

2024

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 15.072-2023

[19 de diciembre de 2024]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD POR
INCONSTITUCIONALIDAD RESPECTO DE LOS ARTÍCULOS 129 BIS
5°, 129 BIS 6°, 129 BIS 7°, 129 BIS 8°, Y 129 BIS 9°, DEL CÓDIGO DE
AGUAS

AGRÍCOLA RIBERA LIMITADA

EN EL PROCESO ROL N° 415-2023, SEGUIDO ANTE EL CORTE DE APELACIONES
DE SANTIAGO

VISTOS:

Que, Agrícola Ribera Limitada acciona de inaplicabilidad por
inconstitucionalidad respecto de los artículos 129 bis 5°, 129 bis 6°, 129 bis 7°,
129 bis 8°, y 129 bis 9°, del Código de Aguas, en el proceso Rol N° 415-2023,
seguido ante el Corte de Apelaciones de Santiago.

Preceptos legales cuya aplicación se impugna

El texto de los preceptos impugnados dispone lo siguiente:

“Código de Aguas

(...)

***Artículo 129 bis 5°- Los derechos de aprovechamiento consuntivos de
ejercicio permanente, respecto de los cuales su titular no haya construido las
obras señaladas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, estarán afectos, en la***



proporción no utilizada de sus respectivos caudales medios, al pago de una patente anual a beneficio fiscal.

La patente a que se refiere este artículo se regirá por las siguientes normas:

a) En los primeros cinco años, los derechos de ejercicio permanente pagarán una patente anual cuyo monto será equivalente a 1,6 unidades tributarias mensuales por cada litro por segundo.

b) Entre los años sexto y décimo inclusive, la patente calculada de conformidad con la letra anterior se multiplicará por el factor 2, y

c) Entre los años undécimo y décimo quinto inclusive, la patente calculada de conformidad con la letra a) precedente se multiplicará por el factor 4, y en los quinquenios siguientes su monto se calculará duplicando el factor anterior, y así sucesivamente.

d) El titular de un derecho de aprovechamiento constituido con anterioridad a la publicación de esta ley, que no haya construido las obras descritas en el inciso primero del artículo 129 bis 9, habiendo transcurrido cinco años contados desde la fecha de publicación de esta ley, quedará afecto a la extinción de su derecho de aprovechamiento en aquella parte no efectivamente utilizada, de conformidad con las disposiciones y las suspensiones señaladas en el artículo 6 bis y sujeto al procedimiento descrito en el artículo 134 bis. Sin perjuicio de los plazos de las suspensiones establecidos en el artículo 6 bis, la contabilización del plazo para abrir el expediente administrativo de extinción del derecho se suspenderá por todo el tiempo que dure la tramitación de los permisos necesarios para construir las obras, que deban ser otorgados por la Dirección General de Aguas y/o la Dirección de Obras Hidráulicas, incluyendo los ajustes a que se refiere el inciso tercero del artículo 156. Las solicitudes de traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento y las de cambio de punto de captación de él no quedarán comprendidas en la referida suspensión, salvo cuando deban presentarse a consecuencia del cumplimiento de un trámite exigido para la recepción de las obras por parte de la Dirección General de Aguas.

Para los efectos de la contabilización de los plazos de no utilización de las aguas, de que dan cuenta los literales a), b) y c) anteriores, éstos comenzarán a regir a contar del 1 de enero del año siguiente al de la fecha de publicación de la ley N° 20.017, a menos que se trate de derechos de aprovechamiento que se constituyan o reconozcan con posterioridad a tal fecha, caso en el cual los plazos se computarán desde la fecha de su constitución o reconocimiento.

Artículo 129 bis 6°- *Los derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual, que no sean utilizados total o parcialmente, pagarán un tercio del valor de la patente asignada a los derechos de ejercicio permanente.*

Artículo 129 bis 7°- El pago de la patente se efectuará dentro del mes de marzo de cada año, en cualquier banco o institución autorizados para recaudar tributos. La Dirección General de Aguas publicará la resolución que contenga el listado de los derechos sujetos a esta obligación, en las proporciones que correspondan. El listado deberá contener: la individualización del propietario, la naturaleza del derecho, el volumen por unidad de tiempo involucrado en el derecho y la capacidad de las obras de captación, la fecha y número de la resolución de la Dirección General de Aguas o de la sentencia judicial que otorgó el derecho y la individualización de su inscripción en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo en el caso en que estos datos se encuentren en poder de la autoridad. La publicación será complementada mediante mensaje radial de un extracto de ésta, en una emisora con cobertura territorial del área correspondiente. Esta publicación se efectuará el 15 de enero de cada año o el primer día hábil inmediato si aquél fuere feriado, en el Diario Oficial y en forma destacada en el sitio web institucional y en un diario o periódico de la provincia respectiva y, si no lo hubiere, en uno de la capital de la Región correspondiente.

Esta publicación se considerará como notificación suficiente para los efectos de lo dispuesto en el artículo 129 bis 10.

Sin perjuicio de lo señalado en el presente artículo, el pago de la patente se suspenderá durante el tiempo que se encuentre vigente cualquier medida de un tribunal que ordene la paralización total o parcial de la construcción de las obras que se señalan en el artículo 129 bis 9.

Artículo 129 bis 8°- Corresponderá al Director General de Aguas, previa consulta a la organización de usuarios respectiva, determinar los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no se encuentren total o parcialmente utilizadas, al 31 de agosto de cada año, para lo cual deberá confeccionar un listado con los derechos de aprovechamiento afectos a la patente, indicando el volumen por unidad de tiempo involucrado en los derechos. En el caso que los derechos tengan obras de captación, se deberá señalar la capacidad de dichas obras y se individualizará la resolución que las hubiese aprobado.

Artículo 129 bis 9°- Para los efectos del artículo anterior, el Director General de Aguas no podrá considerar como sujetos al pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6, aquellos derechos de aprovechamiento para los cuales existan obras de captación de las aguas. Se entenderá por obras de captación de aguas superficiales, aquellas que permitan incorporarlas a los canales y a otras obras de conducción, aun cuando tales obras sean de carácter temporal y se renueven periódicamente. Tratándose de aguas subterráneas, se entenderá por obras de captación aquéllas que permitan su alumbramiento, tales como, bombas de extracción, instalaciones mecánicas,



instalaciones eléctricas y tuberías, entre otras. En ambos casos, dichas obras deberán ser suficientes y aptas para la efectiva utilización de las aguas, capaces de permitir su captación o alumbramiento, y su restitución al cauce, en el caso de los derechos de aprovechamiento no consuntivos.

El no pago de patente a que se refiere el inciso anterior se aplicará en proporción al caudal correspondiente a la capacidad de captación de tales obras.

Estarán exentos del pago de la patente a la que se refiere este Título:

1. Aquellos derechos de aprovechamiento de aguas inscritos a nombre de un comité u otra asociación de agua potable rural o de servicios sanitarios rurales, según corresponda, destinados al servicio sanitario rural mediante contratos, circunstancias que deberá certificar el administrador del servicio o, cuando corresponda, la Dirección de Obras Hidráulicas.

2. Aquellos derechos de aprovechamiento que posean las empresas de servicios públicos sanitarios y que se encuentren afectos a su respectiva concesión, hasta la fecha en que, de acuerdo con su programa de desarrollo, deben comenzar a utilizarse, circunstancias que deberá certificar la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

3. Aquellos derechos de aprovechamiento de aguas de los que sean titulares las comunidades agrícolas definidas en el artículo 1 del decreto con fuerza de ley N° 5, de 1967, del Ministerio de Agricultura.

4. Aquellos derechos de aprovechamiento destinados a fines no extractivos, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 bis 1 A y su reglamento. Este reglamento definirá el plazo para desarrollar los proyectos a que se refiere el inciso primero de ese artículo, cumplido el cual, y no habiéndose desarrollado el referido proyecto, dejará de aplicar la exención que se regula en esta disposición.

5. Aquellos derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual, cualquiera sea su caudal, que sean de propiedad fiscal.

6. Aquellos de los que sean titulares indígenas o comunidades indígenas, entendiendo por tales los regulados en el artículo 5 de este Código, y considerados en los artículos 2 y 9 de la ley N° 19.253, respectivamente.”.

(...)

Síntesis de la gestión pendiente y del conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

La requirente refiere ser dueña de derechos de aprovechamiento consuntivo de aguas superficiales y corrientes del río Rapel, tanto de ejercicio permanente y discontinuo; como de ejercicio eventual y discontinuo, cuya



captación se realiza gravitacionalmente en un punto ubicado en la ribera derecha del río, entre el Estero Comeche y Desembocadura, en la provincia de San Antonio.

Este derecho fue constituido mediante Resolución DGA N° 140 de fecha 7 de abril del 2004 (“DAA 140”) y rola inscrita a fojas 26 N°28, del Registro de Propiedad de Aguas del año 2011, a cargo del Conservador de Bienes Raíces de San Antonio. Este derecho se encuentra inscrito en el Catastro Público de Aguas de la Dirección General de Aguas, bajo el N°405/2012. Lo adquirió por compra que hizo a Inversiones Arlequín Limitada, Rol Único Tributario N°78.013.154-7, representada por doña María Victoria Quiroga Moreno, según escritura pública otorgada ante el Notario de Santiago, don René Benavente Cash, de fecha 22 de septiembre de 2011, según se expone en nota a pie de página a fs. 8.

En conformidad con el artículo 163 del Código de Aguas, con fecha 24 de agosto de 2022, solicitó al Director General de Aguas el traslado del derecho de aprovechamiento de aguas, tramitándose bajo el expediente administrativo VT0601-2094. Ello con el objeto de ejercerlo con las obras con que cuenta en el punto de destino.

Tras acreditarse el cumplimiento de los requisitos legales y de los antecedentes que sustentan la solicitud, mediante Resolución N° 1495/2022, de fecha 27 de octubre de 2022, la Dirección General de Aguas de la Región (DGA) de O’Higgins declaró la admisibilidad de la solicitud de traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento de aguas señalado. Luego atendido a lo dispuesto en por el artículo 131 del Código de Aguas efectuó las publicaciones de rigor.

Posteriormente, mediante el Ord. DGA Rancagua N° 98 de fecha 10 de marzo de 2023, la Dirección General de Aguas de la Región de O’Higgins comunicó la oposición interpuesta por Enel Generación Chile S.A., la cual fue debidamente contestada el 11 de abril de 2023. Luego, a través del Ord. DGA Rancagua N°94 de fecha 29 de agosto de 2023, se solicitaron antecedentes adicionales y fondos para realizar visita ocular correspondiente.

La aclaración y la suma solicitada fueron remitidas al servicio con fecha 14 de septiembre del año 2023. Desde este último hito, expone, el procedimiento aún se encuentra en análisis técnico de balances y caudales susceptibles de autorizar.

Hace presente que habiendo transcurrido sobradamente los plazos legales desde el ingreso de la solicitud de traslado, ésta todavía se encuentra pendiente de resolución final, según lo confirmó la propia DGA el 5 de diciembre de 2023 al responder una solicitud ingresada mediante el Portal de Transparencia, N° AM006T0014247.



