



EL CAUDAL MÍNIMO ECOLÓGICO EN
TRASLADO DEL EJERCICIO DE DERECHO DE
APROVECHAMIENTO.
UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO
ADMINISTRATIVO.

MATÍAS ESTEBAN ORTIZ MÉNDEZ

MEMORIA PARA OPTAR AL TÍTULO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

PROFESOR GUÍA:
LUIS CORDERO VEGA

SANTIAGO DE CHILE
febrero de 2018

CONTENIDO

RESUMEN.....	5
INTRODUCCIÓN.....	6
i.- La amenaza de una aplicación retroactiva de la ley.	6
ii.- Las condiciones para el ejercicio del derecho de aprovechamiento.	7
iii.- Nuestra tesis.....	10
I.- El Caudal Ecológico Mínimo.....	13
i.- Definición.....	13
1.- Una corriente circulante en el cauce.	13
2.- Factor Ecológico.	14
3.- Elemento Humano.	14
ii.- Concepto Doctrinario.	15
1.- Multiplicidad de definiciones.	15
2.- Problemas del concepto.	16
3.- Pluralidad de Disciplinas.	17
4.- El título habilitante como clave.	18
iii.- Estructura de la Concesión.	18
1.- Autorización y Actividad de Policía.	18
2.- Concesión Administrativa y Servicio Público.	19
3.- Actos de Autoridad	20
4.- Bipolaridad de la Condición.	22
5.- Atribución Reglada.	23
iv.- Historia.....	23
1.- Periodo Pre legislativo.	23
2.- Periodo Legislativo: introducción de la Ley 20.017.	27
3.- Periodo Reglamentario: introducción de la ley 20.417.	30
4.- Periodo de Adaptación vía reglamentaria: Reglamento del año 2015.....	31
v.- Un dispositivo de Intervención del Derecho Ambiental en el Estatuto Sectorial del Derecho de Aguas.....	32
1.- Criterio de interpretación.	32
2.- Fundamento fáctico para la intervención administrativa.	33
3.- Elementos jurídicos aplicables.	34
vi.- Elementos del CEM.....	37

1.- Estructura del Acto.....	37
2.- Requisitos del Acto.....	38
3.- Efectos del Acto.....	41
vii.- Características.....	43
1.- Es una potestad atribuida a la Dirección General de Aguas.....	43
2.- Se impone en el contexto de un título concesional.....	44
3.- Constituye una condición habilitante.....	44
4.- Es una técnica de protección del Agua.....	45
5.- Es un instrumento de gestión ambiental.....	45
6.- Solamente se dispone en los cursos de aguas superficiales naturales.....	46
7.- Constituye una restricción o limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.....	46
8.- No puede constituir una privación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.....	46
9.- No restringe los usos no extractivos del recurso hídrico.....	47
10.- No afecta la libre adquisición de bienes.....	47
II.- El CEM establecido en los Traslados.....	47
i.- El Traslado.....	47
1. Definición.....	47
2.- Estructura.....	48
3.- Requisitos.....	49
4.- Efectos.....	50
ii.- Un DAA sometido a Traslado no es un “nuevo derecho”.....	52
1.- La interpretación de la DGA.....	52
2.- El problema de esta solución.....	54
3.- Hay un cambio esencial en las condiciones de establecimiento del CEM.....	55
iii.- La potestad implícita de la Administración.....	57
1.- Los mandatos Constitucionales.....	58
2.- Una cuestión de Legalidad.....	61
3.- Normativa de orden Reglamentario.....	63
iv.- Algunos argumentos contra la imposición del CEM en los Traslados.....	64
1.- Crítica contra la Seguridad Jurídica y la confianza legítima.....	64
2.- Crítica contra la invocación de la libertad para emprender cualquier actividad económica.....	66
3.- Crítica desde la Propiedad.....	67

4.- Crítica desde la Igualdad.....	70
v.- Eventual reforma al Código de Aguas	71
1.- El proyecto de 2011.	71
2.- El CEM en el proyecto.	73
3.- Efectos sobre nuestra tesis.....	75
4.- El debate en el congreso.....	76
CONCLUSIONES.....	78
BIBLIOGRAFÍA.....	80
i. Publicaciones.....	80
ii. Normativa.....	86
iii. Jurisprudencia.....	86

RESUMEN

La imposición de un Caudal Ecológico Mínimo (CEM) en el acto administrativo que autoriza el traslado del ejercicio de un derecho de aprovechamiento de Aguas (DAA) es un tema controvertido en instancias administrativas, judiciales y en la literatura doctrinaria de Derecho de Aguas. Sin embargo, no ha sido analizado desde una perspectiva del Derecho Público, lo que puede tener importantes consecuencias, tanto en la limitación de las facultades de la administración sectorial, concerniente al Derecho Administrativo; como en la efectiva protección del recurso natural, concerniente al Derecho Ambiental. El presente ensayo explora el tratamiento sobre el Caudal Ecológico Mínimo que ha hecho la literatura ambiental y sectorial en Chile, así como la aplicación que se le ha dado por la Dirección General de Aguas. En este trabajo argumentamos tres cosas, en primer lugar, que la interpretación amplia del dispositivo que ha hecho la Dirección General de Aguas (DGA) en favor de asignar un CEM a los DAA, ante un traslado de su ejercicio, no se condice con la literalidad del artículo 129 bis 1 del Código de Aguas; en segundo lugar, que siendo acertado el intento de la administración por dejar el tenor literal de la disposición legal por una interpretación que sea coherente con el sistema (maximizando la aplicación del dispositivo en consideración al deber constitucional del organismo, sobre la protección de los recursos naturales y medio ambiente), tal solución falla al contradecir una serie de normas elementales para la disciplina; por este motivo y en tercer lugar, proponemos una interpretación alternativa, que permite mediante la legítima aplicación de las potestades implícitas otorgadas por la propia normativa sectorial y ambiental vigente, arribar a un resultado que haga efectiva la conservación del recurso, sin renunciar a la coherencia dogmática de las instituciones del Derecho de Agua.

Palabras Clave: Caudal Mínimo Ecológico, Derecho de Aprovechamiento, Derecho de Aguas, Derecho Ambiental.

INTRODUCCIÓN

i.- La amenaza de una aplicación retroactiva de la ley.

La generación del efecto retroactivo de la ley en la implementación de Caudales Ecológicos Mínimos respecto de Derechos de Aprovechamientos de Aguas, constituidos con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 20.017, ha sido una gran fuente de conflictos en la discusión sobre la protección del recurso natural hídrico y de su reivindicación como bien nacional de uso público. Antes de que se llevara la polémica a sede legislativa, parte de la doctrina criticó duramente la posibilidad de restringir los derechos de aprovechamiento con estos caudales ambientales;¹ durante el debate parlamentario también fue un tema de controversia atacado por diversas organizaciones de interés en materia de aguas;² y en general, cada vez que se ha abordado la posibilidad de restringir o limitar los derechos de los privados que surgen en el Derecho de Aguas se ha levantado una fuerte oposición contra este tipo de regulación.³

Pese a ello, la literatura sobre el Caudal Mínimo Ecológico escasamente ha tratado el tema, y cuando se ha remitido a él ha sido de manera sumamente escueta, dando apenas algunas pinceladas de casos en que podría ocurrir una aplicación retroactiva,⁴⁵ o bien mostrando casos en que efectivamente se ha manifestado tal conflicto;⁶ para luego silenciar rigurosamente la discusión mediante la enunciación del tenor literal de la norma contenida en el artículo 129 bis 1 del Código de Aguas (en adelante CA), que a primera vista pareciera zanjar el asunto en defensa de la protección de los intereses privados.⁷

¹ Vergara B., Alejandro (2014), p. 93 y ss. 115, 122-123.

² Ver Historia de la Ley 20.017 p.33, 41, 53, 56, 80-81,91,125-126, 128, 130,143, 149, 160, 196, 202-203, 279, 286, 289, 304, 328, 353, 356, 380, 386, 406, 412, 421, 448, 485, 514, 543-547, 551, 594, 747,793,874-878, 935-936.

³ Bauer, Carl J. (2014), p. 650-653.

⁴ A propósito de los proyectos Hidroeléctricos da cuenta de la posibilidad de que teniéndose un DAA concedido o reconocido sin asignación de CEM, al someterse un proyecto a Evaluación de Impacto Ambiental, se le asigne un Caudal Ambiental (CA) como medida de Mitigación o Compensación, o bien que, tratándose de un DAA con un CEM asignado, tras someter el proyecto a evaluación, se le asigne un CA superior al designado por la DGA. El autor a continuación trata el conflicto de competencias que ocurriría, obviando el tema de la retroactividad del Caudal Ambiental sobre derechos de aprovechamiento ya constituidos. Jaeger C., Pablo (2010), p. 219.

⁵ En el mismo sentido lo trata, Prieto y Puelma (2008), p. 452.

⁶ Refiriéndose precisamente al tema de este ensayo, señala la práctica que ha adoptado la DGA de asignar un CEM al derecho de aprovechamiento en el nuevo punto de captación que no tenía en su punto de captación original, al entender que en el traslado hay un derecho nuevo, lo que considera "cuestionable de acuerdo con los artículos 6 y 7 de la Constitución". Boettiger P., Camila (2013), p. 9.

⁷ A propósito de la diferencia entre el mensaje ejecutivo y la ley promulgada, sostiene la pugna que se dio en "el choque entre los criterios de "fijar condiciones ecológicas mínimas en las fuentes de agua de todo el país" versus "no ser expropiatorios", criterio este último que finalmente triunfa". Valenzuela J., Christian (2014), p. 355.

En la práctica administrativa esta problemática se evidencia con relativa frecuencia, toda vez que la Dirección General de Aguas, con ocasión de las solicitudes de traslado del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas,⁸ establece Caudales Mínimos Ecológicos, a fin de que sean aplicados en el o los nuevos puntos de extracción del recurso,⁹ pronunciamiento que puede dar lugar a alguna de las siguientes situaciones:

- a) Que no existiendo un CEM asignado al ejercicio del derecho primitivo, por este haberse constituido el DAA con anterioridad a la reforma del año 2005, se imponga al nuevo punto.
- b) Que existiendo un CEM asignado al ejercicio del derecho primitivo, este sea menor al asignado mediante el traslado, cuando el DAA originario fue constituido con posterioridad a la citada reforma.
- c) Que existiendo un CEM asignado al ejercicio del derecho primitivo, este sea igual o mayor al asignado mediante el traslado, cuando el DAA originario fue constituido con posterioridad a la citada reforma.

En este panorama podría entenderse, a priori, que en el caso a) existe una aplicación retroactiva del acto administrativo que contraviene lo dispuesto en el artículo 52 ley 19.800; que, en el caso b) hay una aplicación de la potestad de retractación del acto administrativo sin previa indemnización de los perjuicios causados al titular del derecho, contrariando el artículo 61 ley 19.880; y finalmente que, en el caso c) al haber mejores condiciones para el ejercicio del derecho del particular, se actuaría conforme a Derecho, no siendo una posibilidad problemática. El primer caso es el objeto de estudio de este ensayo, sin embargo, al abordarlo nos encontramos necesariamente con las herramientas para resolver el segundo.

ii.- Las condiciones para el ejercicio del derecho de aprovechamiento.

Como es sabido, tras la entrada en vigor del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento de aguas pasaron a ser otorgados principalmente por actos de la administración, constituidos según los artículos 22° y 23° de la ley o reconocidos por la está según los artículos 309, 310 y 311.¹⁰ Para la consolidación de esos derechos no basta los

⁸ Un Traslado del ejercicio de un Derecho de Aprovechamiento (en adelante Traslado), es la variación de las coordenadas georreferenciadas del lugar en que se realiza la extracción del caudal de agua y/o la restitución del misma. Conforme al artículo 163 del Código de Aguas, para trasladar el ejercicio del derecho se requiere la autorización del Director General de Aguas la que se tramita conforme al párrafo 1° del Título II del Código de Aguas, es decir mediante el procedimiento general. Manual DARH SIT N° 156, p. 74.

⁹ CS Rol 1943 – 2006, considerandos 6° y 14°

¹⁰ Hay derechos otorgados por el ministerio de la ley, como los indicados en el artículo 20 inciso 2° y 3° CA, o las aguas del minero del artículo 56 CA, o las aguas de las Comunidades Indígenas del artículo 64 de la ley 19.253, o

títulos otorgados por el ente administrativo (DGA), sino que aquellos primero deben ser tomado de razón por la Contraloría General de la República (CGR), y luego inscribirse en el Conservador de Bienes Raíces correspondiente. Así, hoy en día la posesión y dominio de los derechos de aprovechamiento se estatuye mediante un mecanismo registral análogo al de los bienes raíces prediales, constando de esta forma de dos elementos básicos para su configuración: un título justificativo y una inscripción en el Registro de derechos de Aguas (artículo 20° CA). A partir de esta última gestión los DAA como derechos reales administrativos pasan a ser libremente transferible o transmisible entre privados, sin perjuicio de ello, para realizar cualquier trámite que requiera actuación de la DGA, los derechos deben inscribirse previamente en el Catastro Público de Aguas, que lleva el mismo organismo público (artículo 122 CA).

La esencia de estos nuevos derechos de aprovechamiento consiste en la concesión de una corriente de agua aprovechable exclusivamente por su titular, según lo define el artículo 7° del Código de Aguas, por consiguiente, este elemento debe ser específicamente definido en el título del derecho. Ahora bien, junto a este núcleo, el legislador también definió una caracterización de otras condiciones primordiales que debían considerar los derechos nuevos, los que enumeró los artículos 140 y 149 del citado cuerpo legal, esto con el fin de facilitar las transferencias de los mismos y así propender a la generación de un mercado de aguas.¹¹ Uno de estos elementos que individualizan al DAA es la ubicación georreferenciada del o los punto de captación de las aguas,¹² lo que en la actualidad se realiza mediante la fijación de coordenadas Universales Transversales de Mercator (UTM).¹³ De este modo los derechos de extracción de aguas quedan configurados mediante la asignación de una caudal (artículo 7° CA) y las condiciones para el uso de este (artículo 140 y 149 CA).

Con el incremento de la demanda relativa del bien hídrico, la disminución de las fuentes de extracción, así como el creciente interés en la protección del medio ambiente y de conservación de los recursos naturales y ecosistémicos, se insertaron nuevas condiciones en

las aguas utilizadas por comunidades agrícolas conforme al artículo 54 bis del DFL N°5 de Agricultura de 1968. Rojas C., Christian (2016), p. 134.

¹¹ Cabe aclarar que para el ejercicio de los derechos reconocidos por el Código de Aguas que no contaban con algunos de estos elementos, se dispusieron procedimientos de regularización (en los casos de no estar inscritos), y de perfeccionamiento del título (en los casos de que la inscripción no contara con la caracterización adecuada). En este aspecto, los artículos 309, 312, y 313 del CA establecen presunciones de algunas de estas características, las que pasaron a ser elementos de la naturaleza de los nuevos derechos de aprovechamientos. Bauer, Carl J. (2015) p.90 y ss.

¹² Se desprende de lo establecido en los artículos 140 número 3 y 149 número 4 del CA, que cada derecho de aprovechamiento puede tener más de un punto de captación.

¹³ Tratándose de derechos de aprovechamiento no consuntivos también se deben consignar las coordenadas UTM del punto de restitución del agua, cuya variación igualmente cae en la categoría de solicitudes descrita.

los títulos de extracción, como lo es el Caudal Mínimo Ecológico. La mecánica con que este dispositivo se introdujo en el Derecho de Aguas consistió en la imposición del dispositivo como modalidad de extracción inserto en el acto concesional que daba origen al DAA, sin embargo, posteriormente, constatando que la mayoría de los recursos hídricos del país ya se encontraban concesionados y que los DAA que constituían el título de tales derechos, no incorporaban Caudales Ambientales, la DGA decidió imponer estas condiciones mediante otro tipo de acto administrativo que efectivamente incidiera sobre los recursos ya asignados. Esto lo logró mediante la incorporación del CEM en los traslados del ejercicio de los derechos de aguas, considerando que los derechos subjetivos resultantes de este procedimiento consistían en “nuevos derechos” o que, sin serlo propiamente, debían ser tratados como tales debido a los importantes cambios que se genera en el título.

Así, en el evento de que un titular de derechos de aprovechamientos quisiera cambiar el punto de la captación de las aguas que tenía establecido en su título de aprovechamiento, ya sea porque cambió el curso del río, porque construyó la obra de captación en un lugar distinto de donde ubico el derecho de aprovechamiento, o porque el derecho fue adquirido de manera derivativa y para realizar la cómoda extracción del recurso hídrico requiere trasladar el punto de captación a otro un lugar, deberá solicitar a la administración que autorice dicha modificación. Ante esta solicitud, tras un procedimiento reglado y habiendo cumplido con los requisitos que establece el mismo código, el organismo competente emitirá un acto administrativo en el que se establecerá las condiciones y características del derecho de aprovechamiento, lo que en rigor implica las coordenadas en que se ubica el nuevo punto de captación del derecho, y también el caudal mínimo ecológico al que deberá someterse para ejercitar el derecho.

El tratamiento casual y casi anecdótico que ha tenido en la literatura legal este tema, pese a la marcada oposición que originó la consideración de que esta conducta podría implicar la posibilidad de aplicación retroactiva del CEM durante la tramitación de la ley, opaca la verdadera pugna de intereses que hay en juego, la que en principio pareciera verse acallada por la opinión mayoritaria de que este tipo de resolución consistiría en una vulneración al derecho de propiedad que no debería tener cabida en derecho, porque el tenor literal del artículo 129 bis 1 lo prohíbe.

Entonces, ¿Por qué darle más vueltas al tema? El hecho que a más de una década de la dictación de la norma que define el CEM, la Dirección General de Aguas continúe aplicando el CEM a DAA constituidos con anterioridad al 2005, y que haya controversias latentes tanto

en sede administrativa como judicial sobre la retroactividad de tales limitaciones, debería darnos ciertas luces al respecto. La contraposición de bienes jurídicos que pugnan en este escenario impide un tratamiento exclusivo desde el balcón del derecho privado, que ha sido el cimiento de la postura que rechaza la posibilidad de la revisión del CEM ante una circunstancia que altere el Derecho de Aprovechamiento de Aguas.

iii.- Nuestra tesis.

Este ensayo estudia el Caudal Ecológico Mínimo y su aplicación en la regulación de Aguas y Ambiental Chilena. En particular, intenta abordarlo como una institución del derecho Administrativo y por tanto del derecho Público, esto es como una condición habilitante para el ejercicio de derecho administrativo, otorgado por una concesión administrativa sobre un bien nacional de uso público.

Sobre esta base sostenemos que, aun cuando la argumentación de la DGA para aplicar el CEM a DAA con oportunidad de las solicitudes del artículo 163 del Código de Aguas, no es del todo idónea, la solución a la que arriba el servicio es acertada, ya que maximiza la aplicación de la disposición del artículo 129 bis 1, respondiendo a sus objetivos ambientales como órgano de la Administración del Estado. Pese a lo cual, para evitar argumentos confusos que lleven a soluciones erróneas, conviene una revisión sistemática de este mecanismo.

A tal conclusión se arriba al considerar los siguientes argumentos:

i) Que el Traslado del ejercicio de un DAA no es una concesión administrativa que constituya un nuevo derecho, sino que importa solamente un acto declarativo que modifica el régimen de uso y goce de un bien público, que ha sido otorgado a su titular de manera previa. No habiendo elementos subjetivos ni estructurales en el cambio de las condiciones del aprovechamiento, que permitan colegir el nacimiento de derechos distintos de los ya otorgados por la administración.

ii) Que la autorización de traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas contenida en el artículo 163, es distinta a la solicitud de concesión del artículo 22 del Código de Aguas, aun cuando ambas sean tramitadas en conformidad con el mismo procedimiento, no es posible sostener que de ambas surjan nuevos derechos del procedimiento. Pese a ello, la solicitud del artículo 163, implica una modificación de las condiciones establecidas en el título concesional a ser considerada para el establecimiento del CEM.

iii) Que una interpretación restrictiva del artículo 129 bis 1, que ciñera la determinación del CEM, solamente a la oportunidad de constituir el DAA, y excluyera las modificaciones posteriores de su régimen, atentaría contra el principio de igualdad ante las cargas que impone a la Constitución. Generando artificialmente derechos de distinta calidad, por una parte, los derechos otorgados con anterioridad a la reforma del 2005 y los derechos fragmentados derivados de un traslado del ejercicio, que se verían intangibles ante cualquier reforma legal, y por la otra, los constituidos con posterioridad a dicha fecha, que aparecerían como precarios y susceptibles de ser limitados por la institución ambiental. Situación que es por su puesto impresentable para la sustentabilidad del recurso.

iv) Que las potestades que le otorgan a la administración los artículos 41 y 42 de la ley 19.300, en materia de gestión ambiental, y la potestad que confiere el inciso primero del artículo 129 bis 1 del Código de Aguas, para “establecer un caudal mínimo ecológico, con el objeto de velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente”, así como las contenidas en el artículo 149 número 7 del mismo cuerpo legal, para establecer “otras especificaciones técnicas relacionadas con la naturaleza especial del respectivo derecho y las modalidades que lo afecten, con el objetivo de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros”, deben necesariamente relacionarse con los artículos 2° y 3° inciso primero, 5° y 8° de la Ley 18.575 y los artículos 1° inciso 4°, y 5° inciso 2° en relación con el artículo 19 N°8 de la Constitución Política de la República, que imponen el deber a los órganos del estado, de ajustar sus actos en dirección a la efectiva preservación del recurso hídrico, lo que es por tanto mandatorio para las reparticiones de la DGA.

v) Que la naturaleza del derecho de aprovechamiento de aguas, como derecho real administrativo, de acuerdo con lo señala el artículo 6° del Código de Aguas, “sujeto a los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el código”, obliga al titular del derecho de aprovechamiento a respetar las cargas que impone la ley para su ejercicio. Esto implica que aquella “potencia jurídica entregada a un particular, manifestada en la posibilidad de extraer agua, para los fines que estimates conveniente, ha de hacerse de acuerdo con las características de su título” quedando así el titular del derecho condicionado a soportar tanto los gravámenes que impone la DGA explícitamente en el acto concesionario, definidos en atención a las características propias de la extracción de que se trata, como también a soportar las condiciones implícitas derivadas del carácter de bien nacional de uso público que goza el objeto sobre el cual recae el derecho de aprovechamiento. Así, siendo un derecho de uso y explotación (como lo señala el artículo 8 del Código de Aguas), su contenido se ve adscrito al

servicio de un beneficio público, es decir, destinado a servir al interés general. Esto implica en síntesis, que el derecho de aprovechamiento contiene la carga inherente de adecuación al interés general de la nación por el hecho de recaer sobre un bien nacional de uso público, lo que obliga al titular durante todo su ejercicio a velar por la conservación del recurso, y por tanto, a tolerar la modificación de las cargas que se le han fijado, ante cualquier circunstancia que cambie las condiciones del aprovechamiento, como lo es el traslado del lugar geográfico en que se realiza la extracción.

vi) Que, por otro lado, la revisión de las condiciones fijadas en un acto concesional no significa la revocación del acto administrativo de acuerdo al artículo 61 de la ley 19.880, por el contrario, el supuesto sobre el que se basa un traslado del ejercicio de un derecho de aprovechamiento, es que el derecho administrativo resultante no es distinto al original, sino que sólo cambia las circunstancias en que se ejercita dicho derecho, al relocalizar la georreferencia en que se realiza la extracción. En tal supuesto no debería extrañar que las condiciones mentadas para proceder con ese ejercicio también cambien, o incluso que se impongan nuevas condiciones en el evento de no existir, puesto que tal es la solicitud que eleva el petionario.

vii) Que así mismo, es deber de la administración ajustarse al contexto ambiental en que se otorgan los derechos de agua, de modo que la presencia de una escases hídrica progresiva, observada también como una sequía permanente y escalar, torna inapropiado otorgar un derecho de aprovechamiento rígido y perpetuo sin tener un espacio de intervención para perseguir el interés público que lo fundamenta. Ya que, si la Administración del Estado se encuentra sujeta a la normativa ambiental, entonces conforme a los principios jurídicos de sustentabilidad y resiliencia propios del Derecho Ambiental, se vuelve irrisorio otorgar a los ciudadanos un derecho de agua en términos privados (a toda costa), que desconozca los deberes de protección del recurso que infunde el derecho administrativo.

viii) Que el Caudal Ecológico Mínimo es una condición habilitante para el titular del DAA, y no una privación de este, que así mismo implica una limitación eventual para el ejercicio del derecho, la cual el concesionario está obligado a soportar en virtud del interés general de la nación y de la protección del medio ambiente. Que la regulación de este tipo de reservas, impuestas para la protección del dominio público, rigen *in actum*. Por lo que, al menos desde el 2005, todo acto que cree o modifique una concesión, habilita a la DGA para establecer el CEM.

