

INDICE

I.	INTRODUCCIÓN.	A9.5
II.	ANALISIS LEGAL: SERVICIOS DE INFORMACIÓN HIDROMÉTRICA.	A9.5
III.	FACTIBILIDAD LEGAL DE EXTERNALIZACIÓN DE LA RHN.	A9.10
III.1.	Marco institucional.	A9.10
III.1.1.	De la Dirección General de Aguas (DGA).	A9.10
III.1.2.	De las facultades del Director General de Aguas respecto de los cometidos del Servicio.	A9.13
III.2.	De la facultad para encargar a terceros labores relacionadas con la investigación y medición del recurso hídrico.	A9.15
III.2.1.	Antecedentes.	A9.15
III.2.2.	Criterios para establecer el ámbito de las labores encomendable a terceros.	A9.17
III.3.	Conclusiones.	A9.21

I. INTRODUCCIÓN.

En este anexo se presenta un análisis legal que busca de forma muy concisa determinar:

- cuales son los deberes legales de la Dirección General de Aguas en cuanto a los servicios de información hidrométrica, y
- la factibilidad legal de externalizar el servicio de medición (en todo o en parte).

Los resultados de los análisis efectuados para estos dos cometidos son los que se presentan en los siguientes capítulos.

II. ANALISIS LEGAL: SERVICIOS DE INFORMACIÓN HIDROMÉTRICA.

En este capítulo se presenta un resumen sobre las principales tareas que la legislación encarga al Estado y que requieren de información hidrométrica.

Este análisis se consolida en un cuadro resumen que se presenta al final de este capítulo. En él, la información ha sido ordenada de acuerdo a los poderes del Estado, individualizándose para cada uno de ellos al Órgano Estatal, el Servicio Público y su Autoridad respectiva, y el Cometido Estatal para lo cual se requiere información hidrométrica. Luego, se señala con que sector de la economía se relaciona, la actividad económica propiamente tal, los bienes o servicios económicos finales, y el objetivo para el cual se utiliza la información en relación con la función u obligación estatal, y las actividades específicas del recurso hídrico. Finalmente, se citó la fuente normativa correspondiente, considerando la ley en primer término, y luego aquella que nace de la potestad reglamentaria o de la facultad del Jefe Superior del Servicio para dictar normas e instrucciones internas necesarias para la correcta aplicación de las leyes y de los reglamentos que sean de la competencia de respectivo organismo público.

Así, se destaca que en el ámbito del poder ejecutivo que la información hidrométrica se relaciona con potestades públicas de concesiones/autorizaciones de uso y goce, de control fiscalización, en especial en cuanto a medición y control; como al fomento y construcción de infraestructura, radicándose estas en casi la totalidad de las actividades económicas, como de los diversos sectores de la economía. En cuanto a la normativa que regula lo anterior, estas labores encuentran sustento en cuerpos jurídicos de alto conocimiento en la población, y cuya recopilación con sus textos debidamente actualizados no resulta un obstáculo per se.

En cuanto al poder legislativo, los datos provenientes de la referida información se asocian a las facultades relativas a la creación, modificación o derogación normativa¹, que podrá ser de iniciativa presidencial o de los parlamentarios conforme lo dispone la Constitución Política, teniendo incidencia en todas las áreas de la economía.

Finalmente, en lo relativo a las atribuciones del poder judicial éstas se radican en los respectivos procedimientos establecidos por la ley de acuerdo a la materia, fuero, cuantía y territorio, cuyo producto es la sentencia que pone término a las controversias entre privados, como de estos últimos con los órganos de la administración del Estado, aún cuando el efecto relativo de dichas sentencias es nulo².

En este último ámbito, resulta de interés destacar lo dispuesto en los incisos 4° y siguientes del artículo 129 bis 9 del Código de Aguas³, en virtud de los cuales, la totalidad o una parte de aquellos derechos de aprovechamiento que son administrados y distribuidos por la organización de usuarios estarán exentos del pago de patente por no uso, en la medida que el Tribunal de la Libre Competencia declare que en el área en cuestión no se entorpece la libre competencia. En este sentido, toman relevancia los datos que se puedan entregar desde los sistemas de información y medición de los recursos hídricos de una cuenca hidrográfica en particular, incluso para los efectos de levantar tal declaración.

¹ Comprende tanto de las contenidas en la Constitución Políticas o en las que se incluyen en las leyes que conforme a ellas se deben dictar.

² El inciso final del artículo tercero del Código de Aguas previene que “Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria sino respecto de las causas en que actualmente se pronunciaren”.

³ Estos disponen que “También estarán exentos del pago de la patente la totalidad o una parte de aquellos derechos de aprovechamiento que son administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

Para acogerse a la exención señalada en el inciso anterior, será necesario que el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a petición de la respectiva organización de usuarios o de algún titular de un derecho de aprovechamiento que forme parte de una organización de usuarios y previo informe de la Dirección General de Aguas, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 17 c) y 18 de la ley N° 19.911, declare que en el área señalada en el inciso anterior, no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Esta declaración podrá ser dejada sin efecto por el mismo Tribunal, si existe un cambio en las circunstancias que dieron origen a la exención. Esta exención regirá una vez que haya sido declarada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y no tendrá efecto retroactivo”.

