

**INTERPRETACIÓN SOBRE LA ADMISIBILIDAD DE EXIMICIÓN DEL PAGO
DE PATENTE POR NO USO DE AGUAS, CUANDO RESPECTO DEL
PUNTO AFECTADO CON EL COBRO, EXISTIERE TRASLADO DE
DERECHOS DE AGUAS PENDIENTES DE RESOLUCIÓN POR PARTE DE
LA DGA**

Informe Jurídico para optar al grado de

Magíster en Derecho Ambiental

Alumno: Mario Calderón Barbas

Profesor guía: Sergio Montenegro Arriagada

Santiago, 2018

TABLA DE CONTENIDOS

	Página
INTRODUCCIÓN.....	4
CAPÍTULO I	
PAGO DE PATENTE DE AGUAS POR NO USO.....	8
1. Contexto.....	8
2. Historia fidedigna de la Ley.....	9
3. Excepciones al pago de patente.....	20
A. Generales.....	20
a) Usuarios de derechos de aprovechamiento	20
b) Existencia de obras	21
B. Especiales.....	21
C. Empresas sanitarias.....	22
4. Patente como obligación tributaria.....	23
A. Principio de justicia o equidad tributaria.....	25
B. Principio de generalidad tributaria.....	27
C. Principio general de la seguridad jurídica.....	29
CAPÍTULO II	
FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA DGA EN RELACIÓN AL PAGO DE PATENTE Y OTRAS SOLICITUDES.....	32
1. Criterios adoptados por la DGA para fiscalizar el pago de patente.....	35
2. Determinación de plazos establecidos a la DGA en relación a las peticiones de particulares.....	37
A. Plazos generales.....	37
a) Principio de celeridad	38
b) Principio conclusivo	38
38	
c) Principio de imparcialidad	39
3. Plazos especiales señalados en el Código de Aguas.....	40

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES JURÍDICOS ENTREGADOS POR LOS TITULARES DE DERECHOS AFECTADOS PARA EXIMIRSE DEL PAGO DE PATENTE POR NO USO DE AGUAS Y AQUELLOS ENTREGADOS POR LA DGA PARA SU EXIGIBILIDAD..... 44

Posición de los solicitantes..... 44

1. Principales argumentos entregados por los titulares de derecho de aprovechamiento de aguas con solicitudes de traslado pendiente de resolución 45

A. Uso del derecho gravado con pago de patente en un punto distinto.... 45

B. Falta de tipificación de la causal dentro de las excepciones legales..... 46

C. Tardanza en la resolución de las peticiones..... 49

D. Perjuicio económico..... 50

E. Afectación de derechos constitucionales..... 52

2. Principales argumentos entregados por la Dirección General de Aguas..... 55

A. Antecedentes..... 55

a) DGA como un órgano de la administración del Estado 55

b) Elemento de contexto: aplicación de la ley por parte de la DGA 56

c) Deber de protección de la DGA 58

B. Argumentos jurídicos entregados por la DGA..... 59

a) Excepciones formales de defensa

59

b) Uso del derecho gravado con pago de patente en un punto distinto 60

c) Falta de tipificación de la causal dentro de las excepciones legales 62

d) Tardanza en la resolución de las peticiones 63

e) Afectación a Derechos Constitucionales 64

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EFECTUADO POR LOS DIVERSOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES..... 68

1. Tribunales superiores de justicia..... 69

A. Falta de tipificación de la causal dentro de las excepciones legales..... 74

B. Tardanza en la resolución de las peticiones..... 75

C. Afectación a Derechos Constitucionales.....	77
2. Tribunal Constitucional.....	78
A. Breve resumen de los hechos donde se enmarca la discusión.....	79
B. Afectación a Derechos Constitucionales: Antecedente Preliminar.....	80
C. Derechos consagrados en la Constitución y su eventual afectación.....	81
a) Afectación artículo 19 N° 20 inciso segundo.....	83
b) Afectación al principio de servicialidad artículo 1 inciso 4° Constitución Política	83
D. Inexistencia de perjuicio económico.....	85
E. Tardanza en las resoluciones.....	86

CAPÍTULO V

POSICIÓN JURÍDICA EN RELACIÓN A LA CONTROVERSIA PLANTEADA

1. Marco en el cual resultaría pertinente esta discusión.....	88
A. Marco general de discusión.....	88
B. Tardanza en la resolución.....	91
a) Tardanza atribuible a la DGA	
91	
- Fuente de la tardanza	
- Efecto de la tardanza	
2. Consideraciones y criterios jurisdiccionales comunes.....	95
3. Conclusiones para la procedencia de eximición.....	96
 BIBLIOGRAFÍA.....	 101

INTRODUCCIÓN

El agua es fundamental para el desarrollo económico y social. En particular, es esencial para mantener la salud, cultivar alimentos, generar energía, proteger el medioambiente y crear empleos. La disponibilidad y gestión del agua puede influir en muchos aspectos sociales, entre ellos, la asistencia de niños de escasos recursos a sus escuelas, la salubridad de las ciudades y la forma en que las industrias en crecimiento, los impactos tanto de las inundaciones como de las sequías.

Estudios demuestran que la seguridad hídrica continúa siendo uno de los principales riesgos mundiales en términos de los impactos en materia de desarrollo, y es un aspecto clave para el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible.

En este mismo sentido, especialistas han aclarado que los problemas de desarrollo sostenible del siglo XXI que enfrenta el mundo tales como desarrollo humano, ciudades habitables, cambio climático, seguridad alimentaria y seguridad energética, no se solucionarán a menos que se mejore la gestión de los recursos hídricos y se garantice el acceso a servicios confiables de abastecimiento de agua y saneamiento.

Un informe del Banco Mundial, publicado en el año 2016, indica que la escasez de agua, agravada por el cambio climático, podría costar a algunas regiones alrededor del 6% de su producto interno bruto (PIB), incentivar la migración y causar conflictos.

En Chile, la normativa en torno al agua está determinada por la Constitución aprobada en 1980 y el Código de Aguas promulgado en 1981¹. Dicho código se apoya en un sistema de derechos de aprovechamiento del agua muy sólidos, en una regulación muy limitada por parte del Estado y en un fuerte rol del poder judicial como ámbito para resolución de disputas y para el cumplimiento de las decisiones de gestión. En este marco el Estado tiene la responsabilidad y obligación de asignar los recursos hídricos, otorgándolos a privados en la forma de derechos de aprovechamiento del agua (DAA) en forma gratuita y permanente, y sin ningún límite en la cantidad demandada una vez comprobada la disponibilidad de recursos.

Una de las características principales del sistema instituido en 1981 es la libertad que tiene el titular del derecho para el uso de las aguas. Esta facultad fue parte del deseo de otorgar autonomía de acción a los particulares, la cual se traduce en la libre transferencia de DAA estableciéndose los mercados de aguas como instrumento de promoción de la reasignación del agua a usos de mayor valor.

No obstante, este sistema fue ineficiente y facilitó el acaparamiento y concentración de derechos de agua sin usar. Esto provocó el interés de muchos sectores de reformar la legislación en esta materia, principalmente, porque era necesario mitigar el efecto que los derechos de aprovechamiento de aguas sin uso estaban provocando.

¹CHILE. Ministerio de Justicia. 1981. [en línea] DFL 1122: Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 10 de marzo de 2018]

Lo anterior condicionó la necesidad de modificar el Código de Aguas y corregir los defectos producidos – precisamente- por los principios vinculantes a la fecha de su promulgación. Pero en 1990 se llevó a efecto un análisis completo y exhaustivo de la legislación de aguas, sin que ese análisis evidenciara la necesidad de cambios radicales.

En definitiva, se concluyó que solamente en un área específica, la tenencia de derechos de aprovechamiento no consuntivos se requería de una reforma para solucionar dificultades que se venían produciendo en el proceso de aplicación de la ley.

Dichas dificultades se referían a que, por la gratuidad de la concesión, y de la misma gratuidad en la mantención en el patrimonio de los derechos de aprovechamiento no consuntivos, se apreciaba la acumulación o acaparamiento de derechos de aprovechamiento en algunos pocos titulares, sin un interés real en su uso efectivo inmediato, y en otros, la solicitud y obtención de tales derechos por personas, naturales o jurídicas, que carecían de toda posibilidad o expectativa de uso de ellos.

En otros aspectos de la legislación, se apreció la necesidad de complementar y mejorar algunas regulaciones, e incluso de modernizar la administración de las aguas.

De allí surgieron ideas respecto a la administración integrada de cuencas hidrográficas, sobre el mejoramiento del estatuto jurídico de las comunidades de aguas, la importancia de reconocer las diferencias regionales, y en el plano ambiental, la necesidad de combatir la contaminación, la necesidad de proteger los

cauces y las aguas, y finalmente, la necesidad de mantener caudales ecológicos para evitar el secamiento total de los ríos.

El resultado de toda esta actividad fue la presentación de un proyecto de ley sobre reformas al Código de Aguas, que con fecha 2 de diciembre de 1992, fue remitido a la H. Cámara de Diputados como Mensaje N° 283-325.

Si bien la Ley 20.017 dotó dentro de sus alternativas una serie de exenciones del pago que por su naturaleza buscaba evitar la especulación y concentración de derechos, por este mismo hecho dejó fuera muchos otros que pueden ocurrir en la práctica y que vale la pena analizar. Uno de esos casos es el referido al pago de patente por no uso de aguas, respecto de titulares que conjuntamente con la solicitud de traslados de derechos en un punto determinado, se ven en la disyuntiva de tener que pagar patente no obstante que su no uso está estrictamente ligado a la imposibilidad de utilizarlo porque la DGA, no ha resuelto su solicitud.

En los capítulos siguientes revisaremos las instituciones que están detrás de este cobro para luego abordar los argumentos que reclamantes y reclamados han efectuado en una u otra posición. Luego, se abordarán los aspectos jurisprudenciales de los diversos órganos jurisdiccionales que han conocido de estos asuntos para finalmente efectuar un análisis jurídico. Este permitirá, en base a elementos de derecho, entregar una adecuada posición en cuanto a lo dispuesto en el título del presente informe.

CAPÍTULO I

PAGO DE PATENTE DE AGUAS POR NO USO

1. Contexto

En la década de los noventa en nuestro país, ya se advertía un importante crecimiento de peticiones, solicitudes y traslados de derechos de aprovechamiento de aguas. Los motivos son muchos, entre ellos se puede contar una mayor desertificación de muchas zonas producto de la erosión, una mayor necesidad sanitaria y también desde el mundo de la acuicultura y la minería.

Los cambios urbanísticos, sean estos regulares o irregulares, han sido otro elemento importante en la necesidad de los peticionarios. Las gestiones administrativas obligaban a solicitar y obtener derechos como si en la práctica las fuentes para ello fueran infinitas.

Las solicitudes, siempre gratuitas y dotadas de pocas exigencias que atendieran a su otorgamiento, fueron haciendo que el mercado de las aguas se transformara en un intercambio de permisos y especulación que, como todo desequilibrio, requería de alguna herramienta de regulación.

Pues bien, es en este escenario donde surge la patente por uso de derecho de aguas, como una cortapisa y limitante a la especulación, de tal forma de separar una real pretensión de obtener agua para su uso con aquellos que buscaban copar el mercado con un derecho o permiso existente, pero sin ninguna intención real de usarlo.

En adelante nos adentramos en la génesis y evolución de la ley desde sus primeras indicaciones hasta su publicación final.

2. Historia fidedigna de la Ley

Para explorar los inicios de la institución de pago de patente, debemos remontarnos a diciembre de 1992, fecha en la cual el Gobierno de la época presenta una modificación de ley con el objeto de reformar el Código de Aguas de 1981.

Dentro del mensaje inicial resulta necesario recordar cuáles son los fundamentos principales que motivan a efectuar dicha reforma:

“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”².

Continúa en su parte final apuntando que:

“Las normas que se proponen constituirán una de las herramientas más efectivas para desarrollar una Política Nacional de Aguas, fundamentada en la equidad y eficiencia, cuyos propósitos están constituidos, básicamente, por el desarrollo máximo y aprovechamiento racional de nuestros recursos de aguas, por su conservación y protección, por una administración integrada de nuestras cuencas hidrográficas sometidas a una presión

² BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2005. [en línea] Historia de la Ley N°20.017. Santiago, 5p. <<https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/5838/>> [consulta: 08 de marzo de 2018]

creciente por sus distintos usuarios y por el establecimiento de normas adecuadas a las características geográficas específicas de algunas zonas de nuestro país metodológicamente se han agrupado las modificaciones³.

Pues bien, planteada las motivaciones iniciales, conviene señalar que el marco referencial al cual se pensó efectuar cambios, eran: normas sobre recuperación de la condición de bien nacional de uso público y su uso obligatorio, normas sobre protección y conservación de las aguas y cauces, normas sobre protección integradas de cuencas y perfeccionamiento de organizaciones de usuarios y normas relacionadas con aspectos regionales.

No obstante lo anterior, el proyecto de ley original no consideraba el pago de patente por no uso de aguas. Esto ocurrió solo el año 1996 cuando el Gobierno presento una indicación sustitutiva, la cual incorporaba dentro de sus innovaciones el pago de patente por no uso de aguas agregando un nuevo título:

“Existe un vacío legal en virtud del cual no se fija costo para la conservación indefinida del derecho de aprovechamiento, lo que incentiva la especulación y el mal uso del recurso. En consecuencia, se propone someter a los titulares de derechos de aprovechamiento, cuyas aguas no estén siendo utilizadas en todo o en parte, al pago de una patente que es diferente en las cuencas hidrográficas del norte, centro y sur del país”⁴.

En adelante la tramitación siguió un largo camino legislativo no exento de discusión, basado en la constitucionalidad o no de normas que limiten el derecho de propiedad principalmente al obligar a un titular al uso de un bien incorporado en

³ *Op. Cit.*, 6p.

⁴ *Op. Cit.*, 21p.

su patrimonio, las aprehensiones al criterio que pudiere ocupar la DGA, si dichas normas podrían cumplirlos fines establecido en el mensaje del ejecutivo como también la ausencia de un real diagnóstico por parte de la autoridad que podrían derivan en efectos económicos perniciosos para actuales y futuros titulares de derecho de aprovechamiento de aguas.

“La iniciativa del Ejecutivo faculta al funcionario para rechazar a su arbitrio la petición de un derecho de aprovechamiento, aunque haya agua disponible, no se perjudique a terceros, ni haya oposiciones; es decir, si un particular no usa las aguas, aquél dispone la pérdida del derecho, mientras que, por otra parte, impide se usen las que están disponibles. Los abusos a que alude el mensaje deben explicarse y las soluciones no pueden estar en facultades omnímodas, comprobadamente ineficientes en un sistema de mercado”⁵.

“Creemos que el establecimiento de una patente por no uso resultaría sumamente perjudicial para el proceso de desarrollo de Chile. Los grandes proyectos hidroeléctricos, sanitarios y mineros, que necesitan asegurar con muchos años de anterioridad los derechos de aguas que utilizarán a futuro, incurrirán en un artificial aumento de sus costos, viéndose obligados a traspasar éstos a sus consumidores o usuarios”⁶.

Por su parte:

“Respecto al sistema de pago de una patente por no uso de las aguas, no hemos encontrado razones conceptuales ni prácticas que lo justifiquen. La aplicación de un sistema de patente como el propuesto, afectaría negativamente los proyectos de expansión de las empresas que utilizan el agua como medio de producción. Creemos que lo adecuado en esta materia, sería establecer un precio del derecho de aprovechamiento de agua que se constituye por primera vez, el que debería ser consecuente con el costo que tiene para el Estado el constituirlo”⁷.

⁵ *Op. Cit.*, 86p.

⁶ *Op.Cit.*, 87p.

⁷ *Op.Cit.*, 89p.

Con estas declaraciones queremos señalar que, si bien había un consenso en el diagnóstico respecto la necesidad de resguardar en buena forma las fuentes hídricas y su uso en las décadas siguientes, la fórmula al menos en lo referente al pago de patente, no tenía una buena acogida dentro de las asociaciones gremiales. Cabe señalar que el proyecto indicativo no contemplaba la incorporación de las excepciones indicadas en el actual artículo 129 bis 9, existiendo solo referencias similares al actual 129 bis 5 y 129 bis 6 del Código de Aguas.

Dentro de los antecedentes más interesantes que se pueden desprender de la historia de la Ley 20.017, es el informe desarrollado por el profesor José Luis Cea Egaña, quien expresa según el primer informe de la Comisión de Constitución:

“El establecimiento de una patente por no uso de las aguas respeta la Constitución, pues impone una obligación sobre la base de antecedentes razonables, proporcionados al fin y objetivos en su acreditación, fundada en la función social del dominio, sin afectar el núcleo esencial de este derecho, el bien sobre el cual se ejerce ni los atributos y facultades esenciales del mismo”⁸.

Tal función abarca los tres elementos, al menos, que fundamentan la constitucionalidad de la obligación pecuniaria referida, haciéndola inobjetable en su legitimidad. Finaliza señalando que:

“En fin, el proyecto de ley, en cuanto dice relación con las atribuciones que confiere a la autoridad administrativa, da cumplimiento al principio constitucional de legalidad y se ajusta, además y plenamente, al principio de reserva reglamentaria contemplado también en nuestra Carta Fundamental”⁹.

⁸ *Op. Cit.*, 87p.

⁹ *Op. Cit.*, 466p.

Otros de los elementos que nos permiten entender el sentido de esta ley está en el texto elaborado con fecha 17 de octubre de 2000 por la Comisión de Hacienda donde señalan que:

“En conclusión, para el Gobierno las iniciativas de patente por la no utilización de los derechos de agua y el cobro por la tenencia de derechos de agua son instrumentos compatibles y complementarios, no obstante que sus objetivos, urgencias y plazos de concreción son muy divergentes. En efecto, la patente por no utilización es de urgente y relativamente sencilla implementación, y pretende corregir la distorsión introducida por el Código de Aguas de 1981 en la constitución de derechos y, por el contrario, el cobro por la tenencia es una iniciativa a largo plazo, de muy compleja definición y busca, a través de la explicitación del valor económico del recurso hídrico, mejorar su eficiencia de uso”¹⁰.

