

0000894

OCHOCIENTOS NOVENTA Y CUATRO



2023

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol N° 13.462-22 INA

[3 de agosto de 2023]

REQUERIMIENTO DE INAPLICABILIDAD RESPECTO DE LOS
ARTÍCULOS 129 BIS 4 y 129 BIS 8 DEL CÓDIGO DE AGUAS

HIDROELÉCTRICA LA HIGUERA S.A.

EN EL PROCESO ROL N° 274-2022 (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO),
SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO

VISTOS:

Introducción

A fojas 1, con fecha 15 de julio de 2022, Hidroeléctrica La Higuera S.A. deduce requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 129 bis 4 y 129 bis 8 del Código de Aguas, para que ello incida en el proceso Rol N° 274-2022 (Contencioso Administrativo), sobre recurso de reclamación, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Preceptiva legal cuya aplicación se impugna

La preceptiva legal cuestionada dispone:

Artículo 129 bis 4:

“Los derechos de aprovechamiento no 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, al pago de una patente anual a beneficio fiscal:

1. La Patente se registrará por las siguientes reglas:

a) En los primeros cinco años contados desde la fecha en que se constituya, reconozca o autorice el derecho de aprovechamiento de aguas, la patente será equivalente, en unidades tributarias mensuales, al valor que resulte de la siguiente operación aritmética:

Valor anual de la patente en UTM = $0.33 \times Q \times H$.

El factor Q corresponderá al caudal medio no utilizado expresado en metros cúbicos por segundo, y el factor H, al desnivel entre los puntos de captación y de restitución expresado en metros.

b) Entre los años sexto y décimo inclusive, la patente calculada de 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 diez años contados desde dicha fecha de publicación, 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 que 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.

2. Para los efectos del cálculo de la patente establecida en el presente artículo, si la captación de las aguas se hubiere solicitado realizar a través de un embalse, el valor del factor H corresponderá, en todo caso, al desnivel entre la altura máxima de inundación y el punto de restitución expresado en metros.

En todos aquellos casos en que el desnivel entre los puntos de captación y restitución resulte inferior a 10 metros, el valor del factor H, para los efectos de esa operación, será igual a 10.



Para los efectos de la contabilización de los plazos de no utilización de las aguas, 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, salvo que se trate de derechos de aprovechamientos que se constituyan, autoricen o reconozcan con posterioridad a esa fecha.”

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.”

Antecedentes y conflicto constitucional sometido al conocimiento y resolución del Tribunal

Refiere la actora, Hidroeléctrica La Higuera, que es titular de un conjunto de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, de ejercicio permanente y continuo, y de ejercicio eventual y discontinuo, los cuales son aprovechados para la operación de la Central La Higuera, mediante la captación de las aguas a que se tiene derecho en las bocatomas de esta central de generación hidroeléctrica, conducidos por sus canalizaciones y túneles, para ser turbinada en la casa de máquinas de la Central La Higuera y restituida el río Tinguiririca. Sin embargo -se agrega- la Central La Higuera opera en serie hidráulica, aguas abajo de la Central La Confluencia y, por esa razón, también fue diseñada para recibir el caudal proveniente de esta última. Las centrales se ubican en la comuna de San Fernando, provincia de Colchagua, Región del Libertador General Bernardo O’Higgins.

La capacidad instalada de ambas centrales conjuntamente es de 325,9 MW y la energía generada es transportada desde la subestación La Higuera por medio de una línea de alta tensión hasta la subestación Puente Negro, ubicada en la comuna de San Fernando, desde donde se inyecta al Sistema Eléctrico Nacional (SEN). Las Centrales comenzaron su operación física en septiembre de 2010.

Añade la requirente que, en términos ambiental el proyecto fue autorizado por la Resolución Exenta COREMA de la Región del Libertador General Bernardo O’Higgins N° 116, de agosto del año 2004, que lo califica ambientalmente favorable.

Con posterioridad a esa fecha, se han tramitado ante la autoridad ambiental una serie de otras autorizaciones para adecuaciones y ajustes de la obra autorizada en 2005, además de algunas consultas de pertinencia que no han requerido de la evaluación de antecedentes en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).



Se indica, que, entonces, La Higuera es dueña de obras que se encuentran construidas que permiten aprovechar íntegramente el derecho de agua de que es titular; obras que cuentan con aprobación ambiental y sectorial; respecto de ellas existen modificaciones que fueron aprobadas ambientalmente con la opinión favorable de la Dirección General de Aguas (DGA) y que actualmente se encuentran en tramitación ante la DGA (expediente VC-0602-2031), estando pendiente su autorización sectorial.

