



2021

REPÚBLICA DE CHILE
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia

Rol 10.515-2021

[18 de noviembre de 2021]

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

ENTRETENCIONES ACUÁTICAS LIMITADA

EN EL PROCESO SOBRE RECURSO DE RECLAMACIÓN, SEGUIDO ANTE LA
CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, ROL N° 613-2020 (CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO)

VISTOS:

Que, con fecha 18 de marzo de 2021, Entretenciones Acuáticas Limitada, representada convencionalmente por Rafael de Valle Vergara, ha presentado un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6, y 129 bis 9 del Código de Aguas, en el proceso sobre recurso de reclamación, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago, Rol N° 613-2020 (Contencioso Administrativo);

Preceptos legales cuya aplicación se impugna:

El texto de los preceptos impugnados dispone:

Código de Aguas

Artículo 129 bis 5.- Los derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente, respecto de los cuales su titular no haya construido las obras señaladas en el inciso primero del



artículo 129 bis 9, estarán afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales medios, al pago de una patente anual a beneficio fiscal.

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

a) En los primeros cinco años, los derechos de ejercicio permanente, cuyas aguas pertenezcan a cuencas hidrográficas situadas en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, pagarán una patente anual cuyo monto será equivalente a 1,6 unidades tributarias mensuales, por cada litro por segundo.

Respecto de los derechos de aprovechamiento cuyas aguas pertenezcan a cuencas hidrográficas situadas en las Regiones Sexta a Novena, ambas inclusive, la patente será equivalente a 0,2 unidades tributarias mensuales, por cada litro por segundo, y para las situadas en las Regiones Décima, Undécima y Duodécima, ascenderá a 0,1 unidad tributaria mensual por cada litro por segundo.

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

c) Desde el año undécimo en adelante, se multiplicará por el factor 4.

Para los efectos de la contabilización de los plazos de no utilización de las aguas, éstos comenzarán a regir a contar del 1 de enero del año siguiente al de la fecha de publicación de esta ley. En el caso de derechos de aprovechamiento que se constituyan o reconozcan con posterioridad a tal fecha, los plazos se computarán desde la fecha de su constitución o reconocimiento.

Estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento cuyos volúmenes medios por unidad de tiempo, expresados en el acto de constitución original, sean inferiores a 10 litros por segundo, en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, y a 50 litros por segundo en el resto de las Regiones.

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

Estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento no consuntivos de ejercicio eventual cuyos volúmenes medios por unidad de tiempo, expresados en el acto de constitución original, sean inferiores a 300 litros por segundo, en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, y a 1.500 litros por segundo en el resto de las Regiones.

También estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio eventual cuyos volúmenes medios por unidad de tiempo, expresados en el acto de constitución original, sean inferiores a 30 litros por segundo, en las Regiones Primera a Metropolitana, ambas inclusive, y a 150 litros por segundo en el resto de las Regiones.

Finalmente, estarán exentos del pago de patente aquellos derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual, cualquiera sea su caudal, que sean de propiedad fiscal.

Artículo 129 bis 9.- *Para los efectos del artículo anterior, el Director General de Aguas no podrá considerar como sujetos al pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6, aquellos derechos de aprovechamiento para los cuales existan obras de captación de las aguas. En el caso de los derechos de aprovechamiento no consuntivos, deberán existir también las obras necesarias para su restitución.*

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



Asimismo, el Director General de Aguas no podrá considerar como sujetos al pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6, aquellos derechos de aprovechamiento permanentes que, por decisión de la organización de usuarios correspondiente, hubieran estado sujetos a turno o reparto proporcional.

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

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

La declaración efectuada de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, deberá ser comunicada a la Dirección General de Aguas para la determinación que ésta debe efectuar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 129 bis 8.

El Director de Aguas no podrá considerar como sujetos al pago de la patente a que se refieren los artículos 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6, aquellos derechos de aprovechamiento que posean las empresas de servicios públicos 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, circunstancias que deberá certificar la Superintendencia de Servicios Sanitarios.

Para los efectos de este artículo, se entenderá por obras de captación de aguas superficiales, aquellas que permitan incorporarlas a los canales y a otras obras de conducción, aun cuando tales obras sean de carácter temporal y se renueven periódicamente. Tratándose de aguas subterráneas, se entenderá por obras de captación aquéllas que permitan su alumbramiento.

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

A fojas 1, la requirente, Entretencciones Acuáticas Limitada, sociedad del rubro agrícola solicita la declaración de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del Código de Aguas, señalando que es titular de dos derechos de aprovechamiento de uso consuntivo y ejercicio permanente y continuo sobre aguas superficiales y corrientes del río Maipo.

Agrega que ambos derechos se encuentran inscritos en el Conservador de Bienes Raíces de Melipilla, y se captan en la bocatoma del canal Culiprán, en la comuna y provincia de Melipilla.



Refiere que en marzo del año 2010 solicitó el traslado de los derechos de aprovechamiento de aguas a la comuna de San Antonio, que en esa época constituían un solo derecho de propiedad de Forestal El Patagual de Cabimbao Limitada (dando origen al expediente VT-0506-145), e indica que a la fecha de presentación del requerimiento, esta solicitud no ha sido resuelta por la Dirección General de Aguas de la Región de Valparaíso.

Añade que con posterioridad a su ingreso a trámite a la Dirección General de Aguas, el referido derecho de aprovechamiento de aguas fue dividido y transferido. Así, indica que se transfirió un caudal de 100 litros por segundo a Agrícola Forestal y Ganadera Santa Inés de Cuncumén Limitada, para luego transferirlo a su actual propietaria, Entretenções Acuáticas Limitada, y los restantes 80 litros por segundo fueron transferidos a Felipe Rodríguez Labbé, para luego ser transferidos también a Entretenções Acuáticas Limitada.

Refiere que la empresa no cuenta con obras de captación, debido a que no ha sido resuelta la solicitud de traslado de los derechos de aprovechamiento, por lo que no puede hacer uso válidamente de ellos en el mercado.

Como gestión pendiente, invoca un recurso de reclamación en contra de la Resolución N° 718 de la Dirección General de Aguas, que rechazó el recurso de reconsideración deducido en contra de la Resolución Exenta N° 2820, dictada por el mismo organismo en diciembre de 2019.

La requirente acompaña la referida Resolución Exenta, la cual fija el listado de derechos de aprovechamiento afectos al pago de patente a beneficio fiscal, por no utilización de las aguas, correspondiente al proceso 2020, se aplicó en los numerales 4184 y 8943, ambos a su nombre, patentes por el no uso de 100 litros por segundo, 80 litros por segundo, por el valor de 640 512 UTM respectivamente.

Como conflicto constitucional, la requirente alega que las normas cuestionadas vulneran en primer lugar la garantía establecida en el artículo 19 N° 20, inciso segundo de la Carta Política.

Señala que si bien el pago de patente por no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas no es un tributo manifiestamente desproporcionado o injusto en sí mismo, el resultado de su aplicación, cuando el tributo nace como consecuencia de un incumplimiento por parte de un órgano del Estado, hace que éste resulte esencialmente injusto, ya que no se basa en una situación causada por el administrado, sino consecuencia de la propia Administración. Proviene, indica, de la falta de servicio e ilegalidad en el actuado de los órganos del Estado.

Luego, reclama que los preceptos impugnados transgreden el derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita, contenida en el artículo 19 N° 21 constitucional.



Señala que el Estado, con su falta de servicio e incumplimiento de la ley, le está poniendo un obstáculo ilegítimo para que desarrolle su actividad económica, al mantenerlo en una situación de incertidumbre, más allá del plazo legal para pronunciarse, y en este sentido, se le está obligando a desviar recursos económicos para destinarlos a pagar una patente, en vez de destinarlos a mejorar otros proyectos.

Seguidamente, argumenta que las disposiciones en examen vulneran su derecho de propiedad, garantizado en el artículo 19 N° 24 de la Carta Fundamental. Señala que el Estado por una parte no presta el servicio que deben y por otra, obtiene beneficios económicos como consecuencia de su falta de servicio. Agrega que por mucho que pueda recuperar parte de lo pagado vía impuestos, una vez que esté en condiciones de usar el agua, a lo más va a lograr recuperar el capital reajustado, perdiendo los legítimos intereses por ese dinero inmovilizado, o bien va a tener que endeudarse para poder pagar, con el consiguiente cobro de intereses, reajustes y otros cargos inherentes a un crédito.

Finalmente, refiere que se transgrede el artículo 19 N° 26 constitucional, en cuanto se afectan las garantías reclamadas en su esencia.

Tramitación

El requerimiento fue acogido a trámite por la Primera Sala, con fecha 26 de marzo de 2021, a fojas 270, disponiéndose la suspensión del procedimiento. Fue declarado admisible por resolución de la misma sala el día 16 de abril de 2021, a fojas 354.

Conferidos los traslados a todas las partes de la gestión pendientes, y a los órganos constitucionales interesados, a fojas 362, formula observaciones la Dirección General de Aguas, solicitando el rechazo del requerimiento.

La requerida señala que el tema planteado ha sido resuelto por esta Magistratura en la causa Rol N° 2693, en un caso similar a este. Refiere que en sentencia, el Tribunal Constitucional rechazó el requerimiento de inaplicabilidad sosteniendo, entre otras cosas, que no está dentro de sus tareas resolver el conflicto de fondo, creando un derecho puramente legal como la exención de pago de una patente, que la tardanza de la Dirección General de Aguas no ha puesto en duda la titularidad sobre el derecho, ni ha entorpecido su aprovechamiento, y que el perjuicio económico que eventualmente sufrirá la requirente será completamente resarcido.

Luego, refiere que la institución de la patente por no uso fue incorporada al Código de Aguas por la Ley N° 20.017, y tuvo por objetivo solucionar la grave situación de acaparamiento de derechos de aprovechamiento de aguas que existía en el país, con fines especulativos, lo que se agrava teniendo en consideración la escasez de agua.



