



# **UNIVERSIDAD ALBERTO HURTADO**

**Facultad de Derecho**

## **CONCENTRACION Y FALENCIAS DEL MERCADO DE AGUAS DE 1981**

**Superando problemáticas económicas a partir de la Libre  
Competencia**

**POR:**

**CRISTIAN ALBERTO FUENTES URIBE**

Tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado  
para optar al título de: Licenciado en Ciencias Jurídicas.

**Profesora Guía:**

**Trinidad Prieto Andueza**

**Santiago de Chile, Mayo 2012.**

## **INFORME PROFESOR GUIA**

## DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS

### *Una Nueva Invitación Para Aprender...*

“Dedico y agradezco a mis padres, hermano y todos aquellos que me han ayudado para seguir aprendiendo”.

“Gracias a la profesora Trinidad que me tuvo mucha paciencia, sin su ayuda no hubiese logrado esta Tesis”.

## INDICE

<b>INFORME PROFESOR GUIA</b> .....	2
<b>DEDICATORIA Y AGRADECIMIENTOS</b> .....	3
<b>INDICE</b> .....	4
<b>RESUMEN</b> .....	6
<b>PALABRAS CLAVES</b> .....	6
<b>INTRODUCCION</b> .....	7
<b>ESPECULACION Y FALENCIAS DEL MERCADO DE AGUAS DE 1981</b> .....	9
Superando falencias económicas a partir de la Libre Competencia .....	9
<b>Capítulo I: La concepción jurídica del mercado de las aguas a partir del Código de Aguas de 1981</b> .....	9
El cambio de paradigma en el Derecho Chileno .....	9
Las nuevas fuentes legales y Constitucionales.....	10
Libertad de acceso y la libre transferibilidad.....	12
Los derechos de aprovechamiento y sus características.....	13
<b>Capítulo II: El mercado de las aguas desde la perspectiva económica</b> .....	14
Los tipos de bienes y el mercado económico.....	15
La regulación propia de los agentes económicos .....	16
Comportamiento de los agentes económicos.....	18
<b>Capítulo III: Concentración y externalidades</b> .....	20
Algunas cifras en torno al mercado de las aguas .....	20
1. <i>Estado v/s particulares según dominio de las aguas</i> .....	20
2. <i>Principales usos tradicionales de las aguas y su incremento a nivel nacional</i> .....	21
3. <i>Agentes con mayor poder de mercado a nivel no consuntivo</i> .....	21
4. <i>Relación entre oferta y disponibilidad de aguas</i> .....	22
5. <i>Estimación acerca del incremento de la demanda</i> .....	22
¿Existe competencia en el mercado de las aguas?.....	23
Alta concentración de derechos de aprovechamiento y sus externalidades .....	26

<b>Capítulo IV: Ley 20.017 que modifica al Código de Aguas, ¿Un remedio eficiente?</b> .....	31
¿Es necesario reestructurar el mercado? .....	31
Principales modificaciones y sus finalidades:.....	34
¿El final a las externalidades? .....	36
<b>Capítulo V: Corrigiendo externalidades a partir de la Libre Competencia</b> .....	39
Impacto real de las falencias del mercado.....	39
La naturaleza dual de la libre competencia .....	41
¿Es aplicable la legislación de la libre competencia en el mercado de las aguas? .....	42
<b>Capítulo VI: Conflictos en el mercado de aguas por temas de competencia</b> .....	44
1. <i>Conflicto por alta concentración de derechos de aprovechamiento</i> .....	45
2. <i>Conflictos por denegación de solicitudes en razón de la competencia</i> .....	46
3. <i>Problema por falta de mecanismos legales eficientes</i> .....	50
4. <i>Conflicto por colusión para evadir el procedimiento de remate</i> .....	51
5. <i>Joint Venture ajustado o no a la libre competencia</i> .....	53
6. <i>Conflicto por acto atentatorio a la libre competencia</i> .....	55
7. <i>Conflicto por falta de información</i> .....	57
<b>CONCLUSIONES</b> .....	60
<b>BIBLIOGRAFIA</b> .....	62
<b>ANEXO</b> .....	67