En seguida, señala la requirente que el año 2022 presentó a la DGA una solicitud de autorización de traslados de puntos de captación y restitución, y de puntos alternativos de captación y restitución, para los derechos de agua ahí indicados, entre los que se encuentra el derecho de aprovechamiento de La Higuera.

Así, habiendo transcurrido más de dos años desde que se ingresara por su parte la solicitud de traslado del ejercicio de su derecho, ésta todavía se encuentra pendiente de resolución final, y es en virtud de tal demora que existe aún una distancia entre los puntos de captación y restitución establecidos para el DAA 484 y las obras autorizadas a La Higuera, en circunstancias que dichas obras sí existen y están ubicadas en donde se solicitó trasladar el ejercicio del derecho hace ya más de 24 meses.

Luego, consigna la requirente que en este estado de situación, sería completamente erróneo e injusto considerar que su derecho de aguas no está siendo utilizado, cuando en realidad sí existen obras asociadas al mismo, que permiten aprovechar el recurso en las cantidades que fueron autorizadas por resolución de la autoridad, y que, respecto a la ubicación de tales obras, existe una solicitud de traslado del ejercicio del derecho que está pendiente de resolución por la misma autoridad administrativa; al tiempo que, en concreto, la central hidroeléctrica ha estado operando por más de 10 años, inyectando energía desde el año 2010 al Sistema Interconectado Central.

No obstante todo lo expuesto, consigna la requirente que, por resolución del Director General de Aguas, N°3592/2021 -publicada en el Diario Oficial del día 15 de enero de 2022- se agregaron su derechos en el listado de derechos afectos al pago de patente anual por no uso.

Contra dicha resolución la sociedad requirente dedujo recurso de reconsideración administrativo, que fue rechazado por el Director, para luego interponer recurso de reclamación, en la gestión que pende la Corte de Apelaciones de Santiago.

Los fundamentos de dicha reclamación son los siguientes:

i. La Resolución reclamada N°863/2022 debe ser dejada sin efecto por vulnerar la presunción legal de los artículos 129 bis 4 y 129 bis 9 del Código de Aguas, considerando que no puede ser incluido en el listado de pago de patente un derecho



de aprovechamiento de aguas que si cuenta con las obras de captación y estas son utilizadas.

ii. Aun cuando la DGA considere no cumplirse el requisito de la presunción simplemente legal referida, es posible acreditar el uso de las aguas en razón de la generación eléctrica realizada por la Central Hidroeléctrica La Higuera.

iii. La antijuricidad de ser objeto de patentes por no uso de derechos que se usan y que tienen traslados en trámite ya ha sido sostenida por la Illma. Corte de Apelaciones de Santiago, la Excma. Corte Suprema, y este Excmo. Tribunal en diversas ocasiones.

Al efecto, se citan los precedentes STC roles Nos 7255/2020; 7015/2019; 5654/2018 y 5025/2018, en que se han ido asentando ciertas premisas que es relevante tener a bien considerar en esta oportunidad:

i. La primera de ellas, dice relación con que no obstante su denominación como patente, la patente por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas es en realidad un tributo, ya que se trata de pago coactivo de una suma de dinero, que no tiene una contraprestación asociada a dicho pago, y que se destina a solventar gastos generales.

ii. La segunda es que, de acuerdo con el caso en concreto, el estar obligado al pago de un tributo no debiendo estarlo de acuerdo la normativa aplicable, genera un efecto violatorio del artículo 19 N° 2 y 20 de la Constitución Política de la República. La tercera por su parte es que, en caso de estar en la hipótesis anterior, se produce una afectación al Principio de Servicialidad del Estado, contemplado en el artículo 1° inciso cuarto de la Constitución, por tratarse del cobro injusto de un tributo que genera una situación de menoscabo patrimonial que no le es imputable a los administrados.

En relación con todo lo expuesto, y entrando al conflicto constitucional que se somete a conocimiento y resolución por este Tribunal Constitucional, afirma la parte requirente que la aplicación de la preceptiva legal impugnada, en la gestión judicial invocada, es decisiva y, produce efectos contrarios a la Constitución, toda vez que la aplicación de los preceptos impugnados al caso concreto importa vulnerar el principio de legalidad y de reserva legal en materia tributaria, en tanto:

i. Permite la aplicación de un tributo que no tiene por objeto sancionar el no uso de las aguas, en circunstancias en que si hay uso efectivo; y por otro,

ii. Habilita a la autoridad sectorial para aplicar un gravamen, cuyo hecho gravado es configurado por circunstancias ajenas a la voluntad del titular.

