

C.A. de Temuco

Temuco, cinco de marzo de dos mil veintiuno.

**VISTO:**

A folio N° 1-2019 de carpeta digital comparece CARLOS JAVIER CANSECO MAURER, quien interpone recurso de protección en contra de la DIRECCION GENERAL DE AGUAS, (en adelante DGA), representado por su Director Regional don FREDDY GUTIERREZ TORRES.

Funda su acción en que es único y exclusivo dueño del predio rústico denominado Santa Hilda, ubicado en la comuna de Gorbea, de 178 hectáreas aproximadamente. El dominio rola inscrito a fojas 2.593 N° 1.525 del Registro de Propiedad del año 2015 del C.B.R. de Pitrufquén.

Agrega que en calidad de dueño, único y exclusivo, del citado predio, ha efectuado un proyecto de riego en un sector del inmueble, para efectos de mantener un cultivo de papas.

Indica que para proceder con el proyecto, el día 11 de septiembre de 2018, presentó ante la DGA de la región de la Araucanía, solicitud de derechos de aprovechamiento de uso consuntivo de aguas subterráneas, mediante la construcción del correspondiente pozo profundo, por un volumen total anual de 483.840 metros cúbicos, con un caudal máximo instantáneo de extracción de 35 litros por segundo, de ejercicio permanente y continuo.

Señala que su solicitud fue debidamente publicada en conformidad a la ley en el Diario Oficial, La Nación y Austral de Temuco y se realizó la correspondiente difusión radial y ello fue debidamente informado a la DGA.

A fines de enero de 2019 recibió ORD. DGA ARAUCANIA N° 40 en donde le informan que pagar la suma de \$25.000.-



mediante cheque o vale vista a nombre del MOP para realizar las inspecciones oculares a que se refiere el Art. 135 del Código de Aguas. Efectuado el pago indicado, la visita de inspección fue realizada el 15 de febrero de 2019.

Refiere que los primeros días de marzo de 2019, recibí ORD. DGA ARAUCANIA N° 212 en donde se le informa que, dentro de su predio, en un radio de 200 metros del pozo solicitado, se encuentra una captación subterránea a nombre de don Marco Milenko Goic Karmelic, constituida mediante resolución DGA N° 117 de 9 de septiembre de 2014 y que, por lo tanto, el derecho de aprovechamiento solicitado sólo podrá ser constituido, previa autorización notarial expresa del Sr. Goic.

Indica que don Marco Milenko Goic Karmelic falleció con fecha 15 de noviembre de 2014. Su posesión efectiva fue debidamente concedida a su cónyuge e hijos y fueron ellos quienes le vendieron el predio, mediante escritura pública de compraventa de fecha 21 de octubre de 2015.

Agrega que como consecuencia del fallecimiento del Sr. Goic Karmelic, el decreto de la DGA 117 de 9 de septiembre de 2014 nunca fue reducido a escritura pública, la cual debía ser firmada por éste y por el Director Regional de la DGA y, con posterioridad, proceder a inscribir los derechos de aguas concedidos ante el respectivo Conservador de Bienes Raíces.

Refiere que a consecuencia del fallecimiento del Sr. Goic Karmelic no se dio cumplimiento a las obligaciones establecidas por la ley para la adquisición de los derechos de aguas y no habiendo cumplido con dichas obligaciones, en tiempo y forma, esos derechos jamás fueron adquiridos por él.

Sostiene que el Código de Aguas establece en forma expresa que para la adquisición de los derechos de aguas no basta con el decreto de la DGA que los concede, sino que exige la correspondiente escritura pública suscrita por el solicitante y la DGA



y la inscripción de esta en el Registro de Propiedad de Aguas del C.B.R. competente.

El citado código señala en forma expresa en su Art. 117 que “La tradición de los derechos de aprovechamiento inscritos se efectuará por la inscripción del título en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces”.

Señala que respecto de los derechos de aguas del Sr. Goic no existe título, ya que, jamás se otorgó la escritura pública que ordena la ley y tampoco se procedió a realizar la tradición como en derecho corresponde.

