

CONCESIÓN SANITARIA Y LA FUENTE EN LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS SUBTERRÁNEAS

CRISTIÁN SILVA
Aguas Andinas S.A.

El Oficio ord. N° 178 de 24 de enero de 2001 de la Superintendente de Servicios Sanitarios subrogante, respondió a una consulta de la empresa SAPBSA sobre la posibilidad de incluir en los Estudios de Prefactibilidad como solución de fuente inicial (primeros cinco años) el traslado de los derechos de aguas subterráneas dentro del mismo acuífero.

Para responder la consulta, la SISS ofició a la Dirección General de Aguas. Esta última respondió que el traslado de derechos de aprovechamiento de aguas dentro del mismo acuífero es siempre posible. Sin embargo, el trámite no tiene un plazo definido para concretar esos traslados, que puede ser entrabado por sucesivas oposiciones presentadas por terceros.

La gestión del traslado, en consecuencia, podría tomar un tiempo difícil de precisar, que tampoco podría señalar con anticipación ni la Dirección General de Aguas ni el peticionario.

Además, el oficio N° 178 expresa “no resulta procedente aceptar un programa de desarrollo cuyo cumplimiento quedará sujeto de partida a una condición de incertidumbre”.

Enseguida, el oficio citado dispone en su número 3 que en una solicitud de concesión de producción de agua potable, las soluciones propuestas en los Estudios de Prefactibilidad para una concesión de ese tipo, solo deben plantearse con aquellas fuentes subterráneas ubicadas en los mismos puntos geográficos que señalen los documentos requeridos para acreditar el dominio o el uso de los respectivos derechos, conforme a lo exigido por el artículo 15 del D.S. N° 121 del MOP.

I. LA FUENTE SUBTERRÁNEA ES EL ACUÍFERO

En los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas la “fuente” es el acuífero que contiene dichas aguas. El titular del derecho de aprovechamiento extrae el caudal que le fue otorgado desde el acuífero. La resolución de la Dirección General de Aguas que le constituyó el derecho lo autoriza para extraer el caudal otorgado desde un punto determinado por coordena-

das UTM, pero ese punto determinado en esas coordenadas es el punto de extracción, no la fuente.

Confirma lo anterior lo siguiente:

a. El solicitante de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas debe acreditar que está disponible el caudal que solicita. Sin demostrarlo no se le otorgará el derecho. Es posible que el solicitante al efectuar una prueba de bombeo en el punto determinado por las coordenadas señaladas en su solicitud extraiga efectivamente el caudal solicitado, tanto en la prueba de gasto variable como de gasto constante. Sin embargo, otro titular de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que extrae en otro lugar pero en el mismo acuífero podrá oponerse a la constitución del derecho de aprovechamiento al solicitante. Si acredita que es imposible satisfacer a la vez su derecho ya otorgado y el pedido por el solicitante, su oposición deberá ser acogida y la solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento rechazada en consecuencia.

Si entendiéramos por “fuente” el punto de captación y no el acuífero de aguas subterráneas, en el ejemplo anterior el derecho de aprovechamiento solicitado debería otorgarse y la oposición del tercero rechazarse. Por el contrario, si se entiende, acertadamente, por “fuente” al acuífero, la solicitud deberá rechazarse como consecuencia de haberse acogido la oposición. Lo segundo es lo que ocurre invariablemente, cuando el opositor acredita que el rendimiento del acuífero no permite satisfacer simultáneamente el caudal que a él le han otorgado y el que solicita el interesado

b. Si un titular tiene un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas y desea extraer un caudal igual o menor al que le ha sido otorgado en otro punto de extracción situado en el mismo acuífero correspondiente a su derecho de aprovechamiento deberá presentar en la Dirección General de Aguas una solicitud de Variación del Punto de Captación, reglamentada en el artículo 33 de la Resolución N° 186 de 1996 de la Dirección General de Aguas que dispone nor-

mas sobre la exploración y explotación de aguas subterráneas. Dicho artículo expresa: "La Dirección General de Aguas podrá autorizar el cambio de punto de captación de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en un mismo acuífero, siempre que exista disponibilidad del recurso, que no se perjudiquen derechos de terceros y que se respeten las disposiciones contenidas en esta resolución".