I.- El Caudal Ecológico Mínimo

Para entender la institución del Caudal Ecológico Mínimo, y porqué es legítima su imposición con ocasión de la resolución de una solicitud de traslado, primero debemos revisar su definición, luego algunos conceptos dados por la doctrina, y finalmente revisar su origen histórico, para comprender cómo se plasmó esta institución del derecho ambiental en la ley sectorial y cómo, tras sus posteriores reformas, fue definitivamente configurado en el estatuto de Derechos de Agua, describiremos su estructura en el ámbito administrativo y por último, finalizaremos esta sección dando las claves de este concepto que nos ayuden a dilucidar si es posible o no modificarlo una vez establecido y/o asignarlo en los traslados de DAA otorgados previo a la reforma del año 2005, conforme a la legislación vigente.

i.- Definición.

La ley 20.017 introduce el artículo 129 bis 1 al Código de Aguas, según el cual:

“Al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, la Dirección General de Aguas velará por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo, el cual sólo afectará a los nuevos derechos que se constituyan, para lo cual deberá considerar también las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial.”

1.- Una corriente circulante en el cauce.

El concepto de Caudal Ecológico Mínimo que aquí se observa es oscuro, y ha sido bastante discutido por la doctrina y por los peritos en la materia.¹⁴ El primero de sus términos “Caudal” es el más prístino de ellos, según el diccionario de la RAE, es “una cantidad de sustancia que mana o fluye”, lo que en materia hídrica se traduce como “la cantidad de agua que lleva una corriente o que fluye de un manantial a una fuente”, en términos cuantificables se traduce a un volumen medido durante una unidad de tiempo.

El único equívoco que podría tener este término concierne al requisito de que el elemento se encuentre en estado líquido, o bien si la disposición aborda todos los estados de la materia, sin distinguir los flujos de agua como ríos o vertientes, del movimiento de una nube o de un glaciar. Para efectos de nuestra regulación el fluido considerado por el CEM es

¹⁴ Boettiger P., Camila (2013), p.2.

precisamente el líquido, quedando desafortunadamente desregulada la situación de los cuerpos gaseosos y sólidos.¹⁵ Por otro lado, tratándose de una disposición del Código de Aguas, el flujo de agua líquida queda circunscrito a las aguas dulces o terrestres, como lo acota el artículo primero del compendio legal, por lo que las corrientes y movimientos de agua marinas también han de ser excluidas de este estudio.

2.- Factor Ecológico.

Ahora bien, al agregar los términos ecológico y mínimo el concepto se complejiza considerablemente. Por una parte, la palabra “ecológico” hace referencia a aquella rama de la ciencia que estudia la relación de los seres vivos entre sí y con su entorno, con lo que la perspectiva hídrica que habíamos acotado más arriba se ve ampliamente superada, ya que ahora junto y dentro la sustancia que considerábamos para determinar el caudal, debemos incluir los seres que se interrelacionan con ella.¹⁶

Para no desviarnos a materias de otras ciencias observemos, que la palabra “ecológico” se refiere, según lo prevé la legislación de Aguas, al medio ambiente y ecosistema, que es de hecho la razón por la cual el legislador originariamente concibió este mecanismo según se lee en el mensaje de la ley 20.017 “para mantener la vida en el río, estero, lago o fuente natural de que se trate”.¹⁷ Lejos de aclarar el asunto, los términos dados por el legislador aumentan los problemas, dado que el primero sólo se enfoca en el elemento en que vive un ser, mientras que el segundo en cambio, aborda todo el sistema constituido por una comunidad de seres y el medio natural en que estos viven, de modo que si siguiéramos esta última acepción, para fijar el CEM sería un prerequisite determinar la existencia de la flora y fauna que de la fuente hídrica dependen o las comunidades que allí se asientan.¹⁸

3.- Elemento Humano.

Pareciera que es necesario acudir al último de los términos “Mínimo” para cerrar aquella enorme puerta que abrió el concepto ecológico, con el cual nos ceñiríamos a una fracción de la totalidad de la sustancia (agua) que corre por el torrente, justamente la necesaria para mantener la vida de la fuente o del curso previamente determinada (la no extinción de ella),

¹⁵ En el caso de los glaciares, actualmente existen cuatro proyectos en tramitación en el congreso bajo los boletines N° 9364-12, de 20 de mayo de 2014; N° 6308-12, de 18 de diciembre de 2008 (archivado); N° 4205-12, de 16 de mayo de 2006; y N° 3947-12, de 16 de agosto de 2005 (archivado).

¹⁶ Urrutia, Ignacio (2006), pp. 238-241.

¹⁷ Historia de la Ley 20.017, p. 4.

¹⁸ No obstante, hay doctrina que sostiene que la motivación de la ley 20.017 es el perfeccionamiento de las condiciones del mercado, siendo el Caudal Mínimo Ecológico un dispositivo de corrección de externalidades negativas que asumen los usuarios para internalizar los efectos del uso de los derechos de aprovechamiento. Saavedra C., José (2009) p.216 y 225.

calificación que debe hacer ex ante la autoridad, siendo siempre una versión minimalista de lo que el ecosistema debiere soportar o mantener, para su subsistencia.

Lo cierto es que la realidad dista de tal ideal, ya que en la práctica el mentado caudal más bien se establece como una cantidad mínima de agua que debe fluir por un determinado punto para asegurar la subsistencia del propio curso de agua, esto es, en las condiciones hidrológicas que ya incluía el término “caudal”.

En este aspecto, no han faltado las discusiones para asignar nomenclaturas más propias como caudal básico, caudal mínimo, caudal de compensación, caudal de mantenimiento, caudal de acondicionamiento, caudal de compensación, etc.,¹⁹ todos significantes que tienen en común poner en cuestionamiento la posibilidad de que el concepto ecológico haga sentido para la formulación de un dispositivo de preservación de un recurso sectorial, con un claro escepticismo sobre la posibilidad de que este instrumento sirva como una herramienta de protección ambiental, al extremo que algunos autores han llegado a afirmar que “el único caudal realmente ecológico es el que lleva en forma natural el cauce”²⁰ sin que haya cabida a un mínimo que haga sentido.

ii.- Concepto Doctrinario.

1.- Multiplicidad de definiciones.

Ahora bien, desde la doctrina nacional, se han enunciado varias definiciones más o menos extensivas del Caudal Ecológico Mínimo, que intentan recoger las cualidades distintivas del instrumento para una aplicación pragmática por la administración, algunas de estas se reproducen a continuación:

1. “El agua mínima necesaria para preservar los valores ecológicos en el cauce de ríos u otros cauces de aguas superficiales. Esto es la cantidad mínima de agua que debe fluir por un cauce de manera de asegurar la supervivencia de un ecosistema acuático”²¹
2. “Caudal mínimo necesario para asegurar la supervivencia de un ecosistema acuático preestablecido”²²

¹⁹ Morales P., Pablo (2016), p. 2.

²⁰ Riestra M, Francisco (2007), p. 188.

²¹ Boettiger P., Camila (2013), p.3 y (2014), p, 369.

²² Riestra M., Francisco (2017), p.189.

3. “El caudal mínimo que debieran tener los ríos para mantener los ecosistemas presentes, preservando la calidad ecológica”²³
4. “Caudal que debe mantenerse en cada sector hidrogeográfico, de tal manera que los efectos abióticos (profundidad, velocidad de la corriente, turbulencia, calidad del agua, ancho mojado, etc.), producidos por la disminución del caudal no alteren significativamente la dinámica del ecosistema permitiendo mantener el objetivo ambiental según el estado de referencia que se aplique”²⁴
5. “Una técnica mediante la que se persigue el mantenimiento de una corriente circulante mínima en los ríos”²⁵

La conclusión de todos ellos es que se trata de un acto administrativo, que implica la decisión pública de establecer una corriente que no debe ser afectada por los derechos de aprovechamiento otorgados en la fuente. Como acto jurídico, el Caudal Ecológico Mínimo constituye un acto unilateral, ya que depende solamente de la voluntad de la administración, la que se manifiesta mediante la imposición de una cláusula en la resolución que otorga una concesión de derechos de aprovechamiento de aguas. De ello se desprende su cualidad de acto accesorio dependiente, puesto que el CEM no subsiste por sí mismo, sino que requiere de la existencia de un acto jurídico principal para afirmarse, que es en efecto, el Derecho de Aprovechamiento sobre el que se impone. Por otro lado, este accesorio no corresponde a una garantía del acto, sino que se presenta como una modalidad para su ejercicio.

Además, este acto es de carácter impeditivo, pues obsta a la eficacia del derecho de aprovechamiento, bajo la ocurrencia del evento condicional que es la reducción del caudal real que mana por la fuente hídrica. Empero, este impedimento no es final, sino que meramente transitorio, toda vez que, al desaparecer el evento condicional, se reactiva el ejercicio del derecho, no siendo una verdadera condición resolutoria.

2.- Problemas del concepto.

Sin ánimo de profundizar en lo apropiado o no del nombre del dispositivo,²⁶ o en la idoneidad de la formulación del instrumento, podemos percatarnos ciertamente que la mención “Caudal Ecológico Mínimo” es deficitaria. Primero falla por exceso, ya que si es simplemente un mínimo de subsistencia del curso de agua, como se ha acusado, difícilmente puede hacerse

²³ Prieto y Puelma (2008), p.451. obtenido del punto 3.5.10.1 del Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos de la DGA elaborado en mayo de 2002.

²⁴ APROMA 1999, en Riestra M., Francisco (2007), p.189.

²⁵ Embid I., Antonio (2007), p.307.

²⁶ Sobre las consideraciones de diseño del CEM ver Jamett D., Gabriela y Rodríguez G., Alexandra (2005) p.4-13.

cargo del medioambiente que rodea dicho curso, de modo que no responde al componente ambiental que tuvo en mente el legislador. En segundo lugar, falla por déficit, ya que la exigencia de mantener un “mínimo” de agua en los ríos, desde la perspectiva sectorial del Derecho de Aguas, no solo radica en el deber del Estado conservar los ecosistemas, sino que también debe contemplar la protección de los usos públicos escénicos y recreacionales, y por cierto, los usos privados no extractivos,²⁷ los que este instrumento definitivamente no considera.²⁸

3.- Pluralidad de Disciplinas.

Esta confusión terminológica evidencia la tensión de las disciplinas que intervienen en el instrumento, por un lado quienes abogan por una restricción del ámbito de aplicación alegan que es un dispositivo de orden puramente sectorial cuyo único objetivo es la protección del cauce, por otro lado, quienes creen que el dispositivo debe garantizar la existencia de caudales mínimos sustentables para la protección de todo el ecosistema, señalan que se trata de una institución del derecho ambiental, cuyo objetivo es la preservación recurso en atención a su valor para el medioambiente.²⁹

Las consecuencias de la discusión no son menores, de ella depende la forma de cuantificación del caudal que tendría un valor más elevado al incorporar variables medioambientales, y por tanto un costo económico superior para los usuarios de las aguas; también define la competencia de los órganos administrativos llamados a definir un Caudal Ambiental; por último, esta obscuridad también alimenta una de las discusiones más enérgicas en torno a los DAA, referida a los principios generales que sistematizan este estatuto, pues gran parte de la doctrina de Derechos de Aguas argumenta una preeminencia de principios provenientes del Derecho Privado en torno a los DAA, resaltando su carácter de propiedad privada,³⁰ y en consecuencia, restringiendo la aplicación de las normas de Derecho Público en cuanto afecten las esferas de libertad que surgen de aquella rama,³¹ mientras que desde el lado del Derecho Ambiental se enarbolan las notas del Derecho Público, dando preeminencia a las normas de este orden, en particular al carácter de bien nacional de uso público que goza

²⁷ Célume B., Tatiana (2013), p.313.

²⁸ Véase Vergara B., Alejandro (2011b), p. .61-62

²⁹ Historia de la ley 20.017, p.544 y 553.

³⁰ Vergara por ejemplo sostiene que “este ‘derecho de aprovechamiento’, regularizado o no, va siendo dotado cada vez más de un estatuto privado, de cierta intangibilidad [de] frente al estado, que ha hecho decir a algunos que ocupa ‘un lugar intermedio entre propiedad privada y concesión administrativa’”. Vergara B., Alejandro (2014), p. 138.

³¹ Rojas C., Christian (2011), p.10.

el agua, el cual se yergue cómo limitante de los derechos que surgen de la esfera privada que involucran los DAA.³²

4.- El título habilitante como clave.

A nuestro entender esta diferencia carece de sustento, ya que en la actualidad ambos sistemas jurídicos coexisten en la concesión administrativa, suponer que los principios del derecho privado no se pueden comunicar con los del derecho público, llevaría a la conclusión absurda de dividir los resultados que emanan de la regulación del derecho administrativo que permite la concesión del derecho de aprovechamiento, a los resultados de la regulación del derecho de aprovechamiento en sí mismo, que quedaría bajo la cobertura de la regulación privada.³³

iii.- Estructura de la Concesión.

Para comprender este punto debemos revisar la estructura del CEM desde la perspectiva del acto administrativo en que se inserta. *Prima facie* -según el tenor literal del artículo 129 bis 1- esto es en la resolución que autoriza el aprovechamiento de las aguas, más tarde veremos que también puede insertarse en las resoluciones que modifican las condiciones en que se ejercen dichas extracciones.

1.- Autorización y Actividad de Policía.

La técnica de autorización es una manifestación de la Actividad de Policía del Estado, que ha sido perfilada bajo los matices del paradigma de la sociedad de riesgo, según el cual, aquellas actividades de iniciativa privada que conllevan peligros inherentes, pudiendo resultar lesivas para el interés público, admiten que el Estado intervenga preventivamente a fin de contener o eliminar los efectos negativos que produzca o pueda producir la actividad identificada como riesgosa.³⁴ Esto puede lograrse disminuyendo la probabilidad de ocurrencia del riesgo o mitigando la extensión y gravedad de los posibles daños, prohibiendo o condicionando el ejercicio de la actividad para reducir su potencial dañoso. Tal examen exige la comprobación de que el fin primordial del uso público no se vea perjudicado, que se asegure

³² Atria, F y Salgado, C. (2015), p.1-3 y 75-83.

³³ Al respecto, Cordero V., Luis (2015), pp. 451-460.

³⁴ La doctrina distingue las autorizaciones administrativas competenciales, de policía y demaniales, siendo estas últimas "las permiten el aprovechamiento del dominio público cualificando por su riesgo, intensidad, escasez u otras circunstancias especiales", Laguna de Paz, José (2006), pp. 36.

la protección de la integridad del bien, o que se distribuyan los recursos escasos en igualdad de condiciones.³⁵

En el Derecho de Aguas, la extracción del recurso hídrico conlleva, entre otros riesgos, los de agotamiento de la fuente hídrica, de alteración significativa del ecosistema que se desarrolla en torno a esa fuente, y de contaminación de las aguas adyacentes. A pesar de estos, los beneficios económicos que puede reportar una actividad riesgosa, en consideración a las crecientes necesidades sociales, inducen a que el Estado consienta dichas actividades, retirando la prohibición impuesta, bajo la condición que dichas actividades se realicen tomando una serie de medidas tendientes a reducir el riesgo causado, transformándose en un gestor el riesgo.³⁶ En la materia que nos avoca, basta decir que la extracción de agua es necesaria para el consumo humano, para el saneamiento de las poblaciones, para el procesamiento de minerales en la minería, para regadío en la agrícola, para la generación eléctrica y en general para todas las actividades económicas que se desarrollan en las sociedades modernas.³⁷

Observamos que esta contra medida habilita el ejercicio de la actividad debido a que los riesgos producidos han sido contenidos, confiriendo una situación jurídica protegida a su titular que emana del acto declarativo de derechos que provee la autoridad. Lo que exige que el órgano estatal que proporciona esa autorización, previamente a levantar la prohibición, tome conocimiento de la actividad y evalúe los peligros de ella y los intereses en juego, ponderación que puede ser discrecional del organismo o reglada por algún cuerpo normativo.³⁸

De esto modo, el instrumento se presenta apara la administración, como una orden de implementar la política definida legalmente respecto de esa actividad y de controlarla, y para el administrado, como una condición a respetar que ha impuesto el órgano del Estado para ejecutar dicha actividad. De ello se sigue que, si no se respetan dichas condiciones impuestas por el órgano administrativo, el antecedente que funda la autorización desaparece y la autorización carece de causa.

2.- Concesión Administrativa y Servicio Público.

Por otro lado, la concesión administrativa es una técnica semejante a la autorización, por la cual se configuran facultades pertenecientes a la administración para que la ejerzan particulares, a los que a la vez se les impone el deber de hacerlo en un determinado sentido,

³⁵ Laguna de Paz, José (2006), p.48-49.

³⁶ A modo de referencia, Esteve P., José (2003), p. 323-346.

³⁷ Banco Mundial (2011), p. 8-13.

³⁸ Esteve P., José (2003), p. 333.

dentro de la extensión que determine el mismo acto administrativo que las configuró. Por lo tanto, se trata de un acto que amplía la esfera jurídica de los administrados, confiriendo derechos *ex novo* denominados administrativos, y estableciendo un régimen jurídico que norma la actividad del particular.³⁹

Los distinguos que tradicionalmente se hacen entre ambas técnicas de intervención son diversos. Primero, se distingue el tipo de intervención que ejerce la administración, mientras que la autorización sería una manifestación de la actividad policial, la concesión sería una técnica de la actividad de servicio público, debido a que la autorización tiene por objeto de levantar una prohibición sobre impuesta sobre una actividad de iniciativa privada, mientras que la concesión, se otorga sobre una actividades, servicios o bienes que han sido objeto de *publicatio*, es decir, que se han sustraído del campo de acción de los particulares y se ha remitido a la tutela o control de la administración pública, por lo que se dice que la concesión es una verdadera transferencia de potestades públicas; de ello viene una segunda diferencia, consistente en el carácter constitutivo de derechos de las concesiones versus el mero carácter declarativo de derechos de las autorizaciones; esto se puede observar desde el objeto sobre el que recae una u otra institución, la autorización se dirige a un derecho preexistente del particular, mientras que la concesión genera un derecho *ex novo* que nace por efecto de la concesión; una última diferencia se refiere a los instrumentos dispuestos para positivizar estas técnicas, mientras que las concesiones podrían otorgarse mediante contratos administrativos o como actos unilaterales de la administración, las autorizaciones sólo se vincularían con este último tipo de acto.⁴⁰

3.- Actos de Autoridad

Para efectos de este ensayo trataremos los DAA indistintamente, pues se trata de aquellos múltiples casos en que las diferencias entre una y otra actividad se confunden al extremo de identificarse, así lo ha sostenido parte de la doctrina, al señalar que “la evolución legislativa ha terminado por difuminar por completo los límites entre la autorización y la concesión⁴¹, incluso pudiendo predicarse la existencia de verdaderas autorizaciones concesionales.⁴² Lo que es relevante destacar para esta argumentación, es que en ambos casos se trata de instrumentos de gestión interés público, que recaen sobre el demanio. Son, en definitiva, modalidades de intervención administrativa, que juegan un especial significado

³⁹ Vergara B., Alejandro (1992), p. 262.

⁴⁰ Laguna de Paz, José (2006), P.83-91.

⁴¹ Santamaría P., José (2006), p. 263.

⁴² García-Trevijano F., José (1986), p. 243-246.

en la posición del aparato público sobre los particulares, que implica no solo la protección material del dominio público, sino que también la regulación de los servicios que este presta a la población y por tanto las modalidades con que los particulares acceden a él.⁴³

En este aspecto, cabe destacar que el Código de Aguas se refiere a los Derechos de Aprovechamiento como “actos de autoridad” según se advierte en el artículo 20 inciso primero del citado cuerpo legal, no obstante, la doctrina nacional es consistente en sostener el carácter concesional del acto de la administración de la DGA, sin perjuicio de reconocer los matices que adquiere este acto en el Derecho de Aguas.⁴⁴

Desde luego podemos identificar cómo se mezclan las notas de una y otra técnica en los DAA. Por un lado, se trata de un acto que constituye derechos subjetivos originarios en favor de particulares, para el aprovechamiento de un recurso natural que ha sido objeto de *publicatio*. Por otra parte, el control que ejerce la administración, una vez otorgada la concesión, es claramente limitado, en este aspecto la doctrina no está de acuerdo con la precariedad del título concesional, resaltando el carácter particularmente intenso del aprovechamiento del bien, el que además es concedido de manera perpetua.⁴⁵ A pesar de ello, o más bien debido a ello, no se puede considerar que esta actividad extractiva sea una simple actividad de iniciativa privada, sino que más bien se trata de una transmisión de funciones del aparato público, en este sentido, parte de la doctrina ha sugerido que el particular se constituye como un verdadero colaborador de la administración en la explotación del dominio público.⁴⁶ Pero como ya dijimos, para el objeto de este trabajo, las distinciones entre uno y otro tipo de técnica administrativa, son irrelevantes, de modo que el mayor o menor grado de intervención que se puede imputar de una u otra herramienta vendrá dado por la función del título, y las consecuencias relativas al régimen aplicable, también estarán dadas en el orden teleológico del instrumento de gestión del dominio público.

En este panorama, el Derecho de Aprovechamiento se presenta como otro término ambivalente del Derecho de Aguas, ya que, por un lado, se refiere a la concesión administrativa que autoriza la extracción de un bien nacional de uso público⁴⁷ y, por otro lado, al derecho subjetivo que nace en virtud de aquella concesión; en este aspecto, el DAA ha sido

⁴³ García P., Marta (1997), p. 339.

⁴⁴ Vergara B., Alejandro (1992), pp. 280-283.

⁴⁵ Celume B., Tatiana (2013), p. 269-271.

⁴⁶ Vergara B., Alejandro (2014), p. 201-220.

⁴⁷ Atria, F. y Salgado, C. (2015), p. 67.

catalogado como un derecho real administrativo para dar cuenta del vínculo particular que tiene con la concesión.⁴⁸

4.- Bipolaridad de la Condición.

El CEM tiene injerencia en ambas facetas del DAA, por una parte, para la administración en el título de la concesión es un criterio que debe aplicar previa resolución que autoriza la extracción del recurso, definida como un imperativo legal que debe observar el funcionario al momento de determinar la factibilidad de otorgar el derecho; y luego en el ejercicio del derecho, funciona como un instrumento de control de la actividad autorizada, siendo un elemento de imputación objetiva para la constatación de una extracción ilegal del recurso.

Por otro lado, para el particular se presenta en el título concesional como condición habilitante para el otorgamiento de la autorización,⁴⁹ por lo pronto, en aquellos derechos otorgados con posterioridad a la vigencia de la ley 20.074; y también se presenta como carga y como restricción o límite para el ejercicio del derecho subjetivo que nace de dicha concesión.

Como es posible observar, en ambos casos supone deberes para la administración y para el solicitante/titular del derecho. Como hemos advertido, estas cargas o deberes son consustanciales a la concesión, y por lo demás la Dirección General de Aguas está facultada para imponerlos según lo dispone específicamente el artículo 149 del Código, que dicta: *“el acto administrativo en cuya virtud se constituye el derecho contendrá: ...7. Otras especificaciones técnicas relacionadas con la naturaleza especial del respectivo derecho y las modalidades que lo afecte, con el objetivo de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros.”*

Esto se explica porque el DAA se desempeña como una autorización de funcionamiento, estas son aquellos actos que rigen actividades (riesgosas) que se desarrollan de manera continua y permanente en el tiempo, y que por tanto, van más allá de la función primaria de control de las condiciones de seguridad que permiten la actividad, “encauzando y orientando positivamente la actividad de su titular en la dirección previamente definida por planes o programas sectoriales, o bien, aunque de forma esquemática, incluso implícitamente por la propia norma en cada caso aplicable”.⁵⁰

⁴⁸ Vergara, Alejandro (2014), pp. 138-139.