PRINCIPALES TAREAS QUE LA LEGISLACIÓN ENCARGA AL ESTADO Y QUE REQUIEREN DE INFORMACIÓN HIDROLOGICA

Poder del Estado	Órgano Estatal	Servicio Público	Autoridad competente	Cometido estatal	Área / Sector economía	Actividad económica	Bien/Servicio económico Final	Obligación/función estatal	Actividades específicas recurso hídrico	Sustento normativo			
										Ley		Reglamento	
										número/año	Norma (artículo)	número/año	artículo
E J E C U T I V O	Ministerio de Economía	Subsecretaría de Pesca	Subsecretario	Concesión uso/goce	Pesca	Explotación Acuicola	Producción acuícola	Fomento/ autorización/ fiscalización	Piscicultura	Ley 18.892. Año 1989 (Ley General de Pesca y Acuicultura)	15 y 21	Decreto 290. Año 1993	10 y 16
		Comisión Nacional de Energía	Secretario Ejecutivo	Concesión uso/goce	Energía	Generación/ Distribución	Hidroelectricidad	Fomento/ autorización/ fiscalización	Centrales hidráulicas	DFL 1. Año 1982 (LGSE)	2	Decreto 327. Año 1992	18 y 30
	Ministerio de Minería	Subsecretaría de Minería	Subsecretario	Concesión uso/goce	Energía	Generación Geotérmica	Energía geotérmica	Fomento/ autorización/ fiscalización	Concesión	Ley 19.657. Año 2000 (Ley Concesiones de Energía Geotérmica)	12	Decreto 32. Año 2004	9
		Servicio Nacional de Geología y Minería	Director Nacional/ Regional	Autorización/ fiscalización	Minería	Explotación minera	Producción minera	Autorización/ Fiscalización	Producción minera/abandono/ cierre	DL 3.525. Año 1980 (Ley crea SNGM)	1º y 2º		
	Ministerio de Agricultura	Servicio Agrícola y Ganadero	Director Nacional/ Regional	Autorización/ fiscalización	Agricultura	Explotación agrícola	Producción agrícola	Fiscalización	Riego/ Bebederos	Ley 18.755. Año 1989 (LOC SAG)	3º letra L		
		Comisión Nacional de Riego	Secretario Ejecutivo	Fomento	Agricultura	Explotación agrícola	Producción agrícola	Fomento	Riego	Ley 18.450. Año 1989 (Ley de Inversión Privada en Obras de Riego y Drenaje)	2º y 4º	Decreto 397. Año 1997 (Normas para Fomento de Inversión Privada en Obras de Riego y Drenaje)	4º
		Corporación Nacional Forestal	Director Nacional/ Regional	Autorización	Turismo / Servicios	Uso y goce bienes	Producción agrícola	Protección/ conservación/ fiscalización	Calidad aguas	Ley 19.300. Año 1994. (Ley Bases del Medio Ambiente)	10 letra A, 11 y 15		
	Ministerio de Obras Publicas	Dirección General de Aguas	Director Nacional/ Regional	Concesion uso/goce	Todas	Todas	Todas	Protección/fiscalización/ gestión/administración	Cantidad aguas	DFL 1.122. Año 1981 (Cod. Aguas)	131 y siguientes	Decreto 1.220. Año 1997 (Catastro Público de Aguas)	2º y 3º
				Autorización	Todas	Todas	Todas	protección/ fiscalización/ gestión/ administración	Cantidad de aguas	DFL 1.122. Año 1981 (Cod. Aguas)	131 y siguientes	Decreto 1.220. Año 1997 (Catastro Público de Aguas)	2º y 3º
				Fiscalización	Todas	Todas	Todas	protección/ fiscalización/ gestión/ administración	Cantidad y calidad aguas	DFL 1.122. Año 1981 (Cod. Aguas)	131 y siguientes	Decreto 1.220. Año 1997 (Catastro Público de Aguas)	2º y 3º
				medicion/ control	Todas	Todas	Todas	Protección/ fiscalización/ gestión/ administración	Cantidad y calidad aguas	DFL 1.122. Año 1981 (Cod. Aguas)	131 y siguientes	Decreto 1.220. Año 1997 (Catastro Público de Aguas)	2º y 3º
				Informacion	Todas	Todas	Todas	Protección/ fiscalización/ gestión/ administración	Cantidad y calidad aguas	DFL 1.122. Año 1981 (Cod. Aguas)	131 y siguientes	Decreto 1.220. Año 1997 (Catastro Público de Aguas)	2º y 3º

