

Santiago, veinticuatro de abril de dos mil veinte.

**VISTOS:**

En estos autos Rol N° 31.628-2018, Parque Titanium S.A. interpuso reclamación en contra de la Resolución DGA RMS N° 1.496 (Exenta) de 7 de septiembre de 2017, que denegó su solicitud de constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas, de carácter no consuntivo, de ejercicio permanente y continuo, por un caudal de 260 litros por segundo, a extraer desde dos captaciones y a ser restituidos en seis pozos, en la comuna de Las Condes, dentro del sector hidrogeológico de aprovechamiento común denominado Santiago Central. Estas aguas tenían por objeto implementar un novedoso y sustentable sistema de climatización de su Proyecto Inmobiliario compuesto por tres torres de 23 pisos.

Indica que, aun cuando la Dirección General de Aguas (en adelante DGA) estimó ajustado a derecho otorgar el derecho pedido, mediante Resolución D.G.A. R.M.S. N° 10 de 13 de mayo de 2015 y Resolución D.G.A. R.M.S. N° 2 de 27 de mayo de 2016, la Contraloría General de la República se abstuvo de tomar razón de tales actos administrativos, por estimar infringido el artículo 66 del Código de Aguas, puesto que en las áreas de restricción no pueden otorgarse nuevos derechos en carácter definitivo, y porque tampoco es posible constituir nuevos derechos de aprovechamiento en



carácter de provisionales en esa área, sin distinguir entre derechos consuntivos o no consuntivos.

Añade que, considerando que el derecho pedido no es consuntivo, es decir, no importa el consumo del agua, pues luego de utilizado debe devolver el recurso a la misma fuente, la DGA estimó inicialmente que, de constituirse, tal derecho no afectaría los derechos de uso consuntivo existentes sobre el acuífero, ni sus niveles freáticos, pese a lo cual rechazó su petición debido únicamente a la actuación de la Contraloría General de la República.

Relata que en el año 2005 se declaró como área de restricción el acuífero Santiago Central, por lo que, de acuerdo al artículo 65 del Código de Aguas, corresponde a un sector hidrogeológico de aprovechamiento común en el que existe el riesgo de grave disminución del acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él. Acusa que, en ese entendido, la Contraloría General de la República yerra al interpretar la normativa, ya que el artículo 66 del Código de Aguas, que regula esta materia, sólo aborda la situación de los derechos provisionales, mas no la de los definitivos, esto es, autoriza a la DGA para otorgar provisionalmente derechos de aprovechamiento en las zonas de restricción, pese a lo cual la Contraloría entiende que en un área de restricción no pueden otorgarse nuevos derechos de aprovechamiento de agua definitivos, cualquiera sea su



carácter, con lo que soslaya que al no consumir el agua, el derecho de aprovechamiento no consuntivo, no puede disminuir el acuífero ni afectar a terceros, de modo que tampoco perjudica el bien jurídico protegido, de lo que deduce que la única interpretación razonable de la norma es aquella conforme a la cual se concluye que, únicamente, impide la constitución de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos definitivos.

Por último, alega que si se considera que en prácticamente todo el territorio norte y central de Chile se encuentran vigentes áreas de restricción para la explotación de aguas subterráneas, una interpretación como la sostenida por la Contraloría haría que el país se privase de utilizar el recurso hídrico subterráneo en procesos productivos que no la consumen.

Por todo lo expuesto, solicitó que se deje sin efecto la Resolución reclamada y se ordene a la DGA constituir el derecho de aprovechamiento solicitado.

Al informar, la Dirección General de Aguas solicitó el rechazo de la acción intentada, con costas, aduciendo que, en cuanto al marco normativo aplicable, todas las solicitudes de aprovechamiento de aguas deben cumplir con lo dispuesto en los artículos 22 y 141 del Código de Aguas, esto es, que la solicitud sea legalmente procedente, que exista disponibilidad del recurso y, que no se perjudiquen ni menoscaben derechos de terceros; y, además, lo prescrito



en el artículo 140 del mismo código (indicando la fuente desde la cual se captará el recurso, la dotación o causal del derecho y un punto específico desde el cual se captarán las aguas y de restitución, si el derecho no es consuntivo). Agrega que las áreas de restricción están reguladas por los artículos 65, 66 y 67 del Código sobre la materia.