En general las discusiones en sala tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado eran similares y se referían a la viabilidad constitucional del pago de patente respecto del derecho de propiedad ya que finalmente afectaba la libertad de usar dichos derechos. Por otro lado, existía una serie de situaciones que resultaban complejas de abordar como la existencia de obras de captación transitorias sobre todo ante las crecidas de ríos u otras situaciones geográficas que pudieren determinar un cobro al no existir las construcciones necesarias para su eximición.

Finalmente, con fecha 16 de junio de 2005 se promulga en el Diario Oficial la Ley 20.017 mediante la cual, en lo que refiere en el presente trabajo, se incorpora

¹⁰ *Op. Cit.*, 560p.

al Código de Aguas el título XI denominado “DEL PAGO DE UNA PATENTE POR LA NO UTILIZACIÓN DE LAS AGUAS¹¹”.

A la fecha del establecimiento de la patente por no uso del agua, sólo un 13,2% de los derechos de aprovechamiento constituidos estaban siendo ejercidos y el 43,0% de los recursos hídricos utilizables estaban asignados.

Los derechos solicitados en trámite incluían un número significativo de duplicidades, lo cual hacía inviable la constitución de ellos en algunos casos y en otros se debía llamar a remate entre varias solicitudes que concurrían a las mismas aguas, de acuerdo a lo establecido por el Código de Aguas.

Además, las solicitudes ingresadas a la fecha en que se realiza el segundo trámite constitucional correspondían a recursos de carácter marginal, no solicitados con anterioridad por su reducida viabilidad técnico-económica. Por esta razón, el caudal solicitado superaba ampliamente el máximo utilizable estimado por la Dirección General de Aguas.

En consecuencia, el caudal total solicitado más el constituido (51.411 m³/seg.) era el equivalente a utilizar 4,1 veces el caudal de interés económico definido (12.641 m³/seg).

En este contexto, se incorporó un sistema de pago de patentes por el no uso total o parcial de los derechos de aprovechamiento, regulado desde el artículo 129 bis 4 al artículo 129 bis 13.

¹¹ *Op. Cit.*, 1654p.

De acuerdo a la historia fidedigna de dicha Ley, la incorporación de la figura de la patente tuvo por objeto perfeccionar el Código de Aguas del año 1981, el cual –a juicio del Ejecutivo— adolecía de una pasividad frente a la administración y conservación del recurso. El acaparamiento de derechos de aprovechamiento de aguas sin uso actual o futuro previsible, constituyó el principal motivo para el establecimiento de este gravamen. En este sentido, el Mensaje Presidencial N° 283-325, de 2 de diciembre de 1992, a la Honorable Cámara de Diputados, al instante de remitir el proyecto de ley señalaba:

“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”¹².

El artículo 129 bis 4 del proyecto de ley¹³, señalaba originalmente que:

"Los derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio permanente, que no sean utilizados total o parcialmente, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, al pago de una patente a beneficio fiscal".

El mismo tenor es utilizado en el artículo 129 bis 5 para los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente.

A diferencia del régimen de amparo minero, la obligación del pago de estas patentes se origina solo si el derecho de aprovechamiento no es utilizado, de manera que, si el titular usa su derecho, no se encuentra afecto a ningún pago por dicho concepto. El artículo 129 bis 8 del proyecto de ley, le otorgaba la facultad al

¹² *Op. Cit.*, 5p.

¹³ *Op. Cit.*, 352 p.

Director General de Aguas para determinar los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no están siendo utilizadas, facultad que se encuentra limitada por la presunción de uso contenida en el artículo 129 bis 9 del texto de la indicación del Ejecutivo de 18 de diciembre de 1998. El proyecto contemplaba lo siguiente:

Tratándose de derechos no consuntivos, en los primeros cinco años contados desde que se constituye el derecho, el monto de la patente será equivalente, en unidades tributarias mensuales, al valor que resulte de la siguiente operación aritmética:

Valor anual de la patente en UTM= $0,33 \times Q \times H$, donde Q representa el caudal 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. El mismo artículo efectúa correcciones respecto de los desniveles que pueden ocurrir en ciertos casos.

Mientras que para los derechos consuntivos, en los primeros cinco años contados desde que se constituye el derecho, el monto de la patente varía según la cuenca hidrográfica donde se encuentre ubicado el punto de captación del derecho.

Así, en aquellas cuencas ubicadas en las Regiones I a Metropolitana, el monto de la patente anual será equivalente a 1,6 unidades tributarias mensuales por cada litro por segundo no utilizado.

Respecto de los derechos de aprovechamiento cuyas aguas pertenezcan a cuencas situadas entre las regiones VI a IX, el monto de la patente anual será equivalente a 0,2 unidades tributarias mensuales por cada litro por segundo no

utilizado, y para las regiones X, XII y XII, la patente ascenderá a 0,1 unidad tributaria mensual.

Entre los años sexto y décimo, la patente anual, calculada de la forma antes descrita, se multiplicará por el factor dos, y desde el año undécimo y siguiente de su constitución, se multiplicará por el factor 4.

Al igual que los derechos no consuntivos, el proyecto de ley contemplaba ciertas exenciones de pago de patente, respecto de derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes no sean significativos o de poca importancia para el sector donde estén constituidos.

Respecto al proceso del pago de la patente, se trata de un juicio contencioso, de carácter ejecutivo y con normas especiales, con el objeto de obtener el cumplimiento forzado del pago de la patente mediante el remate del derecho, en la proporción que corresponda, es decir, respecto de aquella parte del derecho de aprovechamiento que no ha sido utilizado.

En síntesis, podemos señalar que el procedimiento se inicia cuando el Tesorero General de la República envía al tribunal competente, en el plazo que la misma Ley señala, la nómina de los derechos de aprovechamiento cuya patente no haya sido pagada.

Una vez recibida la nómina, el juez competente debe señalar día y hora para el remate y ordenar que esta resolución y esa nómina sean publicados en la forma y plazos que señala la Ley.

El dueño del derecho de aprovechamiento no puede ser admitido a hacer posturas por el remate del mismo, pero puede eliminar su derecho de la subasta, pagando el doble del valor de lo adeudado. Con esta institución, se pretende que el titular moroso en el pago, no espere hasta el último momento para pagar la deuda, originando con ello trámites y gastos innecesarios de tiempo y recursos fiscales.

Si no existe postor para adjudicarse la concesión, y el titular de esta no paga el doble de lo adeudado, el Tribunal deberá declarar "libres las aguas" y ordenar la cancelación de la inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo.

Durante la discusión parlamentaria del Proyecto de Reforma no hubo discrepancia entre los legisladores respecto a la necesidad de establecer un régimen que permitiera regular la acumulación de derechos sin uso. No obstante, el método, límites y principales excepciones fueron modificadas significativamente durante el segundo trámite constitucional.

En materia de excepciones, el proyecto inicial de modificación del Código de Aguas del año 1981, que luego dará origen a la Ley N° 20.017, contemplaba 4 casos en que se presumía la no utilización total o parcial de las aguas y en virtud de los cuales, el titular de un derecho podía eximirse del pago de patente.

En el Boletín N° 876-09¹⁴, el artículo 129 bis 9.- indicaba, se presumirá que las aguas no han sido utilizadas total o parcialmente, en los siguientes casos: 1) Si no existen las obras de aprovechamiento necesarias para el ejercicio del derecho o estas estuvieren manifiestamente abandonadas; 2) Si la capacidad de las obras de

¹⁴ *Op. Cit.*, 105p.

captación o conducción fueren insuficientes para captar o conducir el total de las aguas sobre las que recae el derecho de aprovechamiento; 3) Si no existieren los cultivos, industrias, instalaciones o establecimientos en que pudiere utilizarse el recurso y 4) En general, en todos aquellos casos en que el no aprovechamiento de las aguas resulte acreditado mediante los informes técnicos pertinentes.

Con fecha 18 de diciembre del año 1998, el Ejecutivo presentó una indicación para sustituir este artículo, reemplazando dichas presunciones de no uso del derecho por una sola presunción, simplemente legal de uso de las aguas, que se limita a la existencia de las obras de captación de las mismas y en el caso de derechos no consuntivos también a las de restitución. Conforme al nuevo texto propuesto, las obras deberán estar debidamente aprobadas por la Dirección General de Aguas cuando fuese pertinente.

Los representantes del Ejecutivo al presentar un nuevo texto del artículo 129 bis 9, indicaron que dicha norma atendía solamente a un dato objetivo: “si están o no las obras para captar las aguas y para restituirlas en el caso de los derechos de aprovechamiento no consuntivos”¹⁵. Lo anterior, con el fin de evitar las objeciones que se habían formulado en el sentido de ser normas no lo suficientemente precisas y que, por tanto, pudieran prestarse para equívocos y a la discrecionalidad de la autoridad.

Se fijó de esta manera una excepción general para la exención del pago de patente por no uso, la cual fue precisada durante el segundo trámite constitucional en el Senado.

¹⁵ *Op. Cit.*, 377p.

Asimismo, se aprobaron modificaciones a dicho articulado, con el fin de establecer y regular casos puntuales que debía considerar el Director General de Aguas para fijar el listado de derechos afectos a pago de patente por no uso. De acuerdo a la historia fidedigna de la ley, dichas excepciones son de carácter particular.

3. Excepciones al pago de patente

La ley 20.017, conjuntamente con establecer los casos y forma en los cuales se debe aplicar el pago de patente por no uso de aguas, a lo largo del actual Capítulo XI del Código de Aguas, fue estableciendo una serie de excepciones al cobro, en la medida que se encuentren en algunas de las situaciones que en forma restrictiva trata la ley. Para efectos del presente trabajo clasificaremos las excepciones en generales y especiales:

A. Generales

a) Usuarios de derechos de aprovechamiento:

Están exentos del pago de patente los derechos no consuntivos que sean inferiores a 100 L/s (10 L/s en el caso de derechos consuntivos) en las regiones Primera a Metropolitana y a 500 L/s (50 L/s) en el resto país. En el caso de los derechos de ejercicio eventual, están exentos del pago de la patente los derechos no consuntivos que sean inferiores a 300 L/s (30 L/s, en el caso de derechos

consuntivos) en las Regiones Primera a Metropolitana y a 1.500 L/s (150 L/s) en el resto del país¹⁶.

b) Existencia de obras:

Quedan exentos de cobros en cualquiera de los casos señalados en los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 cuando respecto de ellos existan obras de captación de las aguas sumando además que en el caso de derechos consuntivos a lo anterior debe sumársele obras necesarias para su restitución.

B. Especiales

Situación especial en organizaciones de usuarios. Quedan exento de cobro en cualquiera de los casos señalados en los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 cuando respecto de ellos, cuando por decisión de la organización de usuarios correspondiente hubieren quedado sujeto a turnos o reparto proporcional.

Quedan también exentos del pago de la patente la totalidad o una parte de aquellos derechos de aprovechamiento que son administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia, de acuerdo a los requisitos señalados en el inciso 4° del artículo 129 bis 9 del Código de Agua.

¹⁶ VALENZUELA J., C. 2011. Efectos de la aplicación de la patente por no-utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas. [en línea] Memoria para optar al título de Ingeniero en Recursos Naturales Renovables. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Agronómicas. <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112365>> [consulta: 13 de marzo de 2018]

C. Empresas sanitarias

Quedan exento de cobro en cualquiera de los casos señalados en los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6, aquellos derechos de aprovechamiento que posean las empresas de servicio público sanitarios y que se encuentren afectos a su respectiva concesión, hasta la fecha que, de acuerdo con su programa de desarrollo, deben comenzar a utilizarse, circunstancia que deberá certificar la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Como se puede apreciar tanto las exenciones de carácter general como especial son de carácter estricto y supone situaciones de facto extremadamente específica por lo cual cualquier otra situación que se desee incorporar en estos supuestos significa un esfuerzo complejo no obstante creemos existen una serie de otras situaciones que al menos resulta discutible su eximición.

En este sentido creemos destacamos la existencia de situaciones bastante más generales de lo que se pudiere buscar como por ejemplo robos de cables o partes de las obras necesarias para su captación. En estos casos los: “sentenciadores razonan indicando que, si los pozos no han estado en funcionamiento, o al menos en condiciones de permitir el uso efectivo del agua, es procedente de inmediato el pago de patente”¹⁷.

Otro ejemplo claro está referido a situaciones climáticas adversas:

¹⁷ RIVERA B., D. y VERGARA B., 2015. Patente por no uso de aguas. Aplicación práctica y conflictos interpretativos. [en línea] Informe Académico para el proyecto Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema. 7p.<<http://derechoygestionaguas.uc.cl/images/PDF/Patente-por-no-uso-de-aguas.pdf>> [consulta: 12 de marzo de 2018]

“En esta línea, igualmente, la Corte ha tendido a confirmar, sin aclaraciones o precisiones al respecto, pronunciamientos de las Cortes de Apelaciones en que se afirma categóricamente que la sequía o escasez de los recursos hídricos tampoco es causal eximente de la patente”¹⁸.

Es poca la discusión que se ha efectuado en torno a la naturaleza jurídica de la patente y las características que estas tienen a propósito de su estructura. Para los objetivos de este trabajo y el análisis que en el último capítulo se efectuará, nos parece interesante abordarlo, ya que podemos encontrar algunos elementos tributarios, previos a los elementos propios del Código de Aguas que parecen importante custodiar.

La patente antes que cualquier otra cosa es un tributo, así se desprende de un sin números de actas legislativas en los años de discusión de la Ley 20.017. (poner citas) como también ello resulta evidente a partir de los fallos de los tribunales jurisdiccionales como organismos administrativos.

4. Patente como obligación tributaria.

Los tributos están definidos como: “Las prestaciones en dinero que el Estado, en ejercicio de su poder de imperio, exige con el objeto de obtener recursos para el cumplimiento de sus fines”¹⁹.

Dentro de la clasificación de tributos encontramos los impuestos, los cuales:

¹⁸ *Op. Cit.*, 8p.

¹⁹ ZAVALA O., J. 1998. Manual de Derecho Tributario. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur. 29p.

“Consisten en el pago de una suma de dinero por parte de un sujeto hacia el Estado, por haber incurrido en un hecho gravado, sin que reciba una prestación de parte de este último. El impuesto es el más común de los tributos ya que el Estado, a través de ellos obtiene recursos sin tener que dar nada a cambio, razón por la cual los sistemas tributarios establecen principalmente impuestos”²⁰.

Siguiendo esta línea, deberíamos entender que el pago de patente tiene las siguientes características:

- La obligación a pagar es a través de una prestación monetaria.
- El beneficiario de dicha suma de dinero es el Estado y el deudor será el contribuyente obligado.
- Su fuente está en la ley, la cual no necesariamente significa que la fuente sea el Código Tributario.
- Necesita la existencia de un hecho gravado que genere la obligación.

Pese a lo anterior e independiente el tipo de tributo que se analice, nuestro ordenamiento estableció una serie de limitaciones al ejercicio del poder tributario. En ese caso y por centrarse la discusión principalmente en los presupuestos considerados por el Tribunal Constitucional, nos limitaremos a exponer aquellos límites establecidos en la Carta Fundamental y dentro de ellos, aquellos que para la controversia jurídica planteada pudiesen ser interesantes, ya que creemos que en estos podemos encontrar antecedentes que sustenten la discusión que se efectuara en el penúltimo capítulo.

²⁰ *Op. Cit.*, 30p.

Los principales principios Constitucionales, en materia tributaria, en relación a la controversia jurídica planteada:

A. Principio de justicia o equidad tributaria

Este principio le impone al Estado la obligación de aplicar tributos análogos a todos aquellos que se encuentren en análogas condiciones. La primera expresión en nuestra constitución la encontramos en el Artículo 19 N° 20, inciso 2° el cual indica “en ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”²¹.

Por ello no resulta inconstitucional el hecho que los artículos 129 bis 4 y siguientes impongan cargas tributarias distintas de acuerdo a una serie de consideraciones de índole geográfico o de tipología de extracción.

Resulta interesante lo que señala que el profesor Teodoro Ribera Neumman quien expresa que la norma constitucional, cuando manifiesta desproporción, alude a la prohibición de que los tributos alcancen una clara desigualdad e insiste en la necesidad de que sean proporcionales, esto es, que exista una ecuación de equilibrio entre el hecho o renta gravada y la carga tributaria que soporta. Conlleva, igualmente, la idea de que exista una debida armonía entre la necesidad de colaborar al funcionamiento del Estado, para que este cumpla sus fines propios, como contrapartida al derecho a vivir en sociedad, y el derecho de optar a

²¹ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto 100: Constitución Política de la República de Chile de 1980. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302#190>> [consulta: 15 de marzo de 2018]

incrementar el patrimonio mediante el ejercicio de actividades lícitas. Por su parte, la manifiesta injusticia dice relación al hecho que los tributos no se distribuyan en forma tal, que cada cual asuma lo que corresponde. De esta manera, la manifiesta injusticia se expresa cuando es claro y patente que se ha distribuido la carga tributaria, sin razonabilidad y prudencia, beneficiando a unos y perjudicando a otros²².

Ahora bien, este principio no solo supone una correcta exigibilidad de tributo a personas que se encuentren en igual situación respecto del “hecho gravado” sino que también supone un sentido de justicia mirado desde un punto de vista armónico con otros principios establecidos en nuestra constitución. Una correcta interpretación de esta justicia tributaria la podemos encontrar en lo señalado por J.E. Figueroa Valdés, quien señala que:

“La justicia tributaria se logra, desde el punto de vista de la igualdad impositiva, en la medida que el legislador a través del sistema impositivo iguale el sacrificio que experimentan los contribuyentes al pagar los tributos. Por ende, el sistema tributario será justo al existir una igualdad de tratamiento a los diversos contribuyentes frente a una igualdad de situaciones o circunstancias y, consecuentemente, un tratamiento distinto en el reparto impositivo frente a situaciones desiguales²³.

Recordar finalmente que el Tribunal Constitucional señaló en su considerando “Cuadragésimo Tercero: Que, en todo caso, esta Magistratura ha indicado que lo que se ha querido evitar es la imposición de tributos que representen

²² RIBERA N. T., 2000. La potestad tributaria del Estado. Revista De Derecho Público [En línea] 62: 22-31. <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43193> [consulta: 20 de marzo de 2018]

²³ FIGUEROA V., J. 1985. Las garantías constitucionales del contribuyente en la constitución política de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 152-153p.