Sobre las infracciones constitucionales reclamadas, sostiene que las excepciones al pago de la patente por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas son de derecho estricto y por tanto deben aplicarse de manera restrictiva, y por ello es improcedente que el Servicio genere una excepción no dispuesta en la ley, atendido el principio de legalidad que lo rige.

Agrega que la empresa adquirió derechos de aprovechamiento de aguas que estaban autorizados por el Servicio en un punto determinado, y el uso de esos derechos no se encontraba impedido por la solicitud de traslado, sino por la propia decisión del titular, de trasladar el ejercicio de su derecho a otro lado. Señala que es injustificable incorporar este hecho voluntario y dependiente exclusivamente de su voluntad como una excepción del pago de patente por no uso, ya que la solicitud de traslado es una mera expectativa que no genera derechos para el solicitante.

Luego, señala que la requirente sustenta su presentación en la falta de servicio de la Dirección General de Aguas, sin existir una sentencia que declare tal circunstancia, el daño sufrido, y la relación de causalidad entre ambos.

Concluye señalando que los preceptos cuestionados cumplen con el test o juicio de proporcionalidad, y por ende no se producen los resultados contrarios a la Constitución que se denuncian.

Vista de la causa y acuerdo

En Sesión de Pleno de 28 de septiembre de 2021 se verificó la vista de la causa, oyéndose la relación pública, y los alegatos de Rafael del Valle Vergara, por la parte requirente, y de Christian Gatica Escobar por la Dirección General de Aguas, y se pospuso el acuerdo.

Se adoptó acuerdo en sesión de Pleno de 5 de octubre, conforme fue certificado por la relatora de la causa.

Y CONSIDERANDO:

1) EL REQUERIMIENTO, LOS PRECEPTOS LEGALES IMPUGNADOS Y LA GESTIÓN JUDICIAL PENDIENTE.

PRIMERO. Como se ha señalado en la parte expositiva de esta sentencia, el requerimiento de inaplicabilidad ha sido presentado por **Entretenciones Acuáticas Limitada** respecto de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del Código de Aguas. Dichos preceptos legales, contenidos en el Título XI del mencionado Código, regulan el establecimiento y pago de una patente por la no utilización de aguas.



SEGUNDO. La gestión pendiente en que incide la acción de inaplicabilidad es un recurso de reclamación, en actual tramitación, ante la Corte de Apelaciones de Santiago, bajo el Rol N° 613-2020.

TERCERO. La sociedad requirente de inaplicabilidad es titular de dos derechos de aprovechamiento de uso consecutivo y ejercicio permanente y continuo sobre aguas superficiales y corrientes del río Maipo. En marzo de 2010 la requirente solicitó, ante la Dirección General de Aguas, el traslado de los derechos de aprovechamiento de aguas, los cuales a dicha fecha constituían un solo derecho. La solicitud de traslado no tuvo respuesta. En el intertanto, la Dirección General de Aguas dictó una resolución, pero una de distinta naturaleza: la inclusión de la requirente en la nómina de los obligados al pago de la patente por no uso.

CUARTO. Lo concreto e indiscutible es que, independiente de la justificación que pueda o no existir para la tardanza del órgano administrativo en la dictación de las autorizaciones respectivas, la sociedad requirente deberá pagar una patente que grava a quienes no hacen uso de las aguas. Y esto ocurrió no porque esa sea su voluntad o porque hayan actuado de una manera negligente o reprochable, sino por una circunstancia ajena a su esfera de control. Si la Dirección General de Aguas no se hubiese demorado en resolver la solicitud, la sociedad requirente no estaría obligada a pagar la patente.

II) IDENTIFICACIÓN DEL CONFLICTO DE CONSTITUCIONALIDAD.

QUINTO. **LO QUE NO SE DISCUTE.** En esta sede no corresponde resolver la responsabilidad de los órganos administrativos por la tardanza en la dictación de la resolución autorizatoria respectiva. No es labor de este Tribunal evaluar las razones que podrían o no justificar la demora en el actuar de la Dirección General de Aguas. Podrían esbozarse diversas explicaciones para la tardanza (las sentencias Roles N° 2693 y 2881 -sobre un caso similar- insinúa algunas), pero, lo concreto, es que para que la acción de inaplicabilidad pueda prosperar no resulta necesario tener que reprochar actuaciones de la administración. Este Tribunal constata hechos, pero no busca explicaciones para los mismos.

SEXTO. Tampoco se discute si la resolución de la Dirección General de Aguas en virtud de la cual fija el listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos a pago de patente por no uso se ha dictado o no con infracción al artículo 129



bis 8 del Código de Aguas, que es la norma legal que dispone la dictación de dicho acto administrativo. Para resolver los requerimientos de inaplicabilidad (en adelante, el requerimiento o la acción) bien se puede partir del supuesto de que no se ha infringido dicho precepto legal. En otras palabras, la controversia constitucional no dice relación con si se aplicó o interpretó bien o mal una determinada disposición legal, sino si el efecto de aplicar las normas legales impugnadas, dadas las particularidades del caso concreto, es contrario a la Constitución;

SÉPTIMO. Asimismo, el requerimiento deducido no plantea que sea inconstitucional que se establezca un sistema de patente por el no uso de las aguas. Nuevamente, la decisión que adopte este Tribunal no depende de una afirmación como la precedente.

OCTAVO. LA CONTROVERSI A CONSTITUCIONAL. Dadas las especiales circunstancias ya anotadas y que fijan el contexto en que han de aplicarse los preceptos legales impugnados, la pregunta clave de relevancia constitucional es la siguiente: **¿infringe la aplicación de éstas (las cuales darían lugar a la obligación de la sociedad requirente a pagar una patente) el derecho constitucional de ésta a no ser gravada con el pago de un tributo manifiestamente injusto?**

NOVENO. Como se explicará en lo sucesivo, este Tribunal acogerá la acción de inaplicabilidad deducida, por estimar que la aplicación en la gestión judicial pendiente de las normas legales objetadas infringe lo dispuesto en el artículo 19, N° 20°, inciso segundo, de la Constitución, así como el artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución Política de la República.

Dicho resultado ha sido consistente con los últimos fallos sobre la materia dictados por esta Magistratura, lo que ha venido a conformar una nueva línea jurisprudencial. Ver, al respecto, las STCs 7255/2020, 7015/2019, 5654/2018 y 5025/2018.

DÉCIMO. En lo que sigue, se demostrará que se está en presencia de un tributo. Luego, que se trata de uno que en su aplicación al caso concreto es manifiestamente injusto. Más adelante, se sostendrá que en el origen de la infracción al artículo 19, N° 20°, inciso segundo, se advierte una afectación al principio de servicialidad del Estado consagrado en el artículo 1°, inciso cuarto. Y, por último, se explicará por qué las argumentaciones esgrimidas para la desestimación de la inaplicabilidad no desvirtúan la conclusión a la que se llega y que, como ya se señaló, justifica acoger el requerimiento y declarar la inaplicabilidad de los preceptos impugnados.



III) LA PATENTE POR NO USO DE AGUAS ES UN TRIBUTO.

UNDÉCIMO. Como punto de partida, afirmamos que la patente por no uso de aguas es un tributo, con independencia de la denominación de “patente” que utilice la ley. En efecto, “(...) *entender que la denominación que se utilice en la ley constituya un elemento determinante en la verificación de si se está en presencia de un tributo o no, constituye puro nominalismo. La noción de tributo y sus categorías dependen de la naturaleza y características de la prestación pública.*” (Considerando 2°, voto por acoger, sentencia rol N° 2332 y reiterado en los diversos fallos que han acogido requerimientos similares al actual).

DUODÉCIMO. Como también se ha manifestado por este Tribunal, “(...) *si el pago de la suma de dinero (...) no es voluntario, ni obedece a una contraprestación, ni solventa un “servicio” específico (...), se está en presencia de un tributo propiamente tal;*” (Considerando 6°, voto por acoger, sentencia rol N° 2332). Estas características se cumplen en el caso del pago de la patente por no uso. En primer lugar, es el pago coactivo de una suma de dinero. En segundo lugar, no hay una contraprestación asociada al pago. Finalmente, su pago se destina a solventar gastos generales y no de un supuesto bien o servicio específico que lo justifique.

DECIMOTERCERO. Sin perjuicio de lo anterior, el Código de Aguas hace referencia a ellas como un tributo en el artículo 129 bis 12, inciso primero, en relación a las atribuciones de la Tesorería General de la República para el cobro de las patentes no pagadas: “[l]a *nómina constituirá título ejecutivo y deberá indicar a lo menos: nombre del titular, fecha de constitución y número del acto administrativo que otorgó el derecho, la parte que está afecta a tributo y resolución respectiva e inscripción en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces y en el Catastro Público de Aguas, si se tuviese esta última.*” (énfasis agregado).

DECIMOCUARTO. Finalmente, en la historia de la ley N° 20.017, que agregó al Código de Aguas el cobro de patentes por no uso de derechos de agua, se justifica la imposición de esta obligación aludiendo, precisamente, a la potestad del Estado para imponer tributos: “*la potestad tributaria general del Estado lo faculta para gravar situaciones previamente no sujetas al pago de tributo.*” (Historia de la ley N° 20.017, p. 84).

IV) LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS LEGALES IMPUGNADAS QUE OBLIGAN A PAGAR LA PATENTE PRODUCE, EN CONSIDERACIÓN AL ESPECIAL CONTEXTO DE ESTE CASO, UN EFECTO VIOLATORIO DEL ARTÍCULO 19 N° 20°, INCISO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN.



DECIMOQUINTO. 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 se solicita significará que el requirente esté afecto al pago de un tributo, no debiendo.

DECIMOSEXTO. Como ya se ha explicado, debido a la tardanza en la actuación de la DGA, la sociedad requirente deberá pagar una patente que grava a quienes no hacen uso de las aguas. En este caso, el evento que causa la obligación de pagar el tributo se produce por una circunstancia ajena a su esfera de control.

