

Santiago, cinco de julio de dos mil doce.

Vistos:

1º.- Que a fojas 1 don Alfredo Rock Tarud, contador auditor, domiciliado en calle Uno Norte N° 841, Block 2, Oficina D-1, Talca, ha deducido reclamación en contra de la Resolución D.G.A. N° 2.350, de fecha 10 de septiembre de 2010, dictada por el Director General de Aguas, la que pronunciándose sobre un recurso de reconsideración interpuesto por Tierra Arida S.A., relativa a la Resolución N° 1313 de 27 de julio de 2010, que había negado su solicitud de derecho de aprovechamiento no consuntivo, hizo lugar al mismo, dejando sin efecto la Resolución D.G.A. Región Bío Bío N° 1313 antes citada, a objeto de que se deje sin efecto la Resolución D.G.A. N° 1313 de fecha 27 de julio de 2010 y, en su lugar resolver que la solicitud de derechos de aprovechamiento efectuada por Tierra Arida S.A., adolece de defectos formales por cuanto, no señala la forma de medición entre los puntos de captación y restitución en la forma que exige el artículo 140 N° 3 del Código de Aguas, y en especial vulnera en este aspecto lo señalado en el Manual de Normas de Procedimientos del Departamento de Administración de Recursos Hidráulicos. En subsidio, si se considera que ello no es requisito legal, la medición entre el punto de captación y restitución debe efectuarse en línea recta y, en este caso la distancia señalada en la solicitud excede el límite de tolerancia de 200 metros, acorde a la normativa vigente.

Señala que inicialmente la solicitud en mención fue denegada, como lo indica el Informe Técnico, contenido en la minuta D.G.A. Ñuble N° 198 de 13 de julio de 2010, pues la distancia en línea recta entre la captación y restitución es de 8.169 metros, lo que difiere sustancialmente de lo señalado en la solicitud, lo que a juicio de dicha autoridad, constituye una infracción al artículo 140 N° 3 del Código de Aguas.

Indica que para acoger la reposición, la D.G.A., hizo suya la argumentación de Tierra Arida S.A., señalando que de la norma contenida en el artículo 140 N° 3, inciso 3° del Código de Aguas, se desprende que para el caso de los derechos no consuntivos, la ley sólo exige señalar la distancia entre el

punto de captación y restitución, sin indicación de que dicha medición debe hacerse en línea recta o sobre el cauce del río.

Señala que el Informe de Recurso de Reconsideración N° 326, de 1° de septiembre de 2010 del Departamento de Administración de Recursos Hídricos de la Dirección General de Aguas, indica que realizado un replanteo de los puntos de captación y restitución de la solicitud en cartografía digital escala 1:50.000 Datum 1956, se concluye que efectivamente la distancia entre el punto de captación y el punto de restitución, medida a través del trazado del cauce, es de 11.350 metros y el peticionario señala en su solicitud, que esta distancia es de 11.500 metros, por lo que la diferencia entre ambas magnitudes es de 150 metros, inferior a 200 metros, que es el rango de tolerancia aceptada por el Servicio, por lo que, la solicitud es admisible. Agrega el informe, que existen dos maneras de medir la distancia entre dos puntos, una es en línea recta entre ambos puntos, y la otra es siguiendo el trazado del cauce. Considerando que el peticionario no especifica la forma en que se midió esta distancia, corresponde verificar ambas maneras, y, si alguna de las distancias que se obtengan están dentro del margen de tolerancia, se entiende que la solicitud es procedente, no obstante lo cual, el Manual de Normas y Procedimientos del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, recomienda medir esta distancia en línea recta, ello no es una obligación que se le pueda imponer al solicitante. Transcribe el artículo 140 N° 3, señalando que la D.G.A. concluyó que la solicitud es legalmente procedente.

Indica que la D.G.A. al resolver como lo ha hecho, ha interpretado erróneamente el artículo 140 N° 3, al indicar que la ley sólo exige señalar la distancia entre el punto de captación y de restitución, sin indicación alguna de que dicha medición deba hacerse en línea recta o sobre el cauce del río.