Dichas circunstancias vuelven la aplicación de este tributo, en uno "manifiestamente injusto", pues:

i. Por un lado, carece del hecho imponible que establece la norma (no uso de las aguas),



ii. Se vulnera la finalidad del tributo (sancionar el no uso y la especulación de los derechos de agua), y

iii. Se termina configurando sobre la base de una decisión que depende única y exclusivamente de la misma autoridad que ejerce la potestad.

También se vulnera el artículo 19 N°2 y 20 de la Constitución, ya que la igual repartición de los tributos importa que, la aplicación de estos a personas en la misma situación sea ejecutada con la debida razonabilidad y objetividad, tal como ha sido sostenido por esta Magistratura.

Y se vulnera el Principio de Servicialidad del Estado, toda vez que la autoridad administrativa pretende cobrar un tributo por no uso de aguas que sin son utilizadas por la requirente, toda vez que existe en la Central Hidroeléctrica La Higuera un notorio y evidente uso del derecho de aprovechamiento de aguas que detenta.

Tramitación y observaciones al requerimiento

El requerimiento fue acogido a tramitación por la Segunda Sala de este Tribunal, misma que lo declaró admisible; ordenándose asimismo la suspensión del procedimiento en la gestión judicial concernida, conforme consta en resoluciones que rolan a fojas 165 y 833 de estos autos constitucionales.

Conferidos los traslados de fondo a los órganos constitucionales interesados y a las demás partes en la gestión invocada, fueron formuladas observaciones al libelo dentro de plazo legal por la Dirección General de Aguas (DGA), instando por el rechazo del requerimiento de inaplicabilidad en todas sus partes.

Así, en su presentación de fojas 841 y siguientes, afirma la parte requerida que en la especie no se genera ninguno de los efectos inconstitucionales denunciados en el libelo de fojas 1.

Desde luego, porque nos encontramos frente a un tributo establecido en forma por la ley, que contiene todos sus elementos esenciales en los artículos 129 bis 4 y 129 bis 8; al tiempo que no se configura un tributo desproporcionado ni injusto.

No puede desatenderse, indica la DGA, que el uso de las aguas debe ser por ley en el punto autorizado, debiendo desestimarse la alegación de la actora en cuanto a la posible arbitrariedad de la Administración al sujetarla al pago de patente, pues en definitiva lo que se impugna es la interpretación de la DGA, contenida en la resolución que agrega a la requirente a la nómina de sujetos afectos al pago, cuestionándose por la actora así el acto administrativo y no la ley, lo que es improcedente en sede de inaplicabilidad por inconstitucionalidad.

Alude al fin legítimo de la patente por no uso total o parcial, en aras del bien común, del buen uso de los recursos naturales y de la conservación del patrimonio ambiental, lo que justifica la constitucionalidad de su cobro y desde luego; la necesaria interpretación taxativa y restrictiva de las causales de exención de pago,



como igualmente lo ha determinado la jurisprudencia de esta magistratura, de los tribunales superiores de justicia y la Contraloría General de la República.

Concluye la DGA que, conforme lo sentenció este Tribunal Constitucional en la STC Rol N° 2693, no es procedente vía inaplicabilidad -como pretende la actora- crear una exención de pago no dispuesta por ley.

En esta sentencia consigna esta Magistratura precisamente que "No es tarea del Tribunal Constitucional resolver positivamente el conflicto de fondo, por ejemplo, creando un derecho puramente legal como la exención de pago de una patente"; y que "la tardanza de la Dirección General de Aguas no ha puesto en duda la titularidad sobre el derecho, ni ha entorpecido su aprovechamiento".

En otras palabras, este Tribunal ha señalado que el derecho de aprovechamiento en sí mismo constituye una prerrogativa que habilita a su titular para usar, gozar y disponer de las aguas objeto del mismo, en la forma y en la medida en que ha sido constituido o reconocido y que, como tal, es independiente de futuras y eventuales autorizaciones que la Administración pueda o no otorgar a su titular.

En consecuencia, concluye la parte requerida que no existe la supuesta afectación al artículo 1°, inciso 4°, de la Constitución Política de la República; ni tampoco se ha vulnerado el artículo 19 N° 2 y 20 como pretende la actora.

Afirma la DGA que la sola lectura del recurso puede determinarse que las excepciones son de derecho estricto y deben aplicarse de manera restrictiva, criterio compartido tanto por este Servicio, como por la Contraloría General de la República y los Tribunales Superiores de Justicia, por lo tanto, es absolutamente improcedente que el propio Servicio genere una excepción al cobro de patente por no uso no dispuesta en la ley, toda vez, que -precisamente- la DGA se encuentra sujeto al principio de legalidad de la acción contemplado en el artículo 6° de la Constitución Política de la República.