“una expropiación o confiscación” o que en definitiva “impidieran el ejercicio de una actividad”. En otras palabras, se trata de: “impedir desproporciones o injusticias, injustificables o irracionales, y ellas se producen cuando son manifiestas, esto es, al tenor de la definición del Diccionario de la Lengua Española, cuando son descubiertas, patentes, claras”²⁴.

"Esta igualdad tributaria, -más allá de la abolición de los privilegios—, no puede entenderse sólo como igualdad pura y simple o como igualdad numérica, sino como igualdad de sacrificio, o por lo menos, como una orientación de la ley a ese fin. Se llega a hablar de una justicia tributaria, lo que tiene plena lógica ya siendo el Derecho Tributario una rama del Derecho, participa igualmente del fin último de éste que no es otro que la justicia”²⁵.

B. Principio de generalidad tributaria

Algunos autores se refieren a este principio como igualdad o generalidad tributaria, así, José Luis Zavala Ortiz, lo entiende como: "aquel en virtud del cual el tributo sólo puede afectar a los sujetos que se encuentran en el supuesto de hecho que la ley ha previsto, el 78 hecho gravado"²⁶. Este principio se extiende también al hecho de que el impuesto no pueda tener destinaciones especiales, que deben ir a las arcas generales de la nación.

²⁴ CERPA C., N. 2012. Los principios constitucionales del derecho tributario. [en línea] Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 71p. <<https://es.scribd.com/document/350974869/de-cerpa-n>> [consulta: 13 de marzo de 2018]

²⁵ *Op. Cit.*, 71p.

²⁶ ZAVALA O., J. 1998. Manual de Derecho Tributario. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur. 37p.

Este principio de la igualdad o generalidad tributaria, está consagrado en cuanto la Constitución Política dispone, en los siguientes preceptos: "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"²⁷.

Nuestra Carta Fundamental²⁸ establece el principio de generalidad tributaria en el artículo 19 N° 20, incisos 1° y 2°: Artículo 19 que la Constitución asegura a todas las personas: 20°.- La igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en la progresión o forma que fije la ley. En ningún caso la ley podrá establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos. Por su parte don Sergio Carvallo Hederra²⁹ explica en sus clases como también en sus textos que la generalidad de los impuestos consiste en que deben pagarlos todos aquellos que están en situación de hacerlo, sin consideración de personas o de situaciones, ya que corresponde a todos los ciudadanos que gozan de rentas contribuir a financiar el Estado en que viven, ya que de él obtienen los servicios necesarios a su existencia.

Adelantamos como parte de este análisis que lo señalado resultará muy importante, ya que en definitiva la generalidad no está referida a la obligación de contribuyentes de igual situación a pagar sino que todos ellos se encuentren en

²⁷ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Constitución Política de la República de Chile de 1980. [en línea] < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302#190>> [consulta: 18 de marzo de 2018]

²⁸ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto 100: Constitución Política de la República de Chile de 1980. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302#190>> [consulta: 15 de marzo de 2018]

²⁹ CERPA C., N. 2012. Los principios constitucionales del derecho tributario. [en línea] Memoria de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho. 71p. <<https://es.scribd.com/document/350974869/de-cerpa-n>> [consulta: 13 de marzo de 2018]

igual condición de hacerlo. En este sentido, será interesante saber qué pasa cuando algunos titulares no estén en esa condición por hechos ajenos a su voluntad, como por ejemplo cuando se encuentra pendiente una petición de traslado que, de haberse efectuado, sí permitiría evaluar la obligación sobre el hecho gravado, pero por causas exclusivamente relacionada con el contribuyente.

C. Principio general de la seguridad jurídica

Hay seguridad jurídica cuando el Derecho protege de forma eficaz un conjunto de intereses de la persona humana que se consideran básicos para una existencia digna. La concepción de la seguridad jurídica va unida a dos ideas claves: la concepción liberal del Estado y la doctrina del Estado de Derecho. El Estado liberal considera como su misión primordial asegurar la libertad de los ciudadanos frente al Estado mismo. En el Estado de Derecho, en tanto, el ejercicio del poder en todas sus direcciones está sometido a reglas jurídicas que aseguran las libertades y derechos de los ciudadanos frente al Estado mismo. Lo que caracteriza por tanto el Estado de Derecho —al menos en su concepción originaria— es esa limitación del poder estatal en beneficio del conjunto de derechos reconocidos al ciudadano, que son considerados no como una graciosa concesión de la ley, sino como verdaderos derechos "naturales" anteriores y superiores al Estado, puesto que este se justifica precisamente en la medida en que los ampara y los hace efectivos. La seguridad jurídica en su más amplia acepción se convierte así en el fin primordial y la razón de ser del Estado de Derecho. La seguridad jurídica es un principio del Derecho, universalmente reconocido, que se entiende y se basa en la "certeza del derecho",

tanto en el ámbito de su publicidad como en su aplicación. Representa la seguridad de que se conoce, o puede conocerse, lo previsto como prohibido, mandado y permitido por el poder público respecto de uno para con los demás y de los demás para con uno. La palabra seguridad proviene de la palabra latina *securitas*, la cual deriva del adjetivo *securus* (de *secura*) que significa estar seguros de algo y libres de cuidados. El Estado, como máximo exponente del poder público y primer regulador de las relaciones en sociedad, no solo establece (o debe establecer) las disposiciones legales a seguir, sino que en un sentido más amplio tiene la obligación de crear un ámbito general de seguridad jurídica, al ejercer el poder político, jurídico y legislativo.

La seguridad jurídica es, en el fondo, la garantía dada al individuo por el Estado de modo que su persona, sus bienes y sus derechos no serán violentados o que, si esto último llegara a producirse, le serán asegurados por la sociedad, la protección y reparación de los mismos.

En resumen, la seguridad jurídica es la “certeza del derecho” que tiene el individuo de modo que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares y conductos legales establecidos, previa y debidamente publicados. Una conceptualización muy propia del principio del valor de la certeza o seguridad jurídica, la encontramos en el ensayo del profesor José Luis Cea Egaña titulado “Los Principios de Reserva Legal y Complementaria en la Constitución

Chilena”³⁰, quien para graficar dicho concepto, cita lo razonado por el Tribunal Constitucional en un fallo, que según sus palabras el tratadista también comparte: Considerando sexagésimo séptimo de la sentencia pronunciada el 10 de febrero de 1995, en el recurso Rol N° 207, del Tribunal Constitucional:

"Que, asimismo, la Constitución Política consagra la existencia de un Estado de Derecho. Basta tener presente, en tal sentido, por citar sólo algunas disposiciones, lo que disponen los artículos 5°, 6° y 7°, que forman parte de las Bases de la Institucionalidad. Se ha considerado que, entre los elementos propios del Estado de Derecho, se encuentran la seguridad jurídica, la certeza del Derecho y la protección de la confianza de quienes desarrollan su actividad con sujeción a sus principios y normas positivas”³¹.

En resumen de lo expuesto, estimamos que resultará necesario tener en cuenta todos estos elementos, previos a las consideraciones derivadas del Código de Aguas ya que en ningún caso debemos olvidar que la patente por el no uso de aguas sigue siendo un elemento de índole tributario, por tanto debe cumplir con los principios básicos exigidos por la Constitución y la ley para todos ellos independiente de la materia o tipos de contribuyentes afectados.

³⁰ CEA E., J. 1998. Los Principios de Reserva Legal y Complementaria en la Constitución Chilena. Revista de Derecho [en línea] IX <<http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/3017>> [consulta: 19 de marzo de 2018]

³¹ *Op. Cit.*

CAPÍTULO II

FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DE LA DGA EN RELACIÓN AL PAGO DE PATENTE Y OTRAS SOLICITUDES

La Dirección General de Aguas (DGA) es el órgano central de la administración del Estado en materia de aguas. Las potestades que, en general, ejerce la DGA, están establecidas en el D.F.L. N° 850³² de 1997 del Ministerio de Obras Públicas y referidas a las que le confiere el Código de Aguas, D.F.L. N° 1.122 de 1981 y el D.F.L. MOP N° 1.115 de 1969.

Y son las siguientes:(i) conocimiento, medición, monitoreo e investigación de los recursos hídricos en el país; (ii) planificación del recurso y formulación de recomendaciones para su aprovechamiento; (iii) constitución y regularización de los derechos de aprovechamiento de aguas mediante la autorización de extracciones legítimas; (iv) fijación de limitaciones y modificaciones a la extracción del agua; (v) policía y vigilancia de las aguas; (vi) ejercicio de atribuciones decisorias o auxiliares a los tribunales; (vii) supervisión del funcionamiento de las Juntas de Vigilancia; (viii) seguimiento del funcionamiento de las asociaciones de canalistas y comunidades de aguas; (ix) autorización de uso de cauces naturales y artificiales; y, (x) autorización de obras hidráulicas mayores.

³² CHILE. Ministerio de Obras Públicas. 1997. [en línea] DFL N°: Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 15.840, de 1964 y Del DFL N° 206, de 1960.

<<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=97993>> [consulta: 10 de marzo de 2018]

Evidentemente, todas estas atribuciones deben ser ejercidas dentro del ámbito legal y con sujeción a las normas y criterios generales que rigen los actos de todo órgano del Estado.

En relación al cobro de patente por no uso, corresponde a la DGA determinar al 31 de agosto de cada año, los derechos de aprovechamiento cuyas aguas no se encuentren total o parcialmente utilizadas, previa consulta a la organización de usuarios respectiva.

Con dicha información, la referida autoridad deberá emitir y publicar, en la forma y plazo establecidos en el artículo 129 bis 7 del Código de Aguas, una resolución que contenga el listado de los derechos afectos al pago de esta patente anual. Esta resolución, al igual que todas las que emite la DGA, es susceptible de los recursos de reconsideración y reclamación regulados en los artículos 136 y 137 del mismo Código, respectivamente.

El pago de dicha patente, debe efectuarse durante el mes de marzo de cada año, en cualquier banco o institución autorizada para recaudar tributos. Si no se materializa dicho pago dentro del plazo previamente establecido, se inicia un procedimiento ejecutivo de cobro que se encuentra regulado en los artículos 129 bis 11 y siguientes del Código de Aguas, y que puede concluir en el remate del derecho de aprovechamiento de que se trate.

Ahora bien, la determinación de los derechos afectos al pago de patente por no uso, implica, desde luego, la obligación de la autoridad de aplicar las excepciones legales que permiten excluir a ciertos derechos de este tributo.

Lo anterior, responde a la esencia del órgano administrativo, que implica la sujeción absoluta de sus actos al ordenamiento jurídico.

En general, este principio implica: (i) El deber de no contradicción de las normas de derecho vigente; y (ii) Además, que la administración sólo podrá realizar aquello para lo cual fue expresamente autorizada y nada más.

El inciso primero del artículo 6º de la Constitución³³ dispone: “Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República”.

Por su parte, el inciso primero del artículo 7º de la Carta Fundamental indica: “Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley”.

Al respecto, la Excma. Corte Suprema ha indicado que: “Que según lo dispone el artículo 6º de la Constitución Política de la República, los órganos del Estado deben someter su acción a la Carta Fundamental y a las normas dictadas, consagrando el principio de legalidad o juridicidad que significa, según el artículo 7º de la misma Carta, que tales órganos han de actuar válidamente, previa investidura regular dentro de su competencia y de la forma que prescribe la ley, siendo nulo todo lo obrado en contravención a ello”³⁴.

³³ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Constitución Política de la República de Chile de 1980. [en línea] < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302#190>> [consulta: 15 de marzo de 2018]

³⁴ CORTE SUPREMA. Sentencia con fecha 20 de abril de 2016. Rol N° 20.039-2016. [en línea] < <http://basejurisprudencial.poderjudicial.cl/#>> [consulta: 20 de marzo de 2018]

Desde un perspectiva global o general de la legislación vigente, veremos que la DGA no solo cumple con el deber establecido, al fijar el listado de los derechos sujetos a pago de patente, sino que además, debe someter a su criterio las diversas situaciones de hecho existentes, las cuales podrían suponer un evidente conflicto entre normas que rigen solicitudes en torno al ejercicio de un derecho y por otra parte, la ejecución de las atribuciones entregadas a la DGA en torno a esta materia.

En este sentido, más adelante se analizará en forma concreta los criterios utilizados permanentemente por la DGA y la interpretación estricta de las excepciones legales prescritas en el artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, que han ocasionado que titulares de derechos recurran a tribunales excepcionales, con el fin de soslayar fallos cuyo cumplimiento podría ocasionar la vulneración de derechos fundamentales.

1. Criterios adoptados por la DGA para fiscalizar el pago de patente

Uno de los aspectos relevantes a considerar en el presente informe está referido a los criterios y consideraciones generales que la DGA establece para la determinación del pago de patente.

Resulta útil recordar que en el marco general del contexto de la controversia jurídica que estamos abordando, uno de los aspectos más complejos es que precisamente es la DGA quien además de resolver un eventual cambio en el punto de captación de un titular, debe determinar si ese titular estará obligado a pagar patente. Veremos más adelante si esto debiese ser en el punto original o en el que

se traslada, pero lo cierto es que nos parece necesario ahondar en los elementos se tienen en cuenta para llegar a la lista definitiva.

En general la DGA, en virtud de las facultades establecidas en los artículos 298 y siguientes del Código de Aguas, ha contratado diversas consultoras externas que realizan el trabajo de campo, insumo a partir del cual finalmente se depura la lista de gravados con patente.

El proceso se inicia con la confección por parte de la DGA de un listado inicial de derechos de aguas por zona basados en el catastro existente, el cual luego debe ser revisado en terreno. Para ello se consideran al menos tres etapas:

1. Planificación de la campaña en terreno.
2. Verificación de uso de derechos de agua.
3. Elaboración del listado preliminar y entrega de resultados.

Para darle objetividad, la revisión debe llevarse a cabo a través de fichas objetivas que contengan datos idénticos referidos a las captaciones y los usuarios incluyéndose fotografías de los puntos de captación y en algunos casos memoria explicativa.

Posterior a la verificación en terreno se identifican los derechos sin uso o parciales elaborando una base de cálculo. Adicionalmente se cruza la información con los datos del Conservador de Bienes Raíces respectivo buscando en la inscripción original o en su defecto en las inscripciones al margen.

2. Determinación de plazos establecidos a la DGA en relación a las peticiones de particulares.

A. Plazos generales

Resulta relevante señalar que el manual de procedimiento general de tramitación de denuncias y fiscalizaciones de oficio señala que la Ley N° 19.880³⁵, que Establece Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, regula las bases del procedimiento administrativo de los actos de la Administración del Estado, indica que resulta necesario establecer y homogeneizar las normas y procedimientos para la adecuada tramitación de los expedientes de fiscalización que determinan la existencia de infracciones a lo dispuesto en el Código de Aguas, ya sea que se hayan instruido por denuncia de un usuario, o por iniciativa del Servicio al tomar conocimiento de alguna situación sospechosa.

Si bien los considerandos anteriores puede parecer obvios a la luz de las disposiciones legales, resulta interesante que la DGA, en relación a la reflexión referida a una situación en la cual claramente existe un vacío del propio órgano jurisdiccional; en este caso, la falta de un procedimiento claro en la forma de actuar de la DGA respecto al ejercicio de policía y vigilancia de las aguas, facultades inherentes a su rol es que reconoce en forma expresa que resulta necesario

³⁵ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2003. [en línea] Ley 19.880: Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676#tramitaci%C3%B3n0>> [consulta: 25 de marzo 2018]

recordar sus obligaciones como órganos administrativo, haciendo clara alusión a la Ley 19.880.

La DGA como uno más de los órganos de la administración del Estado, debe regir sus actos de acuerdo a lo que ordena nuestra Carta Fundamental en sus artículos N° 6 y N° 7 como también a lo dispuesto en la Ley 19.880. Para efectos de la presente investigación, creemos conveniente recordar algunos de los principios que deben tenerse en cuenta a propósito de la discusión presentada.

a) Principio de celeridad

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 7° de la Ley 19.880 y básicamente tiene por objeto, que los órganos del Estado deben procurar actuar por su propia iniciativa haciendo que los procesos y requerimientos sometidos a su revisión avancen hasta la conclusión³⁶.

b) Principio conclusivo

Este principio se encuentra consagrado en el artículo 8° de la Ley 19.880³⁷ y consagra la obligación del órgano de la administración de dictar un acto decisorio

³⁶ VALPUESTA A, R. Y PÉREZ A, P. 2013. Repertorio de Jurisprudencia Administrativa de la Ley N° 19.880. Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado. [en línea] Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho. 80p.
<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116224/de36-Valpuesta_Raul.pdf?sequence=1> [consulta: 17 de marzo de 2018]

³⁷CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2003. [en línea] Ley 19.880: Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.
<<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676#tramitaci%C3%B3n0>> [consulta: 25 de marzo de 2018]

que resuelva el requerimiento presentado, manifestando su voluntad. Es muy interesante la jurisprudencia que al respecto existe por parte de la Contraloría ya el espíritu de este principio no solo conlleva la obligación de dictar un acto administrativo terminal, sino que aun cuando no exista una ley particular que la regule una forma específica de hacerlo, al estar sometido en forma subsidiaria a la Ley 19.880, tendrán en todo caso que cumplir con este principio.

c) Principio de imparcialidad

Este es uno de los principios más complejos en relación a la controversia jurídica de este trabajo.

Conceptualmente la disposición resulta clara y obvia, por tanto, en un sentido filosófico nadie podría entender que en un mundo ideal la administración tuviese realmente una intención distinta que esta. El problema surge cuando ese órgano de administración, debe por un lado dictar un pronunciamiento, luego defender su posición ante algún reclamo del administrado, lo cual en principio lo hace ante el mismo ente transformándose en juez y parte.

Adicionalmente, en caso de perseverar un eventual reclamo, se somete a la decisión de otros órganos y si esto no fuera suficiente existen casos como el de nuestros análisis donde además se le reclama por la existencia de un retraso en su administración. La pregunta que surge desde la realidad, ¿resulta posible la imparcialidad? Seguramente en gran parte de los casos sí, precisamente por las barreras de control de los órganos administrativos, entre ellos la propia Contraloría. Sin embargo, el hecho de que existan posteriormente instituciones que controlen en

esta situación no hacen que estas no ocurran; a lo más hacen que estas puedan en ciertos casos corregirse.