En otras palabras, este es un caso en que la determinación de si se incurre o no en el hecho gravado que obligaría a pagar el tributo dependió, al final, de la inactividad de la autoridad y no de una decisión del contribuyente, quien expresamente manifestó (a través de la solicitud pertinente) una predisposición a poder hacer uso de las aguas a las que tiene derecho. Así, debido a las circunstancias particulares del caso, la aplicación de los preceptos legales impugnados que sujetarían a la requirente al pago de la patente originaría una manifiesta injusticia.

Incluso más, en este caso concreto se produce una paradoja: quien ha causado, de manera determinante, el evento que da lugar a la obligación de pagar el tributo coincide con el sujeto que ha de verificar el listado de los que han incurrido en el gravamen y, además, en último término -como representante del Estado-, con quien ha de beneficiarse del dinero recaudado en pago de la patente por no uso de las aguas. Tal como se señaló, por primera vez, en el voto disidente de la STC Rol N° 2693, constituye un tributo *“manifiestamente injusto”* *“(…) el aplicar este tributo “a beneficio fiscal” sobre un período que se ha creado y alargado por la propia mora de un órgano fiscal.”* (Considerando 7°).

V) AFECTACIÓN AL PRINCIPIO DE SERVICIALIDAD DEL ARTÍCULO 1º, INCISO CUARTO, DE LA CONSTITUCIÓN.

DECIMOSÉPTIMO. Asimismo, la injusticia del cobro del tributo en aplicación de las normas legales impugnadas queda de manifiesto si se tiene en consideración el principio de servicialidad consagrado, como una de las Bases de la Institucionalidad, en el artículo 1º, inciso cuarto, de la Constitución Política de la República: *“[e]l Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común”*.



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 ordenamiento positivo en su integridad (STC N° 53, 1185 y 2801, entre varias).

DECIMOCTAVO. 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 derecho de los particulares sobre las aguas” (artículo 19, N° 24º, inciso final).

De esta manera, el retardo o demora de la Administración en atender dichas funciones y atribuciones, concebidas para garantizar los derechos de los ciudadanos y la utilidad de las personas, no puede generar una situación de menoscabo o perjuicio para ellas, siempre que esa dilación no les sea imputable.

VI) ARGUMENTOS RECURRENTES EN CONTRA DE LA POSTURA POR ACOGER QUE NO DESVIRTÚAN LA CONSTATACIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD.

DECIMONOVENO. Una primera argumentación que recurrentemente se esgrime a favor del rechazo de requerimientos recaídos sobre los mismos preceptos impugnados, plantea que éste estaría objetando no un precepto legal, sino una actuación administrativa. Al respecto, confirmamos lo señalado con anterioridad en los considerandos 5° y 6° referidos a aquellas materias que no se discuten por su irrelevancia.

VIGÉSIMO. Un segundo argumento que se ha sostenido para rechazar requerimientos de inaplicabilidad recaídos en los preceptos legales objetados consiste en rechazar la posibilidad jurídica de que en virtud de la declaración de inaplicabilidad de preceptos legales se pueda dejar sin efecto el cobro de una patente. Así, pues, se afirma que una sentencia de esta Magistratura que acogiera dicha acción implicaría establecer por esa vía una causa de exención tributaria, lo cual sólo puede hacerse por ley.



La posición anterior desconoce la naturaleza y el efecto jurídico de una sentencia de inaplicabilidad. Hay que tener presente que la declaración de inaplicabilidad tiene por objeto inmediato, precisamente, que no se puedan aplicar las normas legales requeridas en la gestión judicial pendiente lo que, obviamente, tendrá consecuencias prácticas muy concretas, en este caso, evitar quedar afecto al pago de la patente por no uso. Ése es el resultado incompatible con la Constitución. No debe olvidarse que esta contravención constitucional (y en esto no hay dos posiciones en este Tribunal) no sólo puede derivar del texto de las normas impugnadas, sino que también puede emerger de las particularidades de su aplicación al caso concreto. Sólo a modo de ejemplo, ver STC Rol 810 y 1065, c. 22º). Lo contrario implicaría sostener la errada interpretación de que una manifiesta desproporción o injusticia en el establecimiento por ley de un tributo sólo puede evaluarse en términos abstractos.

Además, cabe hacer notar que *“la sentencia que declare la inaplicabilidad solo producirá efectos en el juicio en que se solicite”* (artículo 91, inciso primero, de la Ley N° 17.997, orgánica constitucional del Tribunal Constitucional), diferencia evidente al alcance más general propio de una ley.

Por último, debe destacarse que una sentencia de inaplicabilidad es la única opción jurídica posible para evitar la concreción del efecto inconstitucional que conllevaría la aplicación de los preceptos legales objetados en la gestión judicial pendiente. Es la aplicación de las disposiciones legales la que produce el efecto inconstitucional, siendo la acción de inaplicabilidad la vía idónea para el control de constitucional de leyes. Es decidor, a este respecto, lo expresado por la Corte Suprema respecto del alcance del recurso de reclamación en el cual se aplicarían dichas normas. Ésta plantea que *“(…) las supuestas infracciones a la Constitución Política no pueden ser atendidas por la presente vía”* (Considerando segundo, rol N° 28774-2014, 21 de abril de 2015).

VIGÉSIMO PRIMERO. 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 requirente deba hacer frente (ver artículo 129 bis 20 del Código de Aguas).

Al respecto, cabe 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 requirente 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 a utilizar las aguas a las que se tiene derecho 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 ley.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Finalmente, un cuarto argumento, también equivocado según nuestro parecer, sostiene que el titular de los derechos de aprovechamiento de aguas 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 se debe soportar las consecuencias negativas de lo que se puede denominar riesgo regulatorio. ¿Significa esto que se 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 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.

VII) CONCLUSIÓN.

VIGÉSIMO TERCERO. Por las razones expuestas en este voto, la aplicación de las disposiciones legales requeridas constituye, en lo pertinente, la base normativa que permitiría obligar a la requirente al pago de la patente por no uso de las aguas, contravienen, en este caso concreto, el derecho a no ser gravado con un tributo manifiestamente injusto, lo cual se vincula, a su vez, con la afectación al deber de servicialidad del Estado.

VIGÉSIMO CUARTO. En consecuencia, este Tribunal acogerá el presente requerimiento, declarándose la inaplicabilidad de los artículos 129 bis 5, 129



bis 6 y 129 bis 9 del Código de Aguas, en la gestión pendiente ante la Corte de Apelaciones de Santiago, por vulnerar el derecho establecido en el artículo 19, N° 20°, inciso segundo, de la Constitución Política de la República, y el inciso cuarto del artículo 1°.

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

SE RESUELVE:

I. QUE SE ACOGA EL REQUERIMIENTO DEDUCIDO A FOJAS 1, POR LO QUE SE DECLARA LA INAPLICABILIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 129 BIS 5, 129 BIS 6, Y 129 BIS 9 DEL CÓDIGO DE AGUAS, EN EL PROCESO SOBRE RECURSO DE RECLAMACIÓN, SEGUIDO ANTE LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, ROL N° 613-2020 (CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO). OFÍCIESE.

II. ÁLCESE LA SUSPENSIÓN DEL PROCEDIMIENTO DECRETADA EN AUTOS. OFÍCIESE A TAL EFECTO.

DISIDENCIA

Los Ministros señores GONZALO GARCÍA PINO, NELSON POZO SILVA, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señor y RODRIGO PICA FLORES estuvieron por rechazar el requerimiento, por las siguientes razones:

I.- EL CONFLICTO PLANTEADO: CUESTIONES DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE LEGALIDAD

1°. Entretenciones Acuáticas Limitada presentó requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 129 bis 5, 129 bis 6 y 129 bis 9 del Código de Aguas. La gestión pendiente del requerimiento la constituye recurso de reclamación que conoce la I. Corte de Apelaciones de Santiago, deducido en contra de la resolución de la Dirección General de Aguas que rechazó recurso de reconsideración presentado por la requirente.

2°. El reproche de la requirente es que el Director General de Aguas incluyó sus derechos de aprovechamiento de agua en la nómina de derechos afectos al pago de patente por no uso, razón que motivó la solicitud de reconsideración denegada y que originó la gestión pendiente. La empresa requirente es titular de dos



derechos de aprovechamiento de uso consuntivo y ejercicio permanente y continuo sobre aguas superficiales y corrientes del río Maipo, por un caudal de 100 y 80 litros por segundo, respectivamente, y hace más de diez años solicitó autorización de traslado, no habiendo sido resuelta aún su petición por la autoridad administrativa. El excesivo retardo en la autorización de traslado, transcurridos todos los plazos que definió al efecto el legislador, así como la inclusión en la nómina de derechos afectos al pago de patente por no uso, implicó que la requirente estime vulnerados los artículos 1° (principio de servicialidad del Estado) y 19, numerales 20° (prohibición de establecer tributos manifiestamente desproporcionados o injustos), 21° (derecho a la libre iniciativa económica), 24° (derecho de propiedad) y 26° (respeto al contenido esencial de los derechos), de la Constitución. Las normas impugnadas están referidas al pago por el no uso de derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente (artículo 129 bis 5), al pago por el no uso de derechos de aprovechamiento de ejercicio eventual (artículo 129 bis 6) y a las exenciones de pago de una patente por la no utilización de las aguas (artículo 129 bis 9).

3°. La cuestión plantea asuntos propios de constitucionalidad, así como otros que deben y pueden ser resueltos en el ámbito de la legalidad. Por de pronto, esta Magistratura no tiene competencia para juzgar los actos administrativos que son parte de este proceso constitucional. Entre ellos, la Resolución D.G.A. (EXENTA) N° 2820, de 30 de diciembre de 2019, de la Dirección General de Aguas, que incluyó los derechos de la requirente dentro de la nómina de los derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patente por no uso. Tampoco es de su competencia efectuar un ejercicio de reproche a los actos mismos de la Administración del Estado, como tampoco de los efectos que se deriven de una eventual infracción de los plazos previstos en los artículos 130, 132, 133 y 134 del Código de Aguas, con los cuales el legislador ha procurado otorgarle certidumbre a los derechos de los administrados. Sin embargo, como su propia denominación lo indica, esta Magistratura ha entendido que es un asunto propio del juez de fondo verificar el grado de cumplimiento o incumplimiento de la legalidad, asunto definitivamente ajeno a nuestras competencias.