⁴⁹ Rojas C., Christian (2016), p.114-117.

⁵⁰ García de Enterría y Fernández, (1986), p. 136-137.

Estos títulos no sólo levantan la prohibición impuesta por la ley, sino que, además, definen el régimen jurídico en que se manifiesta la actividad, estableciéndose una relación jurídica compleja entre la administración y el solicitante de la autorización. Esto es sumamente relevante, porque de ello se sostiene que todos los derechos y obligaciones que tiene el titular provienen y terminan en el contexto de la concesión que le da origen.⁵¹

5.- Atribución Reglada.

Otro elemento que es importante advertir, de la relación entre el titular y la administración, es que el DAA es un acto del tipo reglado, es decir, que el poder desplegado por la DGA para establecer un DAA, está vinculado por una ley que determina las condiciones o requisitos de ejercicio de la actividad administrativa, no pudiendo el funcionario, sino comprobar tales requisitos y condiciones para otorgar la autorización. En este sentido la aplicación del CEM no es sino una de aquellas condiciones imperativas para la autoridad.⁵²

El carácter reglado del DAA, no obsta a que la DGA, tenga espacios de discrecionalidad, ya que, para que el aparato público pueda actuar y ejercer sus facultades regladas, es elemental que desempeñe un cúmulo de facultades implícitas que no requieren previa enunciación específica de la ley, pues se originan precisamente para articular aquellos vacíos que supone la actividad del Estado.⁵³ En particular ocurre a propósito de la estimación del valor del CEM, ejercicio para el cual la DGA tiene considerables espacios de discrecionalidad, que se enmarcan por su puesto dentro del rango que la legislación históricamente le ha concedido.

iv.- Historia.

Una aproximación Histórica nos permitirá revelar la decisión del legislador nacional en cuanto a la ponderación de los principios que priman en este tipo de regulación, y como se ha ido imponiendo una mecánica en la aplicación del dispositivo que se avoca a la efectiva protección del recurso hídrico.

1.- Periodo Pre legislativo.

Es importante destacar que esta institución no nace con la promulgación de la ley 20.017 en 2005, sino que aquella sólo vino a asentar una práctica que ya realizaba la Dirección

⁵¹ Cordero V. Luis (2015), p.257 y 275.

⁵² Pese a lo cual parte de la doctrina no considera que sea una condición del DAA sino simplemente una potestad ablativa de las facultades del titular del DAA, que ostenta la DGA. Rojas C., Christian (2016), p. 169-170

⁵³ García de Enterría y Fernández (1986), p. 413.

General de Aguas desde la década de 1980, mediante la interpretación extensiva del artículo 3° del Código de Aguas que define las aguas corrientes, y la aplicación del artículo 41 de la ley 19.300 que aprueba las bases generales del medio ambiente, y que a propósito de los Planes de Manejo, Prevención o Descontaminación, señala:

“El uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables se efectuará asegurando su capacidad de regeneración y la diversidad biológica asociada a ellos, en especial de aquellas especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37” (énfasis añadido)

Disposición que al correlacionarse con el artículo 42 de la Ley 19.300, del siguiente tenor:

“El Ministerio del Medio Ambiente conjuntamente con el organismo público encargado por la ley de regular el uso o aprovechamiento de los recursos naturales en un área determinada, exigirá, cuando corresponda, la presentación y cumplimiento de planes de manejo de los mismos, a fin de asegurar su conservación.

Estos incluirán, entre otras, las siguientes consideraciones ambientales:

- a) Mantenimiento de caudales de aguas y conservación de suelos;*
- b) Mantenimiento del valor paisajístico, y*
- c) Protección de especies clasificadas según lo dispuesto en el artículo 37.*

Lo dispuesto en este artículo es sin perjuicio de lo establecido en otros cuerpos legales, sobre planes de manejo de recursos naturales renovables, y no se aplicará a aquellos proyectos o actividades respecto de los cuales se hubiere aprobado un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental.” (énfasis añadido)

Daba a entender que la repartición de aguas podría establecer limitaciones al ejercicio del DAA, en virtud de la competencia sectorial que le correspondía. Es de notar que el caudal ambiental a que hace referencia el artículo 42 requiere un análisis mucho más exhaustivo que el que se propuso para la definición del CEM tras la promulgación de la ley 20.017, ya que no solo considera las variables hidrológicas del caudal, sino también las variables morfológicas, fisicoquímica y ecológica del curso de agua y de las zonas ribereñas así como de las actividades antrópicas que se desarrollan en el área intervenida, similar a lo que se hace en el contexto del SEIA para la determinación de un Caudal Ambiental.⁵⁴

⁵⁴ Boettiger P., Camila (2013), p. 6

La labor de la DGA fue fuertemente rechazada por la doctrina de la época, pero tuvo asidero en la jurisprudencia administrativa y judicial, donde se aceptó la existencia de potestades implícitas de la DGA destinadas a satisfacer la normativa ambiental.⁵⁵ Nos interesa rescatar los razonamientos fraguados, porque muestran cómo se estructuró el dispositivo originariamente desde el derecho ambiental y porque en algunos casos pueden ser aplicados por analogía a las atribuciones de la DGA discutidas a propósito del Traslado.

Desde luego se sostuvo que la Potestad de la DGA emanaba del artículo 19 N° 8 de la CPR, considerando el deber del Estado de velar por la no afectación del medio ambiente y de tutelar la preservación de la naturaleza, la DGA como órgano de la administración, debe respetar y aplicar dicho precepto, lo que es además es respaldado por los compromisos internacionales que ha adoptado el Estado de Chile en esta materia.

También se consideró a la Nación como sujeto pasivo del posible perjuicio o afectación al medio ambiente o los ecosistemas (19 N°8 CPR), ajustándose dentro del concepto de terceros del artículo 22 del Código de Aguas, que establece, como requisitos para otorgar un derecho de aprovechamiento, el no “perjudicar ni menoscabar derechos de terceros”.

Por otro lado, se advirtió la condición de bienes nacionales de uso público que ostentan los recursos hídricos, según lo dispuesto en el artículo 595 del Código Civil, recogido por el artículo 5° del Código de Aguas, disposiciones que llamarían al Estado a administrar dicho recurso en favor del bien común.

Finalmente se realizó una interpretación extensiva de las funciones y atribuciones de la DGA establecidas en los artículos 299 letra a) CA, que versa “Planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento” (énfasis añadido), y 300 letra a), también del CA, que permite “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;” (énfasis añadido), las que complementadas con las normas antes citadas permitirían el ejercicio de dicha potestad.

Si consideramos que con anterioridad a la reforma llevada a cabo por la ley 20.017, la DGA ya ostentaba la potestad de disponer caudales ecológicos, por mandato de la legislación Ambiental vigente, y que esta reforma vino a aumentar las atribuciones de la Dirección General

⁵⁵ Vergara B, Alejandro (1999), p.127-134-

de Aguas en este ámbito, entonces, mal podríamos entender que el CEM es una institución cuyo fin se encierra en el Derecho de Aguas. Por el contrario, cabría suponer que este mecanismo, al menos en Chile, ha tenido originariamente el fin de protección del recurso mismo y del ecosistema que se relaciona con él.

Por otro lado, si no se modificaron las disposiciones que, antes del 2005, fundamentaban la potestad de la administración. Entonces, podríamos decir que lo que la ley 20.017, no creo la Potestad de implementar estas condiciones a los DAA, sino que vino a regular el procedimiento y oportunidad en el proceso concesional de derechos de aprovechamiento en que le es obligatorio fijar uno, al que denominó CEM. Esto implicaría que la ley 20.017 no la restringe a esa única instancia la posibilidad de imponer Caudales Ambientales, no siendo una prohibición para la administración establecerlos en un Traslado, por ejemplo.

En este contexto es importante mencionar que ya en 1995 el documento denominado “Bases para la formulación de un Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de los Recursos Hídricos” consideraba como fundamento inmediato la Ley de Bases del Medio Ambiente y el respeto de derechos de terceros, como antecedentes legales para atender “las consideraciones ambientales referidas a la mantención de caudales de agua, mantención del valor paisajístico y protección de especies vulnerables”, en este documento se definía como Caudal Ecológico, el “Caudal mínimo que debieran tener los ríos para mantener los ecosistemas presentes, preservando la calidad ecológica”.⁵⁶

A partir de las metodologías propuestas en aquel documento, en 1999 se creó el primer Manual de Procedimientos del Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la DGA, que venía a regular los “criterios recomendados para la estimación, de los Caudales Ecológicos para la resolución de solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas”, donde se mencionaban algunas fórmulas que podría utilizar la dirección, pero siempre con la precisión que la metodología utilizada permitía una estimación general del caudal de acuerdo a la experiencia internacional, resultando fundamental la experiencia y conocimiento que cada profesional del aparato público tiene respecto su propia región, siendo responsabilidad del peticionario efectuar estudios de detalle, de acuerdo a las pautas que fije la Dirección.⁵⁷ Utilizando por tanto sus facultades discrecionales.

⁵⁶ Manual DARH Res. MOP N° de 1995, Cap. 5.3.4, p. 38-39,

⁵⁷ Manual DARH Res. MOP N° 1700 de 1999, Cap 3. 3.5-21.

El año 2002 mediante la Resolución DGA N° 1503, se modificó el referido Manual, sin embargo, en materia de Caudal Ecológico sólo se asentó la forma de calcular el caudal mediante la metodología Hidrológica, estableciendo como criterio un porcentaje del caudal medio anual del río.

2.- Periodo Legislativo: introducción de la Ley 20.017.

Tras los 10 años de discusión, la reforma al Código de Aguas se concretó en la ya tantas veces citada Ley 20.017 del año 2005, esta ley, junto a otras modificaciones al Código de Aguas, introdujo un nuevo título X llamado “DE LA PROTECCION DE LAS AGUAS Y CAUCES”; que sin alterar la ideología base del cuerpo legal, vino a saldar una deuda histórica en materia ambiental,⁵⁸ como veremos, introduciendo un germen para la reinterpretación de la Potestad de la DGA.

El título X consta de cuatro artículos consistes en diversos instrumentos que la ley otorga a la DGA en materia ecológica, desde la perspectiva sectorial cada una de ellos se dirige a situaciones particulares que no tienen relación entre sí,⁵⁹ por lo que el elemento común viene dado desde fuera de la disciplina, ya que cada disposición representa un diverso mecanismo de gestión ambiental otorgado a la DGA, que de una u otra manera se disponen en miras a la conservación del recurso natural.⁶⁰ En este sentido se reconoce que “el propósito medioambiental quedó incluso manifestado de modo expreso en el primer informe de la comisión de Obras Públicas del Senado”⁶¹

En cuanto a los caudales ambientales, la norma positivó por primera vez el dispositivo en un rango legal, mediante el artículo 129 bis 1. Analizando en particular la disposición, podemos observar diversas particularidades del modelo que distinguió el legislador.

Si bien no se definió que es el CEM, desde el principio se impuso como una obligación para el organismo público, “debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo”, el legislador fue enfático en este aspecto, señalando que los objetivos específicos del instrumento también son imperativos para la DGA, la forma verbal que empleó así lo revela “*velará por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente*”. Como hemos

⁵⁸ Segura R, Francisco, (2004), p.31 y 35.

⁵⁹ A partir de ello autores afirman que no existen facultades generales otorgadas a la DGA, sino que ciertas normas que expresamente contemplan variables ambientales. Boettiger, C. (2014) p.374.

⁶⁰ Estos eran fines al menos programáticos, no pudiendo obviar el bajo impacto que han tenido en la realidad, habiendo autores que han criticado duramente esta reforma por el “nulo aporte, a la sustentabilidad del sistema hídrico” considerando que los caudales ecológicos son comparables a “la figura del gatopardismo”. Valenzuela, J. Christian (2014) p. 357.

⁶¹ Celume B., Tatiana (2013), p.308.

desarrollado previamente, esta imperatividad se condice con el sentido concesional del DAA y con la función del CEM, respecto del deber general de los organismos públicos de velar por la protección al medio ambiente y del titular de la concesión de cooperar con este objetivo. Ciertamente, también se ajusta al deber de la DGA de planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, estatuido en el artículo 299 del CA.

A propósito de esto, el legislador también indica un momento u oportunidad en que este deber se transforma en una verdadera obligación para la DGA, que es al momento de constituir los derechos de agua, de manera que la protección sea aplicable durante todo el ejercicio del derecho desde sus orígenes.

Entonces, desde la reforma en adelante la repartición administrativa sectorial no sólo esta compelida por los deberes genéricos que obedece como órgano público, sino que, junto a este, también tiene una obligación propia, impuesta por una disposición específica que concretiza los mandatos constitucionales. Teniendo en cuenta que esta ley tiene por objeto aumentar la intervención pública, con el fin de paliar los excesos que se habían cometido en la sobreexplotación del recurso, deberíamos entender que además de velar por los caudales ambientales necesarios para la conservación de las fuentes superficiales, ahora también deberá asignarle a cada derecho que otorgue en concesión un Caudal Ecológico Mínimo.

Pese a ello, no se puede desconocer que el ámbito de ejercicio del CEM se vio reducido a los nuevos derechos de aprovechamiento, las discusiones en la cámara dejan claramente establecido el temor de que este junto a otros dispositivos volviera la ley una regulación expropiatoria, y que se comenzará a aplicar retroactivamente a todos los derechos otorgados.⁶² Empero, esta restricción sólo alude a la obligación específica de la DGA de imponer CEM, no dice nada de la potestad genérica para establecer caudales ambientales. Además, debemos entender que el legislador era reacio a que dispositivo se afectare usos en funcionamiento, y que con ello se contrajera la actividad productiva del país, es decir, que se alteraran las condiciones en que se encontraban las extracciones efectivas de aguas, no así con aquellos derechos especulativos o que sólo pretendían acaparar aguas, los llamados derechos de papel, pues la ley se dictaba precisamente para detener estas prácticas.

Notemos que esta clase de títulos abusivos sólo tienen valor si se pueden fraccionar y trasladar parte de su ejercicio, para así poder venderlos sin limitaciones, ya que de lo contrario sería más eficiente para los terceros constituir un nuevo derecho. Por lo que pareciera que la

⁶² HDL 20.017 p. 306, 358, 382-383 y 388.

prohibición, no podría incluir el deber de la DGA de imponer caudales ambientales en aquellos derechos que, modificándose, iban a representar un impacto ecológico considerable y opuesto a los fines de la ley.

Volviendo a los elementos que incorporaron mediante la ley 20.017, hay que mencionar que no se estableció un procedimiento para calcular el CEM, ni tampoco se indicó en qué etapa particular del procedimiento de constitución del DAA se debía imponer. Esto se dejó en manos de la administración para que lo resolviera junto a la factibilidad de otorgar el DAA. Esto es relevante, porque como norma procesal el CEM rige *in actum*, debiendo aplicarse a los procedimientos que se tramitaban al momento de entrar en vigor la ley. Teniendo presente que el procedimiento entre una constitución de DAA y un Traslado de ejercicio no hay grandes diferencias, ya que ambos se tramiten conforme el título primero, del libro segundo del código, cabe preguntarse porque habría de imponerse un deber de conservación en un caso y en el otro no, sobre todo cuando en ambas instituciones debe atender a las condiciones de disponibilidad de caudal.

Esta decisión tiene cierta importancia, ya que en otras legislaciones se pueden designar caudales ambientales generales para una fuente o una sección de la fuente, en cambio en nuestro país el CEM es accesorio al DAA, de modo que la determinación del caudal siempre es precisa para las coordenadas de la fuente que se indicaron en la solicitud. Por este mismo motivo es importante advertir que en un traslado de ejercicio se modifica sustancialmente las condiciones en que se otorgó el CEM, si bien el DAA se mantiene.

Por último, debemos destacar que tras la reforma de 2005 el organismo administrativo siguió trabajando con la metodología dispuesta en el Manual de 2002. En este aspecto la normativa de rango legal original se concretó realmente, en establecer los mínimos y máximos para la aplicación del CEM, diferenciando dos casos, aquellos de aplicación normal y aquellos de "aplicación calificada", en los primeros el CEM no podía ser superior al 20% del Caudal Medio Anual de la fuente, mientras que en el segundo bajo previo informe técnico del Ministerio de Medio Ambiental y decretado por el Presidente de la República el CEM podría llegar al 40% del Caudal Medio Anual, esta devolución de la Potestad delegado en la DGA, da cuenta del cuidado que había en el carácter limitativo de la propiedad que representaba el dispositivo.⁶³

El año 2008, la DGA modifica su normativa reglamentaria, mediante la publicación del Manual de Administración de Recursos Hídricos S.I.T N°156, dispuesto en la resolución DGA

⁶³ Boettiger P. Camila (2013), p. 8

N°3504 de dicho año. En esta reforma, si bien se respetaron los máximos que establece la ley, se otorgó la posibilidad de designar un CEM variable según la estación del año en que se ejerce el derecho, esto debido a que como hemos mencionado antes el caudal natural de una cuenca no es constante en el tramo de la fuente, ni tampoco lo es en el tiempo.

Un año más tarde, en virtud de una serie de requerimientos que pedía la CGR a la DGA para disminuir el factor de discrecionalidad de la toma de decisiones en la determinación del CEM, se dictó la Res. 240 de 10 de diciembre de 2009,⁶⁴ en este instrumento se definen los criterios generales que aplicará la administración y además se señala que se dictaran un acto administrativo para cada cuenca o subcuenca o tributarios de aguas superficiales, definiendo el caudal mínimo en las mismas. Estos actos no obstan a que el cálculo del CEM sea accesorio y particular para cada DAA, sino que sólo constituyen un criterio de consideración al momento de definición del instrumento, que tiene por objeto balancear la discrecionalidad de la administración con el principio de igualdad en las cargas públicas, otorgando un instrumento de contraste a los particulares, para analizar el fundamento de la decisión administrativa. Busca en el fondo, permitir que a condiciones semejantes se apliquen medidas iguales.

3.- Periodo Reglamentario: introducción de la ley 20.417.

Posteriormente la ley 20.417 del año 2010, que creó el Ministerio y la Superintendencia de Medioambiente y puso en funcionamiento el Servicio de Evaluación de Impacto Ambiental, introdujo una importante modificación a la regulación del CEM, consistente en el diseño del mecanismo de determinación mismo, cuyos mínimos y máximos antes era reglado por ley, a partir de este momento pasan a ser objeto de la normativa reglamentaria, mediante la dictación de un Reglamento Emanado del Ministerio de Medio Ambiente y del Ministerio de Obras Públicas, del cual es dependiente la DGA.⁶⁵

Este Reglamento recién fue aprobado en el año 2012 por el Decreto Supremo N° 14 del Ministerio de Medio Ambiente, como señala Vergara, este reglamento es resultado de la aplicación de la facultad potestad reglamentaria de ejecución, que tiene por finalidad establecer normas para el desarrollo aplicación y ejecución de la ley, siendo complemento de aquella.⁶⁶ Por lo mismo, no es irrelevante que la ley 20.417 sea la que modifica el CEM, puesto que otorgara un marco interpretativo particular que regirá el reglamento.

⁶⁴ Publicada en el Diario Oficial el 15 de diciembre de 2009.

⁶⁵ Carrasco y Henríquez (2011), p. 168 y ss.

⁶⁶ Vergara B., Alejandro (2014), p.132.

Tampoco se puede ignorar que el procedimiento para determinar el CEM se establezca por vía de un reglamento, ya que como lo menciona el mismo autor, este tipo de instituciones particularmente técnicas que requieren una instrucción detallada y específica, suelen dejarse a este tipo de normas “las reglamentarias, que, además, pueden ajustarse más rápidamente a las nuevas exigencias, por cuanto su proceso de elaboración y reforma es más sencillo que el de las normas legales.” Es decir, por su capacidad de adaptabilidad al cambio de circunstancias. En este aspecto Célume da cuenta de la tensión entre la certeza jurídica que otorga la norma de orden legislativo versus la flexibilidad que aporta la norma administrativa.

Un último aspecto por considerar es que a partir de la ley 20.417, la imposición del Caudal Ecológico Mínimo calificado vuelve a delegarse al Ministerio de Obras Públicas, desde que se entiende que la figura “Por orden del Presidente de la República” es una delegación de la facultad. De esta manera el CEM deja de observarse como una simple limitación a la propiedad y se entiende como un elemento intrínseco de la concesión administrativa.⁶⁷

4.- Periodo de Adaptación vía reglamentaria: Reglamento del año 2015.

El 15 de enero del año 2015 se publica el Decreto N° 71 del Ministerio del Medio Ambiente, este se originó 30 de septiembre de 2014 y vino a modificar el reglamento promulgado el 2012 que había comenzado a regir a mediados del 2013, fundamenta la corta vida de aquel reglamento en que este no era idóneo “para velar por la preservación de la naturaleza y del medio ambiente”.

La administración reconoce la necesidad de actualización de los criterios con que se determinaba el CEM para dar efectivo cumplimiento a su propósito ambiental, según el propio reglamento dada la “Necesidad de actualizar la información sobre la oferta hídrica e información poco representativa del cauce”. La normativa reglamentaria que hoy rige, pretende actualizar los criterios de fijación de caudal en el procedimiento concesional para ajustarlo a los estándares ambientales, por lo que se debería entender que la potestad de la DGA de ajustar los caudales ecológicos fuera de este procedimiento también debe incluir ese nuevo criterio, por tanto, se podría dictar resoluciones que modifiquen una resolución en la parte que fija un caudal ecológico a fin de ajustarlo a los nuevos antecedentes fijados por la Dirección.

⁶⁷ Acuerdo del Comité de Ministros para la Sustentabilidad N°4 de 22 de marzo de 2012, del Ministerio de Medio Ambiente, sobre el reglamento para la determinación del Caudal Mínimo Ecológico, artículo 8.

v.- Un dispositivo de Intervención del Derecho Ambiental en el Estatuto Sectorial del Derecho de Aguas.

De lo expuesto podemos concluir que el CEM es un verdadero instrumento de gestión de recursos naturales, que no sólo nace bajo el modelo interpretativo del Derecho Ambiental, sino que luego se positiva en el Código de Aguas mediante una norma proveniente de esta rama del Derecho, y posteriormente se perfecciona desde la institucionalidad ambiental, avanzando en su percepción desde cláusula de restricción del derecho subjetivo a un elemento intrínseco de la concesión sectorial. Por lo que es consistente la aplicación de los Principios del Derecho Ambiental como herramientas de interpretación para perfilar la extensión de la potestad administrativa, de acuerdo con las circunstancias ambientales perceptibles en la actualidad.

1.- Criterio de interpretación.

Por este motivo, no obstante la promulgación de la ley 20.017 y el reglamento que la hace ejecutable, el artículo 19 N°8 de la CPR, sigue siendo una norma esencial para definir el alcance de las atribuciones de la DGA, atribuciones que no pueden determinarse a partir de la lectura aislada de la norma que le asigna competencias, sino que deben ser examinada considerando un enfoque sistémico, comprensivo de la posición de la Dirección General de Aguas en el marco institucional que otorga dicho precepto constitucional.

En este aspecto, consideramos necesario recoger la idea de “interés público ambiental”, concepto que se presenta como criterio orientador de los actos de la administración pública en materia de aguas, particularmente en los actos habilitantes de actividades económicas riesgosas o de servicios públicos prestados por particulares.⁶⁸

Bajo este paradigma se yergue un Orden Público Ambiental que aboga por la tutela efectiva del derecho al medio ambiente como derecho fundamental, consolidándolo por medio de la lectura de los principios esenciales de Prevención, Precaución y de Sustentabilidad, los que se tornan en herramientas indispensables para reorientar el régimen de actos habilitadores.⁶⁹

Esto se concreta como lo expone Astorga, en la prevalencia de una interpretación que privilegia los intereses de la sociedad, o en un “*in dubio pro ambiente*” o “*indubio pro sanitas*”

⁶⁸ Al respecto existen sentencias judiciales contundentes que demuestran la primacía de los intereses ambientales sobre los de los particulares, ver Alcalde S., Jaime (2014), p. 299-2013.