PRINCIPALES TAREAS QUE LA LEGISLACIÓN ENCARGA AL ESTADO Y QUE REQUIEREN DE INFORMACIÓN HIDROLOGICA

Poder del Estado	Órgano Estatal	Servicio Público	Autoridad competente	Cometido estatal	Área / Sector economía	Actividad económica	Bien/Servicio económico Final	Obligación/función estatal	Actividades específicas recurso hídrico	Sustento normativo			
										Ley		Reglamento	
										número/año	Norma (artículo)	número/año	artículo
E J E C U T I V O	Ministerio de Obras Públicas	Dirección de Obras Hidráulicas	Director Nacional/ Regional	Estudio/ diseño/ construcción/ fomento/ Inversión	Agricultura/ energía/ minería	Todas	Infraestructura uso múltiple/ o particular Riego	Construcción/ Fiscalización	Obras extracción, conducción, acopio y distribución de aguas	DFL N° 850. /DFL N° 1123 (1981)/ Ley N° 18.450,			
				Estudio/ Diseño/ construcción/ Inversión	Construcción infraestructura	Todas	Conducción Aguas Lluvias	Autorización/ Fiscalización/ protección	Obras conducción de aguas	Ley 19.525. Año 1997 (Distribución y Drenaje de Aguas Lluvias)	1º		
				Estudio,/informe/ Autorización/ Fiscalización	Construcción infraestructura	Todas	Extracción áridos	Autorización/ Fiscalización/ protección	Modificación flujo aguas, cauce y riberas				
		Superintendencia de Servicios Sanitarios	Superintendente	Autorización/ Fiscalización	Sanitario	Servicios	Producción y distribución Agua Potable y recolección y tratamiento aguas servidas	Fiscalización	Cantidad y calidad aguas	DFL 382. Año 1988 (Ley general servicios sanitarios)	2º, 7º y siguientes	Decreto 1.199. Año 2004 (reglamento LGSS)	3º
		Instituto Nacional de Hidráulica	Director Nacional	Estudio/ Diseño	Todas	Servicios	Infraestructura	Investigación y desarrollo disciplinas hidráulicas	Obras extracción, conducción, acopio y distribución de aguas	Decreto 930. Año 1967 (crea INH)	4º		
		Dirección Vialidad	Director Nacional/ Regional	Infraestructura	Todas	Servicios	Todas	Construcción/ Fiscalización	Fiscalización	Ley 15.840. Año 1964 (construcción y conservación de caminos)	18		
	Autorización Fiscalización			Todas	Servicios	Potección Riberas	Fiscalización/proteccion	Modificación flujo aguas, cauce y riberas	Ley 15.840. Año 1964 (construcción y conservación de caminos)				
	Ministerio de Bienes Nacionales	Secretaría de Bienes Nacionales	Secretario Regional Ministerial	Autorización/ información	Todas	Servicios	delimitación cauces	Regularización/control	Modificación flujo aguas, cauce y riberas	DL 3.274. Año 1980 (Ministerio de tierras y colonización)	1º		
		Subsecretaría de Bienes Nacionales	Subsecretario Regional Ministerial	Concesion uso/goce	Todas	Servicios	Todas	Regularización/control	Modificación flujo aguas, cauce y riberas				
	Ministerio de Relaciones Exteriores	Dirección Nacional de Fronteras y Límites	Director Nacional	Autorización	Todas	Servicios	Delimitación	Fiscalización/ Control	Delimitación cauces	DFL 83. Año 1979 (estatuto orgánico)	2º		
		Comision Nacional de Recursos Hídricos Compartidos	Presidente	Información	Todas	Servicios	Delimitación	Fiscalización/ Control	Cantidad y calidad aguas y Modificación flujo aguas, cauce y riberas				
	Ministerio de Defensa	Subsecretaría de Marina	Subsecretario	Concesion uso/goce	salud/ pesca /energía/ transporte	Servicios	concesión marítima	Fiscalización/administración/ funcionamiento	Concesión marítima	Decreto 475. Año 1998 (política nacional de uso de borde costero) Ley General pesca y acuicultura		Decreto 2. Año 2005 (concesiones marítimas) Reglamento de acuicultura	Decreto 1. Año 1992 (Control Contaminación Acuática)
				Autorización	Todas	Todas	Autorización	Fiscalización/administración/ funcionamiento	Autorización			Decreto 2. Año 2005 (concesiones marítimas)	
				Fiscalización	Todas	Todas	Control/Sanción	Fiscalización/ Control	Fiscalización				
				medicion/control	Todas	Todas	Control/Sanción	Fiscalización/ Control	Medición flujo aguas, cauce y riberas				
		Información	Todas	Todas	Información	Fiscalización/ Control	Información						
	Servicio Hidrométrico de la Armada	Director Nacional/ Regional	Medicion/control	Maritimo/fluvia/ lacustre	Servicios	Control/desarrollo/técnica/logística	Desarrollo investigación	Seguridad en navegación					

PRINCIPALES TAREAS QUE LA LEGISLACIÓN ENCARGA AL ESTADO Y QUE REQUIEREN DE INFORMACIÓN HIDROLOGICA

Poder del Estado	Órgano Estatal	Servicio Público	Autoridad competente	Cometido estatal	Área / Sector economía	Actividad económica	Bien/Servicio económico Final	Obligación/función estatal	Actividades específicas recurso hídrico	Sustento normativo				
										Ley		Reglamento		
										número/año	Norma (artículo)	número/año	artículo	
E J E C U T I V O	Ministerio de la Vivienda y Urbanismo	Subsecretaría	Subsecretario minvu	ejecución/ fiscalización	Seguridad población/ infraestructura	Urbanización	Desarrollo urbano	Políticas vivienda	Conducción	DFL 458. Año 1975 (Ley Gral. Urbanismo y Construcciones)	Capítulo I y II	Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones		
		secretario regional ministerial	seremi	ejecución/ fiscalización	Seguridad población/ infraestructura	Urbanización	Desarrollo urbano	Políticas vivienda	Conducción	DFL 458. Año 1975 (Ley Gral. Urbanismo y Construcciones)	Capítulo I y II			
		director	serviu	ejecución/ fiscalización	Seguridad población/ infraestructura	urbanización	desarrollo urbano	políticas vivienda	conducción	DFL 458. Año 1975 (Ley Gral. Urbanismo y Construcciones)	Capítulo I y II			
	Ministerio de Salud	Servicio de Salud	Director Regional/ provincial/ zonal		Autorización	Salud	prevención	prevención	Bien Comun	Calidad aguas	DS 745.			
					Fiscalización		recuperación	recuperación	Bien Comun	Calidad aguas	Año 1992.			
					medicion/control		promoción	promoción	Bien Comun	Calidad aguas	(Reglamento sobre condiciones sanitarias básicas en lugares de trabajo)	1º		
					Informacion		informar	informar	Bien Comun	Calidad aguas				
	Ministerio del Interior	Oficina Nacional de Emergencia (ONEMI)	Director Nacional/ Regional	Gestión/ coordinación /información	vida/salud/ seguridad población	Servicios	seguridad nacional/ orden público	bien común/ seguridad nacional	Cantidad y calidad aguas y Modificación flujo aguas, cauce y riberas					
	Ministerio Secretaria General	Comisión Nacional del Medio Ambiente	Director Nacional/ Regional	Autorización	Medioambiente	Todas	Todas	Autorización/ Fiscalización	Calidad aguas	Ley N° 19.300				
				Fiscalización		Todas	Todas	Autorización/ Fiscalización	Calidad aguas					
				Informacion		Todas	Todas	Autorización/ Fiscalización	Calidad aguas					
	MUNICIPALIDADES		Alcalde	Autorización/ información	Todas	Todas	Bien común	Bien común	Modificación flujo aguas, cauce y riberas	LOC 18.695	3º en adelante			
			Consejo	Fiscalización	Todas	Todas	Bien común	Bien común	Modificación flujo aguas, cauce y riberas	LOC 18.695				
	L E G I S L A T I V O	Congreso Nacional	Senado	Sala/ Comisiones	Creación/ modificación/ derogación normativa	Todas	Todas	Bien común	Bien común	regulación	LOC 18.918, año 1990 (Congreso Nacional)	12 en adelante		
Cámara de Diputados			Sala/ Comisiones	Creación/ modificación/ derogación normativa	Todas	Todas	Bien común	Bien común	regulación		680			
J U D I C I A L	Tribunales de Justicia	Corte Suprema	Juzgado (Civil/criminal), arbitrajes, reclamaciones administrativas	Sentencia judicial	Todas	Todas	Justicia	Resolución de conflictos, establecimiento /o resguardo de derechos, sanciones, etc.	procedimientos legales (ordinario,sumario, recursos protección, relmaciones, etc)	Ley 1552, Año 1902 (CPC). Código de Aguas, otras leyes	Diversos	Autoacordados		
		Corte Apelaciones respectiva			Todas	Todas	Justicia			Diversos				
					Todas	Todas	Justicia			Diversos				
					Todas	Todas	Justicia			juicio arbitral	Ley 7421, Año 1943 (COT)		222 y sgtes	