Señala que esta interpretación, no se condice con el espíritu de la normativa, ya que respecto de una solicitud de derecho de aprovechamiento no consuntivo, la exigencia consiste en que además de indicar el o los puntos donde se desea captar el agua, se indicará además, el punto de restitución de las aguas y la distancia y desnivel entre la captación y la restitución. Por ello, debe indicar la

solicitud cómo se midió la distancia, aquella debe bastarse a sí misma, y que no sea la Dirección la que realice la interpretación de cómo se cumplió el requisito.

Por lo dicho, señala que Tierra Arida S.A., no cumplió con la norma, por lo que su solicitud debió denegarse, como había ocurrido originalmente.

Reitera que el Departamento Técnico estableció una diferencia de 150 metros, ello medido a través del trazado de cauce, en circunstancias que la lógica indica que ha de hacerse la medición en línea recta y, no habiendo la solicitante, Tierra Arida, indicado la forma de efectuar la medición, ha de aplicarse correctamente la manera de interpretar la ley acorde al artículo 21 del Código Civil, debiendo ser la línea recta necesariamente la manera de medir, y no habiéndose cumplido la medición en línea recta, no era procedente acoger el recurso de reconsideración.

Agrega que lo descrito afecta normas legales y constitucionales, entre ellas, el artículo 19 N° 24, 21 y 23, 6° del Código de Aguas y 141 inciso 3° del mismo cuerpo legal, todos los cuales transcribe en lo pertinente, para señalar que revivir la solicitud de Tierra Arida S.A., afecta la disponibilidad del recurso e impide la constitución de su derecho, en circunstancias que él ha cumplido con todas las exigencias legales.

En cuanto a los fundamentos para dejar sin efecto la resolución recurrida, en primer término indica que ésta vulnera la recta doctrina que gobierna la interpretación de las normas de derecho público, en este caso el artículo 131 del Código de Aguas. Señala que ha sido el órgano contralor el que reiteradamente ha sostenido: “ que la existencia de reglas precisas sobre la interpretación de la ley, contenidas en el Título Preliminar del Código Civil, no obsta al planteamiento sostenido por este Organismo Contralor en diversos dictámenes, los que a partir del oficio circular N° 70.118, de 1970, han informado que la interpretación de las normas de Derecho Público debe considerar la consecución de los fines que el legislador les ha asignado, añadiendo que estas consideraciones no significan ignorar o prescindir de tales reglas de hermenéutica, porque aunque ellas tienen carácter general, en la aplicación de la ley administrativa surgen problemas peculiares, derivados de su propia

naturaleza, de las materias a que se refieren y del sello dinámico que distingue a la acción administrativa que debe ser examinado según tales normas...”.

Indica que es evidente que la norma del artículo 140 N° 3 del Código de Aguas, precisa la manera en que ha de presentarse la solicitud del derecho, debiendo exigirse el cumplimiento de esta, en cuanto a que no puede existir error en la distancia entre el punto de captación y restitución. Aceptar lo contrario es entrar en el mundo de la incertidumbre y la confusión favoreciendo la falta de rigurosidad, todo ello en perjuicio suyo.

En segundo lugar, señala que la resolución reclamada importa además, una actuación contraria a la Constitución y la ley. Al efecto transcribe el artículo 2° de la Ley 18.575, Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado y el artículo 7° de la Constitución Política de la República, para concluir que la D.G.A., al dictar la resolución reconsideratoria, ha actuado vulnerando las normas transcritas, puesto que ha pasado por alto, sobre lo que han sido sus propias actuaciones en el pasado, y las vigentes, en especial el Manual de Normas y Procedimientos del Departamento de Administración de Recursos Hídricos, que recomienda medir esta distancia en línea recta, normativa vigente a la época de la solicitud de que se trata.

Por lo anterior es que deduce la presente reclamación.

2°.- Que a fojas 28 y siguientes informa la abogada jefe de la división legal de la Dirección General de Aguas doña Sandra Alvarez Torres, solicitando se rechace el recurso de reclamación deducido por la recurrente, con costas.

Previo a tratar el presente caso, explica el procedimiento a seguir para la constitución de derechos de aguas; la disponibilidad del recurso hídrico; las exigencias copulativas que han de concurrir y la denegación de aquella por omisión de alguno de los referidos requisitos, citando los artículos 130, 131 y 140 del Código de Aguas.