4°. Si lo que verdaderamente afecta los derechos de la requirente es la omisión o tardanza en la actuación de la Dirección General de Aguas, existen recursos pertinentes para obtener un pronunciamiento del servicio público aludido. De hecho, la gestión pendiente ante la I. Corte de Apelaciones de Santiago constituye el ejercicio de la acción de reclamación que otorga el artículo 137 del Código de Aguas. Si esta vía no fuera suficiente, aún persiste el procedimiento de los artículos 64 y siguientes de la Ley N° 19.880, que permite obtener una decisión sobre el asunto, en este caso la solicitud de traslado, o bien solicitar que se aplique el silencio positivo. Cualquiera de estas opciones debe ser resuelta por las autoridades o tribunales competentes, pues se trata, ante todo, de una cuestión de legalidad. Sin perjuicio de que los plazos involucrados en este caso son muy extensos y, no obstante que la Dirección de Aguas no ha entregado antecedentes que expliquen esta demora, no es competencia de este



Tribunal calificar el actuar de la indicada Dirección, ni resolver si los plazos se encuentran vencidos, ni adjudicar derechos como consecuencia de dicho vencimiento ni imputar falta de servicio.

5°. En tal sentido, cabe descartar desde ya la impugnación sustentada en la supuesta vulneración de los numerales 21° y 24° del artículo 19 de la Constitución, fundada en que “[m]ientras el Estado no resuelva la solicitud pendiente, el administrado no puede saber si va a poder desarrollar su proyecto, por lo que no puede tomar la decisión de seguir adelante tal como lo ha planificado, buscar otra alternativa, abandonarlo, etc.” (fs. 8) y “no sólo se está privando al administrado de su dinero, sino que también se le está afectando directamente en el ejercicio de su derecho de aprovechamiento de aguas, que el inciso final del artículo 19 N° 24 protege en forma expresa, toda vez que mientras no se resuelva su petición, tampoco podrá disponer de los derechos de aprovechamiento de agua materia de su solicitud” (fs. 9). Las alegaciones recién transcritas dan cuenta de que lo que la requirente enjuicia, en relación con las garantías constitucionales anotadas, no es la aplicación de los preceptos legales impugnados, sino la omisión o tardanza en la actuación de la Dirección General de Aguas, a la cual le atribuye falta de servicio e incumplimiento de la ley, lo que, como ya se dijo, es un asunto propio del juez de fondo.

6°. Finalmente, también es una cuestión de legalidad el fundamento final de la solicitud planteada ante el Tribunal Constitucional en orden a que se declare 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 (...) resulta contraria a lo dispuesto en los artículos 1°, 19° N° 20, 19° N° 21, 19° N° 24 y 19° N° 26 de la Constitución Política de la República” (fs. 13). La tarea de la justicia constitucional, una vez interpuesta la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad y en el evento de que se estime plausible la infracción constitucional denunciada, es únicamente la de excluir para el caso concreto la aplicación de la norma legal respectiva, en forma total o parcial. Este ejercicio ablativo de normas es el paso previo a la reparación definitiva de esos efectos inconstitucionales por el juez de fondo ante quien se promovió la gestión pendiente. No es tarea del Tribunal Constitucional resolver positivamente el conflicto de fondo, por ejemplo, creando un derecho puramente legal como la exención de pago de una patente.

7°. Por tanto, las cuestiones de constitucionalidad que el requerimiento plantea quedan reducidas a cuatro de enorme relevancia interpretativa. Primero, la invocación directa de la vulneración del principio de bien común y de servicialidad por parte del Estado. Segundo, la afectación del contenido esencial de los derechos a partir de estas vulneraciones. Tercero, el ejercicio de la función social en materia de derechos de aguas. Y, cuarto, la eventual infracción del artículo 19, numeral 20°, de la Constitución, en cuanto el pago de la patente por el no uso de los derechos de



aprovechamiento de aguas constituya un tributo manifiesta y desproporcionadamente injusto, según ya veremos.

II.- CUESTIÓN PREVIA: EL CONTENIDO ESENCIAL COMO INFRACCIÓN A DERECHOS

8°. Cabe preguntarse previamente cómo es posible estimar que se produzca una infracción al artículo 19, numeral 26°, de la Constitución, en este caso sin que se vincule directamente con la infracción al artículo 19, numeral 20° de la Constitución que reprocha en otro apartado del requerimiento.

9°. El artículo 19, numeral 26°, de la Constitución reconoce la garantía del respeto al contenido esencial de los derechos. Esta es una institución que viene de la Ley Fundamental de Bonn de 1949 y que fue adaptada al ordenamiento constitucional interno con una perspectiva similar, aunque no literalmente idéntica a dicha Constitución (artículo 19.2: “En ningún caso un derecho fundamental podrá ser afectado en su contenido esencial.”).

10°. Desde temprano ha sido un desafío verificar en sede constitucional los alcances de lo que se ha denominado “el límite de la capacidad de limitar los derechos fundamentales” (BRAGE CAMAZANO, Joaquín (2004), “Los límites a los derechos fundamentales”, Dykinson, Madrid). Nuestra Magistratura, siguiendo una sentencia del Tribunal Constitucional español, identificó los dos caminos de determinación del contenido esencial:

i) Naturaleza jurídica: modo de concebir o configurar cada derecho. El contenido esencial de un derecho subjetivo lo constituyen aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales deja de pertenecer a ese tipo y tiene que pasar a quedar comprendido en otro, desnaturalizándose.

ii) Intereses jurídicamente protegidos: el núcleo y medida de los derechos esenciales los constituye aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegibles, que dan vida al derecho, resulten real, concreta y efectivamente protegidos. Se desconoce el contenido cuando el derecho queda sometido a limitaciones que lo hacen impracticable, lo dificultan más allá de lo razonable o lo despojan de la necesaria protección. Estos intereses son los valores o bienes.

11°. De lo descrito se desprende que la vulneración del contenido esencial de un derecho, sea que se trate de unas limitaciones que tornen impracticable el derecho o que lo desnaturalicen de tal manera que se transforme en otro muy distinto y sin la fundamentalidad que originó su protección reforzada, discurre habitualmente sobre la base de que tal infracción la comete el legislador. Por tanto, los impedimentos provenientes de actuaciones de la Administración del Estado podrían constituir



entramientos normativos para el libre ejercicio de un derecho, pero es la propia legislación la que contemplará los recursos y acciones que reconduzcan hacia una interpretación recta del precepto legal. Cuando el problema se suscita con motivo de omisiones fácticas de la Administración del Estado, resulta difícil verificar cómo se vulnera un determinado contenido esencial de un derecho sin un soporte normativo que realice la restricción.

12°. Aún más importante que ello es que resulta ser la propia Constitución, luego de referirse a “preceptos legales”, la que hace girar esta institución sobre la base de regulaciones, complementos y limitaciones de “las garantías que ésta establece” (artículo 19, numeral 26°). Aquí la Constitución no entiende garantía en un sentido técnico, sino que contextualmente la asimila a derecho fundamental o constitucional. Tanto porque es una modalidad de cierre de los derechos constitucionales (último numeral del artículo 19) bajo la identificación del Capítulo III “De los derechos y deberes constitucionales”, como porque el mismo tipo de interpretación no técnica de la expresión “garantías” lo encontramos en el artículo 64 de la Constitución.

13°. Por tanto, la naturaleza jurídica o los intereses jurídicamente protegidos que cautela la institución del respeto al contenido esencial de los derechos exige, ontológica y metodológicamente, que se estime vulnerado un derecho dentro del artículo 19, en sus numerales 1° a 25°, y respecto del cual la entidad del agravio sea de tal envergadura que afecte el núcleo indisponible del derecho. Por tanto, la invocación del artículo 19, numeral 26°, de la Constitución siempre será relacional. Es una afectación en relación con un derecho estimado en el conjunto de los derechos del artículo 19 de la Constitución, sea interpretado en sí mismo, sea a la luz de los tratados internacionales que reconocen derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, según disposición del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución.

14°. En consecuencia, ya no basta estimar vulnerado el artículo 19, numeral 26°, de la Constitución sino que debe explicarse cómo la infracción del inciso primero del numeral 20°, del artículo 19 de la Constitución se traduce en una infracción a la esencia de este derecho. Lo anterior, es una exigencia básica puesto que si la propia Constitución contempla el derecho de aprovechamiento sobre las aguas por los particulares en el artículo 19, numeral 24°, inciso final y éste aparece dentro de un estándar de cumplimiento de la Constitución, la exigencia de demostrar la vulneración recae en el requirente. De esta manera, no es posible configurar una infracción a la Constitución por este concepto. En la práctica, eventualmente incide en intereses económicos relacionados, pero no en su ejercicio y explotación. La tardanza de la Dirección de Aguas no ha puesto en duda la titularidad sobre el derecho, ni su carácter de derecho real, ni ha entorpecido su aprovechamiento. Tampoco podría ser estimado vulnerado este derecho porque siempre la Administración del Estado lo reconoció como tal, inclusive en su condición de derecho por no uso. Sin perjuicio de lo anterior, es importante considerar que los artículos 129 bis 20 y 129 bis 21 del Código



de Aguas establecen beneficios tributarios que “tienen por finalidad generar, desde el primer momento, un incentivo efectivo que supone un compromiso, en el sentido de que el titular de un derecho de aprovechamiento afecto al pago de una patente por no uso de las aguas sobre las que ese derecho recae, tiene la certeza de que si se desarrolla en el período establecido en la ley el proyecto para el cual utilizará esas aguas, podrá imputar a otros impuestos que lo afecten aquello que pagó por concepto de patentes” [Gonzalo Muñoz Escudero (2011), “Beneficio tributario del pago de patentes de un derecho de aprovechamiento de aguas” en Alejandro Vergara Blanco (Dirección), *Código de Aguas comentado*, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, p. 591]. La estimación del beneficio tributario es circunstancial y depende de condiciones que se desconocen, sin embargo, el perjuicio económico que eventualmente sufrirá la requirente, puede ser completamente resarcido o mitigado.