III. FACTIBILIDAD LEGAL DE EXTERNALIZACIÓN DE LA RHN.

En este capítulo se realiza el análisis sobre si la Dirección General de Aguas tendría atribución para encargar en todo o en parte su función estatal de investigar y medir los recursos hídricos en personas naturales o jurídicas externas.

III.1. Marco institucional.

III.1.1. De la Dirección General de Aguas (DGA).

III.1.1.1. De la organización.

Siguiendo la tendencia nacional de fortalecer la imagen corporativa o institucional, la Dirección General de Aguas ha incluido en su página Web⁴, el contenido de su misión, señalando que “Es el Organismo del Estado encargado de velar por el mejor uso de los recursos de agua del país, en función de su desarrollo sustentable y futuro, para lo cual debe investigar y evaluar los Recursos Hídricos, regular su aprovechamiento entre los usuarios, generar las bases de datos necesarias y orientar su utilización en función de los intereses de la nación”.

Ahora bien, la Dirección General de Aguas en su calidad de servicio público, es un órgano administrativo encargado de satisfacer necesidades colectivas, de manera regular y continua, que se encuentra sometido a la dependencia o supervigilancia del Presidente de la República a través del Ministerio de Obras Públicas, cuya política, planes y programas les corresponderá aplicar sin perjuicio de quedar sujeto a las políticas nacionales y a las normas técnicas de dicho Ministerio⁵. En concordancia con ello, el artículo 298 del Código dispone que “La Dirección General de Aguas es un servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas. El Jefe Superior de este servicio se denominará Director General de Aguas⁶ y será de la exclusiva confianza del Presidente de la República”.

⁴ Ver www.dga.cl

⁵ De acuerdo a lo previsto en el artículo 25 de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, N° 18.575 (en adelante Ley N°18.575).

⁶ El artículo 28 de la Ley N° 18.575, dispone que “Los servicios públicos estarán a cargo de un jefe superior denominado Director, quien será el funcionario de más alta jerarquía dentro del respectivo organismo. Sin embargo, la ley podrá, en casos excepcionales, otorgar a los jefes superiores una denominación distinta”.

En atención a su calidad de servicio centralizado, esta Repartición actúa bajo la personalidad jurídica y con los bienes y recursos del Fisco. Está sometida a la dependencia del Presidente de la República, a través del Ministerio correspondiente⁷, y su actividad se puede desarrollar en todo o parte de una región, quedando en ésta sometido a la dependencia o supervigilancia del respectivo Intendente⁸.

La estructura organizacional, como las funciones genéricas de este organismo, se encuentran indicadas en el D.F.L. N°850, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas⁹, y referidas a aquellas que le confiere el Código de Aguas y el D.F.L. MOP N° 1.115, de 1969. Estas funciones se ejercen a través de su organización¹⁰, que a nivel nacional está constituida por los Departamentos de: Hidrología; Administración de Recursos Hídricos; Conservación y Protección de Recursos Hídricos; Administración de Recursos Hídricos; Estudios y Planificación; Legal; Administración y Secretaría General; Centro de Información de Recursos Hídricos; y la Unidad de Fiscalización Externa en formación. Estos a su vez se desconcentran funcionalmente en sus trece Direcciones Regionales¹¹.

⁷ Conforme a lo establecido en el artículo 26 de la Ley N° 18.575

⁸ Según lo previene el artículo 27 de la Ley N° 18.575

⁹ De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 23 de este Decreto "A la Dirección General de Aguas, servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas, le corresponde todas las funciones y atribuciones que le confiere el Código de Aguas, particularmente las expuestas en los artículos 298 al 307. Asimismo, le corresponde las funciones y atribuciones establecidas en el DFL. No. 1.115, del Ministerio de Obras Públicas, de 14 de noviembre de 1969, con exclusión de aquellas materias que trata el Código mencionado."

¹⁰ Los tres primeros incisos del artículo 29 de la Ley N° 18.575, estatuye que "En la organización interna de los servicios públicos sólo podrán establecerse los niveles de Dirección Nacional, Direcciones Regionales, Departamento, Subdepartamento, Sección y Oficina.

La organización interna de los servicios públicos que se creen para desarrollar su actividad en todo o parte de una región, podrá considerar solamente los niveles de Dirección, Departamento, Subdepartamento, Sección y Oficina.