Señala que Tierra Arida S.A. solicitó la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas superficiales y corrientes en el río Ñuble, de uso no consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, por un caudal de 200 metros cúbicos por segundo en la provincia de Ñuble, que dio origen al expediente

administrativo ND-0801-6979. Indica que la referida petición fue denegada por la Resolución D.G.A. N° 1313 de 27 de julio de 2010, toda vez que se indicaba que la distancia en línea recta entre el punto de captación y el de restitución era de 8.169 metros, lo que difería de lo señalado en la solicitud, esto es, 11.500 metros, infringiéndose el artículo 140 N° 3 del Código de Aguas.

Señala que la peticionaria interpuso recurso de reconsideración en contra del referido acto administrativo, el que fue acogido por Resolución D.G.A. N° 2350 de fecha 10 de septiembre de 2010, toda vez que, realizado un replanteo de los puntos referidos en cartografía digital escala 1:50.000 Datum 1956, se concluyó que efectivamente la distancia entre los puntos de captación y restitución, medida a través del trazado del cauce, es de 11.350 metros, existiendo una diferencia con el antecedente del peticionario de 150 metros, la que es inferior a los 200 metros, que es el rango de tolerancia aceptado por el Servicio para el cálculo de la distancia, concluyéndose que el valor señalado en la solicitud era admisible.

Hace presente que existen dos formas de medir la distancia referida, una es en línea recta entre ambos puntos y la otra es siguiendo el trazado del cauce, y considerando que el peticionario no especificó la forma en que midió, corresponde verificar ambas maneras, obteniéndose el resultado ya señalado.

Señala que el recurrente ha indicado que era requisito indicar la forma de la medición. Al efecto indica que el artículo 140 del Código de Aguas previene lo siguiente: La solicitud para adquirir el derecho de aprovechamiento deberá contener: 3. El o los puntos donde se desea captar el agua y en el caso de los derechos no consuntivos, se indicará, además, el punto de restitución de las aguas y la distancia y desnivel entre la captación y la restitución. Estos requisitos son taxativos y la falta de uno de ellos, provoca que la petición sea legalmente improcedente, infringiéndose el artículo 141 inciso final del Código de Aguas. Sin embargo, la disposición nada dice acerca de la forma de medir la distancia entre el punto de captación y el de restitución, cuando se solicita un derecho de aprovechamiento no consuntivo. Por ello no corresponde que la D.G.A. exija una

metodología determinada, obligando al peticionario a efectuar una mención que la ley no exige.

En el caso de Tierra Arida, los datos proporcionados por ésta son correctos desde el punto de vista técnico, habiéndose hecho la medición en su caso a través del trazado del cauce, lo que replanteado arrojó la diferencia de 150 metros, inferior a 200 que es el rango de tolerancia aceptado por el Servicio.

Por otra parte, señala que el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos, aprobado por Resolución D.G.A. N° 3504, de fecha 17 de diciembre de 2008, en el N° 4.2.5 letra e) señala que: “Respecto a los errores asociados a la distancia y desnivel en las solicitudes de derechos no consuntivos, el criterio general será considerar como error máximo admisible en el desnivel 50 metros y en la distancia 200 metros”.

Agrega que dicho manual, en el punto 5.1.1 N° 7, recomienda que la referida distancia se mida en línea recta. Lo que constituye una simple recomendación, no exigiéndolo la ley.

En el caso de Tierra Arida S.A., el requisito de señalar la distancia entre el punto de captación y de restitución, se menciona correctamente, pues, al verificar dicha magnitud, a través del trazado del cauce, ella se encuentra dentro de los márgenes técnicamente aceptables.

Finaliza señalando que, de acuerdo a lo expuesto, la solicitud de derechos de que se trata no es incompleta ni errónea, como lo sostiene el reclamante, puesto que ella contiene la mención expresa de señalar la distancia entre el punto de captación y el punto de restitución de las aguas, siendo tal dato correcto, ya que medido, a través del trazado del cauce natural, la magnitud consignada se encuentra dentro de los rangos de tolerancia aceptados por el Servicio.

Por lo anterior, es que solicita se rechace con costas el recurso de reclamación deducido por don Alfredo Rock Tarud.