⁶⁹ Peña C., Mario (2016), p. 73 y ss.

et natura”.⁷⁰ El que debe ser aplicado en la lectura del artículo 129 bis 1, de modo que el concepto de nuevo derecho, establecido en aquella disposición, sea matizado por la preponderancia del deber de conservación del recurso hídrico sobre la idea de propiedad del derecho de aprovechamiento.

2.- Fundamento fáctico para la intervención administrativa.

En este contexto, cabe señalar que, pese a que la realidad hídrica de nuestro país es extremadamente diversa, y que debido a sus condiciones geográficas tiene una variedad de climas que resultan en una gran complejidad de situaciones hídricas particulares, es posible reconocer algunas situaciones que se han manifestado sostenidamente y que deben ser consideradas en la política ambiental, entre las que se encuentra el aumento sostenido de la demanda de recursos hídricos, los efectos producto del cambio climático, y las prolongadas sequías que afectan la zona central y norte del país.⁷¹

Esta no sólo es una característica local, como lo han sostenido algunos autores, nos encontramos en un contexto de reconocimiento de una verdadera “crisis mundial del agua” tendencia que se caracteriza por la creciente demanda de agua para una cantidad cada vez mayor de objetivos sociales, económicos y ambientales, producto de los efectos de largo plazo del crecimiento poblacional y económico de las sociedades que han hecho que el recurso hídrico sea relativamente más escaso, elevando su valor económico y magnificando los impactos ambientales del uso del agua.⁷²

Desde la estructura de la propiedad esta problemática se traduce en una decisión sobre los límites del dominio sobre este bien, que orientados por principios con énfasis en la equidad en el reparto y en el aprovechamiento de ellos, disponen el bien para la colectividad, debido a la función o utilidad que tiene el elemento en la sociedad.⁷³

En este sentido en la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente (CIAMA), se plantearon cuatro principios básicos sobre los recursos hídricos, a fin de que los Estados concilien su política interna, en torno a ellos:

“Principio 1: El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente.

⁷⁰ Astorga J., Eduardo (2014), p. 23.

⁷¹ Vergara B., Alejandro (2017), p.3.

⁷² Bauer, Carl J. (2015), pp. 31 y ss.

⁷³ Peñailillo A., D (2006), p 81-86.

Principio 2: El aprovechamiento y la gestión del agua deben inspirarse en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles.

Principio 3: La mujer desempeña un papel fundamental en la gestión, el abastecimiento y la protección del agua.

Principio 4: El agua tiene un valor económico en todos sus usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico.”⁷⁴

3.- Elementos jurídicos aplicables.

Así es menester considerar el principio de sustentabilidad en la extracción de las aguas, ya que este es el pivote que permite conjugar el interés de la protección del medio ambiente con el interés de fomentar la actividad productiva para satisfacer las necesidades sociales vigentes. En concreto, este principio implica “el proceso de mejoramiento sostenido y equitativo de la calidad de vida de las personas, fundado en medidas apropiadas de conservación y protección del medio ambiente, de manera de no comprometer las expectativas de las generaciones futuras”⁷⁵.

En la concesión del DAA, el Principio de Sustentabilidad se impone como un aspecto a considerar de manera imperativa para la DGA, tanto en la evaluación de disponibilidad hídrica como en la evaluación del CEM, en este último caso, la administración se ve compelida a establecer el dispositivo sobre todos los derechos nuevos. En cuanto a los traslados, hay autores que han sostenido que para la ejecución de este principio se requiere como mínimo “prudencia ecológica, eficiencia económica y equidad social”.⁷⁶ Ya hemos mencionado algunos hechos que se pueden examinar conforme a este eslogan, en primer lugar, la prudencia en el manejo de un recurso que se está agotando, exige ponderar los efectos que podría ocasionar un cambio de posición de la extracción y en torno a ello definir las condiciones con que se aprobaría un cambio en la regulación concesional. Por otro lado, en cuanto a lo equidad, hay un interés social, en que todos los usuarios de derechos de aguas tengan las mismas cargas legales, ajustándose a la normativa vigente, sobre todo cuando estas obligaciones se imponen para la protección de un recurso que debería beneficiar a todos. Por último, en cuanto a la eficiencia económica, el uso desmedido de los recursos naturales, y los daños al medio ambiente se manifiestan como externalidades en el mercado de aguas, que distorsiona el

⁷⁴ Donoso Harris, Guillermo (2013), p. 121.

⁷⁵ Moraga S., Pilar (2015), p. 4 y ss.

⁷⁶ Astorga J., Eduardo (2014), p 22.

precio del recurso, al trasladar costos a terceros ajenos a la actividad extractiva, por ello la existencia de derechos perpetuos adquiridos originariamente a título gratuito, sin bases reales sobre la disponibilidad del recurso y sin cuantificación del valor ambiental del mismo, y sin condiciones que garanticen la indemnidad del bien público, se opone abiertamente a la regulación de esta clase mercados de derechos existentes sobre bienes nacionales de uso público.⁷⁷

Por otro lado, bajo los lineamientos del Principio de Prevención, el Caudal Ecológico Mínimo, en sí constituye una medida que tienden a disminuir o eliminar el riesgo y que se anticipa a la producción del daño de agotamiento de la fuente hídrica natural, siendo una condición exigible para las concesiones de derechos de aprovechamiento. Ahora bien, tratándose de la aplicación de un principio que opera sobre riesgos ciertos, el principio preventivo trabaja como fundamento para la realización de la actividad, la autorización se otorga porque se ha evaluado y prevenido los riesgos,⁷⁸ así en aquellos actos de la DGA que tengan por objeto levantar una prohibición de extracción de aguas sobre caudales naturales en un punto determinado, ya sea constituyendo un derecho nuevo o alterando las condiciones iniciales de una concesión, corresponde evaluar las condiciones con que se preverá el nuevo riesgo creado. El principio también actúa ex post, en la responsabilidad por extracción no autorizada de agua, ya que el título que importa la concesión significa un permiso para provocar un impacto ambiental legítimo, mientras que el actuar sin título o más allá de este importa un impacto ilegítimo en el dominio público. Cabría preguntarse si es posible responsabilizar al Estado por no aplicar el CEM, ya que esto priva al organismo de una herramienta de imputación para sancionar extracciones ilegales del segundo tipo (más allá del título de extracción), siendo eventualmente una falta de servicio.⁷⁹ El caso problemático sería que un titular de un DAA, al que no se le ha designado CEM, ejerciera su derecho hasta agotar la fuente, produciendo un daño ambiental considerable. Como hemos mencionado más arriba una modificación del punto de captación del DAA es una alteración del factor de medición del CEM, lógicamente una variación de los factores debería producir una variación del resultado, por lo que, si la administración se ve compelida por este principio, entonces no hay razón para que no se aplique en los Traslados.

Finalmente, en cuanto a la posibilidad de la aplicación del principio precautorio, este se diferencia del principio preventivo, en cuanto opera en situaciones de incertidumbre del riesgo,

⁷⁷ Aranda V., Pablo, (2013) p.115.

⁷⁸ Costa C., Ezio (2013), p. 205.

⁷⁹ Barros B., Enrique (2007), p.506-514.

llamando actuar de manera prudente, en la toma de decisiones.⁸⁰ Al respecto recientemente parte del Tribunal Constitucional se ha manifestado reconociendo que el “Estatuto Constitucional de Las Aguas exige la conservación racional”, a consecuencia de tal estatuto sostuvo que existe una prohibición de configurar propiedad sobre las aguas y que por otro lado la dimensión propietaria del uso de ellas no puede desnaturalizar el bien mismo. Siendo ineludible los intereses de la colectividad configurados como interés general de la nación o bajo el concepto de utilidad pública, y por cierto, reconociendo que los DAA están sometidos a la función social de la propiedad.

En un giro claramente ambiental el voto minoritario del TC distingue las notas esenciales del estatuto de aguas versus el minero, reconociendo un “triple sentido cautelar” que opera en este sistema, primero porque las aguas terrestres son cada vez más escasas, segundo porque al tratarse de un bien nacional de uso público su asignación importa una decisión excepcional de la autoridad que se ha de interpretar restrictivamente, y tercero, porque bienes de fuerte impronta ambiental han de valorarse con criterios conservacionistas que derivan directamente de la constitución, sea como función social o como conservación del patrimonio ambiental. Consecuencia de lo cual uno de los principales principios que gobiernan este estatuto es el principio precautorio.⁸¹

En síntesis, nos encontramos en una sociedad que exige cada vez más el cumplimiento de la normativa ambiental y de la protección de la naturaleza, la evolución del Derecho en función de tales pretensiones ha generado que los Principios del Derecho Ambiental dejen de ser meras guías para los operadores del sistema y toman un carácter incluso vinculante para ellos y exigible por los usuarios.⁸² Siendo imperante para la administración adecuar sus prácticas y asumir los deberes constitucionalmente ordenados en esta materia. Por lo que la aplicación de los Caudales Ecológicos pasa de ser una atribución de la DGA a un deber dispuesto en la legislación ambiental y sectorial, en esta última se establece una especie particular de Caudal Ambiental que se fija como una verdadera obligación para el organismo.

⁸⁰ Costa C., Ezio (2014), p. 162-166.

⁸¹ CT Rol 3146-2016, sentencia del 4 de julio de 2017, considerandos 18 al 20 del voto de minoría.

⁸² Moraga S., Pilar (2015), p.3.

vi.- Elementos del CEM.

Volviendo a revisar el CEM como acto jurídico, debemos precisar, sus elementos, requisitos, y Efectos, lo que nos permitirá finalmente distinguirlo del instrumento en que se incorpora y entender porque debe insertarse en los traslados.

1.- Estructura del Acto.

Los elementos esenciales del CEM, esto es “aquellos necesarios y suficientes para la constitución del acto”,⁸³ consisten tres aspectos objetivos y un elemento subjetivo. En cuanto a los elementos objetivos, debido a su carácter accesorio, es fundamental para su nacimiento, la existencia de un Derecho de Aprovechamiento al cual se vincule, de la permanencia de la concesión dependerá la subsistencia de la condición, sin ella el CEM está destinado a extinguirse por falta de objeto. En segundo lugar, está la restricción misma, la estimación de un caudal, que constituyen el límite para el ejercicio del DAA y que ha sido determinado como el mínimo para la subsistencia de la fuente. Finalmente tenemos, la ubicación del punto exacto en que se mide el instrumento ambiental, el que debe coincidir con el punto en que se ejercita el derecho de aprovechamiento, esto no es un requisito caprichoso, para efectos de sostener nuestra tesis, la necesidad de un punto de captación es esencial por cuanto los riesgos ecológicos ocurren aguas abajo de aquel punto, que es el tramo del río que quedará sin una masa de agua con la que antes contaba. Por este mismo motivo, que un mismo derecho de aprovechamiento puede tener varios Caudales Ecológicos, uno para cada punto de captación.

En este aspecto cabe tener en presente que el elemento subjetivo o teleológico del CEM también es de la esencia, así los objetivos de preservación y protección del ecosistema han de ubicarse siempre en el núcleo de la condición, siendo un elemento de interpretación ante cualquier modificación de la misma, pudiendo ser un criterio para identificar una desviación de poder.⁸⁴ En este sentido se han identificado como fines de los caudales ecológicos.⁸⁵

i.- La coherencia con la distribución hidrológica de los caudales circulantes en el tramo.

ii.- La coherencia con la variación estacional de esa distribución hidrológica.

⁸³ Vial del Río, Víctor (2003), p.31.

⁸⁴ García de Enterría y Fernández, p.463.

⁸⁵ Mallea A., María (2010), p.46.

iii.- La conservación de las comunidades naturales del ecosistema fluvial del tramo estudiado.

iv.- La conservación de la diversidad ecológica del tramo estudiado.

v.- La mejora de la composición fisicoquímica de caudales contaminados o degradados.

En cuanto a los efectos naturales del CEM, es decir aquellas “consecuencias del acto que tienen lugar por la disposición de la ley, en vista del silencio de los interesados”⁸⁶, una de ellas consiste en la indicación de las unidades de medida del lugar en que se determinó el CEM, que para nuestra legislación es mediante coordenadas UTM en datum WGS 1984.

Finalmente, el CEM también presenta cosas accesorias o accidentales, como la distribución en los doce meses del año que se observa en algunos de ellos, producto de la variación de los caudales que presenta fuente hídrica, dada las condiciones climáticas o de alimentación de la cuenca.

2.- Requisitos del Acto.

Respecto de los requisitos para su establecimiento, hay que observar cómo se manifiestan los requisitos de validez y de existencia en el acto administrativo, a diferencia de lo que ocurre con la clasificación de los actos jurídicos privados, en que se examina la voluntad, el objeto, la causa y capacidad, en la doctrina administrativa se ha hecho la división taxonómica de elementos subjetivos, objetivos y formales del acto,⁸⁷ metodología que seguiremos.

En cuanto al elemento volitivo, todo acto administrativo es una manifestación unilateral de la voluntad de la administración que produce efectos subjetivos sobre terceros.⁸⁸ Por tanto, dar cuenta de su existencia se reduce a la verificación de las Potestades del ente para emitir el acto administrativo,⁸⁹ entonces, son requisitos del CEM el que se emita por un órgano del estado, debidamente investido, actuando en su función administrativa, y mediante un procedimiento administrativo previamente establecido.⁹⁰

⁸⁶ Vial del Río, Víctor (2003), p. 33.

⁸⁷ Muñoz M., Santiago, (2012), p. 51.

⁸⁸ Sayagües L., Enrique, (1959), pp. 388-389.

⁸⁹ En este sentido el artículo 3° de la ley 19.880 dispone “Para efectos de esta ley se entenderá por acto administrativo 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”.

⁹⁰ Muñoz M., Santiago (2012), pp. 51-57.

Respecto de la competencia para asignar Caudales Ambientales, hemos revisado latamente como la ley llama a la DGA como órgano sectorial para realizar esta tarea, existiendo una norma atributiva expresa en el Código de Aguas, además de potestades implícitas derivadas de la interpretación de las disposiciones específicas de la ley 19.300 y del citado código, no cabiendo duda de que la investidura recae sobre este órgano de la administración del Estado. Ahora, es necesario dar cuenta que, junto a la DGA, y excepcionalmente en el marco del procedimiento de Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), el Ministerio de Medio Ambiente también adquiere esta prerrogativa, pudiendo haber eventualmente un conflicto de competencia como indicamos previamente, no abordaremos esta discusión, por exceder la temática de este ensayo, sin embargo consideramos que ante un conflicto de este orden se debe abogar por la preferencia del MMA, en virtud del criterio de especialidad, sin perjuicio de que la DGA actúe como colaborador.

En cuanto a los vicios de la voluntad, junto a los requisitos generales del derecho civil, a saber, capacidad personal, error, violencia o dolo, que puedan afectar a la persona natural que emite el acto administrativo en su calidad de agente de la administración, también se encuentran los provenientes de actuaciones sin previa investidura del funcionario (legalmente nombrado, habiendo tomado posesión del cargo y en ejercicio de sus funciones), de actuaciones fuera de plazo o fuera del ámbito territorial en que el funcionario tiene competencia. Habiendo en todo caso la posibilidad de convalidación del acto.⁹¹

Un caso particular que se puede dar en el CEM es el del error, por cuanto el funcionario que establece el CEM puede desconocer o tener una falsa percepción de los presupuestos de hechos que fundamentan este dispositivo en el caso particular, en tal sentido, aun habiendo grandes notas de discrecionalidad en la determinación del CEM, es imprescindible que haya una consideración fundada de los hechos sobre la que se asienta, los que deben estar expresamente definidos en la resolución que lo dispone. La posibilidad de error sobre estas consideraciones da pie al procedimiento recursivo contra el acto por parte del administrado, o a la invalidación de oficio del mismo por la DGA.

En cuanto a los requisitos objetivos del acto administrativo, es necesario que haya un objeto o fin lícito, el cual debe ser determinado, proporcionado y posible. La administración no actúa en provecho propio, sino en función de intereses públicos, por ello, la designación del

⁹¹ El Artículo 13 de la ley 19.880, dispone el principio de la no formalización, en su inciso tercero permite subsanar los vicios que contenga el acto administrativo siempre que no afecte a terceros, así mismo el inciso segundo establece que los vicios del procedimiento o de forma, solo afectan la validez del acto si recaen sobre un requisito esencial y generan perjuicio a tercero.

CEM en los DAA se trata de una potestad y no de una facultad de la Administración, de modo que el gravamen que impone debe adecuarse a sus Potestades.⁹²

En este aspecto es fundamental que la medida sea lo suficientemente determinada, o típica para colegir el ámbito de en qué se desenvuelve la administración, la constatación de la presencia de los hechos que habilitan la imposición del CEM es la responsabilidad ineludible de la DGA. Debiendo señalar el caudal preciso que el titular deberá dejar pasar por el punto de captación, lo que en la especie se hace mediante la designación de un volumen anual o mensual, según las características de la fuente.⁹³

En cuanto a la adecuación al fin, hemos argumentado que el fin que se propone es la conservación de los recursos naturales y la protección del medioambiente, un dispositivo como el CEM que significa la reserva de una cantidad de agua corriente mínima en la fuente, será adecuada siempre que el organismo público fundamente que es necesario para la sustentabilidad del recurso (no agotamiento de la fuente hídrica) o para la del ecosistema (supervivencia de los seres que viven en la fuente). Queda abierta la pregunta sobre que ecosistema debe considerarse, sólo los factores antrópicos, o sea, la fauna y flora del río, la de sus alrededores, o también las comunidades humanas existentes. Esta interrogante escapa a los propósitos de este ensayo, pero es un tema altamente discutido en el debate académico. Por ahora consideremos que el fin lícito es aquel establecido en el artículo 129 bis 1, y no otro, por lo que aplicar caudales ecológicos para fines distintos de los allí establecidos constituiría una desviación de poder de la DGA, así una utilización del CEM para un propósito distinto de la conservación de la fuente, como podría ser el mantener un caudal escénico viciaría el acto.⁹⁴

Respecto a la proporcionalidad del acto, se estudia bajo los test de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto de la medida, esto es que el caudal determinado sirva para la conservación de la fuente, que establecerlo sea necesario ante la posibilidad de agotamiento, y que los efectos negativos de su imposición sean inferiores a los positivos.⁹⁵

Finalmente, que sea posible se refiere a la factibilidad física o material de establecer esta condición, esto es que la medida que no sea contradictoria en sus términos, por oponerse

⁹² Muñoz M., Santiago (2012) p.57-66

⁹³ El artículo 11 de la ley 19.880, dispone "Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos." (énfasis añadido)

⁹⁴ García de Enterría, Eduardo (1986), p. 463-467.

⁹⁵ Desdentado D., Eva (199), p. 241-252.

a leyes físicas o de la lógica. La posibilidad debe estudiarse al momento de establecer el CEM, ya que es del todo factible y en gran medida probable, que el caudal que el titular deba dejar pasar sea superior, al caudal total existente, dada escases relativa del recurso en el territorio nacional.

En cuanto a la causa o motivos de la decisión administrativa, la causa final viene siempre dada por ley, mientras que la causa eficiente corresponde al ejercicio de una actividad extractiva sobre un bien nacional de uso público en un punto determinado de la fuente, que implica el riesgo de agotamiento de ella en ese preciso lugar.⁹⁶ En este aspecto es el Traslado como presupuesto de la acción del organismo público cumple con los requisitos de determinación, toda vez que en la etapa instructiva, la DGA constata la diferencia de condiciones que hay en el punto de origen y el punto de destino del traslado, lo que la lleva a adoptar la medida, existiendo una presunción de legalidad de sus actuaciones, corresponderá al titular del derecho la carga de probar que las conclusiones de la DGA no se conllevan con los hechos necesarios para aplicar el CEM, como por ejemplo alegando que para la subsistencia de la fuente no es necesario un caudal tan alto, como el que sostiene la DGA.

3.- Efectos del Acto.

Hay que distinguir como se dan los efectos sobre la concesión, respecto de los efectos sobre el derecho subjetivo, sin que ello signifique que los unos se puedan separar de los otros, ya que por el contrario aquellos necesariamente redundarán en estos últimos. En este sentido primero revisaremos los efectos genéricos de los actos administrativos, referidos a la legalidad, exigibilidad y ejecutoria del acto y luego las consecuencias concretas del CEM en particular.⁹⁷

Según lo dispuesto en el artículo 3° de la ley 19.880 sobre el acto administrativo hay una presunción de legalidad, desde la que se entiende, *a priori*, que el acto exteriorizado ha sido emitido por una autoridad competente y tramitado conforme a un procedimiento legal, de modo que se altera la carga probatoria al momento de impugnar el acto, siendo carga del peticionario demostrar algún vicio en el acto.⁹⁸ Es importante señalar que como actividad de un órgano del estado cuya finalidad es el bien común, el CEM adquiere este beneficio, con el fin de facilitar su ejecución, sin que ello obste a la posibilidad de revisión del acto. Para ello no solo hay una institucionalidad jerárquica de la administración, sino que también hay una serie de procedimientos judiciales en que se puede recurrir una decisión ilegítima, cabiendo la

⁹⁶García T., José (1986) p. 145.

⁹⁷ Aguerrea M., Pedro (2004), p. 45-50.

⁹⁸ Sobre la actividad probatoria en los juicios de agua, Obando C., Iván (2013), p.227-228.

posibilidad de incoar alguno de los recursos contemplados en el Código de Aguas para tales efectos.⁹⁹

En cuanto a la exigibilidad del acto administrativo, el CEM al ser impuesto por un órgano de la administración es imperativo desde el momento en que el acto nace. En efecto, para el titular del DAA la obligación impuesta por el CEM no es facultativa, recordemos que el caudal se impone por un acto administrativo unilateral, la única manifestación de voluntad del titular del DAA en el traslado es la que requiere aceptar los caudales otorgados, en el evento de que no haya disponibilidad de recursos, y que esta se refiere a la extinción de los derechos, no a la imposición de las cargas.

En cuanto al momento de ejecución del acto, estos causan ejecutoria y producen efectos desde la notificación según el artículo 51 ley 19.880, aquí hay un punto importante de examinar, por cuanto la oportunidad para imponer el CEM y la de constituir el DAA son dos cosas distintas. En las constituciones de derechos de aprovechamiento hay un acto administrativo constitutivo, el que otorga la concesión y un acto administrativo declarativo, el que asigna el CEM. Mientras que en los traslados de ejercicio de derechos de aprovechamiento hay dos actos declarativos, el que declara el traslado del ejercicio y el que declara el CEM. Tanto para en la concesión como en el traslado se requiere un acto posterior para el ejercicio del derecho, que es la inscripción en el CBR, mientras que el CEM rige *in actum*, así lo ha sostenido el Tribunal Constitucional respecto de las regulaciones de condiciones para el ejercicio de concesiones sobre bienes nacionales de uso público.¹⁰⁰

Esto sucede porque el requisito de inscripción conservatoria es necesario para el nacimiento del derecho subjetivo, siendo el derecho un reflejo de la regulación concesional, sus modificaciones posteriores también deben inscribirse, luego el titular sólo podrá operar una vez cumplido este trámite. Mientras que la concesión y las condiciones que emanan de ella surgen efecto desde la publicación del acto administrativo, pues gozan del privilegio de ejecutoriedad.

En cuanto al efecto concreto del CEM, este genera sobre la situación jurídica que genera la concesión, un cambio de la regulación de la misma, estableciendo una modalidad para el ejercicio del derecho. En el ámbito del derecho subjetivo que emana de la concesión,

⁹⁹ Véase Muñoz Escudero, G (2013), p 214 y 217.

¹⁰⁰ TC ROL 2079-2011, considerando 28.

el CEM se concreta en un acto desfavorable para el titular del DAA pues impone una carga para el ejercicio del Derecho, para la administración impone una obligación.