Para la creación de los niveles jerárquicos se considerará la importancia relativa y el volumen de trabajo que signifiquen las respectivas funciones y el ámbito territorial en que actuará el servicio".

¹¹ De acuerdo al inciso segundo del artículo 30 de la Ley N° 18.575, "La desconcentración territorial se hará mediante Direcciones Regionales a cargo de un Director Regional, quien dependerá jerárquicamente del Director Nacional del Servicio. No obstante, para los efectos de la ejecución de las políticas, planes y programas de desarrollo regional, estarán subordinados al Intendente a través del respectivo Secretario Regional Ministerial"

Los principales cometidos, que se transforman en potestades o atribuciones legales¹² de este Servicio, se pueden resumir en las siguientes:

- Planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento;
- Investigar y medir el recurso agua; mantener y operar el Servicio Hidrométrico Nacional; proporcionar y publicar la información respectiva. Para ello puede encomendar a empresas u organismos especializados los estudios, los informes técnicos y la construcción implementación y operación de las obras de medición que se requieran;
- Coordinar los programas de investigación que corresponda, con las entidades del sector público y con las privadas, que realicen esos trabajos con financiamiento parcial del Estado;
- Ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos, se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización del Servicio o autoridad a la que corresponda aprobar su construcción, o autorizar su demolición o modificación;
- Supervigilar el funcionamiento de las juntas de vigilancia y organizaciones de usuarios de acuerdo con lo dispuesto en el Código de Aguas;
- Constituir derechos de aprovechamiento de aguas; y,
- Otorgar las demás autorizaciones conforme a los procedimientos establecidos en el Código de Aguas.

¹² Estas se consuman a través de un acto administrativo, que de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley N°19.880, son “Las decisiones formales escritas que emiten los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

III.1.1.2. De la potestad de investigación y medición del recurso hídrico.

Sin perjuicio de lo previsto en los antes citados cuerpos normativos que regulan el funcionamiento de la Dirección General de Aguas, como los actos administrativos que en el ámbito de la potestad reglamentaria, como lo es el Decreto Supremo MOP N°1.220, de fecha 30 de diciembre de 1997¹³, que estableció el reglamento del Catastro Público de Aguas¹⁴, y a las facultades de establecer normas para el buen funcionamiento del Servicio se han dictado por su Director, el artículo 299 del Código de Aguas, establece entre otras atribuciones y funciones de este Servicio, la de investigar y medir el recurso. Para ello debe mantener y operar el servicio hidrométrico nacional y proporcionar y publicar la información correspondiente; encomendar a empresas u organismos especializados los estudios e informes técnicos que estime conveniente y la construcción, implementación y operación de las obras de medición e investigación que se requiera; y propender a la coordinación de los programas de investigación que corresponda a las entidades del sector público y a las privadas que realicen esos trabajos con financiamiento parcial del Estado¹⁵.

III.1.2. De las facultades del Director General de Aguas respecto de los cometidos del Servicio.

La Dirección General de Aguas, como servicio público está a cargo de un jefe superior denominado Director, funcionario de más alta jerarquía dentro del organismo, quien en dicha calidad le corresponde dirigirlo, organizarlo y administrarlo; controlarlo y velar por el cumplimiento de sus objetivos; responder de su gestión; y desempeñar las demás funciones que la ley le asigne¹⁶.

Así, el artículo 300 del Código, dispone que el Director General de Aguas¹⁷ tenga los siguientes deberes y atribuciones:

- 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;

¹³ Fue publicado en el Diario Oficial con fecha 25 de julio de 1998.

¹⁴ Tal cual por lo demás lo ordena el artículo 122 del Código de Aguas.

¹⁵ De acuerdo a la letra b) del artículo 299 del Código de Aguas.

¹⁶ Artículo 31 de la Ley N°18.575.

¹⁷ Conforme a lo prescrito en el artículo 302 del Código de Aguas, el Director General de Aguas es el representante legal de la Dirección General de Aguas.

- Dirigir, coordinar y fiscalizar la labor de la Dirección General de Aguas y adoptar las medidas que sean conducentes al adecuado funcionamiento técnico y administrativo del servicio;
- Dictar las resoluciones que corresponda sobre las materias que las leyes encomienden específicamente a los jefes superiores de servicios;
- Presentar al Ministerio de Obras Públicas el proyecto de presupuesto de entradas y gastos para cada año;
- Preparar los proyectos de contratos que deba celebrar el Fisco en virtud de sus resoluciones, o en cumplimiento de decretos supremos, en los casos establecidos por la ley y sus respectivos reglamentos;
- Proponer al Ministro de Obras Públicas las modificaciones legales o reglamentarias que sean procedentes para el mejor cumplimiento de las funciones y objetivos del servicio; y,
- Delegar parcial o totalmente en funcionarios del servicio una o más de sus facultades y conferirles poderes especiales por un período determinado.

Luego, el artículo 301 de ese mismo Código ha sido explícito en disponer que “El Director General de Aguas, en representación del Fisco, podrá celebrar actos y contratos en cumplimiento de las funciones que le corresponden a la Dirección General de Aguas y, en especial, comprar y vender materiales y bienes muebles; aceptar donaciones y recibir erogaciones para la realización de sus fines; contratar pólizas de seguro contra toda clase de riesgos, endosarlas y cancelarlas; percibir y, en general, ejecutar todos los actos y contratos necesarios para el cumplimiento de los objetivos que el presente Código encomienda a la Dirección General de Aguas”.

Esta norma debe ser estimada como especial respecto de lo previsto en el artículo 34 de la Ley N°18.575, que a la letra dice que “Los servicios públicos podrán encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de establecimientos o bienes de su propiedad, a las Municipalidades o a entidades de derecho privado, previa autorización otorgada por ley y mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado”.

Asimismo, debe comprenderse la facultad legal expresa del mencionado artículo 301, como una autorización particular, propia y determinada del Director General de Aguas, frente a lo dispuesto en el artículo 32 de la Ley N°18.575, esto

es, que “El Presidente de la República podrá delegar en forma genérica o específica la representación del Fisco en los jefes superiores de los servicios centralizados, para la ejecución de los actos y celebración de los contratos necesarios para el cumplimiento de los fines propios del respectivo servicio. A proposición del jefe superior, el Presidente de la República podrá delegar esa representación en otros funcionarios del servicio”. En consecuencia, el Director no requiere de dicha delegación presidencial para realizar dichos cometidos, pues está facultado directamente por la ley para ello, no obstante su calidad de servicio público centralizado, lo cual es sin perjuicio de sujetarse en su oportunidad al procedimiento de licitación o compra de Servicios o bienes para la transparencia y probidad¹⁸, a las solemnidades propias de los actos jurídicos, sean administrativos como civiles, a los actos de control financiero o de presunción de legalidad¹⁹ de sus actos administrativos, como a la forma y firmas según el monto de los mismos de acuerdo a las instrucciones vigentes del Ministerio de Obras Públicas.

III.2. De la facultad para encargar a terceros labores relacionadas con la investigación y medición del recurso hídrico.

III.2.1. Antecedentes.

A la luz de lo previsto en las normas de interpretación de la ley²⁰, que en caso alguno implica someterse a la explicación rígida que se queda atrapada en la letra inerte de la Ley, sino por el contrario, buscando precisamente el sentido armónico, sistémico y finalistas de las reglas contenidas en las normas, que en caso alguno sustenta arbitrariedad e ilegitimidad, estimamos que conforme al principio de juricidad²¹ la Dirección General de Aguas está dotada legalmente para entregar la ejecución de ciertas y determinadas labores relativas a su función de investigar y medir las aguas terrestres, en personas naturales o jurídicas, de derecho público o privado.

En efecto, es la propia ley que estima que en ciertas labores no se afecta precisamente la potestad pública. Así, por ejemplo, estima que ocurre cuando ella es asumida por otro servicio público, según regla en el artículo 35 de la Ley N°18.575, al disponer que “En aquellos lugares donde no exista un determinado

¹⁸ Avisos, licitaciones o procesos del Sistema Chile Compra, por ejemplo.

¹⁹ A través del trámite de la toma de razón de Contraloría General de la República.

²⁰ Contenidas en los artículos 19 y siguientes del Código de Aguas,

²¹ Hace amplio el cumplimiento de parte del Estado como de los ciudadanos de los estándares normativos vigentes no tan solo contenidos en la ley sino que en la propia Constitución Política.

servicio público, las funciones de éste podrán ser asumidas por otro. Para tal efecto, deberá celebrarse un convenio entre los jefes superiores de los servicios, aprobado por decreto supremo suscrito por los Ministros correspondientes. Tratándose de convenios de los servicios a que se refiere el artículo 27, éstos serán aprobados por resolución del respectivo Intendente”.

En otros casos, ha sido precisamente el órgano de control de legalidad de los actos administrativos de los servicios públicos, quien ha estimado que dichas tareas pueden ser asumidas por personas que se reglan por las normas del derecho privado, en la medida que ellas no configuren un acto administrativo o se emitan o realicen en el cumplimiento de una función o facultad reconocida por la ley, conforme al mérito del dictamen N°2.179, de 23 de enero de 1989, de la Contraloría General de la República (en adelante la Contraloría).

De la misma manera, éstas podrían ser realizadas también por personas que no revisten la calidad de funcionarios públicos, como por ejemplo un personal a honorarios, porque si bien la atribución continua radicada en el servicio, la podría encomendar en la medida que ello implique una actividad de coayuda, auxilio o asistencia de aquella y no en si la misma, según el contenido del dictamen N°9.832, de 18 de abril de 1991, de Contraloría, y, de la misma manera, es posible estimar que aquellas acciones que resultan del cumplimiento de una función son posibles de delegar en entidades privadas, en la medida que aquellas que se toman a cargo se realizan en beneficio de terceros y no del de su ejecutor, como igualmente dichas labores se deben cumplir conforme a la ley con los propios recursos presupuestarios y financieros de la repartición pública respectiva, y no con aportes de particulares, sean en dinero o especies, conteste al dictamen N°2.631, de 23 de enero de 1996, de esa misma entidad Fiscalizadora.

Finalmente, del texto de la norma de la letra b) del artículo 299 del Código de Aguas se infiere claramente que el legislador previó legalmente la hipótesis de que el Jefe Superior de la Dirección General de Aguas, pudiera poner en manos de empresas u organismos especializados un conjunto de tareas determinadas para cumplir con dicha función. Luego, es posible estimar que a través de la celebración de las respectivas convenciones o actos jurídicos²², según su presupuesto anual, el Director General podría comisionar la ejecución de algunos trabajos, faenas, obras /o estudios en ese sentido.

²² En este sentido lo que ordenan las letra e) y c) del artículo 300 del Código de Aguas.

III.2.2. Criterios para establecer el ámbito de las labores encomendable a terceros.

Conforme a lo anterior, es necesario establecer los discernimientos que permiten efectivamente individualizar, a lo menos genéricamente, las labores del cometido estatal de la Dirección General de Aguas relacionadas con la investigación y medición del recurso hídrico que es posible de encomendar en terceros, los que pasamos a exponer a continuación:

III.2.2.1. Principio de legalidad.

De acuerdo al ordenamiento vigente, existen normas que rigen las actuaciones de la Administración del Estado en el ejercicio de la potestad pública, como son aquellas a que se refieren los artículos 6 y 7 de la Constitución Política que establecen las bases del principio de legalidad (juricidad) y que se expresa en la situación de la especie, en que los órganos públicos actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes dentro de su competencia y en la forma que prescriba la Ley.

