta ahora señalar que la medida adoptada por dicha autoridad tampoco satisface los criterios formulados por la doctrina emanada de los fallos del Tribunal Constitucional acerca de los estándares mínimos con que la autoridad administrativa ha de regular, mediante la potestad reglamentaria habilitada legalmente, los derechos fundamentales.

En efecto, los actos administrativos que disponen la referida medida de restricción no cumplen con los parámetros de *especificidad y determinación* en cuya virtud el Tribunal Constitucional ha sostenido que *los derechos que puedan ser afectados* (por la potestad reglamentaria) *se señalen, en forma concreta, en la norma legal*¹⁹ y que *la misma indique, de manera precisa, las medidas especiales que se pueden adoptar con tal finalidad restrictiva*²⁰.

Añade el considerando 40°, de la referida sentencia, que una vez *[c]umplidas estas exigencias, es posible y lícito que el Poder Ejecutivo haga uso de sus potestad reglamentaria de ejecución, pormenorizando y particularizando (...) la norma para hacer posible el mandato legal*.

Es evidente que si dichos requisitos no son satisfechos por la norma legal habilitante –el artículo 163 del Código– menos los son, consecuentemente, por el artículo 42 de la Resolución DGA N° 425/2005.

Exigencia de “proporcionalidad”, entre otros principios aplicables y el carácter permanente de la medida.

Por otra parte, el acto administrativo impuesto por la DGA contraviene, asimismo, la exigencia de *proporcionalidad*²¹ en la aplicación de medidas restrictivas como también el

¹⁶ El artículo 282 del referido texto legal autoriza al Director General de Aguas para declarar, en caso justificado y a petición fundada de la Junta de Vigilancia respectiva o de cualquier interesado, el agotamiento de las fuentes naturales de agua superficial (cauces naturales, lagos, lagunas, etc.).

¹⁷ La norma indicada, el art. 65, reconoce la facultad de la DGA de declarar una zona de restricción cuando los antecedentes sobre la explotación del acuífero (aguas subterráneas) demuestren la conveniencia de restringir dicho aprovechamiento.

¹⁸ Tales como la potestad para declarar una zona de prohibición, fundada en la protección del acuífero, según lo dispuesto en los artículos 63 y 64 del Código.

¹⁹ Tribunal Constitucional, Sentencia Rol N° 325-2001, considerando 40°, criterio reiterado en la Sentencia Rol N° 388-2003.

²⁰ *Ibid.*, considerando 40° de la sentencia citada.

²¹ Tribunal Constitucional, Sentencia, Rol N° 541 y, últimamente, los N°s. 1.141 y 1.345, entre otros ejemplos. Con todo, debe señalarse que podría perfectamente sostenerse que no cabe discutir sobre la proporcionalidad de una

principio de regulación *en forma prudente y dentro de latitudes razonables*²² de los derechos fundamentales.

En efecto, la conducta de la DGA no supera valla alguna de proporcionalidad –fundamental, aunque no únicamente– por falta de idoneidad del medio escogido para obtener el objetivo pretendido por la DGA.

Lo anterior, como quiera que para obtener el objetivo legítimo supuestamente perseguido por la autoridad administrativa, tal como actuar frente a una sequía o prevenir el agotamiento del recurso hídrico, entre otros fines lícitos, la DGA no adopta ninguna de las medidas previstas por el legislador del Código de Aguas –señaladas precedentemente– para precaver o impedir la reiteración del nocivo efecto que aquellas situaciones como las descritas generan.

A todo lo anterior se añade la circunstancia de tener, el acto administrativo cuya adopción se objeta, un carácter permanente, con lo cual dicha medida impide un examen severo como el que ha ocurrido en otros casos en que la jurisprudencia constitucional ha aceptado la procedencia del acto dispuesto por la autoridad –admitiendo sus fisuras de juridicidad– en el solo entendido que además de pretender un fin legítimo su adopción es transitoria.

En el presente caso, el carácter permanente y estable de la de la decisión dispuesta por la DGA hace imposible –como ha ocurrido en ciertas ocasiones en que la afectación al derecho ha sido transitoria–²³ un escrutinio más benigno del referido acto de la autoridad administrativa.