Si ese mismo titular desea extraer cualquier caudal en otro punto de extracción no correspondiente al acuífero de su actual derecho de aprovechamiento deberá presentar en la Dirección General de Aguas una solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas.

En el primer caso la solicitud se denomina Variación del Punto de Captación porque se pide extraer un caudal igual o menor en un punto diferente situado sobre la misma fuente. En el segundo caso se debe solicitar un nuevo derecho de aprovechamiento, sin importar si el caudal solicitado es mayor, menor o igual al correspondiente al derecho de aprovechamiento que ya se tiene, porque se trata de fuentes distintas, es decir, distintos acuíferos.

c. Para el caso concreto que comentamos, en los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas ocurre lo mismo que para las aguas superficiales. En las aguas superficiales la "fuente" es el cauce natural o la sección del cauce natural. Es por eso que, dentro de un mismo cauce natural o de una misma sección de un cauce natural, el titular de un derecho de aprovechamiento que desee extraer un caudal igual al que le ha sido otorgado en otro punto de extracción dentro del mismo cauce natural o sección de cauce natural, solicita lo que se denomina Traslado del Ejercicio. Si quisiera extraer el mismo caudal que ya posee, pero en otro río o en otra sección de un mismo río, debería ingresar en la Dirección General de Aguas una solicitud de constitución de Derechos de Aprovechamiento de Aguas Superficiales. Las razones son las mismas que para las aguas subterráneas: en el primer caso se trata de extraer el mismo caudal en otro punto de la misma fuente; en el segundo caso se trata de extraer el mismo caudal en otra fuente.

d. Los tres regímenes de excepción para la explotación de las aguas subterráneas dicen relación con el acuífero. El artículo 63 del Código de Aguas dice: "La Dirección General de Aguas podrá declarar zonas de prohibición para nuevas explotaciones, mediante resolución fundada en la protección del acuífero, la cual se publicará

en el Diario Oficial". El artículo 64 señala: "La autoridad deberá dictar una nueva resolución sobre la mantención o alzamiento de la prohibición de explotar, a petición justificada de parte, si así lo aconsejan los resultados de nuevas investigaciones respecto a las características del acuífero o la recarga artificial del mismo". El artículo 65 prescribe: "Serán áreas de restricción aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él".

A su vez, la resolución N° 186 de la DGA, al regular estos tres regímenes de excepción en la explotación de aguas subterráneas, también se refiere al acuífero. El artículo 27 establece: "La Dirección General de Aguas declarará zona de restricción en aquellos casos en que concurren una o más de las siguientes circunstancias:

a) Que los estudios demuestren que existe riesgo de descenso generalizado de los niveles estáticos en el largo plazo, que afecten la capacidad productiva de los acuíferos, debido a una insuficiente recarga en relación a la explotación existente.

b) Que exista peligro de contaminación del acuífero por intrusión de aguas que perjudiquen los aprovechamientos usuales".

El artículo 32, por su parte, prescribe: "La Dirección General de Aguas declarará zona de prohibición para nuevas explotaciones, en conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 del Código de Aguas cuando se constaten algunas de las situaciones que pasan a indicarse:

a) Que en el plazo de 5 años, a lo menos, o durante un período representativo de la situación hidrológica de largo plazo del **acuífero**, se observe un descenso en el nivel estático y de rendimiento de las captaciones, afectando a lo menos al cincuenta por ciento de las captaciones del área.

b) Que se haya comprobado la contaminación del acuífero como consecuencia del nivel de explotación existente".

II. LA LEY DISTINGUE ENTRE FUENTE Y DERECHO, LA DOCTRINA TAMBIÉN

En relación con un derecho de aprovechamiento de aguas, sea superficial o subterránea, son cosas distintas la fuente y el derecho. La fuente es el río u otro cauce natural o la sección

de río, en las superficiales; el acuífero en las subterráneas. El derecho (de aprovechamiento) es la facultad de extraer cierto caudal desde la fuente. Según el artículo 6° del Código de Aguas es un derecho real que recae sobre las aguas y que consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y de conformidad a las reglas que prescribe este Código (de Aguas).