3. Plazos especiales señalados en el Código de Aguas

El Código de Aguas en su título I, del Libro II, denominado “De los procedimientos Administrativos” establece en su numerando primero “Normas comunes” que consisten en una serie de disposiciones generales, aplicables a los diversos tipos de requerimientos, que buscan principalmente establecer determinadas formalidades comunes. Hacemos especial hincapié a la estructura general de estas disposiciones porque nos parece que el legislador en forma intencional adecuó este título para establecer indicaciones para cada uno de los requerimientos indicados en ese mismo título, entre los cuales se encuentra el traslado de derechos de aprovechamiento de aguas desde un punto a otro.

Pues bien, en este orden de cosas, nos acercamos al artículo 134 del Código de Aguas, el cual señala en su inciso segundo que:

“Reunidos los antecedentes solicitados, la Dirección General de Aguas deberá emitir un informe técnico y dictar resolución fundada que dirima la cuestión sometida a su consideración, en un plazo máximo de cuatro meses, a partir del vencimiento del plazo de 30 días a que se refiere el inciso anterior”³⁸.

De acuerdo al tenor literal del inciso 2° del artículo 134, creemos que se pueden extraer en forma general los siguientes aspectos:

³⁸ CHILE. Ministerio de Justicia. 1981. [en línea] DFL 1122: Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 10 de marzo de 2018]

- Debe tratarse de una petición que ha sido puesta a su análisis y debida consideración.
- Se trata de un acto administrativo que tiene por objeto resolver una petición, por tanto no se trata de una resolución de mero trámite.
- El verbo usado “deber” indica que se trata de una obligación para la DGA
- Se establece un plazo máximo aunque no se establecen sanciones especiales en caso de incumplirse.

De acuerdo al artículo 163 del Código de Aguas, el traslado de derechos de aguas desde un punto de captación a otro se tramita de la misma forma que lo dispuesto en los artículos 140 y siguientes, por ende, las normas comunes ya señaladas y por tanto los plazos indicados en el inciso 2° del artículo 134, resultan obligatorios a la DGA respecto de las solicitudes de traslados.

Así entonces lo que resulta necesario dilucidar es si el plazo de 4 meses es un plazo fatal mediante el cual se genera el silencio administrativo positivo o negativo respecto de la petición o en su defecto es meramente referencial.

Como veremos más adelante, esta situación es de la total importancia ya que la discusión jurídica se genera por la tardanza reclamada por los titulares en sus requerimientos de traslado de derechos, ya que indican que es esta situación es la que los pone en la obligación de pagar una patente que en otras circunstancias no habrían debido hacerlo.

Pues bien, lo cierto es que estimamos que la resolución sí obliga a la DGA a resolver dentro del plazo exigido, pero en ningún caso establece o constituye la aceptación de la petición reclamada. Tampoco resulta que dicha tardanza significa

el rechazo de la petición, al menos no en principio ya que no se dan los presupuestos del silencio administrativo ya explicado más arriba.

No obstante lo anterior, tampoco puede señalarse que el plazo es meramente referencial o que la DGA queda justificada de su tardanza – entiéndase por tal luego de los 4 meses señalados anteriormente- por el hecho de que tenga una alta carga de trabajo. Como veremos más adelante hay una coincidencia por parte de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional que los plazos que generalmente se demora la DGA en resolver dichas peticiones son injustificables y por tanto no admite justificación alguna. Sin embargo, hasta la fecha veremos que este solo hecho no resulta por si solo motivo suficiente para entender que el titular queda exceptuado de pagar patente, por el solo hecho que una petición estuviese fuera de los plazos señalados en el artículo 134 del Código de Aguas³⁹.

Ahora bien, en el caso del artículo 134 inciso 2° la pregunta que surge es, ¿qué pasa si dicho plazo se incumple, existe un acto de silencio positivo y por ende se entiende acogida la petición? O en su defecto, ¿se debe entender por rechazado la petición si es que el solicitante reclama el legítimo derecho a que su resolución se resuelva?. Actualmente no existen tesis ni antecedentes jurisprudenciales importantes que se hayan pronunciado a favor de cualquiera de los dos tipos de silencio administrativo. Más bien, lo que ocurre en la práctica es una especie de acostumbramiento de que la DGA demorará tiempo adicional.

³⁹ CHILE. Ministerio de Justicia. 1981. [en línea] DFL 1122: Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 10 de marzo de 2018]

CAPÍTULO III

ANTECEDENTES JURÍDICOS ENTREGADOS POR LOS TITULARES DE DERECHOS AFECTADOS PARA EXIMIRSE DEL PAGO DE PATENTE POR NO USO DE AGUAS Y AQUELLOS ENTREGADOS POR LA DGA PARA SU EXIGIBILIDAD

En los capítulos anteriores, hemos efectuado una revisión doctrinaria respecto de los elementos jurídicos que sostienen la discusión de tal manera de revisar en forma detallada su real alcance y contenido.

Efectuada dicha labor, lo que corresponde es conocer cómo estos argumentos han sido desplegados por los diversos actores en busca de argumentar su posición, basado siempre en la hipótesis formulada en el presente informe.

En tal sentido y siendo el marco referencial del presente informe, la controversia jurídica generada entre la DGA y diversos titulares de derechos de aprovechamiento de agua, es que en adelante pasaremos a referirnos a sus argumentos, entregando en algunos pasajes, consideraciones especiales que nos permitan entender el contexto y sentido de su presentación.

Posición de los solicitantes

Para efectos del presente informe, agruparemos el total de las peticiones a fin de extraer de sus argumentos, los elementos generales de defensa más importantes, los cuales resultan similares, habida consideración que en los hechos sus situaciones se derivan de dos premisas comunes: La existencia de

tramitaciones de traslados de derechos de aguas pendientes y la tardanza en su resolución por parte de la DGA, que habrían incidido directamente en la obligatoriedad de estos en pagar patente. A continuación se exponen los principales argumentos:

1. Principales argumentos entregados por titulares de derecho de uso de aguas con solicitudes de traslado pendiente de resolución.

A. Uso del derecho gravado con pago de patente en un punto distinto

El sistema utilizado por el Código de Aguas⁴⁰ para solicitar traslado de derechos de aprovechamiento de un punto a otro, establece una serie de requisitos establecidos en los artículos 140 y siguientes de dicho cuerpo legal. Se trata de un proceso que exige varios requisitos tanto formales, como resulta la radiodifusión de la petición, hasta aspectos más técnicos, como resulta informe técnico o memoria explicativa; esto según sea el caso, para acreditar que el punto de captación en virtud del cual se trasladará derechos, tiene la capacidad suficiente para su alumbramiento.

De esta forma, por una cuestión física, el titular del derecho que quiere legítimamente usarlos en un punto de distinto, debe al menos, en forma inicial, usar el nuevo punto de captación para hacer las pruebas que le permitan solicitar la

⁴⁰ CHILE. Ministerio de Justicia. 1981. [en línea] DFL 1122: Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 10 de marzo de 2018]

resolución. En otras palabras, no puede solicitar el traslado si no es capaz de captar o extraer aguas en el nuevo punto.

Hacemos esta introducción de contexto para entender por qué los casos sujetos a controversias parten de la base que están haciendo uso de las aguas en un punto distinto. Es cierto, el hecho de que efectúen pruebas en un nuevo punto no los habilita para extraer las aguas en forma permanente, pero resulta al menos desde un sentido de realidad, una cuestión compleja, cuando el propio legislador le permite extraer agua y resulta que luego de efectuar todas las obras necesarias para eso deben dejar abandonadas las obras hasta que la DGA decida resolver su petición.

Es en este contexto que se da la controversia, donde titulares de derechos de aprovechamiento de aguas no pueden utilizarlos en el nuevo punto a la espera de una resolución. Pero, por otra parte, en general tampoco pueden hacerlo en el punto originario ya que en la práctica están fijados en terrenos distintos a los suyos y además en dicha ubicación les resultan inútiles en relación a los fines por los cuales los adquirió. Los argumentos de los titulares para afrontar este punto son distintos.

B. Falta de tipificación de la causal dentro de las excepciones legales

Como advertiremos más adelante, tanto la DGA como diversos órganos jurisdiccionales han efectuado una especie de marco jurídico probable, teniendo como premisa que las excepciones señaladas por el legislador en los artículos 129

Bis 9⁴¹ y siguientes son de carácter estricto, por ende las aspiraciones de los particulares en último caso no pueden ser incluidas ya que sus aspiraciones o situaciones de facto no están incluidas en las causales de eximición.

En este sentido, al menos desde el punto de vista de los recursos de inaplicabilidad, debemos señalar que los recurrentes han planteado los siguientes argumentos en la causa Rol 3874 del Tribunal Constitucional:

“De aplicarse el criterio adoptado por la autoridad, se vulneran todas las garantías del debido proceso establecidas tanto en la Constitución Política de la República, como en la ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, el Estatuto Administrativo, en fin, todas las normas que regulan la actividad del Estado, para dejar sola y exclusivamente aplicables las disposiciones del Código de Aguas.⁴²”

De la misma forma en este punto, en la causa Rol 3146⁴³ del mismo organismo se ha señalado que sin perjuicio de la opinión de la Dirección General de Aguas, y de la Contraloría General de la República, en ninguna parte de los artículos 129 bis 4, 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del Código de Aguas se señala que las excepciones que se establecen en ellos sean las únicas por las cuales un derecho de aprovechamiento de aguas que no cuenta con obra de captación no pueda ser excluido del pago de la patente.

Misma situación ocurre en la causa Rol 2693 cuando se indica que:

⁴¹ CHILE. Ministerio de Justicia. 1981. [en línea] DFL 1122: Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 10 de marzo de 2018]

⁴² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2017. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Explotadora Agrícola SpA respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N°3874 -17. Fecha de ingreso: 14 de septiembre de 2017. 3p. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

⁴³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2016. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Juan de Huinca Limitada respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N°3146 -16. Fecha de ingreso: 27 de julio de 2016. 3p. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

“De aplicarse el criterio adoptado por la autoridad, se vulneran todas las garantías del debido proceso establecidas tanto en la Constitución Política de la República, como en la Ley 19.880 sobre Procedimiento Administrativo, el Estatuto Administrativo, en fin, todas las normas que regulan la actividad del Estado, para dejar sola y exclusivamente aplicables las disposiciones del Código de Aguas”⁴⁴.

Pues bien, las argumentaciones indicadas en este punto se podrían separar en dos; aquéllas que ponen en duda el carácter estricto de las excepciones y aquéllas que en definitiva apelan a elementos supra legales aduciendo a que independiente del carácter de las excepciones lo que resulta lógico es que en estos casos concretos habida consideración de los elementos de contacto sobre todo respecto de la tardanza de la DGA en resolver sus solicitudes, lo que se produce es una profunda afectación a derechos constitucionales, no por la naturaleza de las excepciones sino que su estricta aplicación a estos casos en concreto.

Revisaremos en los siguientes capítulos si resulta posible determinar excepciones distintas de las señaladas en los artículos 129 bis 9 y siguientes del Código de Aguas. En principio diríamos que no pareciere demasiado aventurado inclinarnos a pensar que si es posible ya que el Código de Aguas no lo establece expresamente y son variadas las situaciones donde el Código, habiendo abordado una cuestión determinadas en forma posterior establece normas que pudieren ser perfectamente aplicable a dichas materias. Describir algunos ejemplos.

⁴⁴ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2014. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Isidro Limitada respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N° 2693-14. Fecha de ingreso: 28 de julio de 2014. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

C. Tardanza en la resolución de las peticiones

Sin duda que el elemento plazo jugará un rol sustancial para dilucidar la cuestión controvertida. En este orden de ideas, los titulares en forma general han reclamado que la DGA teniendo un plazo establecido por el Código de Aguas para resolver las peticiones, se encuentra en mora cumplirlo, y en la mayoría de los casos con una tiempo de espera francamente importante.

Así en la causa Rol 3146 se señala que:

“Conforme a la norma citada, una vez que han vencido los plazos referentes a eventuales oposiciones y contestaciones a ellas, tiene un plazo de 30 días para formular observaciones y solicitar mayores antecedentes, vencido el cual, tiene un plazo de cuatro meses para resolver. Claramente, tratándose de una solicitud administrativa ingresada a tramitación en noviembre de 2010, el plazo legal para resolver está vencido desde hace años”⁴⁵.

En la causa Rol 3874 también se indica que:

“Este criterio, de no ser fatales los plazos establecidos en el Código de Aguas para las actuaciones de la administración, ha sido interpretado por la Dirección General de Aguas, en el sentido de que dicho Servicio se ajustará a los plazos que le señala el Código de Aguas, en la medida de lo posible, pero sin que ello resulte en manera alguna obligatorio. Basta para

⁴⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2016. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Juan de Huinca Limitada respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N°3146 -16. Fecha de ingreso: 27 de julio de 2016. 4p. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

demostrar lo anterior, los años transcurridos para resolver los expedientes administrativos que originan la presente acción”⁴⁶.

A su vez en la causa Rol 2693 se cita lo dispuesto en el artículo 23 de la ley 19.880⁴⁷ y el artículo 3° de la Ley 18.575⁴⁸, para señalar en forma posterior que:

“Obviamente al demorar dos, tres, cuatro o más meses el plazo que la ley establece para resolver un expediente sometido a su conocimiento, la Dirección General de Aguas, está incumpliendo la norma legal citada”⁴⁹.

D. Perjuicio económico

Respecto de este punto, existe cierta uniformidad en los argumentos, en cuanto a que la incerteza jurídica basado en la tardanza en la toma de decisiones de la DGA respecto de sus peticiones genera entre otras cosas un perjuicio pecuniario. Plantean los recurrentes que esta situación sucede aun cuando se trate

⁴⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2017. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Explotadora Agrícola SpA respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N°3874 -17. Fecha de ingreso: 14 de septiembre de 2017. 5p. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

⁴⁷ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2003. [en línea] Ley 19.880: Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676#tramitaci%C3%B3n0>> [consulta: 25 de marzo 2018]

⁴⁸ CHILE. Ministerio del Interior. 1986. [en línea] Ley 18.575: Ley Orgánica Constitucional de bases generales de la Administración del Estado. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29967>> [consulta: 25 de abril 2018]

⁴⁹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2014. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Isidro Limitada respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas. [en línea] Rol N° 2693-14. Fecha de ingreso: 28 de julio de 2014. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

de meras expectativas ya que no puede dejarse fuera el sentido de realidad que esta situación ocurre respecto de un derecho que no puede usarse en la práctica en la forma y lugar para lo cual se adquirió.

“La verdad es que no obstante ser el traslado solicitado una mera expectativa, la situación de tener un capital inmovilizado a la espera de una resolución administrativa, retrasada por incumplimiento de la ley le genera un perjuicio. Si el resultado de la solicitud es positivo, el titular podrá desarrollar su proyecto en los términos que había previsto. Si el resultado es negativo, el peticionario tendrá que tomar las decisiones del caso, ya sea buscar otras fuentes de agua, deshacerse de los derechos de aprovechamientos que no le sirvieron etc. La situación de incertidumbre no hace otra cosa que paralizar la toma de decisión por parte del interesado, lo que sin lugar a dudas le trae un menoscabo económico. Al menoscabo económico antes señalado, se debe agregar el valor de la patente por no uso que se ve obligado a pagar”⁵⁰.

En esta misma línea en la causa Rol 3146 se indica que:

“De acuerdo con lo anterior, es el Estado de Chile el que no resuelve perjudicando al particular, y es el mismo Estado de Chile el que percibe ingresos como consecuencia de su propia ilegalidad e ineficiencia. Mientras más años se demora la Dirección General de Aguas en resolver una solicitud de traslado, más años va a seguir el Estado de Chile recibiendo ingresos por ese concepto. Si bien es cierto que el titular puede recuperar por la vía de impuestos una parte de lo pagado por concepto de patentes por no uso, devolución que incluso se le hará reajustada, resulta que el Estado está percibiendo dinero que en el mejor de los casos deberá devolver, obviamente sin interés alguno para el particular. En otra

⁵⁰ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2016. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Juan de Huinca Limitada respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N°3146 -16. Fecha de ingreso: 27 de julio de 2016. 4p. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

palabras, el particular estará obligado a prestar dinero al Estado sin obtener nada a cambio, lo que también constituye beneficio para el Estado y perjuicio para el particular”⁵¹.

De la misma en la causa Rol 3874 se indica que:

“Por otra parte, la situación de tener un capital inmovilizado a la espera de una resolución administrativa, retrasada por incumplimiento de la ley, le genera un perjuicio al peticionario, toda vez que, si el resultado de la solicitud es positivo, el titular podrá desarrollar su proyecto en los términos que había previsto. Por el contrario, si el resultado es negativo, el peticionario tendrá que tomar las decisiones del caso, ya sea buscar otras fuentes de agua, deshacerse de los derechos de aprovechamiento que no le sirvieron, etc. La situación de incertidumbre no hace otra cosa que paralizar la toma de decisión por parte del interesado, lo que sin lugar a dudas le trae un menoscabo económico”⁵².

Así entonces, la mayoría de los afectados han establecido, una vez más desde la mirada de la realidad, que esta situación les genera un perjuicio económico concreto independiente inclusive de las fórmulas tributarias en virtud de la cual dichos montos pudieren deducirse a gasto respecto de la tasa afectada.

E. Afectación de derechos constitucionales

De acuerdo a la revisión efectuada, sin duda que los mayores argumentos están relacionados con la eventual afectación a derechos constitucionales, lo anterior principalmente respecto de los recursos de inaplicabilidad presentados ya

⁵¹ *Op. Cit.*, 6p.

⁵² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2017. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Explotadora Agrícola SpA respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N°3874 -17. Fecha de ingreso: 14 de septiembre de 2017. 3p. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

que precisamente su fundamento está en reclamar afectación a derechos consagrados en la Carta Fundamental frente a un caso concreto.

