

COMENTARIO*:

**LOS CAUCES NATURALES COMO BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO.
EL CASO DE LAS CORRIENTES DISCONTINUAS FORMADAS POR AGUAS
PLUVIALES CUYO CAUCE CRUZA VARIAS PROPIEDADES RIBEREÑAS**

Alejandro Vergara Blanco
Profesor de Derecho de Aguas
Pontificia Universidad Católica de Chile

Este trabajo tiene por objeto efectuar un comentario crítico de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de 19 de octubre de 1998, que acogió un recurso de reclamación en contra de una resolución de la Dirección General de Aguas (en virtud del artículo 137 Código de Aguas), organismo este que, actuando como un Tribunal Especial (arts. 73 Constitución y 134 inciso 2° Código de Aguas: “dirima la cuestión”), rechazó una oposición a una solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas a captarse desde un pozo profundo ubicado en el lecho de un cauce natural (estero Los Molles).

* Este comentario se inscribe dentro del Proyecto Fondecyt N° 1990554, años 1999-2000.

2°) Que la Dirección General de Aguas, en las resoluciones recurridas reconoció que el estero Los Molles se encuentra inserto en menor extensión, dentro del inmueble de dominio privado, inscrito a fs. 279, N° 285 Bis en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de La Ligua del año 1988;

3°) Que para rechazar el recurso de reconsideración deducido por los reclamantes en contra de las resoluciones de esa Dirección General de Aguas N°s. 242 y 241, ambas del año 1996 que rechazaron las oposiciones a la solicitud de aprovechamiento de aguas subterráneas en el citado estero, formulada por Comercial e Inmobiliaria Paz S.A., el organismo reclamado tuvo como fundamento que el estero Los Molles, es un cauce natural, cuya naturaleza jurídica es la de un bien nacional de uso público, la que se encuentra plenamente reconocida en la Carta Geográfica El Arrayán, del Instituto Geográfico Militar escala 1:25.000 y por la Secretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la Quinta Región en su ordinario N° 2.621 de 1994, y también reconocida como tal por la I. Municipalidad de La Ligua, Corporación que otorgó al peticionario, la autorización respectiva;

4°) Que el artículo 31 del Código de Aguas establece una excepción a la regla establecida en el artículo 30 del mismo Código y en el mismo

artículo 31, en cuanto a que es de dominio público el álveo y cauce natural de una corriente, constituida por el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas; y los álveos de corrientes discontinuas de uso público. Es así como indica: "*Se exceptúan los cauces naturales de corrientes discontinuas formadas por aguas pluviales, los cuales pertenecen al dueño del predio*";

5°) Que ante la controversia suscitada por los reclamantes, propietarios del predio surcado por el citado estero, en orden a que su cauce se encuentra en la situación de excepción a que se refiere la disposición antes reproducida, esta Corte solicitó como medida para mejor resolver, que el Ministerio de Bienes Nacionales le informara lo resuelto en el expediente rol N° 930.108 sobre fijación de deslindes del estero Los Molles que se sigue en la Secretaría Regional Ministerial V Región, en relación a si el citado cauce constituye una corriente de uso público, o bien, por su naturaleza es un cauce privado.

Dando cumplimiento a lo solicitado, la Ministra de Bienes Nacionales, señora Adriana Delpiano Puelma, informó a fs. 191 que por oficio ordinario N° 690, de 23 de marzo de 1998, el señor Subsecretario de Bienes Nacionales comunicó a la empresa requirente que "conforme a los estu-

a. La sentencia anterior es a nuestro juicio errónea¹, dado que declara con demasiada simpleza una verdadera "*desafectación*" de un cauce natural, sin considerar un análisis atento de las atribuciones administrativas relativas a la delimitación y administración de los bienes nacionales de uso público (I); tampoco respeta el estatuto de los cauces naturales como bienes públicos, contenido tanto en la legislación civil como en la especial de aguas (II); todo lo cual impidió, de manera injusta y errónea, el acceso de un particular a la titularidad de un derecho de aprovechamiento de aguas (III).

b. Trátase este caso de un recurso de reclamación interpuesto por Jorge Godoy Saldía y Emilio Eva Araya, en contra de dos resoluciones de la Dirección General de Aguas que (actuando como Tribunal Especial) rechazó sus oposiciones a la solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, presentadas por la sociedad Comercial e Inmobiliaria Paz S.A., a captarse desde un pozo profundo ubicado en el cauce del estero Los Molles. Según los oponentes, el cauce del estero señalado es de su propiedad, y, a partir de tal hecho, no podían constituirse derechos de aguas sin su autorización.

Los fundamentos de la Dirección General de Aguas para rechazar la oposición deducida se consignan en las Resoluciones DGA N°s. 1.166 y 1.167 de 1997 (de las que se reproduce ahora solo una de ellas, dado que son idénticas) se basan fundamentalmente en el hecho de constituir el estero Los Molles un bien nacional de uso público, lo que posibilita la constitu-

¹ Los errores jurídicos que contiene esta sentencia, lamentablemente, no pudieron ser conocidos y fallados (como "infracciones de ley", según la ley procesal) por el Tribunal de Casación (la Corte Suprema), dado que este último Tribunal declaró desistido el recurso de casación en el fondo, aplicando una sanción inexistente en el texto de la ley procesal, como lo concluye con razón para este mismo caso, en un comentario, Alejandro Romero Seguel, *La caducidad por incumplimiento de cargas procesales*, en: "*Revista Chilena de Derecho*", vol. 27 N° 1(2000), pp. 415-420. A partir de un análisis completo de la causa es posible concluir que dos tribunales de la República emitieron sentencias profundamente erróneas, tanto en materia de leyes de aguas como de leyes procesales, lo que produjo una situación inícuca: la pérdida de los derechos de aguas de un legítimo titular: *ningún error jurídico es gratuito!*

dios geomorfológicos e hidráulicos efectuados por la Dirección de Vialidad, Departamento de Obras Fluviales, y jurídicos realizados por la División Jurídica de este Ministerio, se estableció que el inmueble comprendido entre la desembocadura del estero Los Molles, hasta 1.000 metros aguas arriba, en el punto atravesado por la Ruta 5 de la Carretera Norte, comuna de La Ligua, de la Quinta Región, que se individualiza como Lote N° 14 de la ex Hacienda Huaquén, es un inmueble de propiedad privada". Los informes geomorfológicos e hidráulicos en que se sustenta tal declaración, señalan que el estero citado corresponde a la cuenca costera de la zona semiárida de Chile. "No posee escurrimiento superficial, salvo en temporada de lluvias abundantes"; pero sí existen recursos subterráneos susceptibles de ser aprovechados por captación. Concluye que, en consecuencia, y atendida la calidad jurídica de bien privado del estero Los Molles, no es procedente aplicar las normas del Decreto Supremo N° 609 de 1978, cuyas normas guardan relación con el Código de Aguas en la materia analizada;

6°) Que atendido el mérito del informe referido en el considerando anterior, no cabe más que concluir que las Resoluciones reclamadas (1.166 y 1.167, de 1997) se fundaron en una errada apreciación de la naturaleza jurídica del estero Los

Molles, la que fue desvirtuada por los informes geomorfológicos e hidráulicos allegados al expediente sobre fijación de deslindes que se tramitó en la Secretaría Regional Ministerial de la Quinta Región con el N° 930.108;

Por estas consideraciones y lo dispuesto en el artículo 136 del Código de Aguas, artículo 1°, letra b) del DL 3273 de 1980; artículo 16 N° 6 y 7 del DL 575 del año 1974; DS 609 de 31 de agosto de 1978, publicado en el Diario Oficial de 24 de enero de 1979, artículo 4° letra c), se declara que se acoge la reclamación deducida en lo principal de fs. 39, en contra de las resoluciones N°s. 1.166 y 1.167 de la Dirección General de Aguas de 9 de mayo de 1997 y, en consecuencia, se declara que se niega lugar a la solicitud de aprovechamiento de aguas subterráneas solicitadas por don Andrés Obrecht Gómez en representación de Comercial e Inmobiliaria Paz S.A. en el Estero Los Molles.