Expuesto lo anterior asevera que:

1.- No existe infracción alguna en la resolución reclamada, toda vez que fue dictada por la autoridad pertinente, válidamente investida, quien actuó dentro del ámbito de sus competencias y respetó el procedimiento administrativo y sus principios. Adiciona que el acto administrativo goza de una presunción de legalidad, imperio y exigibilidad desde su entrada en vigencia, conforme el artículo 3° de la Ley N° 19.880.

2.- Asevera que los actos administrativos terminales por medio de los cuales su parte acoge la solicitud de constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas están sujetos al control de legalidad de la Contraloría General de la República, por lo que tales actos no están consolidados si no ha sido controlada su legalidad y, en la especie, el órgano contralor se abstuvo de tomar razón de la determinación de su parte, en dos oportunidades. Por ello, considerando la representación aludida, su parte dictó la resolución reclamada, destacando que, en ese



contexto, la reclamante sólo tenía una mera expectativa de obtener su derecho, en tanto no se verificara ese control de legalidad.

3.- El criterio adoptado por la Contraloría General de la República es el actual parecer de la DGA, la que adhiere a la interpretación restrictiva que se ha dado a la concesión de derechos sobre las áreas de restricción. A mayor abundamiento, indica que respecto del área de restricción en el caso de autos, con fecha 11 de octubre de 2011 se eliminó la posibilidad de otorgar incluso derechos de aprovechamiento de aguas provisionales, por lo que al momento de la solicitud de la reclamante, ni siquiera se podían otorgar derechos provisionales.

4.- El artículo 66 del Código de Aguas no efectúa la distinción sostenida por la actora y tampoco establece una hipótesis análoga que permita deducir lo propuesto por la reclamante, pues sólo autoriza el otorgamiento de derechos provisionales.

Por sentencia de veinticinco de octubre de dos mil dieciocho una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago decidió rechazar la reclamación intentada, teniendo presente que los artículos 65, 66 y 67 del Código de Aguas establecen las reglas por las que se rigen las áreas de restricción y el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de aguas sobre las mismas. Luego, indicaron que, de tales normas, se desprende que las áreas de



restricción se declaran por la DGA a fin de brindar protección a aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento que corren el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, de lo que deducen que es obvio que se hace necesario restringir el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas sobre los mismos, en especial si ello puede provocar un perjuicio en los derechos ya constituidos de terceros.

Enseguida, los sentenciadores establecieron que la inteligencia que ha de darse al artículo 66 del Código de Aguas debe conformarse con su espíritu, de modo que si el precepto establece que la DGA puede otorgar provisionalmente derechos de aprovechamiento en las zonas de restricción, resulta evidente que la norma restringe de manera excepcional la facultad de dicha autoridad para otorgar derechos de aprovechamiento de aguas en tales áreas, de manera que sólo puede constituir derechos provisionales -sean consuntivos o no consuntivos, toda vez que la norma no distingue al respecto-, mas no definitivos.

A continuación, argumentaron que si la constitución de derechos de aprovechamiento de agua (sean provisionales o definitivos, consuntivos o no consuntivos) es siempre un acto de autoridad que se concreta -salvo una excepción-, mediante una resolución de la DGA, entonces, ¿por qué es necesario que la norma en análisis señale que la DGA puede otorgar provisionalmente derechos de aprovechamiento en



zonas de restricción, si esa es una facultad que ya posee?, es decir, ¿qué sentido tiene la declaración de restricción, como medida de protección, si no produce efectos en los derechos de aprovechamiento que la DGA puede otorgar en ellas?.

Al respecto, concluyen que el artículo 66 del Código que rige la materia, sólo admite esa interpretación, puesto que para brindar protección a los sectores hidrogeológicos de aprovechamiento que corren el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero y que, por esa razón, han sido declarados áreas de restricción, en ellos sólo pueden otorgarse derechos de aprovechamiento provisionales, mas no definitivos. Estiman que esta interpretación está en armonía con el artículo 67 del mismo cuerpo legal, en cuanto dispone que los derechos de aprovechamiento otorgados de acuerdo al artículo 66 se podrán transformar en definitivos una vez transcurridos cinco años de ejercicio efectivo en los términos concedidos, y siempre que los titulares de derechos ya constituidos no demuestren haber sufrido daños, de lo que deducen que los derechos en comento sólo pueden concederse en calidad de provisionales y que únicamente el transcurso de tiempo y la concurrencia de los demás requisitos permiten transformarlos en definitivos. Conforme a lo anterior, concluyeron que no es posible ni procedente, conforme a la ley, conceder derechos de aprovechamiento de



aguas (consuntivos o no consuntivos) definitivos en un área de restricción, resultando posible únicamente constituir derechos de aprovechamiento provisionales.