III.- EL PRINCIPIO DE SERVICIALIDAD DEL ESTADO, EL BIEN COMÚN Y LA ACTUACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

15°. Respecto de la infracción al artículo 1° de la Constitución, por la extendida inactividad de la Administración del Estado en la resolución de las solicitudes planteadas por el administrado, habrá que determinar el alcance que tiene la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en la materia. Para ello habrá que explicar, con antelación, en qué consisten y cómo han sido entendidos los principios de servicialidad del Estado y del bien común que se estiman infringidos por la requirente en los casos de autos.

16°. La doctrina constitucional ha desarrollado un conjunto amplio de entendimientos sobre este artículo, pero de los cuales no es posible inferir un contenido unívoco, aun cuando hay relevantes puntos de coincidencia sobre los cuales partiremos analizando el contenido del parámetro constitucional.

Primero, esta norma consagra una finalidad del Estado (SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo IV. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 67-72, y CEA, José Luis (2002): *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. (Santiago, Ediciones Universidad Católica), pp. 186-187.).

Segundo, de este artículo se deriva una concepción instrumental del Estado (VERDUGO, Mario; PFEFFER, Emilio; NOGUEIRA, Humberto (1994): *Derecho Constitucional*. Tomo I. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 112-113; ALLARD, Raúl (2011): “El respeto de los derechos sociales como exigencia del Bien Común”, en: HENRÍQUEZ, Miriam (coord.): *Perspectiva del Derecho Constitucional desde el mirador del Bicentenario*. (Santiago, Librotecnia) [pp. 129-147], p. 136, y MOLINA, Hernán (2011): *Derecho Constitucional*. (Santiago, Abeledo Perrot), p. 63.).

Tercero, que de ella se deduce una tarea estatal permanente y de actualización progresiva (SILVA BASCUÑÁN, Alejandro (1997): *Tratado de Derecho Constitucional*. Tomo IV. (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), pp. 67-72; VIVANCO,



Ángela (2006): *Curso de Derecho Constitucional. Aspectos dogmáticos de la Carta Fundamental de 1980*. Tomo II. (Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile), p. 63; CEA, José Luis (2002): *Derecho Constitucional Chileno*. Tomo I. (Santiago, Ediciones Universidad Católica), pp. 186-187, y NOGUEIRA, Humberto (2012): *Derecho Constitucional Chileno*. (Santiago, Abeledo Perrot - Thomson Reuters), pp. 576-7).

Cuarto, que la fuente de justificación de la actividad estatal se encuentra fuera de ella y se ha de identificar con finalidades que estén al servicio de la persona humana y del bien común. Con ello quedan proscritas las razones de Estado (Nogueira). De esta manera, al Estado se le dota exógenamente de finalidades, no teniendo éste fines por sí mismo.

Quinto, que este enfoque de finalidades exógenas le impone una dirección al Estado para privilegiar, por el contrario, la promoción de los múltiples fines humanos que se despliegan en la sociedad (Silva Bascuñán), lo que exige precisar el beneficiario de esta actividad instrumental.

Sexto, que el artículo 1º, inciso cuarto, refleja con claridad la idea de que el beneficiario de esta tarea es la persona humana. En línea de principio, todos están de acuerdo en que es la persona humana el destinatario esencial y centro de la actividad estatal. Sin embargo, aquí se manifiestan algunas diferencias acerca de quién, adicionalmente, es cautelado por esta finalidad. Es así como varios autores la extienden a la familia y los grupos intermedios y a la sociedad en general (Silva Bascuñán y Cea Egaña, entre otros). Lo anterior resulta evidente porque la dimensión humana no se despliega en una suerte de atomismo individual sino que se desenvuelve en el seno de la sociedad, que mediante el ejercicio de una sociabilidad básica alcanza la concreción de sus fines propios y del libre desarrollo de su personalidad en un contexto individual, familiar, comunitario y social. El énfasis que se adopta tiene algunas consecuencias jurídicas evidentes. La más relevante es la lectura pro individualista, personalista, comunitaria o social de los deberes estatales. En una perspectiva resumida, se bifurcan las tendencias entre una consideración fortalecida de los bienes jurídicos personales en un entorno esencialmente individualista y otro nuclearmente contextualizado en la sociedad. Esta dimensión tiene un trasfondo de filosofía política y moral de enorme impacto que no corresponde tratar aquí.

Séptimo, que esta diferencia tiene un efecto jurídico práctico. Hay un riesgo interpretativo en la separación de dos finalidades estatales; por una parte, el principio de servicialidad del Estado como un ejercicio de promoción del bien común; por la otra, como si estuvieran desligadas. Este desdoblamiento puede generar un efecto práctico del principio de servicialidad del Estado en un contexto individualista, puesto que deduce una regla de un principio. La regla es muy sencilla en su aplicación a los ámbitos administrativos. El Estado debe estar siempre al servicio de los fines de la persona y, por tanto, mediante el método de recurrir a la aplicabilidad directa de la Constitución, no sería necesario esperar alguna mediación normativa para su



aplicación práctica. Por consiguiente, la consideración de derechos, intereses y posiciones subjetivas no satisfechas por el Estado tiene el serio riesgo de constituir una vulneración del principio de servicialidad. En cambio, la lectura integrada que verifica un solo deber del Estado en el inciso cuarto del artículo 1° de la Constitución se sostiene en la noción de que la finalidad del Estado está sólo demandada por el bien común, siendo así como “El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común (...)”. Esta integración revela dos enormes consecuencias. Primero, que la naturaleza y el modo en que el Estado está al servicio de la persona humana se verifica en la forma en que se contribuye al bien común. Son las finalidades exógenas propias del bien común las que dotan de sentido al servicio de los intereses humanos que deben ser respetados, provistos, promovidos y fomentados por el Estado. Y, segundo, que lo anterior mantiene un contenido principista de este artículo que permite una ejecución progresiva, evolutiva, circunstanciada y adaptada a los procesos que viva una sociedad. (CORDERO, Eduardo; ALDUNATE, Eduardo (2012): “Las bases constitucionales de la potestad sancionadora de la Administración.” En *Revista de Derecho*, PUCV, N° 39, pp. 337-361).

Octavo, lo que en definitiva está en el centro de esta cuestión es el entendimiento que se tenga de la noción de bien común. La propia Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC) trabajó sobre la base del desarrollo doctrinario al interior de la Iglesia Católica (Sesiones N°s 10°, 36°, 37°, 42°, 43°, 46° y siguientes de la CENC), adoptando aproximaciones que se asemejan pero que no la abarcan plenamente. No obstante, esta inspiración, abierta a dimensiones pluralistas, debe concretarse jurídicamente en el marco constitucional chileno. El bien común sería el “contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece”. Tal entendimiento puede ser concebido como una agregación de intereses utilitaristas cuya suma determina la regla de bien común o, por el contrario, como un bien colectivo superior que no es representativo del acrecimiento de intereses particulares, puesto que justamente tal tramado de intereses es aquel sobre el cual debe arbitrar para contribuir el Estado a la procura de mejores condiciones de existencia material y espiritual.

Noveno, que la expresión “contribuir” ratifica que el Estado no tiene la competencia monopólica y excluyente para el despliegue de esas nuevas condiciones sociales sino que éste colabora con la sociedad, los grupos, las familias y las personas en la construcción de ese estadio de progreso moral y material para todos los integrantes de la sociedad, sin excepción. Esta acción de contribución estatal es coherente con la dispuesta en la Constitución, puesto que el Estado ha de colaborar con los organismos que “organizan y estructuran la sociedad” (artículo 1°, inciso tercero, de la Constitución). En tal sentido, el bien común es la pauta de la justicia social para advertir las insuficiencias de que padece el todo o parte de los miembros de la sociedad. Haciéndonos cargo de la prevención de la Ministra Marisol Peña en la



Sentencia Rol N° 2693, este ejercicio de contribución estatal está lejos de ser un reconocimiento de un Estado liberal sino que manifiesta la necesaria distancia existente entre Estado y sociedad con deberes y tareas estatales exigentes tanto en su faz omisiva como activa.

Décimo, que la servicialidad del Estado, en ejecución del principio del bien común, se ha de realizar “con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece” (artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución). La disociación entre afectación de derechos constitucionales y la acción u omisión estatal no hace parte del bien común de una sociedad. Sin embargo, los mecanismos para que dichos derechos y garantías que los resguardan se cumplan son amplios y la justicia constitucional está lejos de ser la vía exclusiva que los proteja en plenitud (artículos 12, 19, numeral 7°, literal i), 20, 21, 38 y 83 de la Constitución, entre otros).

Finalmente, estas consideraciones que se dan en el ámbito de la doctrina constitucional tienen algunas diferencias cuando se plasman en el análisis de los administrativistas que aprecian el principio de servicialidad del Estado con una impronta que pretende extraer más reglas prácticas que principios del mismo. Es así como Eduardo Soto Kloss plantea un punto que puede tener aplicación en el caso en autos: “Si nos referimos a esta servicialidad del Estado en lo referente al administrador, es decir, a lo que usualmente llamamos “Administración Pública” o “Administración del Estado” y a sus órganos, se advertirá que el planteamiento constitucional es mucho más rico que lo normalmente admitido en otros tiempos, ya que no basta el actuar satisfaciendo “necesidades” de las personas; con ello ni se llena ni se cumple el imperativo constitucional. Para que ese actuar sea conforme a este imperativo no sólo debe respetar los derechos de las personas (artículo 1°, inciso cuarto) sino, además, en su actuación de satisfacer necesidades públicas debe hacerlo con eficiencia, con oportunidad, de manera idónea y proporcionada, razonable y no arbitraria, igualitaria y sin discriminaciones o diferencias carentes de fundamentación jurídica. Y, además, la mera abstención de actuar, la omisión o inactividad, el silencio de la Administración, debiendo actuar, constituye de suyo, per se, algo antijurídico y viola la Constitución, en cuanto vulnera los derechos esenciales de las personas; y es más: origina esa omisión, por los daños que produce, la consecuencial responsabilidad del Estado.” (SOTO KLOSS, Eduardo (2009): *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*. (Santiago, Legal Publishing) p. 114.).