En el título constitutivo del derecho de aprovechamiento se precisan distintas circunstancias del mismo. Entre ellas el denominado punto de captación, que es el lugar determinado en coordenadas UTM desde el cual se permite la extracción de aguas subterráneas.

El Código de Aguas en su artículo 16° prescribe: "Son derechos (de aprovechamiento) de ejercicio permanente los que se otorguen con dicha calidad en fuentes de abastecimiento no agotadas, ...". El artículo 17°, por su parte, prescribe: "Los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente facultan para usar el agua en la dotación que corresponda, salvo que la fuente de abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, ..." El artículo 22, enseguida, dispone: "La autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales ...". Asimismo, los artículos 158 y siguientes regulan el cambio de fuente de abastecimiento (libro II Título I, número 2 letra c del Código de Aguas). El propio 158 expresa: "La Dirección General de Aguas estará facultada para cambiar la fuente de abastecimiento, ..." El 159 agrega: "El cambio de fuente de abastecimiento solo podrá efectuarse si..." Por último, el artículo 162 señala: "Con todos los antecedentes reunidos, la Dirección General de Aguas acogerá o rechazará la solicitud de cambio de fuente de abastecimiento..."

La ley sanitaria también se hace cargo de que la fuente de un derecho de aprovechamiento de aguas y el derecho mismo son cosas distintas.

La Ley General de Servicios Sanitarios dice en su artículo 12:

"La solicitud de concesión se presentará a la entidad normativa, ... La solicitud, ... contendrá, a lo menos, lo siguiente:

3.- La identificación de las fuentes de agua y sus respectivos derechos, en el caso de la concesión de producción de agua potable".

La misma ley en su artículo 18 dispone:

"El decreto de otorgamiento de la concesión considerará, entre otros, los siguientes aspectos:

3. Las condiciones de prestación de los servicios, incluyendo, a lo menos:

a) en el caso de las concesiones de producción de agua potable, las fuentes y derechos de aguas, ..."

El reglamento de la Ley General de Servicios Sanitarios, D.S. N°121 del MOP, señala en su artículo 15:

"La solicitud de concesión para establecer, construir y explotar servicios sanitarios deberá contener los siguientes antecedentes:

3. La identificación de las fuentes de agua y sus respectivos derechos, en el caso de la concesión de producción de agua potable..."

Don Guillermo Andrés Parada Barrera, en su libro "El derecho de Aprovechamiento de Aguas: aspectos dogmáticos y legales, su posesión y adquisición por prescripción" explica en la página 217 "la existencia de ciertos elementos que componen la estructura necesaria de un derecho de aprovechamiento, los que guardan relación con la idea misma de autorización para extraer aguas en forma exclusiva.

Dichos elementos son los siguientes:

a) Fuente natural, de la cual se extraerá el agua".

Luego continúa, definiendo fuente natural: "Se trata de aquellos cuerpos o masas de agua compuestos por aguas superficiales, sean corrientes o detenidas, y por aguas subterráneas. Estas formas se traducen en ríos, riachuelos, lagos, lagunas, pantanos, acuíferos, etc.".

III. AL SOLICITANTE DE UNA CONCESSION SANITARIA LE ES SUFICIENTE ANUNCIAR EXPROPIACIONES DE TERRENOS O CONSTITUCION DE SERVIDUMBRES EN EL ACTO PÚBLICO, SIN QUE DEBA TENER TRAMITADAS LAS EXPROPIACIONES O CONSTITUIDAS LAS SERVIDUMBRES. IGUAL CRITERIO DEBE APLICARSE A LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS

Al momento de presentarse al acto público, el solicitante debe mencionar en los diversos antecedentes que la ley o la Superintendencia le requieran (esta última en la resolución que fija día y hora y lugar para la realización del acto público), las adquisiciones de terrenos o constitución de servidumbres que serán necesarias. Si los dueños de esos terrenos —o titulares de otros derechos sobre los mismos— no accedieren a la enajenación o servidumbre respectiva, el ahora prestador sanitario podrá solicitar al MOP la expropiación a su costa de los terrenos necesarios y al Juez la constitución de las servidumbres legales también necesarias.