Pues bien, en general se advierte una similitud de la norma constitucional afectadas, generada básicamente por la aplicación de un tributo producto de la tardanza del mismo Estado en resolver una petición que de haberse efectuado en forma anterior, pudiere haberse producido la eximición del tributo.

Por otra parte, en la causa Rol 3146 señala que:

“El artículo 6° de la misma Carta Fundamental establece que los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella y garantizar el orden institucional de la República. La Dirección General de Aguas al demorar cuatro años en resolver un asunto para el cual tiene un plazo de poco más de un año, de acuerdo con el artículo 134 del Código de Aguas, no cumple con la ley. Como consecuencia directa de ese incumplimiento, la recurrente se ve en la obligación de pagar una patente por no uso que la propia Dirección General de Aguas le impone. Con ello, se produce un resultado contrario a la Constitución, consistente en que las disposiciones de la ley sólo resultan obligatorias para los particulares, no así para los órganos de la Administración del Estado”⁵³.

“Adicionalmente se reclama afectación al artículo N° 26 del artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas, la seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que ésta establece o que las limiten en los casos que ella autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia, ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio. Nos encontramos frente a una empresa titular de un derecho de aprovechamiento de aguas que se encuentra ante una

⁵³ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2016. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Juan de Huinca Limitada respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N°3146 -16. Fecha de ingreso: 27 de julio de 2016. 3p. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

situación de incertidumbre respecto de su derecho: por una parte, no puede hacer legalmente uso del agua en el lugar del río en donde podría hacerlo y, por otra parte, no está en condiciones de decidir si se deshace de su derecho de aprovechamiento y aborta el proyecto en el que se han invertido varios miles de millones de pesos. El N° 20 del artículo 19 de la Constitución asegura a todas las personas la igual repartición de los tributos en proporción a las rentas o en progresión o en la forma que fije la ley, y la igual repartición de las demás cargas públicas”⁵⁴

En este último caso su afectación estaría dada por la obligatoriedad de un tributo por circunstancias arbitrarias del Estado en perjuicio de un particular.

Adicionalmente en la causa Rol 3874 se señala que:

“B. Artículo 19 N° 21. El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, el orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen”. Agrega posteriormente que: “C. Artículo 19 N° 24. El derecho de propiedad en sus más diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporales.” Finalmente señala: “D. Artículo 19 N° 26 La seguridad de que los preceptos legales que por mandato de la Constitución regulen o complementen las garantías que esta constitución establece o que las limiten en los casos en que ella lo autoriza, no podrán afectar los derechos en su esencia ni imponer condiciones, tributos o requisitos que impidan su libre ejercicio”⁵⁵.

Resulta interesante comentar que si bien los argumentos son bastante similares e incluso están patrocinadas en algunos casos por los mismos abogados, las garantías constitucionales han ido aumentando poniendo los hechos en diversos

⁵⁴ *Op. Cit.*

⁵⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2017. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Explotadora Agrícola SpA respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N°3874 -17. Fecha de ingreso: 14 de septiembre de 2017. p. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

planos que pudieran alcanzar una afectación constitucional de mayor dimensión. De alguna manera, los recurrentes ven una especie de falla multisistémica de los derechos constitucionales por la actuación de la DGA.

2. Principales argumentos entregados por la Dirección General de Aguas

Para abordar la línea argumental de la DGA, se deben efectuar varias consideraciones generales previas, que nos permitan contextualizar su posición ante la presente discusión.

A. Antecedentes

a) Dirección General de Agua como un órgano de la administración del Estado

Respecto de este punto, estimamos que al menos hay dos consideraciones que resultan necesaria comentar: La primera de ella es la obligación de la DGA de cumplir con cada una de las obligaciones que el legislador le ha entregado, como órgano de la administración del Estado a través de las disposiciones propia de nuestra Carta Fundamental, la Ley de General de bases de la Administración del Estado y el propio Código de Aguas que, en síntesis, hacen que ante una o más peticiones de particulares dentro de la esfera de su competencia, tenga que necesariamente pronunciarse.

Por otro lado, encontramos la obligación de proteger los intereses del Estado, amparando el uso de las aguas, lo cual se puede inferir principalmente del Código de Aguas y las diversas resoluciones administrativas de la DGA en donde se resalta su rol protector de las aguas o como parte integrante por ejemplo de los órganos sectoriales encargados de evaluar ambientalmente proyecto cuando sea pertinente.

Podríamos aventurarnos a entregar un tercer elemento de contexto, que si bien no es jurídico no debemos omitirlo, máxime si este informe pretende revisar cuestiones de facto donde la realidad no puede separarse de lo teórico. Se trata de la consideración de la DGA, como juez y parte en muchas de las resoluciones.

Dicha dualidad muchas veces transforma al órgano sectorial en un guardián de su posición más que de lograr el mejor interés para los particulares, defendiendo cuando algún afectado quiera por alguna razón ponerla en duda. Lo anterior, puede significar, radicalizar las posturas más que buscar un punto en conceso, pensando muchas veces que con ello el órgano sectorial se hace más fuerte.

Lo dicho no debe sorprendernos ni menos escandalizarnos ya que es la reacción normal y dentro de un contexto jurídico, donde cada parte busca lograr el mejor resultado a sus pretensiones. Quizás una primera reflexión es que en el caso de la autoridad, sus intereses deben al final estar relacionado con mejorar y resguardar de la mejor forma el interés de sus regulados.

Dichas estas apreciaciones, revisemos brevemente los motivos por los cuales estas antecedentes de contextos resultan importantes:

b) Aplicación de la ley por parte de la DGA

La discusión del presente informe deriva de aspectos legales los cuales, como es sabido, emanan de un órgano distinto cual es el legislativo. En este orden de idea, la promulgación de una normativa por parte del legislador, obliga al órgano

administrativo que le impone una determinada función a obedecerla y hacerla cumplir sin que pueda excusarse por el hecho de tener otras.

Lo anterior resulta relevante ya que como hemos advertido en la exposición de los hechos, uno de los principales problemas que se suscitan en todos los casos, es la falta de diligencia o más bien el retardo en la resolución de peticiones pendientes o como lo llama el Tribunal Constitucional la “mora del órgano administrativo” , lo cual es un problema recurrente en muchos órganos sectoriales, en algunas ocasiones provocados por ineficiencia pero también en otros por una falta absoluta de personal y recursos para afrontar el total de solicitudes y requerimientos.

En este escenario, es que la DGA adicional a las tareas que ya estaba empleando al año 2005 y que no eran pocas, si se considera que solo en trámites de solicitudes de derechos y regulación revisa más de (confirmar número de requerimientos) al año, el legislador le suma un nuevo rol, cual es determinar los titulares que estarán obligados al pago de patente.

En este caso, el problema no solo surge por el mayor esfuerzo que estas nuevas funciones significan, sino porque un excesivo retardo en las funciones ya existentes, como veremos, le puede generar importantes perjuicios a los titulares de derecho, incluyendo los generados por el pago de patente por no uso de aguas.

En este orden de idea, resulta compleja la posición de la DGA en cuanto a que sin poder prescindir de esta función y solo con la posibilidad de solicitar al ejecutivo mayores recursos, se inviste de una nueva función cuando ya la sola ejecución de las anteriores le generaba un retraso no siendo advertido ni en las discusiones

parlamentarias ni por la propia DGA los problemas que más allá del retardo en sus funciones, esta situación le podía generar.

c) Deber de protección de la DGA

La DGA es por esencia el organismo que debe velar por el cuidado de las aguas en Chile. Así se desprende de los artículos 299 y siguiente del Código de Aguas⁵⁶, como también por ejemplo de la Ley de General de Medioambiente⁵⁷ que encarga ante la solicitud del sometimiento de un proyecto en el Servicio de Evaluación Ambiental, sea la DGA quien por defecto, sea el órgano sectorial que revise los impactos que dicho proyecto pudiere significar en alguna de las materias que les son a fin. En este sentido, la posición de la DGA no es antojadiza y debe por Constitución, ley o Reglamento garantizar y velar por la protección del recurso hídrico.

La patente por no uso de aguas, tiene un fundamento por el cual fue generado, cual es evitar una especulación que en definitiva generaba la creación de derechos que finalmente no eran posible extraer desde las fuentes existentes. El desincentivo a la especulación, tampoco entonces fue el fin en sí mismo, sino que evitar los efectos que en las reservas hídricas esto podía generar al no tener controlada la explotación real y la futura.

⁵⁶ CHILE. Ministerio de Justicia. 1981. [en línea] DFL 1122: Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 10 de marzo de 2018]

⁵⁷ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. [en línea] Ley 19.300: Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. < <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667>> [consulta: 28 de marzo 2018]

Ante este escenario, es obvio que la DGA debía y debe propender a insistir en el pago de patente, sorteando los diversos problemas que ello pueda significar, cuando los titulares busquen dentro de sus argumentos, excepciones distintas a las ya establecidas. En otras palabras, siendo la función del DGA el resguardo y la protección del agua, ¿podría simplemente reconocer estas nuevas excepciones fácticas que presentan los titulares?.

B. Argumentos jurídicos entregados por la DGA

Como antecedente general, podemos señalar que en todos los casos, la DGA ha tenido líneas argumentativas similares, tanto en sus defensas administrativas, jurisdiccionales como ante el Tribunal Constitucional

a) Excepciones formales de defensa

Por ser estos aspectos estrictamente procesales y no entrar al fondo de la discusión que se pretende presentar, no serán materias del informe. Sin embargo, resulta necesario al menos señalar que la DGA sobre todo respecto del recurso de Inaplicabilidad, presentado en la causa Rol 3146⁵⁸, entregó una serie de argumentos de forma con vías a que dicho recurso se declare inadmisibile, lo cuales fueron rechazados.

⁵⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2016. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Juan de Huinca Limitada respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N°3146 -16. Fecha de ingreso: 27 de julio de 2016. p. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

b) Uso del derecho gravado con pago de patente en un punto distinto

La mayor parte de los casos reclamados a la DGA, parten de la base que los titulares gravados con la patente, si bien no están usando los derechos de aguas otorgados en el lugar donde efectivamente se le otorgaron, lo están haciendo en un lugar diverso. Exponen que esta situación no es un mero capricho o convención del titular y que la mejor demostración de ello, es la solicitud de traslado que actualmente se transmite ante la misma DGA y que ha sido la tardanza en resolverla la que finalmente hace que se cobre patente.

Pues bien, la DGA ante este argumento, ha señalado que no resulta lógico pretender que un titular so pretexto de tener una petición pendiente, pueda pretender que la administración lo exima de pago de patente en el punto original o que la determinación del pago de patente se le haga en el eventual nuevo punto, habida consideración de que se trata de una mera expectativa. Así se desprende del fallo:

“Sin embargo, la reiterada jurisprudencia administrativa y judicial ha señalado que una solicitud de traslado de derechos de aprovechamiento de aguas (y cualquier otra solicitud en trámite ante la Dirección General 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 de las aguas, toda vez 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 Dirección General de Aguas. Asimismo, no existe para el titular de una solicitud de traslado certeza alguna de que ésta sea resuelta favorablemente”⁵⁹.

⁵⁹ *Op. Cit.*, 14p.

A mayor abundamiento, se indica que:

“Por otra parte, la empresa ha adquirido un derecho de aprovechamiento de aguas que tiene entre sus características el ejercicio en un punto determinado autorizado por el Servicio, ejercicio que no se encontraba impedido por la solicitud de traslado, sino por la propia decisión del titular, de trasladar el ejercicio de su derecho, siendo absolutamente injustificable incorporar este hecho voluntario como una excepción del pago de patente por no uso”⁶⁰.

Por otro lado, esa situación no se condice con lo dispuesto en los artículos 8, 9 y 25 del Código de Aguas, ya que lo que el titular realmente tiene, es un derecho real de aprovechamiento de agua en un punto determinado. Así las cosas, la tramitación de un traslado o cualquier otra gestión no le impide su ejercicio, por ende, seguir una tesis distinta, significaría admitir que mientras se solicite un traslado se puede ejercer derecho en dos puntos a la vez.

Señala en este punto que:

“Por el contrario, lo que el recurrente verdaderamente pretende es crear una nueva causal de exención del pago de patente por no uso, es decir, cuando exista una solicitud de traslado pendiente, lo que excede las finalidades de la acción de inaplicabilidad, y cuyo único beneficiario serán los inescrupulosos especuladores que precisamente motivaron la dictación a la Ley 20.017, a quienes lejos de sancionar, se les beneficiaría en caso de prosperar el recurso de autos. Criterio compartido por SS. Excma. en el fallo de 13 de octubre de 2015, tantas veces citado”⁶¹.

Posteriormente indica que:

“Una regla básica en derecho, es que las cosas se adquieren en el estado en que se encuentran, pues bien, si la titular adquirió un derecho de aprovechamiento de aguas a

⁶⁰ *Op. Cit.*, 8p.

⁶¹ *Op. Cit.*, 10p.

sabiendas que no lo utilizaría en dicho lugar, bajo la vigencia de la Ley 20.017, de 2005, que estableció la institución de la patente por no uso, no resulta ni razonable ni serio pretender culpar a un Servicio Público por sus pocas acertadas decisiones”⁶².

Finalmente, resulta relevante señalar que las solicitudes ante la DGA no generan derechos positivos para quienes las solicitan, ya que perfectamente la DGA las puede denegar sea por aspectos formales o de fondo de acuerdo lo contemplado en los artículos 140 y siguiente del Código de Aguas⁶³.

c) Falta de tipificación de la causal dentro de las excepciones legales

La DGA señala que las excepciones establecidas por la Ley 20.017⁶⁴, expresadas en el artículo 129 bis N° 9, son de carácter estrictos y taxativos. De esta forma, no resiste mayor análisis la agregación de nuevas excepciones, habida consideración que las existentes son bastante concretas y no dejan mayor espacio a la interpretación de las partes. De esta forma las alegaciones señaladas por los requirentes no pudieren ser aplicable, aun cuando aparezca razonable su reclamación.

“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 dispuesta en la ley, toda

⁶² *Op. Cit.*, 11p.

⁶³ CHILE. Ministerio de Justicia. 1981. [en línea] DFL 1122: Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 10 de marzo de 2018]

⁶⁴ CHILE. Ministerio de Obras Públicas. 2005. [en línea] Ley 20.017: Modifica el Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 3 de marzo de 2018]

vez, que nos encontramos sujetos al principio de legalidad de la acción contemplado en el artículo 6° de la Constitución Política de la República⁶⁵.

d) Tardanza en la resolución de las peticiones

En relación a este punto, la DGA no desconoce la existencia de tardanza o retraso en muchas de las peticiones que se le presentan. Tampoco alude a razones ajena a su responsabilidad por el retraso, menos aún que exista alguna intención especial en hacerlo a propósito de la función de determinación del pago de patente.

Así las cosas, la DGA ha planteado que la existencia de peticiones relacionadas con el trámite de traslado de derechos de aguas no tienen ninguna relación con la determinación del pago o no de patente ya que los únicos elementos a tomar en cuentas son los dispuestos en los artículos 129 Bis y siguientes del Código de Aguas.

La existencia de trámites pendientes para solicitar el traslado de derechos de aprovechamiento de aguas, no puede constituir una nueva excepción, ya que se trata solo de una mera expectativa que por lo demás no nace sino hasta que una resolución así lo disponga.

Por otro lado, la DGA señala que la tardanza en una resolución de traslado, en ningún caso significa la suspensión del ejercicio de los derechos que se pretenden trasladar por tanto siendo perfectamente posible su ejercicio a la DGA, no le queda otra opción que regularlo y fiscalizarlo como cualquier otro titular.

⁶⁵ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2016. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Juan de Huinca Limitada respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N°3146 -16. Fecha de ingreso: 27 de julio de 2016. 8p. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

En este contexto conviene destacar lo señalado por la DGA, en cuanto:

“La Ley 19.880, que Establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado al señalar en su artículo 1° su carácter supletorio, se debe aplicar en la forma de computar los plazos establecidos en el Código de Aguas, conforme a lo dispuesto en el artículo 25 de la referida ley. Por otra parte, debemos hacer presente 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, por ejemplo, el tiempo adicional que se debe considerar contemplado en el artículo 142, relacionado con el remate de derechos de aprovechamiento de aguas, cuando se presentan dos o más solicitudes en un período de seis meses, no existiendo agua suficiente para satisfacerlas todas, por lo que en la práctica no resulta aplicable en la actualidad a ninguna solicitud presentada ante el Servicio. Asimismo, de seguir la tesis del actor, en cuanto a que el supuesto retardo en resolver la solicitud de traslado en que habría incurrido la D.G.A., retraso que lo inhabilitaría a ejercer su derecho de aprovechamiento de aguas y por lo mismo debiera ser considerado como una nueva excepción al pago de patente, nos encontraríamos ante una situación al menos curiosa ,ya que una solicitud de traslado pendiente de resolución por 3 meses y 29 días, no sería causal de exención del pago de patente, y por el contrario la misma solicitud al día siguiente, sí se constituiría como excepción al pago de la patente... curiosa interpretación del derecho”⁶⁶.

e) Afectación a Derechos Constitucionales

Si bien el reclamo a la afectación a determinados principios consagrados en nuestra Carta Fundamental, no ha sido la vía principal de reclamación, es sin duda

⁶⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2016. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Juan de Huinca Limitada respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N°3146 -16. Fecha de ingreso: 27 de julio de 2016. 12p. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

la más trascendente. Su relevancia no solo está dada por el tipo de derechos que se reclama, sino porque ha sido en este ámbito a propósito de un fallo del Tribunal Constitucional, por el cual se ha abierto la discusión actual, estableciendo no solo la inquietud sino que acogiéndose una petición, suspendiéndose así el pago de patente por hechos fuera de los establecidos expresamente en las causales.

Al respecto la DGA ha señalado que en ningún caso existe una afectación a un derecho resguardado por la Constitución, más aún, ha sido precisamente el apego al principio de legalidad lo que ha determinado que no obstante existir ciertas situaciones de hecho, ninguna de ellas puede alcanzar el rango tal, que deba subsumirse en las causales indicadas en el 129 bis N° 9 del Código de Aguas.