En fin, sostiene la DGA, que lo reclamado por la requirente es en definitiva que el cobro de patente por no uso no contempla dentro de sus excepciones la existencia de un traslado pendiente, en circunstancias que lo alegado sería una omisión dentro de la normativa y, por cierto, no una infracción que genere una inconstitucionalidad. Y tampoco existe en la especie infracción al principio de proporcionalidad.

Por lo expuesto, solicita se desestime en todas sus partes el requerimiento de inaplicabilidad enderezado en autos.

Vista de la causa y acuerdo



Con fecha 21 de septiembre de 2022, a fojas 863, fueron traídos los autos en relación y, en audiencia de Pleno del día 4 de abril de 2023, se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública y los alegatos certificados por el señor Relator, quedando adoptado el acuerdo y la causa en estado de sentencia con la misma fecha (fojas 890).

Y CONSIDERANDO:

I. SOBRE EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL PLANTEADO

PRIMERO. Que los antecedentes y alegaciones reseñados en la parte expositiva de la sentencia conducen a resolver si la preceptiva impugnada que, en lo sustancial, regula la patente por no uso del derecho de aprovechamiento de aguas y la confección anual del listado con los derechos afectos a tal patente, genera las vulneraciones constitucionales denunciadas, vale decir, una infracción a los artículos 19 N° 20 y 21 y al artículo 1° inciso cuarto de la Constitución.

II. SOBRE LA JURISPRUDENCIA PREVIA DE ESTA MAGISTRATURA

SEGUNDO. Que, no es primera vez que esta Magistratura conoce, vía inaplicabilidad, de requerimientos en contra de la preceptiva que regula el pago de patentes por no uso del derecho de aprovechamiento de aguas. En tal sentido, esta Magistratura ha acogido los requerimientos en las STC roles 3.416, 3.874, 5.025, 5.232, 5.654, 7.015, 10.515.

En las STC previamente referidas, esta Magistratura ha sostenido que, dados los antecedentes del caso concreto, se genera una vulneración constitucional *“debido a la tardanza en la actuación de la DGA”*, de modo tal que la 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”* (STC 10.515, c. 16°), de esta forma, *“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”* (ibid., c. 16°).

TERCERO. Que, en atención a que la presente sentencia modificará la línea jurisprudencial seguida por esta Magistratura, en relación con las normas que regulan la patente por no uso del derecho de aprovechamiento de aguas, se hace necesario expresar circunstanciadamente los motivos para tal decisión.

En este sentido, la presente sentencia razonará no sólo de acuerdo con los anteriores votos de minoría en la materia -que se comparten- sino que entregará una argumentación adicional que permite abordar el conflicto constitucional que habitualmente presenta este tipo de requerimientos y que ha motivado las sentencias estimatorias de inaplicabilidad desde otra perspectiva. Así lo ha sostenido esta



Magistratura, a propósito de las recientes modificaciones de las líneas jurisprudenciales, *“en aras de los principios de transparencia y de motivación de las sentencias, resulta necesario dar razones para tal cambio jurisprudencial. Como las necesidades de certeza jurídica y de igualdad ante la ley y ante la Constitución hacen relevante que las líneas jurisprudenciales de este Tribunal gocen de un nivel de homogeneidad y consolidación que las haga reconocibles, cuestión que empalma con el derecho de todo justiciable a la igual protección por el sistema jurídico en el ejercicio de sus derechos (artículo 19, numeral 3°, inciso primero, de la Constitución vigente), no puede obviarse entonces que este órgano de justicia constitucional debe hacerse cargo de lo que implica un cambio jurisprudencial”* (STC rol, 12.612-21, c. 7°).

CUARTO. Que, como se dijo, las sentencias estimatorias de inaplicabilidad discurren sobre la base de que estamos en presencia del cobro de un tributo producido por una circunstancia ajena a la esfera de control del titular del derecho de aprovechamiento de aguas, generada a consecuencia de una inactividad de la administración en la tramitación de la solicitud de traslado de los puntos de captación. Se sostiene que la vulneración constitucional resultaría precisamente de la tardanza en la actuación de la DGA para pronunciarse sobre la solicitud de traslado de los puntos de captación. Sobre tal argumentación también discurre el requerimiento de autos.

Sin embargo, como se razonará en la presente sentencia, lo cierto es que tal tardanza que se reclama no tiene ninguna relación causal con el no uso de un derecho de aprovechamiento de aguas, de modo que carece de toda trascendencia para analizar el conflicto constitucional que se nos presenta.

En efecto, y aunque esto será desarrollado con mayor detalle, si consideramos que: (i) 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 (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.

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.

III. 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 concedido gratuitamente por el Estado para hacer uso de forma exclusiva y excluyente de un bien común: el agua.