En el acto público, insistimos, no es necesario que el solicitante presente expropiaciones ya tramitadas o servidumbres ya constituidas.

Esto no siempre fue así. El D.S. N° 121 decía anteriormente en su artículo 21°:

“Los peticionarios deberán presentar en el acto público referido en el artículo precedente los siguientes antecedentes técnicos y documentos:

c) Certificados y escrituras que prueben la naturaleza de sus derechos sobre los bienes que utilizarán en la prestación de los servicios incluidos en la concesión. En especial, se debe acreditar los derechos de aprovechamiento mediante certificados extendidos por la autoridad competente y los derechos que tenga sobre los bienes involucrados en las obras”.

La exigencia de la letra c) citada fue suprimida por la modificación del D.S. 121 verificada por el Decreto Supremo N° 240 del MOP, de 18 de abril de 1998.

La supresión resolvió una inconsistencia de la legislación anterior. El prestador sanitario puede requerir al Ministerio de Obras Públicas para que a su costa se expropien los bienes inmuebles necesarios (artículo 12 de la Ley N° 18.777) solo desde que es, precisamente, prestador sanitario. Al momento de presentarse al acto público, el futuro prestador sanitario solo es un solicitante o postulante a una concesión sanitaria cuyo titular está por determinarse. Igualmente, mientras no revista la calidad de prestador sanitario, el solicitante de una concesión no podrá requerir judicialmente la constitución de una servidumbre legal, lo que sí puede hacer una vez otorgada a su favor la concesión sanitaria (artículo 9° del DFL 382 y artículo 9° del DS N° 121).

Este mismo criterio de no exigir en el acto público al solicitante expropiaciones ya tramitadas o servidumbres ya constituidas, debe aplicarse también para los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas. El solicitante puede, en los antecedentes que debe acompañar al acto público, presentar títulos de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas y ofrecer el traslado de su punto de captación. Exigirle de inmediato el traslado de los puntos de captación tiene los siguientes inconvenientes:

1.- El solicitante deberá tramitar y obtener la variación del punto de captación antes de presentarse al acto público y este trámite puede llegar a ser inútil en el caso de que se le adjudique la concesión sanitaria a otro interesado.

2.- El primer solicitante de una nueva concesión gozaría de una ventaja casi imposible de superar por sus probables competidores si es que estos últimos debieran acreditar derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas cuyo punto de captación fuera necesario trasladar

para justificar la conveniencia técnica y económica de las soluciones que propusieran. No podrían en muchos casos obtener la variación del punto de captación en el intervalo entre la publicación en el Diario Oficial de la solicitud del primer interesado y el día del acto público.

Lo anterior podría en ciertos casos eliminar toda competencia en la constitución de una concesión sanitaria en un área geográfica nueva, lo que no es deseado por la ley.

3.- Uno o varios prestadores sanitarios podrían eliminar de la competencia por una concesión sanitaria nueva a otro cuya solución técnica necesitara la variación del punto de captación mediante el simple expediente de promover oposiciones a la solicitud de variación del punto de captación, sea directamente, sea por intermedio de terceros, dilatando los trámites de esa solicitud hasta más allá del día del acto público.

IV. EL PRESTADOR SANITARIO ESTÁ OBLIGADO AL CUMPLIMIENTO DE SU PLAN DE DESARROLLO Y OTORGA GARANTÍAS EN TAL SENTIDO, ADEMÁS DE EXPONERSE A LA CADUCIDAD DE SU CONCESIÓN

El concesionario sanitario está obligado al cumplimiento del plan de desarrollo que presentó y fue aprobado por la Superintendencia. En caso contrario se arriesga a multas, ejecución de las garantías ofrecidas y hasta la caducidad de su concesión. De manera que si por cualquier circunstancia no pudiese cumplir cabalmente con el plan de desarrollo, aprobado ese incumplimiento le significará muy probablemente un costo. El cumplimiento del plan es entonces un riesgo que contrae el prestador.