2. "SENTENCIA" DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS (ACTUANDO COMO TRIBUNAL ESPECIAL, CONOCIENDO EN PRIMERA INSTANCIA LA ACCIÓN DE OPOSICIÓN Y POSTERIOR RECONSIDERACIÓN)

"REF.: Rechaza recurso de reconsideración deducido por don Emilio Eva Araya, por sí y en

ción de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas cuyo pozo de captación quede situado en el lecho de tal estero.

En virtud de los antecedentes señalados queda en evidencia que el problema central consistió en determinar la naturaleza jurídica del cauce y estero Los Molles, sobre el cual el solicitante obtuvo, primero, un derecho a explorar aguas subterráneas, y luego de encontrar aguas presentó la solicitud de concesión de explotación de aguas subterráneas, a las que se presentó oposición, y que fue fallada por la sentencia (resolución de la Dirección General de Aguas) de la instancia.

I. ATRIBUCIONES RELATIVAS A LA ADMINISTRACIÓN Y DELIMITACIÓN DE LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO

a. En cuanto a las competencias de la Administración en materia de bienes públicos, el inciso 2° del artículo 1° del Decreto Ley N° 1939, de 1977 del Ministerio de Bienes Nacionales, dispone: "(...) [E]l Ministerio ejercerá las atribuciones que esta ley le confiere respecto de los bienes nacionales de uso público, sobre los cuales tendrá, además, un control superior, sin perjuicio de la competencia que en la materia le asignan leyes especiales a otras entidades"².

La norma indicada confiere expresas atribuciones al Ministerio de Bienes Nacionales sobre bienes nacionales de uso público, sin perjuicio de las facultades que sobre esos bienes

² Vid. además: artículos 19, incisos 1° y 2°; 64 inciso 2° del Decreto Ley N° 1939, de 1977 del Ministerio de Bienes Nacionales; Art. 3° Decreto Ley N° 3.274, de 1980, que fija la Ley Orgánica del Ministerio de Bienes Nacionales; artículo 14 letra e) y 91° a 101° de la ley N° 15.840, de 1964 y del DFL N° 206, de 1960, cuyo texto refundido fue fijado por el DFL N° 850, de 1997; DFL N° 2.090, de 1993; art. 2 de la Ley N° 18.575, de 1986, Orgánica Constitucional de Bases de Administración del Estado; y 38 de la Constitución.

representación de don Sergio de las Mercedes Arancibia Berríos y otros, en contra de la Resolución DGA V Región N° 241, de 1994.

Con esta fecha el Director General de Aguas ha resuelto lo que sigue:

Santiago, 9 de mayo de 1997

DGA N° 1.167 /

Vistos:

La solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas presentada por don Andrés Obrecht Gómez, en representación de Comercial e Inmobiliaria Paz S.A., en la comuna de La Ligua, provincia de Petorca, V Región, a que se refiere el expediente administrativo ND-V-1-1297; el tenor de la Resolución DGA V Región N° 241, de 12 de marzo de 1996; el recurso de reconsideración deducido por don Emilio Eva Araya, por sí y en representación de don Sergio de las Mercedes Arancibia Berríos y Otros, con fecha 4 de abril de 1996; el Ord. N° 117 de fecha 9 de mayo de 1997, del Abogado Jefe del Departamento Legal; las facultades que me confieren los artículos 136 y 139 del Código de Aguas; y

Considerando:

Que don Andrés Obrecht Gómez, en representación de Comercial e Inmobiliaria Paz S.A., presentó una solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, de uso consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, en la comuna de La Ligua, provincia de Petorca, V Región, a que se refiere el expediente administrativo de esta Repartición individualizado con la sigla ND-V-1-1297.

Que a la referida solicitud se opuso don Emilio Eva Araya, por sí y en representación de don Sergio de las Mercedes Arancibia Berríos y Otros, en los términos del artículo 132 del Código de Aguas, con fecha 27 de septiembre de 1995, la que fue rechazada por este Servicio, por medio de la Resolución DGA V Región N° 241, de 12 de marzo de 1996.

Que en la referida Resolución DGA V Región N° 241, de 1996, se tuvo presente, entre otras consideración, que este Servicio por medio de la Resolución DGA N° 93, de 1994, había autorizado a Comercial e Inmobiliaria Paz S.A., a explorar aguas subterráneas en un área del cauce del estero Los Molles, considerado bien nacional de uso público, naturaleza jurídica que, en todo caso, se encontraba expresamente reconocida por la Se-

tienen otras entidades como es el caso de las Municipalidades (artículo 5° letra c) de la Ley N° 18.695, de 1988, Orgánica Constitucional de Municipalidades), la Dirección General de Aguas en los artículos 299 y 300 del Código de Aguas. Los organismos competentes para determinar la naturaleza jurídica de un bien nacional de uso público son los señalados, y en especial, el Director General de Obras Públicas, a través de la Dirección de Obras Fluviales, como lo señala el artículo 14 letra e) del DFL 850, de 1997.

En el caso de los cauces de ríos, la letra B) 4 del Decreto Supremo N° 609, de 1978 del Ministerio de Bienes Nacionales, publicado en el Diario Oficial de 24 de enero de 1979, dispone que: *"Para los efectos de determinar cuáles son los terrenos que constituyen cauces de los ríos, lagos y esteros, los organismos que deberán actuar en estos casos, considerarán, las normas siguientes, sin perjuicio de las demás de orden técnico que deban aplicarse"*. De este modo, es posible colegir una repartición dotada de competencia al respecto.

b. Los incisos 1° y 2° del artículo 19 del Decreto Ley N° 1.939 disponen:

"La Dirección, sin perjuicio de las facultades que le competen a los Intendentes Regionales y Gobernadores Provinciales, cuidarán que los bienes fiscales y nacionales de uso público se respeten y conserven para el fin a que están destinados. Impedirá que se ocupe todo o parte de ellos y que se realicen obras que hagan imposible o dificulten el uso común, en su caso".

"Los bienes raíces del Estado no podrán ser ocupados si no mediare una autorización, concesión o contrato originado en conformidad a esta ley o de otras disposiciones legales especiales".

Además, el artículo 64, inciso 2° del Decreto Ley 1.939, dispone:

cretaría Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la V Región, en su Ord. N° 2.621, de 1994, como, además, el peticionario contaba con la autorización respectiva de la Ilustre Municipalidad de La Ligua.

Que, con fecha 4 de abril de 1996, don Emilio Eva Araya, por sí y en representación de don Sergio de las Mercedes Arancibia Berríos y Otros, interpuso recurso de reconsideración en contra de la citada Resolución DGA V Región N° 241, de 1996, en atención a que él conjuntamente con otras personas es dueño de un predio denominado lote N° 14, de la segunda porción denominada El Sauce, que es parte de la Hacienda Huaquén, en cuyos deslindes se encontraría ubicada la captación solicitada por Comercial e Inmobiliaria Paz S.A., lo cual justifica con copia de la inscripción de dominio y unos planos que se encontrarían agregados en los expedientes administrativos ND-V-1-644 y ND-V-1-645.

Que el recurrente agrega que los citados documentos acreditan tanto la posesión inscrita del predio antes individualizado, del cual es titular conjuntamente con otros, como la circunstancia de encontrarse la obra de captación a que se refiere la solicitud de Comercial Inmobiliaria Paz S.A., dentro de él, por lo que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 700 del Código Civil, esto es, que el poseedor es reputado due-

ño, mientras otra persona no justifique serlo, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 58 del Código de Aguas, Comercial e Inmobiliaria Paz S.A. no ha podido explorar aguas subterráneas sin previo acuerdo con el dueño del predio.

Que el recurrente solicita se tenga presente lo obrado en los expedientes administrativos ND-V-1-644 y ND-V-1-645, toda vez que lo que se discute en estos antecedentes, ya ha sido resuelto en aquellos a su favor.

Que el presente recurso de reconsideración debe ser rechazado, en atención a los fundamentos que a continuación se exponen:

- Que se hace necesario dejar constancia que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, como asimismo, deben actuar dentro de su competencia y en la forma que prescribe la ley, de conformidad con lo establecido en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República; razón por la cual, los actos administrativos emanados de este Servicio deben ajustarse íntegramente a la legalidad vigente, en especial a las normas contenidas en la Constitución Política y en el Código de Aguas, como al resto del ordenamiento legal.