En concordancia y armonía, el artículo 2º de la Ley N° 18.575, ha dispuesto expresamente que “Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes. Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes.

Asimismo, el artículo 10 de la Ley N° 18.575, previene que “Las autoridades y jefaturas, dentro del ámbito de su competencia y en los niveles que corresponda, ejercerán un control jerárquico, permanente del funcionamiento de los organismos y de la actuación del personal de su dependencia. Este control se extenderá tanto a la eficiencia y eficacia en el cumplimiento de los fines y objetivos establecidos, como a la legalidad y oportunidad de las actuaciones”.

Además, el artículo 11 de esa misma Ley Orgánica Constitucional prescribe que “Las autoridades y funcionarios facultados para elaborar planes o dictar normas, deberán velar permanentemente por el cumplimiento de aquellos y la aplicación de éstas, dentro del ámbito de sus atribuciones, sin perjuicio de las obligaciones propias del personal de su dependencia”.

En concordancia con lo anterior, el artículo 12 de la Ley N°18.575, ordena que “El personal de la Administración del Estado se regirá por las normas estatutarias que establezca la ley, en las cuales se regulará el ingreso, los deberes y derechos, la responsabilidad administrativa y la cesación de funciones”.

Este sucinto marco normativo enmarca la actuación de los órganos y funcionarios de la Administración del Estado conforme a derecho, sin perjuicio de las normativas específicas relativas a sus cometidos estatales.

III.2.2.2. Labores que comprende un cometido público se deben realizar por el órgano o funcionario que señala la ley o por delegación.

En términos generales, la ley suele efectuar una numeración de los cometidos de un órgano o agente, en sus diversos cuerpos jurídicos generales y especiales, señalando expresamente que funciones, atribuciones, facultades dentro de las atribuciones propias de cada Servicio o dependencia del Estado son indelegables, ya sea por que ordena que lo efectúe únicamente el titular²³, o bien, que pueden ser delegadas solamente en otro determinado funcionario público. Esto último, toda vez que se trate de funciones o atribuciones o tareas de tan alto nivel que en general solo pueden ser realizadas o desempeñadas por aquellas personas que revisten una reglamentada calidad jurídica de funcionario público²⁴, y, en general, se estima que actuando en la esfera de su competencia, en el ejercicio de sus atribuciones normativas, este reviste la calidad de ministro de fe.

²³ En este sentido lo dispuesto respecto de las atribuciones exclusivas del Contralor General de la República, conforme a lo previsto en los incisos 1° y 2° del artículo 6 del Decreto N°2.421, de 7 de julio de 1964, que fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República (Ley N°10.333), esto es, “Corresponderá exclusivamente al Contralor informar sobre derecho a sueldos, gratificaciones, asignaciones, desahucios, pensiones de retiro, jubilaciones, montepíos y, en general, sobre los asuntos que se relacionen con el Estatuto Administrativo, y con el funcionamiento de los Servicios Públicos sometidos a su fiscalización, para los efectos de la correcta aplicación de las leyes y reglamentos que los rigen. Del mismo modo, le corresponderá informar sobre cualquier otro asunto que se relacione o pueda relacionarse con la inversión o compromiso de los fondos públicos, siempre que se susciten dudas para la correcta aplicación de las leyes respectivas”.

²⁴ En esta materia resulta de interés traer a colación la situación de la operación de los radares que efectúan fiscalización de las normas de velocidad, sean en cuanto ellos estén ubicados en calles (bienes nacionales de uso público) adscritas a una Municipalidad, o a la operación de una obra pública concesionada MOP, como lo es una autopista urbana o rural, en cuanto ellos solo pueden ser operados por personal de Carabineros de Chile, quien son funcionarios públicos investidos regularmente para ejercer las tareas que implica esa facultad, y, además, revestir la calidad de ministro de fe respecto de los hechos que en dicha calidad dejen constancia. Respecto de esta materia, para que lo efectúa una persona que carece de dicha condición jurídica, se requiere de una autorización expresamente prevista en la ley.

Por el contrario, existen labores de un cometido público que puede ser delegadas en cualquier otro funcionario, pues es la propia normativa la que ha dispuesto cuales son las condiciones o requisitos que son necesarios de cumplir para que opere la delegación de facultades y atribuciones, así, el tenor del artículo 43 de la Ley N°18.575²⁵.

En ese contexto, por ejemplo, las funciones o facultades de fiscalización de que se encuentra dotado algún servicio público no pueden ser desempeñadas por una persona que no reviste la calidad de funcionario público, es más, ni aún puede hacerlo una persona natural o jurídica regida por el derecho privado bajo contrato o en conjunto de alguna persona que si tenga dicha calidad jurídica (aplica dictamen N°32.934, de 14 de julio de 2006). De tal envergadura es dicha prohibición, que se trata de una potestad pública que debe ser necesariamente realizada por un órgano o servicio del Estado, a través de uno o más de sus funcionarios, nombrado regularmente en dicha función, o delegada la atribución o facultad de acuerdo a la legislación en vigencia.

Luego, no está ajustado a derecho y resulta inexistente desde el punto de vista de los efectos del acto administrativo²⁶, aquella resolución que se sustenta en el ejercicio de la potestad pública²⁷, como es la de fiscalizar aquellas materias que determinada y específicas la ley encomienda a un órgano del Estado o servicio

²⁵ Esta norma dispone que “El ejercicio de las atribuciones y facultades propias podrá ser delegado, sobre las bases siguientes:

- a) La delegación deberá ser parcial y recaer en materias específicas;
- b) Los delegados deberán ser funcionarios de la dependencia de los delegantes;
- c) El acto de delegación deberá ser publicado o notificado según corresponda;
- d) La responsabilidad por las decisiones administrativas que se adopten o por las actuaciones que se ejecuten recaerá en el delegado, sin perjuicio de la responsabilidad del delegante por negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones de dirección o fiscalización, y
- e) La delegación será esencialmente revocable,

El delegante no podrá ejercer la competencia delegada sin que previamente revoque la delegación. Podrá, igualmente, delegarse la facultad de firmar, por orden de la autoridad delegante, en determinados actos sobre materias específicas. Esta delegación no modifica la responsabilidad de la autoridad correspondiente, sin perjuicio de la que pudiera afectar al delegado por negligencia en el ejercicio de la facultad delegada”.

²⁶ Debe tenerse presente el concepto legal de acto administrativo contenido en el artículo 3° de la Ley N°19.880, en cuanto son “Las decisiones formales escritas que emiten los órganos de la Administración del Estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”.

²⁷ Asimismo, se debe tener presente que la potestad pública se expresa en o a través de actos administrativos (dictamen de la Contraloría General de la República N°78.959, de 26 de octubre de 1972), y que ésta se realiza o se consume por una persona investida regularmente y conforme a la ley de la condición de funcionario público.

público, por ejemplo, que ha sido realizado por un persona natural o jurídica que carece de la calidad de funcionario público²⁸.

III.2.2.3. El dato hidrométrico como esencia del Servicio Hidrométrico Nacional.

La actividad de medir, coleccionar, almacenar e informar datos hidrológicos es el fundamento propio de la existencia y operación de las diversas redes que conforman el Sistema Hidrométrico Nacional. Luego, su objeto esencial es el dato hidrométrico²⁹ que está representado por un valor determinado, tanto en lo que se refiere a la cantidad como a la calidad del recurso agua, que de acuerdo a los aforos o mediciones se van registrando y preservando en las diversas bases de datos que permiten la gestión informada del recurso hídrico tanto para usuarios del sector público como para los del sector privado.

A partir de lo anterior, es posible determinar que el núcleo³⁰ del cometido estatal de la Dirección General de Aguas en estudio, es precisamente la captura, el registro, la preservación, el análisis y la difusión continua, periódica, permanente de los parámetros³¹ relativos tanto a la cuantía como a la calidad del recurso hídrico, que se mide e informa desde las diversas fuentes naturales a través de las diferentes redes, de acuerdo a los programas y planes anuales del servicio.

Entonces, pareciera resultar indelegable en personas que carecen de la investidura regular de funcionarios públicos³² precisamente las labores que se

²⁸ Al respecto resulta indispensable tener a la vista el mérito de los dictámenes de la Contraloría General de la República N°s 28.220, de 1985; 2.179, de 23 de enero de 1989; y, 9.832, de 18 de abril de 1991.

²⁹ Según el Diccionario de la Lengua Española la palabra dato es “Antecedente necesario para llegar al conocimiento exacto de una cosa o para deducir las consecuencias legítimas de un hecho, o, bien, en su acepción 3°, representación de una información de manera adecuada para su tratamiento en un ordenador”. Luego, conforme a ese mismo diccionario hidrométrico, es “perteneiente o relativo a la hidrometría”. A su vez, hidrometría “Parte de la hidrodinámica que trata del modo de medir el caudal, la velocidad, o la fuerza de los líquidos”.

³⁰ En el sentido de ser el elemento primordial al que se van agregando otros para formar un todo, en cuanto parte o punto central de alguna cosa que define y a su vez, se define por ella, y, que en fin, es precisamente constituye el elemento que define el todo, sea la propia red sea al sistema hidrométrico propiamente dicho.

³¹ Tales como niveles de aguas en los ríos como en lagos, y lagunas, sedimentos, precipitaciones, temperaturas, evaporación, presencia de tales o cuales elementos, como su variación, en los cursos de aguas, entre otros.

³² A contrario sensu, si estas podrían ser encomendadas a otros funcionarios, tal cual lo autoriza el artículo 35 de la Ley N°18.575

relacionan directamente con dichas tareas, si se ejercen facultades de fiscalización y punitivas por el mismo u otro órgano o servicios de la Administración del Estado.

III.3. Conclusiones.

Se desprende de los antecedentes anteriores y, en particular, de los textos normativos y jurisprudenciales³³ citados, que existen algunos elementos que están a favor y en contra de la externalización, y que no pueden sino que con un análisis en derecho más acabado resolver sobre si la Red Hidrométrica Nacional es externalizable o no.

Pareciera que no resultarían delegables en terceros dado su calidad de no sujetos de derecho público, ni la mantención ni la operación del Servicio Hidrométrico Nacional, en lo referido al dato propiamente tal, como tampoco aquellas labores propias destinadas a proporcionar y publicar la información correspondiente que se obtenga de ellos, en la medida que se entienda que corresponde a un servicio de fiscalización.

Por otro lado, se desprende que constituyen labores que la Dirección General está facultada para radicar en todo o en parte, según la distribución territorial que estime pertinente conforme a los programas y planes, a nivel nacional, regional, provincial o local, en uno o más organismos o empresas del sector privado, el encargar la construcción, implementación y operación de las obras de medición e investigación que se requieran para el correcto y oportuno funcionamiento de las diversas redes que componen el sistema hidrométrico nacional.

Dado que existen argumentos que pueden entregar señales en ambos sentidos, esto es, no externalizar o hacerlo, es que resulta pertinente ahondar a futuro en esta materia antes de manifestar opinión alguna al respecto.

³³ Recuérdese que de acuerdo a lo previsto en el inciso final del artículo 6 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República, esto es "...sólo las decisiones y dictámenes de la Contraloría General de la República serán los medios que podrán hacerse valer como constitutivos de la jurisprudencia administrativa en las materias a que se refiere el artículo 1" de esa misma legislación, como lo es, en particular, pronunciarse sobre la constitucionalidad y legalidad de los decretos supremos y de las resoluciones de los jefes de Servicios, que deban tramitarse por la Contraloría General.