No parece conveniente entonces que para el momento del acto público se plantee en relación con el punto de captación de aguas correspondientes a derechos de aprovechamiento subterráneos exigencias que normalmente deberían cumplirse en etapas señaladas en el plan de desarrollo o en el estudio de prefactibilidad que se acompañe en dicho acto. Como ya se ha dicho, esa exigencia anticipada limita la libre entrada a las licitaciones de concesiones nuevas, conspirando contra la competencia promovida por la legislación para garantizar la adjudicación al prestador que ofrezca tarifas más reducidas.

Adicionalmente, el prestador sanitario está obligado a prestar el servicio correspondiente dentro de su área de concesión. Si para tal efecto debiera extraer aguas subterráneas desde un

punto de captación distinto del óptimo o más oneroso que otros, será a su costa, sin poder por ello modificar las tarifas que propuso y que fueron aprobadas por decreto supremo.

V. PLAZOS DE TRÁMITE DE VARIACIÓN DEL PUNTO DE CAPTACIÓN ESTÁN DETERMINADOS POR EL LEGISLADOR

El oficio ord. N° 178, aludiendo a su vez a otro documento emanado de la DGA, expresa que el trámite de variación del punto de captación de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas "no tiene un plazo definido para concretar esos traslados" y que "la gestión del traslado podrá tomar un tiempo difícil de precisar, ya que no dependerá ni de la DGA, ni del peticionario, pronosticar el plazo para el término exitoso de dicha gestión".

En realidad cualquier trámite, petición o solicitud, administrativa o judicial, tiene un plazo incierto de resolución. En ese sentido, todas las solicitudes o peticiones estarían sujetas "a una condición de incertidumbre", como señala el oficio.

Sin embargo, las solicitudes presentadas por particulares a la DGA tienen plazos determinados por la ley. Dentro de 30 días de ingresada la solicitud a las oficinas de la DGA, el solicitante deberá publicar un extracto de la misma en el Diario Oficial y en otros periódicos, según el caso. Dentro de 30 días contados desde la última publicación, los opositores podrán deducir oposiciones a la solicitud. Dentro de 15 días desde que le fuere notificada personalmente la oposición, o del despacho a correo del oficio notificador, según los casos, el solicitante deberá contestar la o las oposiciones. Esos son los plazos que obligan a peticionario y opositor.

La DGA, por su parte, tiene un plazo de 30 días desde que cuenta con todos los antecedentes señalados (solicitud, oposición u oposiciones, contestación o contestaciones a las oposiciones) para, mediante resolución fundada, solicitar aclaraciones, decretar inspecciones oculares y pedir los informes correspondientes para mejor resolver. Reunidos los antecedentes solicitados, la DGA deberá emitir un informe técnico y dictar resolución fundada que dirima la cuestión sometida a su consideración, en un plazo máximo de cuatro meses, a partir del vencimiento del plazo de 30 días del inciso primero del artículo 134 que hemos mencionado.

De manera que el plazo para resolver una variación del punto de captación será de 225 días en el caso de que la publicación, las oposi-

ciones y la o las contestaciones de las oposiciones se verifiquen en el último día del plazo establecido al efecto. Si ocurre antes, el plazo será menor.

Una vez rechazada una o más oposiciones a una variación del punto de captación de aguas subterráneas, y transcurrido el plazo para deducir un recurso de reconsideración ante la DGA, esa entidad podrá autorizar la variación del punto de captación solicitada. Si se promovieran recursos o demandas judiciales, estas solo paralizarán la tramitación de la solicitud de traslado en el caso de que se solicite y otorgue una orden de no innovar, y no así en la generalidad de los casos. De manera que la interposición de recursos o demandas judiciales no dilata siempre la tramitación de solicitudes de variación del punto de captación como expresa el oficio N° 178 refiriéndose a otro oficio de la DGA.

Por otra parte, los estudios de prefactibilidad ofrecen soluciones técnicas que deberán entrar en operación varios meses después del acto público en que son presentados. Por ejemplo, en la licitación pública de la concesión sanitaria de los servicios de producción y distribución de agua potable y de recolección y disposición de aguas servidas para el loteo "El Chamisero", cuyo acto público se realizó el día 10 de noviembre de 2000, se ofrecieron soluciones técnicas para la producción de agua potable (que implican la variación del punto de captación en ciertos derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas) que entrarán en operación el segundo semestre del 2002.

VI. OFICIO ORD. N° 178 SOLO PODRÍA TENER EFECTO PARA LAS CONCESIONES CUYO LLAMADO AL ACTO PÚBLICO SEA POSTERIOR A LA FECHA DE DICHO OFICIO

La Superintendencia de Servicios Sanitarios debe citar a un acto público a todos los postulantes cuyas solicitudes de concesión sanitaria relativas a una misma zona hayan sido acogidas a tramitación. Para ello debe señalar día, hora y lugar de celebración del acto público.

Según el número 6 del artículo 2° del Decreto Supremo N° 2619 del MOP de 1998, "La resolución (que cita al acto público) señalará los antecedentes que se deben acompañar al acto público, de acuerdo a lo que establece el art. 14° del DFL MOP N° 382/88".

Por su parte, el número 9 del mismo artículo y Decreto Supremo ya mencionado dice "En la resolución que cita al acto público, la Superintendencia de Servicios Sanitarios indicará la

forma en que se deben acompañar los antecedentes técnicos, las pautas para la elaboración los estudios de prefactibilidad técnico y económico, los aspectos tarifarios y de derechos de aprovechamiento”.

Luego, en relación a solicitudes de constitución de nuevas concesiones cuyo llamado a acto público ya se hubiere realizado, se produjo respecto de la SISS una suerte de desasimio en cuya virtud esta no podría modificar posteriormente y con efecto retroactivo lo que determinó en algún llamado a acto público que sea contradictorio con el criterio del Oficio Ord. N° 178 ya citado.

Los interesados que se atuvieron a lo dispuesto en los llamados al acto público no pueden verse afectados por dictámenes posteriores de la SISS que contradigan lo que se señaló en la resolución dictada en los expedientes relacionados con sus solicitudes de constitución de nuevas concesiones. Dicho de otro modo, la facultad de la SISS para modificar lo que hubiere dispuesto en los llamados a acto público habría precluido una vez notificada y ejecutoriada la respectiva resolución administrativa.

VII. EL DOCUMENTO DE LA SISS DENOMINADO “GUÍA PARA LA ELABORACIÓN DE ESTUDIOS” FUE MODIFICADO EN EL SENTIDO INVERSO AL CRITERIO QUE, PARA LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS, ESTARÍA IMPONIENDO EL OFICIO N° 178

En la Guía para la elaboración de estudios preparada por los Departamentos de Normalización y Control y de Tarifas de la SISS en enero de 1991 se daban pautas para la confección de Estudios de Prefactibilidad. En el capítulo III de dichos estudios debían presentar los solicitantes una “Definición del Proyecto de Inversión” que contuviera un Planteamiento de Alternativas de Solución. En relación a los terrenos se exigía:

“Adquisición de terrenos para recintos futuros: cualquier alternativa de solución que requiera terrenos adicionales o nuevos para las futuras instalaciones contempladas en los cinco primeros años del programa de obras, deberá incluir la documentación que acredite la propiedad de estos por parte de la concesionaria, o, en su defecto la documentación legalizada sobre compromisos de venta y costo de los terrenos. Asimismo, será necesario documentar la situación de los terrenos que serán objeto de expropiaciones o servidumbres; en caso de expropiaciones se deberá acreditar la iniciación del trámite y en el caso de las servidumbres estas

deberán encontrarse constituidas para los cinco primeros años”.

Como ya se ha dicho, no es razonable exigir a un solicitante de concesión sanitaria la iniciación de procedimientos de expropiación o la constitución de servidumbres que solo una vez que revista la condición de concesionario sanitario y no ya de mero solicitante podrá impetrar (art. 12 Ley 18.777 y 9 del DFL 382).

La nueva Guía de Elaboración de Estudios de Prefactibilidad, confeccionada por el Departamento de Normalización y Control de la SISS en diciembre de 1997 suprimió, por tanto, tales exigencias respecto a expropiaciones y servidumbres sobre bienes raíces.

El oficio ord. N° 178, por el contrario, modifica el criterio de la SISS en relación a los antecedentes sobre derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas que deberán acompañar los solicitantes en el acto público. Pero la modificación verificada por el oficio N° 178 va en sentido inverso a las que el legislador (artículo 21 letra c) del DS 121) y la SISS (Guía para la Elaboración de Estudios de Prefactibilidad de 1991 y 1997) han efectuado en relación a terrenos, expropiaciones y servidumbres para los mismos antecedentes que se requieran en el mismo acto público.

VIII. INTENCIÓN DEL AUTOR DEL OFICIO N° 178 PUEDE SER FRUSTRADA Y DISPOSICIÓN DE DICHO DOCUMENTO VOLVERSE INEFICAZ O INJUSTA

El oficio ordinario N° 178 prescribe que en los antecedentes que se acompañen al acto público en los Estudios de Prefactibilidad se incluyan derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en sus actuales puntos de captación. No corresponderá, en consecuencia, incluir el traslado de los derechos de agua subterráneas en esos Estudios.

Sin embargo, en el número 4 y final de dicho oficio se indica “No obstante lo anterior, el solicitante podrá, para los efectos de sus estudios tarifarios, de acuerdo con el DFL MOP N° 70/88, asumir un modelo de empresa más eficiente en cuanto a la ubicación de sus fuentes subterráneas”.

Con lo señalado en ese punto final la aparente intención del dictamen de la SISS contenido en el oficio N° 178 se desvirtúa completamente.

Los postulantes a futuras licitaciones de concesiones sanitarias incluirán los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en sus actuales puntos de captación en las soluciones

técnicas contenidas en sus Estudios de Prefactibilidad con lo que evitarán ser descalificados en la etapa de revisión de antecedentes técnicos. Pero al presentar sus estudios tarifarios razonarán asumiendo la extracción de las aguas subterráneas desde puntos a los cuales en el futuro trasladarían dichas captaciones, asegurándose de ese modo la oferta de la menor tarifa y la consiguiente adjudicación de la concesión.

El aparente afán de no sujetar la licitación de concesiones sanitarias "a una condición de incertidumbre" que esgrime la SISS en su oficio ord. N° 178 afectaría, entonces, solo a aquellos solicitantes de concesiones sanitarias en trámite de adjudicación que hubieran ofrecido como solución técnica el traslado de los aprovechamientos de aguas subterráneas ateniéndose a lo que en su momento dispuso la respectiva resolución que llamó a cada acto público. Los futuros solicitantes, en cambio, evitarán caer en la descali-

ficación en la etapa de revisión de antecedentes técnicos que es la lógica consecuencia del oficio N° 178 en caso de no cumplirse sus disposiciones, mediante el simple expediente de no mencionar el traslado o variación del punto de captación de derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en las soluciones técnicas que deben incluir los Estudios de Prefactibilidad.

De este modo, la norma del oficio N° 178 quedará como letra muerta para el futuro, evitándose las descalificaciones mediante el procedimiento descrito, y afectando solo a quienes —por aplicación de las normas sobre efecto retroactivo— no debiera empecer, es decir, quienes hubieren acompañado antecedentes técnicos en actos públicos anteriores a la fecha de ese oficio, ofreciendo el traslado de aprovechamiento de aguas subterráneas, cuyas solicitudes se encuentren actualmente en trámite. Esta situación sería injusta y absurda.