7. OTRAS INFRACCIONES A LA LEY 19.880 SOBRE BASES DE LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS

Vulneración al principio de inmutabilidad de los actos administrativos

En el presente caso, la decisión de la DGA desconoce la evolución aportada por la doctrina administrativista²⁴ –acogida por la jurisprudencia judicial²⁵ como administrativa²⁶ y reconocida posteriormente por varias disposiciones de la Ley N° 19.880²⁷– en cuanto a que los actos administrativos que configuran situaciones jurídicas a favor de sus beneficiarios, quedan amparadas por el derecho de propiedad, por lo que no pueden ser alterados por parte de la propia autoridad emisora del acto, incluso tratándose de actos contrarios a derecho, a condición que el beneficiario se encuentra de buena fe respecto del vicio en que incurrió la autoridad al dictar el acto.

medida adoptada por la autoridad administrativa si ni siquiera la norma legal habilitante –el art. 163 del Código– pasa el test más precario de juridicidad.

²² Tribunal Constitucional, Sentencia, Rol N° 226, N° 280 y, recientemente, fallo N° 1046.

²³ Tribunal Constitucional, Sentencia, Rol N° 1141.

²⁴ Cfr. SOTO KLOSS 1988, 157-167. En el derecho comparado, entre otros autores que se refieren a la estabilidad de los actos de la administración: Cfr. MAYER 1982, 153-155; GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ 1995, 491-492, y CASSAGNE 2000, 273-275.

²⁵ C. Suprema, sentencia del 10/09/2003, Rol N° 3125-2003; sentencia de 13/08/2008, Rol 3204-2008 y, del mismo tribunal, sentencia de 27/01/2009, Rol 7622-2009.

²⁶ Contraloría General de la República, dictámenes N°s 31.493/1995, 2.572/1999 y 14.218/2001, los cuales evidencian la recepción por parte del ente contralor a reconocer los límites de la potestad invalidatoria de la administración.

²⁷ Primeramente, el artículo 61 de la Ley N° 19.880, en cuanto prohíbe a la autoridad administrativa revocar actos administrativos creadores o declarativos de derechos adquiridos legítimamente (letra a); el artículo 52 en la medida que impide que dichos actos tengan efecto retroactivo, salvo si producen consecuencias más favorables para los interesados, o el artículo 53 en la medida que reconoce a la autoridad administrativa una potestad invalidatoria limitada frente a la eventual contrariedad a derecho de sus actos, estableciendo como un límite infranqueable a dicho poder invalidatorio, los intereses legítimos de los terceros (art. 13 inciso final).

De este modo, las restricciones con que cuenta la DGA para volver sus actos una vez que éstos han sido emitidos y han dado origen a derechos a favor de terceros sólo puede tener lugar muy excepcionalmente²⁸ y, en cualquier caso, siempre considerando los derechos adquiridos de buena fe como un límite infranqueable que garantiza la intangibilidad de los actos de la referida autoridad.

En el presente caso, se exhibe con nitidez la vulneración en que incurre la DGA, toda vez que el solicitante de cambio de punto de captación sólo está ejerciendo, dentro del procedimiento establecido por el Código— el derecho adquirido con anterioridad y de buena fe.

Falta de motivación: infracción al artículo 41.3 de la Ley N° 19.880

El acto administrativo objetado, adolece, además de todas las infracciones ya denunciadas, de una ostensible falta de motivación jurídica, vulnerando de este modo, no sólo el artículo 41 inciso 3° de la Ley N° 19.880, sino contrariando, asimismo, la jurisprudencia administrativa uniforme de la Contraloría General de la República²⁹, así como también la doctrina reiterada emanada de los tribunales superiores de justicia sobre la materia³⁰.

En efecto, el artículo 41, inciso 3°, de la Ley N° 19.880 prescribe que la resolución en que se contenga todo acto decisorio de la administración *será fundada*, añadiendo la jurisprudencia uniforme de este organismo contralor, que *la ausencia de motivación del acto administrativo, constituye un vicio que recae en un requisito esencial del mismo*³¹.

Dicha sujeción a la Ley, consistente en la obligación de motivar el acto administrativo, se materializa en la constancia explícita que debe efectuarse en el acto administrativo tanto de la norma legal habilitante —inexistente en el presente caso— como acerca de las razones de hecho y derecho que la autorizan para actuar en tales materias³².