Afirma que por ende lo señalado por la DGA en su ORD. DGA Araucanía N° 212 no es efectivo. La captación de agua que refiere la DGA no existe, ya que, el Sr. Goic Karmelic no procedió conforme a derecho para adquirir los derechos de agua solicitados y ello aconteció porque se produjo su fallecimiento y posterior a ello sus herederos le vendieron el inmueble.

Afirma que es físicamente imposible que cumpla con lo solicitado por la DGA, esto es, que el Sr. Goic le de autorización expresa, ya que ha fallecido. Tampoco pueden dar autorización sus herederos, porque ellos le vendieron el inmueble, sin estos derechos de agua porque ellos no eran dueños.

Como consecuencia de lo anterior, su solicitud de derechos de aprovechamiento de uso consuntivo de aguas subterráneas, mediante la construcción del correspondiente pozo profundo fue denegada mediante DGA Araucanía N°324 de fecha 18 de junio de 2019 el que fue debidamente notificado por medio de Correos de Chile con fecha 8 de julio de 2019.

**ACTO ARBITRARIO E ILEGAL:**

**1.- ACTO ILEGAL.**

Asevera que el acto administrativo contenido en el DGA ARAUCANIA N° 324 EXENTA de fecha 18 de junio de 2019, que me deniega su solicitud de derechos de aprovechamiento de uso



consuntivo de aguas subterráneas, es ilegal, porque contraviene las siguientes normas:

a.- El artículo 150 del Código de Aguas, que dispone; “La resolución que otorgue el derecho se reducirá a escritura pública que suscribirán el interesado y el funcionario que se designe al efecto y una copia de ella deberá inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente.”

b.- El artículo 114 N° 4 del mismo cuerpo legal: “Deberán inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces: 4. Las escrituras públicas que contengan el acto formal del otorgamiento definitivo de un derecho de aprovechamiento, así como las que contengan la renuncia a tales derechos.”

Indica que de los artículos transcritos, se desprende que la inscripción de los derechos de aprovechamiento de aguas en dicho Registro de Propiedad es una obligación y su incumplimiento significa una infracción a esa preceptiva.

Agrega que la DGA ha denegado su solicitud porque dentro de su predio, en un radio de 200 metros del pozo solicitado, se encuentra una captación subterránea a nombre de don Marco Milenko Goic Karmelic, constituida mediante resolución DGA N° 117 de 9 de septiembre de 2014 y a la presente fecha (agosto de 2019) el interesado no ha cumplido con las obligaciones que le imponen las normas legales citadas.

Se van a cumplir 5 años desde que al interesado Sr. Goic Karmelic le nacieron las obligaciones indicadas y ellas no han sido cumplidas y no serán cumplidas por él porque está fallecido.

Todos estos antecedentes se acreditaron debidamente ante la DGA y no obstante ello, la solicitud fue denegada.

Afirma que se ha producido el decaimiento del acto administrativo contenido en la Resolución DGA N° 117 de 9 de septiembre de 2014, porque se ha producido la extinción de dicho



acto, provocado por una circunstancia sobreviniente de hecho, cual es, el fallecimiento de la persona respecto de quien se dictó dicho acto y como consecuencia de ello, las obligaciones emanadas de éste no fueron cumplidas de conformidad a la ley y habiendo transcurrido 5 años desde que las obligaciones se hicieron exigibles, mal puede pretenderse que dicho acto aun produce efectos jurídicos, ya que se ha producido una dilación excesiva.

## 2.- ACTO ARBITRARIO.

Indica que el acto es arbitrario y la arbitrariedad de la DGA queda de manifiesto y en evidencia con la sola circunstancia que pretenden darle vida y efectos a un acto administrativo dictado hace 5 años y respecto de una persona que se encuentra fallecida.

La arbitrariedad consiste en denegar las solicitud de aprovechamiento de aguas por la existencia de este acto que, sin duda alguna, se encuentra extinguido por una causa sobreviniente, cual es, la muerte de la persona respecto de quien se dictó.

### GARANTIAS CONSTITUCIONALES VULNERADAS:

1.- La garantía del N° 2 del Art. 19 de la Constitución Política del Estado, esto es, la igualdad ante la ley, que establece el principio de interdicción de la arbitrariedad.

Señala que ha cumplido con todos y cada uno de los requisitos establecidos en el Código de Aguas para proceder a solicitar a la DGA el derecho de aprovechamiento de aguas subterráneas a fin de poder desarrollar en su predio el proyecto de riego que ha referido precedentemente.

La DGA vulnera esta garantía constitucional, ya que le impone un requisito no establecido en la ley y que, además, el citado requisito proviene de un acto administrativo que fue dictado hace 5 años, acto que no puede producir efectos jurídicos porque se ha producido su decaimiento por fallecimiento de la persona respecto de quien se dictó.



Agrega que no es razonable que le impongan condiciones muchísimo más gravosas para obtener el derecho de aprovechamiento de aguas que he solicitado.

2.- La garantía del N° 23 del Art. 19 de la Constitución Política del Estado, esto es, la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, en este caso, el derecho de aprovechamiento de aguas ya especificado, el llamado “derecho a la propiedad”.

Indica que es un deber de la autoridad competente, en este caso de la Dirección General de Aguas, velar por el orden público económico, lo que se traduce en garantizar a todos los agentes económicos la posibilidad de acceder a la propiedad de los derechos de aprovechamiento de aguas.

En la especie, esta garantía está siendo vulnerada por la DGA, ya que no se le está garantizando la posibilidad de acceder a la propiedad de los derechos de aguas solicitados.

Pide lo siguiente:

a) Se ordene a la Dirección General De Aguas proceda a tramitar como en derecho corresponde su solicitud de derechos de aprovechamiento de uso consuntivo de aguas subterráneas, mediante la construcción del correspondiente pozo profundo, por un volumen total anual de 483.840 metros cúbicos, con un caudal máximo instantáneo de extracción de 35 litros por segundo, de ejercicio permanente y continuo.

b) Se declare el decaimiento del acto administrativo contenido en la resolución DGA N° 117 de 9 de septiembre de 2014, ya que la persona respecto de quien se dictó hoy se encuentra fallecida.

c) Que, se condena expresamente en costas a la DGA.

Sin perjuicio de otras medidas de protección que esta Corte estime del caso adoptar para el pleno restablecimiento del imperio del derecho quebrantado por la conducta ilegal y arbitraria de la recurrida.



Acompañó los siguientes documentos: 1.- Inscripción de dominio de fojas 2.593 N° 1.525 del Registro de Propiedad del año 2015 del C.B.R. de Pitrufquén; 2.- Escritura de compraventa del inmueble; 3.- Certificado de defunción de don Marco Milenko Goic Karmelic; 4.- Solicitud de fecha 11 de septiembre de 2018 presentada ante la DGA; 5.-ORD. DGA ARAUCANIA N° 40 de fecha 10 de enero de 2019; 6.- ORD. DGA ARAUCANIA N° 212 de fecha 22 de febrero de 2019; 7.- ORD DGA ARAUCANIA N° 117 de fecha nueve de septiembre de 2014 de don Marco Milenko Goic Karmelic; 8.- ORD. DGA ARAUCANIA N° 324 exenta, de fecha 18 de junio de 2019.

A folio N°27-2020 evacua informe la recurrida DIRECCION GENERAL DE AGUAS, quien solicita el rechazo del recuso, con costas. Indica que el recurso de protección no es el medio idóneo para conocer los litigios que se susciten entre la administración y los particulares en materia de Aguas. El Código de Aguas ha reglado el procedimiento a seguir, y la existencia de un recurso especial, como lo es el recurso de reclamación, establecido en el artículo 137 del Código del ramo, para impugnar las resoluciones dictadas por el Servicio. Distinto es el caso del recurso de protección que tiene objetivos específicos que no se condicen con lo solicitado por el recurrente.

La doctrina y la jurisprudencia están contestes en mencionar que, el recurso de protección no tiene como objetivo reemplazar al contencioso administrativo -o en este caso un recurso propio de lo contencioso en materia de aguas- sino que amparar derechos de carácter constitucional que hayan sido violentados en forma de magnitud y relevancia.

Indica que lo que el recurrente reprocha a través de esta vía, es un acto administrativo dictado por la Dirección General de Aguas, consistente en la Resolución DGA Araucanía (Exenta), N° 324, de 18 de junio de 2019.



Lo anterior, no viene si no a desenmascarar el verdadero objetivo de la presente acción, y que no es más que el reproche al acto administrativo citado y dictado por este Servicio, tornando no idónea la presente acción en atención al carácter especial del Recurso de Reclamación contemplado en el artículo 137 del Código de Aguas, unido a la inexistente evidencia que acredite la vulneración y perjuicio de los derechos del recurrente.

Afirma que puede concluirse que no existe infracción alguna por parte del Servicio al dictar la resolución impugnada en autos, toda vez que fue dictada por la autoridad pertinente, quien actuando válidamente investida, dentro del ámbito de sus competencias, respetándose en todas y cada una de las partes del procedimiento administrativo, los principios formativos del mismo, en especial, el principio de contradictoriedad, acto administrativo que por lo demás el propio ordenamiento jurídico presume como legal, en base a lo establecido en el artículo 3° de la Ley 19.880.

Niega categóricamente todos y cada uno de los fundamentos del Recurso, esto es, la Ilegalidad y arbitrariedad del actuar de la DGA al dictar la Resolución DGA Araucanía (Exenta), N° 324, de 18 de junio de 2019.

1. De la legalidad del acto administrativo impugnado.

Normativa aplicable.

- Código de Aguas.

1.- El artículo 20 del Código de Aguas, señala que "El derecho de aprovechamiento se constituye originalmente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción"

2.- El artículo 22 del Código de Aguas dispone que la autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros, y considerando la relación existente entre aguas superficiales y



subterráneas, en conformidad a lo establecido en el artículo 3o de este Código.

3.- A su vez, el artículo 141 del mismo código, establece que se constituirá el derecho de aprovechamiento siempre que exista disponibilidad del recurso hídrico y fuere legalmente procedente. Ahora, respecto de aguas subterráneas, debemos ceñirnos a lo establecido en el Decreto Supremo 203 de 2013, del Ministerio de Obras Públicas.

4.- Por lo tanto, la Dirección General de Aguas, al momento de recibir y revisar una solicitud de constitución de un derecho de aprovechamiento, debe velar por el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- Solicitud legalmente procedente;
- No afectación de derechos de terceros; y
- Disponibilidad del recurso en el nuevo punto de captación.
- Decreto N° 203. del Ministerio de Obras Públicas, que aprobó el reglamento que fija las normas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas.

5.- En el artículo 20 del Decreto referido, se señala que la Dirección General de Aguas, constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas cuando sea legalmente procedente y siempre que se cumplan copulativamente las siguientes condiciones:

Letra f) "Que el punto de captación en donde se solicita el derecho de aprovechamiento se encuentre ubicado físicamente a más de 200 metros de otras captaciones de aguas subterráneas que cuenten con derechos legalmente constituidos por la autoridad competente...". Y en su parte final, agrega "Sin perjuicio de lo anterior, con la autorización del propietario del derecho de aprovechamiento de agua afectado se podrán constituir los derechos de aprovechamiento solicitados".



6.- El acto administrativo que concedió el derecho de aprovechamiento de aguas en favor del Sr. Marco Milenko Goic Karmelic, se encuentra totalmente tramitado, tomándose razón por la Contraloría General de la República, el día 1 de octubre del año 2014, naciendo desde ese momento a la vida del derecho e incorporándose en el patrimonio de su titular.

En el mismo sentido, la Corte Suprema, en fallo de autos Rol N° 36.218-2017, dictado el 4 de junio de 2018, ha señalado en análogos términos:

"Décimo tercero: [...] De este modo, mientras no se dicte la resolución que constituye el derecho, éste no ha nacido al mundo jurídico y sólo existe para el solicitante una mera expectativa sobre su obtención, punto que desde luego no otorga prerrogativa alguna a su titular. (Énfasis añadido).

7.- Dicho lo anterior, el derecho de aprovechamiento de aguas se encuentra constituido para todos los efectos legales, teniendo el titular un derecho adquirido sobre él, sin perjuicio de la obligación de registrar el mismo en el registro de aguas del Conservador de Bienes Raíces competente para así adquirir la posesión legal del mismo.

8.- Sostiene que en caso alguno puede ser reprochable a la DGA, ni menos ser fundamento de una supuesta ilegalidad de esta repartición, la circunstancia que no se haya procedido por el titular a reducir a escritura pública la resolución constitutiva del derecho, ni inscrito en el registro competente, ya que tal actuación, le empece y es de cargo única y exclusivamente del titular, no de este Servicio. Tal circunstancia en nada incide en la existencia ni en la validez del derecho de aprovechamiento, el que para todos los efectos legales se constituye y nace a la vida del derecho con la toma de razón de la legalidad del acto administrativo por parte de la Contraloría General de la República, como ocurrió en al caso de autos.

9.- El fundamento de la Resolución DGA Araucanía (Exenta), N° 324, de 18 de junio de 2019, que rechazó la solicitud de derecho



de aprovechamiento del recurrente, se funda única y exclusivamente en no ser legalmente admisible la solicitud, ya que verificado en visita a terreno por funcionarios de la DGA Regional de Araucanía, que la solicitud recaía dentro del área de influencia del derecho de aprovechamiento de aguas constituido a favor del Sr. Marco Milenko Goic Karmelic, el recurrente, no acompañó su autorización ni de los que en derecho lo representen, circunstancia señalada en el artículo 20 letra f), inciso final, del Decreto N° 203, del Ministerio de Obras Públicas, del año 2013, requisitos y condiciones copulativos.

En cuanto al supuesto decaimiento de la Resolución DGA N°117, del 9 de septiembre del año 2014, que constituyo el derecho de aprovechamiento a nombre del Sr. Marco Milenko Goic Karmelic, indica que el decaimiento es una forma de extinción del acto administrativo, y concurre en aquellos casos en que han desaparecido los supuestos fácticos o jurídicos que se tuvieron en cuenta para la dictación del mismo, distinguiéndose, por ende, el decaimiento por la desaparición del supuesto fáctico y casos de decaimiento por desaparición del supuesto jurídico.

A propósito del decaimiento por la muerte del titular de una determinada solicitud, la Contraloría General de la República en el Dictamen N° 71.388 del año 2010, ha resuelto:

"En este contexto, conviene hacer presente que el artículo 40, inciso segundo, de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado, N°19.880, dispone que producirá la terminación del procedimiento "la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevinientes". Disposición que es aplicable en la especie, toda vez que como va se ha advertido, la defunción del interesado se produjo con anterioridad a que se resolviera su requerimiento y sin llevarse a efecto, por ende, la inscripción de la nave a su favor."



En nuestro caso no estamos en presencia de un procedimiento que encontrándose pendiente de resolución, sobreviene el fallecimiento del solicitante y beneficiario del mismo, sino que estamos en presencia de un acto administrativo que ya ha nacido a la vida del derecho, ya que el fallecimiento del titular sobrevino con posterioridad a la resolución DGA que lo constituyo y de su toma de razón de legalidad por el órgano Contralor.

Agrega que e acto administrativo junto con ser legítimo, no existe ningún impedimento para su ejecución. El hecho que el titular del derecho de aprovechamiento haya fallecido, no implica en caso alguno que el derecho de aprovechamiento de aguas se haya extinguido. Si el argumento para sostener la imposibilidad de la ejecución del acto, es la imposibilidad de reducir a escritura pública y luego inscribir en el registro conservatorio correspondiente el acto administrativo atendido el fallecimiento del Sr. Goic, tal impedimento no es tal.

Refiere que el derecho de aprovechamiento ingresa a la vida del derecho y al patrimonio del titular, desde que la Contraloría General de la República toma razón de legalidad de la Resolución DGA que constituyo el derecho, como ocurrió en dicho caso.

Una vez adquirido e ingresado al derecho al patrimonio del titular, una vez fallecido éste, le suceden en su patrimonio, como continuadores legales, sus respetivos herederos.

Por ello, no es efectivo que existe una imposibilidad física absoluta de obtener la autorización del titular del derecho de aprovechamiento de aguas producido el fallecimiento del titular, ya que en tal caso, sus herederos desde el momento de deferirse la herencia, adquirieron por el sólo ministerio de la ley, la posesión legal de ella, dentro de cuya masa hereditaria, se encuentra el derecho de aprovechamiento de aguas, pudiendo perfectamente otorgar la autorización que dice relación el artículo 20 letra f del Decreto Supremo MOP, del año 2013.



Afirma que no existe ninguna acción ilegal ni menos arbitraria ya que la Resolución DGA Araucanía (Exenta), N° 324, de 18 de junio de 2019 reprochada, ha sido dictada por el Director Regional de Aguas de la Araucanía en uso de las facultades legales, en cumplimiento de la normativa del Código de Aguas y reglamentaria, dentro de su competencia y en cumplimiento al Principio de Legalidad contemplado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

A folio N°44-2021, atendido el tiempo transcurrido, y lo obrado en autos, se dejó sin efecto el trámite ordenado con fecha veintisiete de enero de dos mil veinte, consistente en la notificación, a costa de la recurrente, de los herederos del Sr. Marco Milenko Goic Karmelic.

A folio N°45-2021 se trajeron los autos en relación.

### **CON LO RELACIONADO Y CONSIDERANDO**

**Primero:** Que, el Recurso de Protección de Garantías Constitucionales establecido en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, constituye jurídicamente una acción de naturaleza cautelar destinada a amparar el legítimo ejercicio de las garantías y derechos que en esa misma disposición se enumeran, mediante la adopción de medidas de resguardo ante una acción u omisión arbitraria o ilegal que impida, amenace o perturbe ese ejercicio. Constituye un requisito indispensable de la acción de protección la existencia de una acción u omisión ilegal, es decir, contraria a la ley o que sea arbitraria, fundada en el mero capricho por parte quien incurre en ella y que provoque alguna de las situaciones o efectos que se han indicado, afectando una o más garantías protegidas por el legislador.

La parte recurrente ha invocado para recurrir y fundamentar su acción, la garantía del N° 2 del Art. 19 de la Constitución Política del Estado, esto es, la igualdad ante la ley, que establece el principio de interdicción de la arbitrariedad, y La garantía del N° 23 del Art. 19 de la Constitución Política del Estado, esto es, la



libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, en este caso, el derecho de aprovechamiento de aguas ya especificado, el llamado “derecho a la propiedad”.

**Segundo:** Que la recurrente señala que el acto arbitrario e ilegal, es el acto administrativo contenido en el DGA ARAUCANIA N° 324 EXENTA de fecha 18 de junio de 2019, que le deniega su solicitud de derechos de aprovechamiento de uso consuntivo de aguas subterráneas, fundado en que dentro de su predio, en un radio de 200 metros del pozo solicitado, se encuentra una captación subterránea a nombre de don Marco Milenko Goic Karmelic, constituida mediante resolución DGA N° 117 de 9 de septiembre de 2014 y lo es, en su opinión, porque a la fecha de interposición del recurso, agosto de 2019, el interesado, fallecido el año 2014, no había cumplido las normas contenidas en los artículos 150 y 114 N° 4 ambos del Código de Aguas, que disponen que la resolución que otorgue el derecho se reducirá a escritura pública que suscribirán el interesado y el funcionario que se designe al efecto y una copia de ella deberá inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente.

Agrega que como el interesado no ha cumplido con las obligaciones que le imponen las normas legales citadas, no ha podido servir de base para negarle la adquisición de sus derechos de aprovechamiento, ya que además decayó el acto administrativo que la generó, pues han transcurrido más de cinco años desde su dictación, sin que se materialice su inscripción, por lo anterior, además, deviene la conducta de la recurrida en arbitraria.

**Tercero:** Que tal como sostiene la recurrida en su informe es efectivo que el artículo 20 del Código de Aguas, estatuye que: "El derecho de aprovechamiento se constituye originalmente por acto de autoridad. La posesión de los derechos así constituidos se adquiere por la competente inscripción. "



A su turno el artículo 22 del mismo cuerpo normativo dispone que la autoridad constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas existentes en fuentes naturales y en obras estatales de desarrollo del recurso, no pudiendo perjudicar ni menoscabar derechos de terceros, y considerando la relación existente entre aguas superficiales y subterráneas, en conformidad a lo establecido en el artículo 3º. de este Código.

A su vez, el artículo 141 del mismo código, establece que se constituirá el derecho de aprovechamiento siempre que exista disponibilidad del recurso hídrico y fuere legalmente procedente.

A su turno el Decreto N° 203 del Ministerio de Obras Públicas, que aprobó el reglamento que fija las normas sobre exploración y explotación de aguas subterráneas, dispone en el artículo 20 del Decreto referido, que la Dirección General de Aguas, constituirá el derecho de aprovechamiento sobre aguas subterráneas cuando sea legalmente procedente y siempre que se cumplan copulativamente las siguientes condiciones: (“...”) Letra f) "***Que el punto de captación en donde se solicita el derecho de aprovechamiento se encuentre ubicado físicamente a más de 200 metros de otras captaciones de aguas subterráneas que cuenten con derechos legalmente constituidos por la autoridad competente...***".

Y en su parte final, agrega "Sin perjuicio de lo anterior, con la autorización del propietario del derecho de aprovechamiento de agua afectado se podrán constituir los derechos de aprovechamiento solicitados".

**Cuarto:** Que fluye de lo anterior que la Dirección General de Aguas, al momento de recibir y revisar una solicitud de constitución de un derecho de aprovechamiento, debe velar por el cumplimiento de los siguientes requisitos: a) Solicitud legalmente procedente; b) No afectación de derechos de terceros; y, c) Disponibilidad del recurso en el nuevo punto de captación.



**Quinto:** Que, entonces, habiendo constatado la recurrida que el acto administrativo que concedió el derecho de aprovechamiento de aguas en favor del Sr. Marco Milenko Goic Karmelic, ubicado en el radio de afectación de los derechos de aprovechamiento solicitados por la recurrente, se encontraba totalmente tramitado, tomando de razón por la Contraloría General de la República, el día 1 de octubre del año 2014, había nacido desde ese momento a la vida del derecho e incorporándose en el patrimonio de su titular; y, dado su fallecimiento, también hecho no discutido, en el de sus herederos.

Por ende, el derecho de aprovechamiento de aguas de los herederos del señor Goic, se encuentra constituido para todos los efectos legales, teniendo el titular un derecho adquirido sobre él, sin perjuicio de la obligación de registrar el mismo en el registro de aguas del Conservador de Bienes Raíces competente para así adquirir la posesión legal del mismo. Tal circunstancia en nada incide en la existencia ni en la validez del derecho de aprovechamiento, el que para todos los efectos legales se constituye y nace a la vida del derecho con la toma de razón de la legalidad del acto administrativo por parte de la Contraloría General de la República, como ocurrió en el caso de autos.

**Sexto:** Que por lo reflexionado esta Corte estima que el fundamento de la Resolución DGA Araucanía (Exenta), N° 324, de 18 de junio de 2019, que rechazó la solicitud de derecho de aprovechamiento del recurrente, fundada única y exclusivamente en no ser legalmente admisible la solicitud, ya que verificado en visita a terreno por funcionarios de la DGA Regional de Araucanía, que la solicitud recaía dentro del área de influencia del derecho de aprovechamiento de aguas constituido a favor del Sr. Marco Milenko Goic Karmelic, y el recurrente, no acompañó su autorización ni de los que en derecho lo representen, circunstancia señalada en el artículo 20 letra f), inciso final, del Decreto N° 203, del Ministerio de Obras Públicas, del año 2013, requisitos y condiciones copulativos, no es ilegal



ni arbitraria, puesto que se sustenta en causales que la ley consagra. En efecto, estima esta Corte que no existe ninguna acción ilegal ni menos arbitraria ya que la Resolución DGA Araucanía (Exenta), N° 324, de 18 de junio de 2019 reprochada, ha sido dictada por el Director Regional de Aguas de la Araucanía en uso de las facultades legales ya citada, en cumplimiento de la normativa del Código de Aguas y reglamentaria, dentro de su competencia y en cumplimiento al Principio de Legalidad contemplado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política de la República.

**Séptimo:** Que en cuanto al supuesto decaimiento administrativo de la Resolución DGA N°117, del 9 de septiembre del año 2014, que constituyó el derecho de aprovechamiento a nombre del Sr. Marco Milenko Goic Karmelic, que es una forma de extinción del acto administrativo, y concurre en aquellos casos en que han desaparecido los supuestos fácticos o jurídicos que se tuvieron en cuenta para la dictación del mismo, distinguiéndose, por ende, el decaimiento por la desaparición del supuesto fáctico y casos de decaimiento por desaparición del supuesto jurídico, no es una cuestión que pueda resolverse por esta acción cautelar de urgencia, y, menos sin oír a los terceros que serían los afectados con tal declaración. En este sentido no se puede dejar de mencionar que ésta no constituye una instancia de declaración de derechos, sino que de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y por ende en situación de ser amparados, presupuesto que la especie no concurre por cuanto lo que se persigue por la recurrente al accionar por esta vía es que se deje sin efecto la resolución, acto administrativo, que reconoció derechos de aprovechamiento en favor del señor Goic, hoy fallecido, cuyos derechos ingresaron al patrimonio de sus herederos, todo lo dicho sin perjuicio de otros derechos que pueden asistir al recurrente. En tal sentido se ha pronunciado la Corte Suprema en sentencia rol 22.722- 2015,



**Octavo** Que, a mayor abundamiento, el recurso de protección, por su carácter especial y ante la necesidad de remediar en forma pronta y efectiva los derechos o garantías que se estimen vulnerados, requiere la invocación de un derecho indubitado de quien recurre, lo que emanará del contenido de los actos o hechos en que incurra el recurrido. El carácter indubitado del derecho requiere que el relato que se haga en el libelo, se encuentre revestido de claridad y precisión, como asimismo tenga la debida concordancia con los antecedentes en los cuales se funda la acción, para determinar si concurren los presupuestos que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República, como asimismo para descartar que la materia corresponda ser conocida en un procedimiento diferente a la acción de protección. Lo expuesto permite concluir que el presente recurso adolece de insuficiencia entorno a los antecedentes aportados, que hayan permitido establecer que se haya incurrido por la parte recurrida en un acto ilegal o arbitrario, por cuanto es un hecho no discutido que la solicitud de aprovechamiento de aguas presentada por el recurrente recaía dentro del área de influencia del derecho de aprovechamiento de aguas constituido a favor del Sr. Marco Milenko Goic Karmelic por Resolución DGA N°117, del 9 de septiembre del año 2014, y como fue denegada por no cumplir con las exigencias legales, hasta ese etapa de la tramitación sólo constituía una mera expectativa para el recurrente, no se trataba de un derecho indubitado.

En este sentido, la Corte Suprema, en fallo de autos Rol N° 36.218-2017, dictado el 4 de junio de 2018, ha señalado en análogos términos:

"Décimo tercero: [...] De este modo, mientras no se dicte la resolución que constituye el derecho, éste no ha nacido al mundo jurídico y sólo existe para el solicitante una mera expectativa sobre su obtención, punto que desde luego no otorga prerrogativa alguna a su titular".



Y visto, además, lo dispuesto en el Auto Acordado de la Excelentísima Corte Suprema sobre la materia y lo prescrito en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, **SE RECHAZA**, SIN COSTAS el recurso de protección deducido por don CARLOS JAVIER CANSECO MAURER, contra de la DIRECCION GENERAL DE AGUAS, (en adelante DGA), representado por su Director Regional don FREDDY GUTIERREZ TORRES.

Regístrese, notifíquese y archívese en su oportunidad.

Redacción del Ministro Titular Sr. Carlos Iván Gutiérrez Zavala.

Rol N° Protección-5391-2019.(jog)



Pronunciado por la Segunda Sala de la Ilustrísima Corte de Apelaciones de Temuco, en su calidad de Subrogante Legal de la Tercera Sala de esta Corte, integrada por su Ministra Sra. María Georgina Gutiérrez Aravena y la Ministra (S) Sra. Cecilia Subiabre Tapia. Se hace presente que el Ministro Sr. Carlos Gutiérrez Zavala, no firma, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo respectivo, por estar haciendo uso de su feriado legal. Temuco, cinco de marzo de dos mil veintiuno.

En Temuco, a cinco de marzo de dos mil veintiuno, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.



Este documento tiene firma electrónica y su original puede ser validado en <http://verificadoc.pjud.cl> o en la tramitación de la causa.  
A contar del 06 de septiembre de 2020, la hora visualizada corresponde al horario de verano establecido en Chile Continental. Para Chile Insular Occidental, Isla de Pascua e Isla Salas y Gómez restar 2 horas. Para más información consulte <http://www.horaoficial.cl>