Explica que pese a que sí existen obras asociadas al mismo en los puntos de captación cuyo traslado se encuentra pendiente, que permiten aprovechar el recurso hídrico en las cantidades solicitadas, con fecha 29 de diciembre de 2022 se dictó la Resolución Exenta DGA N° 3.847, publicada en el Diario Oficial el 16 de enero de 2023, que fijó el listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos a patente por no uso para el presente año 2023, incluyendo ilegalmente en sus numerales 7862 y 7863 el derecho de aprovechamiento de aguas del cual Agrícola Ribera es titular.

Oportunamente, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 129 bis 10° y 136 del Código de Aguas, interpuso recurso de consideración ante la Dirección General de Aguas solicitando que el derecho de aprovechamiento de aguas en cuestión sea excluido del listado fijado en la Resolución de Patentes.

Con fecha 27 de abril de 2023, el Director General de Aguas rechazó el Recurso de Reconsideración a través de la Resolución Exenta N° 1005.

Contra la Resolución Reclamada se interpuso recurso de reclamación del artículo 137 del Código de Aguas, el cual se tramita ante la Il. Corte de Apelaciones de Santiago bajo el Rol de ingreso N° 415-2023.

En el marco de lo anterior, arguye las siguientes contravenciones constitucionales:

Arguye vulneración al artículo 19 N°s 2, 20, 21 y 24, así como el artículo 1 inciso cuarto constitucional, en cuanto la normativa en cuestión permite la existencia de un tributo injusto que nace de inactividad del estado, e impide actividad lícita de la requirente.

En primer lugar, sostiene que se infringe el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política por cuanto la aplicación de patente por no uso para el período 2023 aparece como inadecuada y no idónea para alcanzar la finalidad perseguida. En vez de promover un uso eficiente del recurso hídrico y un mercado activo, lo que se termina provocando es la imposición injustificada de un gravamen a una sociedad que pretende darle un uso futuro previsible a las aguas, con fines productivos agrícolas, pero que no puede utilizar las obras de captación existentes en el punto de destino, única y exclusivamente porque la DGA se demora excesivamente en resolver el procedimiento administrativo de traslado del ejercicio del derecho.

En segundo término, argumenta que se vulnera el artículo 19 N° 20 de la Constitución Política que prohíbe los tributos manifiestamente injustos o desproporcionados. Ello tiene lugar porque el evento que causa la obligación de pagar el tributo se produce por una circunstancia ajena a su esfera de control, dependiendo únicamente de la inactividad de la autoridad administrativa.

Agrega que se produce una paradoja, pues quien ha causado de manera determinante el evento que da lugar a la obligación de pagar el tributo coincide con el sujeto que ha de verificar el listado de los que han incurrido en el gravamen y que, además, en último término -como representante del Estado-, ha de beneficiarse del dinero recaudado en el pago de la patente.

En tercer lugar, aduce que se transgrede el artículo 19 N° 21 de la Constitución Política que garantiza el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita. Sostiene que la aplicación de los preceptos legales objetados obstaculiza indefinidamente que pueda utilizar su derecho de aprovechamiento en el desarrollo de su actividad productiva agrícola. Mientras más se retrasa la DGA en resolver la solicitud de traslado, mayor es la patente que podrá cobrarle, y en el intertanto, se ve impedida de utilizar su derecho para su actividad agrícola. Con ello se produce un incentivo perverso, donde la DGA se ve tentada a dilatar injustificadamente los expedientes administrativos de traslado para obtener una mayor recaudación.

Como cuarto punto, alega la infracción del artículo 19 N° 24 de la Constitución Política que garantiza el derecho de propiedad. Argumenta que la aplicación de los preceptos impugnados excede las limitaciones y obligaciones que impone la función social de la propiedad en materia de las aguas, pues obliga a asumir una carga económica por el solo hecho de solicitar que se le autorice a utilizar su derecho en un punto de captación diferente. Sostiene que aquella es una limitación u obligación que no fue prevista por el legislador, sino que deriva de una aplicación abusiva e inconstitucional de los preceptos impugnados.

Finalmente, sostiene que se vulnera el artículo 1° inciso cuarto de la Constitución Política que consagra el principio de servicialidad del Estado. Argumenta que las excesivas e ilegales demoras de la DGA en resolver los expedientes administrativos han desvirtuado sus atribuciones y funciones, alejándola de su rol de promover y proteger los derechos fundamentales. Cita jurisprudencia del Tribunal Constitucional que ha reconocido que el retardo o demora de la Administración en atender sus funciones y atribuciones no puede generar una situación de menoscabo o perjuicio para los particulares, siempre que esa dilación no les sea imputable.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Segunda Sala, con fecha 15 de enero de 2024, a fojas 128, disponiéndose la suspensión del procedimiento.

En resolución de fecha 7 de marzo de 2024, a fojas 618, se declaró admisible.



Conferidos los traslados de fondo a los órganos constitucionales interesados y a las demás partes en la gestión invocada, la Dirección General de Aguas (DGA) formuló observaciones solicitando el rechazo del libelo.

Observaciones de la Dirección General de Aguas

A fojas 629 solicita el rechazo del libelo considerando las siguientes argumentaciones:

En primer término, hace presente que este conflicto ha sido resuelto con anterioridad por este Tribunal, citando especialmente el fallo Rol 13.539-2022 de 2 de agosto de 2023, que rechazó un requerimiento similar en que se denunciaban inaplicables las normas respecto al pago de patentes por no uso.

Respecto de la tardanza en resolver, argumenta que ella no tiene ninguna relación causal con el no uso del derecho de aprovechamiento de aguas. Explica que el titular de un derecho concedido por acto de autoridad sólo puede ejercerlo en los términos del acto constitutivo donde se precisa el punto de captación del recurso y que la administración no está obligada a acceder a la solicitud de modificación del punto de captación otorgado originariamente en los términos solicitados por la requirente. Por tanto, sostiene que la tardanza en resolver esta última petición no configura un impedimento para ejercer el derecho en los términos autorizados por la autoridad al otorgar el derecho de aprovechamiento de aguas.

Enfatiza que está obligada a resolver la petición de traslado, pero no a concederla, de modo que mientras ella no se resuelva el titular del derecho de aprovechamiento de aguas sólo tiene una mera expectativa, sin que se trate de una circunstancia que le impida hacer uso de las aguas en los términos originariamente concedidos. Agrega que la petición de traslado es indiciaria de que el titular del derecho de aprovechamiento de aguas no hará uso de ellas en los términos que fueron concedidas por la autoridad.

En cuanto a los antecedentes legislativos, explica que la institución de la patente por no uso fue incorporada al Código de Aguas por la Ley N° 20.017 de 2005, con el objeto de solucionar la grave situación de acaparamiento de derechos de aprovechamiento existente en el país con fines especulativos, los que se adquirirían en forma gratuita y a perpetuidad y se mantenían ociosos a la espera de que su valor se elevara. Señala que esta situación se agrava considerando que el agua es un elemento esencialmente escaso y necesario para la vida y todo proceso productivo.

En relación con la supuesta afectación al artículo 1° de la Constitución Política, sostiene que el recurso carece de los elementos básicos, toda vez que la petición concreta no dice relación con la infracción que se estima se está

cometiendo. Explica que se plantea por una parte que el cobro de patente por no uso no contempla dentro de sus excepciones la existencia de un traslado pendiente, lo que se trataría de una omisión dentro de la normativa y no una infracción que genere la inconstitucionalidad de la misma.

En cuanto a la alegada infracción al artículo 19 N° 20 de la Constitución Política, la DGA desarrolla extensamente que la patente cumple con los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional para que una diferencia legal sea constitucional. Argumenta que la restricción está establecida por ley, persigue un fin legítimo como es el bien común, constituye una medida adecuada y necesaria para alcanzar dicho fin, y se ajusta a los estándares de proporcionalidad en sentido estricto.

Sobre la infracción al artículo 19 N° 21 de la Constitución Política, sostiene que si bien el artículo 134 del Código de Aguas establece un plazo máximo de 4 meses para resolver una solicitud, este plazo se encuentra superado por otras normas incorporadas con posterioridad al mismo Código. Explica que en la práctica dicho plazo no resulta aplicable en la actualidad a ninguna solicitud presentada ante el Servicio.

En relación con la alegada vulneración al artículo 19 N° 24 de la Constitución Política, argumenta que una solicitud de traslado de derechos de aprovechamiento de aguas es una mera expectativa que no genera derechos para el solicitante, por lo que su tramitación no es ni puede ser considerada como una excepción al cobro de patente por no uso. Enfatiza que el punto original en el cual fue concedido el derecho se encuentra completamente habilitado para su explotación en los términos estipulados por la Resolución de la DGA.

Finalmente, respecto a la infracción al artículo 19 N° 2 de la Constitución Política, señala que el requirente no desarrolla de qué forma se produciría la infracción, circunscribiéndola más bien a una infracción al artículo 20 de la Carta Fundamental. Sostiene que no existe discriminación arbitraria alguna, pues la normativa de patentes se aplica bajo criterios objetivos y razonables a todos los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas por igual.

A fojas 650, por decreto de fecha 12 de abril de 2024, se trajeron los **autos en relación**.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 6 de noviembre de 2024 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, alegatos por la requirente del abogado Carlos Ciappa Petrescuy y por la Dirección General de Aguas de la abogada



Bárbara Oneto Valdés. Se adoptó acuerdo con igual fecha, conforme certificación del relator.

Y CONSIDERANDO:

PRIMERO. Que la alegación central de la requirente consiste en que el pago de la patente por no uso del derecho de aprovechamiento de aguas, en el caso concreto, produce efectos inconstitucionales, toda vez que cuenta con obras de captación, sólo que éstas se encuentran en puntos cuyo traslado está pendiente de resolución en un procedimiento administrativo en el que se acusa una excesiva tardanza e inactividad de la Dirección General de Aguas (“DGA”). Concretamente, la requirente sostiene que *“no puede utilizar las obras de captación existentes en el punto de destino, única y exclusivamente porque la DGA se demora excesivamente en resolver el procedimiento administrativo de traslado del ejercicio del derecho”* (fs. 21), de modo que *“las excesivas e ilegales demoras de la DGA en resolver los expedientes administrativos de traslado de ejercicio del DAA 486 de Agrícola Retiro han desvirtuado las atribuciones y funciones de la DGA”* (fs. 26), lo cual generaría que el cobro de la patente por no uso infrinja los artículos 1, 19 N° 2, 20, 21 y 24 de la Constitución.

SEGUNDO. Que, ante todo, es preciso advertir que la actora, mediante el requerimiento de inaplicabilidad, pretende, de un lado, que esta Magistratura determine si las obras que tiene construidas le sirven como causal de exención del pago de la patente, y de otro, que juzgue la inaplicabilidad de los preceptos que se impugnan en virtud de la tardanza o pasividad de la DGA en la tramitación de un procedimiento en el que figura como interesado. Ambas alegaciones corresponden que sean planteadas en la sede pertinente, no ante esta Magistratura, pues no nos corresponde ni la interpretación de la ley, creando excepciones *ad hoc* en base a antecedentes dubitados, ni el juzgamiento del actuar de las autoridades administrativas en el ejercicio de las facultades que le son privativas.

TERCERO. Que, en efecto, si lo agravante para el requirente es la tardanza en la tramitación de un procedimiento administrativo, no se divisa cómo es que ello puede ser atribuido a los preceptos legales que se impugnan. Si lo que se reclama es una falta de servicio de la administración, cuestión de mera legalidad, es otra la sede en la que el requirente deberá hacer valer sus derechos, sin que corresponda que esta Magistratura señale las vías que detenta el administrado ante la demora de la DGA, pero ciertamente, la inaplicabilidad por inconstitucionalidad no es una de ellas. A través de esta acción enjuiciamos preceptos legales, por lo que sólo nos corresponde determinar si el cobro de la patente por no uso de aprovechamiento de aguas, que es lo que mandata la norma, se ajusta o no a la Constitución.

CUARTO. Que si particularidad de caso concreto aducida por el requirente consiste en la supuesta pasividad de la DGA en la tramitación de un procedimiento administrativo respecto del cual la requirente carece de un derecho indubitado, dicha circunstancia no podrá ser atendida por esta Magistratura. Esto es así porque la tardanza que se reclama no tiene ninguna relación causal con el no uso de un derecho de aprovechamiento de aguas vigente, de modo que carece de toda trascendencia para resolver el presente requerimiento.

En efecto, y aunque esto será desarrollado con mayor detalle, si consideramos que: (i) el titular de un derecho de aprovechamiento de aguas concedido por acto de autoridad sólo puede ejercerlo en los términos del acto constitutivo donde se precisa el punto de captación del recurso; (ii) la administración no está obligada a acceder a la solicitud de modificación del punto de captación otorgado originariamente en los términos solicitados por la requirente, forzoso es concluir que la tardanza en resolver esta última petición no configura un impedimento para ejercer el derecho en los términos autorizados por la autoridad al otorgar el derecho de aprovechamiento de aguas; y que (iii) la circunstancia de que en el caso *sub lite* el derecho de aprovechamiento de aguas (DAA) haya sido comprado en el mercado, no modifica el régimen jurídico que regula el sistema de patente por no uso al que están sometidos todos los DAA.

La administración está obligada a resolver la petición de traslado, pero no a concederla, de modo que mientras ella no se resuelva el titular del derecho de aprovechamiento de aguas sólo tiene una mera expectativa, sin que se trate de una circunstancia que le impida hacer uso de las aguas en los términos originariamente concedidos.

Es más, la petición de traslado es indiciaria de que el titular del derecho de aprovechamiento de aguas no hará uso de ellas en los términos que fueron concedidas por la autoridad. Y en este sentido, si el titular no hará uso del derecho de aprovechamiento de aguas -cualquiera sea la razón esgrimida- puede restituir el derecho para que sea asignado a quien esté en condiciones de utilizarlo; puede enajenarlo o, si quiere conservarlo -como es el caso de autos- deberá pagar la patente por el no uso.

El mecanismo, entonces, lejos de ser irracional o injusto, opera ante este tipo de circunstancias en las que el titular reconoce que no hará uso del derecho de aprovechamiento de aguas en los términos concedidos por la autoridad, pues incentiva la adecuada distribución del recurso hídrico, evitando el acaparamiento, con las consecuencias negativas que este conlleva.

I. SOBRE EL SISTEMA DE PATENTES POR NO USO DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

QUINTO. Que, en términos jurídicos, la distinción entre las aguas y los derechos de los particulares sobre las aguas -hacer uso de ellas o aprovecharlas- surge con nitidez en nuestro ordenamiento jurídico a raíz de la regulación constitucional y legal. Profundizar sobre lo anterior es trascendente para determinar la lógica tras la patente por no uso que, en esencia, viene a ser una carga para un titular de un derecho para hacer uso de forma exclusiva y excluyente de un bien común: el agua. Ello independiente de si fue concedido gratuitamente por el Estado o lo adquirió en el mercado de aguas.

1. Del derecho de aprovechamiento de aguas. Regulación constitucional y legal.

SEXTO. Que el artículo 19 N°23 de la Constitución reconoce *“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. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución”*. A su turno, el numeral 24° asegura *“El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales”*, expresando su inciso final que *“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”*.

A nivel legal, el artículo 595 del Código Civil expresamente señala que *“Todas las aguas son bienes nacionales de uso público”* y el artículo 5 del Código de Aguas establecía que *“Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código”*, mientras que en su redacción actual establece que *“Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación”*.

SÉPTIMO. Que, a partir de la preceptiva constitucional y legal transcrita, esta Magistratura ha desarrollado diversos criterios interpretativos con relación a la naturaleza jurídica de las aguas y el régimen de propiedad sobre el vital elemento y, en particular, respecto al Derecho de Aprovechamiento de las Aguas y los mecanismos que permiten su apropiación y comercialización, lo que hemos reseñado en sentencias anteriores y reiteramos. Específicamente, en su STC rol 1.281 se efectúa un acabado análisis del estatus jurídico de las aguas superficiales y subterráneas como bienes nacionales de uso público, cuya síntesis se expresa a continuación:

- *“los bienes nacionales de uso público son bienes que están fuera del comercio humano, pues pertenecen ‘a la Nación toda’. Por eso, no son susceptibles de apropiación; son un ámbito exento de propiedad privada” (STC rol 1.281, c. 31°).*

- *“los bienes nacionales, además, son bienes sujetos a un especial régimen jurídico, pues son inalienables, no susceptibles de embargos, hipotecas, ni objeto de expropiación. Eso no significa que respecto de ellos no quepan actos de administración, como se verá más adelante. Estos bienes son entregados para administración, es decir, para su tuición, conservación y cuidado, a distintas autoridades, según estemos frente al dominio público marítimo, fluvial, terrestre, aéreo. Pero estas autoridades no pueden disponer de ellos; sólo pueden entregarlos en uso privativo a particulares mediante un título habilitante. Como consecuencia de su carácter inapropiable, son bienes respecto de los cuales no cabe la prescripción. Esta opera sólo en relación a los bienes que están en el comercio (artículo 2498, Código Civil)” (ibid., c. 32°).*

- *“estos son bienes cuyo uso pertenece a todos los habitantes; son bienes sobre los cuales no hay propiedad sino uso. Dicho uso puede ser común o especial. El uso común significa que corresponde en general a todos, aunque se haga individualmente. Dicho uso es anónimo, temporal y no requiere título alguno. Eso explica que, por regla general, su uso se sujete a ciertos principios: igualdad (todos concurren al uso en las mismas condiciones), libertad (no hay más restricciones que las expresamente establecidas) y gratuidad (a fin de que todas las personas puedan acceder a estos bienes, por regla general no se cobra por su uso) (Reyes Riveros, Jorge; *Naturaleza Jurídica del Permiso y de la Concesión sobre Bienes Nacionales de Uso Público*; Edit. Jurídica; Santiago, 1960; págs. 85 y siguientes). El mencionado uso común está sujeto a ciertas limitaciones: se debe respetar el destino del bien, de modo que no se cause daño que impida o menoscabe su uso; además, se debe respetar el uso que las otras personas hagan del bien; también se debe respetar la reglamentación que haga la autoridad. El uso común puede ser general o especial. En este último caso, a diferencia de lo que sucede con el uso común general, la autoridad puede establecer determinadas restricciones en atención a ciertas consideraciones como la peligrosidad o la intensidad en el uso. El uso privativo, por su parte, implica que la autoridad encargada de su administración entrega por actos específicos la ocupación del bien, temporalmente, con un propósito de interés público, generalmente a título oneroso, a un particular, quien puede excluir al resto de las personas que accedan a él. El uso privativo implica un uso exclusivo y excluyente del bien. Por eso, exige un título habilitante, que puede ser el permiso o la concesión (Aylwin, Patricio; *Derecho Administrativo*; T. III; Edit. Universitaria; Santiago, 1959; págs. 107 y siguientes; Silva Cimma, Enrique; *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Actos, contratos y bienes*; Edit. Jurídica; Santiago, 1995; págs. 272 y 273; Montt O.,*

S.; ob. cit.; págs. 264 y siguientes; y Sánchez Morón, Miguel; *Los bienes públicos*; Edit. Tecnos; Madrid, 1997; pág. 52 y siguientes)” (ibid., c. 33°).

- “la reserva o ‘publicatio’, si bien excluye la apropiación de los bienes que la componen por particulares, no excluye a éstos del uso privativo que puedan obtener, es decir, no quedan marginados del tráfico jurídico. Mediante ciertos títulos habilitantes, la Administración encargada de la administración del bien demanial, entrega no el bien, pues atentaría contra su inalienabilidad, sino que ‘reparte, por motivos de interés público, derechos de utilización o aprovechamiento privativo sobre determinadas porciones del dominio público con un destino específico’ (Menéndez, P.; ob. cit.; págs. 191 y 192). Sin esos títulos, el privado no tiene legitimidad para su uso privativo. El principal de estos títulos es la concesión. (ibid., c. 35°).

- “Los derechos subjetivos que emanan de la concesión tienen tres características que es necesario subrayar. Por de pronto, son derechos ex novo, pues antes no existían en favor del particular. En este sentido, la concesión constituye derechos. Enseguida, los derechos que recaen sobre el bien, tienen una naturaleza real, pues tienen las características propias de éstos, es decir, recaen sobre una cosa, son oponibles a terceros y a la propia Administración, aunque ésta puede imponer cierta precariedad por la revocabilidad que le puede otorgar el ordenamiento jurídico. Estos derechos son ‘derechos reales administrativos’, pues no se rigen por las normas del derecho privado. Estos derechos reconocen que el dominio público está fuera del tráfico jurídico. Por ello, genera un comercio jurídico público. ‘No es posible constituir derechos reales privados sobre bienes de dominio público; pero ninguna razón impide la constitución de unos derechos reales –los administrativos- sometidos a un régimen especial y que respetan la afectación del dominio público.’ (González Pérez; Jesús; *Los derechos reales administrativos*; Edit. Civitas; Madrid, 1989; pág. 22). Estos derechos otorgan a su titular un ‘haz de facultades’, que puede englobarse en las siguientes: derecho de uso sobre el respectivo bien, que permite su utilización u ocupación; un derecho de goce, que permite obtener a su titular todo lo que el bien produce; en algunas ocasiones, otorga el derecho de consumir el bien (por ejemplo, el derecho consuntivo en las aguas, que permite a su titular consumir totalmente el agua en cualquier actividad, sin obligación de restitución); y el de comercio jurídico, que permite al titular incorporar este derecho al tráfico jurídico, bajo ciertas restricciones (González, J.; ob. cit.; págs. 40 y siguientes). La tercera característica, es que estos derechos son patrimoniales. Ello se traduce en que el derecho sobre la concesión está protegido por el derecho de propiedad; y salvo prohibición expresa, legal o de la propia concesión, pueden establecerse respecto de dicho derecho relaciones jurídicas con terceros, sujetas a las condiciones que el derecho imponga” (ibid., c. 37°).

- *“la Constitución no garantiza la propiedad sobre las aguas. Sí, en cambio, lo hace sobre los derechos de los particulares ‘reconocidos o constituidos en conformidad a la ley’. ‘Los derechos de los particulares sobre las aguas -dispone el artículo 19 N° 24, inciso final- otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos’. Este precepto está en relación con el artículo 19 N° 23 de la Constitución, que permite que una ley declare ciertos bienes como pertenecientes ‘a la Nación toda’. Producida esta declaración o publicatio, se genera una excepción a la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes” (ibid., c. 38°), agregando que “dicha declaración la hizo, respecto de las aguas, el artículo 5° del Código de Aguas” (ibid., c. 39°).*

OCTAVO. Que, en su calidad de bienes nacionales de uso público, las aguas detentan un estatus jurídico especial determinado por su *dominicalización, demanialidad o publificación* y se encuentran fuera del comercio humano. De esta forma, la titularidad del dominio sobre las aguas en su calidad de bienes nacionales de uso público pertenece al Estado, entidad que representa los intereses de la nación y a quien, por tanto, corresponde -si cabe hablar de propiedad- el dominio exclusivo de las aguas. Sin perjuicio de lo anterior, el legislador ha permitido que el Estado en ejercicio de la potestad pública que tiene sobre las aguas otorgue a los particulares el derecho a usar y gozar de las aguas por medio del otorgamiento de mercedes, licencias o concesiones.

En el caso que nos convoca hablamos del derecho de aprovechamiento de aguas que, hasta antes de la reciente reforma al Código de Aguas, se encontraba definido en el inciso primero del artículo 6 como el *“derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código”*, agregando el inciso segundo que *“El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”*. Actualmente, el artículo 6 del Código de Aguas dispone, en lo pertinente, que *“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce temporal de ellas, de conformidad con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento se origina en virtud de una concesión, de acuerdo a las normas del presente Código o por el solo ministerio de la ley”*.

La reciente reforma al Código de Aguas establece que *“los derechos de aprovechamiento se extinguirán total o parcialmente si su titular no hace uso efectivo del recurso en los términos dispuesto en el artículo 129 bis 9°”*. Dicho precepto establece un plazo de extinción que será de cinco años para los derechos consuntivos y de diez para los no consuntivos. Se dispone que *“Estos plazos de extinción comenzarán a correr desde la publicación de la resolución que los incluya por primera vez en el listado de derechos de aprovechamiento afectos*

al pago de patente por no uso.”, y establece causales de suspensión del plazo que excluyen expresamente “Las solicitudes de traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento y las de cambio del punto de captación”.

2. Finalidad y funciones de la patente por no uso

NOVENO. Que, de lo que se ha dicho hasta aquí, se puede colegir que se ha configurado un régimen especial para el derecho de aprovechamiento de aguas en el sistema jurídico chileno, conforme al cual el titular del derecho tiene el dominio sobre éste, según ha sido establecido explícitamente en la Constitución y en el Código de Aguas, cuestión que constituye la gran particularidad del régimen de aguas vigente y que no tiene precedentes en el régimen de mercedes, concesiones o licencias instaurado por las legislaciones de agua anteriores y tampoco en la legislación civil (Yáñez N. y Molina R. (Compiladores); *Las Aguas Indígenas en Chile*; Editorial Lom; Santiago, 2011; págs. 151 y 152). Este particular régimen jurídico de las aguas impone al Estado deberes respecto del derecho de propiedad sobre los derechos que ha otorgado a los particulares para usar, gozar y disponer de los recursos hídricos, no obstante, también impone restricciones a los titulares.

Así lo dispone el artículo 19 N° 8 de la Constitución al señalar que “*La ley podrá establecer restricciones específicas al ejercicio de determinados derechos o libertades para proteger el medio ambiente*”, y, además, el artículo 19 N°24 reconoce que “*la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social*”, con lo cual queda de manifiesto que el titular del derecho de propiedad puede estar sujeto a restricciones específicas, limitaciones y/o obligaciones que imponga la ley.

DÉCIMO. Que estas limitaciones y su legitimidad constitucional debe aceptarse con mayor razón cuando razonamos en relación a un derecho que permite a su titular hacer uso exclusivo y excluyente de un bien nacional de uso público, que cumple funciones ambientales y sociales insustituibles, de modo que su disfrute, para cualquier persona, es condición necesaria para el ejercicio de sus derechos fundamentales garantizados por la Constitución, como se colige de la reciente reforma constitucional (Ley 21.542), que considera el agua como un insumo básico para la población (cfr., artículo 32 N°21 de la Constitución). En esta línea se pronuncia la Corte Suprema en sus sentencias roles 72.198-2020 y 131.140-2020 en las que se expresa que “*toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación; derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso en las mencionadas condiciones*” (Corte Suprema, 18 de

enero de 2021, rol 72.198, c. 9°, y 23 de marzo de 2021, rol 131.140, c. 13°) y en similar sentido razona esta Magistratura en STC rol 12.823, c. 32° a 36°.

DECIMOPRIMERO. Que, en un análisis más abstracto de las mercedes, concesiones, permisos o licencias, si el particular beneficiario tiene la facultad de excluir a otros del disfrute del bien (en este caso, el agua) resulta ser que hay un evidente interés en que el titular ejerza su derecho, y en su defecto, lo restituya al Estado.

Esto es particularmente relevante en el caso del recurso hídrico, pues su carácter limitado impide que el Estado otorgue derechos de aprovechamiento de forma desmedida, razón por la cual ser titular de un derecho de aprovechamiento de aguas -amparado en su derecho de propiedad- excluye la posibilidad de que se superponga un derecho de idéntica naturaleza, aun cuando no se haga uso de las aguas. De ahí que sea razonable que el legislador contemple mecanismos para que el derecho de aprovechamiento de aguas sea efectivamente ejercido o, en su defecto, distribuido o restituido. En efecto, como ha señalado la Corte Suprema, *“de acuerdo al artículo 6° del Código de Aguas, el derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el mismo estatuto. Lo anterior significa que aun cuando no utilice la totalidad del caudal de su dominio, el titular del derecho de aprovechamiento sigue siendo dueño del mismo y, por lo tanto, la autoridad correspondiente está impedida de superponer otro derecho de ... idéntica naturaleza sobre la parte no utilizada del recurso hídrico.*

Por tal razón, en atención a que lo natural es que los derechos de aprovechamiento de aguas se soliciten y obtengan por quien realmente necesite de dicho elemento, nuestro legislador ha previsto consecuencias para el titular de tales derechos que no los use o los aproveche en muy menor medida, estableciendo un elemento objetivo que da cuenta de tal circunstancia, esto es no tener construidas obras de captación, determinando que en este caso el propietario deberá pagar patente” (Corte Suprema, 22 de junio de 2020, rol 33.114-2020, c. 12°).

DECIMOSEGUNDO. Que en nuestro ordenamiento jurídico no es poco común que se contemple la caducidad para el caso en que no se ejerza el derecho concedido en la licencia, concesión, permiso o autorización, de modo tal de dejar al Estado nuevamente en posición de reasignar el disfrute del bien, actividad, servicio o prestación. Así ocurre con el permiso de edificación, la resolución de calificación ambiental, las concesiones definitivas de servicio eléctrico, las concesiones, permisos y autorizaciones de la Ley General de Pesca y Acuicultura, el permiso de operación de casinos, entre otras. También es el

modelo por el cual optó recientemente el legislador con la reforma al Código de Aguas (Ley 21.435).

DECIMOTERCERO. Que, de acuerdo con la antigua regulación del Código de Aguas, el no pago de patente por no uso da lugar a un proceso judicial de remate (reasignación o redistribución) en el cual, si no hay postores, se adjudica el derecho de aprovechamiento al Fisco (restitución), quien deberá renunciar al mismo, quedando las aguas libres para la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de conformidad a las reglas generales (cfr., artículo 128 bis 18° del Código de Aguas derogado). En un sentido similar se regula en las normas vigentes del Código de Aguas (ver artículo 129 bis 13° del Código de Aguas).

DECIMOCUARTO. Que, en cuanto sus objetivos, como se ha sostenido por la jurisprudencia, *“el pago de patente por no uso de las aguas tiene como objetivo principal evitar la especulación respecto de la tenencia de un recurso escaso, y estimular su utilización por quien las detenta, especialmente si se considera que dicho pago constituye un crédito contra la base del impuesto a la renta, conforme lo establece el artículo 129 bis 20 del Código de Aguas”* (Corte Suprema, 4 de octubre de 2012, rol 1.973-2011, c. 3°). En efecto, como consta en el Mensaje Presidencial del Proyecto de Ley que introdujo la patente por no uso, se tuvo en vista que:

“La actual legislación adolece de excesiva permisividad y pasividad frente a la administración y conservación de este recurso escaso y finito, defectos que deben ser corregidos a la brevedad para evitar situaciones de crisis que, en definitiva, conduzcan a soluciones intempestivas y poco razonadas.

La acumulación de derechos de aguas en forma desmesurada sin que exista un uso actual o futuro previsible, sino únicamente la posibilidad de lucrar con ellos, no obstante su obtención original gratuita, constituye el germen de dificultades muy graves para el desarrollo futuro del país” (Biblioteca del Congreso Nacional, Historia de la Ley 20.017, p. 3).

DECIMOQUINTO. Que, de lo dicho hasta aquí, se desprende que el mecanismo de pago de patente por no uso tiene diversas funciones y finalidades constitucionalmente legítimas, en aras del aprovechamiento racional, sustentable y equitativo de un recurso que es escaso y esencial para la existencia humana.

Por de pronto, en un sistema cuya distribución opera bajo la lógica del mercado, con el establecimiento de la patente por no uso se busca que quienes sean titulares de derechos de aprovechamiento sean quienes efectivamente lo usen, minimizando fallas de mercado derivadas de la acumulación, acaparamiento o especulación que se traducen -en esta lógica- en genuinas barreras de entrada. Por otra parte, se fomenta la redistribución del recurso

hídrico a través de la enajenación, ya forzosa, ya voluntaria. Finalmente, siempre queda a salvo la posibilidad del titular de renunciar al derecho que no usa, restituyendo su gestión al Estado.

DECIMOSEXTO. Que, como lo ha sostenido esta Magistratura, *“el establecimiento de patentes por el no uso y, consecuentemente, la interpretación restrictiva de las exenciones a su pago obedecen a limitaciones legítimas y constitucionales al derecho del titular, con el fin de contribuir al bien común y la conservación del patrimonio ambiental”*, agregando que *“la descripción anterior funda en razones de bien común el establecimiento de un pago por no uso de derechos de aguas atribuidos a sus titulares. Por lo tanto, en la creación de estas normas se tuvo presente el efecto de aplicación de la función social de la propiedad sobre el aprovechamiento de las aguas que abarca este gravamen. Justamente, una de las manifestaciones y concreciones del principio de bien común es el desarrollo de la función social en cuanto aplica las cláusulas de intereses generales de la Nación, utilidad pública y conservación del patrimonio ambiental, que son las que concurren para el adecuado disfrute y preservación de los derechos de uso de un bien vital para la vida y las actividades productivas que dependen de la racional ocupación del agua”* (STC rol 2.693, c. 22° y 23°).

DECIMOSÉPTIMO. Que la patente por no uso es una carga real a la que se sujeta el titular de un derecho real que fue concedido a título gratuito por el Estado, para usar y gozar de un bien público que es escaso y esencial para la existencia humana, y respecto del cual el titular cuenta con todas las facultades que le confiere el dominio, incluyendo la facultad de excluir a terceros en dicho uso y goce. Se trata de una carga autorizada por la Constitución -en los términos del artículo 19 N° 8 y 24- que persigue un fin legítimo, fundada en hechos objetivos, y que no aparece como desproporcionada, injusta o irracional, conforme fuera explicado en el voto por rechazar en la STC rol 2.881. En este sentido se señaló que *“a primera vista no puede existir tanta carga derivada del pago de una patente si se tienen derechos correlativos adquiridos con gratuidad en la primera asignación, con costos de transacción especiales y sin mecanismos de prevención de daños a terceros por las externalidades que ocasione la transferencia de un determinado derecho de aprovechamiento. Los costos de la carga son extraordinariamente inferiores a los beneficios que el Estado reconoció o constituyó previamente y nada les impide hacer uso de ese derecho o transferirlo a cualquier título en el lugar en el que se encuentra constituido”* (STC rol 2.881, c. 27°).

DECIMOCTAVO. Que, sin embargo, la requirente no cuestiona la racionalidad del sistema de patente por no uso, sino más bien que este le sea aplicable, porque estaría imposibilitada de usar las aguas por una circunstancia ajena a la esfera de su control, como lo sería la tardanza de la DGA de tramitar la

solicitud de traslado del punto de captación, de lo que el requirente infiere una infracción al principio de servicialidad del Estado.

Ahora bien, esta argumentación es estéril para fundar el conflicto de constitucionalidad, porque en el caso concreto no se le cobra la patente por no usar las aguas en el nuevo punto de captación -que no ha sido autorizado- sino que por no usar las aguas de acuerdo con lo autorizado en el título habilitante y, por ello, el hecho de que la autoridad se tarde en resolver la solicitud de traslado -o derechamente la deniegue- no es una circunstancia que le impida hacer uso de las aguas conforme fuera autorizado. Por lo demás, como se pasa a analizar a continuación, la autoridad no está obligada a acceder a su solicitud, pues para ello deben cumplirse con determinados requisitos.

3. Sobre la constitución, extinción y el traslado del ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas

DECIMONOVENO. Que, como se desprende del artículo 6 del Código de Aguas, el derecho de aprovechamiento de aguas debe ejercerse de acuerdo con las reglas, requisitos y limitaciones que prescribe el mismo Código. Este derecho, de acuerdo con el artículo 20 del Código, se constituye originariamente por acto de autoridad. Para constituir el derecho de aprovechamiento, debe presentarse una solicitud que debe contener, entre otros requisitos, *“el o los puntos donde se desea captar el agua”* (artículo 140 N°4) mientras que *“el acto administrativo en cuya virtud se constituye el derecho contendrá: [...] 4. El o los puntos precisos donde se captará el agua y el modo de extraerla”* (artículo 149 N°4). Es así como el titular del derecho de aprovechamiento debe captar el agua en los puntos señalados en el acto constitutivo, de lo contrario, *“La Dirección General de Aguas, mediante resolución fundada, podrá ordenar la paralización de obras en caso de acreditarse fehacientemente la extracción de aguas en un punto no reconocido o constituido de conformidad a la ley”* (artículo 299 ter del Código de Aguas), sin perjuicio de otras sanciones establecidas en el ordenamiento jurídico.

De este modo, si el solicitante desea captar el agua en un punto distinto al señalado en el acto constitutivo, debe presentar una solicitud de traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento.

Además, es relevante considerar que la reforma al Código de Aguas, introducida por la Ley 21.435 y que corresponde al actual artículo 6 bis, como fue señalado precedentemente, dispuso la extinción total o parcial de los derechos de aprovechamiento de aguas si su titular no hace uso del recurso en los términos dispuesto en el artículo 129 bis 9°, señalando expresamente que los plazos de caducidad no se suspenden por la solicitud del traslado del ejercicio del derecho o las de cambio en el punto de captación, a menos que éstas deban

presentarse “a consecuencia del cumplimiento de un trámite exigido para la recepción de las obras por parte de la Dirección General de Aguas o en otros casos calificados determinados por resolución fundada de esa Dirección, donde se compruebe la diligencia del solicitante.”

VIGÉSIMO. Que el traslado del ejercicio de los derechos de aprovechamiento se regula en el artículo 163 del Código de Aguas, que, en su redacción previa a la reforma, establecía en sus dos primeros incisos:

“Todo traslado del ejercicio de los derechos de aprovechamiento en cauces naturales deberá efectuarse mediante una autorización del Director General de Aguas, la que se tramitará en conformidad al párrafo 1° de este Título.

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

Es así que el derecho de aprovechamiento sólo puede ejercerse en los nuevos puntos de captación únicamente en la medida que haya sido autorizado por el Director General de Aguas. La autorización está sujeta a que la solicitud sea legalmente procedente, que no se afecten derechos de terceros y que exista disponibilidad en el nuevo punto de captación. De ahí que, la autoridad no está obligada a acceder a la solicitud, sino sólo en la medida que se cumplan con los requisitos establecidos en la ley, de modo tal que mientras el traslado no sea concedido por acto de autoridad, el solicitante sólo tiene una mera expectativa.

En efecto, la Corte Suprema ha sostenido que “al autorizar el traslado de derechos de aprovechamiento de aguas constituidos con antelación, importa disponer la constitución de un nuevo derecho de aprovechamiento de aguas distinto al que antes existía, pero en relación con las condiciones del cauce en el nuevo punto de captación, que difiere al determinado en el título originario. Frente a tal acto de autoridad, la administración está facultada para examinar las condiciones particulares del cauce en el nuevo punto de captación, debiendo asegurar la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente” (Corte Suprema, 24 de junio de 2020, rol 27.636-2019, c. 15°). También se ha sostenido que “el derecho de aprovechamiento sobre las aguas se constituye originariamente por acto de autoridad, conforme a un procedimiento administrativo complejo que se inicia con la solicitud respectiva y finaliza con la dictación de la resolución por el funcionario competente, la que constituye el derecho en cuestión y que, además, debe reducirse a escritura pública e inscribirse en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces correspondiente. De este modo, mientras no se dicte la resolución que constituye el derecho, éste no ha nacido al mundo jurídico y sólo existe para el solicitante una mera expectativa sobre su obtención, la que desde luego no otorga prerrogativa alguna a su titular” (Corte Suprema, 12 de marzo de 2019, rol 6.439-2018, c. 10°).

VIGESIMOPRIMERO. Que, en este sentido, cuesta ver una imposibilidad de ejercer el derecho de aprovechamiento de aguas cuando se ha solicitado un traslado del punto de captación. Esto es reconocido por el propio requirente, quien no ha alegado que esté impedido de ejercer su derecho en los términos concedidos por la autoridad, sino la imposibilidad de ejercerlos allí donde sólo tiene una mera expectativa. Lejos de haber aquí la pretendida imposibilidad, estamos más bien ante un reconocimiento explícito de que no se hace uso de las aguas en los términos a que se tiene derecho, encontrándose en el supuesto de hecho afecto al pago de patente. Como ha sostenido la Corte Suprema, *“no es posible soslayar que el derecho de aprovechamiento de aguas es un derecho real y su ejercicio está sujeto a una serie requisitos que persiguen precaver los derechos de terceros. De esta forma, no puede sostenerse entonces que la actora se encuentre en la situación descrita en los artículos 129 bis 9 del Código de Aguas, cuando ella misma reconoce que no utiliza las aguas en el punto de captación que corresponde a su derecho previamente concedido, pretendiendo que le ampara la exención de pago por el solo hecho de presentar una solicitud de cambio de punto de captación para otro lugar, cuya autorización estaba pendiente a la época en que la autoridad reclamada debía confeccionar el listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patentes por no uso”* (Corte Suprema, 27 de julio de 2021, rol 119.190-2020, c. 15°).

VIGESIMOSEGUNDO. Que, en definitiva, la supuesta tardanza de la administración en resolver una solicitud de cambio de captación del derecho de aprovechamiento de aguas, además de ser una cuestión de mera legalidad, es intrascendente para aducir una imposibilidad de ejercer el derecho de aprovechamiento en los términos concedidos, con lo cual no estamos en presencia del conflicto alegado.

Por lo demás, la requirente, como todo administrado, cuenta con una serie de instituciones que le amparan ante la tardanza de la administración en resolver sus peticiones, las que deben hacerse valer ante la autoridad correspondiente y no ante esta Magistratura, pues el control concreto que nos corresponde efectuar no radica sobre actuaciones de poderes públicos, sino sobre preceptos legales. En efecto, las alegaciones que discurren sobre el principio de servicialidad -en la medida que no se relacionan con la aplicación de la preceptiva impugnada- pretenden que esta Magistratura enjuicie un comportamiento de la administración, cuestión que excede de la competencia específica que ha entregado el constituyente.

II. NO HAY INFRACCIÓN A LA CONSTITUCIÓN DERIVADA DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS

VIGESIMOTERCERO. Que, como se ha razonado precedentemente, las alegaciones de mera legalidad esgrimidas por la requirente dejan en evidencia que no son los preceptos impugnados los que generan las supuestas infracciones constitucionales. Ya se dijo en los considerandos precedentes que no estamos en presencia de un tributo manifiestamente injusto o desproporcionado, con lo que se descarta una infracción al numeral 20 del artículo 19, pero tampoco se divisa cómo se infringen los numerales 21 y 24, pues el titular puede desarrollar libremente su actividad económica, y mantiene intacta la propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de aguas en los términos concedidos. Cosa distinta, es que pretenda propiedad sobre derechos que no han sido autorizados, pues allí sólo hay una mera expectativa. Por su parte, respecto del artículo 1 inc. 4° de la Constitución, la infracción es atribuida no al precepto impugnado, sino a *“las excesivas e ilegales demoras de la DGA en resolver los expedientes administrativos de traslado de ejercicio”* (fs. 24), por lo que también debe ser descartada.

VIGESIMOCUARTO. Que, finalmente, el requirente pretende que esta Magistratura incorpore una causal de exclusión del pago de patente por no uso que el legislador no contempló como sería la circunstancia de encontrarse en tramitación una solicitud de traslado del punto de captación. Cabe hacer presente, que las causales de exención al pago de patente por no uso están taxativamente enumeradas en el artículo 129 bis 9°, excediendo la competencia de esta Magistratura incorporar nuevas causales de exención cuestión que es de prerrogativa exclusiva del legislador.

III. CONCLUSIÓN

VIGESIMOQUINTO. Que, en autos se alega que con el pago de la patente por no uso estamos en presencia del injusto cobro de un tributo, pues se grava a quien no puede hacer uso del derecho de aprovechamiento de aguas en el nuevo punto de captación por la tardanza de la DGA en tramitar su solicitud.

Lo cierto es que, en tanto bien nacional de uso público, las aguas, en el nuevo punto de captación, no pueden ser utilizadas ni por la requirente ni por nadie, en la medida que no medie el acto de autoridad accediendo a la solicitud. Sostener que se ve imposibilitado de usar las aguas en el nuevo punto de captación no autorizado es una obviedad y, en tal sentido, es intrascendente argumentativamente para fundar un conflicto de constitucionalidad.

Al requirente no se le cobra patente por no usar las aguas en el nuevo punto de captación (donde sólo hay una mera expectativa), sino por no usar las aguas de la única forma en que puede hacerlo, vale decir, en los términos en que ha sido concedido en el acto de autoridad constitutivo de su derecho.



El derecho de aprovechamiento de aguas es concedido gratuitamente por el Estado y otorga a su titular un uso exclusivo y excluyente respecto del uso de bienes comunes, escasos y necesarios para la existencia humana. La patente tiene como objeto garantizar el uso efectivo y beneficiosos de las aguas, evitar el acaparamiento y la especulación, posibilitando que, en la eventualidad de que no se ejerza el derecho, éste sea devuelto como una forma de evitar el pago de la patente. Si la requirente pretende mantener tal derecho -que de forma originaria es concedido gratuitamente- debe pagar la patente, lo que le permite mantener en su patrimonio un derecho preferente respecto de terceras personas.

VIGESIMOSEXTO. Que, como corolario de lo expuesto, no es posible afirmar que la aplicación de la preceptiva impugnada genere las infracciones constitucionales denunciadas, por lo que el requerimiento debe ser rechazado.

Y TENIENDO PRESENTE lo preceptuado en el artículo 93 incisos primero, N° 6°, y decimoprimer, y en las demás disposiciones citadas y pertinentes de la Constitución Política de la República y de la Ley N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional,

SE RESUELVE:

- I. QUE SE RECHAZA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A LO PRINCIPAL DE FOJAS 1. OFÍCIESE.**
- II. QUE SE ALZA LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE.**
- III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE POR ESTIMARSE QUE TUVO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.**

DISIDENCIA

Los Ministros señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, RAÚL MERA MUÑOZ, HÉCTOR MERY ROMERO y la Ministra señora MARCELA PEREDO ROJAS, estuvieron por acoger el requerimiento de autos en virtud de las consideraciones siguientes:

I. COMPETENCIA CONSTITUCIONAL

1°. Que la parte requirente ha solicitado a esta Magistratura que ejerza la competencia que el numeral 6° y el inciso undécimo del artículo 93 de la



Constitución le ha confiado, respecto a los artículos 129 bis 5º; 129 bis 6º; 129 bis 7º; 129 bis 8º y 129 bis 9º, todos del Código de Aguas. Por esto, en el caso de autos, corresponde que este Tribunal ejerza un control de constitucionalidad concreto, en el cual se analice la constitucionalidad del precepto impugnado de forma circunstanciada, atendiendo a las particularidades del caso sometido al conocimiento de esta Judicatura.

En esta línea, la doctrina ha señalado que la acción de inaplicabilidad *“representa hoy una modalidad de control concreto de constitucionalidad de la ley”,* puesto que, como ella trata *“de examinar “la aplicación” que el precepto legal impugnado ha de tener en cualquier gestión judicial, es natural concluir que el Tribunal Constitucional, al ejercer la competencia respectiva, está obligado a examinar el asunto concreto en que consiste dicha gestión, así como las circunstancias que lo rodean”* (PEÑA TORRES, Marisol. “Inaplicabilidad por inconstitucionalidad: reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”. Disponible en:

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2559/36.pdf>).

Así, el ejercicio de la atribución en comento exige que el control de constitucionalidad a desarrollarse respecto al precepto impugnado sea circunstanciado, es decir, contempla la obligación de que el juez constitucional, en su examen, atienda a las particularidades del caso concreto.

II. DE LAS PARTICULARIDADES DEL CASO CONCRETO

2º. Que, atendido a que el control que esta Magistratura está llamado a ejercer es circunstanciado, deben revisarse las particularidades relevantes del caso concreto. La parte requirente es una sociedad dueña de un derecho de aprovechamiento de aguas de carácter consuntivo, de ejercicio eventual y discontinuo sobre las aguas superficiales y corrientes del río Rapel. La parte requirente expone que, en el año 2022, habría solicitado a la Dirección General de Aguas el traslado del punto de captación de las aguas asociado a dicho derecho, iniciándose el procedimiento administrativo VT-0601-2094. Sin embargo, *“habiendo transcurrido sobradamente los plazos legales desde que se ingresara por mi representada la solicitud de traslado del ejercicio de sus derechos, ésta todavía se encuentra pendiente de resolución final”* (fojas 10 del expediente).

3º. Que, estando pendiente el procedimiento de solicitud de traslado del punto de captación de las aguas, el derecho de la requirente fue incluido en el listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patente a beneficio fiscal por no utilización de las aguas, fijado por la Resolución Exenta N°3.847 dictada por la Dirección General de Aguas el 29 de diciembre de 2022. Por esto, la requirente deduce recurso de reconsideración administrativo en

contra de dicha resolución. Sin embargo, dicho recurso no prosperó, puesto que el servicio público requerido rechazó el remedio procesal intentado.

No estando conforme con la decisión de la Dirección General de Aguas, el requirente deduce reclamo de ilegalidad ante la Corte de Apelaciones de Santiago para impugnar jurisdiccionalmente lo resuelto por la autoridad administrativa; iniciándose, así, la gestión pendiente de autos, individualizada bajo el Rol N°415-2023 del Libro Contencioso Administrativo.

III. ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

A. DEL DERECHO DE PROPIEDAD QUE LOS PARTICULARES TIENEN SOBRE SUS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS

4°. Que nuestra Carta Fundamental regula las aguas dentro del estatuto constitucional del derecho de propiedad, con la finalidad de dotar de una mayor protección a este recurso natural. En efecto, la base de la regulación del derecho de aguas en Chile está contenida en el artículo 19 N°24, inciso final, de la Carta Fundamental, el cual señala que *“Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos”*.

Teniendo en cuenta dicho precepto y la clasificación de los bienes contenida en el artículo 19 N°23 de la Constitución, podemos sostener que las aguas son un bien nacional de uso público, es decir, *“bienes que están fuera del comercio humano y su administración se encuentra entregada a órganos de la Administración del Estado”* (CORDERO QUINZACARA, Eduardo (2023): Curso de derecho administrativo. Valparaíso, Editorial Libromar, primera edición, p. 1.279). Lo cual es confirmado a nivel legal, especialmente en el artículo 5° del Código de Aguas, el cual establece que *“Las aguas, en cualquiera de sus estados, son bienes nacionales de uso público. En consecuencia, su dominio y uso pertenece a todos los habitantes de la nación”*.

Sin embargo, en virtud del artículo 19 N°24, inciso final de la Carta Fundamental y otras disposiciones legales (entre ellos, el artículo 6° del Código de Aguas), los particulares pueden adquirir el uso privativo de las aguas al ser titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, los cuales les conceden el derecho a usar y gozar de ellas, con la debida protección que tanto la Constitución como el resto del ordenamiento jurídico les concede. Por lo tanto, debe tenerse absoluta claridad sobre que, si bien los particulares no son dueños de las aguas, sí tienen el dominio de sus derechos de aprovechamiento sobre las mismas, derecho el cual se incorpora a su patrimonio y está protegido por el estatuto constitucional de la propiedad. De modo tal que los derecho de

aprovechamiento de aguas son derechos cuya titularidad está protegida dentro de los derechos fundamentales reconocidos en la Carta Fundamental.

En este sentido, el constituyente quiso dotar de una real y especial protección a los derechos de aprovechamiento de aguas, como consta en las actas de las sesiones de la Comisión de Estudios para la Nueva Constitución, donde se discutió latamente sobre el alcance y la redacción constitucional sobre esta materia. Así lo ha señalado la doctrina al sostener que *“La corriente dominante en la comisión consideró básico reconocer la propiedad de los derechos de aguas en sentido amplio. Se trata de una propiedad plena, no afecta a otra forma de extinción por la autoridad que no sea la expropiación. Se quiso evitar que los particulares puedan ser privados de sus derechos, según el consejero Diez, la única forma de que los particulares inviertan en la infraestructura de riego cuyo costo el Estado no puede asumir, es que éstos tengan la seguridad de que la autoridad no tenga facultades de privarlos de derechos”* (SEGURA RIVEIRO, Francisco (2009): Derecho de aguas. Santiago, Editorial LexisNexis, cuarta edición, p. 54).

B. DEL DERECHO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS Y SU RELACIÓN CON OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES ASEGURADOS EN LA CONSTITUCIÓN

5°. Que cabe revisar la naturaleza de la patente por no uso de las aguas. En este sentido, debe mencionarse que con la entrada en vigor de la Ley N°20.017, se introdujeron múltiples modificaciones al Código de Aguas; *“sin embargo, no puede haber duda alguna que la principal fue el establecimiento de una patente por la no utilización de las aguas sobre las que recaiga un derecho de aprovechamiento. La patente, en consecuencia, tiene por finalidad establecer una sanción para aquel propietario de un derecho real de aprovechamiento que no utilice en todo o en parte las aguas sobre las que recaiga su derecho”* (MUÑOZ ESCUDERO, Gonzalo (2011): “Establecimiento del pago de una patente por la no utilización de las aguas (sobre las que recae un derecho de aprovechamiento)”, en VERGARA BLANCO, Alejandro (director), *Código de Aguas comentado: doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Editorial Legal Publishing), pp. 571-572).

Dicha ley inició su tramitación a través de un Mensaje Presidencial, en el cual consta que el Ejecutivo consideraba que *“Uno de los desafíos y problemas mayores a que la sociedad chilena se verá enfrentada en los próximos años es el que se relaciona con la disponibilidad de recursos de aguas, en cantidad y calidad apropiadas, para responder a los requerimientos de su desarrollo económico y social, en un proceso que signifique, además, respeto al medio ambiente y a la calidad de vida de nuestros ciudadanos”*.

Por lo tanto, es evidente que el pago de patentes por no uso tiene una finalidad legítima, en abstracto, pues ella busca evitar la especulación para proteger el recurso natural que son las aguas, y así resguardar el medio ambiente, pero sin sacrificar los aspectos sociales y económicos relevantes en estos casos.

Esto, pues, debe tenerse en cuenta que el titular de un derecho de aprovechamiento de aguas tiene el derecho fundamental de propiedad sobre el mismo, el cual está constitucionalmente establecido y protegido en el artículo 19 N°24 de la Carta Fundamental, al señalar que la Constitución asegura a todas las personas “*Los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos*”. Así, **si bien dicho derecho fundamental puede verse limitado por otros derechos -como el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación-, dicha limitación no puede extenderse al contenido mínimo que la Carta Fundamental garantiza al titular derecho de aprovechamiento de aguas.**

C. DE LA INTERPRETACIÓN ARMÓNICA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES Y FAVOR PERSONA EN NUESTRA CARTA FUNDAMENTAL

6°. Que, en efecto, debe tenerse presente que si bien los derechos fundamentales pueden limitarse entre sí, ellos deben interpretarse siempre de forma armónica. En este sentido, la doctrina ha desarrollado distintos criterios de interpretación de los derechos fundamentales que permiten determinar, a través de la hermenéutica constitucional, el verdadero sentido y alcance de los mismos. Dentro de estos criterios de interpretación, destaca el criterio *favor persona*, el cual implica fijar el sentido y alcance del derecho interpretado de la forma más favorable a la persona afectada o vulnerada. Por ende, en virtud de este criterio, **el juez constitucional interpretar el derecho de propiedad que tiene la parte requirente sobre su derecho de aprovechamiento de aguas de la mejor forma en que se garantice el derecho.**

Lo mismo ha señalado la doctrina al sostener que el criterio o principio *favor persona* exige dar una interpretación a los derechos fundamentales “*que optimice el aseguramiento, garantía y efectivo ejercicio y goce de tales derechos en su conjunto, dando preferencia siempre a la interpretación que más fuertemente despliegue la eficacia jurídica del o de tales derechos, como asimismo la aplicación preferente de aquella norma que mejor protege los atributos que integran los derechos que los garantiza más ampliamente. Además, en el caso de restricción o limitación a los derechos, dicho principio obliga a no extender analógicamente las restricciones, las que deben considerarse en sentido estricto*” (AGUILAR CAVALLO, Gonzalo y NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto (2016): El principio

favor persona en el derecho internacional y en el derecho interno como regla de interpretación y de preferencia normativa. Revista de Derecho Público, vol. 84, p. 16).

A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta la historia de la Ley N°20.017, puesto que consta que la idea matriz de la misma era poder lograr un equilibrio entre el desarrollo económico y social y el cuidado ambiental; sin que ninguna variable prime por sobre la otra, lo cual es necesario para lograr un verdadero desarrollo sustentable, de acuerdo a la doctrina especializada en derecho ambiental (BERMÚDEZ SOTO, Jorge (2015): Fundamentos de derecho ambiental. Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 73).

Todo esto da cuenta, entonces, que **si bien el derecho de propiedad que una persona tiene sobre un derecho de aprovechamiento de aguas puede verse limitado, el juez constitucional debe siempre debe velar porque la decisión que adopte sea acorde al verdadero sentido y alcance que tienen los derechos fundamentales que se relacionan con el caso concreto sometido a su conocimiento, de acuerdo a las reglas propias que la hermenéutica ha desarrollado respecto a los derechos fundamentales.**

D. DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL COBRO DE PATENTE POR NO USO DE LAS AGUAS SOBRE LAS QUE SE TIENE UN DERECHO DE APROVECHAMIENTO

7°. Que también es pertinente mencionar que la doctrina ha discutido latamente sobre la naturaleza jurídica del pago de patentes por no uso de las aguas sobre las que se tiene un derecho de aprovechamiento; existiendo múltiples posiciones en la materia.

Sin embargo, este Tribunal Constitucional, en su jurisprudencia, ha sostenido invariablemente que la patente es un verdadero tributo, posición que compartimos y mantendremos, debido a que, tal como se ha explicado en otras sentencias, *“afirmamos que la patente por no uso de aguas es un tributo, con independencia de la denominación de “patente” que utilice la ley. En efecto, “(...) entender que la denominación que se utilice en la ley constituya un elemento determinante en la verificación de si se está en presencia de un tributo o no, constituye puro nominalismo. La noción de tributo y sus categorías dependen de la naturaleza y características de la prestación pública.”* (STC Rol N°10.515, c. 11°).

Esto, pues la patente por no uso tiene todas la características que esta Magistratura atribuye a los tributos, a saber: i) un pago no voluntario o coercitivo de una suma de dinero; ii) que no obedece a una contraprestación ni solventa un servicio específico; iii) y cuyo pago *“se destina a solventar gastos generales y no de un supuesto bien o servicio específico que lo justifique”* (STC Rol



N°10.515, c. 12°. En el mismo sentido, voto por acoger STC Rol N°2.332, c. 6°; STC Rol N°5.654 y STC Rol N°7.015 c. 8°).

8°. Que, además, la naturaleza tributaria de la patente por no uso se ve confirmada por la misma literalidad del artículo 129 bis 12 del Código de Aguas, el cual, en lo pertinente, establece que el Tesorero General de la República enviará, cada año, a los juzgados competentes la nómina de los derechos de aprovechamiento de aguas cuyas patentes no hayan sido pagadas, la cual deberá indicar al menos *“la parte que está afecta a tributo”*, entre otras menciones.

9°. Que, por último, y tal como lo ha sostenido esta Magistratura en otras oportunidades, la historia fidedigna de la Ley N°20.017 evidencia que la patente es un tributo, puesto que consta en la tramitación de dicha ley que se justificó la imposición de este nuevo gravamen en la potestad que tiene el Estado para imponer tributos, señalando que *“la potestad tributaria general del Estado lo faculta para gravar situaciones previamente no sujetas al pago de tributo.”* (Historia de la ley N° 20.017, p. 84)” (STC Rol N°10.515, c. 14°).

IV. DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES VULNERADAS POR LA APLICACIÓN DE LOS PRECEPTOS IMPUGNADOS

10°. Que la requirente estima que la aplicación de los preceptos impugnados en la gestión pendiente vulnera los artículos 1° y 19 N°s 2, 20, 21 y 24 de la Constitución. Por lo tanto, y para determinar si de la aplicación de las normas impugnadas contrarían la Carta Fundamental, es necesario revisar el contenido de las disposiciones constitucionales invocadas por la actora en autos.

A. ARTÍCULO 1° INCISO 4° DE LA CONSTITUCIÓN: EL PRINCIPIO DE SERVICIALIDAD DEL ESTADO

11°. Que el artículo 1°, inciso 4°, de la Constitución, establece que *“El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”*.

Esta disposición es parte de las bases de la institucionalidad del Estado de Derecho y, por lo tanto, es un pilar esencial de nuestro ordenamiento jurídico. En su primera parte, al señalar que el Estado está al servicio de la persona humana, constata una realidad, en cuanto el Estado, como cualquier sociedad, *“es simplemente un sistema de vínculos entre sus integrantes que propenden a*

*crearlos y estructurarlos adecuadamente, de modo que como sistema no tiene una realidad sustancial diferente, sino que **su razón, esencial y propósito es existir para estar al servicio de todos y cada uno de sus integrantes***” (SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): Tratado de derecho constitucional. Tomo IV. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, p. 69).

12°. Que, la disposición constitucional en comento debe poseer “*no sólo una significación jurídica sino también necesariamente unos efectos concretos, directos, operativos en la realidad y, en especial, para las personas*” (SOTO KLOSS, Eduardo (1995): La Servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad. Revista de derecho público, N°57/58, pp. 13-28).

En base a esto, se sostiene que el principio de servicialidad del Estado se traduce en un verdadero deber jurídico que la Carta Fundamental impone al Estado; el cual, a su vez, implica en un imperativo de actuación u abstención. Así, ha explicado que este principio “*se trata de un **deber jurídico que la Constitución impone al Estado**, en razón de su finalidad y del carácter accidental e instrumental que posee, concebido este -además- de un modo específico, como medio de perfeccionamiento de las personas. Deber jurídico el Estado, concebido este en un escenario en que el actor principal es a persona humana y su primacía.*

*Y como deber que es jurídicamente, **tiene un significado específico, ya de actuación, ya de abstención**, y cuya infracción (de actuación o de abstención) conlleva efectos de sanción, e incluso si origina daños, el deber jurídico de indemnizar. Deber/obligación: vemos así cómo estamos en la médula de lo jurídico, y no en un halo indeterminado, bruma o tinieblas, del ius*” (SOTO KLOSS, Eduardo (1995): La Servicialidad del Estado, base esencial de la institucionalidad. Revista de derecho público, N°57/58, pp. 13-28).

Así, es indudable que el principio contenido en el artículo 1°, inciso cuarto, de la Carta Fundamental implica, en la práctica, un deber jurídico para el Estado, el cual debe ser cumplido en cada caso concreto por los órganos a través de los cuales actúa.

13°. Que, conforme a lo indicado en los considerandos anteriores, estos ministros consideran que es indudable que la aplicación de los preceptos impugnados vulnera el artículo 1°, inciso 4°, de la Carta Fundamental. Esto, pues las normas cuya inaplicabilidad se solicita permiten que se incluya en la nómina y posteriormente se le cobre a la requirente el pago de una patente por no uso de las aguas sobre las cuales tiene derechos de aprovechamiento, *a pesar de que, a la fecha de la inclusión de los derechos de la requirente en la nómina, ella se encontraba a la espera de una respuesta a su solicitud de traslado del punto de captación formulada a la Dirección General de Aguas.*

Esto es especialmente evidente si se tiene en cuenta que la Dirección General de aguas es un servicio público parte de la Administración del Estado, el cual indudablemente subordinado al principio de servicialidad, procurando ejercer sus potestades y cumplir con las funciones que le encomienda el ordenamiento jurídico de manera eficaz y oportuna, satisfaciendo y atendiendo a las necesidades colectivas para el beneficio de las personas.

Y es que, la dirección general de aguas como cualquier servicio público tiene el deber constitucional de ejercer sus potestades de forma oportuna y eficiente, lo cual, en el caso de autos, no ocurrió, puesto que consta que la Administración se habría demorado años en resolver la primera solicitud de traslado, la cual, a la fecha de la presentación de este requerimiento, todavía no había sido resuelta. Por tanto, en este caso concreto, la aplicación de los preceptos impugnados deviene en contraria a la Carta Fundamental, en inconstitucional, en cuanto permiten que se incluya a la requirente en la nómina de derechos de aprovechamiento afectos al pago de patente, a pesar de que el retardo no le es imputable;

14°. Que, la jurisprudencia de esta Magistratura respecto a casos similares al de autos, es conteste con lo sostenido previamente. Así, este Tribunal ha explicado que *“aquellas “funciones y atribuciones” que las leyes confieren a los diferentes organismos de la Administración de Estado, conforme al artículo 65, inciso cuarto, N° 2, de la Constitución, conllevan en sí mismas el deber de ejercerlas, imposterablemente, sobre todo cuando son otorgadas con la finalidad de concretar derechos especialmente reconocidos por la Carta Fundamental, como “el derecho de los particulares sobre las aguas” (artículo 19, N° 24°, inciso final). De esta manera, el retardo o demora de la Administración en atender dichas funciones y atribuciones, concebidas para garantizar los derechos de los ciudadanos y la utilidad de las personas, no puede generar una situación de menoscabo o perjuicio para ellas, siempre que esa dilación no les sea imputable”* (STC Rol N°10.515, c. 18°).

B. ARTÍCULO 19 N° 20 INCISO 2° DE LA CONSTITUCIÓN: LA PROHIBICIÓN DE LOS TRIBUTOS INJUSTOS

15°. Que el artículo 19 N°20 de la Constitución establece *“La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas.*

En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos.

Los tributos que se recauden, cualquiera que sea su naturaleza, ingresarán al patrimonio de la Nación y no podrán estar afectos a un destino determinado.

Sin embargo, la ley podrá autorizar que determinados tributos puedan estar afectados a fines propios de la defensa nacional. Asimismo, podrá autorizar que los que gravan actividades o bienes que tengan una clara identificación regional o local puedan ser aplicados, dentro de los marcos que la misma ley señale, por las autoridades regionales o comunales para el financiamiento de obras de desarrollo”.

16°. Que, a partir de esta disposición, el constituyente reconoce la potestad tributaria del Estado, permitiéndole imponer o establecer tributos de forma legítima, pero cumpliendo con ciertos requisitos y límites básicos que la misma Carta Fundamental establece. En efecto, el Estado tiene la posibilidad de imponer tributos, pero siempre de forma restringida y acorde a todas las disposiciones constitucionales, especialmente respetando el bien común -consagrado como finalidad del Estado en el artículo 1º, inciso 4º-, el rol subsidiario que tiene el Estado en la sociedad y los derechos fundamentales de las personas.

En base a esto, la doctrina ha explicado que si bien la potestad tributaria del Estado puede ser entendida y conceptualizada de distintas maneras, existe un amplio consenso respecto a que ella es una facultad excepcional, porque *“la soberanía permite al Estado imponer tributos sobre las personas, pero **este poder debe ejercerse en un plano restrictivo, y está sujeto a una serie de requisitos constitucionales para que resulte aplicable**”* (FERMANDOIS VÖHRINGER, Arturo (2010): Derecho constitucional económico. Tomo II. Regulación, tributos y propiedad. Santiago, Ediciones UC, primera edición, pp. 98-99).

17°. Que, dentro de los requisitos constitucionales a los que está sujeto ejercicio estatal de la potestad tributaria, se encuentra el estricto cumplimiento de los principios esenciales que la Carta Fundamental ha fijado en materia tributaria; los cuales limitan y legitiman el ejercicio de dicha potestad. Entre ellos, destacan la legalidad tributaria, la justicia tributaria y la no afectación tributaria. Por lo tanto, el estudio y forma en que estos principios se aplican en cada caso concreto es sumamente relevante, pues permite determinar si un tributo cumple o no con las bases del estatuto constitucional tributario.

18°. Que, para el caso concreto de autos, debe destacarse el principio de justicia tributaria, el cual se desprende esencialmente del inciso 2º del artículo 19 N°20 de la Constitución, al establecer que *“En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injusto”.*

El cumplimiento de dicho principio implica que no exista injusticia tributaria, la cual *“importa la transgresión de principios y normas que pueden calificarse de cualitativos, de frente a los elementos cuantitativos que se protegen mediante la proporcionalidad. Especialmente importante es, en este sentido, el respeto de los principios y normas constitucionales, de forma tal que el tributo se vuelve injusto y, por ende, contrario a la Carta Fundamental, cuando afecta derechos constitucionales”* (FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Miguel Ángel (2000): Principios constitucionales de proporcionalidad y justicia en materia tributaria. Revista Chilena de Derecho, vol. 27 N°2, p. 366).

19°. Que, en base a todo lo expuesto previamente, estos Ministros consideran que, atendido a que la patente por no uso de las aguas es un tributo (tal como se explicó en los considerandos previos de este voto), en el caso concreto de autos estamos ante un **tributo injusto, por cuanto el hecho gravado -el no uso de las aguas- deriva de la inacción y tardanza de la Administración en resolver la solicitud formulada por la requirente para obtener el traslado del punto de captación asociado a sus derechos de aprovechamiento de aguas.**

En efecto, si bien el establecimiento del pago de la patente por no uso de las aguas persigue una finalidad legítima en abstracto, consistente en evitar la especulación de dicho recurso hídrico para así resguardarlo ambientalmente, en el caso concreto de la requirente, el gravamen se torna en manifiestamente injusto. Esto, por cuanto se le impone el pago de patente por no uso de las aguas sobre las que tiene derechos de aprovechamiento, a pesar de que la no utilización deriva directamente de un hecho que se encuentra fuera de su esfera de control, pues es la Dirección General de Aguas la que, con su retardo en resolver la solicitud de traslado ha propiciado el desuso del recurso hídrico.

Lo anterior ha sido destacado en la jurisprudencia previa de esta Magistratura, al señalar que *“Como ya se ha explicado, debido a la tardanza en la actuación de la DGA, la sociedad requirente deberá pagar una patente que grava a quienes no hacen uso de las aguas. En este caso, el evento que causa la obligación de pagar el tributo se produce por una circunstancia ajena a su esfera de control. En otras palabras, este es un caso en que la determinación de si se incurre o no en el hecho gravado que obligaría a pagar el tributo dependió, al final, de la inactividad de la autoridad y no de una decisión del contribuyente, quien expresamente manifestó (a través de la solicitud pertinente) una predisposición a poder hacer uso de las aguas a las que tiene derecho. Así, debido a las circunstancias particulares del caso, la aplicación de los preceptos legales impugnados que sujetarían a la requirente al pago de la patente originaría una manifiesta injusticia”* (STC Rol N°10.515, c. 16°).

20°. Que, además, no puede dejar de advertirse la paradoja que deriva de la aplicación de los preceptos impugnados en el caso de autos, por cuanto es el Estado el cual, a través de la inacción de la dirección general de aguas, ha causado el hecho gravado por las patentes por no uso de las aguas; y, al mismo tiempo, es el Estado quien se beneficia del pago de este tributo. En efecto, tal como lo ha explicado esta Magistratura en múltiples ocasiones a lo largo de los años, *“en este caso concreto se produce una paradoja: quien ha causado, de manera determinante, el evento que da lugar a la obligación de pagar el tributo coincide con el sujeto que ha de verificar el listado de los que han incurrido en el gravamen y, además, en último término -como representante del Estado-, con quien ha de beneficiarse del dinero recaudado en pago de la patente por no uso de las aguas. Tal como se señaló, por primera vez, en el voto disidente de la STC Rol N° 2693, constituye un tributo “manifiestamente injusto” “(...) el aplicar este tributo “a beneficio fiscal” sobre un período que se ha creado y alargado por la propia mora de un órgano fiscal.” (Considerando 7°)” (STC Rol N°10.515, c. 16°).*

C. ARTÍCULO 19 N°21 DE LA CONSTITUCIÓN: EL DERECHO A DESARROLLAR CUALQUIER ACTIVIDAD ECONÓMICA

21°. Que el artículo 19 N°21 de la Carta Fundamental asegura a todas las personas *“El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen.*

El Estado y sus organismos podrán desarrollar actividades empresariales o participar en ellas sólo si una ley de quórum calificado los autoriza. En tal caso, esas actividades estarán sometidas a la legislación común aplicable a los particulares, sin perjuicio de las excepciones que por motivos justificados establezca la ley, la que deberá ser, asimismo, de quórum calificado”.

22°. Que dicha disposición constitucional consagra el derecho de los particulares a desarrollar cualquier actividad económica, el cual, de acuerdo a lo expuesto previamente por esta Magistratura -siguiendo al profesor y ex Presidente de este Tribunal, Raúl Bertelsen Repetto-, *“significa que toda persona, sea ésta persona natural o jurídica, tiene la facultad de iniciar y mantener con libertad cualquier actividad lucrativa en las diversas esferas de la vida económica, garantizando, por consiguiente, la norma constitucional, entre otras actividades, la realización de actividades productivas, de servicios y de comercialización de todo tipo de bienes, bajo dos grandes condiciones: la primera, que la actividad no sea, considerada en sí misma, ilícita, y lo son sólo las que la propia Constitución menciona genéricamente, esto es, las contrarias a la moral, al orden público y a la seguridad nacional, y la segunda, que la actividad*

económica a realizar se asjute a las nromas legales que la regulen” (STC Rol N°280, c. 22°).

23°. Que, en esta línea, a juicio de estos ministros, es inevitable concluir que la aplicación de los preceptos impugnados vulnera el derecho de la requirente a desarrollar cualquier actividad económica. Esto, por cuanto el retardo de la Dirección General de Aguas para resolver la solicitud de traslado del punto de captación de las aguas sobre las que tiene derechos de aprovechamiento, obstaculiza el uso efectivo del recurso hídrico por parte de la requirente, quien ha permanecido por años en la incerteza sobre si algún día podrá desarrollar el proyecto económico que tiene pretende implementar ya que la autoridad Administrativa no resuelve sus requerimientos; lo cual, unido al pago de la patente que se deriva de dicho desuso inimputable de las aguas, constituye un verdadero obstáculo para el desarrollo de la libertad de empresa de la sociedad requirente.

Lo mismo ha explicado el voto disidente de la STC Rol N°13.539, al señalar que *“es indudable que la imposibilidad de hacer uso del recurso hídrico por las razones expuestas, unido a la carga pecuniaria que supone el pago de patente por no uso, constituyen elementos que impactan en el ejercicio de la garantía del artículo 19 numeral 21 de la Constitución, toda vez que la falta de autorización por parte de la autoridad correspondiente repercute en la imposibilidad de ejercer una actividad económica de un modo conforme con el ordenamiento jurídico y esa imposibilidad se traduce en una afectación directa de los derechos y garantías de la requirente, pues tal como hemos señalado, aun pese a llevar a cabo las obras necesarias para la explotación del recurso hídrico y el desarrollo de su actividad, por causa atribuible a la Administración ello no es posible y además esa imposibilidad, que no depende del titular del derecho, es objeto de reproche mediante la imposición de un tributo” (c. 14°).*

V. CONCLUSIÓN

24°. Que, en base a todo lo expuesto, para estos ministros es ineludible concluir que la aplicación de los preceptos impugnados en la gestión pendiente produce efectos que contrarían lo dispuesto en los artículos 1°, inciso 4°; 19 N°20, inciso 2°; y 19 N°21 de la Constitución. Esto, pues la inclusión de los derechos de aprovechamiento de aguas de propiedad de la requirente en la nómina que establece los derechos afectos al pago de patente por no uso de aguas permite el cobro de un tributo manifestamente injusto en el caso concreto, cuyo hecho gravado deriva de la inobservancia del principio de servicialidad por parte de la Dirección General de Aguas al retardarse en la resolución de la solicitud de traslado de punto de captación de las aguas formulada por la requirente; lo cual, a su vez, afecta, en el caso concreto, los



0000701
SETECIENTOS UNO

derechos indicados en los considerandos precedentes y supone una vulneración a la Carta Fundamental. Al haberse comprobado dichas infracciones constitucionales, se hace innecesario analizar las demás vulneraciones alegadas por la parte requirente.

Por tanto, en virtud de todo lo expuesto precedentemente, a juicio de estos ministros este requerimiento debe ser acogido.

Redactó la sentencia la Ministra señora NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA. La disidencia corresponde a la Ministra señora MARCELA PEREDO ROJAS.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 15.072-23-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz, y por sus Ministros señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señor Raúl Eduardo Mera Muñoz, señora Catalina Adriana Lagos Tschorne, señor Héctor Mery Romero, señora Marcela Inés Peredo Rojas y señora Alejandra Precht Rorris.

Autoriza la Secretaria del Tribunal Constitucional, señora María Angélica Barriga Meza.



D3F542AB-C137-41C6-81CB-DD807B1E2858

Este documento incorpora una firma electrónica avanzada. Su validez puede ser consultada en www.tribunalconstitucional.cl con el código de verificación indicado bajo el código de barras.