Ninguna de dichas exigencias son satisfechas por el acto administrativo que impone una alternación en la capacidad de extracción autorizado por la DGA conforme al Código, cuya antijuridicidad se denuncia.

Ya señalábamos que la jurisprudencia de este organismo contralor ha sostenido, de modo categórico, que la motivación del acto administrativo constituye un elemento esencial del mismo, añadiendo a lo anterior que incluso respecto de actos administrativos discrecionales *la motivación es un elemento necesario para cautelar la juridicidad del acto, acorde con los artículos 6° y 7° de la Constitución Política, y el principio de interdicción de la arbitrariedad, según lo prescrito por el artículo 19 numeral 2, de la misma Carta Fundamental*³³.

²⁸ Sólo en casos excepcionalísimos (en una situación muy diversa a la aquí denunciada) la jurisprudencia contralora ha admitido la posibilidad de que la autoridad ambiental pueda modificar, en forma sobreviviente, una Resolución de Calificación Ambiental ya afinada. Dictamen N° 34.021/2003, que reitera el criterio sentado por el Dictamen N° 20.477/2003 que reconsideró toda la jurisprudencia anterior del ante contralor. Sobre esta materia, se recomienda: VIÑUELA 2005, 103-112.

²⁹ Contraloría General de la República, Dictámenes N°s. 33.066/1984, 11.887/2001, 42.268/2004, 36.029/2005, 44.114/2005, 2.483/2007, 23.114/2007, 19.080/2008, 25.451/2009 y 33.577/2009.

³⁰ A saber, las respectivas resoluciones en Fallos del Mes N° 221, 1977, pp. 59-64, RDJ, T. 78, secc. 5ª, 1981, pp. 52-58, RDJ, t. 88, secc. 5ª, 1991, pp. 123-131, RDJ, t. 93, secc. 5ª, 1996, pp. 230-232; RDJ, t. 97, secc. 5ª, 2000, pp. 115, entre otras sentencias.

³¹ Contraloría General de la República, Dictamen N° 4.168/2008.

³² Cfr. MENDOZA 2004, 95.

³³ Contraloría General de la República, Dictamen N° 41.68/2008.

Complementando lo anterior, jurisprudencia administrativa reciente ha expresado que el cumplimiento del *principio de juridicidad* (...) conlleva la exigencia de que los actos administrativos tengan una motivación y un fundamento racional y no obedezcan al mero capricho de la autoridad, pues en tal caso resultarían arbitrarios³⁴, además que dicha exigencia legal tiene por objeto que éstos –los actos administrativos– no se desvíen del fin considerado por la normativa que confiere las respectivas atribuciones, que cuenten con un fundamento racional y se encuentren plenamente ajustados a la normativa constitucional y legal vigente, lo cual impide, por cierto, establecer diferencias arbitrarias entre personas que se encuentran en la misma situación³⁵.

Habida consideración de lo sostenido por este órgano contralor, es posible señalar con claridad que, sin perjuicio de la infracción legal que, de suyo, supone la falta de motivación del acto administrativo –conforme al artículo 41 de la Ley N° 19.880– dicho incumplimiento genera, asimismo, la vulneración de otras garantías, derechos fundamentales y normas constitucionales, todas las cuales impiden que el decreto 320, conforme al texto original del mismo, pueda tener la eficacia que pretende tener.

De este modo, la exigencia de motivación del acto administrativo se convierte en un medio o mecanismo práctico mediante el cual es posible controlar tanto el cumplimiento del principio de legalidad como de competencia³⁶ e, igualmente, hacer posible la concreción del principio de impugnabilidad de los actos administrativos³⁷.

Al ser tan palpable y evidente la necesidad de satisfacer la referida exigencia es que se ha estimado que su inobservancia supondría, además, la imposición de una diferencia arbitraria, por carecer el acto de fundamento legal y racional.

De este modo, en el presente caso, el Ministro de Economía ha obrado con infracción al principio de juridicidad, como quiera que el decreto 320/2008, al haber sido dictado sin habilitación legal previa, ha impedido que la Autoridad actúe *dentro de su competencia*, tal como lo exige el artículo 7º, inciso 1º de la Constitución Política de la República.