Finalmente, afirman que la interpretación que la DGA y la Contraloría General de la República han efectuado, de las normas analizadas, es acertada, de modo que no existe infracción respecto de la misma, y habiendo actuado la recurrida, además, dentro del ámbito de sus atribuciones y de conformidad a los procedimientos legales, la reclamación carece de fundamentos, debiendo ser desechada, no sin antes destacar que la DGA se encuentra obligada a obedecer los dictámenes de la Contraloría.

En contra de esta determinación la reclamada dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que el recurso denuncia que la sentencia quebranta los artículos 65 y 66 del Código de Aguas, en relación con los artículos 19 a 24 del Código Civil y los artículos 14 y 282 del Código de Aguas.

Aduce que, la sentencia efectúa una errada interpretación de los artículos 65 y 66 de la legislación precitada, en lo relacionado con la posibilidad de otorgar derechos de aprovechamiento de aguas provisionales en áreas de restricción, en tanto entiende que no pueden otorgarse en tales áreas derechos de aprovechamiento de aguas no





consuntivos definitivos.

Destaca que, si bien la sentencia determina correctamente el espíritu de la norma del artículo 66 del Código de Aguas (vinculado con el objeto de las áreas de restricción), no efectúa una correcta aplicación del inciso segundo del artículo 19 del Código Civil atendiendo al espíritu señalado, lo que se debe a que la sentencia no distingue ni analiza la diferencia fundamental que existe entre derechos de aprovechamiento consuntivos y no consuntivos, pues en concepto del recurrente, si no se atiende a esta diferencia fundamental entre derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos y no consuntivos, es imposible determinar el correcto alcance y aplicación del artículo 66 del Código tantas veces citado.

Acto seguido, arguye que según el artículo 14 del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento de carácter no consuntivo no autorizan para consumir el agua, puesto que su titular debe restituirla a la fuente natural después de su uso, mientras que los derechos consuntivos permiten el consumo del agua. Subraya que, por su carácter, y en relación con las Áreas de Restricción, los derechos no consuntivos nunca podrán significar un *"riesgo de grave disminución, (...) con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él"*, puesto que ellos no pueden hacer disminuir un acuífero, porque no consumen agua. Por lo mismo, afirma que los derechos no



consuntivos no deben ser considerados para calcular la "disponibilidad" del recurso hídrico subterráneo, porque toda el agua que se extrae vuelve al acuífero.

Por último, quien recurre, subraya que la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, no podrá causar perjuicios a derechos de terceros.

Manifiesta que, en estas condiciones, tiene pleno sentido que el artículo 66 del Código de Aguas disponga que la DGA sólo puede constituir derechos de aprovechamiento de aguas provisionales en un área de restricción, entendiendo que con ello sólo se refiere a los consuntivos.

Añade que por lo dicho, también tiene sentido entender que la declaración de área de restricción limita las competencias de la DGA, permitiendo constituir tan sólo derechos consuntivos provisionales o bien no consuntivos, sean definitivos o provisionales, interpretación que se deduce por aplicación de los artículos 19 a 24 del Código Civil. Explica que la labor de interpretación que hacen los sentenciadores sobre el artículo 66 del Código de Ramo, demuestra que su tenor literal no es claro, por lo que resultaba obligatorio consultar el espíritu de la norma, para lo cual propone el recurrente, en primer lugar, una interpretación teleológica o finalista, para lo cual la distinción entre derechos consuntivos y no consuntivos es de vital importancia, puesto que sólo los primeros pueden comprometer los niveles y la sustentabilidad de un



acuífero, generando una disminución en el mismo.

En ese entendido, asevera el recurrente que, la solución que el legislador diseñó para el caso en que se haya dictado la correspondiente "área de restricción", esto es, para evitar que el riesgo se transforme en un efectivo deterioro del acuífero, consiste en que en tales zonas la DGA sólo puede constituir en el futuro derechos de aprovechamiento de aguas de carácter "provisional".