“Asimismo, por razones fundadas podrán desafectarse de su calidad de uso público determinados inmuebles. En estos casos el decreto deberá ser firmado, además, por el Ministro de Vivienda y Urbanismo o por el Ministro de Obras Públicas, según corresponda”.

Ambas normas son claramente infringidas por la sentencia comentada.

En virtud del artículo 64 citado, solo pueden desafectarse de su calidad de uso público los inmuebles del Estado, por razones fundadas, necesitándose, además, que el decreto correspondiente sea firmado por los Ministros de Estado que señala la norma.

Pues bien, la sentencia comentada declara o reconoce una verdadera desafectación de un bien nacional de uso público, con el solo mérito de un “informe” del Ministerio de Bienes Nacionales; informe este que no solo es ilegal pues contiene una declaración emitida por un órgano sin competencia para ello; sino que también es erróneo (contradiendo la naturaleza de las cosas), al señalar que un estero que cruza varias propiedades particulares, y que desemboca en el mar (caso del estero Los Molles) no constituye un bien nacional de uso público³.

³ Este “informe” contradice lo señalado en sentido contrario por la Dirección General de Aguas en la Resolución DGA N° 93, de 1994, por medio de la cual se autoriza expresamente a la Sociedad Comercial e Inmobiliaria Paz S.A., para explorar aguas subterráneas en el bien nacional de uso público, denominado estero Los Molles; por el Departamento de Obras Fluviales, de la Dirección de Vialidad del Ministerio de Obras Públicas, en su Oficio N° 407, de 25 de marzo de 1994; por la Ilustre Municipalidad de La Ligua, al otorgar la autorización correspondiente a Comercial e Inmobiliaria Paz S.A. para que explorara en el bien nacional de uso público, estero Los Molles; y a la Carta “El Arrayán” escala 1: 25.000 del Instituto Geográfico Militar, en la que aparece claramente que el estero Los Molles constituye un cauce natural, esto es, un bien nacional de uso público (al respecto, debe tenerse presente que de conformidad con lo previsto en el DFL N° 2.090, de 1993, el Instituto Geográfico Militar constituye con carácter permanente la autoridad oficial en representación del Estado, en todo lo que se refiere a geografía, levantamiento y confección de cartas del territorio). Véase antecedentes de la causa que se ofrece en sentencia publicada en *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, cit., pp. 64-65.

- Que este Servicio al momento de discernir sobre la constitución originaria de un derecho de aprovechamiento, de acuerdo a lo establecido en los artículos 22, 130 y siguientes, en especial, lo dispuesto en el inciso final del artículo 141 del Código de Aguas, debe comprobar que exista disponibilidad física y jurídica de las aguas, que la solicitud sea legalmente procedente, y que no exista perjuicio ni menoscabo a derechos de terceros.
- Que la falta absoluta de estas tres consideraciones fundamentales como de alguna de ellas, conlleva necesariamente, como incluso lo ha sostenido la reiterada y uniforme jurisprudencia de la Contraloría General de la República, la denegación de la respectiva solicitud.
- Que respecto de una solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas es requisito *sine qua non* la existencia de un pozo que permita a través de él extraerse desde el respectivo acuífero, los caudales solicitados, y, consiguientemente, ejercer el derecho de aprovechamiento que se constituye.
- Que, asimismo, es de importancia la ubicación en que el pozo se encuentra, esto es, si lo está en un predio de dominio público, de dominio fiscal o de dominio privado, para los efectos de las autorizaciones a que se refiere el artículo 22 de la Resolución DGA N° 186, de 1996.
- Que en la especie, la cuestión debatida se relaciona precisamente en cuanto a la naturaleza jurídica del bien en el que se encuentra ubicada la captación. Así, el recurrente dice que son de propiedad privada, según los respectivos títulos, en cambio, el peticionario señala que son bienes nacionales de uso público.
- Que en relación con la cuestión debatida deben tenerse presente lo dispuesto en las normas contenidas en los artículos 30, 31, 33 y 59 del Código de Aguas; artículo 1° transitorio, 19 y siguientes de la Resolución DGA N° 186, de 1996; lo dispuesto en el Decreto N° 609, del Ministerio de Tierras y Colonización (hoy, de Bienes Nacionales), de 1979; y artículos 582, 589 y siguientes, 700 y siguientes del Código Civil. Normas que deben ser interpretadas en forma armónica y sistemática.
- Que de lo preceptuado en las normas legales citadas precedentemente, se puede establecer que los bienes nacionales de uso público son aquellos que la ley señala, mientras otra ley no los desafecte de su calidad de tal, razón por la cual, deben ser ellos reputados por tales; en ese sentido, deben considerarse tanto los cauces y álveos, de una corriente continua o discontinua, de uso público, toda vez que la

Es importante señalar que la sentencia también infringe lo dispuesto en la Ley 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de Administración del Estado, en sus artículos 2° y 3° inciso 2°, ambos en concordancia con los artículos 1° incisos 4° y 5°; 5° inciso 2°; y, 6° y 7° de la Constitución, en cuanto a la manera que deben y pueden actuar los órganos de la Administración del Estado.

c. De acuerdo a la Constitución, los órganos que forman parte de la Administración del Estado, como lo es el Ministerio de Bienes Nacionales, deben someter su acción a la Constitución y a las leyes, debiendo actuar dentro de su competencia, y sin más atribuciones que las que le otorgue el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, de conformidad al Decreto Supremo N° 609, de 1978, el Ministerio de Bienes Nacionales se encuentra facultado para fijar los deslindes de los bienes nacionales de uso público que constituyen cauces de los ríos, lagos y esteros, pero no se encuentra facultado para determinar por sí y ante sí, la naturaleza de un cauce, ni menos para determinar aquellos cauces de corrientes discontinuas formadas por aguas pluviales, más aún cuando tal declaración se encuentra en abierta contradicción con lo señalado por la Dirección General de Aguas, por el Departamento de Obras Fluviales, por la Municipalidad de La Ligua, y por las Cartas Oficiales del Instituto Geográfico Militar.

Pues bien, la sentencia infringe la ley al otorgarle a un mero "informe" del Ministerio, no emitido como acto terminal de tramitación administrativa alguna, un efecto decisorio en una materia que se encuentra fuera de la competencia de ese organismo. Los sentenciadores han dejado de aplicar las normas precisas del Código de Aguas y del DFL N° 850, de 1997, que establecen facultades a favor de otros órganos de la Administración para determinar la naturaleza de un bien nacional de uso público; es más grave aún el error jurídico de los sentenciadores pues no consideraron los informes de los otros órganos administrativos (como

- ley dispone expresamente que tienen dicha calidad jurídica.
- Que se infiere, además, que las riberas o márgenes de un álveo o cauce de dominio público compete fijarlas al hoy Ministerio de Bienes Nacionales a través del procedimiento establecido en el Decreto N° 609, de 1979.
 - Que en dicho procedimiento de deslinde se debe oír previamente al Departamento de Obras Fluviales de la Dirección General de Obras Públicas, el cual deberá agregar un informe técnico con un plano de la zona del río, lago o estero cuyo deslinde se trata de fijar, indicando dicho deslinde.
 - Que frente a la solicitud de Comercial e Inmobiliaria Paz S.A. de fijación de deslinde en el estero Los Molles, el Departamento de Obras Fluviales de la Dirección General de Obras Públicas mediante el Oficio Ord. N° 7.993, de fecha 12 de septiembre de 1996, dirigido al Sr. Secretario Regional Ministerial de Bienes Nacionales de la V Región, evacua el correspondiente informe, adjunta plano y fija el deslinde correspondiente.
 - Que a este respecto debe tenerse presente el mérito del certificado, acompañado por la parte del peticionario de autos, esto es, Comercial e Inmobiliaria Paz S.A., emitido por la Sra. Secretaria Ministerial de Bienes Nacionales de la V Región, contenido en el Oficio N° 564, de 19 de febrero de 1997, en cuanto a lo obrado en el expediente N° 930.108, que da cuenta del hecho de haberse emitido el informe de la Dirección de Obras Fluviales, que la superficie del bien nacional de uso público estero Los Molles se encuentra inserta, en menor extensión, dentro del inmueble de dominio privado inscrito a fs. 270, N° 285 bis, en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de La Ligua, del año 1988, y, que del análisis legal y técnico de lo obrado en el expediente citado, puede concluirse que corresponde seguir adelante el procedimiento en vista de dictar el decreto respectivo que, en forma definitiva, fije los deslindes de dicho bien nacional de acuerdo al informe y plano de la citada Dirección.
 - Que resulta pertinente dejar constancia que constituye una consecuencia natural de la afectación de un bien de dominio público, que el respectivo bien quede fuera del denominado tráfico jurídico entre privados, puesto que ellos solo pueden ser dedicados al uso general de los habitantes, según su naturaleza, y no pueden ser enajenados por estar fuera del comercio jurídico. A este respecto deben tenerse presente, además, los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad

se reconoce en la propia sentencia), los cuales sí son competentes para determinar, de acuerdo a la ley, si un cauce tiene naturaleza de bien público.