Observemos que el artículo 52 de la ley 19.880 declara “Los actos administrativos no tendrán efecto retroactivo, salvo cuando produzcan consecuencias favorables para los interesados y no lesionen derechos de terceros”, el CEM no es retroactivo toda vez que surge solo en las concesiones creadas con posterioridad a la reforma de 2005, o que hayan estado en tramitación a la fecha de publicación de la ley 20.017, esto implica que los efectos desfavorables para el titular surgen con posterioridad. En el siguiente capítulo veremos que no hay un efecto retroactivo del acto administrativo en el Traslado, pues se trata de regulaciones que rigen hacia el futuro y no hacia el pasado.

vii.- Características.

De lo discutido en este capítulo podemos extraer un contenido mínimo del CEM, que radica en una *“modalidad en la concesión administrativa que importa la determinación de un volumen de agua, que transcurre a cierta velocidad por un punto definido, cuyo valor determinaría el mínimo necesario para la preservación del cauce y la conservación de los ecosistemas naturales que con él se interrelacionan, constituyendo un límite para el ejercicio de los derechos de aprovechamiento”*. Pudiendo además definir las características particulares de nuestro modelo, para evidencia por qué es aplicable en los Traslados.

1.- Es una potestad atribuida a la Dirección General de Aguas.

Hemos revisado una serie de disposiciones a nivel constitucional, legal y reglamentario que invisten a la DGA con esta potencia. En particular analizamos como el artículo 129 bis 1 del Código de Aguas positivó la atribución con un sentido imperativo para la repartición. Eliminando la discrecionalidad de la administración para establecer la condición, al configurarla como una obligación que debe ser ejercida al momento de constituir los derechos de aprovechamiento, con el propósito de cumplir con su deber de velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medioambiente.¹⁰¹

También asentamos, que el momento procesal dispuesto en el artículo 129 bis 1, no es la única oportunidad para establecerlo, ya que los deberes de preservación y protección del recurso hídrico, son un continuo en el actuar del organismo, los que ordenados por la

¹⁰¹ CGR Dictamen N° 050065 de 06 de julio de 2016 y N° 094551 de 04 diciembre de 2014, N° 71458/2009, y N° 9755/2013.

legislación ambiental, se han insertado en la estructura de la legislación sectorial, y que además, se derivan de la propia Constitución Política en su artículo 19 n°8, estableciéndose así, implícitamente la potestad de ejecutar este instrumento, en otros procedimientos que alteren el título concesional.

2.- Se impone en el contexto de un título concesional.

La resolución que emite la Dirección General de Aguas es un acto de autoridad o administrativo que da origen a una especie de concesión administrativa que otorga al titular del derecho administrativo, la facultad de extracción y explotación de un bien nacional de uso público, conforme a las características establecidas en ese título.¹⁰² El CEM es accesorio al derecho de aprovechamiento que nace de tal concesión, lo que quiere decir que está sujeto a la suerte de aquel, que viene a constituir la plataforma en la cual opera la condición, sin la cual no puede subsistir.

Esto no se refiere exclusivamente al documento que contiene la concesión administrativa originaria, sino a cualquier título que determine el régimen que rige la relación concesional, este puede ser tanto en el acto que reconoció un derecho preexistente, el acto que dio nacimiento a la concesión, o el acto que modifica las condiciones de ejercicio del derecho subjetivo; debido a que este requisito esencial para imponer una condición para el ejercicio del derecho, versa exclusivamente sobre existencia de aquel derecho, es decir de la concesión administrativa que lo regula, nada dice sobre la necesidad de que se conciba en el mismo acto que la concesión, de ahí el carácter accesorio del CEM.

3.- Constituye una condición habilitante.

El CEM es dispuesto como cláusula en la Resolución Administrativa bajo la cual se permite la explotación del recurso, de esta manera constituye una condición sine qua non para que el titular ejercite el derecho que emana de tal acto administrativo. Así lo ha señalado la doctrina nacional como internacional, respecto de las concesiones sobre bienes demaniales.¹⁰³ Siendo el CEM una de las condiciones para el ejercicio del DAA, se debe considerar como parte del título habilitante para el ejercicio del derecho.

En cuanto a esta característica, debemos observar que parte de la doctrina nacional considera que el CEM constituye solamente una potestad ablativa de las facultades del titular del DAA y no una condición habilitante propiamente tal.¹⁰⁴ Consideramos que este

¹⁰² García de Enterría y Fernández (1986), p.133 y ss.

¹⁰³ Rojas C., Christian (2016), p. 115.

¹⁰⁴ Rojas C., Christian (2016), p. 170.

planteamiento es errado, ya que para arribar a esa conclusión, tendríamos que referirnos al DAA solo en su faceta de derecho subjetivo, en que efectivamente se observa un efecto limitativo, pero obviar que en la otra cara del DAA hay concesión administrativa, nos llevaría a omitir los efectos sobre el marco regulatorio que implica el CEM en la concesión.

4.- Es una técnica de protección del Agua.

Este instrumento exige una intervención del hombre mediante la que se determina a cuánto ascienden la cuantía de la corriente mínima y cómo se asegurará su preservación. O sea, se asume que el caudal mínimo es una fracción artificial determinada por la DGA, cuya finalidad es evitar el agotamiento del recurso hídrico por efecto de la intervención humana, mediante un sistema complejo que toma en cuenta las estadísticas hidrológicas de cada cauce para primero designar el valor mínimo necesario para su conservación y luego imponerlo como obligación al titular de derechos de extracción del recurso.

Esta apreciación no menor pues, considerando la variedad de fuentes hídricas corrientes y las particularidades de cada una de ellas, no toda fuente de agua requerirá el mismo caudal para su conservación y la de su ecosistema, huelga decir que un río en la zona norte del país requiere una fracción mayor de su corriente para mantenerse que uno de la zona sur; razón por la que hay un grado de discrecionalidad inherente al servicio bastante amplio, en este sentido la Contraloría ha exigido una estadística de cada fuente hídrica dictada por la Administración, a fin de acotar dicha discrecionalidad.¹⁰⁵ No obstante, en cada sección de la fuente el CEM es diferente, por lo que el CEM se debe estimar caso a caso según el punto del cauce en que se mida.

5.- Es un instrumento de gestión ambiental.

A esta característica nos hemos referido en detalle, sostenemos que la consideración ambiental del CEM es un fundamento para su aplicación, y además un elemento interpretativo para determinar la extensión y límites del dispositivo, en este sentido esbozamos como se aplican los principios de sustentabilidad, prevención y precaución, para la determinación de su valor.

En este sentido una conciencia ambiental más acabada inevitablemente profundizará en la sustentabilidad de los recursos naturales, y la conciliación con las actividades productivas. En el mismo orden de ideas, hemos sostenido que CEM constituye un freno a la explotación descontrolada del Agua que tiene efectos perjudiciales sobre el medio ambiente y

¹⁰⁵ Prieto y Puelma (2014), p. 400

opuestos al interés público. Al respecto, consideramos que el titular de un DAA ha de alinearse con los deberes de protección y conservación del agua, evitando que la extracción del recurso implique su extinción o la del ecosistema que subsiste en torno él. Por ello es plausible exigir del titular de un DAA que se sujete a un CEM, sea que la imposición se haya constituido junto al derecho o producto de una modificación posterior de su concesión.

6.- Solamente se dispone en los cursos de aguas superficiales naturales.

El CEM no considera los flujos de aguas subterráneas, ni tampoco la interrelación entre uno y otro tipo de escurrimiento. La separación entre agua superficial y subterránea es una ficción que sólo nace para el derecho, en la naturaleza un sistema hidrológico constituye una unidad, siendo las aguas superficiales y subterráneas dos caras de la misma moneda. Pese a ello el CEM se ideó específicamente respecto de los cauces superficiales, siendo unánimemente rechazada la moción que pretendía extenderla a los cauces subterráneos.

En este mismo sentido el CEM, sólo se aplica a los cauces naturales y no a los que han sido creados por el artificio del hombre, como los canales de riego o de descarga. Es por ello, que este tipo de dispositivo debe ser interpretado con mayor precaución, puesto que los bienes jurídicos en juego se relacionan íntimamente con el medioambiente.

7.- Constituye una restricción o limitación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.

El CEM es un acto administrativo de gravamen, pues tiene como efecto restringir o limitar los derechos o ventajas jurídicas que disfruta un particular.¹⁰⁶ Sin embargo sus efectos sólo se producen de manera eventual, para el caso que la cantidad de agua circulante en la fuente sea inferior a la suma del caudal ecológico mínimo y del caudal otorgado, siendo este el único caso en el que el titular del derecho se verá impedido de ejercer el DAA, debiendo reducir su extracción. Importa una limitación del derecho por que restringe las facultades de uso y goce del titular sobre el derecho de aprovechamiento, e impone una obligación en favor de terceros, que es la de dejar pasar una corriente de agua.

8.- No puede constituir una privación al ejercicio de los derechos de aprovechamiento.

Puesto que no despoja al titular de su derecho de propiedad, sino que sólo determina las reglas a que debe ajustarse para el ejercicio de este. No significa una privación del mismo, pues no se extingue el derecho de aprovechamiento, ni se cercenan las atribuciones del

¹⁰⁶ Muñoz M., Santiago (2012), p. 37.

dominio hasta hacerse irreconocible, muy por el contrario, se trata de una restricción temporal que deriva de la función social de la propiedad o directamente del carácter público del bien.

9.- No restringe los usos no extractivos del recurso hídrico.

A diferencia de otros tipos de caudales ambientales, el CEM no estudia la calidad de las aguas, sino sólo el volumen y velocidad de la misma. Por ello no obsta a que se desarrollen actividades que no alteren el flujo del agua, como deportes acuáticos o actividades recreacionales que se aprovechan del valor escénico que se dan en la fuente de agua.

10.- No afecta la libre adquisición de bienes.

El Caudal Mínimo Ecológico también puede ser considerado una porción del agua que corre por el río, dado que este bien no es apropiable, es imposible que el CEM afecte la libre adquisición de los bienes, tampoco es posible que afecte la libre adquisición de los derechos de aprovechamiento, puesto que aquellos se conceden una vez verificada la disponibilidad de agua en los cauces, y el CEM se asigna al DAA sólo una vez este se haya concedido.

II.- El CEM establecido en los Traslados.

Tras el análisis del Caudal Mínimo Ecológico, corresponde ver como este dispositivo se inserta en los procedimientos de Traslado del ejercicio de los DAA y los problemas que provoca la interpretación de la DGA en este supuesto. En este capítulo analizaremos el Traslado como autorización administrativa, luego expondremos sistemáticamente las conclusiones de la primera parte y argumentaremos en favor de la aplicación del CEM en la resolución que autoriza estos Traslados, finalmente expondremos algunos argumentos que se han invocado para rechazar nuestra postura y daremos algunos motivos por los cuales descartar tales fundamentos.

i.- El Traslado.

Para ello primero nos referiremos brevemente al Traslado, ya que hemos dado varios avances de este procedimiento el capítulo anterior.

1. Definición

El artículo 163 del Código de Agua dispone que:

“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.

Si la solicitud fuera legalmente procedente, no se afectan derechos de terceros y existe disponibilidad del recurso en el nuevo punto de captación, la Dirección General de Aguas deberá autorizar el traslado.”

Nuevamente nos encontramos con un vacío legal en el Código de Aguas, no hay una definición que se refiera al traslado, tampoco encontramos en esta ley alguna referencia o descripción que nos permita entender en que consiste el Traslado del Ejercicio del Derecho, para ello debemos recurrir al Manual de Procedimientos DARH SIT 156, instrumento que se refiere a los traslados como:

“Procedimiento por medio del cual se obtiene la autorización de la Dirección General de Aguas, para el traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas en cauces naturales, es decir, el traslado del punto de captación y/o restitución en aguas superficiales.

El traslado del ejercicio que se solicita, puede ser un traslado total o un traslado parcial del derecho original.”¹⁰⁷

A partir de las normas citadas, podemos decir que el Traslado se refiere a la solicitud, el procedimiento y la autorización por la cual se modifica el punto geográfico en que se realiza la explotación del recurso hídrico.

2.- Estructura

En cuanto a la estructura de la resolución que recae sobre el traslado podemos decir que se trata de un acto administrativo que permite modificar las condiciones de ejercicio de una concesión, en este aspecto no se trata de una autorización de funcionamiento sino un más bien de un simple permiso que opera sobre el régimen concesional, tratándose por tanto de un acto meramente declarativo.

¹⁰⁷ Manual DARH SIT 156, Res. DGA N° 3504. De 17 de diciembre de 2008. Cap. 5.2.1, p 62

3.- Requisitos

En cuanto a los elementos esenciales del traslado, tenemos cinco elementos objetivos que lo definen, los tres primeros dicen relación con el régimen concesional, y los últimos dos se refieren a los terceros y a la fuente.

Primero lo fundamental de este tipo de procedimiento, es que se realiza sobre una concesión previamente constituida, por tanto, habiendo un derecho subjetivo preexistente, que es la condición primordial para que su titular lo solicite, con el fin de modificar las condiciones con que el derecho administrativo se ejercita. En este aspecto es importante acotar que este procede sólo respecto de las concesiones erigidas sobre los cauces naturales, que son precisamente aquellos que son objeto de protección ambiental en los que la DGA tiene mayor injerencia.

El segundo requisito esencial de este tipo de acto es el objeto de producir un cambio de posición geográfica del punto en que se realiza la captación o extracción del recurso hídrico, este cambio puede ser parcial o total, pero a ello nos referiremos más adelante.

En tercer lugar, un elemento esencial de este procedimiento es que dicho cambio de posición, se realice dentro de una misma cuenca hidrográfica.¹⁰⁸ Este requisito no se desprende de la lectura del artículo 163, sino que para dilucidarlo, debemos contraponer el Traslado con el acto comprendido en los artículos 158 a 162 del Código de Aguas, denominado “cambio de fuente de abastecimiento”, el que también tiene por objeto modificar las condiciones de la concesión administrativa, pero en un sentido mucho más radical que el simple Traslado del ejercicio, ya que permite la posibilidad de trasladar el ejercicio de un derecho de aprovechamiento a un sector hidrológico a otro distinto.¹⁰⁹ No analizaremos este caso en detalle pues se extendería fuera de los límites de este ensayo, sin embargo, cabe decir que si consideramos que este procedimiento mantiene la concesión, modificando sólo algunos aspectos del régimen aplicable, entonces, constituye otro título en que se gatillaría Potestad de la DGA, procediendo la estimación de un DAA, sin perjuicio de las demás condiciones que se exijan en la ley para el caso particular.

¹⁰⁸ El concepto de cuenca hidrográfica no se define en el CA, pero es recogido en el artículo 3°, bajo el principio de unidad de corriente reconocido a nivel doctrinal y jurisprudencial. Ossandón, Jorge (2012), p.195.

¹⁰⁹ Ver, artículos 158 y siguientes del Código de Aguas y Artículo 43 de la Resolución D.G.A. N° 425 de 2007.

En cuarto lugar, se debe procurar que no haya afectación de derechos terceros, es decir que el traslado no se superponga con otros titulares de derechos, que ejerzan sus derechos en ese segmento de la fuente, o que no entorpezca los derechos aguas abajo.

Por último, debe haber disponibilidad hídrica en el nuevo punto de captación, lo que parece evidente, pero que debe entenderse con cierta reserva, porque el término disponibilidad hídrica no es un hecho físico, sino un concepto jurídico indeterminado, que faculta a la DGA para estimar el caudal que es posible otorgar en la fuente o segmento de la fuente¹¹⁰.

4.- Efectos

El efecto propio de un Traslado es la habilitación del titular de un derecho de aprovechamiento, para extraer o devolver las aguas extraídas en un punto distinto del originalmente definido.

La cantidad de casos que pueden surgir de esta solicitud es muy alta, ya que los DAA pueden ser constituidos con uno o más puntos de captación, cada uno de los cuales debe contar con un caudal determinado de extracción, lo que quiere decir que si tenemos un DAA con un único punto de captación, podemos realizar un traslado total o parcial de su ejercicio, mediante uno o más puntos de captación distintos, en el caso del que se trate de un traslado parcial, el resto del caudal que no es trasladado se puede conservar en el punto de captación original o renunciarse. Por otra parte, si el derecho de aprovechamiento originario consideraba dos o más puntos de captación, se podrá realizar el traslado de uno, varios o todos ellos, en cada uno por la totalidad o por una parte del caudal, pudiendo pedirse un sólo nuevo punto de captación o varios para cada caso. Finalmente, si se trata de un derecho de carácter no consuntivo, también se puede trasladar los puntos de restitución del agua, multiplicándose las operaciones posibles. En todos estos casos, la solicitud de Traslado procura generar un acto jurídico administrativo que tendrá efectos en ambas facetas del derecho de aprovechamiento.

Como ya mencionamos previamente, en el plano de la concesión administrativa el Traslado implica una modificación del régimen jurídico que se estableció para la extracción del agua, no habiendo una nueva concesión, sino que sólo una modificación del acto administrativo originario, especificándose las modalidades y condiciones de aprovechamiento del recurso. En este sentido no existiría un nuevo procedimiento concesional, sino sólo una

¹¹⁰ Ossandón R., Jorge (2012) p..203.

especificación de la concesión originaria, con el objetivo de insertar una modificación del estatuto que rige el aprovechamiento de las aguas. El título originario del derecho también sigue siendo el mismo, ya que no es el traslado el que autoriza la extracción sino la constitución del derecho de aprovechamiento, en tal caso el traslado solo viene a establecer nuevas condiciones de uso del bien. Lo que existe en el fondo es el ejercicio de una facultad explícita de la DGA para modificar el título concesionario a solicitud del titular.

En el plano del derecho real administrativo tampoco podemos decir que se generen nuevos derechos subjetivos¹¹¹, toda vez que, no hay una manifestación de voluntad del titular o de la administración de constituir un nuevo derecho ni tampoco una voluntad de terminar la existencia del derecho originario.¹¹² En efecto, el propio concepto de traslado implícitamente denuncia la resiliencia del derecho existente, puesto que trasladar una cosa significa cambiarla de lugar y no mutarla, es más la disposición ni siquiera se refiere al derecho mismo, sino que sólo a su ejercicio, por lo que tampoco podríamos suponer que hay una voluntad del legislador de que se creen y extingan nuevos derechos. Lo que ocurre es que las modalidades en que se ejerce el derecho sufren cambios, tales cambios pueden ser la división del caudal, la creación de nuevos puntos de captación o de restitución del agua, o el desplazamiento del punto de captación originario; además a estas alteraciones también pueden adicionarse otras provenientes de actos del titular, como anteriores o posteriores cambios de titularidad llevados a cabo por la transferencia de una parte o de la totalidad del caudal.

Aquí, es radicalmente importante entender que la fragmentación de la concesión no se colige la extinción del derecho subjetivo,¹¹³ pues no hay una voluntad de por medio que así lo disponga, tampoco hay una afectación a la esencia del derecho de la que se pueda sostener una desnaturalización del mismo, pues lo esencial del derecho de aprovechamiento como derecho subjetivo, es la facultad para extraer y usar el agua, lo que en este caso sigue ocurriendo, de modo que no hay una pérdida de identidad entre el derecho originario. En efecto el concepto de fragmento es una parte de un todo, así si observamos que el derecho real administrativo originario puede ser fragmentado y que los derechos resultantes son partes de él, es fácil entender como manteniéndose la misma concesión administrativa que da origen a

¹¹¹Entendiendo que la disposición se refiere a derechos originarios, pues si consideráramos un simple cambio de titularidad, cualquier transferencia del derecho permitiría la imposición del CEM, por ello debe haber una extinción absoluta y no relativa del derecho primitivo. Peñailillo A., Daniel (2006), p 155.

¹¹² En este aspecto, las causales de terminación de los actos administrativos son taxativas, invalidación, anulación, retiro, decaimiento y caducidad del acto. Madariaga G., Mónica (1993) p. 98 – 107.

¹¹³ Así mismo lo ha entendido la Contraloría General de la República en su dictamen N°30.587 del 22 de agosto de 2017.

un único derecho de aprovechamiento pueden surgir diversas formas para su ejercicio. Las que por cierto deben ser reguladas en el título concesional, ya sea el por el acto administrativo original, léase la constitución o reconocimiento del derecho de aprovechamiento, o por un acto administrativo posterior que lo modifique, léase el traslado del ejercicio del derecho.

No obstante, dicho lo anterior, si existe una posibilidad que del Traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento, haya una extinción del derecho primitivo, es el caso particular en que por no haber caudales disponibles en la fuente, para poder realizar esta operación el solicitante deba renunciar a una parte de su derecho, en tal caso y sólo en ese caso, concurriría una voluntad de extinguir el derecho originario, al menos en la parte que se renuncie. Pero ha de notarse que este efecto no proviene del Traslado de ejercicio por sí solo, sino directamente de la carta de renuncia a caudales que debe suscribir el solicitante. Cabe señalar que en este procedimiento no se restringe o limita el derecho subjetivo del titular de la concesión, pues dicho derecho nunca existió con las características que ahora solicita el titular, quien siempre queda resguardado mediante la posibilidad de retractarse del Traslado, conservando derecho de aprovechamiento en las condiciones que señala la concesión que le dio origen.

ii.- Un DAA sometido a Traslado no es un “nuevo derecho”.

Daremos cuenta que hay una diferencia sustancial entre el término “nuevo derecho” que se exige en la disposición que configura el CEM, y el resultado del procedimiento de un Traslado de ejercicio del DAA, sosteniendo que este último en ningún caso puede ser entendido como tal en el sentido estricto que sugiere el artículo 129 bis 1

1.- La interpretación de la DGA.

El principal problema de la interpretación que hace la DGA para aplicar el CEM, es considerar que el resultado de una solicitud de Traslado de ejercicio de aprovechamiento es un acto administrativo que constituye un derecho nuevo y distinto del que poseía el titular al iniciar la solicitud, o que los efectos que emanan de este Traslado son lo suficientemente importantes para que se pueda considerar que este cambio genera el “nuevo derecho” a que se refiere el artículo 129 bis 1. Ya que en ambos casos se omite el verdadero motivo que faculta a la DGA para imponer el CEM, que radican en la modificación de un efecto de la naturaleza del DAA que constituye una variable ecológica fundamental para el CEM, y no en la cualidad de “nuevo” que tenga o no el DAA.

La interpretación de la DGA surge de un tipo particular de Traslado, aquel en que el titular del derecho de aprovechamiento fracciona el caudal que posee, trasladando el ejercicio de sólo una parte de él, y generándose lo que se han denominado puntos alternativos de captación. Lo que lleva a la imagen de la existencia de dos derechos distintos en un mismo título concesional, pues en el punto de captación originario quedaría el derecho constituido con anterioridad a la reforma del 2005, cuyas condiciones de uso se ven inalteradas salvo en cuanto a la reducción de caudal en una cuantía equivalente a la del ejercicio que surge en el punto de captación trasladado, el cual nacería como un derecho nuevo con características propias y condiciones particulares para su ejercicio. Posteriormente las consecuencias de este malentendido se han extrapolado a los demás tipos de traslados, en los que, no habiendo puntos alternativos, pareciera que con el solo hecho de cambiar la zona en que se realiza ejercicio surge la necesidad de tratárselo como un derecho nuevo.

Con todo la Dirección General de Aguas reconoce que la alteración de las condiciones de extracción que se genera con la inserción del CEM puede afectar el derecho de propiedad del solicitante, al disminuir el caudal real de extracción del que dispone. Por ello, antes de emitir la resolución que modifica las condiciones de ejercicio del derecho, emite un auto denominado “ofrecimiento de caudales”¹¹⁴ mediante el cual informa y luego solicita la aceptación del titular, respecto de las nuevas condiciones impuestas para el ejercicio del derecho en el nuevo punto solicitado por el titular. Es necesario considerar que este ofrecimiento no es una práctica exclusiva para el traslado, sino que también se realiza en los procedimientos de constitución de DAA de aguas subterráneas y superficiales.

De aceptarse tales condiciones, se procede a emitir la resolución que autoriza el traslado, al contrario, en caso de que el titular no esté conforme con el ofrecimiento que hace la administración, la DGA denegará la petición. Por cierto, el titular en el plazo de 30 días hábiles que se le concede para aceptar o rechazar la propuesta, puede presentar sus descargos ante la entidad que emitió el ofrecimiento, a fin de que evalúe nuevamente la disponibilidad de caudales y rectifique el ofrecimiento, en cuyo caso, por supuesto será el requirente quien deberá fundamentar la existencia de mayores caudales o la improcedencia de imposición de nuevas condiciones.

Cabe mencionar que la resolución que acepta o rechaza el Traslado también es recurrible, por vía de reconsideración ante el mismo ente para que lo revise el superior

¹¹⁴ Manual DARH SIT 156 2008, Cap. 5.2.6, p. 68.

jerárquico, el nivel central de la DGA (art. 136 CA), o de reclamación ante la Corte de Apelaciones competente, que es la que corresponde a la del territorio jurisdiccional de la dirección que conoció en primer grado el Traslado, esto es la DGA Regional (art. 137 CA), de manera que la arbitrariedad de la decisión administrativa se ve siempre contenida por la posibilidad de revisión judicial.

Como vemos, si bien el mecanismo que utiliza la DGA, contempla los resguardos legales y constitucionales adecuados para el tipo de decisión que se toma. Ponderado por un lado los intereses del solicitante y por otro el resguardo los derechos de terceros, estableciendo para ello un proceso público con los correspondientes mecanismos recursivos, y que por otro lado, la solución a la que llega se corresponde con los deberes de protección del Medio Ambiente, falla en un elemento esencial para la dogmática del derecho administrativo, que surge de la errada interpretación de la norma habilitante para ejercer la potestad de modificar y adecuar las condiciones de la concesión administrativa.

Forzar la extensión del concepto de nuevo derecho a partir de los traslados con puntos alternativos, no solo desvirtúa el concepto de nuevo derecho que utilizó el legislador al concebir el caudal mínimo ecológico, sino que además encubre el verdadero origen de la atribución de la DGA para imponer el CEM, el cual a nuestro juicio es el cambio de condiciones de la concesión que solicita el propio titular.

2.- El problema de esta solución.

De aceptar la solución que propone el organismo administrativo, habría que aceptar que existe una forma distinta de generar nuevos derechos a las establecidas en el artículo 20° del Código de Aguas, referida al acto de autoridad originario que otorga concesión administrativa, y lo reconocidos y regularizados mediante los procedimientos establecidos en los artículos transitorios 1, 2 y 5 del mismo cuerpo legal.

Sostener que un traslado del ejercicio de un derecho de aprovechamiento es una forma distinta de generar un nuevo derecho, nos llevaría al absurdo de entender que el procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento reglado en el artículo 140 del Código de Aguas y el procedimiento de Traslado de Ejercicios regulado en el artículo 163 del mismo cuerpo legal, tienen el mismo objeto o los mismos efectos, lo que implicaría considerar la existencia de una redundancia normativa, idea que va en contra el principio de deferencia

hacia el legislador, según el cual la norma se debe leer de manera que maximice su aplicación evitando contradicciones y redundancias.¹¹⁵

Es más, si consideráramos la posibilidad de que esta situación sea efectivamente una equivocación del legislador, despojaríamos de todo valor al derecho de aprovechamiento necesario para iniciar la solicitud de traslado, pues de ser lo mismo la constitución de un nuevo derecho de aprovechamiento a la modificación de uno antiguo, el único efecto del título preexistente sería constituir un requisito mayor para el Traslado.

Nótese qué en este aspecto, es lo mismo sostener que producto del Traslado se genera un nuevo derecho, a sostener que, no naciendo nuevos derechos, los efectos de este procedimiento sean idénticos a los que generaría un derecho nuevo, puesto que, tramitándose ambos procedimientos conforme al título II del CA, la única diferencia que quedaría entre ellos sería la existencia de ese título previo.

Si se quisiera salvar esta diferencia, podría argumentarse que el título preexistente da algún beneficio en la tramitación dentro del procedimiento del título II del CA, tal podría ser la liberación de la carga de verificar la disponibilidad hídrica para el peticionario (pues habría al menos la disponibilidad del caudal que es liberado en el punto antiguo), o el haberse estimado previamente las condiciones ambientales para la extracción de ese caudal, quedando salvaguardada la integridad ecológica de la fuente en el nuevo punto de captación, pues se reintegraría un caudal que no existía (el extraído en el antiguo punto). Sin embargo, este razonamiento incurre en un grave error, ya que la continuidad del caudal en la fuente es una ficción legal, que en la realidad rara vez ocurre, debiéndose medir la disponibilidad de recursos en el punto exacto de extracción. Lo mismo podemos afirmar del CEM, ya que las condiciones de sustentabilidad del cauce tampoco son constantes en toda la sección de la fuente, sino que varían según el lugar en que se midan.

Este es el argumento esencial para fundamentar la potestad de la DGA para imponer una nueva carga al DAA, el hecho de que el Traslado modifique un elemento esencial para la definición del CEM.

3.- Hay un cambio esencial en las condiciones de establecimiento del CEM.

Nuestra tesis es que la atribución de la DGA nace del cambio de condiciones o características que provoca el solicitante mediante un acto voluntario, y no del hecho que el

¹¹⁵ Silva G., María (2014), p. 145.

resultado del Traslado origine un derecho distinto, o que los efectos del traslado deban tratarse como los de un derecho nuevo. Por el contrario, este último es un efecto y no una causa, de lo que ocurre en el Traslado.

En el fondo sostenemos que es irrelevante la configuración del título posterior al Traslado, lo relevante es la solicitud de modificación del mismo título, es el hecho esencial que autoriza la reevaluación de las condiciones que se configuran en él. Puesto que estos cambios de condiciones no sólo alteran el estatuto regulatorio de la concesión, sino que afectan un elemento esencial de la condición que habilita el derecho de aprovechamiento. Lo que ocurre porque la posición geográfica en que se ejerce el derecho de aprovechamiento es un efecto de la naturaleza del DAA, mientras que, para el Traslado y para el Caudal Ecológico Mínimo, la posición georreferenciada en que se mide es un elemento de la esencia.

En este aspecto es interesante observar la Resolución exenta de DGA de la Araucanía N°295, de 16 de abril de 2014, que viene a rectificar la Resolución N°98 de 03 de febrero de 2014, que autorizaba el Traslado de un DAA sobre el río Curacalco en la provincia de Cautín. Esta resolución complementaba la anterior, al agregar el CEM que se había omitido debido a un error involuntario en el acto concesional, pese a que el mentado instrumento había sido considerado en el informe técnico N°527 de 05 de diciembre de 2013, efectuado por la misma repartición regional.

En aquel informe recomendaba la implementación del CEM en el Traslado, fundándolo en que la legislación anterior al Código de Aguas consideraba como requisito previo a la constitución de una merced de aguas, la aprobación y la construcción de la obra de captación correspondiente, por lo que los derechos existentes ubicados aguas arriba de una estación fluviométrica ya se encontraban descontados de la medición de aquella estación, ergo, las mediciones realizadas el 2011 como correlativo del estudio de cuencas hidrográficas de la región, (de la que se saca la estadística hidrológica utilizable para determinar el caudal disponible y el CEM), no consideran los caudales que se extraerán aguas debajo de la estación; luego interpretando que la finalidad del información estadística es que se refleje el comportamiento actual del sistema, concluye que es necesario mantener la estadística hidrológica entre los años 1980 y 2010 para realizar un nuevo cálculo del CEM en el nuevo punto de captación del agua, del que se arrojan caudales distribuidos mensualmente, según las estaciones de lluvia.¹¹⁶ Es decir, que lo fundamental para el cálculo del CEM es el aforo en

¹¹⁶ Informe Técnico N°527 DGA Araucanía, de 5 de diciembre de 2013, p. 7-8.

el nuevo punto que introducía el Traslado, no siendo posible sostener que el caudal liberado en el punto original es suficiente para responder a los deberes ambientales que impone esta institución.

En este mismo sentido la Corte Suprema ha considerado legítima la imposición del Caudal Ecológico Mínimo en Traslados, por cuanto “la procedencia de la autorización, claro está, dice relación con el caudal del acuífero respectivo, respecto del cual se quiere constituir un nuevo punto de captación, toda vez que el derecho de aprovechamiento, según el artículo 16 del Código de Aguas, se constituye como principio en fuentes de abastecimiento no agotadas. Por tanto, la disponibilidad del recurso puede ser distinta, tanto en lo que se refiere a la constitución del derecho en su origen, como también cuando se quiera trasladar el ejercicio de tal derecho. En tales supuestos las facultades del órgano involucrado se activan en la determinación del caudal solicitado el que se puede otorgar, ahora con la prevención de considerar por razones de preservación de la naturaleza y protección del medio ambiente, un porcentaje ecológico que permita disponer racionalmente del uso del recurso el que por sí es escaso;”¹¹⁷.

iii.- La potestad implícita de la Administración.

Habiendo establecido que la modificación que sufre el título concesional al someterse a traslado, no configura el carácter de “nuevo derecho” que genera la obligación de la DGA de aplicar el artículo 129 bis1, cabe volver a las disposiciones de la administración que permite actuar fuera del marco que impone esa disposición.

Como hemos visto para sostener la existencia de una potestad de la administración para asignar Caudales Ambientales en procedimientos distintos a los destinados a constituir un nuevo derecho de aprovechamiento es necesario recurrir a los antiguos argumentos esgrimidos por la DGA y ratificados por los tribunales de justicia. La base fundamental de estas argumentaciones consiste en rechazar la necesidad de una potestad literalmente especificada que faculte la actuación del organismo público, y defender la existencia de un deber de actuación lo suficientemente reglado en el derecho positivo para identificar la potestad implícita como mecanismo para solventar dicho derecho.

¹¹⁷ Considerando décimo, CS ROL:9654/2009, en Microjuris MJJ32165.

1.- Los mandatos Constitucionales

Constitucionalmente, en el artículo 19 n°8 de la Carta Fundamental, la Nación ha reconocido un deber general del Estado de velar por la preservación de la naturaleza, para lo cual se ha permitido establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades, mediante su función legislativa. Por otro lado, el constituyente ha ordenado a las otras dos caras del Estado ajustar su actuar en pos de la concreción de estos deberes constitucionales, mediante el artículo 1° incisos cuarto de la Carta Fundamental, y en particular a los órganos de la administración del Estado mediante el artículo 5° inciso segundo de la Constitución. En este sentido se complementa la Potestad regulatoria del Estado con la Potestad ejecutiva, en la denominada autotutela declarativa que permitiría declarar el contenido de las relaciones jurídicas que traba con los particulares.¹¹⁸

En materia de Aguas, además se encuentra el reconocimiento tácito del agua como bien nacional de uso público a partir del artículo 19 N° 23, la doctrina ha señalado que respecto de tales bienes existe una especie de potestad conferida al Estado, para que estos bienes sean efectivamente destinados a los usos de interés público, la actividad extractiva ha sido regulada previa de *publicatio*, actuando como fundamento para el ejercicio de la Potestad Administrativa en materia concesional, sin la cual no se podría otorgar el aprovechamiento de tales bienes para el ejercicio de los particulares.¹¹⁹

Al respecto, la doctrina de aguas ha entendido que el modo de cumplir dicho objetivo es mediante marco básico de actuación que coordine e integre los diferentes usos del recurso hídrico, a lo que se le ha denominado planificación hidrológica de cuenca.¹²⁰ En este sentido, hay una posición más o menos asentada que el legislador chileno de 1981 ha otorgado un rol más bien pasivo a la administración pública hidráulica, separando las atribuciones para otorgar derechos, a lo que han denominado función de asignación y que queda en completamente en manos de la DGA, de las atribuciones de gestión de las aguas o de planificar la cuenca, a lo que se ha denominado función de administración, la que quedaría principalmente en manos de los particulares.¹²¹

¹¹⁸ Ferrada B., Juan (2007) p. 78-79

¹¹⁹ Montt Oyarzun, p. 15.

¹²⁰ Ha de notarse que este acto administrativo se exige únicamente respecto del uso privativo del bien nacional, pues el uso común "corresponde, en forma general y continua, a todos los habitantes de la República", art. 589 CC. Riquelme S., Carolina (2014), p-295-302.

¹²¹ Rojas Calderón, Christian (2011), p. 5.

Con ello se reconoce el débil campo de acción del organismo público, el que no sólo carece de discrecionalidad para dictar el acto concesional, para establecer algún tipo de prelación para el uso del recurso, para establecer condiciones de caducidad, de revisión o plazo, ni exigir alguna justificación para acceder al caudal.¹²² Sino que además carecería de las atribuciones para intervenir una vez otorgado un DAA, no pudiendo cobrarse algún impuesto o canon por el uso del derecho, y por cierto no pudiendo restringir los derechos una vez constituidos.

Por otra parte, dentro del bloque constitucional la literatura de aguas señala tímidamente la existencia de un derecho humano de acceso al agua, el que involucra el deber activo del Estado de mantener un acceso al suministro de agua necesaria para ejercer el derecho al agua, la libertad de no ser objeto de injerencias que afecte tal derecho, en las dos esferas de este derecho, el uso para el consumo e higiene o saneamiento. Quienes alegan la existencia de este derecho como deber para el Estado, lo invocan a partir de la suscripción de tratados y convenciones internacionales, principalmente asumido como miembro integrante de la ONU.¹²³ Desde esa perspectiva es invocable en virtud del artículo 19 N°1 inciso primero, 19N°3 inciso primero y 19 N°9 inciso primero. Pese a ello, reconocen igualmente la traba que impone el modelo chileno de gestión de las aguas, de carácter netamente privatista.¹²⁴

Al respecto, consideramos que, si es dable distinguir entre las potestades de otorgamiento y de planificación, también lo es respecto de las potestades de protección ambiental, las que teniendo un origen constitucional permean todas las instituciones del aparato público, estructurándose al igual que el derecho ambiental como criterios de decisión en la enunciación de actos administrativos. En este sentido hay quienes sostienen por ejemplo que “La Dirección General de Aguas (DGA) es un órgano de la administración que tiene atribuciones para regular el uso... del agua (recurso natural), estando habilitada para sumarse al MMA en exigir la presentación de planes de manejo.”¹²⁵

En este orden de ideas cabe recordar que el régimen jurídico aplicable a los bienes de dominio público tiene un carácter exorbitante del derecho común,¹²⁶ el que se manifiesta en tres áreas:

¹²² Rojas Calderón Christian (2016), p.150-193.

¹²³ Tapia Valencia, Felipe (2014), p.313

¹²⁴ Tapia Valencia, Felipe (2014), p. 319.

¹²⁵ Carrasco y Henríquez (2012), p.178.

¹²⁶ Fuentes, Jessica (2013), p. 417-418.

Primero, en el régimen de uso, que se refiere a la normativa que define la manera de acceder a estos bienes, ya sea en tanto uso común, al que tienen acceso todas las personas manifestándose como una injerencia temporal y anónima sobre el bien, sin requerimiento de título habilitante, sino que, sometido a los principios de libertad, igualdad y gratuidad, así como el acceso a las aguas, la libre navegabilidad, entre otras manifestaciones. Ya sea, en tanto uso privativo, esto es excluyendo al resto de las personas para hacer uso de él, mediante un acto específico de ocupación o aprovechamiento, y bajo las condiciones que la administración imponga en atención a la prosecución de un fin público. Precisamente, esta es la función de la DGA que la doctrina de aguas reconoce como la única que hay sobre él, pero aún con limitaciones.

Segundo, en el régimen de vecindad, relativo a las cargas recíprocas que impone el dominio público, a los propietarios privados de bienes contiguos al bien público, quienes se ven obligados a soportar diversas imposiciones como servidumbres a fin de facilitar el uso del bien. En derecho de aguas, estas prerrogativas se otorgan al titular del derecho de aprovechamiento para que acceda a él cómodamente, siendo una facultad reconocida y avalada.

Finalmente, en el régimen de protección, destinado a evitar el desmembramiento, la degradación y la usurpación de bienes del dominio público, lo que implica el principio de inalienabilidad y de vigilancia de estos bienes, y por cierto la obligación de la admiración de conservarlo y de impedir la ocupación sin título. Es este el aspecto exorbitante de la Potestad Administrativa que la doctrina pretende despojar de la DGA en el marco de los derechos de Aguas, a través de la invocación de una suerte de autorregulación atribuida a los usuarios de las aguas, por medio de las organizaciones de usuarios.¹²⁷ Esta postura nos parece irreconciliable con el ordenamiento vigente, estimamos que incluso de reconocer la facultad de autorregulación de los usuarios, esta, siempre se daría dentro de un marco regulado, puesto que se trata de actividades sobre bienes públicos, debiendo satisfacer estándares de protección de estos bienes semejantes a los que se sujeta la administración, nunca renunciándose a la supervigilancia del Estado.¹²⁸

¹²⁷ Véase Vergara B., Alejandro (2014) p. 325 y ss.

¹²⁸ Arrollo J., Luis (2008), p 31 y ss.

2.- Una cuestión de Legalidad

Hemos revisado como en virtud del mandato constitucional, el legislador ha establecido en los artículos 8 y siguientes de la ley 19.300, un mecanismo preventivo de gestión ambiental el SEIA, el que se funda en los principios de Sustentabilidad, Prevención y Precaución en la protección del medio ambiente. Con ocasión de dicho sistema el legislador ha distribuido Potestades a instituciones propiamente ambientales y a organismos sectoriales, las que deben orientarse a la concreción de las Políticas Ambientales imperantes, determinadas por el Ministerio de Medioambiente y los Órganos del Estado Competentes en materia sectorial. Dentro de aquellas las instauradas en los artículos 41 y 42 del citado cuerpo legal, atañen específicamente a las atribuciones en materia de gestión de recursos naturales, siendo un ejemplo de la Política Estatal en este ámbito.

Paralelamente, el legislador a otorgado Potestades a la Dirección General de Aguas para la asignación del recurso en los artículos 20, 22, 23 del CA, y para la distribución del mismo en el artículo 299 letras a y c, y en el artículo 300 del Código de Aguas, en consideración a que ha consignado como bien nacional de uso público en el artículo 5° del mismo código; Finalmente ha impuesto la Potestad de velar por la conservación del recurso natural y dispuesto instrumentos específico para su conclusión en el artículo 129 bis 1, 147 bis incisos 1° y 4°, 163- De este modo el derecho subjetivo reconocido como real administrativo defino en los artículos 6° inciso primero, 7°, 140 y 149 del CA, quedan bajo la supervigilancia de la DGA.

Como ya mencionamos, en el ámbito legal, una gran barrera de tope para considerar que la DGA actualmente tiene Potestades para modificar el CEM, ha sido la consideración de que este organismo fue concebido como una agencia con atribuciones y poderes de asignación del recurso hídrico, separando claramente las funciones de administración del mismo, las que a su vez se encuentran descentralizadas en juntas de vigilancias.¹²⁹ Hemos planteado que los deberes de protección del recurso son ordenados por vía constitucional, ahora, tales mandatos se concretan en ordenes legales de carácter general, que se han dispuestos en los artículos del Código de Agua recién citados, tales disposiciones no se deben interpretar de manera aislada sino que obedecen a un entramado legal que estatuye la Potestad de protección del recurso natural que debe seguir la DGA.

Un ejemplo que puede ilustrar este punto se dio a propósito de la utilización del caudal de Reserva como fundamento para la denegación parcial de derechos de aprovechamiento.

¹²⁹ Covarrubias C., Ignacio (2012), p.5

En este caso la Corte de Apelaciones de Santiago, sostuvo que “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 validos de protección y resguardo por parte de la autoridad, ellos deben encausarse 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 cualideo el sistema del caudal ecológico mínimo.”¹³⁰ Es decir, la Corte reconoce el dispositivo CEM, como un mecanismo dispuesto como vía para que la DGA persiga la protección del medio ambiente.

Por otra parte, se debe entender que la administración pública tiene la facultad de imponer cargas adicionales a las concesiones administrativas sobre bienes públicos, en virtud del cumplimiento del interés público, cargas que rigen *in actum*, y cuyos efectos se producen hacia el futuro. Un ejemplo de ello es lo que sucedió con la reforma de las leyes sobre construcción y conservación de caminos, llevada a cabo mediante la promulgación de la ley 19.474, de 1996, que mediante la modificación del artículo 41 del DS 294 de 1984 del Ministerio de Obras Públicas, definió que quien debía asumir los costos ocasionados por el cambio de las instalaciones ubicadas en la franja adyacentes a los caminos públicos (que son de dominio público), debía ser el propietario de las autorizaciones para establecer instalaciones en dichas franjas, obligándolo a soportar la carga del traslado del ejercicio de la concesión, a pesar de que el cambio se ocasionara a una decisión de la propia autoridad.¹³¹

A maiori ad minus, si es posible establecer una carga para el ejercicio de un derecho administrativo, con oportunidad del traslado del ejercicio de ese derecho, cuando el hecho que da pie a aquel traslado ha sido provocado por un acto ajeno al titular, entonces, es posible establecer una carga para el ejercicio, con oportunidad del traslado del mismo, cuando el hecho que da pie a dicha modificación es un acto provocado por el propio titular de la concesión.

En este sentido es importante destacar, la primacía del Caudal Ecológico Mínimo sobre el derecho de aprovechamiento, por aplicación del criterio de especialidad de las leyes. Como mencionamos en algún momento, desde la reforma de 1981 el estatuto de aguas quedo configurado bajo la piedra angular de las concesiones de aprovechamiento como título para la

¹³⁰ Véase Prieto y Puelma (2012), p. 389-392.

¹³¹ Véase TC-1992-2012.

explotación del bien público, en ese contexto se formula la norma contenida en el artículo 129 bis 1, que pasa a tener preponderancia respecto de toda la legislación concesional del derecho de aguas, puesto que ha sido diseñada como una limitación destinada a actuar sobre la concesión administrativa.

3.- Normativa de orden Reglamentario.

En cuanto a la potestad reglamentaria de la administración, vimos como ha sido la principal herramienta para el desarrollo del Caudal Mínimo Ecológico, desde 1992 se impartieron instrucciones para fijar criterios uniformes para la tramitación de solicitudes sometidas a la resolución de la Dirección, las que se materializaron en un manual de procedimientos, que fue continuamente actualizado, conforme la evolución del Derecho de Aguas. Hoy en día el El Manual de Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos SIT 156, de 2008, constituye una verdadera norma de base para la DGA.

En materia de CEM, no se ha limitado a la aplicación de las normas de orden legal, sino que ha venido a complementarlas llenando los vacíos que dejó el legislador. Entre los cuales se define el Caudal Ecológico Mínimo y los procedimientos en que procede su aplicación, entre los cuales por supuesto se encuentran los Traslados. Observemos que el Manual, sin embargo, es una regulación de carácter procesal, necesaria para el funcionamiento de la DGA.

Las normas para la estimación del CEM por otro lado se encuentran en el decreto N°14 de 22 de mayo de 2012, que vino a responder a las modificaciones que introdujo la ley 20.417, que delegó definitivamente la regulación del instrumento a las normas de orden administrativo.

Y que recoge la Resolución DGA N°240 de 2009, que había fijado criterios para la aplicación los CEM, a fin de acotar la discrecionalidad de la autoridad en la determinación del dispositivo, entre los cuales se encuentran los parámetros relativos al área aportante sobre el punto que corresponde resolver, las precipitaciones en dichas áreas, estimando factores para la distribución del CEM en los meses del año.

También hay otras normas a este nivel que han servido para perfeccionar la Potestad de la DGA, como la Minuta del Departamento de Conservación de Recursos Hídricos N°173 de 2009, que establece los lineamientos y criterios para pronunciamientos de la DGA en materia de CEM, en el marco del SEIA. En esta la DGA reconoce expresamente que las

atribuciones para establecer el CEM son distintas de las que tiene para establecer Caudales Ambientales en general.¹³²

En conclusión, es posible distinguir claramente la potestad del organismo sectorial en el marco concesional a las potestades atribuidas en consideración a su deber ambiental, siendo estas más generales que la impuesta en el artículo 129 bis 1, la que incluso podría ser considerada una especie dentro del género de atribuciones para establecer Caudales Ambientales.

iv.- Algunos argumentos contra la imposición del CEM en los Traslados.

Verificando la existencia de la Potestad de la DGA, para establecer Caudales Ambientales fuera del contexto del procedimiento concesional, cabe despejar algunos razonamientos que se han invocado para rechazar esta postura.