En ese entendido, subraya que si solo los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos son los que pueden hacer descender un acuífero y causar perjuicios a derechos de terceros, luego, la limitación para la DGA de constituir derechos de aprovechamiento de aguas definitivos en áreas de restricción sólo se aplica a los derechos consuntivos, por lo que la sentencia, en una errada interpretación de los artículos 66 y 55 del Código de Aguas, impide la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas definitivos de cualquier carácter (consuntivos o no consuntivos) en áreas de restricción, lo cual resulta absurdo y contrario al objetivo buscado por el legislador al dictar las normas en comento.

Enseguida, afirma que a igual conclusión se llega acudiendo al elemento de interpretación lógico, pues los únicos derechos de aprovechamiento de aguas que pueden producir el efecto de disminuir un acuífero son los de carácter consuntivo, de lo que deduce que resulta ilógico



y absurdo sostener que en las áreas de restricción también está vedado constituir derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, sean definitivos o provisionales, como se concluye en la sentencia recurrida, en tanto dicha conclusión no es concordante con la legislación de aguas en general, ni con las normas que regulan los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos y no consuntivos, y se aleja de la finalidad que persiguió el legislador al establecer las áreas de restricción.

Agrega que esta errada interpretación del artículo 66 del Código de Aguas, conlleva infracciones a los principios de "no contradicción" y de "razón suficiente"; en cuanto a la infracción al principio de no contradicción arguye que no puede ser verdadero que el legislador haya querido entregar, al aludido precepto legal, el sentido y alcance que le asigna la sentencia recurrida si, en una situación análoga, respecto de aguas superficiales, resuelve el asunto de una forma completamente distinta, en particular en el artículo 282 del Código citado [*"El Director General de Aguas podrá declarar en caso justificado, (...) para los efectos de la concesión de nuevos derechos consuntivos permanentes, el agotamiento de las fuentes naturales de aguas, sean éstas cauces naturales, lagos, lagunas u otros. Declarado el agotamiento no podrá concederse derechos consuntivos permanentes"*], es decir, si se trata de aguas superficiales, cuando la DGA quiere proteger una fuente de



agua en peligro, puede declararla "agotada", que es equivalente a declarar un "área de restricción" de aguas subterráneas y la consecuencia de ello es que en dicha fuente no podrán otorgarse nuevos derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos permanentes, aunque sí podrán constituirse nuevos no consuntivos. Enfatiza que no tendría sentido que, tratándose de aguas superficiales y aguas subterráneas, el legislador haya querido solucionar el mismo problema con instrumentos contradictorios, pues tal contradicción no existe, toda vez que una correcta interpretación de las normas permite entender, respecto de las aguas superficiales, si se dicta el "agotamiento" de una fuente natural en peligro, en esa zona sólo estará vedado constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos, mientras que para las aguas subterráneas, si se dicta "área de restricción" en un acuífero, en esa zona solo estará vedado constituir nuevos derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos definitivos.

Respecto de la transgresión del principio de la razón suficiente, el recurrente expresa que, si lo que busca el artículo 66 tantas veces aludido, es evitar un grave deterioro de un acuífero, restringiendo el consumo del recurso hídrico, se debe limitar, entonces, el otorgamiento de nuevos derechos que supongan tal consumo, y estos derechos no son otros que los consuntivos porque los no



consuntivos no pueden consumir el agua ni afectar derechos de terceros, careciendo de razón suficiente la restricción respecto de ellos, pues no tiene fundamento alguno.

Por último, esgrime que tanto una interpretación sistemática de las normas del Código de Aguas vulneradas, conforme al artículo 22 del Código Civil, como también si se atendiera al genuino sentido de la ley, necesariamente llevarían a concluir que la limitación impuesta por el citado artículo 66 del primer cuerpo legal citado, solo afecta a los derechos consuntivos y no a los no consuntivos, sin embargo, desconocieron su real espíritu y contexto, además de arribar a una interpretación contradictoria con otras normas análogas que versan sobre el mismo asunto.

**SEGUNDO:** Que al señalar la influencia que en lo dispositivo del fallo habrían tenido los indicados yerros jurídicos, explica que de no haberse incurrido en ellos la sentencia habría llegado necesariamente a la conclusión que la solicitud de su parte debió ser acogida, por tratarse de un derecho de aprovechamiento de aguas no consuntivo.

**TERCERO:** Que, al comenzar el análisis del recurso de nulidad sustancial resulta pertinente destacar que el artículo 5 del Código de Aguas estatuye que: *"Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente código"*.



A su turno, el artículo 65 del mismo cuerpo legal, situado en el párrafo 3°, intitulado "De la explotación de aguas subterráneas", del Título VI, denominado "De las aguas subterráneas", estatuye que: "Serán áreas de restricción aquellos sectores hidrogeológicos de aprovechamiento común en los que exista el riesgo de grave disminución de un determinado acuífero, con el consiguiente perjuicio de derechos de terceros ya establecidos en él.

Cuando los antecedentes sobre la explotación del acuífero demuestren la conveniencia de declarar área de restricción de conformidad con lo dispuesto en el inciso anterior, la Dirección General de Aguas deberá así decretarlo. Esta medida también podrá ser declarada a petición de cualquier usuario del respectivo sector, si concurren las circunstancias que lo ameriten. Será aplicable al área de restricción lo dispuesto en el artículo precedente.

La declaración de un área de restricción dará origen a una comunidad de aguas formada por todos los usuarios de aguas subterráneas comprendidas en ella".

Finalmente, el artículo 66 prescribe que: "La Dirección General de Aguas podrá otorgar provisionalmente derechos de aprovechamiento en aquellas zonas que haya declarado de restricción. En dichas zonas, la citada Dirección limitará prudencialmente los nuevos derechos pudiendo incluso dejarlos sin efecto en caso de constatar



*perjuicios a los derechos ya constituidos.*

*Sin perjuicio de lo establecido en el inciso primero del artículo 67, y no siendo necesario que anteriormente se haya declarado área de restricción, previa autorización de la Dirección General de Aguas, cualquier persona podrá ejecutar obras para la recarga artificial de acuíferos, teniendo por ello la preferencia para que se le constituya un derecho de aprovechamiento provisional sobre las aguas subterráneas derivadas de tales obras y mientras ellas se mantengan”.*

Por otro lado, el artículo 67 dispone lo siguiente: “Los derechos de aprovechamiento otorgados de acuerdo al artículo anterior, se podrán transformar en definitivos una vez transcurridos cinco años de ejercicio efectivo en los términos concedidos, y siempre que los titulares de derechos ya constituidos no demuestren haber sufrido daños. Lo anterior no será aplicable en el caso del inciso segundo del artículo 66, situación en la cual subsistirán los derechos provisionales mientras persista la recarga artificial.

*La Dirección General de Aguas declarará la calidad de derechos definitivos a petición de los interesados y previa comprobación del cumplimiento de las condiciones establecidas en el inciso precedente”.*

**CUARTO:** Que, para resolver el recurso en examen se hace necesario subrayar que, al tenor de las presentaciones





efectuadas por las partes, aparece que no existe controversia en torno a que Parque Titanium S.A. solicitó con fecha 20 de abril de 2012, a la Dirección General de Aguas, la constitución de un derecho de aprovechamiento no consuntivo de aguas subterráneas, de ejercicio permanente y continuo, por un caudal de 260 litros por segundo, y un volumen total anual de 4.057.000 metros cúbicos, a extraer desde dos captaciones, y a ser restituidos en seis pozos, todos ellos ubicados en la comuna de Las Condes, provincia de Santiago, Región Metropolitana de Santiago, sector hidrogeológico de aprovechamiento común denominado Santiago Central.

Asimismo, las partes están de acuerdo en que mediante la Resolución DGA N° 286 de 1 de septiembre de 2005 modificada por la Resolución N°231 de 11 de octubre de 2011, se declaró como área de restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas el acuífero Santiago Central.

**QUINTO:** Que, de los antecedentes expresados, aparece que la Dirección General de Aguas, en uso de las facultades que le otorga la ley, declaró como área de restricción para nuevas explotaciones de aguas subterráneas el acuífero de aprovechamiento común denominado Santiago Central, sin que conste que dicha situación haya variado hasta el día de hoy.

Tal declaración implica, al tenor de la ley, que ya



desde el año 2005 la autoridad competente en la materia estima que existe un "riesgo de grave disminución" del referido acuífero, lo que, a su vez, podría redundar en ocasionar perjuicios a los "derechos de terceros ya establecidos" en ellos.

Es en ese contexto que la mentada autoridad decidió negar lugar a la solicitud de constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas de carácter permanente, formulada por la reclamante.

**SEXTO:** Que, entrando al análisis del arbitrio de nulidad sustancial, es posible advertir que el mismo se centra en la interpretación que la autoridad le ha dado al artículo 66 del Código de Aguas, concretamente si la frase que dispone "*La Dirección General de Aguas podrá otorgar provisionalmente derechos de aprovechamiento en aquellas zonas que haya declarado de restricción*", se refiere a los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos y no consuntivos, o únicamente a los consuntivos.

Lo anterior, por cuanto el artículo 14 del mismo Código prevé que: "*Derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho.*"

*La extracción o restitución de las aguas se hará siempre en forma que no perjudique los derechos de terceros*



*constituidos sobre las mismas aguas, en cuanto a su cantidad, calidad, substancia, oportunidad de uso y demás particularidades”.*

Es así como el recurrente ha sostenido que la correcta interpretación del artículo 66 del Código que rige la materia, es aquella que postula que sólo comprende los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos pues son éstos los que implican un consumo total de las aguas al tenor de lo dispuesto en el artículo 13 del mismo cuerpo legal.

**SÉPTIMO:** Que, de la sola lectura de las disposiciones transcritas y, en especial, de aquellas contenidas en el párrafo 3° del Título VI del Código de Aguas, aparece con nitidez que al regular esta materia el legislador ha pretendido evitar que, con ocasión de la explotación de las aguas subterráneas, se afecte a los titulares de derechos constituidos previamente, a la vez que ha diseñado diversas herramientas que tienen por finalidad preservar los recursos hídricos. Desde ya es posible asentar que la declaración de zona de restricción, es una de las herramientas que contempla la legislación para preservar el recurso hídrico, constituyéndose en una medida preventiva destinada a evitar el riesgo de “grave disminución de un determinado acuífero”, que se caracteriza por revestir una intensidad intermedia entre aquellas previstas por el legislador y que genera diversos efectos, entre los que se



cuenta la imposibilidad en que se halla la Dirección General de Aguas para constituir nuevos derechos de aprovechamiento con carácter definitivo o permanente, quedando facultada, únicamente, para otorgarlos en calidad de provisionales, previa apreciación prudencial de los límites con que pueden ser conferidos estos últimos. Esta afirmación se desprende del claro contenido de la norma en referencia, que al referirse exclusivamente a los derechos provisionales, descarta, a contrario sensu, los derechos de aprovechamiento de aguas permanentes. Esta conclusión es de toda lógica, pues el contexto de la regla en estudio, está dada por un acuífero que ha sido declarado zona de restricción, y por lo demás, así lo ha dicho esta Corte, con anterioridad, en autos Roles 5596-2016 y 5594-2016.

**OCTAVO:** Que, con el sólo mérito de lo anterior, es posible advertir que el recurso no puede ser acogido desde que lo solicitado en autos ha sido un derecho de aprovechamiento de aguas de carácter permanente para ser ejercido en un acuífero declarado zona de restricción.

**NOVENO:** Que, sin perjuicio de lo anterior, resulta necesario hacerse cargo de aquella alegación de la recurrente que postula que el alcance de la expresión "*derechos de aprovechamiento*" que utiliza el legislador en el artículo 66 del Código tantas veces, debe entenderse referido exclusivamente a los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos.



**DÉCIMO:** Que, para lo anterior, resulta útil mencionar algunas normas generales sobre el derecho de aprovechamiento de aguas, que se ubican en la misma recopilación legal:

El artículo 6 incisos 1° y 2° que disponen: *"El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código.*

*El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley".*

Los artículos 7 a 9 del Código de Aguas, que prescriben:

*Artículo 7: "El derecho de aprovechamiento se expresará en volumen por unidad de tiempo".*

*Artículo 8: "El que tiene un derecho de aprovechamiento lo tiene, igualmente, a los medios necesarios para ejercitarlo. Así, el que tiene derecho a sacar agua de una fuente situada en la heredad vecina, tiene el derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido en el título".*

*Artículo 9°: "El que goza de un derecho de aprovechamiento puede hacer, a su costa, las obras indispensables para ejercitarlo".*

Finalmente, el artículo 12 que expresa cómo puede



clasificarse el derecho de aprovechamiento de aguas:  
*Artículo 12°: "Los derechos de aprovechamiento son consuntivos o no consuntivos; de ejercicio permanente o eventual; continuo, discontinuo o alternado entre varias personas".*

**UNDÉCIMO:** Que, de las normas precedentes es posible advertir que, cuando el legislador se ha referido al derecho de aprovechamiento de aguas, lo ha hecho en forma genérica, sin distinguir entre aquellas características que puede adoptar. En otras palabras, el legislador ha establecido un régimen común para los derechos de aprovechamiento de aguas, esto significa que cuando establece la regulación general de ellos, no ha distinguido si se trata de derechos continuos o discontinuos, permanentes o provisionales, consuntivos o no consuntivos.

En conclusión, cuando el legislador se ha referido al derecho de aprovechamiento de aguas, se refiere a todos ellos, cualesquiera sean sus características. Por el contrario, cuando la ley ha señalado, excepcionalmente, alguna de esas características, no es posible entender la norma sino restrictivamente, sin que sea procedente hacer otra distinción, fuera de los términos en que lo hace el legislador expresamente.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Que la interpretación que propugna el recurrente no tiene asidero en el Código de Aguas aunque se esfuerce en demostrar lo contrario. Además, la



interpretación que invoca implicaría, desde ya, que cada vez que el Código de Aguas usa las expresiones "derecho de aprovechamiento de aguas", el intérprete debería entrar a discernir, en el contexto de que se trate, cuáles serían las características del derecho, que la norma en cuestión comprende, actividad que pugna con las normas de hermenéutica legal que el mismo recurrente señala como infringidas, pues tal propuesta es ajena al tenor de la norma y contradice el aforismo jurídico que señala que *donde la ley no distingue, no es lícito al intérprete hacerlo*.

**DÉCIMO TERCERO:** Que, en la misma línea de argumentos, la tesis del reclamante pugna con una interpretación sistemática de los preceptos contenidos en el mismo cuerpo legal según lo razonado en el motivo undécimo.

**DÉCIMO CUARTO:** Que la teoría en análisis también contraviene la lógica y una interpretación finalista, pues siendo pacífico que se trata de una zona de restricción hídrica, declarada por la autoridad especializada, previos los Informes Técnicos de rigor, no es posible por la vía de interpretación, extender el ámbito de aplicación del artículo 66 del Código de Aguas, de modo de ampliarlo a la posibilidad de constituir derechos de aprovechamiento no consuntivos en carácter de permanentes, como es el solicitado. En este mismo sentido, esta interpretación extensiva se aleja de una interpretación finalista de la



norma, por igual motivo, pues de lo que se trata es de no colocar en riesgo el nivel del acuífero y de los terceros con derechos constituidos.

Para lo anterior, es indispensable tener presente que los derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, si bien no permiten consumir el agua en forma definitiva, sí configuran un uso -en este caso permanente- del recurso, es decir, un uso que se mantiene en el tiempo. En la especie, se persigue instaurar un sistema de climatización que, de acuerdo a lo explicado por el abogado de la recurrente en estrados, implica que las aguas estarán permanentemente rodeando las torres de edificios, con el fin de aprovechar la temperatura promedio de las aguas subterráneas. Este uso permanente, aun cuando contemple la devolución de las aguas a la fuente, significa mantener un caudal de aguas en las torres de edificios durante todo el día, uso que sin duda puede afectar la disponibilidad del recurso hídrico del acuífero Santiago Central y de los derechos constituidos en favor de terceros.

**DÉCIMO QUINTO:** Que, por último, cabe hacerse cargo de la supuesta infracción en relación al artículo 282 del Código de Aguas, para lo cual basta reiterar que de acuerdo a una interpretación sistemática de dicho cuerpo legal, la regla general es que el legislador cuando se ha referido al derecho de aprovechamiento de aguas, lo ha hecho para someterlos a un régimen general, sin distinguir sus





características. Por el contrario, en aquellas oportunidades que ha querido distinguir lo ha hecho expresamente, como ocurre con la norma del artículo 282 norma que se refiere a aguas superficiales, cuyo no es el caso de las comprendidas en la presente controversia.