En este contexto conviene recordar lo señalado por la DGA en el Rol 3874:

“Hacemos presente que, tal como se señaló precedentemente, el recurso de marras carece de los elementos básicos para que pueda ser declarado admisible, toda vez, que a nuestro juicio, la petición concreta no dice relación con la infracción que estiman se está cometiendo, es decir, 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 y, por la otra, terminan señalando que la imposición de una patente por no uso a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas que cuentan con una solicitud de traslado pendiente ante la Dirección General de Aguas y para la cual han transcurrido los plazos establecidos en los artículos 130, 132, 133 y 134 del Código de Aguas, resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Política de la República, sin señalar siquiera cómo es que se produciría dicha infracción”⁶⁷.

⁶⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2017. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Explotadora Agrícola SpA respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y

“Como puede observar S.S. Excma., de la sola lectura del recurso se puede determinar 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 nos encontramos sujetos al principio de legalidad de la acción contemplado en el artículo 6° de la Constitución Política de la República”⁶⁸.

“De esta forma, y como lo hemos señalado anteriormente, el recurso carece de los elementos básicos para que pueda prosperar, toda vez, que a nuestro juicio, la petición concreta no dice relación con la infracción que estiman se está cometiendo, es decir, 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 de los artículos que genere la inconstitucionalidad de los mismos y, por la otra, terminan señalando que la imposición de una patente por no uso a los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, que cuentan con una solicitud de traslado pendiente ante la Dirección General de Aguas y para la cual han transcurrido los plazos establecidos en los artículos 130, 132, 133 y 134 del Código de Aguas, resulta contraria a lo dispuesto en el artículo 10 de la Constitución Política de la República”⁶⁹.

“Por el contrario, lo que el recurrente verdaderamente pretende es crear una nueva causal de exención del pago de patente por no uso, es decir, cuando exista una solicitud de traslado pendiente, lo que excede las finalidades de la acción de inaplicabilidad, y cuyo único beneficiario serán los inescrupulosos especuladores que precisamente motivaron la dictación a la Ley 20.017, a quienes lejos de sancionar, se les beneficiaría en caso de prosperar el recurso de autos. Criterio compartido por S.S. Excma. en el fallo de 13 de octubre de 2015, tantas veces citado.

129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N°3874 -17. Fecha de ingreso: 14 de septiembre de 2017. 3p. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

⁶⁸ *Op. Cit.*, 12p.

⁶⁹ *Op. Cit.*, 9p.

A modo ejemplar, si el incumplimiento del plazo establecido en el artículo 134 del Código de Aguas, revistiera el carácter de inconstitucionalidad, resultaría que la gran mayoría de los Tribunales de la República estarían en la misma situación, ya que por razones de sobre carga de trabajo no pueden dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 162 del Código de Procedimiento Civil⁷⁰.

En síntesis, la DGA más que entrar a discutir sobre la posición de los reclamantes, lo que intenta indicar es que no se desprende que, cómo de la acción la autoridad, perfectamente apegada al principio de legalidad, pudiere surgir finalmente una afectación a los derechos consagrados por la Constitución.

⁷⁰ *Op. Cit.*, 10p.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL EFECTUADO POR LOS DIVERSOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES

Para efectos de efectuar una correcta revisión, conviene hacer algunas presiones respecto de los tipos de recursos procesales que se han planteado con el objeto de dilucidar la controversia jurídica.

En este sentido los recursos han sido esencialmente:

- **Administrativos:** Recurso de reconsideración, presentado ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución según lo dispone el artículo 136 del Código de Aguas⁷¹.
- **Judiciales:** Recurso de Reclamación presentado ante la Ilustrísima Corte de Apelaciones respectiva según lo dispone el artículo 137 del Código de Aguas⁷². Recurso de Casación presentado ante la Excelentísima Corte Suprema con el objeto de reclamar de la resolución dictada por la Ilustrísima Corte de Apelaciones, en la medida que exista mérito de acuerdo a las causales expresamente establecidas en el artículo 764 y siguiente del Código de Procedimiento Civil.
- **Constitucionales:** Recurso de Inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado ante el Tribunal Constitucional, en virtud de la afectación de derechos constitucionales que pudieren afectar al caso concreto y solo con

⁷¹ CHILE. Ministerio de Justicia. 1981. [en línea] DFL 1122: Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 10 de marzo de 2018]

⁷² *Op. Cit.*

efectos en dicho acto reclamado, tal cual lo dispone el artículo 92 de la Constitución Política de la República⁷³.

Dentro de cada uno de estos recursos y con las debidas diferencias de la casuística, trataremos de agrupar los argumentos de los correspondientes órganos resolutivos. Para evitar una reiteración en los argumentos, aplicaremos la misma categorización efectuada en el capítulo anterior para los titulares eventualmente afectados y la DGA, ya que por ser estos los reclamantes, las consideraciones y pronunciamientos de los órganos resolutivos necesariamente han estado basadas en las peticiones.

1. Tribunales superiores de justicia.

Uso del derecho gravado con pago de patente en un punto distinto

Al revisar los pronunciamientos más importantes de los Tribunales Superiores de Justicia de nuestro país, es posible advertir bastante coincidencia en los argumentos entregados para resolver la discusión planteada sobre el presente punto en el capítulo anterior.

Los tribunales parten indicando que el hecho de que hayan obras de captación en un punto distinto al existente, no puede significar el uso de derechos en el punto donde se encuentren las obras.

⁷³ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto 100: Constitución Política de la República de Chile de 1980. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302#190>> [consulta: 15 de marzo de 2018]

La existencia o no de las construcciones señaladas en el artículo 129 bis N° 9 inciso final del Código de Aguas⁷⁴, deben estar asociadas al punto de captación otorgado y no al pretendido. Así se indica en la sentencia pronunciada por la Quinta Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago⁷⁵:

“Quinto. Que al respecto se anota que la resolución impugnada señala que: ‘el hecho que el recurrente cuente con una obra de captación construida, habilitada y funcionando en un punto distante a 320 del punto de captación de las aguas definido mediante resolución DGA N° 998 de fecha 23 de octubre de 1998, no implica que el derecho de aprovechamiento se ejerza, pues como se señala anteriormente, el acto constitutivo definió expresamente el punto preciso desde donde deben captarse las aguas, que por lo demás, fue lo solicitado por el propio recurrente en su solicitud de constitución de derecho de aprovechamiento y no se trata de una imposición de este Servicio’. En este sentido, el hecho que la DGA haya constituido un derecho de aprovechamiento en su momento, no garantiza que el mismo sea necesariamente utilizado de conformidad a las disposiciones legales que regulan su utilización y ejercicio, toda vez que conforme al artículo 129 bis 9 inciso final del Código, el alumbramiento de las aguas no consiste solamente en su extracción, sino que también en la conducción de las mismas y tales circunstancias pueden variar en el tiempo, cuestión que ya había sido resuelta por esta Corte en el mismo sentido, al rechazar un recurso de reclamación del recurrente por estos hechos, según se desprende de la sentencia acompañada a fojas 22. Así, el derecho de aprovechamiento motivo de la reclamación se encontraba en uso, pero las obras de captación se encontraban en un lugar por completo diferente a aquel que indica la resolución constitutiva del derecho, por lo que de conformidad a la normativa aplicable, no se está cumpliendo con las disposiciones respectivas, por lo que

⁷⁴ CHILE. Ministerio de Justicia. 1981. [en línea] DFL 1122: Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 10 de marzo de 2018]

⁷⁵ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2011. Sentencia pronunciada por la Quinta Sala. [en línea] Rol N° 1410-2010. Fecha: 4 de enero de 2011. <<http://iura.cl/jp/apelaciones/santiago/2010/1410.html>> [consulta: 5 de abril de 2018]

los mencionados derechos se encuentran afectos al pago de patente, sin que se pueda imputar a la DGA. actuaciones ilegales o arbitrarias por este concepto.

Sexto. Que ciertamente esta situación ha sido plenamente reconocida por el recurrente, por lo que, a juicio de estos sentenciadores, constituye fundamento suficiente para desechar la reclamación interpuesta. Efectivamente, no hay duda que los derechos de agua de propiedad del reclamante, si bien se encuentran siendo utilizados, las obras de captación indispensables para su uso a los que refiere expresamente la norma pertinente, no existen en los términos y en la ubicación que exigen dichas disposiciones legales. En consecuencia, resulta ajustado a derecho que el reclamante esté afecto al pago de patente por los derechos de agua que no capta en el lugar que corresponde legalmente.

Séptimo. Que en nada afecta a esta decisión la existencia de la solicitud de traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento en cuestión, puesto que a la fecha de utilización de las aguas que comprende el período gravado con ese tributo, este traslado no se encontraba autorizado -fue otorgada con posterioridad tal como se infiere del documento acompañado a fojas 43-, no pudiendo entonces constituir un derecho adquirido para esgrimir en su defensa, debiendo primar las circunstancias objetivas existentes a la fecha del período que trata la resolución impugnada. De este modo, la extracción de aguas se realizó con anterioridad a la dictación de la resolución que lo autorizó encontrándose inhabilitado de extraer las aguas desde el punto cuestionado, no pudiendo argüirse como exención al pago de patente el hecho de haberse solicitado el traslado del derecho de aprovechamiento de aguas, pues tal hipótesis no se encuentra contemplada, como ya se ha indicado, en las causales legales para eximirse de ese tributo"⁷⁶.

En concordancia al fallo anterior, la Excelentísima Corte Suprema, confirmando los argumentos recién indicados, señaló:

⁷⁶ *Op. Cit.*

“Octavo. Que los sentenciadores señalan que ‘en nada afecta a la decisión (de gravar con el pago de patente) la existencia de la solicitud de traslado del ejercicio del derecho de aprovechamiento en cuestión, puesto que a la fecha de utilización de las aguas que comprende el período gravado con ese tributo, este traslado no se encontraba autorizado’.

Noveno. Que al indicar el mismo fallo que la extracción de aguas realizada con anterioridad a la resolución que autorizó su traslado, estando el titular inhabilitado para ello, no puede esgrimirse como exención del pago de patentes, se encuentra ajustada a derecho, desde que dichas exenciones no contemplan la hipótesis planteada por el recurrente.

Décimo. Que como se observa, los sentenciadores resolvieron con adecuación a las normas sustantivas que le fueron expuestas, no existiendo vulneración de los artículos 129 bis 5 inciso primero y 129 bis 9 inciso primero del Código de Aguas, en cuanto la Dirección General de Aguas actuó dentro de la esfera de sus atribuciones con estricto apego a la legalidad vigente, de manera que la sentencia cuestionada y por la cual se rechaza la reclamación interpuesta por el recurrente, no ha quebrantado precepto alguno de los que este ha denunciado, ajustándose, por el contrario a las normas que rigen la materia”⁷⁷.

La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago en otro fallo exige en forma perentoria llevar a cabo las obras en el punto donde tiene constituido los derechos señalando que:

“Cuarto. Que el titular del derecho de aprovechamiento, reconoce en su recurso no haber ejecutado las obras necesarias para el uso de las aguas que fueran transferidas por su antiguo propietario, a la espera de la autorización por el señor Director de Aguas, del traslado del punto de captación. Sin embargo, dicha circunstancia no es causal de exención del pago de patente de acuerdo al artículo 129 bis 9 del Código de Aguas, de modo tal que el titular se

⁷⁷ CORTE SUPREMA. 2012. Sentencia pronunciada por la Primera Sala. [en línea] Rol N° 1973-2011. Fecha: 4 de octubre de 2012. < <http://iura.cl/jp/suprema/2011/1973.html>> [consulta: 5 de abril de 2018]

encuentra obligado a realizar las obras de captación del recurso, en el punto señalado originalmente por su antiguo dueño, las que no aparecen construidas.

Quinto. Que, en todo caso, conforme lo previene el artículo 163 del Código de Aguas, la solicitud de traslado importa necesariamente la disponibilidad de agua en puntos de captación diversos al originalmente concedido, y que no afecte derechos de terceros. Es así que de encontrarse hipotéticamente agotado el recurso o entregado con antelación a terceros, la pretensión del reclamante importaría la exención indefinida de la obligación que impone el artículo 129 bis 5 del Código de Aguas”⁷⁸.

Por otro lado resulta pertinente destacar lo reafirmado por la Excelentísima Corte Suprema en la causa Rol 890-2011, donde expresa;

“Décimo. Que la tesis que postula el recurrente, en cuanto entiende suspendida la obligación de pago de patente por el sólo hecho de estar pendiente de resolver una solicitud de traslado del punto de captación de las aguas, contradice el propósito legislativo enunciado en los motivos precedentes, desde que podría importar la exención indefinida de la obligación que impone el artículo 129 bis 5 del Código de Aguas, ya que -como advierte la sentencia impugnada-, la suerte de esa solicitud es incierta, en cuanto está condicionada a la disponibilidad de las aguas en puntos de captación distintos del original y a la no afectación de derechos de terceros, conforme lo dispone el artículo 163 del mismo cuerpo legal”⁷⁹.

En este caso, el sentenciador no solo considera aspectos legales propio de la tipificación establecida para las excepciones, sino que va a la historia fidedigna de la ley, donde si bien no hace una revisión de la misma, expone como argumento

⁷⁸ CORTE SUPREMA.2010. Sentencia pronunciada por la Tercera Sala. [en línea] Rol N° 1793-2010. Fecha: 5 de mayo de 2010. <<http://iura.cl/jp/suprema/2010/1793.html>> [consulta: 6 de abril de 2018]

⁷⁹ CORTE SUPREMA.2012. Sentencia pronunciada por la Primera Sala. [en línea] Rol N° 890-2011. Fecha: 16 de octubre de 2012. <<http://iura.cl/jp/suprema/2011/890.html>> [consulta: 5 de abril de 2018]

de fondo que en caso de ser acogida una tesis como la planteada por los recurrentes, lo que en definitiva se estaría afectando es el sentido genuino de la agregación de esta disposición referida a la especulación y sobre explotación.

Esta cita nos será muy relevante en el próximo capítulo, cuando planteamos nuestra posición jurídica, ya que la discusión sobre el verdadero sentido y alcance de la incorporación de esta institución, nos parece que es un elemento que nos permitirá adoptar una adecuada posición sobre la discusión en comento.

A. Falta de tipificación de la causal dentro de las excepciones legales

En relación a este punto, nos parece que los tribunales superiores de justicia han sido bastante unánimes en señalar que las causales establecidas en el artículo 129 bis N° 9, son exclusivas y excluyentes y por lo demás al ser tan específica, dejan poco margen a la interpretación que pudiere llegar a hacer la DGA.

Así se indica en el siguiente considerando:

“Segundo. Que además, el código contempla una serie de causales de exención para el pago de la patente por no uso de los derechos, ninguna de las cuales resulta aplicable al reclamante. En efecto, tal como lo sostiene la DGA, las causales de exención del pago de la referida patente están contempladas en los artículos 129 bis 4, 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del Código de Aguas, sin que conste que en la especie concurre alguna de ellas”⁸⁰.

⁸⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2011. Sentencia pronunciada por la Quinta Sala. [en línea] Rol N° 1410-2010. Fecha: 4 de enero de 2011. <<http://iura.cl/jp/apelaciones/santiago/2010/1410.html>> [consulta: 5 de abril de 2018]

De la misma forma, la Excelentísima Corte Suprema, ratificando lo indicado anteriormente señala que:

“Décimo. Que como se observa, los sentenciadores resolvieron con adecuación a las normas sustantivas que le fueron expuestas, no existiendo vulneración de los artículos 129 bis 5 inciso primero y 129 bis 9 inciso primero del Código de Aguas, en cuanto la Dirección General de Aguas actuó dentro de la esfera de sus atribuciones con estricto apego a la legalidad vigente, de manera que la sentencia cuestionada y por la cual se rechaza la reclamación interpuesta por el recurrente, no ha quebrantado precepto alguno de los que este ha denunciado, ajustándose, por el contrario a las normas que rigen la materia”⁸¹.

B. Tardanza en la resolución de las peticiones

Respecto de este punto, conviene destacar que los tribunales no han sido tan explícitos en pronunciarse. Una razón pudiere ser que al tener tanta claridad y anuencia sobre la falta de argumentos legales para subsumir algunos de sus casos en las excepciones establecidas para no pagar patente, han hecho innecesaria esta discusión.

Por otro lado y tal como veremos a propósito del fallo del Tribunal Constitucional Rol 3146-16, de fecha 4 de julio de 2017⁸², pudiere ser que existe

⁸¹ CORTE SUPREMA. 2012. Sentencia pronunciada por la Primera Sala. [en línea] Rol N° 1973-2011. Fecha: 4 de octubre de 2012. < <http://iura.cl/jp/suprema/2011/1973.html>> [consulta: 5 de abril de 2018]

⁸² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2017. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Juan de Huinca Limitada respecto de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas. en línea] Rol N° 3136-16. Fecha de ingreso: 4 de julio de 2017. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

acuerdo que este elemento es parte de un problema de origen constitucional más que legal y por ende la forma de abordarlo sería ante dicho organismo.

Sea cual sea la explicación, lo cierto es que no se advierten mayores consideraciones referidas a este punto salvo lo dispuesto por la Excelentísima Corte Suprema donde indica que:

“Décimo. Que la tesis que postula el recurrente, en cuanto entiende suspendida la obligación de pago de patente por el sólo hecho de estar pendiente de resolver una solicitud de traslado del punto de captación de las aguas, contradice el propósito legislativo enunciado en los motivos precedentes, desde que podría importar la exención indefinida de la obligación que impone el artículo 129 bis 5 del Código de Aguas, ya que -como advierte la sentencia impugnada-, la suerte de esa solicitud es incierta, en cuanto está condicionada a la disponibilidad de las aguas en puntos de captación distintos del original y a la no afectación de derechos de terceros, conforme lo dispone el artículo 163 del mismo cuerpo legal. Por último, sin desconocer la censurable tardanza en que ha incurrido la Dirección General de Aguas, lo cierto es que -según quedó antes establecido- el recurrente adquirió sus derechos de aprovechamiento de un anterior propietario que se encontraba también a la espera de la misma autorización de traslado del punto de captación original”⁸³.

Tal como lo analizaremos en el capítulo posterior, la referencia es solo para repudiar el actuar tardío de la DGA para ese caso concreto, pero no necesariamente resultaba relevante para el fondo del asunto, sin embargo tampoco es categórico en señalar que dicho argumento debe o no ser considerado como elemento a ponderar para eximir el pago de patente.