Así ha dicho la jurisprudencia administrativa, que es a la Dirección General de Obras Públicas a la que le corresponde esta determinación, de acuerdo a la disposición legal citada (art. 14 DFL 850, de 1997), y que fue abiertamente infringida por la sentencia de la Corte de Apelaciones⁴.

II. NORMAS DEL CÓDIGO CIVIL QUE DEFINEN Y REGULAN LOS BIENES NACIONALES DE USO PÚBLICO, EN RELACIÓN CON LAS NORMAS DEL CÓDIGO DE AGUAS QUE REGLAMENTAN LOS CAUCES NATURALES

La sentencia desconoció la calidad de bien nacional de uso público de un bien específico, quebrantando lo previsto en los artículos 589, 590, 1.105 y 2.498 del Código Civil, en relación con los artículos 3º, 10, 11, 20, 30, 31, 32 y 33 del Código de Aguas.

a. En efecto, el artículo 589 del Código Civil dispone que: *“Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos”*.

⁴ Ver Dictamen N° 10.497, de 1995, de la Contraloría General de la República, publicado en *“Revista de Derecho de Minas y Aguas”*, vol. VI (1995), pp. 296-298.

- que informan la teoría de los bienes integrantes del dominio público, y que en la especie son absolutamente atendibles.
- Que resulta del caso señalar que la Contraloría General de la República ha dispuesto, en el dictamen N° 5.485, de 23 de octubre de 1957, que respecto de un bien afecto al dominio público el Estado solo tiene a su respecto ciertos atributos del dominio expresados en facultades de policía, tuición, administración y vigilancia, pues ellos no pertenecen al Fisco —expresión patrimonial del Estado— ni tampoco podrían pasar a formar parte del dominio fiscal a menos que se desafecten, porque dentro de este no existen bienes que tengan esa calidad. El derecho de propiedad que tiene el Fisco sobre tales bienes no es el del artículo 582 del Código Civil.
 - Que en consecuencia, si el Estado no es dueño de los bienes nacionales de uso público, menos lo pueden ser las personas privadas naturales o jurídicas, en atención a que dicho bien está fuera del comercio jurídico, y respecto de los cuales no ha podido operar ni prescripción ni enajenación, en su sentido más amplio.
 - Que la existencia de un bien de dominio privado inscrito, en una mayor o menor extensión, al interior de un bien de dominio nacional de uso público, en caso alguno autoriza a concluir, conforme a derecho, que dicho bien nacional se ha desafectado de su calidad de tal, pues solo la ley constituye el mecanismo idóneo y jurídico para efectuarla; como asimismo otorgue a su titular la facultad de deducir legítima y fundada oposición a aquellas solicitudes de derecho de aprovechamiento de aguas cuyos puntos de captación se encuentran en alguna zona o área de dicho bien nacional.
 - Que cabe dejar constancia que, en opinión de este Servicio, se encuentra suficientemente acreditado en el expediente ND-V-1-1.297, a que ha dado lugar la solicitud de Comercial e Inmobiliaria Paz S.A., que el pozo a que se refiere se encuentra dentro del bien nacional de uso público denominado estero Los Molles, propiamente tal, dentro del cauce del citado cauce natural.
 - Que dicha opinión se encuentra fundada, entre otros documentos, del mérito de la Resolución DGA N° 93, de 1994; del Ord. N° 2.621, de 1994, de la Seremi de Bienes Nacionales de la V Región; del informe técnico N° 22, con fecha 12 de marzo de 1996, emitido por el funcionario de este Servicio, don Luis Espinoza Altamirano, y, a mayor abundamiento, del informe técnico del organismo competente de

Por su parte, el artículo 598 del mismo Código señala que: *“El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen”*.

Además, el artículo 1105 del Código Civil priva de toda validez a los actos jurídicos relativos a los bienes nacionales de uso público; y el 2.498 impide que se adquiera por prescripción los bienes nacionales de uso público, pues estos se encuentran fuera del comercio humano.

Del estudio de las normas indicadas aparece de manifiesto que el uso de los bienes nacionales de uso público debe otorgarse de acuerdo a ordenanzas especiales, esto es, a través de lo que señala especialmente el Código de Aguas.

b. Así, una vez determinada la naturaleza jurídica de bien nacional de uso público de un bien, como ocurrió en este caso con el estero Los Molles, el órgano competente podrá otorgar las concesiones a que haya lugar. Lo que se debía determinar era precisamente la naturaleza jurídica de tal bien, y eso queda de manifiesto en los artículos 3°, 10, 11, 20, 30, 31, 32 y 33 del Código de Aguas.

El artículo 3° del Código de Aguas establece el principio de la unidad de la corriente, incluyendo en estos todas las corrientes, continuas y discontinuas. En seguida, los artículos 10 y 11 del Código de Aguas, que se refieren a las aguas pluviales o aguas lluvias, solo otorgan un derecho sobre ellas, mientras se mantengan en el predio de un particular, cambiando la situación cuando caen en cauces nacionales de uso público. El artículo 20 de tal Código contiene la *única hipótesis legal de terrenos y aguas de uso privado*, que es cuando estas

fijar los deslindes de los bienes nacionales de uso público, según consta de aquel a que se refiere el Oficio Ord. N° 7.993, de 12 de septiembre de 1996, del Departamento de Obras Fluviales de la Dirección General de Obras Públicas dirigido al señor Secretario Ministerial de Bienes Nacionales de la V Región.

- Que, asimismo, debe señalarse que el procedimiento de deslinde del citado bien nacional a que se refiere el expediente de este Servicio, si bien no se encuentra terminado, ello en caso alguno puede ser desconocido por esta autoridad, menos aún, el estado en que se encuentra, en particular, que en la zona a deslindar se ha establecido fehacientemente la existencia de un bien nacional de uso público plenamente vigente y respecto del cual no es posible alegar título de propiedad privada alguna, sin contrariar el derecho.
- Que en virtud de lo expuesto y de las normas invocadas, procede rechazar el recurso de reconsideración en análisis.

Resuelvo:

1. Recházase el recurso de reconsideración deducido, con fecha 4 de abril de 1996, por don Emilio Eva Araya, por sí y en representación de don Sergio de las Mercedes Arancibia Berríos y

Otros, en contra de la Resolución DGA V Región N° 241, de 1996, que a su turno denegó la oposición deducida por el recurrente a la solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, presentada por Comercial e Inmobiliaria Paz S.A. a que se refiere el expediente de este Servicio ND-V-1-1297.

2. Notifíquese la presente resolución al abogado del recurrente, don Sergio de Ferrari Jullian, en el domicilio designado para estos efectos dentro del radio urbano de la ciudad de Santiago, esto es, en calle Huérfanos N° 1022, oficina 1.106.

3. Desígnase a la funcionaria del Departamento Legal de la Dirección General de Aguas, doña Viviana Muñoz Rodríguez, para los efectos de notificar la presente resolución, en los términos establecidos en el artículo 139 del Código de Aguas, al recurrente antes individualizado.

Anótese y notifíquese.