17°. Del somero examen analítico que hemos hecho del deber estatal de promoción del bien común, como finalidad manifiesta de su condición de servicio a la persona humana, hay relativa claridad sobre el principio, pero manifiestas diferencias respecto de sus consecuencias jurídicas. Por lo mismo, parece oportuno verificar el modo en que el Tribunal Constitucional ha configurado un estándar interpretativo a partir del artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución. En primer lugar, una de las cosas que destaca notoriamente es la ínfima cantidad de casos en donde existe una aplicación concreta que se derive del aludido baremo. Lo importante



de estos casos es indagar la función que cumple la aplicación del principio del bien común en ellos. Es así como en la STC Rol N° 325, el Tribunal Constitucional advirtió la insuficiencia de cumplimiento de un propio estándar por ella fijado acerca de la necesaria satisfacción del mandato de “determinación” y “especificidad” que debía tener un decreto supremo que colaboraba con la ley en la regulación de un derecho y, en este caso (restricción vehicular bajo condiciones de deterioro ambiental del aire), de una limitación específica de un derecho (artículo 19, numeral 8°, inciso segundo, de la Constitución). Sin embargo, esta Magistratura estimó que el bien común era una finalidad que habilitaba para que el Estado impusiera una medida de prevención y protección de la salud de las personas que, de declararse inconstitucional, acarrearía perjuicios superiores a los que se trataba de precaver. Por tanto, reconocía una función ulterior, con justificación en una manifestación del bien común, que debía ser satisfecha para la promoción de las condiciones de salud de todos. Pasaría mucho tiempo para fundar otra sentencia en estimaciones sostenidas en el artículo 1°, inciso cuarto, de la Constitución. Es así como en un caso migratorio (sentencia Rol N° 2273, considerando 46°), esta Magistratura verificó que los criterios de “conveniencia” y “utilidad” con los que pondera la autoridad administrativa el otorgamiento de visados de permanencia de un migrante que ingresó regularmente al país, no pueden ser criterios fundados únicamente en consideraciones estatistas, sino que en ellas debe estar presente el hecho de que para un migrante el reconocimiento de su estatus es el acceso esencial al disfrute y ejercicio de todos los derechos fundamentales. Estos casos revelan el sentido de *ultima ratio* que ha tenido la configuración del estándar interpretativo sostenido en el principio de servicialidad del Estado y promoción del bien común. Esta jurisprudencia viene a relevar aquello que algunos administrativistas han destacado (PANTOJA BAUZÁ, Rolando (1998), La organización de la Administración del Estado en Chile, Editorial Jurídica, Santiago, p. 168, y CORDERO VEGA, Luis (2015), Lecciones de Derecho Administrativo, Legal Publishing, Santiago, pp. 108 - 109), en el sentido de que la consagración del principio de servicialidad del Estado es una garantía de buena fe y lealtad estatal que vendría a complementar los elementos puramente formalistas reconocidos en el artículo 7° de la Constitución, de una manera sustancialista, reconociendo la primacía del sentido finalista pro persona.

IV.- EL ESTATUTO CONSTITUCIONAL DE LAS AGUAS: SU FUNCIÓN SOCIAL EXIGE CONSERVACIÓN RACIONAL

18°. Las aguas están reguladas en nuestra Constitución en el sentido de que “los derechos de los particulares sobre las aguas, reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos” (artículo 19, numeral 24°, inciso final, de la Constitución).

Las aguas son un bien nacional de uso público que la Constitución reconoce implícitamente, puesto que sólo sobre su consagración pública el Estado puede



“reconocer” y “constituir” derechos de aprovechamiento sobre los mismos [artículo 19, numeral 24°, inciso final, y Alejandro Vergara Blanco (2011), *Código de Aguas comentado*, Legal Publishing Chile, Abeledo Perrot, p. XVII].

La jurisprudencia de este Tribunal le ha reconocido indubitadamente el mismo carácter en las sentencias Roles N°s 260, 1254 y 1309, entre otras. Así, la propia legislación determina este estatuto (artículo 5° del Código de Aguas).

19°. Las consecuencias de este estatuto son primordiales. Primero, que hay prohibición de configuración de una propiedad sobre las aguas mismas, siendo solo derechos que se constituyen o reconocen sobre su aprovechamiento. Segundo, que centrar la dimensión propietaria en el uso no puede llevar a desnaturalizar el bien. Sigue siendo un bien nacional de uso público “y es indudable que los intereses de la colectividad, sean éstos considerados como intereses generales de la Nación o bajo el concepto de utilidad pública, son factores pertinentes y dignos de ser considerados al momento de otorgar o modificar derechos de aprovechamiento de aguas, como también al regular su ejercicio, pues tales derechos, como lo señala el artículo 6° del mismo Código, son derechos reales que recaen sobre las aguas y permiten un cierto uso o goce de ellas, según lo determine el acto de autoridad pertinente” (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 1578, considerando 12°). Tercero, que la propiedad sobre los derechos de aprovechamiento sobre las aguas está igualmente sometida a la función social de la misma. En particular, “es del caso recordar que la propia Carta Fundamental señala, en el numeral 8° de su artículo 19, que es deber del Estado velar por que el derecho al medio ambiente libre de contaminación no sea afectado, en tanto que el numeral 24° del mismo artículo entiende que la función social de la propiedad comprende la preservación del patrimonio ambiental, dentro de la cual cabe la conservación de los caudales de aguas, de lo cual deriva el deber del Estado de adoptar todas las medidas para evitar su agotamiento” (Sentencia Rol N° 1309, considerando 6°).

20°. Las modalidades de desarrollo de la función social no son las mismas, dependiendo del estatuto de propiedad que cautelen. Por poner un ejemplo compararemos este caso con el estatuto minero. En ambos tipos de bienes es aplicable la cláusula de la función social de la propiedad, pero operando de manera opuesta. En el caso de la propiedad minera el principio de utilidad pública exige la pronta constitución de la concesión y de una operación próxima que justifique el sentido útil por el cual fue otorgada (Sentencia Rol N° 2166, considerando 17°). Aquí el principio que gobierna la propiedad minera es la imposición de obligaciones y limitaciones que se establecen a los dueños de los predios superficiales “para facilitar la exploración, explotación y beneficio de dichas minas” (artículo 19, numeral 24°, inciso sexto, de la Constitución). En cambio, en el caso del derecho real de aprovechamiento de las aguas opera un triple sentido cautelar. Primero, porque las aguas terrestres son cada vez más escasas, su asignación es compleja y su distribución exige amplias coordinaciones cuya organización no resulta ser simple. Todo ello derivado de un uso disputado que



debe administrar la Dirección General de Aguas. Segundo, porque al ser las aguas un bien nacional de uso público, su asignación bajo titularidad especial, sustrayéndola de sus usos comunes, importa una decisión excepcional de la autoridad que ha de interpretarse restrictivamente. Tercero, porque en ciertos bienes de fuerte impronta ambiental han de valorarse criterios conservacionistas que se derivan directamente de la Constitución, sea como “deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza” (artículo 19, numeral 8°, de la Constitución) sea como función social exigida por “la conservación del patrimonio ambiental” (artículo 19, numeral 24°, inciso segundo de la Constitución). En consecuencia, si bien muchos principios gobiernan la tutela ambiental, uno de los principales es el principio precautorio, que asume criterios que precaven contra el riesgo irreversible de afectar la disposición de un caudal ecológico suficiente [Francisca Moya Marchi (2013), *El principio de precaución*, Cuadernos del Tribunal Constitucional, N° 52, pp. 153-228, y Jorge Bermúdez Soto (2015), *Fundamentos de Derecho Ambiental*, Segunda edición, Ediciones Universitarias de Valparaíso, p. 46 y siguientes]. De esta manera, es perfectamente coherente entender que los artículos impugnados, al establecer el pago de la patente por no uso del derecho de aguas, lo que buscan es armonizar un uso racional del agua ejecutando una función social con fuertes tendencias al conservacionismo del bien.

V.- APLICACIÓN DE ESTOS PRINCIPIOS AL CASO CONCRETO

21°. De esta explicación resulta evidente que la requirente ha adoptado una modalidad directa y lineal de verificar cuándo hay una infracción al principio de servicialidad del Estado: la tardanza, más allá de los plazos legales, para responder y reconocerles un derecho de traslado de aguas. Por tanto, de la omisión de actuación estatal, con anterioridad al reconocimiento de su derecho legal de traslado del punto de contacto para la toma de aguas, deduce una vulneración constitucional. Lo primero que hay que advertir es el hecho de que la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad no tiene por objeto reprochar actuaciones de la Administración sino que excluir la aplicación de las normas que contengan disposiciones incompatibles con el orden constitucional, aunque sean verificadas para el caso concreto.

22°. La razón de la tardanza puede encontrarse en el ámbito de la propia legislación y para ello resulta necesario identificar la historia de la Ley N° 20.017, que derivó en la reforma al Código de Aguas relativa a los preceptos legales impugnados en autos.

23°. Los artículos impugnados fueron incorporados al Código de Aguas por la Ley N° 20.017 y el Mensaje que originó el respectivo proyecto de ley declaraba que:

“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.” (Historia de la Ley N° 20.017, p. 5).