En todo caso, el recurrente ha comparado dos regímenes de aguas de distinta naturaleza, y además yerra al hacer comparable el agotamiento de las aguas superficiales con la situación de declaración de zona de restricción, pues el equivalente en realidad, de acuerdo a la legislación, es la declaración de zona de prohibición.

**DÉCIMO SEXTO:** Que, por todo lo antes razonado, es posible concluir que los sentenciadores hicieron una correcta aplicación de las normas atinentes a la materia, por lo que el recurso deberá ser desestimado.

De conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 766, 767, 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, **se rechaza** el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación de fecha trece de noviembre de dos mil dieciocho, en contra de la sentencia de veinticinco de octubre del mismo año.

Acordada con el voto **en contra** de la Ministra señora Vivanco y del Abogado Integrante Sr. Barra, quienes fueron del parecer de acoger el recurso de nulidad sustancial en examen y, por ende, la reclamación, dejando sin efecto la Resolución reclamada y, en su lugar, otorgar el derecho



solicitado, en carácter de provisional, en atención a las siguientes consideraciones:

**A.-** Que si bien es cierto el artículo 66 del Código de Aguas no hace distinción entre los derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos y no consuntivos, resulta atendible hacer esta diferencia por cuanto no se trata de un distingo ajeno a la normativa en comento, pues ya el artículo 14 del mismo cuerpo legal incorpora esta diferenciación.

**B.-** Que el distingo no es intrascendente pues, atento al tenor del artículo 14 inciso 1° del Código de Aguas, derecho de aprovechamiento de aguas no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho.

**C.-** Que, en estas condiciones, y tal como lo hacía la DGA hasta poco tiempo antes de pronunciarse sobre la petición de la reclamante, estos disidentes adhieren a una interpretación más amplia o menos restrictiva del artículo 66 ya referido, tal como lo desarrolla en el Informe Técnico DGA RMS N°356 de 19 de octubre de 2015 que tuvo por objeto aclarar las observaciones realizadas por la Contraloría General de la República, en su Dictamen N°057.596 de 20 de julio de ese año, al abstenerse de tomar razón de la Resolución DGA RMS N°10 de 13 de mayo de 2015.

**D.-** Que, de acuerdo a la interpretación más amplia a



la que adhieren estos disidentes, la declaración de zona de restricción tiene por objeto cautelar las extracciones del recurso y establecer la imposibilidad de constitución de nuevos derechos de uso consuntivo, a fin que no sigan bajando los niveles con el riesgo de afectar los derechos de aprovechamiento consuntivos ya constituidos sobre él, sean estos de carácter provisional o definitivo.

**E.-** Que, técnicamente, la declaración de área de restricción no se refiere a que no pueda constituirse una nueva extracción del tipo de derecho de uso no consuntivo, es decir, de aquellos que extraen el recurso y luego lo devuelven a la misma fuente o acuífero y que, por ende, no afectan en lo más mínimo a los derechos de uso consuntivos que se encuentran constituidos sobre el acuífero.

**F.-** Que, en consecuencia, la constitución de un derecho de aprovechamiento de aguas no consuntivo, no afecta derechos de uso consuntivos de terceros, ni afectan los niveles freáticos del acuífero y no ponen en riesgo de descenso los niveles del acuífero, y al no haberlo resuelto así los sentenciadores han incurrido en el yerro denunciado.

**G.-** Que, a mayor abundamiento, el mismo informe técnico precisa que el derecho solicitado se encuentra fuera del radio de protección de los 200 metros del derecho más cercano.

**H.-** Finalmente, los autores de este voto particular



concuerdan en que en la situación descrita por la norma, no resulta procedente conceder derechos de aprovechamiento de aguas en carácter de definitivos, mas sí en carácter de provisionales, por lo que estando dentro del margen de lo solicitado, estuvieron por acoger el recurso para el sólo efecto de conceder el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas de carácter no consuntivo, sobre el caudal y acuífero pedidos, con el carácter de provisional.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Abogado Integrante señor Barra y de la disidencia sus autores.

Rol N° 31.628-2018.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Ángela Vivanco M., y Sr. Leopoldo Llanos S., y los Abogados Integrantes Sr. Jorge Lagos G., y Sr. Antonio Barra R. No firman, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, los Abogados Integrantes Sr. Lagos y Sr. Barra por estar ausentes. Santiago, 24 de abril de 2020.



En Santiago, a veinticuatro de abril de dos mil veinte, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