⁸³ CORTE SUPREMA.2012. Sentencia pronunciada por la Primera Sala. [en línea] Rol N° 890-2011. Fecha: 16 de octubre de 2012. <<http://iura.cl/jp/suprema/2011/890.html>> [consulta: 5 de abril de 2018]

C. Afectación a Derechos Constitucionales

En general los argumentos de afectación constitucional son explicitados en mejor forma a propósito de la presentación de recursos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ya que en los casos derivados de recursos ante órganos jurisdiccionales, lo cierto es que las reclamaciones apuntan a la legalidad o ilegalidad de las resoluciones de la DGA en méritos a las situaciones de facto y el criterio adoptado por la DGA en cada uno de ellos.

Sin perjuicio de ello, se debe considerar lo indicado por la Excelentísima Corte Suprema en la causa Rol N° 890-2011 cuando señala:

“Décimo Cuarto. Que como se observa del fallo en estudio, los sentenciadores resolvieron con adecuación a las normas sustantivas que le fueron expuestas, no existiendo vulneración de los artículos 129 bis 8 y 129 bis 9 inciso 1° del Código de Aguas, en cuanto la Dirección General de Aguas actuó dentro de la esfera de sus atribuciones con estricto apego a la legalidad vigente, de manera que la sentencia cuestionada y por la cual se rechaza la reclamación interpuesta por el recurrente, no ha quebrantado precepto alguno de los que éste ha denunciado, ajustándose, por el contrario a las normas que rigen la materia”⁸⁴.

Sabemos que el artículo 6° y 7° de la Constitución⁸⁵, señalan expresamente a forma y alcance que deben tener las funciones de cada uno de los órganos del Estado en el ejercicio de sus funciones.

⁸⁴ CORTE SUPREMA.2012. Sentencia pronunciada por la Primera Sala. [en línea] Rol N° 890-2011. Fecha: 16 de octubre de 2012. <<http://iura.cl/jp/suprema/2011/890.html>> [consulta: 5 de abril de 2018]

⁸⁵ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto 100: Constitución Política de la República de Chile de 1980. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302#190>> [consulta: 15 de marzo de 2018]

En ese sentido, la resolución anteriormente indicada implícitamente establece que la DGA ha actuado dentro del marco constitucional que le corresponde, haciendo uso de las facultades que la ley establece. Sin embargo en nuestra opinión, la forma como se expone el texto, además sugiere que el haber actuado de una forma distinta, es decir acogiendo lo señalado por los peticionarios, significaría definitivamente la afectación a los artículos constitucionales antes indicado y por tanto su acción se enmarca dentro de los límites de nuestra Carta Fundamental.

2. Tribunal Constitucional

Uno de los aspectos más relevantes de discusión del presente informe y en realidad la que hace relevante el análisis y estudio de la controversia jurídica presentada, está dado por la decisión del Tribunal Constitucional el pasado 4 de julio de 2017⁸⁶, quien acoge una solicitud de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del pago de patente por no uso de aguas.

A. Breve resumen de los hechos donde se enmarca la discusión

Tal como lo señala el fallo del Tribunal Constitucional en su parte expositiva, se establece por parte de la Sociedad Agrícola San Juan de Huinca Limitada un Recurso de Inaplicabilidad por Inconstitucional de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6

⁸⁶ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2017. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Juan de Huinca Limitada respecto de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas. en línea] Rol N° 3136-16. Fecha de ingreso: 4 de julio de 2017. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

y 129 bis 9 del Código de Aguas a fin de que surja efecto en el proceso sobre reclamación Rol N° 5420-2016, sustanciado por la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Santiago.

“Explica la actora que la gestión individualizada precedentemente, en lo regular, versa sobre la reclamación que, de conformidad al artículo 137 del Código de Aguas, dedujera contra la Dirección General de Aguas –en adelante, DGA—. Específicamente, se dirigió en contra de la resolución en virtud de la cual dicho organismo rechazó el recurso de reconsideración que interpusiera, en contra de la resolución N°4420 de 2015, por la cual, aprobó el listado de derecho de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patentes por no uso, entre los cuales se encuentra un derecho de aprovechamiento de la actora. Y la rechazada reconsideración se había deducido a efectos de que se excluyera el derecho de aprovechamiento de tal nómina. Lo anterior, por cuanto el no uso de sus derechos de aprovechamiento no fue producto de su voluntad, sino que fue causado por la misma DGA, en cuanto no ha resuelto su solicitud de traslado del punto de captación de las aguas –de 6 de julio de 2012— en más de 4 años –esto es, a la fecha de la presentación del requerimiento de inaplicabilidad de autos—. Pues bien, atendido el retardo de aquella entidad en resolver la solicitud, se ha visto impedida físicamente para hacer uso del agua y ante la imposibilidad legal de hacer uso del derecho de aprovechamiento de aguas”⁸⁷.

Pues bien, para efectuar el análisis de lo resuelto por el Tribunal Constitucional, nos remitiremos solamente a la “afectación a los derechos constitucionales” y que en definitiva es la materia exclusiva que se discute y revisa en este tipo de instancias, tratando de incluir los mismos aspectos considerados por los peticionarios, DGA en el capítulo anterior.

⁸⁷ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2017. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Juan de Huinca Limitada respecto de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas. en línea] Rol N° 3136-16. Fecha de ingreso: 4 de julio de 2017. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

B. Afectación a Derechos Constitucionales: Antecedente Preliminar

El Tribunal Constitucional luego de efectuar una breve y concisa exposición de los hechos y las peticiones de cada parte y antes de entregar un pronunciamiento, realiza varias aclaraciones que conviene destacar a propósito de las reflexiones del siguiente capítulo, ya que estimamos, tiene la intención de limitar el alcance de lo que se falla. Revisemos entonces en forma muy resumidas estas consideraciones:

- El Tribunal Constitucional parte señalando que no es función de esta sede, revisar la eventual responsabilidad de la DGA por la tardanza en la resolución de determinadas peticiones que pudieran haber influido en lo que se pretende determinar. (Considerando Sexto)
- Tampoco se busca establecer eventuales infracciones legales en la aplicación o criterios en la determinación del listado de titulares sujetos a pago de patente por no uso, lo cual resulta extremadamente relevante ya que una eventual acogimiento del fallo no importa per se la obligación de efectuar un cambio interpretativo en la forma cómo se determinan las causales de exención.
- Que no es parte de la determinación del Tribunal Constitucional, calidad proporcionalidad o no del impuesto aplicado, por ende sea cual fuere su fallo no puede desprenderse aquello.

Reiteramos que estas declaraciones previas son relevantes ya que cada parte habiéndose sentido beneficiada o afectada del presente fallo, pudiere tratar de

expandir los límites del contenido de la resolución para otros casos diversos, requiriendo a la autoridad a cambiar criterios para la determinación del pago y su consecuente cobro. En otras palabras, el Tribunal Constitucional se preocupa que dicho fallo no genere efectos colaterales no deseados.

C. Derechos consagrados en la Constitución y su eventual afectación

a) Afectación artículo 19 N° 20 inciso segundo

El Tribunal Constitucional en el considerando Décimo Sexto expone en forma adelantada lo que será en definitiva su argumento central para acoger dicho recurso señalando que:

“Décimo Sexto. Que es importante precisar que la inconstitucionalidad no se produce por la verificación de una manifiesta desproporción, sino por la injusticia (manifiesta) del efecto que ha de generar la aplicación de las normas impugnadas. En este sentido, la vulneración constitucional no dice relación con el importe del pago, sino que se produce porque la aplicación de los preceptos cuya inaplicabilidad de solicita significará que el requirente esté afecto al pago de un tributo, no habiendo”⁸⁸.

En virtud de lo anterior, lo que en realidad hace el Tribunal Constitucional, es procurar que no se mantenga el daño a derechos constitucionales por la correcta aplicación de una norma, ya que el resultado de su aplicación genera efectos injustos en quienes se ven sujetos al pago.

En el considerando Décimo Séptimo el Tribunal Constitucional, establece otra consideración relevante, cual es la nula posibilidad del titular de tomar una

⁸⁸ *Op. Cit*

medida distinta a la que sería pagar o como lo dice el Tribunal Constitucional por una causa “ajena a su esfera de control” ya que como señala más adelante en el mismo considerando, es una causa proveniente de la “inactividad de la autoridad y no de la decisión del contribuyente”, todo lo anterior en síntesis genera una manifestación injusta.

“En otras palabras, este es un caso en el 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. Incluso más, en ese 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 en el voto disidente de la STC Rol N°2693, constituye un tributo ‘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 7º)”⁸⁹

El Tribunal Constitucional no deja de destacar que uno de los aspectos más significativos del pago de patente por no uso de aguas es que la DGA no solo determina quien o quienes deben pagar, sino que debe resolver una serie de requerimientos de diversos titulares, algunos de los cuales, pueden incidir directamente en el pago de patente, por causas ajenas al solicitante.

⁸⁹ *Op. Cit.*

Nuestra sensación es que de lo preceptuado, hay un elemento adicional que no se puede desconocer del tenor literal del considerando y es que al sentenciador no le parece al menos deseable que una misma autoridad pueda darse el lujo de entregar con tardanza administración y que producto de ello sea ese mismo órgano quien castigue al solicitante con un tributo.

b) Afectación al principio de servicialidad: Artículo 1 inciso 4° Constitución Política

En primer lugar, conviene recordar que 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”⁹⁰.

A su turno el Tribunal Constitucional señala en su considerando Décimo Octavo que:

“La disposición constitucional recién citada no contiene, como ya lo ha dicho este tribunal, 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 resto de las normas constitucionales, así como a todo el ordenamiento positivo en su integridad (STC N° 53, 1185 y 2801, entre varias)”⁹¹.

⁹⁰ CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto 100: Constitución Política de la República de Chile de 1980. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302#190>> [consulta: 15 de marzo de 2018]

⁹¹ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2017. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Juan de Huinca Limitada respecto de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas. en línea] Rol N° 3136-16. Fecha de ingreso: 4 de julio de 2017. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

Además, prosigue en el Décimo Noveno:

“Que, de ahí, deriva 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, impostergerablemente, 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, incisos 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”⁹².

Lo relevante de lo expuesto por el Tribunal Constitucional en el considerando recién citado, es que reconoce la implícita obligación de los órganos del Estado de cumplir su rol “impostergerablemente”, concepto que alcanza una dimensión de temporalidad real, asociada no solo a llevarlo a cabo sino que a llevarla en tiempos adecuados.

No obstante lo anterior, agrega un elemento adicional, cual es la consecuente afectación o perjuicio real que ello le puede significar a un titular por una causa no imputable al afectado.

D. Inexistencia de perjuicio económico

En relación a este punto, el Tribunal Constitucional señala en el considerando Vigésimo Segundo lo siguiente:

⁹² *Op. Cit.*

“Que un tercer argumento plantea que no existiría agravio constitucional que reparar, ya que no habría perjuicio económico, el cual sería completamente resarcido, con posterioridad, por medio de la deducción de la cantidad de dinero pagada por concepto de patente del monto de los impuestos que la sociedad agrícola debe hacer frente (ver artículo 129 bis 20 del Código de Aguas).

Al respecto hay que hacer dos puntualizaciones que llevan a desestimar el argumento recién mencionado. Primero, no se requiere que exista un perjuicio económico, para que se verifique una vulneración al derecho constitucional a no verse gravado con un tributo manifiestamente injusto. Como ya se explicó, en este caso lo relevante no es resolver si el impuesto es confiscatorio o no. Aquí lo reprochable desde el punto de vista constitucional es que la sociedad agrícola requiriente tenga que pagar un tributo sin que deba hacerlo.

Segundo, e independiente de lo razonado precedentemente, no es efectivo que el pago de un impuesto no tenga un costo económico para quien ha de solventarlo. En efecto, la hipótesis de la ausencia de costo económico es inconsistente con la naturaleza del instrumento utilizado por la ley, el cual tiene como una importante función incentivar o desincentivar conductas. En este caso, la patente constituye un incentivo de carácter económico y un desincentivo a acumular derechos de aprovechamiento de aguas con una finalidad especulativa. Sostener la inexistencia de costo económico alguno por el pago de la patente por no uso de aguas implica desvirtuar la utilidad misma del instrumento tributario establecido por la ley⁹³.

El Tribunal Constitucional en resumen establece que por su naturaleza y fin, el impuesto sí genera un perjuicio económico no solo porque se debe efectuar un pago, sino porque el perjuicio emana del fin último buscado, es decir, que es un desincentivo a la especulación, cuestión que solo puede en la medida que para el afectado le genere un perjuicio pecuniario.

⁹³ *Op. Cit.*

E. Tardanza en las resoluciones

El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre este punto tanto en el considerando Décimo Noveno antes citado como también en el considerando Vigésimo Tercero señalando:

“De esta manera, el retardo o demora de la Administración en atender dichas funciones y atribuciones, concebidas para garantizar los derechos que 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”⁹⁴.

A su vez el considerando Vigésimo Tercero indica que:

“Un cuarto argumento, también equivocado a nuestro parecer, sostiene que la requiriente debió saber (y, en definitiva, asumir) que existía el riesgo de un comportamiento tardío de la autoridad que podría afectarle negativamente. En otras palabras, se arguye que la requiriente debe soportar las consecuencias negativas de lo que se puede denominar riesgo regulatorio. ¿Significa esto que la requiriente debe aceptar las consecuencias negativas de la vulneración de la Constitución? No. Aunque sea cierto que lo usual es que en forma previa a la realización de una transacción comercial se evalúe el grado de probabilidad de dilación por parte de la autoridad en el ejercicio de sus funciones, de aquello que no puede colegirse que ha de renunciarse a la protección constitucional de sus derechos. Un planteamiento de esa naturaleza constituiría la negación misma del acceso a la justicia constitucional”⁹⁵.

Nuevamente el Tribunal Constitucional señala que una tardía acción de los órganos del Estado y su consecuente afectación a los derechos consagrados en la

⁹⁴ *Op. Cit.*

⁹⁵ *Op. Cit.*

Constitución, no puede significar que dichos efectos sean soportados por los titulares.

CAPÍTULO V

POSICIÓN JURÍDICA EN RELACIÓN A LA CONTROVERSIA PLANTEADA

Luego de haber efectuado una revisión general de las instituciones que surgen de esta discusión, (pago de patente por no uso de aguas y traslados de derechos de aguas desde un punto a otro) como también de las posiciones jurídicas de los afectados y las resoluciones pronunciadas al respecto entregaremos, en base a argumentos jurídicos, una posición que colabore a adoptar la mejor posición que en derecho corresponde.

Pues bien partiremos de la premisa de que a nuestro entender sí existe la posibilidad de eximirse del pago de patente, cuando el titular de derechos de aprovechamiento de aguas tenga pendiente de resolución una solicitud de traslado donde respecto del punto original se haya determinado la afectación al pago de patente.

No obstante lo anterior, debemos inmediatamente señalar que para esta situación ocurra deben darse algunos presupuestos ya que solo dentro de ellos esta situación ocurre.

Para efectuar esta labor, hemos decidido dividir nuestras conclusiones en tres áreas:

1. Marco en el cual resultaría pertinente esta discusión

A. Marco general de discusión

Una primera cuestión que resulta necesario determinar para adoptar una posición jurídica es definir el alcance de las situaciones de hecho en la cual una postura pudiera servir como base o sustento.

Lo anterior surte importancia, si tomamos en cuenta que el presente informe en derecho tiene por objeto definir una posición en relación a determinadas resoluciones y el actuar de la autoridad, no así basado en un caso en particular.

No obstante lo anterior, el no fijar un marco claro, nos puede llevar al error de establecer posiciones que resulten impracticables.

Pues bien, en materia de aguas, son diversos los requerimientos que pueden surgir por parte de titulares de derecho, que deben ser resueltos por la DGA y que pueden generar efectos en la aplicación o no del pago de patente por no uso. Sin embargo esta discusión debe en primer lugar darse bajo el marco de la siguiente consideración:

“Solicitud de traslado de derechos de aguas desde un punto de captación a otro, generada por el titular de derecho de aprovechamiento de aguas”

Advertimos que cualquier situación de facto efectuada por quien no es titular del derecho no puede ser incorporada en el análisis y estaría fuera de cualquier discusión.

A partir de lo anterior, iniciaremos la reflexión con la siguiente ecuación preliminar como marco jurídico en el cual se pueda dar la discusión:

(Requerimiento titular traslado de derechos) + (Resolución pendiente DGA) = <i>Admisibilidad de revisión de eximición.</i>
--

No obstante lo anterior, de las consideraciones jurisprudenciales advertimos que no basta cualquier petición de un titular de derechos de aprovechamiento sino que tiene que ser válida.

Cuando señalamos que la resolución debe ser válida, nos referimos a que la petición sea correcta en su forma y fondo. Desde el punto de vista de forma, creemos que al menos ella debe cumplir con los requisitos establecidos por los artículos 140 y siguientes del Código de Aguas⁹⁶ en su presentación. Respecto del fondo, nos referimos a que dicho traslado tenga un en la práctica posibilidad real de efectuarse, para lo cual deberá revisarse en terreno la disponibilidad de aguas, la existencia de un punto distinto y las obras de alumbramientos mínimas para su extracción.

Así entonces, a la fórmula antes señalada debemos agregar un nuevo elemento:

<p><i>(Requerimiento válido del titular traslado de derecho) + (Resolución DGA pendiente) = Admisibilidad de revisión de eximición</i></p>
--

A su vez, desde el punto de vista de la DGA, podría plantearse diversas situaciones relacionadas con lo que hemos denominado “(Resolución DGA Pendiente)” ya que podría existir la duda si, por ejemplo, se trata de cualquier resolución o debe ser la que se pronuncia sobre la autorización o rechazo de un derecho que se constituye. De la misma manera, se pueden plantear que una consulta previa efectuada por un titular y que le permita a partir de ello tomar una decisión respecto a un traslado pudiere ser también un elemento excusable. Lo

⁹⁶ CHILE. Ministerio de Obras Públicas. 2005. [en línea] Ley 20.017: Modifica el Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 3 de marzo de 2018]

anterior no resulta algo exageradamente construido, si se entiende que la DGA no solo es quien otorga diversas autorizaciones, sino que es fuente de la información de eventuales titulares que les permitan, por ejemplo, trasladar derechos a un punto donde no existan otros titulares o zonas de restricción.