La solución inicial del proyecto implicaba la caducidad de los derechos por no uso, medida que fue posteriormente modificada en la Cámara de Diputados, reemplazándola por el pago de patentes asociado al no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas. En el Informe de la Comisión de Constitución del Senado se recoge la opinión del constitucionalista José Luis Cea, quien expresó que:

“(…) ha sido aclarado ya que la normativa en análisis no cercena el dominio en ninguna de sus facultades y atributos esenciales, porque lo que hace es regular su ejercicio para que sea legítimo y no abusivo, al importar una carga tributaria derivada de la función social. Se trata, en efecto y con precisión, dijo, de una obligación originada en los intereses generales de la Nación, la utilidad pública y la conservación del patrimonio ambiental, triple y copulativa causalidad prevista en el texto expreso, con el carácter de intrínseca o inherente a aquella función. Indicó que las razones que llevan al legislador a proyectar la normativa sobre patentes, constan en los anales fidedignos de las normas respectivas. De ellos fluye también, con cualidad inequívoca, la proporcionalidad del gravamen en relación con el fin lícito perseguido con ella. Resulta, entonces, que estos preceptos en gestación contienen una obligación impuesta al ejercicio de la propiedad, fundada en su función social, dominio que subsiste incólume en su núcleo esencial, como está ya dicho. Efectivamente, indicó, el derecho de propiedad se integra no sólo con atributos y facultades esenciales vinculadas a su ejercicio, sino que también conlleva deberes para que aquél sea legítimo y no abusivo.” (Historia de la Ley 20.017, p. 484).

En definitiva, el establecimiento de patentes por el no uso y, consecuentemente, la interpretación restrictiva de las exenciones a su pago obedece a limitaciones legítimas y constitucionales al derecho del titular, con el fin de contribuir al bien común y a la conservación del patrimonio ambiental.

24°. La descripción anterior funda en razones de bien común el establecimiento de un pago por el no uso de derechos de aguas atribuido a su titular. Por lo tanto, en la creación de estas normas se tuvo presente el efecto de aplicación de la función social de la propiedad sobre el aprovechamiento de las aguas que abarca este gravamen. Justamente, una de las manifestaciones y concreciones del principio de bien común es el desarrollo de la función social en cuanto aplica las cláusulas de intereses generales de la Nación, utilidad pública y conservación del patrimonio ambiental, que son las que concurren para el adecuado disfrute y preservación de los derechos de uso de un bien vital para la vida y las actividades productivas que dependen de la racional ocupación del agua.

25°. Aun cuando no puede ser objeto de reproche por la vía de la acción de inaplicabilidad una actuación del Estado, resulta claro para quienes suscriben este voto que hay fundamento legítimo para estimar que las relaciones de buena fe y honestidad que se derivan de la aplicación del principio de bien común y servicialidad





del Estado se cumplen en esta causa. Lo anterior, porque la Dirección General de Aguas enfrentó un volumen desmesurado de solicitudes de derechos de aguas que se derivaron de la dictación de la Ley N° 20.017 (artículo 4° transitorio). Fue así como el legislador, en aplicación del principio de bien común y de una función social de la propiedad de las aguas compatible con la conservación del patrimonio ambiental, dictó la Ley N° 20.411, la que en un sentido contrario impuso reglas restrictivas y cautela en el otorgamiento de dichos derechos, cuestión que derivó en el atraso significativo en el otorgamiento regular de los derechos de aprovechamiento de aguas que correspondían de conformidad con la ley. Esta actitud es coherente con el deber estatal de preservación de la naturaleza, reconocido en el artículo 19, numeral 8°, inciso primero, de la Constitución. Resulta claramente mejor protegido el bien común de todos y cada uno de los integrantes de la comunidad nacional, si tales reconocimientos de derechos se hacían ponderadamente.

VI. NO EXISTE VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO, 19 N° 20°, DE LA CONSTITUCIÓN

26°. En relación con la vulneración eventual del artículo 19, numeral 20°, de la Constitución, en cuanto los derechos por no uso de la patente podrían constituir un “tributo manifiestamente injusto y desproporcionado” cabe sostener los siguientes argumentos.

a.- El pago de la patente por no uso de derechos de aprovechamiento de agua no es una carga insostenible

27°. La primera cuestión que hay que abordar es el carácter de carga de este tributo. En tal sentido, el pago de la patente por no uso del derecho de agua es una carga real que se ejerce sobre un derecho real. La falta de respuesta del Estado, fundado en criterios conservacionistas, no impide que quien sea titular de un derecho de aprovechamiento ejerza los derechos propios de un derecho real, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 6° del Código de Aguas. Si el reproche es que se compran los derechos de agua en donde existen y no en donde se necesitan, con mayor razón habrá que estar atento a las condiciones del mercado de derechos de aguas si es que llega a constituir una carga insostenible para su titular. El Código de Aguas le permite a su titular ejercer un derecho de propiedad sobre su derecho real de aprovechamiento, esto es, un derecho sobre una cosa sin respecto a determinada persona, pudiendo usar, gozar y disponer de él. Es de libre disponibilidad, es un bien principal que puede ser enajenado de manera independiente o separada del propio predio (artículo 317 del Código de Aguas). Es un derecho renunciable. Finalmente, “es un derecho de ejercicio mediato, por cuanto una vez adquirido por su titular, no existe para éste obligación legal de comenzar a ejercerlo inmediatamente. Más, por el contrario, puede dejar transcurrir un largo período de tiempo sin que utilice las aguas e, incluso, podrá



transferirlo, sin que jamás las haya aprovechado” [Gonzalo Arévalo Cunich (2011), “El derecho de aprovechamiento de aguas, sus características y los principios que lo informan” en Alejandro Vergara Blanco (Dirección), *Código de Aguas comentado*, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, p. 20].

Por tanto, se trata de una carga pública acotada a determinados titulares que asumen los derechos y obligaciones del estatuto al cual se adscriben. Y, entre sus derechos, existen múltiples fórmulas que habilitan decisiones de los mismos titulares en el marco de lo que se denomina el “mercado del agua” [Tatiana Celume (2013), *Régimen público de las aguas*, Thomson Reuters, Abeledo Perrot, págs. 209 y siguientes]. Por tanto, a primera vista no puede existir tanta carga derivada del pago de una patente si se tienen derechos correlativos adquiridos con gratuidad en la primera asignación, con costos de transacción especiales y sin mecanismos de prevención de daños a terceros por las externalidades que ocasione la transferencia de un determinado derecho de aprovechamiento. Los costos de la carga son extraordinariamente inferiores a los beneficios que el Estado reconoció o constituyó previamente y nada les impide hacer uso de ese derecho o transferirlo a cualquier título en el lugar en el que se encuentra constituido.

b.- El pago de patente por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas es proporcional

28°. El artículo 19, numeral 20°, de la Constitución enmarca la regla de los tributos y proscribire, en su inciso segundo, la existencia de “tributos manifiestamente desproporcionados o injustos”, bajo la lapidaria frase de “en ningún caso”. Por tanto, habrá que hacerse cargo de dos tipos de infracciones constitucionales, la proporcionalidad del tributo y la justicia del mismo. En ambos casos, se ha de tratar de una falta “manifiesta”, esto es, evidente por sí misma, excesiva, fuera de todo canon racional, alejada de todo criterio plausible, esencialmente arbitraria, o de discrecionalidad completa. Como dijo el Tribunal en otra sentencia, se trata de límites que se sobrepasan al ser burdos, exagerados o injustificables (Sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 280, considerando 19°). No podemos soslayar que se ha de tratar de una adjetivación superlativa de la desproporción y de la injusticia. Lo manifiesto es aquello que no se puede ocultar ni racionalizar. Basta verlo. Y, por lo mismo, esta Magistratura nunca ha definido la concurrencia de una vulneración sobre un tributo que reúna tales características.

29°. La patente a pagar por no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas debidamente constituidos o reconocidos está construida sobre la base de una serie de criterios que es necesario indicar. Primero, el factor geográfico. Los artículos 129 bis 5 y bis 6 del Código de Aguas, impugnados, parten de la división del país en tres macro-zonas regionales (Norte - Metropolitana; centro-sur y sur), definidas sobre la base de las constataciones esenciales de la disposición de aguas terrestres de menos a más. En segundo lugar, el criterio temporal, puesto que no es lo mismo para la



sociedad la disposición de derechos sin uso por un tiempo (hasta los 5 años, entre el sexto y el décimo año y sobre los once años), lo que implica que el costo de la patente es creciente. Y, finalmente, el quantum de la patente. Tratándose de derechos de aprovechamiento consuntivo de ejercicio permanente, el pago está asociado a la cantidad de litros por segundo que se tengan reconocidos o constituidos para su aprovechamiento, siendo ese valor en la región aplicable al caso concreto (Región Metropolitana - Río Maipo), el de 1,6 UTM por cada litro por segundo. La operatoria del factor temporal duplica y cuadruplica ese valor si han transcurrido más de 5 años y más de 10 años, respectivamente, sin hacer uso de esos derechos de aprovechamiento. Por tanto, la patente implica un pago de algo más de \$84 mil pesos por litro por segundo.