III. INFORME DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS

ORD.: N° 1039

ANT.: Recurso de reclamación deducido por don Sergio de Ferrari Jullian en representación de los

nacen, corren y mueren *en una misma heredad*. Esta es una norma excepcional de nuestro ordenamiento jurídico, y aún así no “desafecta” las aguas respectivas, sino que otorga un “uso” privado⁵.

c. El artículo 30 del Código de Aguas señala expresamente que: *“Alveo o cauce natural de una corriente de uso público es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas periódicas. /Este suelo es de dominio público y no accede mientras tanto a las heredades contiguas, pero los propietarios riberanos podrán aprovechar y cultivar ese suelo en las épocas en que no estuviere ocupado por las aguas./ Sin perjuicio de lo dispuesto en los incisos precedentes, las porciones de terrenos de un predio que, por avenida, inundación o cualquier causa quedaren separadas del mismo, pertenecerán siempre al dueño de este y no formarán parte del cauce del río”*.

Por su parte el artículo 31 del Código de Aguas señala que: *“La regla del artículo anterior se aplicará también a los álveos de corrientes discontinuas de uso público. Se exceptúan los cauces naturales de corrientes discontinuas formadas por aguas pluviales, los cuales pertenecen al dueño del predio”*.

En fin, el artículo 32 del Código de Aguas prescribe que: *“Sin permiso de la autoridad competente no se podrá hacer obras o labores en los álveos, salvo lo dispuesto en los artículos 8°, 9°, 25, 26 y en el inciso 2° del artículo 30”*; agregando el artículo 33 la definición de riberas y márgenes en un álveo o cauce.

¿Cómo es posible interpretar correctamente estas disposiciones, a la luz de la hipótesis planteada en esta causa, sin infringirlas?

⁵ Vid. nuestro *Derecho de Aguas* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1999), tomo II, p. 335.

Sres. Jorge Godoy Saldías y Emilio Eva Araya, en contra de las Resoluciones D.G.A. N^{os}. 1.166 y 1.167, ambas de 1997, respectivamente.

MAT.: Informa.

SANTIAGO, 23 DIC 1997.

DE: DIRECTOR GENERAL DE AGUAS
A: SRA. PRESIDENTA DE LA ILTMA.
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

Mediante notificación por cédula se puso en conocimiento del suscrito, que con fecha 25 de julio del año en curso don Sergio de Ferrari Jullian en representación de los Sres. Jorge Godoy Saldías y Emilio Eva Araya, dedujo recurso de reclamación en contra de las Resoluciones D.G.A. N^{os}. 1.166 y 1.167, ambas, de 1997. Al referido recurso se asignó por esa Ilتما. Corte el Rol de Ingreso N^o 4.377-97.

Sobre el particular cumpla con informar a esa Ilتما. Corte de Apelaciones, lo siguiente:

El recurso de autos ha sido interpuesto para que se dejen sin efecto las Resoluciones D.G.A. N^{os}. 1.166 y 1.167, de 1997, que rechazaron los recursos de reconsideración por los Sres. Godoy y Eva, respectivamente, en contra de las Resolucio-

nes DGA. V N^{os}. 242 y 241, ambas de 1996, que a su vez rechazaron sus oposiciones a la solicitud de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, por un caudal de 10 lts/seg. a captase desde un pozo profundo ubicado en el cauce del estero Los Molles, comuna de La Ligua, provincia de Petorca, V Región, presentada por Comercial e Inmobiliaria Paz S.A.

En concepto del infrascrito el recurso de autos debe ser desestimado sin más trámite por las razones de hecho y de derecho que a continuación se expondrán.

1. Al respecto, es dable precisar US.I. que la Dirección General de Aguas, en cuanto organismo técnico en materia de aguas, se encuentra dotado de la facultad de constituir derechos de aprovechamiento sobre dicho recurso existente en fuentes naturales y en obras de estatales de desarrollo, debiendo velar en el ejercicio de esa potestad que no se perjudiquen ni menoscaben derechos de terceros, conforme lo previene el artículo 22 del Código de Aguas.

La constitución de ambos derechos se materializa mediante la expedición de la correspondiente resolución en la medida que exista disponibilidad del recurso hídrico y fuere legalmente procedente, según lo estatuye el artículo 141 inciso final de la mencionada codificación.

Los errores de derecho en que incurrir los sentenciadores, consisten en no haber interpretado correctamente las disposiciones señaladas, dejándose influir a su vez por el informe erróneo e ilegal, por estar fuera de su competencia, del Ministerio de Bienes Nacionales, al considerar que el estero Los Molles es un bien privado.

Esto es un error enorme, pues en Chile solo son de uso privado las aguas que nacen, corren y mueren en una misma heredad, como lo indica el artículo 20 del Código de Aguas, dado que sus cauces son privados. También son de libre uso, no concesional, las aguas pluviales o de lluvias, mientras se mantienen en un mismo predio, según los artículos 10 y 11 de tal Código; esto es, sus cauces son el predio de propiedad privada. En estos casos, el "uso" de las aguas es privado pues el "cauce" o "terreno" por donde esas aguas escurren es privado. Pero recuérdese que *todas las aguas* son consideradas públicas, y su uso es concesional cuando los ríos o esteros por los que *escurran cruzan varias propiedades* (quedando así fuera del caso excepcional del artículo 20 inciso 2^o del Código de Aguas); siendo además una excepción permanente el caso de las corrientes (y sus cauces) "que caigan al mar" (art. 20 inciso 3^o *in fine*), en cuyo caso siempre son públicas las aguas y sus cauces.

d. Bastaba mirar atentamente la realidad: la naturaleza física del cauce. Como consta de los hechos en esta causa, el estero Los Molles nace en la cordillera de la Costa, transcurre cruzando muchos predios de distintos dueños, y desemboca en el mar⁶. ¿Cómo puede consi-

⁶ Resulta difícil comprender la falta de observación de la realidad por los sentenciadores, para llegar a señalar (a pesar de que ellos mismos tenían a la vista la carta del Instituto Geográfico Militar en que aparece la situación del estero Los Molles). La literatura especializada lo menciona como un estero de las cuencas costeras del Norte del país con escurrimientos a considerar (vid. *Geografía de Chile*, Instituto Geográfico Militar, Tomo VIII, Hidrografía, de Hans Niemeyer Fernández y Pilar Cereceda Troncoso, Santiago, 1984, p. 135).

Acorde con lo precedentemente expuesto, para que este Servicio pueda otorgar un derecho de aprovechamiento debe verificar que la petición sea legalmente procedente, que exista disponibilidad del recurso y que no se perjudiquen derechos de terceros.

Las exigencias precitadas son copulativas, de suerte que si no concurre alguna de ellas, esta Repartición está obligada a denegar la solicitud de constitución que se formule al efecto, según lo prescribe el artículo 141 inciso final del Código del ramo.

2. La procedencia de la petición dice relación que ella se formule ante la autoridad competente, ya sea la Oficina del Servicio del lugar o la Gobernación Provincial respectiva, si allí donde se solicita el derecho no existe dependencia de la Dirección (artículo 130); que en ella se indiquen las menciones que exige el artículo 140 de la citada codificación; en el caso de aguas subterráneas debe acreditarse el cumplimiento de los requisitos que contempla la Resolución DGA. N° 186, de 1996; y que la solicitud se publique en la forma y en el tiempo que prescribe el artículo 131 del Código del ramo.

3. Con fecha 23 de agosto de 1995, don Andrés Obrecht Gómez, en representación de Comercial e Inmobiliaria Paz S.A. presentó ante la Gobernación Provincial de Petorca, una solicitud

de derecho de aprovechamiento consuntivo de aguas subterráneas de ejercicio permanente y continuo por 10 lts/seg, a captar por elevación mecánica desde un pozo construido en las coordenadas UTM N 6.431.240 m y E. 265.225 m según carta IGM Escala 1: 5.000, comuna de La Ligua, provincia de Petorca, V Región.

Solicitó, además, un área de protección de 200 m de radio con centro en el eje del pozo.

La petición en comento se publicó en extracto en el Diario Oficial de la República de Chile, en el Diario La Nación de Santiago y en el periódico La Razón de Petorca, el día 1 de septiembre de 1995.

4. Como puede observarse US. Iltma., la petición de la sociedad anónima se formuló ante una de las autoridades públicas que establece el artículo 130 inciso 1° del Código de Aguas; a su turno, en ella se contienen todas las menciones que en sus 4 numerandos estatuye el artículo 140 de la mencionada codificación.

Asimismo, de las publicaciones acompañadas consta que los avisos aparecidos en los medios de difusión individualizados, se efectuaron en la forma y dentro del plazo fatal que establece el artículo 131 del mencionado texto normativo.

5. El artículo 59 del Código de Aguas, dispone que la explotación de aguas subterráneas debe efectuarse conforme a normas generales previa-

derarse a este un bien privado? Es claro que de acuerdo a los artículos 20, 30, 31, 32 y 33 del Código de Aguas, es este un bien nacional de uso público. No obsta a ello que el escurrimiento sea discontinuo o pluvial (como lo indica el art. 31 del Código de Aguas), pues la propia ley, en el artículo 3° del Código de Aguas, incluye entre los bienes públicos a las corrientes discontinuas y a sus cauces.

En fin, en armonía con el artículo 20 del Código de Aguas, la excepción a que alude el artículo 31 del Código de Aguas, solo se refiere a las aguas pluviales que escurren en un solo predio (se refiere al "dueño del predio", en forma singular).

Por lo tanto, un cauce que escurre por varios predios, sea que sus aguas sean continuas o discontinuas, pluviales o no (¿hay aguas que no sean pluviales?), y que luego desemboca al mar, constituye un bien nacional de uso público.

e. Es un error de derecho evidente de los sentenciadores desafectar un cauce íntegro, a favor de un particular, por el solo hecho de existir algunas ambigüedades en las escrituras de división de las propiedades, y en base a un oficio de un órgano administrativo, solicitado como medida para mejor resolver. Es evidente que la sentencia infringe las normas del Código Civil sobre adquisición de la propiedad, establecidas en sus artículos 589, 598, 1105 y 2498, que dejan fuera del comercio jurídico-privado a los bienes de uso público.

Como se ha dicho, los cauces de las corrientes de aguas (discontinuas o no; pluviales o no) solo podrán ser propiedad privada cuando ellas nacen, corren y mueren en una misma

A los jueces les bastaba una mirada a publicaciones de divulgación turística, incluso para constatar no solo la existencia del estero Los Molles, como un escurrimiento de relevancia, con una desembocadura que origina un puente de la carretera Norte, y una caleta y balneario del mismo nombre (vid. *Gula Turística de Chile*, Turistel, edición anual, descripción del lugar y mapa, con indicación destacada en color celeste). Y a pesar de eso, de manera inexplicable, consideran el cauce de tal estero, como privado.

mente establecidas por la Dirección General de Aguas.

Las aludidas normas fueron fijadas por la Resolución DGA. N° 207, de 1983, publicada en el Diario Oficial del día 5 de agosto de ese mismo año, que estableció "Normas de Explotación y Explotación de Aguas Subterráneas".

Cabe hacer, presente que la citada Resolución DGA. N° 207, de 1983, fue dejada sin efecto por la Resolución DGA. N° 186, de 1986, publicada en el Diario Oficial del 15 de marzo de ese año, que además fijó las "Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas" en actual vigencia.

Como se ha indicado, la solicitud de la sociedad anónima se presentó el 23 de agosto de 1995, ante la Gobernación Provincial de Petorca, ergo a esa data se encontraba vigente la Resolución D.G.A. N° 207, la que en su artículo 16, establecía que el peticionario del derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas debía "acreditar su dominio sobre el inmueble donde se encuentra ubicada la extracción o la autorización de su dueño".

El artículo 22 inciso 1°, de la Resolución DGA. N° 186, de 1986, aplicable en la especie por disposición de su Artículo Transitorio estatuye que: "El peticionario del derecho deberá acreditar con copias de la inscripción correspondien-

te, su dominio sobre el inmueble donde se encuentra ubicada la captación, o la autorización de su dueño".

Agrega, el inciso 2° que: "Si la obra de captación está ubicada en un bien nacional de uso público, se requerirá la autorización del organismo bajo cuya administración se encuentre. Tratándose de un bien fiscal, se requerirá la autorización del Ministerio de Bienes Nacionales".

Resulta útil precisar que la exigencia de acompañar la autorización del dueño del inmueble, cuando el peticionario no es propietario del predio en donde se ubica la captación de agua subterránea, no es un requisito establecido en el artículo 140, del Código de Aguas, razón por la cual no es menester adjuntarla a la solicitud respectiva, sino que debe necesariamente acompañarse durante la tramitación administrativa correspondiente.

6. Precisado lo anterior, es dable señalar que según lo dispone el artículo 60 del Código de Aguas comprobada la existencia de aguas subterráneas, el interesado podrá solicitar el otorgamiento del derecho de aprovechamiento de acuerdo al procedimiento establecido en el Título I del Libro II.

Ahora bien, la comprobación de la existencia de las aguas subterráneas implica que ellas han sido alumbradas.

heredad (arts. 20 y 31 *in fine* ["del predio"] del Código de Aguas); y si ellas transcurren por varios predios, y de cordillera hasta desembocar al mar, son indudablemente cauces de uso público.

Consta absolutamente en los antecedentes que citan los propios sentenciadores que el estero Los Molles es una corriente que nace en una quebrada de la cordillera de la Costa, discurre por varios predios, y muere en el mar, por lo que solo un error jurídico de los sentenciadores, inducido por un informe obtenido como "medida para mejor [¿peor?] resolver", pudo llevarles a señalar que el cauce de un estero de esa magnitud se trata de un bien privado.

CONCLUSIONES

1° La sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, en verdad, al considerar erróneamente al estero señalado como privado de un tercero, ha impedido que el solicitante adquiriera su titularidad (esto es, el dominio sobre un bien incorporal) sobre un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas a extraerse desde un pozo ubicado en un bien nacional de uso público como es el cauce natural del estero Los Molles; y con ello ha quebrantado en su fallo la garantía constitucional contenida en el artículo 19 N° 23 de la Constitución Política de la República, que garantiza la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así; esto es, el *ius ad rem*; en este caso: el derecho a llegar a ser concesionario y titular de un derecho de aprovechamiento de aguas. Solo una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes.

En efecto según se infiere de la interpretación a *contrario sensu* del artículo 2° inciso final del Código de Aguas, la existencia de tales aguas solo es susceptible de comprobarse cuando ya no se encuentran ocultas en el seno de la tierra.

Corroborando lo anterior, lo estatuido en el artículo 20 de la Resolución DGA. N° 186, de 1996, conforme al cual solo puede constituirse el derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas que hubiesen sido alumbradas y cuya disponibilidad haya sido demostrada.

En la práctica, para comprobar la existencia del recurso hídrico subterráneo, es menester perforar los distintos estratos del terreno hasta encontrarlo.

Según consta en el Informe Técnico N° 22, del 12 de marzo de 1996, personal de este Servicio que concurrió a terreno comprobó por medio de pericias (pruebas de bombeo, de gasto variable, de gasto constante y estabilización) la existencia del recurso solicitado.

Para alumbrar las aguas subterráneas, es menester previamente efectuar exploraciones en terreno. Al respecto cabe precisar que tales exploraciones pueden efectuarse en inmuebles de dominio particular o en bienes nacionales.

El artículo 58 inciso 1°, del Código de Aguas, dispone que cualquier persona puede explorar con

el objeto de alumbrar aguas subterráneas, sujetándose a las normas que establezca la Dirección General de Aguas.

Como se precisó en el N° 5, del presente oficio la Resolución D.G.A. N° 207, de 1983, estableció "Normas de Exploración y Explotación de Aguas Subterráneas". A su vez, como se indicó, el aludido acto administrativo fue abrogado por la Resolución D.G.A. N° 186, que es la que actualmente rige la materia.

El inciso 2° del citado artículo 58 del Código del ramo, estatuye que en suelo ajeno sólo se pueda explorar previo acuerdo con el dueño del predio, y en bienes nacionales con la autorización de la Dirección General de Aguas.

8. De acuerdo con el artículo 589, del Código Civil, se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda, y se dividen en dos categorías.

- a) Bienes nacionales de uso público o bienes públicos son aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda y su uso a todos los habitantes de la misma, tales como calles, plazas, puentes, caminos etc.
- b) Bienes del Estado o bienes fiscales son aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda, pero su uso no pertenece generalmente a los habitantes.

A raíz de esta sentencia, al cometer los errores de interpretación y omisiones señaladas, ha impedido, además, que el solicitante desarrolle su actividad económica, con un bien que válidamente podía llegar a adquirir.

2° La sentencia también, a este respecto, infringe los artículos 3°, en relación con los artículos 5°, 6°, 22, 141, inciso final y 149 N° 2, todos del Código de Aguas, normas que se refieren a la naturaleza de las aguas; los derechos de aprovechamiento de aguas; la forma en que ellos son otorgados, y la disponibilidad del recurso hídrico en fuentes naturales.

Todas esas normas constituyen la base jurídica vigente en virtud de la cual los particulares pueden obtener derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en cauces nacionales de uso público. En efecto, una vez determinado por los órganos competentes (esto es, Dirección General de Aguas, Dirección General de Obras Públicas) que un cauce es un bien nacional de uso público, se autoriza a un particular a explorar (como ocurrió en el caso), y luego se constituye a su favor un derecho a explotar las aguas subterráneas, siempre y cuando, además, exista la disponibilidad de aguas suficiente (como se había comprobado en la especie, según consta en la sentencia).

3° Así, los sentenciadores, al cometer los errores jurídicos señalados, y no considerar como debió ser, que el estero Los Molles es un bien nacional de uso público, al mismo tiempo infringieron estas normas que obligan a constituir un derecho de aprovechamiento de aguas, cuando hay disponibilidad, en los cauces nacionales de uso público.

Si la sentencia recurrida no hubiese interpretado erróneamente en especial los artículos 30 y 31 del Código de Aguas, y hubiese aplicado otros relevantes, ya señalados, entre otros los artículos 14 letra e) del DFL N° 850, de 1997, y 20 del Código de Aguas, hubiese concluido que el estero Los Molles, es un cauce nacional de uso público, y de acuerdo a la ley, habría denegado la oposición a la constitución de derechos de aguas subterránea a favor

9. Como se ha indicado, acorde con lo estatuido en el Código de Aguas, la exploración para alumbrar aguas subterráneas en predio ajeno requiere de la autorización del dueño del inmueble; en tanto la que se desee efectuar en bienes nacionales solo requiere autorización o permiso de la Dirección General de Aguas (artículo 58).

La aludida autorización se materializa mediante la dictación de una resolución sujeta al trámite de toma de razón.

El permiso confiere al concesionario la exclusividad para efectuar, durante el período de duración del mismo, los trabajos de exploración para alumbrar aguas subterráneas dentro de los límites que se le hayan fijado (artículo 11 Resolución D.G.A. N° 207, y artículo 16 Resolución D.G.A. N° 186).

Por otra parte, este Servicio debe preferir al beneficiario del permiso de exploración, para la constitución del derecho sobre las aguas alumbradas durante la vigencia del mismo (artículo 12 Resolución D.G.A. N° 207 y artículo 17 Resolución D.G.A. N° 186).

10. Mediante Resolución D.G.A. N° 93, del 27 de diciembre de 1994, tomada razón por Contraloría General de la República con fecha 10 de enero de 1995, se concedió a Comercial e Inmobiliaria Paz S.A. un permiso para explorar aguas subterráneas en bienes nacionales en una superficie de 150 hás en el estero Los Molles, para alumbrar un caudal máximo de 25 lts/seg. en la comuna de La Ligua, provincia de Petorca.

El área a explorar en dicho estero, estaba comprendida por los siguientes vértices.

VERTICE	NORTE	ESTE
A	6.430.910	264.665
B	6.431.480	265.220
C	6.432.620	265.370
D	6.432.805	266.525
E	6.433.430	266.575
F	6.433.405	267.040
G	6.432.400	266.935
H	6.432.275	265.695
I	6.431.260	265.545
J	6.430.635	264.402

La vigencia del permiso comenzó a correr desde la data en que la Entidad Fiscalizadora tomó razón de la Resolución DGA. N° 93, esto es, el 10 de enero de 1995, y expiró el 10 de enero de 1997 (artículo 6 Resolución DGA N° 203 y artículo 9 Resolución DGA N° 186, de 1996).

Durante el período señalado la sociedad anónima tuvo la exclusividad para efectuar en el Estero Los Molles, los trabajos de exploración necesarios para alumbrar aguas subterráneas.

Enseguida, como se ha expresado con fecha 23 de agosto de 1995 Comercial e Inmobiliaria La Paz S.A. esto es, durante la vigencia del permiso, solicitó la constitución del derecho de aprovechamiento sobre las aguas alumbradas dentro de los límites fijados por el acto formal de autorización, de suerte que acorde a lo dispuesto en el artículo 12 de la Resolución DGA. N° 207, de 1983 (artículo 17 de la Resolución DGA. N° 186) goza de preferencia para ello, con respecto de terceros que formulen semejante petición.

El pozo a que se refiere la solicitud se ubica en las coordenadas UTM N 6.431.240 m. y E 265.225 m (N° 3 del presente oficio), como puede observarse corresponde a una ubicación comprendida dentro de los vértices fijados por la Resolución DGA. N° 93, de 1995 (ver N° 10 del presente oficio).

11. Acorde con lo expresado, aparece que este Servicio autorizó a la sociedad anónima para explorar aguas subterráneas en Bienes Nacionales en una superficie de 150 hás en el estero Los Molles, para alumbrar un caudal máximo de 25 lts/seg.

Comprobada la existencia de las aguas subterráneas, en el aludido bien nacional (estero Los Molles) la sociedad anónima conforme a lo prevenido, en el artículo 60 del Código de Aguas solicitó la constitución del derecho, para lo cual acorde con lo estatuido en el artículo 12 de la Resolución D.G.A. N° 207, de 1983, vigente a la sazón, gozaba de preferencia, situación que se mantiene igualmente hoy a la luz del artículo 17 de la Resolución D.G.A. N° 186, de 1996.

El estero Los Molles es un cauce natural. Acorde con lo prevenido en el artículo 30 inciso 1° del Código de Aguas álveo o cauce natural de

del solicitante, lo que habría traído como consecuencia la plena validez del otorgamiento de derechos por la Dirección General de Aguas.

En otras palabras, la influencia de estos errores contenidos en el fallo que comento impidió al solicitante adquirir válidamente unos derechos de aprovechamiento de aguas, a pesar de haberse comprobado su existencia, de encontrarse estas en un cauce de uso público, y de haberse respetado todos los procedimientos establecidos para ello.

En fin, una sentencia lamentable que contiene una errónea doctrina y que, esperamos, sea rectificadora en algún pronunciamiento futuro de los Tribunales.

una corriente de uso público es el suelo que el agua ocupa y desocupa alternativamente en sus creces y bajas.

Agrega el inciso 2° de la disposición en comento, que ese suelo es de dominio público y no accede mientras tanto a las heredades contiguas, pero los propietarios riberaños podrán aprovechar y cultivar ese suelo en las épocas en que no estuviese ocupado por las aguas.

En nuestro derecho el dominio público está constituido por el conjunto de bienes nacionales de uso público, o sea, aquellos bienes que pertenecen a la nación toda y su uso a todos los habitantes de la misma (Arturo Alessandri R.: "Curso de Derecho Civil, los Bienes y los Derechos Reales", Santiago, Editorial Nascimento 1974, página 106 N° 148).

El uso de los bienes públicos pertenecen a todos los habitantes del país (artículo 589 del Código Civil).

Asimismo, tales bienes se encuentran fuera del comercio humano. En realidad ninguna disposición del Código Civil establece la inenajenabilidad de los bienes nacionales de uso público; pero así resulta de la propia destinación de ellos. Pero hay preceptos que suponen la inenajenabilidad de las cosas en referencia, así, el artículo 1.105 declara que no vale el legado de cosas que al tiempo del testamento sean de propiedad nacional o municipal y de uso público.

Nuestra Corte Suprema ha declarado reiterada e invariablemente que sobre los bienes nacionales de uso público no cabe alegar posesión exclusiva o dominio privado.