1.- Crítica contra la Seguridad Jurídica y la confianza legítima

Uno de los argumentos invocados con mayor frecuencia en este tipo de discusión es la necesidad, de la actividad empresarial o productiva, de contar con estabilidad en el régimen jurídico que norma la actividad extractiva, para estimar los costos (y beneficios) a los que queda sujeto el modelo económico que desarrollarán.¹³³ Esta descargo alega, que el Estado tiene la obligación de generar un marco normativo que aporte la suficiente predictibilidad, para el desenvolvimiento de los actores en el mercado de aguas. Razonamiento que se sustenta en última instancia en el concepto de Seguridad Jurídica que se desprende de los artículos 5, 6° y 7° de la Constitución, en lo relativo a la existencia de un “Estado de Derecho”; y en el artículo 19 N° 26 de la Carta Fundamental, que consagra el principio de Seguridad Jurídica en sentido estricto, siendo en última instancia, un criterio conservador para la actividad legislativa del Estado.¹³⁴

En este aspecto, pero ahora desde la faceta administrativa, se invoca el principio de confianza legítima, según el cual es exigible mantener una cierta consistencia de las situaciones creadas por medio de actos administrativos, siendo la conducta preliminar del organismo público un verdadero límite al ejercicio posterior de las potestades de la Administración. Este argumento se deduce de la teoría de los actos propios de la

¹³² Minuta Técnica DCPRH N°173 de 2009, p.1-2

¹³³ A modo de ejemplo Vergara B., Alejandro (2011a), p.263-264

¹³⁴ Letelier W., Raúl (2014), p. 615.

administración y de la buena fe de los particulares que depositan su confianza en el actuar del gobierno, elemento esencial para el funcionamiento de los mercados.¹³⁵ De modo que el otorgamiento de un DAA sin las condicionantes del CEM obstaría a la posterior introducción del dispositivo ambiental a propósito del Traslado del ejercicio de ese DAA.

El problema de la confianza legítima es que su contenido es lo suficientemente etéreo para permitirse invocar ideas tan genéricas como la buena fe, la libertad o la igualdad, hay quienes han señalado que este principio no tiene en sí mismo un contenido concreto, siendo la estabilidad un bien carente de valoración intrínseca, que depende más bien de la valoración positiva o negativa de la situación preexistente. De manera, que el aludido principio termina trabajando como argumento *ad hoc* para disminuir los efectos de un acto administrativo en función de un criterio “pro administrado”, que se opone a la flexibilidad necesaria para llevar a cabo reformas en provecho del interés público, sin atender a una reflexión de legalidad sobre la Potestad Administrativa.¹³⁶

A nuestro parecer, no es aceptable el argumento de la afectación de la seguridad jurídica, ya que no ha habido un cambio intempestivo o brusco en la legislación que pudiese alterar los distintos modelos económicos que funcionan en la extracción de aguas, cada actividad que requiere el elemento hídrico para su desarrollo ha tenido tiempo suficiente para reaccionar a un eventual cambio normativo concordante con los principios ambientales hoy en día vigentes, en este aspecto, a partir de la lata discusión legislativa que hemos retratado en el capítulo precedente se advierte que ya desde antes de la reforma del 2005, se venía insistiendo en la necesidad de ajustar el sistema extractivo del agua a un contexto de escasez de recursos y de intereses sociales cada vez más definidos por la sustentabilidad ambiental. En este sentido una interpretación restrictiva del artículo 129 bis 1 puede “incidir negativamente en la dinámica de los mercados regulados, respecto de los cuales la constitución expresamente permite que el legislador modifique o derogue sus normas (artículo 63), siendo la ley una regulación de carácter innovador”¹³⁷

Tampoco es admisible la alegación de la legítima confianza de los administrados, toda vez que ha habido una conducta constante de la DGA dirigida a cumplir los estándares de protección ambiental imperante según el artículo 19 N°8 de la CPR y la política de aguas

¹³⁵ Letelier W., Raúl (2014), p.611.

¹³⁶ Letelier W., Raúl (2014), p. 623.

¹³⁷ TC Rol 370 de 2003.

llevada históricamente por el Ministerio de Obras Públicas y a partir de la ley 20.417 conjuntamente por Ministerio de Medio Ambiente.

Es de notar que este argumento suele asociarse a la teoría de los derechos adquiridos, entendiéndose que el acto administrativo ingresa al patrimonio del particular de buena fe, que no estaría obligado a soportar los cambios regulatorios que afecten la confianza en la estabilidad de la decisión de los órganos Estatal. En la especie, traduciría en que el titular de una concesión de extracción de un bien nacional de uso público ha adquirido el permiso o autorización, impetrado como derecho subjetivo, para sustraer del uso general parte de estos bienes.

Sin embargo, hay que notar que la misma intensidad que permite excluir del goce común al resto de los ciudadanos, y que es entregado a título gratuito y de manera perpetua, sujeta al titular del derecho, a una regulación que condiciona el modo en que se extraen las aguas, entre la que, por cierto, se encuentra el deber de conservación de la fuente, a fin de garantizar la sustentabilidad de los bienes nacionales, bajo el concepto de justicia intergeneracional, como beneficio para el disfrute de las generaciones futuras.¹³⁸

Por tanto, es dable entender que los titulares de derechos de agua originariamente asumieron el riesgo, de un cambio regulatorio, que perfeccionara el mercado de aguas, eliminando las externalidades provocadas por la sobre explotación y el acaparamiento. Aún más, es posible afirmar que el titular de la concesión debió considerar la posibilidad de que los intereses públicos en la protección ambiental y en la resiliencia de los recursos naturales, adquirieran cada vez mayor relevancia en la política nacional, no siendo admisible, restringir la permeabilidad de estos intereses al régimen regulatorio de la concesión, pues precisamente esa es la labor de la autoridad sectorial, y por cierto las condiciones para la limitación del ejercicio común de un bien publicado.

2.- Crítica contra la invocación de la libertad para emprender cualquier actividad económica.

Otro argumento esgrimido contra la aplicación del CEM, es la contravención del derecho a desarrollar cualquier actividad económica, ya que la imposición de una carga no prevista en la ley, tiene por efecto un menoscabo en la estructura de costos que ha previsto el particular para el ejercicio de su actividad. En este sentido, se ha alegado que la presencia del CEM en términos económicos no es menor, sobre todo para ciertas actividades como la

¹³⁸ Costa C., Ezio (2016), p. 346.

producción de energía hidroeléctrica, donde la reducción del caudal puede significar la inviabilidad del proyecto en su totalidad.

Tampoco nos parece legítimo este argumento, toda vez que traspassa una carga de los particulares a la administración, como hemos dicho el derecho de extracción de aguas se entrega gratuitamente a los particulares, por lo que importa un beneficio sin retribución, la conservación del recurso es el único costo que debe asumir el particular, y siempre tiene la oportunidad de renunciar al Traslado, para mantener las condiciones de su concesión.

La libertad para emprender cualquier actividad económica se garantiza mediante la igualdad de las condiciones en el acceso al recurso, no habiendo restricciones particulares para uno u otro tipo de actividad, al no haber un orden de prelación sobre los usos del agua, y al imponerse el CEM fundadamente sobre derecho de aprovechamiento. Sobre esa base es responsabilidad de cada individuo asegurar los modelos de inversión para su actividad, en este aspecto se ha constatado un uso ineficiente del recurso, ocasionado precisamente por la no incorporación del valor económico del bien natural y de los costos de protección del mismo.

3.- Crítica desde la Propiedad.

La principal oposición a la incorporación del CEM en los Traslados, se fundan en la condición de restricción o incluso de privación que puede significar este acto para el titular del derecho subjetivo. Esta se fundamenta a partir de la idea que el concesionario es propietario de su concesión, la que involucra el derecho para aprovechar, usar y gozar del agua circulante en la cuenca, río o fuente, que, al ser un derecho real, se ha incorporado al patrimonio del concesionario y que por tanto una medida que restrinja su derecho al uso del caudal otorgado afecta la garantía constitucional del artículo 19 número 24 de la CPR. Desde esta premisa se elucubra una serie de argumentos derivados de la protección constitucional de la propiedad privada.

Por una parte, se esgrime, que la medida viola la prohibición de privación de la propiedad privada, sin previa indemnización de los perjuicios, objetando que la resolución que ordena el CEM debe ser observada bajo los estrictos parámetros de la expropiación.

Junto a esto se ha señalado que el legislador al concebir el CEM tuvo particular preocupación de que la ley 20.017 no se transformara en una regulación expropiatoria, dejando expresamente fuera del margen de aplicación de la normativa los DAA constituidos de manera previa a la entrada en vigor de esta ley. De modo que la administración al imponer

una obligación no amparada por el código estaría actuando contra derecho, afectando precisamente el derecho a propiedad que el legislador pretendió proteger.

La refutación a esta crítica está dada por la impronta eminentemente cautelar que caracteriza el estatuto del Derecho de Aguas, que se manifiesta a partir de la cualidad de propiedad pública del agua, regulada en el artículo 19 N°23 de la Constitución, excluida por tanto de la protección constitucional de artículo 19 N°24, lo que ciñe a la administración a un deber de cuidado especial al modificar el régimen que regula este aprovechamiento.

El CEM no importa una privación del derecho de propiedad, ni afecta el núcleo esencial del derecho, porque, en primer lugar, no hay desplazamiento patrimonial, sino una obligación de no hacer, temporal, y condicionada a la existencia de un caudal mínimo que soporte la subsistencia de la fuente hídrica. Tampoco hay daño, el eventual perjuicio económico que signifique el CEM, se compensa con el uso gratuito del agua, que el titular ha tenido a su disposición hasta el momento de requerir el traslado.¹³⁹

En tal sentido, la condición de restricción o de limitación del Dominio estaría legitimada en el marco de la función social de la propiedad, cumpliendo con las causales taxativas para su aplicación, esto es la conservación del patrimonio ambiental.¹⁴⁰ En este aspecto se cumple con los requisitos de determinación, razonabilidad y proporcionalidad, que ha reconocido el Tribunal Constitucional, para someter la propiedad privada a limitaciones en función de los intereses colectivos.¹⁴¹

En efecto, la medida es razonable, toda vez que se genera en una solicitud de traslado de ejercicio del derecho, no tratándose de un despojamiento del derecho constituido originariamente, sino que ajustándose a las nuevas condiciones de uso. En este aspecto se debe contemplar la posibilidad de permanecer ejerciendo el derecho en el punto de captación original, de modo que no hay una prohibición u orden de terminar la explotación del bien natural.

Tampoco ocasionan daños innecesarios producto del dispositivo, por el contrario, hay un beneficio para el requirente, que consiste, por una parte, en la habilitación del titular para extraer el agua sin el pago de un canon o contraprestación por el recurso. Y por otra, en la de ejercer el derecho en un lugar distinto del original sin tener que someterse a la constitución de

¹³⁹ Valdivia, José (2006), p. 134-135.

¹⁴⁰ Cea E., José (1988), p.61.

¹⁴¹ TC ROL 1992-2012, considerando 35

un nuevo derecho, sino que cambiando de posición el ya adquirido, además se advierte un tercer beneficio para los casos en que se conserve una parte del caudal extraíble en el punto de captación original, consistente en no gravar dicho caudal.

Tampoco se puede considerar que el gravamen impuesto sea de magnitud considerable, como venimos advirtiendo el CEM es un estándar exiguo, incluso cuestionado por su minimalismo, además se trata de una potestad reglada que ha de fundamentarse detalladamente en cálculos y estadísticas previamente consideradas por la DGA, habiendo posibilidad de impugnar el CEM y argumentar un caudal distinto ante la sede administrativa, o bien de revisión de la decisión en sede judicial.

En tal sentido la medida puede ser sometida al triple estándar de proporcionalidad, advirtiendo que se trata de un medio idóneo para el fin que se propone, que es el mecanismo que menor menoscabo provoca dentro de las alternativas que se encuentran disponibles para la protección ambiental (como por ejemplo la declaración de zona de prohibición o de restricción) y que es proporcional en sentido estricto, es decir los beneficios que reporta son superiores a los perjuicios que causa sobre el particular, no entorpeciendo la actividad hasta el grado de hacerla inviable.

No desnaturaliza el bien jurídico en cuestión, en nuestra legislación no hay una finalidad establecida para el agua, muy por el contrario, hay un consenso respecto de la polifuncionalidad del elemento hídrico, su único elemento esencial es el carácter de bien nacional de uso público, esto implica estar al servicio de la comunidad.¹⁴² Por lo tanto, ni aun en el evento que la imposición del caudal impidiera el desarrollo de alguna actividad productiva como advertimos que podía suceder con la producción eléctrica, se podría considerar que hay una desnaturalización del bien, toda vez que bastaría que se cumpla con alguna de las otras numerosas funciones, como la de consumo, saneamiento, ambiental o incluso paisajística, para sostener que no se ha desnaturalizado su función. Esto cobra mayor robustez si se advierte que el caudal ecológico en sí se instituye para el cumplimiento de la función ambiental.

Se condice con la función pública que desempeña el concesionario, ya que el particular que aprovecha las aguas no realiza una actividad cualquiera, sino que realiza una extracción de un recurso natural escaso. Ya hemos advertido que la mayor parte de la doctrina ha considerado que los privados actúan como auxiliares de la administración, adquiriendo una serie de facultades de organización y administración de los recursos hídricos una vez adquirido

¹⁴² Célume B., Tatiana (2013) p.321.

los derechos de aprovechamiento. Si por una parte se sostiene que las potestades de administración o gestión de las aguas han sido delegadas a los propios usuarios, ha de razonarse que junto a ellas adquieren los deberes de conservación y protección de las fuentes que administran, en tal sentido el CEM viene a ser un estándar mínimo de protección sujeto a control de la DGA.

Se ejerce sobre una actividad privilegiada, en primer lugar, el concesionario puede usar y gozar gratuitamente, de modo exclusivo y a perpetuidad, un bien nacional de uso público, un bien que es de todos y que, de no mediar el permiso, no se podría usar por persona alguna. Para el ejercicio de dicho derecho puede disponer de una serie de prerrogativas que ha concedido la ley en su beneficio, tales como las servidumbres de paso y acueducto, así mismo las facultades de incoar acciones posesorias especiales que la legislación dispone para el cómodo ejercicio de la concesión. El Traslado mismo constituye un procedimiento que se instituye en favor del titular del derecho de aprovechamiento, a fin de que pueda seguir usufructuando de la concesión, cambiando las condiciones con que originariamente se constituyó.

4.- Crítica desde la Igualdad.

Un razonamiento excepcional es el que se ha invocado al alegar una arbitrariedad respecto de los DAA que constituidos en iguales condiciones que el sujeto a Traslado, no serían objeto de CEM. Este argumento parte por reconocer que los derechos posteriores a la reforma son distintos a los constituidos antes de dicha legislación, que por tanto al imponer el CEM a un titular de aquellos derechos privilegiados, por efecto del Traslado del ejercicio, se le establecería una carga arbitraria, asimilándolos a derechos nuevos en condiciones que no lo son.

La idea que sustenta este planteamiento es que las estadísticas realizadas después de la reforma, para establecer el CEM, no consideran los caudales de los derechos antiguos. Pues han sido tomadas, cuando ya se realizaban las extracciones, de modo que al incorporarles el CEM se estaría contando un caudal adicional. Invoca la igualdad bajo la óptica de que a situaciones igual han de aplicarse normas iguales, por tanto, a los titulares de DAA erigidos previa reforma, Traslados o no, después de aquella, no ha de aplicarse el CEM.

Ya hemos dicho que la administración se encuentra obligada a reevaluar el CEM ante un Traslado, por haberse cambiado las circunstancias esenciales para su determinación. habiéndose constatado que existe una serie de titulares de concesiones condicionados a la

imposición del CEM con ocasión de los traslados, entonces cabe preguntarnos, porqué habría de obviarse esta institución para los otros derechos de aprovechamiento, por el sólo hecho de haberse constituido con anterioridad a la reforma del 2005.

La transgresión del principio de igualdad se da por una posición que avala, la intangibilidad de ciertos derechos de aprovechamiento a la aplicación del CEM, por el sólo hecho de haberse constituido con anterioridad a ley que creo la carga, en cuanto el uso y goce de estos derechos genera los mismos riesgos sobre la fuente, sobre todo, en atención a la condición de escasas hídrica en el país. La prohibición de retroactividad impide que los efectos del CEM se apliquen hacia el pasado, no pudiendo sancionarse el ejercicio de un derecho perjudicial sobre una fuente, cuando no se ha determinado la condición para derecho, pero no impide que la carga se imponga para operar hacia el futuro.

Creemos que incluso una declaración de zona de restricción o de prohibición sobre un territorio en que hay DAA antiguos, podría ser fundamento suficiente para asignar CEM a esos derechos, pues son actuaciones que advierten sobre el cambio de condiciones de la fuente. Sin embargo, atendiendo la sensibilidad de los operadores de aguas sobre este punto, y los razonamientos que dio el parlamento al momento de legislar, estimamos que habría que dar un fundamento mayor para sostener este punto. Por lo pronto, es sostenible que los Traslados, son un fundamento suficiente, para impetrar la medida.

Ahora bien, el no aplicar el CEM tras un Traslado del ejercicio sea de un DAA nuevo o antiguo, agravaría la vulneración al principio de igualdad, pues como se sabe los DAA son derechos económicos fraccionables y transables, lo que abre la posibilidad de que por un privilegio ilegítimo, se genere un mercado artificial que distinga derechos de primera y segunda categoría, que el legislador no pretendía generar.

v.- Eventual reforma al Código de Aguas

El último aspecto que observaremos acerca de la imposición del CEM en los Traslados se refiere al proyecto de reforma del Código de Aguas que se elabora en el congreso, en la medida que refleja lo sucedido en el 2005 con las potestades de la DGA para establecer el CEM en las concesiones de DAA.

1.- El proyecto de 2011.

El 17 de marzo del año 2011, se sometió a tramitación, por moción parlamentaria, el proyecto de ley que reforma el Código de Aguas, bajo el boletín N° 7543-12, este proyecto se

encuentra actualmente en el Senado y se espera que sea próximamente promulgado. Dentro de las disposiciones que se pretende incorporar Código de Aguas, se encuentran varias que afectan especialmente la regulación del Caudal Ecológico Mínimo.

En cuanto al objetivo de la reforma, la moción se fundamenta principalmente en la escasez hídrica y los problemas de equidad en el acceso y sustentabilidad que enfrenta la gestión del agua en nuestro país. En este sentido, una de las bases para esta reforma se remite al proyecto de 2008 boletín 6124-09, en que, a propósito de la regulación del CEM se *“cataloga como débil y tardío el efecto de las consideraciones ambientales también incorporadas por la ley 20.017, reducidas a una definición semántica de responsabilidad a la autoridad competente y caudal ecológico mínimo, así como discretas las facultades relativas de la Dirección General de Aguas al respecto.”*¹⁴³

En este aspecto uno de los objetivos específicos del proyecto pretende que “Los usos competitivos del agua serán cubiertos con derechos de aprovechamiento semejantes a los otorgados en el actual modelo de asignación, por fecha de solicitud, de acuerdo con la procedencia legal de las peticiones, coherente con la disponibilidad y no perjudicando derechos de terceros. Pero tanto para los derechos nuevos como para los antiguos regirán obligaciones referidas a la función social del derecho de agua otorgado.”¹⁴⁴

En el mismo orden de ideas, el ejecutivo ha presentado severas indicaciones sustitutivas al proyecto, cuyos principales objetivos se explican en el informe de la comisión especial sobre recursos hídricos, desertificación y sequía, según los cuales estos se resumen en *“priorizar los usos de la función de subsistencia, proteger las áreas de importancia patrimonial y ambiental, fortalecer las atribuciones de la Administración para gestionar las aguas, precaver y sancionar la tenencia ociosa o especulativa de derechos de aprovechamiento, y regularizar los usos consuetudinarios y los derechos de aprovechamiento provenientes de predios CORA.”*¹⁴⁵

Como vemos al igual que la reforma del 2005, el actual proyecto de modificación del Código de Aguas tiene un tenor eminentemente ambiental, respondiendo a la deuda que sostiene el Estado en torno a la efectiva garantía del artículo 19 N°8 de la Constitución.

¹⁴³ Boletín 7543-12, Ingreso del proyecto p. 3.

¹⁴⁴ Boletín 7543-12, Ingreso del proyecto pp. 12-13.

¹⁴⁵ Informe de la comisión especial sobre recursos hídricos, desertificación y sequía, de 21 de agosto de 2017. P. 16.

2.- El CEM en el proyecto.

En este sentido el objetivo específico en materia de CEM consiste en *“Fortalecer las atribuciones de la Dirección General de Aguas en materia de fiscalización, gestión y sustentabilidad de los recursos hídricos, incluyendo la facultad para establecer un caudal ecológico mínimo.”*¹⁴⁶

Por ello el texto finalmente aprobado por la Cámara de Diputados establece las siguientes modificaciones en los numerales 29 y 30 del artículo único permanente que se introduce al código de aguas:

“Artículo 129 bis 1 Respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas por otorgar, la Dirección General de Aguas velará por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo, para lo cual deberá considerar también las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial. Igualmente, la Dirección General de Aguas podrá establecer un caudal ecológico mínimo, respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas existentes en aquellas áreas en que el Ministerio del Medio Ambiente informe que existe un ecosistema amenazado, degradado o un sitio prioritario en razón de que la sustentabilidad ambiental de la fuente superficial pudiere sufrir grave deterioro o esté siendo afectada. No obstante, las facultades de dicho ministerio, el informe podrá ser solicitado de oficio por la Dirección General de Aguas.

Asimismo, podrá establecer un caudal ecológico mínimo, respecto de aquellos derechos existentes en las áreas declaradas bajo protección oficial de la biodiversidad, como los parques nacionales, reservas nacionales, reservas de región virgen, monumentos naturales, santuarios de la naturaleza y los humedales de importancia internacional. La Dirección General de Aguas podrá adoptar de oficio las medidas provisionales que estime oportunas.

Lo dispuesto en los incisos segundo y tercero no afectará a los derechos de aprovechamiento de aguas cuyos titulares sean pequeños productores agrícolas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley N° 18.910.”

Un reglamento, que deberá llevar la firma de los Ministros del Medio Ambiente y Obras Públicas, determinará los criterios en virtud de los cuales se establecerá el caudal ecológico

¹⁴⁶ Oficio de la Cámara de Diputados 12.995 de 22 de noviembre de 2016, p 24-25.

mínimo. El caudal ecológico mínimo no podrá ser superior al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial.

En casos calificados, y previo informe favorable del Ministerio del Medio Ambiente, el Presidente de la República podrá, mediante decreto fundado, fijar caudales ecológicos mínimos diferentes, sin atenerse a la limitación establecida en el inciso anterior. 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.

Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos anteriores, la Dirección General de Aguas siempre podrá establecer un caudal ecológico mínimo a las solicitudes de traslado de ejercicio de derechos de aprovechamiento de aguas superficiales. Podrá, a su vez, establecer un caudal ecológico superior al mínimo establecido en el momento de la constitución del o los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales en aquellos casos en que éstos se aprovechen en las obras a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 294.” (Énfasis agregado)

Como es posible observar, esta modificación del Código aumenta ostensiblemente las facultades de la Administración, haciendo posible incluso la retroactividad de la ley sobre derechos de aprovechamientos que no hayan sufrido modificaciones.

En efecto, se ha abierto la oportunidad de imponer el CEM sobre concesiones creadas con anterioridad a la reforma del 2004, lo que se logra al cambiar en el inciso primero del artículo 129 bis la frase, “*Al constituir los derechos de aprovechamiento*” por “*Respecto de los derechos de aprovechamiento*” y al eliminar la prohibición “*el cual sólo afectará a los nuevos derechos que se constituyan*”. Notemos que este levantamiento de la prohibición del efecto retroactivo de la ley, opera sin necesidad de un acto jurídico del titular de los derechos afectos a CEM, siendo una restricción al derecho subjetivo mucho más extensa que la que puede significar la aplicación del CEM en un Traslado.