Así, la falta de fundamento legal y racional del acto administrativo en cuestión, además de transformar a éste en un acto desviado de su finalidad (otra modalidad de actuación administrativa fuera de “su competencia”) lo convierte, asimismo, en una decisión caprichosa e injusta, no sólo porque *lo no motivado es ya, por ese solo hecho, arbitrario*³⁸, como lo ha fallado nuestro máximo tribunal.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

- CASSAGNE, Juan Carlos (2000): *Derecho Administrativo*, T. II, 6ª ed. (Buenos Aires, AbeledoPerrot).
 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón (1995): *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 7ª ed. (Madrid, Ed. Civitas) pp. 491 y 492.
 MAYER, Otto (1982): *Derecho Administrativo Alemán*, T. I, Parte General, 2ª ed. (Buenos Aires, Ed. Depalma).

³⁴ Contraloría General de la República, Dictamen N° 33.577/2009.

³⁵ *Ibid.*, Dictamen N° 25.451/2009.

³⁶ Cfr. REAL 1980, 111.

³⁷ Principio consagrado en los artículos 2º y 10 de la Ley N° 18.575, así como en el artículo 15 de la Ley N° 19.880.

³⁸ Corte Suprema, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 88, secc. 5ª, 1991, pp. 123-131.

- MENDOZA, Ramiro (2004): “Costos de explotación y motivación. Doctrina, jurisprudencia y ley de bases de los procedimientos administrativos, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile N° 12 (Santiago, LexisNexis) pp. 91-102.
- REAL, Alberto Ramón (1980): *Revista de Derecho Público*, N° 27 (Santiago, Facultad de Derecho Universidad de Chile).
- SOTO KLOSS, Eduardo (1984): “Los derechos adquiridos en el derecho público chileno (réquiem para una inepticia doctrinaria)”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 81, Santiago, 1ª parte, pp. 13-23.
- SOTO KLOSS, Eduardo (1988): “La invalidación de los actos administrativos en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 85, Santiago, 1ª parte, pp. 157-167.
- VIÑUELA, Mauricio (2005): “La estabilidad de los permisos otorgados al amparo de la Ley General de Urbanismo y Construcciones frente a modificaciones de los instrumentos de planificación territorial dispuestas por la autoridad ambiental”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile N° 15 (Santiago, LexisNexis) pp. 103-112.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Dictámenes de Contraloría General de la República: N°s. 4.168/2008, 33.577/2009, 25.451/2009, 33.066/1984, 11.887/2001, 42.268/2004, 36.029/2005, 44.114/2005, 2.483/2007, 23.114/2007, 19.080/2008, 34.021/2003, 20.477/2003, 16.091/07, 17.971/2009, 31.493/1995, 2.572/1999, 14.218/2001, 37.603/2004, 45.191/2004, 23.496/2006, y 29.826/2007.
- Resoluciones en Fallos del Mes N° 221, 1977, pp. 59-64, RDJ, T. 78, secc. 5ª, 1981, pp. 52-58, RDJ, T. 88, secc. 5ª, 1991, pp. 123-131, RDJ, T. 93, secc. 5ª, 1996, pp. 230-232; RDJ, T. 97, secc. 5ª, 2000, p. 115, C. Suprema, RDJ, T. 88, secc. 5ª, 1991, pp. 123-131.
- Sentencias de la C. Suprema, de: 10/09/2003, Rol N° 3.125-2003; 13/08/2008, Rol 3.204-2008 y 27/01/2009, Rol 7.622-2009.
- Sentencias Tribunal Constitucional Rol N°s.: 260-1997, 325-2001, 388-2003, 226, 280, 541, 1.046, 1.141 y 1.345.

NORMAS CITADAS

- Constitución Política de la República artículos 19 N°s. 2, 22, 24 y 26.
- Código de Aguas artículos: 7º, 20, 63, 64, 65, 140 N° 2, inciso 1º, 142, 147, 147 bis, 163, 282 y 314.
- Ley N° 18.575, artículos: 2º y 10.
- Ley N° 19.880, artículos: 13 inciso final, 15, 40, 41, 52, 53 y 61.
- Resolución DGA N° 425/2005.