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. 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, de lo anterior se tiene que, en su calidad de bienes nacionales de uso público, las aguas detentan de un estatus jurídico especial determinado por su *dominicalización, demanialidad o publicación* 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 10 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 fue concedido gratuitamente por el Estado para 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°.

UNDÉCIMO. Que, en relación con lo anterior, y 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 la 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°).

DUODÉCIMO. Que, cabe observar 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 en el caso concreto las aguas sí estarían siendo utilizadas por la requirente, sólo que en puntos de captación distintos a los autorizados. En concreto, la requirente sostiene que las *“obras sí existen y están ubicadas en donde se solicitó por mi representada trasladar el ejercicio del derecho hace ya más de 24 meses”* (fjs. 9).

Ahora bien, esta argumentación es estéril para fundar el conflicto de constitucionalidad, porque en el fondo se cuestiona una errónea aplicación o interpretación de la ley que se manifestaría en el hecho de que se cobra la patente, no obstante, no concurrir el supuesto base: el no uso de las aguas (cfr., fjs.24) porque el requirente sí haría uso de ellas.

Con todo, debe advertirse que 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°).

VIGÉSIMO PRIMERO. 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 de 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°).*

VIGÉSIMO SEGUNDO. 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 la base del principio de servicialidad y la igualdad ante la ley -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.

IV. OTROS DEFECTOS DEL REQUERIMIENTO



VIGÉSIMO TERCERO. Que, sin perjuicio de que los razonamientos precedentes son suficientes para desestimar el requerimiento, esta Magistratura estima pertinente hacerse cargo de la *“situación fáctica que no puede ser desconocida por S.S. Excma”* (fs. 871) y no controvertida por las partes, consistente en que el titular sí contaría con obras de captación y estaría haciendo uso de las aguas, sólo que en puntos distintos a los autorizados. A lo anterior se agrega en estrados que la solución de la discordancia de las coordenadas dependería de la DGA, sin que la haya corregido durante tres años.

VIGÉSIMO CUARTO. Que, en relación con la alegación relativa a que estamos en presencia *“de un tributo cuyo hecho gravado no se configura (hay uso efectivo de las aguas)”* (fs. 27), es necesario reiterar que esta es una alegación que no envuelve un conflicto de constitucionalidad, sino de la correcta inteligencia y aplicación de la preceptiva impugnada a los hechos del caso.

VIGÉSIMO QUINTO. Que, por otra parte, no puede preterirse que, como la propia requirente parece reconocer a fs. 21 y en estrados, el uso de las aguas en puntos no autorizados no encuentra amparo en nuestro ordenamiento jurídico. Por de pronto, el artículo 299 ter. -que la propia requirente cita- permite ordenar la paralización de las obras ante extracción de aguas en un punto no reconocido, sin perjuicio de otras sanciones que procedan, las que incluso pueden ser de orden penal si es que se configuran sus requisitos (cfr., artículos 459 a 461 del Código Penal referido a la usurpación de aguas). Y en tal sentido, si es que lo que en derecho corresponde es que las aguas no se utilicen en puntos no autorizados, salta a la vista la improcedencia de invocar este uso como aquel que pueda eximir del pago de la patente.

VIGÉSIMO SEXTO. Que, las alegaciones de la requirente parten de la premisa errónea de que está en manos de la DGA regularizar las coordenadas. Sin embargo, la situación es totalmente la inversa, pues es el titular del derecho que está en una situación irregular quien debe adoptar todas las acciones y medidas para volver al cumplimiento -en este caso, mediante el ejercicio de los derechos conforme fueron autorizados- resultando improcedente trasladar esa carga a la administración, al amparo del principio de servicialidad. Dada la naturaleza jurídica de las aguas a la que hemos hecho referencia en esta sentencia, es trascendental que los derechos constituidos sobre ellas sean ejercidos en la forma autorizada, cuestión que la requirente ha reconocido que no hace, resultando improcedente que una situación de facto creada por el administrado obligue a la administración a conceder un traslado, pues siempre debe verificar que se cumplan con los requisitos legales para ello.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Que, en sentido similar se ha pronunciado la Corte Suprema, cuando ha sostenido que *“no puede sostenerse entonces que la actora se encuentre en la situación descrita en los artículos 129 bis 5 y 129 bis 9 del Código de Aguas, mayormente 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 llevar a cabo, en algún otro lugar no autorizado, las extracciones de aguas, sin la*