De hecho, por medio de la introducción de los nuevos inciso segundo y tercero se regulan dos modalidades de CEM que pueden aplicarse de manera retroactiva a derechos existentes (léanse concesiones existentes), los que tendrían aplicación en diversas situaciones calificadas en virtud del riesgo creado. Primero por insertarse en áreas protegidas, o bien, en consideración de las especies que dependen de la fuente hídrica, pero en ambos casos, sólo será factible la limitación cuando estos elementos se vean amenazados o degradados, es decir, aplicando un criterio de vulnerabilidad ambiental. En segundo lugar, la restricción puede operar “en virtud de la sustentabilidad de la fuente”, esto es, con independencia del

ecosistema, sino que directamente para la conservación de la fuente, para lo que no se quiere ninguna calificación previa del ecosistema o del área en que se ubique.

La Calificación de estos riesgos debe hacerse por el Ministerio de Medio Ambiente, ya sea por iniciativa propia o por petición de la DGA, esta última además podrá adoptar de oficio las medidas provisionales que estime oportunas. En todo caso, quedan exentas las concesiones pertenecientes a pequeños productores agrícolas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la ley N° 18.910.

El otro aspecto relevante de este proyecto es que se agrega un inciso final en que se hace cargo de explicitar la Potestad de la DGA de establecer CEM en los Traslados del ejercicio del DAA, y acto seguido se refiere a la Potestad especial de establecer caudales ambientales superiores al CEM cuando se trate de DAA que sirvan a Obras Hidráulicas de Gran tamaño.

3.- Efectos sobre nuestra tesis.

Un argumento que podría esgrimirse contra la tesis que sostenemos, consiste en sostener que, mediante este proyecto de reforma al Código de Agua, se crea la posibilidad de establecer CEM con ocasión de los Traslados de DAA. Es decir, que el legislador al disponer esta potestad como un mecanismo de fortalecimiento de las atribuciones de la DGA, lo que tácitamente reconocería es que dicho poder hoy no existe, ya que, si es necesario una reforma para otorgarlo ello implica que actualmente el organismo carece de dichas atribuciones.

Si observamos con detalle, lo que realmente viene a establecer el legislador mediante la reforma, es el reforzamiento de facultades que ya existen, en efecto lo que pretende con este inciso final es asentar las practicas que hoy se dan en sede administrativa, ratificando el actuar de la DGA y de los tribunales de justicia, al igual que ocurrió en su momento con el CEM en los nuevos derechos.

Los artículos relativos al CEM se fundan en la interpretación de las disposiciones que hemos tratado latamente en este ensayo, por ejemplo, los Caudales relativos a las Grandes Obras Hidráulicas, se refieren precisamente a las obras han de someterse al procedimiento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, esto es, a las que se les asigna Caudales Ambientales con las consideraciones del departamento de Conservación y Protección de los Recursos Hídricos y no con las del DARH. Por otro lado, el inciso relativo al Traslado fija las atribuciones que ya se arroga la DGA por medio del Manual de Procedimientos del DAR.

Ahora bien, el proyecto también aumenta las atribuciones del organismo sectorial, a fin de hacer efectiva la garantía constitucional de protección del medio ambiente, esto mediante la posibilidad de afectar los derechos anteriores a la reforma de la ley 20.017, aun cuando no hayan sido modificados por actos posteriores a aquella fecha, lo que la diferencia de las potestades que hoy existen en materia de Traslados por cuanto establece criterios de retroactividad.

4.- El debate en el congreso.

Finalmente cabe señalar que en el senado se han propuestas varias indicaciones al proyecto, tanto para profundizar la reforma como para restringirla.

Por ejemplo, respecto del inciso primero se ha propuesto modificar el predicado “por otorgar” por la frase “otorgados y pro otorgar”, haciendo aún más explícito el levantamiento de la prohibición de retroactividad de los actos administrativos que afecten derechos de particulares.

Algunos senadores han propuesto eliminar las causales de retroactividad específicas, indicando eliminar los incisos segundo y tercero del literal b, sin referirse al levantamiento de la causal genérica. En este mismo sentido, también se ha propuesto incluir un nuevo sector exento de las causales de retroactividad, agregando al sector de producción eléctrica mediante la inserción de la frase “, *ni afectará a los derechos de aprovechamiento que sirvan para la generación hidroeléctrica de energía renovable no convencional de conformidad a lo dispuesto en la ley 20.257*”.

Por otro lado, también se ha solicitado incluir en el catálogo de zonas afectas a la retroactividad los “sitios prioritarios de primera prioridad”, referidas a los criterios de retroactividad por el lugar en que se emplaza la fuente en la que se otorgó el DAA.

En cuanto al inciso final se han propuesto tres indicaciones, relativas a la clarificación técnica del inciso, estableciendo en materia de Traslados, que el nuevo CEM se podrá imponer “en el nuevo punto de extracción,” de modo que sólo el caudal asignado a ese punto sea objeto de condición ambiental, por lo que si quedase una parte del caudal en el punto antiguo este no sería afecto a CEM. También se ha señalado que el CEM se podrá imponer “en la resolución que autorice el traslado del ejercicio del derecho”, lo que a nuestro juicio, mientras siga existiendo la causal de retroactividad, no tiene efectos prácticos más que aclarar que se deberá hacer en el mismo acto administrativo.

Una última indicación se refiere al tema de las grandes obras hidráulicas, que pretende aclarar la oportunidad y el sentido de la norma, señalado que al potestad se ejercerá “en su calidad de organismo sectorial con competencia ambiental y en el marco de la evaluación ambiental de un proyecto, establecer un caudal ecológico mínimo o uno superior al mínimo establecido en el momento de la constitución del o los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales, en los casos en que éstos se aprovechen en las obras a que se refieren los literales a), b) y c) del artículo 294.”.

CONCLUSIONES

El presente ensayo ha presentado el concepto de Caudal Ecológico Mínimo y su utilización como instrumento de gestión ambiental, fijándose especialmente en las consecuencias de su aplicación en los procedimientos de autorización de traslado del ejercicio de derechos de aprovechamiento constituidos previos a la reforma del 2005.

I.- El CEM es un dispositivo Ambiental, que genera la obligación de velar por el recurso hídrico para la DGA y para el titular del DAA.

Hemos revisado la definición del CEM desde diferentes perspectivas, desentrañando la estructura del acto administrativo y su operatividad en el marco de la concesión administrativa llamada Derecho de Aprovechamiento de Aguas, definiendo los elementos esenciales para su disposición y las cualidades que lo caracterizan.

A partir de ello, hemos señalado que la potestad de la DGA para establecer el CEM en la resolución del derecho de aprovechamiento implica una obligación para la repartición de atender a la finalidad de la herramienta, como medida para la prevención de los riesgos de lesión de los intereses públicos que se puedan ocasionar en la uso y goce privativo del bien público. Que, por otro lado, para el titular del derecho administrativo, el CEM es una condición habilitante para el ejercicio del derecho derivado de la concesión, siendo una limitación derivada de la función social del dominio sobre el DAA y del carácter de bien nacional de uso público del agua.

II.- El CEM se debe interpretar bajo el paradigma ambiental de protección de los recursos naturales, aplicando los Principios del Derecho Ambiental.

Indicamos que la introducción del CEM en la regulación sectorial se originó y perfeccionó, desde la disciplina del Derecho Ambiental, articulándose progresivamente como un instrumento de gestión de los recursos naturales. A partir de ello argumentamos que la potestad de la DGA debe ser interpretada bajo los principios de prevención, precaución y sustentabilidad, por lo que la ejecución del instrumento ha de desempeñarse de manera que maximice la protección del Agua, lo que se logra ampliando el campo de aplicación a procedimientos distintos de la concesión de DAA.

III.- La Tesis de que el resultado de un Traslado es un “nuevo derecho”, es errada, e incoherente con el sistema concesional de los derechos de aprovechamiento.

Observamos como la DGA ha procedido a la aplicación del CEM, con ocasión de la resolución de solicitudes de Traslados de derechos que no contaban con la restricción, lo que ha provocado una reacción antagónica de la doctrina, al estimar que con ello se vulneran los principios de irretroactividad del acto administrativo y de irretroactividad de la ley.

Ante esto hemos visto como el órgano administrativo y los tribunales de justicia, han desarrollado una tesis errada sobre los efectos del Traslado, que sostiene la generación de nuevos derechos a partir de un procedimiento declarativo.

Advertimos que, a pesar del resultado afortunado de tal interpretación, los errores dogmáticos en que incurre esta argumentación no son admisibles, ya que más allá de los efectos positivos sobre los intereses medioambientales que ha generado la aceptación de esta tesis, se produce una situación de inseguridad jurídica que no sólo afecta a los titulares de DAA, sino que también oscurece las atribuciones de la administración.

IV.- La Potestad de la DGA para establecer el CEM en un Traslado, emana de la solicitud del titular de modificar las condiciones de aprovechamiento del agua.

En este sentido, esgrimimos que la aplicación del CEM se asienta en las condiciones que alteren el contenido del título concesional del DAA, siendo aquellas suficientes para gatillar el actuar de la DGA. Que una aplicación restringida de la potestad de la DGA para establecer CEM no sólo va contra los fines de la misma institución, sino que también contradicen los principios de igualdad ante las cargas que impone ley respecto de los administrados, y que así mismo, constituye una contradicción a la lógica programática de protección ambiental que reviste este mecanismo.

V.- El CEM impuesto bajo el marco de un Traslado, constituye una carga legítima para el titular del DAA.

También, refutamos una serie de argumentos, que obstan a la aplicación del CEM, dejando en claro que, en cuanto obligación de derecho público, constituye una carga precisa, razonable y proporcionada, en consideración al carácter gratuito y perpetuo del derecho subjetivo que adquiere el titular de la concesión.

Por último, analizamos el proyecto de reforma al Código de Aguas, contrastando la potestad de la administración conforme a la legislación vigente respecto de la que ostentaría si se aprobara la reforma con el texto actual del proyecto. Denunciando que la situación de la DGA es análoga a lo ocurrido en el 2004 con la tramitación de la ley 20.017.

BIBLIOGRAFÍA

i. Publicaciones

Aguerrea, Mella, Pedro. (2004). Las prerrogativas del acto administrativo en la ley N° 19.880. En, *Ley N° 19.880. sobre procedimiento administrativo, Conferencias* (pp. 45-50). Santiago, Chile: Universidad Santo Tomás.

Alcalde Silva, Jaime. (2014). De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. *Revista de Derecho Privado, Pontificia Universidad Católica, N°22*, pp. 299-313.

Aranda V., Pablo. (2013). Los Derechos de Aprovechamiento de Aguas en Chile y su marco regulatorio, *Revista de Derecho Escuela de Post Grado, Universidad de Chile, N°4*, pp. 105-122.

Arroyo Jiménez, Luis. (2008). Introducción a la autorregulación. En Luis Arroyo J. & Adán Nieto. *Autorregulación y sanciones*. (pp. 19-35). Valladolid, España: Lex Nova.

Astorga Jorquera, Eduardo. (2014). *Derecho Ambiental Chileno: Parte General*. Santiago, Chile: Abeledo Perrot.

Atria, Fernando & Salgado, Constanza. (2015). *La Propiedad, el Dominio Público y el Régimen de Aprovechamiento de Aguas en Chile*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Bauer, Carl J. (2015), *Canto de Sirenas, El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales*. Santiago, Chile: Edición el Desconcierto.

_____ (2014). ¿La Ley del Péndulo? Conflictos de aguas y Gobernanza en Chile desde 2005. En *Actas de Las VII Jornadas de Derecho Ambiental Recursos Naturales ¿Sustentabilidad o Sobreexplotación?* (pp.637-673). Santiago, Chile: Legal Publishing.

Banco Mundial. (2011). *Chile Diagnostico de la gestión de los recursos hídricos*. Documento del Banco Mundial. Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Región para América Latina y el Caribe

Barros Bourie, Enrique. (2007). *Tratado de Responsabilidad extracontractual*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Boettiger Phillips, Camila. (2013). Caudal Ecológico o mínimo: Regulación, Críticas y Desafíos. En *Actas de Derecho de Aguas, N°3*, (pp. 1-12). Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.

_____ (2014). Variables ambientales en el código de aguas. En, *Recursos Naturales: ¿sustentabilidad o sobreexplotación? Actas de las VII jornadas de Derechos Ambiental. Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile*, (pp. 359-375). Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Carrasco Q., Edesio & Henríquez C., Ingrid. (2012). Planes de Manejo Para la Conservación de Recursos Hídricos: Un instrumento de gestión ambiental necesario y útil. En, *Actas de las VI Jornadas de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile*, (pp. 167-185). Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Cea Egaña, José Luis. (1987). Delimitación y privación del dominio en la Constitución de 1980. En, *18º Jornadas de Derecho Público* (pp. 55 a 68). Concepción, Chile: Universidad de Concepción, Facultad de Ciencia Jurídicas y Sociales.

Celume B., Tatiana. (2013). *Régimen Público de Las Aguas*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Cordero Vega, Luis. (2015). *Lecciones de Derecho Administrativo*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Costa Cordella, Ezio. (2013). La prevención como principio del sistema de evaluación de impacto ambiental en Chile, *Justicia Ambiental, N° V*, pp. 201-218.

_____ (2014). Principio de Precaución y Regulación Ambiental en Chile: Operando sin instrucciones, pero operando, *Justicia Ambiental, N° VI*, pp.159-179.

_____ (2016). Diagnóstico para un cambio: Los Dilemas de la Regulación de las Aguas en Chile, *Revista de Derecho Público, vol. 43, N°1*, pp.335-354.

Covarrubias Cuevas, Ignacio. (2012). 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). En, *Actas de Derechos de Agua, N°2*, (pp. 199-210). Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.

- Desdentado Daroga, Eva. (1999). *Discrecionalidad administrativa y planeamiento urbanístico*. (pp. 211-253) Pamplona, España: Thomson-Aranzadi.
- Embid Irujo, Antonio y otros. (2007). Director. *Diccionario de Derecho de Aguas*. Zaragoza, España: Iustel.
- Esteve Pardo, José. (2003). De la policía administrativa a la gestión de riesgos, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 119, pp. 323-346.
- Ferrada Bórquez, Juan Carlos. (2007). Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno. *Revista de derecho de la Universidad Austral* vol. XX- N° 2, pp. 69-94.
- García de Enterría, Eduardo & Fernández, Tomas Ramon. (1986). *Curso de Derecho Administrativo* (Tomo II). Madrid, España: Civitas.
- García Pérez, Marta. (1997). La naturaleza jurídica de la autorización y la concesión, a propósito de la utilización del dominio público. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, p.337-351.
- García Trevijano, José Antonio. (1986). *Los actos administrativos*. Madrid, España: Civitas.
- Jaeger Cousiño, Pablo. (2010). Caudales Ecológicos Mínimos y Proyectos Hidroeléctricos. En, *Derecho Ambiental en tiempos de reformas. Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile, (pp. 219-230). Santiago, Chile: Legal Publishing.
- Jamett Domínguez, Gabriela & Rodrigues Finotti, Alexandra. (2005). *Evaluación del instrumento caudal ecológico panorama legal e institucional en Chile y Brasil*, CEPAL. 25 pp.
- Laguna de Paz, José Carlos. (2006). *La autorización administrativa*. (pp. 31-71 y 83-91). Madrid, España: Civitas.
- Madariaga Gutiérrez, Mónica. (1993). *Seguridad jurídica y administración pública en el siglo XXI*. (pp. 98-106) Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Mallea A. María Isabel. (2010). Protección Ambiental de las Aguas en Chile: Avances hacia una gestión integrada de los recursos Hídricos. En, *Derecho Ambiental en tiempos de*

reformas. *Actas de las V Jornadas de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile, (pp.35-63). Santiago, Chile: Legal Publishing.

Montt Oyarzun, Santiago. (2002). *El Dominio Público: Estudio de su Régimen Especial de Protección y Utilización*. Santiago, Chile: Cono Sur Lexis Nexis.

Moraga Sariego, Pilar. (2015). *Los Principios del Derecho Ambiental según la Jurisprudencia Nacional*. Santiago, Chile.

Morales Peillard, Pablo. (2016). Concepto, normativa asociada y críticas al establecimiento del Caudal Ecológico en Chile, Informe Biblioteca del Congreso Nacional. 13 p.

Muñoz Escudero, Gonzalo. (2013). Resolución de Conflictos en Derecho de Aguas. En, *Actas de Derechos de Aguas, N°3*, (p. 213-220). Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.

Muñoz Machado, Santiago. (2012). *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Madrid, España: Iustel.

Obando Camino, Iván. (2013). Algunas notas sobre Derecho Procesal de Aguas. En, *Actas de Derecho de Aguas N°3*, (p. 221-232). Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica de Chile.

Ossandón, Rosales, Jorge. (2012), El Manejo Integrado de Cuencas como Solución Jurídico-Territorial en la Administración Ambiental del Agua, *Justicia Ambiental*, año N° IV, p.191-212.

Peña Chacón, Mario. (2016). Autorizaciones Administrativas Frente a la tutela Ambiental. *Revista de Derecho Ambiental, N° VIII*, pp. 73-88

Peñailillo Arévalo, Daniel. (2006). *Los bienes La propiedad y otros derechos reales*. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Prieto A., María Trinidad & Puelma C., Francisco. (2008). La Protección de la Disponibilidad de las Aguas en el Sistema Jurídico Chileno. En, *Desarrollo Sustentable; Gobernanza y Derecho. Actas de las Cuartas Jornadas de Derecho Ambiental*, Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile. (p. 443-455.). Santiago, Chile: Legal Publishing.

_____ (2014). ¿Es el Caudal de Reserva una Herramienta que permita velar por la conservación ambiental?. En, *Desarrollo Sustentable; Gobernanza y Derecho. Actas de*

las VII Jornadas de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile. (pp. 377-406) Santiago, Chile: Legal Publishing.

Riestra M., Francisco (2007). Establecimiento de caudales ecológicos mínimos en Chile. En, Milka Castro & Lucas Fernández. Editores. *Gestión sostenible de humedales* (pp. 187-194). Santiago Chile: Grafica LOM.

Riquelme S., Carolina. (2014). La regulación de los recursos hídricos como bienes nacionales de uso público. Eventuales efectos de su incorporación a la constitución política de la Republica. En, *Recursos Naturales: ¿sustentabilidad o sobreexplotación? Actas de las VII jornadas de derechos ambiental, Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile*. (pp.277-303). Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Rojas Calderón, Christian. (2011). La distinción entre el agua como bien público y el derecho de aprovechamiento: sus efectos en la competencia de las juntas de vigilancia de los ríos, y la de las asociaciones de canalistas y comunidades de agua. En, *Actas de Derecho de Aguas N°1*, (pp.3-40). Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica.

_____. (2016). *La distribución de las Aguas, Ordenación y Servicio Público en la Administración Hídrica y en las Juntas de Vigilancia de Ríos*. Santiago, Chile. Thomson Reuters.

Saavedra C., José Ignacio. (2009). Las aguas como bien nacional de uso público, bases para un cambio regulatorio que promueva un uso sustentable. En, *Justicia Ambiental N°1-mayo 2009*. (pp. 203-266). Santiago, Chile: Pontificia Universidad Católica.

Segura Riveiro, Francisco. (2004). La reforma del Código de Aguas. *Revista de Derecho. Universidad de Concepción VOL. 72 NO. 215/216 JUL 2004*. pp. 29-47.

Silva Gallitano, María. (2014). El principio de deferencia razonada y las actuaciones de las Cámaras durante la tramitación de la ley. Examen de una sentencia del Tribunal Constitucional, *Revista de derecho público vol 81*. pp. 141-153.

Tapia V., Felipe. (2014). Tratamiento del Derecho Humano de Acceso al Agua en el ordenamiento jurídico e institucional chileno. En, *Recursos Naturales: ¿sustentabilidad o sobreexplotación? Actas de las VII jornadas de derechos ambiental, Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile*. (pp.305-330). Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Urrutia, Ignacio. (2006). Gestión pública de recursos hídricos: normas de calidad de agua. En, *Institucionalidad e Instrumentos de Gestión Ambiental para Chile del Bicentenario. Actas de las III Jornadas de Derecho Ambiental, Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile*. (pp. 235-249). Santiago, Chile: Abeledo Perrot.

Valdivia, José Miguel. (2006). ¿Es justo que el Estado indemnice a quienes tienen prohibido explotar sus bosques de araucaria? En *La responsabilidad del Estado-Administración* (pp. 133-143.). Santiago, Chile: Universidad Santo Tomás.

Valenzuela Jensen, Christian. (2014). Crítica a Ley N°20.017 Que modifica el Código de Aguas de 1981: Aspectos en dirección contraria a la sustentabilidad. En, *Recursos Naturales: ¿sustentabilidad o sobreexplotación? Actas de las VII jornadas de derechos ambiental, Centro de Derecho Ambiental Universidad de Chile*. (pp.333-357). Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Vergara Blanco, Alejandro. (1992). *Principios y sistema del derecho minero. Estudio Histórico Dogmático*. (pp. 260 a 285). Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

_____. (1999). Estatuto jurídico de la fijación de caudales mínimos o ecológicos, *Revista de Derecho Administrativo Económico, Pontificia Universidad Católica de Chile*. p.127-134.

_____ (2011a). Potestades regulatorias de la Dirección General de Aguas: deferencia judicial e indefensión de los administrados. En, *Actas de Derecho de Agua, NO.1*, (pp.253-264). Santiago, Chile: Legal Publishing.

_____ (2011b). Sistema y autonomía del derecho de aguas. En, *Actas de Derecho de Aguas NO.1 2011*, Legal Publishing. pp. 57-78.

_____ (2014). *Crisis Institucional del Agua descripción del modelo, crítica a la burocracia y propuesta de tribunales especiales*. Santiago, Chile: Thomson Reuters.

Vergara Blanco, Alejandro & Rivera Bravo, Daniela & Sanz de Undurraga, Gerardo & Cañas Ortega, Esteban (2017). The water-energy Nexus in Chile: a description of the regulatory framework for hydroelectricity, *Journal of Energy & Natural Resources Law, Routledge*.

Vial del Río, Víctor. (2003). *Teoría del Acto Jurídico. (Quinta edición actualizada y aumentada)*. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile.

ii. Normativa

1. Constitución Política de la República de Chile
2. D.F.L. N°1.122, Código de Aguas
3. Ley N° 19.575, Ley de Bases Generales de la Administración del Estado
4. Ley N° 19.300, Ley de Bases Generales del Medio Ambiente
5. Ley N° 20.017, Ley que modifica el Código de Aguas
6. DTO MMA N° 14 de 22 de mayo de 2012 Aprueba el Reglamento para la Determinación del Caudal Ecológico Mínimo.
7. DTO MMA N°71 de 15 de enero de 2015. Modifica DTO 14 de 2012, Que Aprueba Reglamento para la Determinación del Caudal Ecológico Mínimo.
8. Manual de Normas y Procedimientos Para la Administración de Recursos Hídricos. 2002 SIT N°78
9. Manual de Normas y Procedimientos Para la Administración de Recursos Hídricos. 2008 SIT N°156
10. Manual de Normas y Procedimientos del Departamento de Conservación y Protección de Recursos Hídricos. 2007 SIT N°132

iii. Jurisprudencia

i.- Constitucional

1. Tribunal Constitucional Rol Número 2079-11, Resolución de fecha 24 de julio de 2012
2. Tribunal Constitucional Rol Número 1992-22, Resolución de fecha 24 de julio de 2012
3. Tribunal Constitucional Rol Número 3146-16, Resolución de fecha 4 de julio de 2017

ii.- Judicial

1. Corte Suprema Rol Número 1849 del año 2006, Sentencia de fecha 30 de abril de 2007, disponible en vLex Global 314695014.
2. Corte Suprema Rol Número 1943 del año 2006, Sentencia de fecha 29 de marzo del año 2007, disponible en Poder Judicial.
3. Corte Suprema Rol Número 9654 del año 2009, Sentencia de fecha 24 de mayo de 2012, disponible en Microjuris Chile MJJ32165
4. Corte Suprema Rol Número 21.325 del año 2014, Sentencia de fecha 31 de marzo de 2015, disponible en vLex Global 563147426.

iii.- Administrativa

5. Dictamen CGR N° 30587, de 22 de agosto de 2017
6. Resolución DGA Araucanía exenta, N° 295, de 16 de abril de 2014.