Así entonces, creemos que resulta necesario que la resolución DGA que se dicte, esté directamente relacionada con la petición de un cambio de punto de captación y no referida a requerimientos previos o indirectos que supongan una hipótesis distinta a la planteada en el presente informe.

Entonces a nuestra fórmula debería agregarse:

*(Requerimiento válido del titular de traslado de derecho) + (Resolución **directa** DGA pendiente) = **Admisibilidad de revisión de eximición.***

B. Tardanza en la resolución

Partiendo de la base que ya hemos señalado que no cualquier resolución procede, ciertamente que dicha resolución debe ir acompañada de un retraso o tardanza en su dictación. En este punto sin embargo, surgen algunas cuestiones necesarias de precisar.

a) Tardanza atribuible a la DGA

A lo largo del presente informe, hemos citados en varios pasajes los reproches que tanto los titulares, órganos jurisdiccionales y constitucionales han efectuado a la DGA por su retraso en la resolución de peticiones.

En este sentido, perfectamente se podría afirmar que toda esta controversia jurídica se hubiese evitado de haberse resuelto por parte de la DGA en los tiempos adecuados las peticiones planteadas por diversos titulares. Resulta útil recordar lo señalado por la Excelentísima Corte Suprema cuando indica que:

“Por último, sin desconocer la censurable tardanza en que ha incurrido la Dirección General de Aguas, lo cierto es que -según quedó antes establecido- el recurrente adquirió sus derechos de aprovechamiento de un anterior propietario que se encontraba también a la espera de la misma autorización de traslado del punto de captación original”⁹⁷.

Por su parte el Tribunal Constitucional en su considerando señala que:

“Décimo Séptimo: Que, como ya se ha explicado, debido a la tardanza en la actuación de la DGA, la agrícola 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”⁹⁸.

“Décimo Noveno. Que, de ahí, deriva 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, impostergablemente, sobre todo cuando son otorgadas con la finalidad de concretar derechos especialmente reconocidos por la Carta Fundamental, como el “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

⁹⁷ CORTE SUPREMA. 2012. Sentencia pronunciada por la Primera Sala. [en línea] Rol N° 890-2011. Fecha: 16 de octubre de 2012. <<http://iura.cl/jp/suprema/2011/890.html>> [consulta: 5 de abril de 2018]

⁹⁸ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2017. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Juan de Huinca Limitada respecto de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas. en línea] Rol N° 3136-16. Fecha de ingreso: 4 de julio de 2017. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

una situación de menoscabo o perjuicio para ellas, siempre que esa dilación no les sea imputable”⁹⁹.

Pues bien, como advertimos, no existe duda en que una tardanza en el actuar del Estado en esta materia sí genera efectos y hay acuerdo al parecer, a modo jurisdiccional, de que se trata de una situación susceptible de ser rechazada al menos en principio. Sin embargo, de la misma manera no creemos que sea correcto expandir el límite a determinadas circunstancias que no sean soporte de la DGA o que siéndolas, el retraso no sea de su responsabilidad.

En ese sentido y aunque parezca obvio, circunscribimos este retraso al caso en que efectivamente sea la autoridad quien tenga la responsabilidad de terminar con dicha situación y que su permanencia en el tiempo, sea por circunstancias que estén dentro de la esfera de su responsabilidad sin que exista excusa justificable para dicho atraso.

- Fuente de la tardanza

No obstante lo anterior, la tardanza en sí misma no parece suficiente, sino que tiene que ser una tardanza basada en una referencia, es decir medible en virtud de algo para llegar a determinar que efectivamente es reprochable.

En tal sentido, advertimos que la tardanza debe ser legal, vale decir, el mínimo denominador para que encaje en nuestra ecuación es que no esté dentro de los tiempos válidamente esperados de acuerdo a lo que dispone la ley.

⁹⁹ *Op. Cit.*

Ciertamente que no para este caso, pero sí para otras situaciones, será un desafío mayor cuando la normatividad no entregue un parámetro, cuestión que creemos tendrá que buscar su solución en los principios de celeridad y buen servicio, cuestión a probar en el caso concreto.

- Efecto de la tardanza

Podríamos partir de la premisa que, como en el caso materia del presente informe siempre por defecto, la tardanza generará un efecto perjudicial para el solicitante de un traslado si dicha petición no se resuelve en el tiempo adecuado.

Sin embargo esta cuestión tan lógica pudiere abrir una ventana a situaciones donde se dan todos los elementos antes señalados, pero que sin embargo el efecto jurídico provocado no sea el pago de patente, sino que, por ejemplo, un evento de la naturaleza que destruya las obras en el punto original previsto por el solicitante, motivo por el cual se llevó a cabo la petición y donde el titular finalmente reclame de dicha tardanza y que además por ese hecho conlleve en un futuro posterior el pago de patente por el no uso de las aguas.

En resumen, de lo expuesto en este punto, creemos que la correcta fórmula que determina el marco en el cual es posible que se dé eximición sería:

<p><i>(Requerimiento válido del titular de traslado de derecho) + (Resolución directa DGA pendiente) + (Tardanza ilegal)= (Admisibilidad de revisión de eximición)</i></p>

2. Consideraciones y criterios jurisdiccionales comunes

Como primer elemento creemos indispensable recordar que los primeros capítulos del presente informe tenían por objeto poner en contexto la discusión y darle contenido doctrinal. De ello concluimos que los elementos esenciales no se contradicen. En tal sentido, creemos mucho más relevante, sobre todo bajo la base de un informe jurídico, advertir qué elementos han sido comunes a las diversas interpretaciones de tal manera de darlos como sentado, ante una posición en un futuro caso.

A continuación vamos a presentar los principales elementos en donde existe convergencia en el criterio a utilizar:

- Existe consenso y una lectura común del sentido que el legislado tuvo para instituir el pago de patente por no uso de aguas.
- No se desconoce que la naturaleza jurídica de la patente es un impuesto.
- Las causales del artículo están investidas de total legalidad y su interpretación es de carácter estricto.
- No existe reproche respecto de la dualidad de funciones de la DGA como el ente encargado de determinar quiénes son afectos al pago de patente y a su vez como órgano encargado de dictar resoluciones que pudieren influir en el hecho de estar o no dentro de la respectiva lista.
- Se reconoce que la tardanza de la administración en resolver un requerimiento resulta un elemento perjudicial para el titular del derecho.

3. Conclusiones para la procedencia de eximición

En primer lugar, pareciera necesario señalar que cualquier conclusión debe tomar en cuenta los dos aspectos anteriores. Es decir, una correcta ecuación para tomar en consideración la admisibilidad y por otro lado los aspectos comunes resueltos por órganos jurisdiccionales y constitucionales, que sin duda pudiendo o no estar de acuerdo, son los que permitirán tomar una defensa adecuada, habida consideración que en los casos que ha existido controversia jurídica se han dado resultados distintos de acuerdo a si ellos son adoptados por los tribunales superiores o por el Tribunal Constitucional.

Pues bien creemos que, en principio, todos los antecedentes expuestos permiten asegurar que bajo la premisa señalada en nuestro informe, sí existe la posibilidad de eximirse en la medida que se cumpla la fórmula propuesta y se adopten los elementos comunes.

El segundo elemento es considerar en forma correcta la petición reclamada ya que de lo expuesto no resulta lo mismo si se reclama la ilegalidad de los actos de la autoridad basado en la aplicación de las disposiciones establecidas en el Código de Aguas, a que dicha reclamación derive de los efectos que en sus derechos constitucionales dicha aplicación signifique.

En ese sentido creemos que los argumentos entregados por los Tribunales Ordinarios de Justicia no son contradictorios con los dispuestos en sede constitucional. Las consideraciones y reconocimientos a las modificaciones

efectuadas por la ley 20.017¹⁰⁰ demuestran que no existe discusión respecto de la legalidad de las mismas.

Tampoco se observa mayor diferencia en cuanto al reconocimiento expreso de que la DGA tiene total atribuciones para la determinación de cobro de patente, incluso más; en todos los casos no existe duda de que el criterio utilizado para determinarlo está correcto en cuanto a que el punto original en donde se debe exigir las obras en el caso de un traslado es aquel establecido y determinado mediante acto administrativo.

Otra cosa fundamental es que, paradójicamente, las peticiones de los actores en cuanto a que sería más que una mera expectativa la tramitación de una solicitud de aprovechamiento tampoco es admitida, es decir, hasta este momento, podríamos establecer que sea cual fuere la sede, todos los órganos jurisdiccionales están contestes en que lo lógico sería rechazar la posibilidad de eximirse del pago.

A mayor abundamiento, incluso la tardanza por sí sola no podría generar la eximición, ya que aquella ilegalidad podrá ser sujeta de sanción administrativa pero su sola ejecución no es reconocida por nadie como justificación.

Dicho todo lo anterior, no debemos olvidar que el artículo 129 bis N° 4 y siguiente¹⁰¹ resulta como consecuencia de la necesidad de regularizar una situación de hecho que estaba ocurriendo que era el incentivo de la especulación. A su turno,

¹⁰⁰ CHILE. Ministerio de Obras Públicas. 2005. [en línea] Ley 20.017: Modifica el Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 3 de marzo de 2018]

¹⁰¹ *Op. Cit.*

ello lleva consigo que el sentido de este tributo no busca ser fuente de recaudo sino más bien desincentivar por vía impositiva una actividad.

Si quisiéramos hacer una analogía con el impuesto al cigarrillo, en tal caso lo que busca el legislador es evitar que la gente consuma un determinado producto, porque en sí mismo su uso genera otros efectos perjudiciales para el Estado independiente de su justificación para hacerlo.

En el caso del pago de patente por no uso de las aguas, su sentido es totalmente diverso ya que recompensa a los que usan el producto en forma correcta y sanciona a aquellos que lo utilizan en forma inadecuada. Siguiendo este argumento, debemos comprender que cuando un titular solicita un traslado de derechos de aprovechamiento y si ello lo hace en su totalidad, lo que finalmente está haciendo es solicitando al Estado mantener su correcta conducta pero en un punto distinto.

Así, el hecho de que la patente sea un tributo no solo resulta importante para elementos de recaudación sino que obliga al que determine el cobro a efectuar todas las consideraciones de derecho necesarias porque, antes que someterlo el Código de Aguas y sus reglas, es en primer lugar un tributo.

Creemos que este elemento no ha sido puesto suficientemente en consideración por los tribunales ordinarios de justicia puesto que la discusión no se ha enfocado en este punto, pero creemos que de hacerlo, claramente existe una ilegalidad en el cobro cuando se cumplen los requisitos antes señalado. Insistimos, antes que todo la patente es un tributo y antes que todo su sentido fue regulatorio; tal cual sucede en el caso de los traslado de derechos desde un punto de captación a otro.

Ahora bien, lo señalado en este párrafo está circunscrito expresamente a que se solicite el traslado del total de los derechos de un punto a otro, o en su defecto que lo que se reclame sea solo por el parcial que se decidió trasladar.

Coincidimos en todo caso, que esta situación no genera en sí el reconocimiento de un nuevo punto ya que sigue siendo una mera expectativa, porque entre otras cosas la DGA perfectamente puede rechazarlo. El trámite en ningún caso significa el otorgamiento, existe un sin número de elementos de revisión que pueden hacer fracasar dicha solicitud, por ende descartamos que ese argumento por si solo pudiera significar una eximición.

Finalmente coincidimos que una segunda derivada y llave para solicitar la eximición del pago se encuentra por su afectación de inconstitucionalidad.

El Tribunal Constitucional abre una segunda ventana ya no relacionado con la legalidad o del tributo en relación a su aplicación basado en los presupuestos de ecuación ya comentados. Lo que hace en este caso el tribunal es basar su rechazo en los efectos que uno de los elementos de la ecuación:

<p><i>(Requerimiento válido del titular de traslado de derecho) + (Resolución directa DGA pendiente) + (Tardanza ilegal) = (Admisibilidad de revisión de eximición)</i></p>
--

Lo que hace entonces vía constitucional es agregar un elemento a la ecuación, que quedaría de la siguiente forma:

(Requerimiento válido del titular de traslado de derecho) + (Resolución directa DGA pendiente) + (Tardanza ilegal) + (Afectación de derechos constitucionales) = Inaplicabilidad por Inconstitucionalidad.

En resumen, creemos que existe la posibilidad de eximirse del pago en relación a la premisa del presente informe, las cuales dependerán de la sede en que se presente la solicitud. Creemos que hasta el momento y en relación a los casos considerados, una forma sería mediante la ilegalidad de la resolución producto de no considerar en la determinación del tributo los elementos que lo hacen propio, incluso antes de su aplicación en materia de aguas, y en el caso de sede constitucional coincidimos con la postura planteada por la Tribunal Constitucional para lo cual necesariamente el recurso requerirá acreditar que el efecto del cobro es un pago improcedente producto de la afectación de un derecho constitucional consagrado.

BIBLIOGRAFÍA

1. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. 2005. [en línea] Historia de la Ley N°20.017. Santiago.
<<https://www.bcn.cl/historiadela Ley/nc/historia-de-la-ley/5838/>> [consulta: 08 de marzo de 2018]
2. CEA E., J. 1998. Los Principios de Reserva Legal y Complementaria en la Constitución Chilena. Revista de Derecho [en línea] IX
<<http://revistas.uach.cl/index.php/revider/article/view/3017>> [consulta: 19 de marzo de 2018]
3. CERPA C., N. 2012. Los principios constitucionales del derecho tributario. [en línea] Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Derecho.
<<https://es.scribd.com/document/350974869/de-cerpa-n>> [consulta: 13 de marzo de 2018]
4. CHILE. Ministerio del Interior. 1986. [en línea] Ley 18.575: Ley Orgánica Constitucional de bases generales de la Administración del Estado.
<<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29967>> [consulta: 25 de abril 2018]

5. CHILE. Ministerio de Justicia. 1981. [en línea] DFL 1122: Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 10 de marzo de 2018]

6. CHILE. Ministerio de Obras Públicas. 2005. [en línea] Ley 20.017: Modifica el Código de Aguas. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=5605>> [consulta: 3 de marzo de 2018]

7. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2005. Decreto 100: Constitución Política de la República de Chile de 1980. [en línea] <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302#190>> [consulta: 15 de marzo de 2018]

8. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 1994. [en línea] Ley 19.300: Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente. <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=30667>> [consulta: 28 de marzo 2018]

9. CHILE. Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 2003. [en línea] Ley 19.880: Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

<<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676#tramitaci%C3%B3n0>>
[consulta: 25 de marzo de 2018]

10. CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO. 2011. Sentencia pronunciada por la Quinta Sala. [en línea] Rol N° 1410-2010. Fecha: 4 de enero de 2011. <<http://iura.cl/jp/apelaciones/santiago/2010/1410.html>> [consulta: 5 de abril de 2018]

11. CORTE SUPREMA. 2010. Sentencia pronunciada por la Tercera Sala. [en línea] Rol N° 1793-2010. Fecha: 5 de mayo de 2010.
<<http://iura.cl/jp/suprema/2010/1793.html>> [consulta: 6 de abril de 2018]

12. CORTE SUPREMA. 2012. Sentencia pronunciada por la Primera Sala. [en línea] Rol N° 1973-2011. Fecha: 4 de octubre de 2012.
<<http://iura.cl/jp/suprema/2011/1973.html>> [consulta: 5 de abril de 2018]

13. CORTE SUPREMA. 2012. Sentencia pronunciada por la Primera Sala. [en línea] Rol N° 890-2011. Fecha: 16 de octubre de 2012.
<<http://iura.cl/jp/suprema/2011/890.html>> [consulta: 5 de abril de 2018]

14. FIGUEROA V., J. 1985. Las garantías constitucionales del contribuyente en la constitución política de 1980. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

15. PATAGUA CONSULTORES LTDA. 2012. Listados de derechos de aguas afectos a pago de patente, actualización y seguimiento, verificación de uso en zonas extremas, proceso de pago 2013. [en línea] Elaborado para la Unidad de Fiscalización de la Dirección General de Aguas.
16. RIBERA N., T. 2000. La potestad tributaria del Estado. Revista de Derecho Público [en línea] 62
<<https://revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43193>> [consulta: 20 de marzo de 2018]
17. RIVERA B., D. y VERGARA B., 2015. Patente por no uso de aguas. Aplicación práctica y conflictos interpretativos. [en línea] Informe Académico para el proyecto Colecciones Jurídicas de la Corte Suprema.
<<http://derechoygestionaguas.uc.cl/images/PDF/Patente-por-no-uso-de-aguas.pdf>> [consulta: 12 de marzo de 2018]
18. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2014. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Isidro Limitada respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas. [en línea] Rol N° 2693-14. Fecha de ingreso: 28 de julio de 2014.

<<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

19. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2017. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Agrícola San Juan de Huinca Limitada respecto de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas. [en línea] Rol N° 3136-16. Fecha de ingreso: 4 de julio de 2017. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

20. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL. 2017. Requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad presentado por Sociedad Explotadora Agrícola SpA respecto los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9, del Código de Aguas [en línea] Rol N°3874 -17. Fecha de ingreso: 14 de septiembre de 2017. <<https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>> [consulta: 2 de abril de 2018]

21. VALENZUELA J., C. 2011. Efectos de la aplicación de la patente por no-utilización de los derechos de aprovechamiento de aguas. [en línea] Memoria para optar al título de Ingeniero en Recursos Naturales Renovables. Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias

Agronómicas. <<http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/112365>> [consulta: 13 de marzo de 2018]

22. VALPUESTA A, R. Y PÉREZ A, P. 2013. Repertorio de Jurisprudencia Administrativa de la Ley N° 19.880. Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los actos de los Órganos de la Administración del Estado. [en línea] Memoria para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas. Santiago, Universidad de Chile. Facultad de Derecho. <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/116224/de36-Valpuesta_Raul.pdf?sequence=1> [consulta: 17 de marzo de 2018]

23. ZAVALA O., J. 1998. Manual de Derecho Tributario. Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur.