

(2015): “Modelo y mercado de derechos de aguas en Chile: elementos configuradores”, en: Urteaga, Patricia y Verona, Aarón [editores] *Cinco años de la ley de recursos hídricos en el Perú. Segundas Jornadas de Derecho de Aguas*, Lima, agosto de 2015 (Lima, Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica de la Pontificia Universidad Católica del Perú), pp. 293-306.

## MODELO Y MERCADO DE DERECHOS DE AGUAS EN CHILE: ELEMENTOS CONFIGURADORES

ALEJANDRO VERGARA BLANCO  
*Pontificia Universidad Católica de Chile | Chile*

Esta es una descripción del modelo jurídico de las aguas en Chile, en especial de uno de sus elementos más singulares: el mercado. el autor señala que el mercado es solo uno de los elementos que caracterizan al sistema chileno de derecho de aguas, pues junto con él operan elementos tradicionales, como los usos costumbristas y el autogobierno de las aguas. Desarrolla, en primer lugar, las tres dominaciones del agua, ya sea por la administración del Estado, por el mercado y la sociedad. En segundo lugar desarrolla y explica en detalle las características del mercado de las aguas.

### 1. Introducción

El problema de las aguas en el mundo está marcado por el fenómeno de la escasez ¿Cómo hacer que un recurso, indispensable para el desarrollo de la vida en todas sus expresiones, se encuentre disponible para satisfacer las innumerables e ilimitadas necesidades humanas? Ante este cuestionamiento, y teniendo en cuenta lo finito del agua disponible y su gran importancia para el desarrollo, se han generado diferentes mecanismos para velar por su uso eficiente. Ante la situación de un uso intensivo de las aguas, y la constante amenaza de su escasez, generada por las sequías, se han implementado diferentes mecanismos para velar por un aprovechamiento del recurso de manera eficiente.

*a. Sincretismo del legislador chileno.* ¿Cómo ha enfrentado la regulación de las aguas el neomoderno derecho chileno? (aquel nacido hace poco más de treinta años). Lo ha enfrentado mediante una labor de sincretismo, uniendo piezas: respetando

varios aspectos tradicionales y agregando nuevos elementos. Básicamente, el modelo del derecho de aguas chileno se ha construido así:

I. Preservando los aspectos tradicionales, de mucha relevancia en la utilización de las aguas:

- i) Conservando los usos tradicionales o consuetudinarios de aguas; pues sin ningún mecanismo forzado, se reconocieron jurídicamente todos los usos y derechos consuetudinarios de agricultores e indígenas.
- ii) Fomentando la autogestión o autogobiernos de las aguas, que realizan los titulares de derechos de aguas; pues los usuarios todos son los que en común (en una instancia que no es ni el Estado ni el mercado) gestionan autónomamente el agua.

II. Manteniendo una posición mesurada de la Administración del Estado, como ordenador, a través de relevantes órganos directivos y de fomento. Al respecto, el legislador ha «desestatizado» el recurso hídrico, obviando declaraciones legislativas respecto de una propiedad estatal de las aguas. La tendencia es la consideración de las aguas como bienes comunes;

III. Evitando destruir los elementos tradicionales anteriores, y la posición de la Administración del Estado (y esta es la gran novedad del neomoderno modelo chileno), se han incorporado mecanismos de mercado.

Entonces, esos tres aspectos deben considerarse en cualquier análisis. Lo característico, entonces, del modelo jurídico de las aguas en Chile es lo siguiente: los nuevos elementos (propios del mercado), conviven con elementos tradicionales: poderes de la Administración del Estado (burocracia) y usos costumbristas y autogobierno de las aguas.<sup>1</sup>

b. *En medio de elementos tradicionales.* Para comprender, entonces, el derecho de aguas de Chile, y su indudable éxito, es necesario observar íntegramente su regulación, tanto sus elementos tradicionales (que han sido respetados) como la incorporación de elementos neomodernos de mercado.

Los observadores o críticos del modelo chileno suelen notar parcialmente la institucionalidad de las aguas, y no reparan que tales aspectos hayan sido o preservados o coordinados (tradiciones sociales en el uso del aguas; Administración del Estado y mercado). Si bien lo más novedoso es la introducción de elementos

1 En este trabajo solo se desarrolla los aspectos relativos al mercado y a la naturaleza de las aguas. Para investigaciones actualizadas de esas materias, reenvío a otras sedes: i) sobre el reconocimiento de los usos consuetudinarios a regantes tradicionales (agricultores) y a pueblos indígenas, véase los trabajos de Rivera (2012 y 2013); y ii) sobre el autogobierno de las aguas, descentralizado y entregado con autonomía a los propios usuarios de aguas, véase Vergara (2013). Algunos temas los extraigo, sintetizados, de Vergara (1998 y 2014).

de mercado y la disminución severa de poderes de la Administración Central; pero lo que ha marcado seguramente el éxito es lo menos observado: el mantenimiento de dos elementos tradicionales tan relevantes como es el caso de los usos consuetudinarios y del autogobierno.

Y todo ello se ha realizado sin necesidad de realizar definiciones sobre la propiedad estatal, pública o nacional del agua; pues muchas regulaciones se quedan estancadas en tales definiciones, que nada agregan al problema de fondo; la definición legal previa pareciera ser un apriorismo innecesario, a partir de la experiencia chilena. Lo que ha importado son los otros elementos que intento describir en este trabajo.

*c. El mercado de derechos de aguas chileno.* Entonces, una vez invitado a describir el modelo y mercado de derechos de aguas chileno, no es posible realizarlo sin explicar el contexto en que tal mercado funciona, revisando todos sus elementos configuradores, siendo el mercado solo uno de tales elementos. El mercado, entonces, por sí solo no configura ni explica los resultados de la regulación de aguas actual; finalmente, el mercado de las aguas es uno de los rasgos más relevantes y característicos de la liberalización de las aguas en Chile y, a partir de ello, es uno de los aspectos más conocidos.

## 2. Dominaciones, desestatización y mercado de derechos de aguas

*a. Triple dominación en los recursos hídricos: Estado, sociedad y mercado.* Las aguas son el mayor ejemplo de la distribución de poderes de dominación en nuestra sociedad: ni el Estado, ni la sociedad, ni el mercado, por sí solos, la dominan. Cada uno tiene su cuota de poder en un escenario trifronte: de tres cabezas, de tres poderes, de tres dominaciones. Así, en sentido global, la administración de las aguas en nuestro país es dual: le corresponde tanto a la Administración central o burocrática del Estado, como a los usuarios de las aguas. Por otra parte, los títulos de agua de cada cual, gozan de gran protección jurídica y pueden ser libremente transferidos a través del mercado.

Tanto los órganos administrativos del Estado como el mercado (esto es, la autónoma decisión de los particulares), por sí solos, no han logrado con éxito un aprovechamiento óptimo del agua. El caso de las aguas es paradigmático en una dualidad distinta de manejo, a la vez, público y privado, en que sin eliminar el rol de la Administración burocrática del Estado ni del «mercado», la sociedad actúa a través de los usuarios, quienes autogestionan la extracción y reparto del recurso común; los individuos, unidos comunitariamente, y en sistemas de autogestión, mantienen, a largo plazo, un uso productivo y positivo de los sistemas de recursos naturales. En Chile, estas tres instancias («Estado»; «sociedad» y «mercado») interactúan al mismo

tiempo: i) en la asignación (de los títulos), la autoridad burocrática; en el aprovechamiento (extracción) de las aguas, el autogobierno de las organizaciones de usuarios; y, iii) en la seguridad (certeza jurídica) y transferencia de los títulos de cada derecho, el mercado.

Así, existe un marco jurídico para esos tres fines: administrar, autogestionar y transar las aguas.

*b. Objetivos de la regulación de las aguas.* Hay dos finalidades esenciales en toda política de regulación de aguas: 1°) una ordenación, asignación y gestión eficientes (administración, títulos de uso y distribución); y 2°) una baja conflictividad en la obtención y ejercicio de los derechos de aguas (jurisdicción). Así, al mismo tiempo, tanto la Administración del Estado, la sociedad como el mercado están presentes, dominando las aguas, con diferentes cuotas de poder, pero en equilibrio.

Todo análisis en esta materia debe realizarse observando esa triple asignación de roles en nuestro sistema. Es que, en estas tres instancias se cumplen y realizan tres tareas muy visibles en la realidad de las aguas: *i)* el Estado, a través de un órgano burocrático, «administra» la aguas y tiene a su cargo, básicamente, la constitución de los títulos de agua; *ii)* la sociedad, de modo acotado a la realidad de cada cuenca, y a través de un esfuerzo de autogobierno de los titulares de las aguas que aprovechan en común, tiene a su cargo la ordenación de la extracción y distribución de las aguas; y, *iii)* el mercado, por sus propios mecanismos produce certeza y permite la libre transferibilidad de los títulos de agua.

De estos tres fenómenos y tareas fluyen respetivamente las tres consecuencias concretas de la regulación de las aguas: *i)* la asignación de los derechos de agua (que realiza el «Estado» a través de la administración burocrática); *ii)* la distribución para el uso ordenado y equitativo de las aguas (que se realiza por la sociedad, organizada a través de los usuarios); y, *iii)* la reasignación (transferencia) de tales derechos (que se realiza a través del mercado).

En fin, cabe agregar la resolución de conflictos, como aspecto relevante de la regulación de las aguas; pues el éxito de toda regulación de conductas humanas pareciera que depende, en buena parte, de un adecuado sistema de justicia, y dada la especificidad y complejidad del uso de las aguas, esa justicia pareciera que debe ser especializada.

Si lo que se pretende (fin) es mejorar la regulación de las aguas, o mejorar la crítica situación del órgano burocrático (la Dirección General de Aguas) cabe proponer mecanismos para ello: *i)* pero es bien difícil imaginar la utilidad que para tales fines podría tener por sí sola la «nacionalización» o «estatización» de las aguas; *ii)* es necesario, además, revisar lo que caracteriza al modelo de mercado chileno.

c. *La actual y consolidada tendencia legislativa de desestatización de los recursos naturales.* En nuestro país hemos dejado atrás la infértil discusión sobre la propiedad estatal de los recursos naturales: lo que importa es regularlos para que estén disponibles, con justicia, igualdad, equidad y razonabilidad, a todos los potenciales usuarios y explotadores audaces y cuidadosos.

I. LA ESTATIZACIÓN ES ANTIHISTÓRICA. Para regular los recursos naturales es innecesario declararlos previamente del dominio del «Estado». Para reafirmar ese argumento existe una evidencia indesmentible que va más allá de las actuales opiniones: la marcada tendencia legislativa chilena observable al respecto. En fin, existe un abanico de posibilidades regulatorias distintas a la estatización.

Es que el derecho chileno neomoderno, aquel nacido hace treinta años, junto con la caída del estado del bienestar no ha cambiado de tendencia en las regulaciones de los recursos naturales, y ha mantenido básicamente las siguientes características: i) ha fortalecido el libre acceso a la extracción, uso o aprovechamiento por los particulares de tales recursos naturales; y, ii) las regulaciones han ido perdiendo de modo muy perceptible todo hábito de propiedad o dominio estatal de tales recursos.

Si observamos bien, se ha ido consolidando la tendencia a desestatizar los recursos naturales. El «Estado» ya dejó de ser propietario de recursos naturales y de los bienes de alta significación social.

La estatización es antihistórica; está pasada de moda.<sup>2</sup> Es que el legislador nacional no solo es moderno: es neomoderno. Los sociólogos parecen no haberlo olfateado aún; los economistas, según sus tendencias, están de fiesta o de funeral; pero desde la perspectiva jurídica, es una evidencia: el legislador chileno ha ido consolidando, paso a paso, una densa tendencia: la desestatización de bienes públicos y recursos naturales.

II. EL ABANICO DE OPCIONES REGULATORIAS DE LOS BIENES PÚBLICOS Y RECURSOS NATURALES. Lo que está ocurriendo en la legislación de bienes y recursos naturales es simplemente una respuesta más coherente de los legisladores; es una obser-

2 En todo caso, en Chile tenemos experiencia de una legislación que contenía una declaración de dominio estatal de las aguas, caducidades y un deseo de planificación centralizada del recurso, como la que rigió a partir de 1967, luego de la reforma de la Ley n.º 16.640; se estableció un mecanismo de reasignación mediante la caducidad de los derechos anteriores, de acuerdo con unas «tasas de uso racional y beneficioso de las aguas» que fijaría el Presidente de la República, luego de «estudios técnicos» que realizaría la Dirección General de Aguas, y dirigidas fundamentalmente al uso agrícola (artículo 26 del Código de Aguas - CA, modificado en 1967). Pues bien, debe recordarse que este mecanismo, tan criticado hoy (con razón, por lo demás: *vid.* Figueroa, 1995), en realidad no funcionó en la práctica, debido a la falta de capacidad estatal para controlar las acciones de los diferentes usuarios (*vid.* Parks y Hansen, 1978). Es un caso de «fracaso legislativo», que no es necesario repetir ahora; pareciera que cabe mantener la libertad de transacción y la seguridad de los derechos de aguas.

vación más atenta de la realidad. Y lo más curioso es que pareciera que los legisladores han desestatizado, hasta ahora, por convicción, sin consciencia de estar cumpliendo un mandato constitucional.

Es que el fenómeno de los bienes públicos y recursos naturales significativos (*in rerum natura*) está siendo bien observado por el legislador chileno. Es coherente con la realidad de las cosas, pues tales bienes y recursos pueden ser considerados jurídicamente de distintas naturalezas (de todas las cuales surge un abanico de posibilidades regulatorias): *i*) del dominio del Estado (ampliable a dominio nacional, estatal, o público); *ii*) de dominio o propiedad particular; *iii*) bienes comunes (ausencia de dominio del Estado o particular). *iv*) de nadie (ausencia de dominio: *res nullius*).

En Chile están abandonadas las posibilidades *i*) y *ii*). Están potenciadas las posibilidades *iii*) y *iv*).

Entonces, ¿cuál es la real calificación que hoy debemos dar a los recursos naturales en nuestro país? La tendencia legislativa actual está clara: la nación, por cierto, puede regular los recursos naturales (esto es, dictar leyes a través del Congreso Nacional), pero es inútil argumentar para ello una patrimonialización, parecida a la individualista, pero ahora para el Estado o la nación. Hoy en Chile, la realidad nos muestra a todos (a ciudadanos y legisladores atentos), y las limitaciones constitucionales así lo exigen, que los bienes públicos y los recursos naturales (todos los de alta significación social) no son en ninguno de los casos estatales. No existe en verdad ejemplo alguno de un recurso natural significativo que sea «de propiedad» estatal (del «Estado»).

Actualmente, en nuestro país, se ha consolidado una fuerte tendencia a la desestatización de los bienes o recursos relevantes (aquellas masas de bienes altamente significativos), todos los cuales, en nuestro régimen jurídico, más que de propiedad «estatal» o «nacional», el legislador considera que son bienes que cabe clasificar en una de las siguientes categorías:

- i*) *bienes comunes: es el caso de las aguas*. Se las regula bajo la fórmula de ser «bienes nacionales de uso público», pero la práctica de su autogestión local por sus usuarios, muda su naturaleza a comunes (en este libro ofrezco argumentos para esta afirmación: *vid. infra* § 8).
- ii*) *res nullius: es el caso de las minas y peces*. El legislador simplemente los «regula», evitando así todo tipo de apropiación apriorística, ya sea particular o estatal.

Nos alejamos del derecho comparado (recordemos: Chile es especial, y desde hace treinta años más bien marca la pauta del derecho comparado; no la sigue dócilmente como antaño): en el derecho anglosajón estos recursos suelen ser de los

particulares; en el derecho estatista de la vieja Europa y de algunos países latinoamericanos antiliberales, estos recursos siguen siendo inútilmente estatales. Pareciera que en nuestro país hemos ido dejando atrás la infértil discusión sobre la propiedad estatal de los recursos y bienes relevantes: lo que importa es regularlos bajo reglas y principios adecuados, y que estén disponibles, con justicia, igualdad, equidad y razonabilidad, a todos los potenciales usuarios y explotadores audaces y cuidadosos.

### 3. Modelos legislativos centralizados o descentralizados y derechos de aguas

El mercado de derechos de aguas es propio de los modelos legislativos descentralizados, en los cuales adquiere este mercado un tono especial: funciona lejos de la intervención estatal, como lo reviso; y suele incorporarse dado que se ha observado que las aguas se aprovechan de modo eficiente en tales sistemas.

Ya sea que se otorguen por la vía concesional (lo más común) o por la vía excepcional de reconocer los usos consuetudinarios, existen en todos los países unos derechos de aguas en manos de particulares y las legislaciones, regulan su utilización.

*a. Sistemas centralizados y descentralizados.* Ahora, es en esta regulación legislativa en donde pueden existir más variaciones entre los distintos ordenamientos, especialmente es observable en Hispanoamérica, pues es aquí donde se pone el acento en la aplicación de distintas políticas estatales de administración del recurso hídrico, y las variaciones van desde los sistemas más centralizados, planificados, en que existe un gran control estatal sobre el uso del recurso (Nicaragua, Perú y otros), hasta las legislaciones en que existe una aplicación de políticas de descentralización, en que los particulares son los que toman las decisiones libremente (en especial Chile y México).

1. *Los sistemas centralizados o tradicionales.* Los sistemas centralizados implican para los titulares de los derechos de aguas estar sometidos a un férreo control estatal, en especial de la Administración burocrática del recurso, más o menos centralizada, más o menos organizada por cuencas o áreas hídricas, en cuanto: i) a la cantidad de recurso a utilizar; y, ii) al destino económico del recurso, esto es agricultura, agua potable, hidroelectricidad u otros usos.

En estos sistemas centralizados es el Estado, a través de la Administración, el que planifica la utilización del recurso hídrico. No existe propiamente una reasignación privada de los usos del recurso, sino una estudiada planificación de las utilidades del mismo. En otras palabras, la libre transferencia de derechos es muy limitada.

II. *Los sistemas descentralizados: el mercado de los derechos de aguas.* Por otra parte, los sistemas descentralizados se basan en crear posibilidades de libre transferibilidad a los títulos de aguas. El caso paradigmático de aplicación de políticas descentralizadas en materia de reasignación de derechos de aguas es la legislación chilena.

b. *Reasignación descentralizada de derechos de agua («mercado»).* Las características principales de la regulación jurídica de los derechos de agua en Chile son las siguientes:

I. *Amplia protección y libre transferibilidad de los derechos de aguas.* Existe un reforzamiento de los derechos privados dirigidos al aprovechamiento de las aguas mediante la protección constitucional tanto de los derechos concedidos por la Administración del Estado (constituidos), como los usos consuetudinarios y otros usos especiales (reconocidos por la regulación), todos los cuales gozan de las mismas garantías constitucionales de la propiedad (artículo 19 n.º 24 inciso final de la Constitución Política de la República - CPR).

II. *Libre ejercicio de los derechos de aguas.* Una segunda característica de las titularidades de aguas en Chile es que la actual legislación consagra una total libertad para el uso del agua a que se tiene derecho, pudiendo los particulares destinar las aguas a las finalidades o tipos de uso que deseen. Igualmente, no es necesario que, una vez constituido el derecho, los particulares justifiquen el uso futuro de las aguas (sin perjuicio del pago de patentes, a partir de 2005). Tampoco es necesario que en las transferencias de derechos de aguas se respete el uso a que antiguamente se destinaba el agua, y los particulares puedan cambiar libremente su destino.

La única limitación tiene relación con la cantidad de agua que se puede extraer desde la fuente natural, pues se exige el respeto de las características del derecho; pero eso es natural y se deriva del caudal asignado a cada titular.

Adicional y consecuentemente, la actual legislación de aguas chilena no privilegia ningún uso sobre otro. Así, al momento de otorgar derechos nuevos, no hay preferencias legales de unos usos sobre otros. Si al momento de solicitarse las aguas, existen simultáneamente varios interesados, la autoridad no puede privilegiar a ningún solicitante sobre otro, sino que la legislación ha recogido un mecanismo de mercado y un remate público.

III. *Acceso libre y gratuito a las titularidades de aguas.* Una tercera característica de los derechos de aguas en Chile es la gratuidad con que se obtienen; no obstante, en caso de existir varios solicitantes simultáneos, puede «gatillarse» un remate, que origina costos para el que adquiere el derecho.

Hasta el año 2005, la conservación de los derechos de aprovechamiento de aguas en la titularidad privada era también totalmente gratuita, de manera que los

particulares tenían completa libertad para decidir si usaban o no las aguas. No obstante ello, en tal año entró en vigencia la Ley n.º 20.017, que introdujo, entre otros aspectos, la figura del pago de una patente por la no utilización de las aguas, la cual, sin lugar a dudas, relativizó la gratuidad en el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas.

iv. *El papel restringido del Estado/Administración.* Una cuarta característica de las titularidades privadas en materia de aguas, es que si bien existe un organismo público (Dirección General de Aguas) encargado de constituir los derechos de aguas, de la policía y vigilancia del recurso, de autorizar las construcciones de obras, de supervigilar a las organizaciones de usuarios y de planificar el recurso, sus facultades son más bien limitadas, y no puede introducirse ni en la distribución de las aguas (que se realiza autónoma y descentralizadamente por las organizaciones de usuarios), ni puede resolver los conflictos de aguas (que se solucionan, antes que nada, por las propias organizaciones de usuarios, o por los tribunales de justicia), ni puede introducirse este organismo público en las transacciones de derechos de aguas, que se llevan adelante libremente entre los usuarios.

v. *La posibilidad de integrar organizaciones de usuarios para la autónoma y descentralizada distribución del agua.* Tal posibilidad existe para cada cuenca hidrográfica (un río íntegro, o secciones del mismo), por los propios titulares de derechos, no pudiendo intervenir la autoridad, sino transitoriamente, en casos excepcionalísimos (ante faltas graves o abusos en la distribución de aguas y en épocas de extraordinaria sequía).