visación, regularización ni la autorización de la autoridad respectiva” (Corte Suprema, 21 de marzo de 2018, rol 24.900-2017, c. 15°). En el mismo sentido, se ha señalado que “el titular de aprovechamiento de aguas consuntivas –cual es el caso- debe mantener ‘obras de captación de aguas’ como signo inequívoco de uso de tal derecho, expresión que sólo puede entenderse en relación a aquellas validadas por la autoridad administrativa competente, porque de otro modo se estaría propiciando el aprovechamiento clandestino del recurso. Así, y si bien en este caso el titular mantenía en el lugar obras de captación, lo cierto es que la bocatoma había sido desplazada desde su punto original, lo que envuelve dos hechos distintos: uno, el abandono del aprovechamiento autorizado; y dos, mover un punto de captación a un lugar distinto al facultado. De este modo, no hay una doble sanción por un solo hecho, como lo ha afirmado en estrados la defensa de la reclamante, sino que dos hechos distintos con diferente punición” (Corte Suprema, 21 de abril de 2015, rol 2.879-2014, c. 5°).

VIGÉSIMO OCTAVO. Que, acorde a lo que se ha venido razonando, de acogerse el requerimiento declarando inaplicable el precepto impugnado, esta Magistratura no sólo estaría estableciendo una exención al pago de patente no establecida en la ley, sino que propiciaría una consolidación de una situación de facto consistente en un traslado unilateral de los puntos de captación, sin la autorización respectiva. El pago de la patente, como ha sido señalado latamente, previene el acaparamiento e induce a que los derechos sean utilizados conforme fueron concedidos originariamente, cuestión esta última que no parece ni debiera ser una circunstancia ajena a la esfera de control del titular.

V. CONCLUSIÓN

VIGÉSIMO NOVENO. 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.

TRIGÉSIMO. 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 así se declarará

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 FOJAS 1.

II. QUE SE DEJA SIN EFECTO LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA. OFÍCIESE.

III. QUE NO SE CONDENA EN COSTAS A LA PARTE REQUIRENTE, POR HABER TENIDO MOTIVO PLAUSIBLE PARA LITIGAR.

DISIDENCIA

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ y MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, quienes estuvieron por acoger el requerimiento, por las siguientes razones:

1.- Que el presente requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ha sido interpuesto en representación de Hidroeléctrica La Higuera S.A., en el marco de un proceso judicial de reclamación planteado en contra de la decisión de la autoridad de declararla afecta a pago de patente por no uso de recurso hídrico, pese a que se encuentra pendiente la tramitación de una solicitud de traslado de punto de captación efectuada desde hace más de 2 años a la fecha de interposición del presente requerimiento.



2.- Que la requirente expone en su presentación que es titular de un conjunto de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos permanentes los que son usados actualmente en la operación de la central La Higuera. En estas circunstancias, la requirente indica que con fecha 26 de junio de 2020, presentó a la Dirección General de Aguas (DGA) solicitud de autorización de traslados de puntos de captación y restitución, y de puntos alternativos de captación y restitución, para los derechos de agua ahí indicados, entre los que se encuentra el DAA 484 de La Higuera.

3.- Que junto a lo anterior hace presente que La Higuera es dueña de obras que se encuentran construidas y que permiten aprovechar íntegramente el DAA 484, las que cuentan con aprobación ambiental y sectorial. Agrega que respecto de tales obras existen modificaciones que fueron aprobadas ambientalmente con la opinión favorable de la DGA, y que actualmente se encuentran en tramitación ante la misma DGA. De este modo, señala que el propósito del traslado del punto de captación dice relación con el aprovechamiento del recurso hídrico en estas obras ya aprobadas por la autoridad, de modo tal que el retardo en la tramitación por parte de la DGA se evidencia como una cuestión ajena a la voluntad de la requirente.

4.- Que es en este orden de circunstancias que la requirente califica de erróneo e injusto que se estime que el derecho de aprovechamiento de aguas 484 a que hemos hecho referencia no esté siendo utilizado, considerando que existen obras asociadas a tal derecho, que permiten aprovecharlo de conformidad a los valores consignados en la respectiva resolución y donde la falta de respuesta oportuna de la DGA respecto a la solicitud de traslado de puntos de captación, impide el pleno aprovechamiento del recurso hídrico a través de las mencionadas obras.

5.- Que la controversia planteada en el presente requerimiento, no obstante recaer específicamente en los preceptos legales contenidos en los artículos 129 bis 4 y 129 bis 8 del Código de Aguas, en realidad no difiere del análisis que en más de una oportunidad ha efectuado esta Sede Constitucional respecto a la imposición de un gravamen pecuniario por no uso de recurso hídrico, cuando en la práctica no hay conducta reprochable al titular del derecho de aprovechamiento, sino que, falta de respuesta oportuna de la autoridad que en tiempo y forma ha sido objeto de una solicitud para poder hacer uso pleno del recurso hídrico, sin que dicha autoridad siquiera haya dado una respuesta sobre la cuestión que le ha sido requerida por estar dentro del ámbito de sus atribuciones.