30°. No resulta plausible entender que esta patente es desproporcionada si para su construcción normativa atiende a factores geográficos, temporales y vinculados a la porción del bien que permite su aprovechamiento. El legislador opera con categorías razonables vinculadas al desarrollo de finalidades constitucionalmente legítimas. Por una parte, sostenidas en la ejecución del deber del Estado de tutelar la preservación de la naturaleza (artículo 19, numeral 8°, de la Constitución) y, por otra, como desarrollo de las limitaciones y obligaciones que se derivan de su función social, especialmente, en cuanto exija la conservación del patrimonio ambiental del país (artículo 19, numeral 24°, inciso segundo, de la Constitución). Por una parte, es una medida idónea permitir el uso proporcional del agua abaratándola en lugares de mayor abundancia y encareciéndola en zonas de escasez. En cuanto al principio de necesidad, no resulta ninguna duda que el legislador se vio impelido a disuadir la ocurrencia de un régimen especulativo sorprendente respecto de un bien nacional de uso público. La propia jurisprudencia de la Corte Suprema ha hecho propia la explicación contenida en el Mensaje del proyecto de ley que devino en la Ley N° 20.017, indicando que “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” (Sentencia de la Corte Suprema, Rol 6158-2009, de 24 de enero de 2012). Finalmente, también cumple con el requisito de ser estrictamente proporcional en cuanto al hecho de que no existe una carga que excesivamente recaiga en los derechos de una persona. Justamente lo contrario. No deja de ser sintomático que la región centro-sur apenas duplica el valor de la patente respecto de la zona sur, en circunstancias que cualquier medición histórica de sostenimiento, acumulación y presencia de aguas terrestres permitiría explicar que esa proporción es más del doble en la zona sur que en el centro-sur. Por tanto, la patente está lejos de impedir la tenencia de derechos de agua sin utilización sino que abiertamente la favorece en la zona de mayor actividad económica del país y con mayor asentamiento de la población. Tal afirmación no corresponde a un *dictum* jurisprudencial sino que la doctrina ha verificado cómo, año tras año, se incrementan los derechos afectos al pago de la patente y “pareciera que muchos titulares están



prefiriendo pagar la patente y conservar en su patrimonio los respectivos derechos, aunque no utilicen las aguas correspondientes. Atendido ello, se introduce con fuerza la necesidad de modificar este mecanismo de patente, convirtiéndolo en uno de carácter general, aplicable a todos quienes detenten derechos de aprovechamiento de aguas” [Alejandro Vergara Blanco (2014), *Crisis institucional del agua. Descripción del modelo, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales*, Thomson Reuters, Santiago, p. 323]. Adicionalmente, es relevante indicar que el no uso de los derechos impacta en el ejercicio correlativo que otros tienen sobre estos derechos de aprovechamiento de los que se ven privados. En tal sentido, la corrección en el tiempo del agravamiento del costo de la patente permite asomar las otras titularidades potenciales cuyos derechos son sacrificados por la retención de un titular que no los ejerce. Por tanto, lejos estamos de encontrarnos frente a una patente que se haya configurado al margen de las reglas de proporción que la Constitución permite.

c.- El pago de la patente por no uso de derechos de aprovechamiento de agua no es injusta

31°. La manifiesta injusticia del tributo abre un conjunto muy amplio de hipótesis normativas que permitirían dar por acreditado el supuesto de la potencial vulneración.

La primera acepción sería que los sujetos obligados por la norma sean determinados arbitrariamente, vulnerando el principio de igualdad. Sin embargo, los principios que rigen el establecimiento del pago de esta patente se conforman con lo que se denomina el principio de equidad vertical, esto es, que contribuyentes distintos deben ser tratados de manera distinta [Marvin Gómez (2012), *La equidad tributaria. Su correcta aplicación en México*, RM advisors Ediciones, México, DF, pp. 116 y siguientes]. Resulta claro que el tipo específico de contribuyente obligado a este pago de la patente aludida es una ínfima minoría, no concurriendo el principio de la generalidad de tratamiento a todo contribuyente. Y, a su vez, el lugar geográfico en donde se ubique es determinante para la aplicación del canon respectivo. Y estando en ese tramo, la legislación realiza las distinciones que permiten asumir que no hay un yerro en la identificación arbitraria del contribuyente. Hay razonabilidad y objetividad en la diferencia de trato de cada contribuyente, según analizamos anteriormente.

32°. Otra manifestación de la injusticia sería la naturaleza confiscatoria de la patente, esto es, que afecte de tal manera la capacidad económica del contribuyente que configure una especie de exacción. Lo cierto es que en este caso no se ve cómo podría llegar a estimarse tal posibilidad, por variadas razones normativas. Primero, porque el titular de la patente se inserta dentro de la estructura del mercado sobre los derechos de aguas, teniendo un conjunto amplio de opciones jurídicas (artículo 6° del Código de Aguas) que permite la transferibilidad, cesión, arriendo o quién sabe qué alternativa de sus derechos, previamente otorgados por el Estado de forma gratuita. Cuando se realizan inversiones en el sector agrícola se ha de situar en la perspectiva



del mercado y desde allí verificar el costo - oportunidad sobre el ejercicio de los derechos. En segundo lugar, no se trata de un cobro que acontezca a todo evento. Hay un conjunto importante de excepciones que liberan o eximen del cobro de la patente. Hay excepciones comunes o de carácter general para todos los contribuyentes que se encuentran con derechos de aprovechamiento de aguas y que se refieren a la realización de obras de captación de las aguas. Estas obras “son aquellas que permitan incorporarlas a los canales y a otras obras de conducción, aun cuando tales obras sean de carácter temporal y se renueven periódicamente” [Gonzalo Muñoz Escudero (2011), “Establecimiento del pago de una patente por la no utilización de las aguas”, en Alejandro Vergara Blanco (Dirección), *Código de Aguas comentado*, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile, p. 576]. Asimismo, hay excepciones de carácter particular, dependiendo del sujeto contribuyente, el caudal y ubicación geográfica, la naturaleza del grupo de usuarios o la actividad económica de las empresas de servicios sanitarios. El dilema de este caso es que no concurren las hipótesis que lo sustraigan de la obligación tributaria. Resulta claro para este Tribunal que sus competencias le permiten dejar inaplicables determinados preceptos legales, pero está fuera de su competencia construir una exención tributaria que es de derecho estricto. “En otras palabras, *“corresponde entonces que la ley consagre efectivamente las exoneraciones y que no deje librada a la voluntad discrecional del Poder Ejecutivo la posibilidad de otorgarlas”*. (Juan Carlos Peirano Facio, *Protección Constitucional de los Contribuyentes*, 2000, p. 81). Y es que -evidentemente- poco o nada valdría el principio de reserva legal tributaria si las obligaciones establecidas en virtud de una ley pudieran ser modificadas o, más bien, suprimidas por un simple acto administrativo. Es por lo mismo que, se ha señalado, la única forma válida de legislar en materia de exenciones tributarias es la de *“señalarlas íntegramente, en cuanto a sus tipos, en la ley, determinando el género de éstas, los requisitos de su procedencia y las condiciones que debe reunir el contribuyente para beneficiarse con ellas; de esta forma podrá más tarde la Administración realizar un proceso de selección de los contribuyentes y de los casos en que procede aplicar la exención, para lo cual la Administración tributaria deberá sujetarse a los, ya comentados, conceptos indeterminados”*. (Meza e Ibaceta, ob. cit., p. 143). Así las cosas, resulta concordante con el principio de reserva legal tributaria el que todas las exenciones y, en general, los beneficios tributarios, como igualmente su modificación o eliminación -al tenor de lo prescrito en el artículo 19, N°s 20° y 22°, de la Constitución Política de la República-, queden suficientemente establecidos por el legislador.” (Sentencia del Tribunal Constitucional Rol N° 1234, considerando 26°);

33°. Finalmente, no es injusto el pago de la patente, porque ella se enmarca dentro de un tratamiento tributario que le permite al contribuyente descontar parte de los impuestos. En tal sentido, el artículo 129 bis 20 del Código de Aguas establece que “el valor de las patentes no se considerará como gasto tributario para efectos de la determinación de la base imponible del impuesto de Primera Categoría de la Ley sobre Impuesto a la Renta. Sin perjuicio de ello, a dicho monto no le será aplicable lo dispuesto en el artículo 21 de dicha ley. Los titulares de derechos de aprovechamiento



podrán deducir del monto de sus pagos provisionales obligatorios de la Ley sobre Impuesto a la Renta, las cantidades mensuales que paguen por conceptos de patentes en los años anteriores a aquel en que se inicie la utilización de las aguas. El remanente que resultare de esta imputación, por ser inferior el pago provisional obligatorio o por no existir la obligación de hacerlo en dicho período, podrá imputarse a cualquier otro impuesto fiscal de retención o recargo de declaración mensual y pago simultáneo que deba efectuarse en la misma fecha, y el saldo que aún quede podrá imputarse a los mismos impuestos indefinidamente en los meses siguientes, hasta su total agotamiento, reajustado en la forma que prescribe el artículo 27 del Decreto Ley N° 825, de 1974". En consecuencia, se trata de una patente que no es arbitraria en la identificación del sujeto contribuyente, que es proporcional en el establecimiento de sus reglas de imputación de la obligación tributaria, que permite disminuir la carga tributaria en el ejercicio del derecho real de aprovechamiento de las aguas, que es susceptible de exenciones y cuyo cobro puede ser imputado y deducido de otros impuestos. No se "ve" cuán "manifiesta" es la injusticia de un tributo meramente temporal por un beneficio excepcional que el Estado ha reconocido o constituido a favor de los titulares de los derechos de aprovechamiento de aguas.

34°. En consecuencia, no concurren en el caso concreto los supuestos que permitan estimar la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de las normas impugnadas, sea tanto en los hechos como en el derecho.

Redactó la sentencia el Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN (Presidente) y la disidencia, el Ministro señor GONZALO GARCÍA PINO.

Comuníquese, notifíquese, regístrese y archívese.

Rol N° 10.515-21-INA

Pronunciada por el Excmo. Tribunal Constitucional, integrado por su Presidente, Ministro señor JUAN JOSÉ ROMERO GUZMÁN, y por sus Ministros señor IVÁN ARÓSTICA MALDONADO, señora MARÍA LUISA BRAHM BARRIL, señores GONZALO GARCÍA PINO, CRISTIÁN LETELIER AGUILAR, NELSON POZO SILVA, JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ, señora MARÍA PÍA SILVA GALLINATO, y señores MIGUEL ÁNGEL FERNÁNDEZ GONZÁLEZ y RODRIGO PICA FLORES.

Se certifica que el Ministro señor JOSÉ IGNACIO VÁSQUEZ MÁRQUEZ concurre al acuerdo y fallo, pero no firma por encontrarse con licencia médica.

Firma el señor Presidente del Tribunal, y se certifica que los demás señoras y señores Ministros concurren al acuerdo y fallo, pero no firman por no encontrarse en dependencias físicas de esta Magistratura, en cumplimiento de las medidas dispuestas ante la alerta sanitaria existente en el país.



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