Por otra parte, su imprescriptibilidad es una consecuencia del carácter inenajenable. Por la prescripción adquisitiva solo se puede ganar el dominio de los bienes raíces o muebles que están en el comercio (artículo 2.498 del Código Civil) ergo, no puede adquirirse por inscripción el dominio de los bienes nacionales de uso público.

Otra consecuencia de la inenajenabilidad es la inalienabilidad, los bienes públicos en su carácter de tales no pueden enajenarse; no pueden venderse, hipotecarse ni embargarse.

Debe tenerse presente que solo la ley puede autorizar la enajenación de bienes del Estado o de las Municipalidades (artículo 60 N° 10 de la Constitución Política de la República). Pero respecto de los bienes nacionales de uso público es necesario, además, que la ley declare su desafectación, es decir, su sustracción al dominio público. En esta forma el bien pierde su carácter de público y puede pasar al dominio privado.

12. De conformidad con lo estatuido en el artículo 5° letra c) del Decreto Supremo N° 662, de 16 de junio de 1992, del Ministerio del Interior, que fijó el texto refundido de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, dichas corporaciones tienen la atribución

esencial de uso público existentes en la comuna, salvo los que por su naturaleza o fines y de conformidad a la ley, su administración corresponda a otros órganos de la Administración del Estado.

En consecuencia, estando el estero Los Molles, ubicado en la comuna de La Ligua, corresponde a la Entidad Edilicia que ejerce jurisdicción sobre esa comuna su administración, salvo que la ley la haya entregado a otro órgano de la Administración del Estado, situación esta última que no acontece en la especie.

13. Como se ha indicado, cuando el peticionario no es dueño del inmueble en donde se ubica la captación de agua subterránea, debe obtener el permiso o autorización del dueño del predio, para que este Servicio pueda constituirle originariamente el derecho de aprovechamiento de aguas.

El artículo 22 inciso 2° de la Resolución D.G.A. N° 186, de 1996, estatuye que si la obra de captación está ubicada en un bien de uso público se requerirá la autorización del organismo bajo cuya administración se encuentre.

La administración de los bienes nacionales de uso público que existen en la comuna, corresponde a la Entidad Edilicia que tiene tuición sobre ella (artículo 5° letra c) Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades).

El derecho de aprovechamiento de autos fue solicitado por Comercial e Inmobiliaria La Paz S.A., desde una captación que se ubica en un bien nacional de uso público, el estero Los Molles, situado en la comuna de La Ligua.

Ahora bien, la Municipalidad de La Ligua, autorizó con fecha 29 de octubre de 1997, a la sociedad anónima para construir y explotar el pozo ubicado en el estero Los Molles, en las coordenadas UTM N 6.431.240 m. y E 265.225 m.

De lo expuesto se tiene que en la especie, se ha dado cumplimiento a la exigencia establecida en el artículo 22 inciso 2° de la Resolución D.G.A. N° 186, de 1996.

14. En otro orden de ideas es menester señalar que el Decreto con Fuerza de Ley N° 2.090, del 30 de julio de 1993, dictado en virtud de las facultades concedidas al Presidente de la República, por Ley N° 4.795, establece en su artículo 1° que el Instituto Geográfico Militar constituye con carácter permanente la autoridad oficial, en representación del Estado, en todo lo que se refiere a la geografía, levantamiento y confección de cartas del territorio.

Ahora bien, en la Carta El Arrayán escala 1:25.000, Datum 1969, del IGM, aparece como un cauce natural el estero Los Molles, esto es, un bien nacional de uso público.

Como se ha indicado, acorde con la disposición legal citada la carta geográfica del IGM, es la que tiene la autoridad oficial en todo lo concerniente a la geografía del territorio, ergo, resulta indubitable el carácter o categoría de bien público del mencionado estero.

15. Por otra parte, cabe consignar que de conformidad con lo estatuido en el artículo B.1. del Decreto Supremo N° 609, del 31 de agosto de 1978, del ex Ministerio de Tierras y Colonización, corresponde al Ministerio de Bienes Nacionales (artículo 14 Decreto Ley N° 3.274, de 1980) la fijación de los deslindes de los bienes nacionales de uso público que constituyen los cauces de los ríos, lagos y esteros, conforme al procedimiento que en dicho acto formal se establece.

Según consta del Certificado N° 564, del 19 de febrero de 1997, emitido por el Secretario Ministerial de Bienes Nacionales de la Quinta Región, actualmente existe en dicha Repartición el expediente N° 930.108, referido a la fijación de los deslindes del bien nacional de uso público denominado Estero Los Molles.

A mayor abundamiento, es útil precisar que según lo establece el artículo 6 del citado Decreto Ley N° 609, de 1978, en el proceso de fijación de deslindes de los bienes nacionales de uso público que constituyen cauces de esteros, interviene el Departamento de Obras Fluviales, de la Dirección de Vialidad.

Ahora bien, acorde con lo informado por dicha Repartición al SEREMI de Bienes Nacionales de la Quinta Región, el cauce fluvial denominado estero Los Molles es un bien nacional de uso público. Dicha conclusión se consigna en el ORD. N° 407, del 25 de marzo de 1994.

16. Como puede observarse S.S. Iltma., el carácter de bien nacional de uso público del estero Los Molles, aparece de manifiesto del contenido de los antecedentes precedentemente citados emanados de la Municipalidad de La Ligua, del Instituto Geográfico Militar, del Ministerio de Bienes Nacionales, del Departamento de Obras Fluviales de la Dirección de Vialidad, sin perjuicio de la normativa legal citada pormenorizadamente en el presente oficio.

Los recurrentes sostienen que en la especie se estaría en presencia de un cauce natural de corriente discontinua formada por aguas pluviales, el que de conformidad con lo prevenido en el artículo 31 del Código de Aguas sería de su dominio, pues se encuentra dentro de su predio.

Al respecto cabe precisar que tal circunstancia excepcional no se encuentra acreditada por los recurrentes, a quienes corresponde precisamente la carga de la prueba, por lo demás, dicho aserto en caso alguno desvirtúa lo expresado por el Ministerio de Bienes Nacionales y por el Departamento de Obras Fluviales de la Dirección de Vialidad, en el sentido de que el estero Los Molles es un

bien nacional de uso público, constituido por un cauce fluvial.

Además, resulta del caso puntualizar que la circunstancia que un bien nacional de uso público (río, estero, lago, etc.), atraviere o cruce una parte de un predio o inmueble de propiedad particular, no hacen variar la naturaleza jurídica del bien público.

Por otra parte, como se ha señalado, dicha categoría de bien no se encuentra dentro del comercio humano, ergo, es inalienable, imprescriptible e inembargable. Asimismo, como lo ha resuelto la jurisprudencia de nuestros Tribunales Superiores de Justicia, sobre los bienes nacionales de uso público no cabe alegar posesión exclusiva o dominio privado.

Debe tenerse presente que para que un bien nacional de uso público (dominio público) pueda pasar al dominio privado, debe ser desafectado por el legislador de su calidad de tal.

En la especie, no consta que el legislador haya desafectado el estero Los Molles, de suerte que los recurrentes, por lo estatuido en los artículos 30 del Código de Aguas, 589, 1.105 y 2.498 del Código Civil; 5 letra c) del Decreto Supremo N° 662, de 1992, del Ministerio del Interior jamás han adquirido por tradición ni por prescripción el dominio de parte del cauce o álveo del citado bien público que se encuentra dentro del Lote N° 14, de Parte de la Hacienda Huaquén.

17. Habida consideración a lo precedentemente expuesto y disposiciones legales y reglamentarias citadas, procede que ese Iltmo. Tribunal declare sin lugar el recurso de autos, por carecer de todo fundamento jurídico, y condene expresamente en costas a los recurrentes por no existir motivo plausible para deducir la acción de autos, toda vez que el estero Los Molles es un bien nacional de uso público, que por eso mismo se encuentra fuera del comercio humano, y respecto del cual resulta jurídicamente insostenible alegar posesión exclusiva o dominio privado.

Es todo cuanto puedo informar a S.S. Iltma. al tenor del recurso de autos.

Dios Guarde a US. Iltma.,

HUMBERTO PEÑA TORREALBA
Ingeniero Civil
Director General de Aguas

FPVH [FERNANDO PATRICIO VALDÉS HERNÁNDEZ,
Abogado, Departamento Legal]