6.- Que es por lo antes descrito, que estos disidentes no pueden desatender el tenor de los antecedentes jurisprudenciales sobre la materia, los que ya han objetado en múltiples oportunidades la imposición de un impuesto a partir de un hecho que es ajeno a la voluntad del sujeto gravado.

7.- Que como antecedente de contexto, necesario para entender la cuestión que se somete a decisión de esta Magistratura y citando lo que han sido anteriores pronunciamientos de esta Magistratura sobre la materia, hay que partir de la base de que estamos frente a un tributo. En tal sentido nuestra jurisprudencia ha sostenido



que "(...) si el pago de la suma de dinero (...) no es voluntario, ni obedece a una contraprestación, ni solventa un "servicio" específico (...), se está en presencia de un tributo propiamente tal;" (STC Rol N° 2332 c. 6° voto por acoger). Así, se ha expresado que características se cumplen en el caso del pago de la patente por no uso. En primer lugar, es el pago coactivo de una suma de dinero. En segundo lugar, no hay una contraprestación asociada al pago. Finalmente, su pago se destina a solventar gastos generales y no de un supuesto bien o servicio específico que lo justifique. (STC Rol N° 10515 c. duodécimo)

8.- Que a mayor abundamiento, la misma historia legislativa da cuenta del carácter de este gravamen en cuanto se justifica la imposición de esta obligación aludiendo, precisamente, a la potestad del Estado para imponer tributos: "*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)

9.- Que dicho lo anterior, cabe indicar que en este razonamiento no se cuestiona la existencia de un impuesto que tenga como hecho gravado la no utilización de un recurso escaso, de carácter público y esencial para la vida como es el agua. De hecho, es razonable la existencia de un gravamen de estas características. Lo que no resulta razonable es que la imposición de este impuesto alcance a quien ha usado el recurso hídrico, y pretende seguir haciéndolo, realizando incluso las inversiones necesarias para ese uso y teniendo como único punto pendiente la autorización de la DGA como organismo dotado por ley de las facultades necesarias para pronunciarse acerca de las modificaciones en los puntos de captación del recurso hídrico.

10.- Que no se pretende plantear que por la sola solicitud el titular del derecho de aprovechamiento de aguas, la respuesta de la DGA deba ser positiva. Por el contrario, tal determinación debe ser analizada y ponderada por la autoridad. Pero lo que no es tolerable es que no haya respuesta alguna, pese al tiempo transcurrido desde que se presentaron las solicitudes y que a partir de aquella falta de definición de la administración, el titular del derecho sea objeto de una carga pecuniaria como reproche a un hecho ajeno a su voluntad, pues evidentemente depende de la decisión de la autoridad para poder explotar el recurso hídrico con las obras construidas al efecto las que -como se expone en el requerimiento- cuentan con las autorizaciones de los organismos con competencia medioambiental, faltando únicamente la decisión de la DGA.

11.- Que por lo demás y tal como ya advirtió el razonamiento en STC 4973-18, si la autoridad considera que no se cumple con la ley al estarse captando y devolviendo las aguas en un punto diverso al señalado en la concesión no cabe sancionar tal hecho con la imposición de un tributo establecido con un objetivo específico, cual es el no uso de las aguas. Por el contrario, si lo que se cuestiona es que las aguas se estén utilizando fuera de los puntos autorizados, entonces parece pertinente aplicar la sanción específica del artículo 173 N° 4 del Código de Aguas,



esto es la imposición de “[u]na multa de cuarto grado cuando se realicen actos u obras, sin contar con el permiso de la autoridad competente, que afecten la disponibilidad de las aguas”.

12.- Que en definitiva, la falta de una respuesta oportuna de parte de la DGA se ha traducido en la imposibilidad de regularizar la operación de las obras de captación del recurso hídrico, el impedimento de utilizar el caudal del cual es propietario y la consecencial imposición de la patente por no uso del recurso hídrico. A lo anterior cabe agregar que la solicitud de cambio de punto de captación es una facultad que el ordenamiento jurídico le reconoce al titular de un derecho de aprovechamiento de aguas y, por tanto, no entraña en sí misma ninguna conducta irregular que pueda ser reprochada por el hecho de solicitar una modificación en los términos en que originalmente fue concedido el mencionado derecho. La autoridad en definitiva será la que evalúe y acceda o deniegue la solicitud planteada, pero lo que no puede ocurrir es que no haya respuesta alguna, se transgredan los plazos legales para hacerlo y que de ello además derive una consecuencia pecuniaria gravosa para el titular del derecho en comento.