3°.- Que, a fojas 110, el recurrente acompañó ortofoto con red de canales Ciren, con las medidas de los puntos de captación y restitución tanto en línea recta, como por el cauce del río, de la solicitud de Tierra Arida S.A., los que exceden el rango permitido.

4°.- Que, a fojas 125, don Benjamín Morales Palumbo, abogado, en representación de Tierra Arida S.A., señala que, de conformidad lo establecen los artículos 132 y 134 inciso 1° del Código de Aguas y 35 de la Ley 19.880, un tercero sólo durante la tramitación de su oposición y sólo ante la D.G.A., puede rendir prueba con la que pretenda justificar su oposición, no existiendo otra oportunidad.

Por otra parte, objeta el documento relacionado en el considerando anterior, en razón de tratarse de un instrumento privado confeccionado en forma ad hoc por un tercero que no lo ha reconocido, no constándole a su representada su autenticidad ni integridad.

5°.- Que en cuanto a la objeción del documento referido en el motivo precedente, cabe tener presente que Tierras Aridas S.A., no ha señalado en qué consistiría la falta de autenticidad o integridad a que alude, por lo que necesario será desestimar la objeción de que se trata.

6°.- Que, la recurrente aparejó a fojas 110 el documento que se menciona en el considerando 3°) de la presente sentencia en apoyo de sus pretensiones, el que no logra desvirtuar las aseveraciones de la reclamada.

7°.- Que, entre los requisitos que han de concurrir para que prospere la solicitud de aprovechamiento de aguas, entre otros, se indica en el inciso final del N° 3 del artículo 140 del Código del ramo, que en el caso de los derechos no consuntivos, se indicará, además, el punto de restitución de las aguas y la distancia y desnivel entre la captación y la restitución.

8°.- Que, del expediente administrativo ND-0801-6980, tenido a la vista, consta que Tierra Arida S.A. indicó con claridad la distancia entre el punto de captación y el de restitución, como asimismo el desnivel entre estas.

9°.- Que, cabe tener presente que el Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos-2008, aprobado por la Resolución D.G.A. Exenta N° 3504 de 17 de diciembre de 2008, el que tiene la calidad de documento oficial de la D.G.A., posibilita la existencia de una diferencia de hasta 100 metros entre la ubicación dada por el peticionario y la verificada por el

Servicio respecto de la individualización del punto de captación y del de restitución.

Por otra parte, el referido manual en lo que dice relación con los errores asociados a la distancia y desnivel existente entre el punto de captación y el de restitución, en las solicitudes de derechos no consuntivos, determina considerar como error máximo admisible en el caso del desnivel 50 metros y en el caso de la distancia, hasta 200 metros.

10°.- Que consta que se practicó el replanteo de los puntos de captación y restitución de la solicitud de la recurrente en la cartografía digital escala 1:50.000 Datum 1956, obteniéndose como resultado una diferencia de 150 metros, la que se encuentra dentro del margen que permite el Manual referido en el considerando anterior, por lo que era procedente acoger el recurso de reconsideración deducido por Tierras Aridas S.A., por parte de la D.G.A., como ha ocurrido en la especie.

11°.- Que por lo reflexionado en los motivos precedentes, se debe concluir que la Dirección General de Aguas actuó dentro del marco jurídico vigente, al acoger el recurso de reconsideración que la reclamante Tierra Arida S.A., interpusiera respecto de la Resolución D.G.A. N° 1313 de 27 de julio de 2010 que rechazara la solicitud de constitución de un derecho de aprovechamiento no consuntivo de aguas superficiales y corrientes del río Ñuble, de ejercicio permanente y continuo, por caudal de 200 m³/s.

Por estas consideraciones y atendido lo expresado en las disposiciones legales citadas, **se rechaza** el recurso de reclamación deducido en lo principal de fojas 1 por don Alfredo Rock Tarud, en contra de la Resolución D.G.A. N° 1313 de 27 de julio de 2010.

Redacción de la Ministro (S) Sra. Gloria Solís R.

Rol: N° 5807-2010.

Pronunciada por la **Tercera Sala** de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago, presidida por el Ministro señor Mauricio Silva Cancino e integrada por la Ministro (S) señora Gloria Solís Romero y Abogado Integrante señora Teresa Alvarez Bulacio, quien no firma por encontrarse ausente, no obstante haber asistido a la vista de la causa..