En suma, el sistema jurídico de aguas vigente en Chile ha configurado un derecho de aprovechamiento de aguas con gran protección jurídica como tal, y con una posibilidad de ser transferido libremente; es lo que los economistas llaman «mercado» de derechos de aguas. Sobre ese fenómeno: el «mercado» de los derechos de aguas, abundamos *infra*.

#### 4. Elementos que conforman el mercado de las aguas en Chile

Reviso las principales reglas que se incorporaron al sistema chileno para asegurar un mercado, de ahí que analizo los dos elementos esenciales que configuran el mercado de las aguas: la intangibilidad del derecho de aprovechamiento de las aguas (esto es, su no caducidad) y la libre transferibilidad del derecho de aprovechamiento de las aguas.

En Chile se ha optado por incorporar a la regulación elementos propios de un sistema o modelo de mercado. Ahora, desde la perspectiva jurídica, este modelo promueve una disminución de atribuciones de la Administración del Estado y un

aumento de poderes de decisión a los particulares, dotando a los títulos privados de aguas de dos características esenciales: *i*) de la intangibilidad o no caducidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas, con una gran defensa de la seguridad y certeza jurídica de los títulos; y, *ii*) la libre transferibilidad de los títulos de aguas.

Estos dos elementos componen el sistema del mercado de las aguas en Chile, y es lo que explica el contrapeso que los particulares (como titulares de los derechos) pueden tener de frente al Estado/Administración, quien carece de posibilidades de caducar los títulos o de impedir las transferencias. Analizo ambas características.

*a. La intangibilidad de los derechos de aprovechamiento de aguas y su no caducidad.* La garantía e intangibilidad de la propiedad de los titulares de derechos de agua significa, jurídicamente, que sin su voluntad, cualquier tercero no puede afectar la esencia de los títulos ajenos. Como consecuencia de la aplicación de un sistema general de protección a las titularidades privadas, consagrada en el artículo 19 n.º 24 de la CPR, en el sector se ha producido un reforzamiento de los derechos privados dirigidos al aprovechamiento de las aguas, que ha brindado protección tanto a los derechos concedidos por el Estado (constituidos), como a los consuetudinarios (reconocidos por este). En virtud de estos derechos, otorgados o reconocidos, los particulares pueden usar, gozar y disponer jurídicamente de las aguas. Para analizar la intangibilidad de los derechos de aguas, cabe referirse a la libertad de uso que tiene su titular (A) y a la imposibilidad jurídica de ser caducado por la autoridad (B).

*1. La libertad de uso de las aguas.* En lo referente a la obligatoriedad del uso de los derechos del agua, con anterioridad al año 2005, la legislación chilena no establecía la exigencia a los titulares de utilizar efectivamente los caudales a los cuales podía acceder, ni tampoco, de tener que construir las obras necesarias para su aprovechamiento. Los particulares podían libremente usar o no tales aguas, y esperar también libremente, de acuerdo con las condiciones de mercado, el momento apropiado para usarlas. Es más, se permitía la adquisición de los derechos y su consecuente retención con fines meramente especulativos.

Sin embargo, con la dictación de la Ley n.º 20.017 del año 2005, el escenario experimentó una serie de modificaciones, entre las cuales se encuentra el pago de patentes por el no uso de los derechos de aprovechamiento de las aguas, y la necesidad de presentar una memoria explicativa en el caso que se soliciten derechos por un volumen de agua superior al indicado en los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5 del Código de Aguas - CA. Con respecto al pago de patentes, se llegó a afirmar que la introducción de una medida de dicha índole vendría a quebrar el principio de la libertad de uso, sin embargo, al análisis del tenor de la norma, el artículo 129 bis 4,

establece que el pago de las patentes se producirá cuando el titular del derecho no haya ejecutado las obras indicadas en el artículo 129 bis 9, que corresponden a la construcción de las obras de captación de las aguas, y no por la no utilización del agua a la que tiene derecho. Por tanto, la Ley n.º 20.017 no afecta el principio del libre uso de las aguas, sino solamente, impone al titular de los derechos la obligación de construir obras de captación.

II. *La no caducidad de los derechos de aguas.* Los derechos de aguas no pueden ser caducados por la autoridad en ningún caso, salvo expropiación<sup>3</sup>, dado su sometimiento en cuanto a su extinción a las mismas reglas de la propiedad civil,<sup>4</sup> y en cuanto a su protección constitucional, a la misma garantía de la propiedad;<sup>5</sup> siendo estas últimas cláusulas normativas, las que originan una «propiedad o dominio sobre el derecho de aguas», dado que este último es un bien incorporal.

La caducidad no es una hipótesis existente en el actual ordenamiento jurídico de aguas chileno. Los derechos de aguas solo se extinguen o se transfieren, por voluntad de su titular, y nunca por decisión discrecional de alguna autoridad administrativa. Esta protección constitucional que se brinda a los particulares en la titularidad de sus derechos de agua, es una garantía que permite la estabilidad y el correcto funcionamiento del mercado, ya que existe la certeza de la intangibilidad del derecho y, por ende, la confianza de la rentabilidad de las eventuales transacciones que se realicen en torno al mismo.

b. *La libre y espontánea transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de aguas.* Cuando se analiza la legislación de aguas, a partir de la nueva institucionalidad chilena surgida con la dictación del D.L. 2.603 de 1979, la Constitución Política de la República de Chile - CPR de 1980 y el Código de Aguas - CA de 1981, es posible constatar que se estableció un sistema de libertad de transferencia de las aguas, no solo para los derechos de aprovechamiento, sino también para todos los bienes que existen dentro de la economía. Por lo tanto, el derecho de aprovechamiento de aguas es un bien más que se transa libremente.

I. *La no inmanencia de los derechos de aprovechamiento de aguas.* Uno de los aspectos relevantes, y que constituye un elemento fundamental en la liberalización y transferencia de los derechos de aguas, es la no inmanencia de los derechos de aprovechamiento a los terrenos a los cuales servía primitivamente. Esto significa que el titular del derecho de aguas puede transferir libremente su derecho, en forma separada de la tierra, para que el nuevo titular pueda utilizar las aguas en cualquier otro sitio de la cuenca, sin perjuicio de las autorizaciones que deberán obtenerse

3 Decreto Ley n.º 2.603 de 1979 y 27 CA.

4 Artículos 21 y 129 CA.

5 Artículos 19 n.º 24 inciso final CPR y 6.º inciso 2 CA.

de modo previo. Lo anterior permite un óptimo funcionamiento de un sistema de mercado, en cuanto habilita un uso más efectivo del recurso, asociado a diversas actividades económicas que pueden encontrarse en diferentes sectores de la cuenca hídrica y no limitándose a una zona geográfica determinada.

II. *La disposición jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas.* Al existir un derecho de propiedad con respecto al derecho de aprovechamiento de las aguas, existe dentro de los atributos que tiene su titular, la posibilidad de disponer de dicho derecho. Lo anterior se encuentra regulado de acuerdo con las normas del Código Civil, como señala el artículo 21 CA: «La transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones del Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente Código».

Desde la perspectiva de las facultades del titular, es factible la disposición jurídica de los derechos de aguas, tanto de manera total o parcial. En cuanto a la disposición total, cabe pensar en la enajenación del derecho de manera voluntaria a través de las transacciones económicas que contempla la legislación nacional, sin embargo, también podría darse el caso de una enajenación forzosa del derecho de aprovechamiento, a través de un remate público provocado por el incumplimiento del pago de la patente del artículo 129 bis 4 del CA.<sup>6</sup>

En cuanto a la disposición parcial, consiste en la imposición de gravámenes reales, ello es posible en general y con respecto a cualquier derecho real, y en especial para el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas, las hipotecas (artículo 110 y 111 del CA) y las servidumbres (artículos 69 a 109 del CA).

Así, los derechos de aprovechamiento pueden ser objeto de tráfico jurídico, a través de los actos conocidos y originalmente surgidos para las cosas corporales e incorporales. Dichas contrataciones son un acto «*inter privatos*», y por tanto, se aplican las normas propias del derecho privado.

III. *Modos de disposición jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas*

I. *Enajenación y transferencia de los derechos de aprovechamiento de aguas.* La transferencia de los derechos de aguas se puede realizar por medio de una compraventa o de una permuta; a través de estos actos se puede transferir íntegramente una cuota o parte del derecho de aguas, existiendo, total o parcialmente, según sea el caso, un cambio de propietario. La transferencia también se puede hacer por medio de un aporte a una sociedad comercial o civil, como también en virtud de una promesa de compraventa. Dicha enajenación también podría producirse de manera forzada, como ya se señaló.

---

6 Véase artículo 129 bis 16 del CA.

ii. *Renuncia de los derechos de aprovechamiento de aguas.* Producto de la Ley n.º 20.017 del año 2005, se incorporó expresamente en el artículo 6 del CA, la posibilidad de renunciar a los derechos de aprovechamiento de aguas por su titular. Esta renuncia puede ser total o parcial, y debe cumplir con el presupuesto de fondo de no perjudicar derechos de terceros, considerándose particularmente el eventual perjuicio experimentado por los acreedores del renunciante.

c. *Consecuencias de la intangibilidad y libre transferibilidad.* El hecho de existir un régimen de propiedad firme sobre el derecho de aprovechamiento de aguas tiene importantes implicancias, entre las que cabe señalar:

I. El titular del derecho mejora el acceso al crédito, pues tiene la posibilidad de garantizar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del mismo a través de la hipoteca del referido derecho;

II. El agua correspondiente a dicho derecho puede ser insumo de importantes sectores de la actividad socioeconómica (tales como hidroelectricidad, minería, servicios sanitarios, entre otros).

III. El titular del derecho de aguas puede separar el agua del terreno en que estaba siendo usada primitivamente; esto es, puede transferir libremente su derecho, en forma separada de la tierra, para que el nuevo titular pueda utilizar las aguas en cualquier otro sitio de la cuenca, sin perjuicio de las autorizaciones previas que deba obtenerse. Adicionalmente, el titular de las aguas puede usarlas para cualquier destino, que puede no ser el primitivamente asignado, posibilitando libres cambios de uso de las aguas.

IV. La certeza de tales derechos la proporciona el sistema por medio de un Registro de Aguas, a cargo de los Conservadores de Bienes Raíces. No obstante, y esta es una notable debilidad del actual sistema chileno, hay aún una gran proporción de derechos reconocidos, sean consuetudinarios, o provenientes de otros usos especiales que autoriza la ley, que no están inscritos ni regularizados en registro ni catastro público alguno.

v. Estos derechos de agua, protegidos constitucionalmente, pueden, entonces, ser libremente transferidos, a través de negociaciones típicas de mercado; asimismo, pueden ser hipotecados.

VI. Además, este derecho, sobre el cual se tiene dominio no puede extinguirse sino por las causas de derecho común (artículo 129 del CA), entre las cuales no contempla la legislación la caducidad por acto de autoridad.

Es muy importante que los derechos de aprovechamiento —tal como ocurre en el caso chileno—, sean intangibles, no caducables, pues ello es un primer paso para la existencia de un sistema de mercado. Luego, las transferencias de derechos

se pueden dar o no, dependiendo de las condiciones del sector y de las decisiones que al efecto adopten los titulares respectivos.

## 5. Bibliografía

- FIGUEROA DEL RÍO, Luis Simón  
1995 *Asignación y distribución de las aguas terrestres*. Santiago: Universidad Gabriela Mistral, 143 pp.
- PARKS, Loren L. y HANSEN, David E.  
1978 «Water utilization and reallocation in Chile: a study of the Pirque Valley». *American Journal of Agricultural Economics*, pp. 207-213.
- RIVERA BRAVO, Daniela  
2012 «Subsistencia y ajuste de antiguos derechos en base al uso efecto de las aguas. El especial caso del reconocimiento de usos consuetudinarios». Tesis para optar al grado de doctor en Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 401 pp.
- 2013 *Usos y derechos consuetudinarios de aguas. Su reconocimiento, subsistencia y ajuste*. Santiago: Legal Publishing-Thompson Reuters, 445 pp.
- VERGARA BLANCO, Alejandro  
1998 *Derecho de aguas*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2 tomos, 548 pp.
- 2013 «Autogobierno en la gestión de las aguas en Chile». En: *Actas de las I Jornadas de Derecho de Aguas*. Lima: Universidad Católica de Perú.
- 2014 *Crisis institucional del agua. Descripción del modelo, crítica a la burocracia y necesidad de tribunales especiales*. Santiago: Legal Publishing-Thompson Reuters, 498 pp.

### Referencias legales

- Constitución Política de la República (1980). *Diario Oficial*, 22 septiembre 2005.
- Ley n.º 20.017, modifica el Código de Aguas. *Diario Oficial*, 16 junio 2005.
- Decreto con Fuerza de Ley n.º 1.122, Código de Aguas de Chile. *Diario Oficial*, 29 octubre 1981.
- Decreto Ley n.º 2.603, modifica y complementa Acta Constitucional n.º 3; y establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y facultades para el establecimiento del régimen general de la aguas. *Diario Oficial*, 23 abril 1979.