13.- Que en este escenario y en lo relativo a las consecuencias constitucionales que derivan de la imposición de un impuesto de estas características y en las circunstancias del caso concreto, cabe indicar que la ausencia de respuesta de la autoridad llamada por ley a hacerlo, entraña una vulneración del principio de servicialidad consagrado como una de las Bases de la Institucionalidad, en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución Política de la República conforme al cual “[e]l Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”. Al respecto cabe indicar que esta disposición constitucional no contiene una mera declaración programática carente de operatividad real, sino que, en la forma de derecho concentrado, irradia su funcionalidad al resto de las normas constitucionales, así como a todo el ordenamiento positivo en su integridad (STC N° 53, 1185 y 2801, entre otras).

14.- Que en la lógica de este mandato constitucional del artículo 1º inciso cuarto, huelga indicar que el incumplimiento en el deber de la Administración de dar respuesta no puede traducirse en un perjuicio para el administrado, tal como ocurre en la especie al verse afecto al pago de un tributo por causa ajena a su voluntad.

15.- Que junto a lo anterior la consecuencia descrita se traduce en una vulneración al numeral 20 del artículo 19 constitucional, toda vez que estando frente a un tributo que tiene un hecho gravado definido en la ley como es el no uso del recurso hídrico, no resulta ajustado a la garantía constitucional en comento que la causa que justifica el cobro impositivo dependa de un tercero, que además es quien efectúa el cobro del mismo impuesto a través de la elaboración de la nómina de deudores, lo que funciona como antecedente suficiente para exigir su pago.

16.- Que como resulta lógico entender, el propósito de la imposición de este gravamen es reprochar al titular del derecho de aprovechamiento el no hacer uso de un recurso escaso, altamente demandado y respecto del cual debe propenderse a



evitar que se especule con el mismo al estar en manos de quien en realidad no pretende usarlo. Pues bien, mal podríamos efectuar tal reproche cuando el titular del derecho en cuestión ha usado los recursos hídricos para la labor de generación eléctrica durante años, evidenciando una conducta positiva tendiente a ejercer su derecho de aprovechamiento. Junto a lo anterior, para el caso concreto ha ejecutado obras tendientes a lograr seguir usando esas aguas, contando con las autorizaciones medioambientales propias de este tipo de obras, pero pese a lo cual no puede llevar a la práctica tal actividad en su máximo potencial por la falta de respuesta de la autoridad encargada de atender la solicitud de la requirente.

17.- Que en definitiva el ejercicio de la facultad por parte de la DGA para estimar que la requirente se encuentra afecta al pago de patente por no uso del recurso hídrico, sin consideración alguna a la falta de respuesta a la solicitud planteada por la titular del derecho de aprovechamiento de aguas se traduce en una vulneración a la mencionada garantía constitucional entendiendo que lo consustancial al derecho de igualdad impositiva es que los tributos deben ser iguales, proporcionados y justos para sus destinatarios y ello se ve puesto en tela de juicio cuando tal carga tributaria depende de una autoridad que no ha respondido oportunamente a una solicitud que incide directamente en el hecho gravado.

18.- Que finalmente y tal como se ha hecho presente en anteriores razonamientos sobre la materia, en la especie 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.”.

19.- Que, de este modo, por la incidencia que cabe a la propia autoridad en dar origen con su falta de respuesta al supuesto de hecho que sustenta el pago de la patente por no uso del recurso hídrico. Por desconocerse la particular naturaleza de la actividad que desarrolla la requirente, la que a todas luces da muestras de un uso efectivo e ineludible del recurso hídrico. Por no considerarse la existencia de obras y la autorización que ellas han obtenido de otros organismos públicos y porque en este contexto el gravamen pecuniario se devela como contrario al principio de servicialidad del Estado y la garantía de igual repartición de los tributos, estos disidentes estiman que el presente requerimiento recaído en los artículos 129 bis 4 y 129 bis 8 del Código de Aguas debió ser acogido y de este modo evitar las consecuencias contrarias al orden constitucional que se han expuesto en el presente razonamiento.



Redactó la sentencia la Presidenta del Tribunal, Ministra señora NANCY YÁÑEZ FUENZALIDA, y la disidencia, el Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 13.462-22 INA.

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrada por su Presidenta, Ministra señora Nancy Adriana Yáñez Fuenzalida, y por sus Ministros señor Cristian Omar Letelier Aguilar, señor Nelson Roberto Pozo Silva, señor José Ignacio Vásquez Márquez, señora María Pía Silva Gallinato, señor Miguel Ángel Fernández González, señor Rodrigo Patricio Pica Flores y señora Daniela Beatriz Marzi Muñoz.

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



E4973B40-B775-461E-9D6B-B4853D02BEF9

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.