## RESUMEN

El Código de Aguas de 1981 dio origen al mercado de las aguas, el cual se caracteriza por permitir el libre acceso y libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de aguas, generando: agentes económicos con grandes concentraciones de derechos de agua; propiciando una estructura de mercado sin control; una ineficiente reasignación de derechos; y serias falencias económicas que afectan entre otras cosas a la competencia en este mercado. Se ha tratado de terminar con la excesiva concentración a través de reformas legales, las que, si bien han sido un avance, no han logrado superar satisfactoriamente aquellos inconvenientes. Ante este lúgubre panorama se vislumbra a la legislación e instituciones que promueven y defienden a la libre competencia como una herramienta eficiente en la superación de estos problemas económicos.

## PALABRAS CLAVES

Concentración – Derechos de aprovechamiento – Mercado de Aguas – Libre Competencia

**NOTA:** En la siguiente tesina se acompaña un anexo, gráficos, tablas y figura que pretenden contextualizar el trabajo y ayudar al lector en el entendimiento de las conclusiones a las que se arriban mediante esta investigación. Se recomienda dar lectura a los datos anexados.

## INTRODUCCION

El agua es un elemento vital, tanto para la vida orgánica de los seres vivos como para el desarrollo económico de las sociedades, ya que sirve como insumo para varias actividades económicas y productivas. Esto se debe en gran parte a la versatilidad funcional que se le puede dar a este recurso hídrico. En la actualidad existe una demanda mundial que asciende al 90% del recurso hídrico, debido a que se utiliza de manera directa en actividades como la agricultura, ganadería, servicios de agua potable, minería y energía hidroeléctrica, entre otras<sup>1</sup>. Hoy en día, los recursos naturales han sufrido una fuerte e indiscriminada explotación para mantener un desarrollo económico de gran escala, sin preocuparse de la escasez actual y futura de estas riquezas.

Es claro que, “*hoy en día el agua en sus condiciones naturales tiene un valor económico*”<sup>2</sup>, valor que se va incrementando a medida que se dificulta acceder a los derechos sobre el agua por la falta de disponibilidad de aquel recurso. Cada vez es más frecuente observar la competencia entre individuos por ser propietarios de derechos de agua, ya sea en conflictos litigiosos, remates y transferencia de estos derechos. Estas dos últimas instancias se desarrollan en un marco claramente particular, en donde la oferta y la demanda manejan el precio y cantidad de derechos de aprovechamiento a transar.

El Código de Aguas de 1981, recogiendo las ideas de libre mercado que imperaban en Chile, impulsó el crecimiento económico del país a través de la utilización eficiente de los recursos naturales. Este proceso afectó, entre otros cuerpos jurídicos, a la legislación de aguas, creando, modificando y eliminando normas e instituciones jurídicas. Dichos preceptos normativos posibilitaron un libre acceso y transferibilidad a los derechos de aprovechamiento de aguas<sup>3</sup>. Estas transformaciones provocaron un fuerte cambio de paradigma en todo el ordenamiento jurídico, teniendo como uno de sus efectos principales la creación del denominado *Mercado de Aguas*, lugar en el que se genera la compra y venta solo entre agentes económicos.

Las autoridades de la época dieron paso al Mercado de Aguas, esperando que este cumpliera con las características de todo mercado, la regulación independiente y eficiente de los propios agentes económicos. Aquella noción formaba parte de las ideas de Adam Smith, que señala como

---

<sup>1</sup> Cfr. RAMIREZ, R: *La problemática global del agua*. Disponible en <<<http://www.monografias.com/trabajos14/problemadelagua/problemadelagua.shtml>>> [última revisión: 10 de mayo 2012]

<sup>2</sup> SAAVEDRA, J. *La Valoración Económica de los Derechos del Agua*. Pág. 4.

<sup>3</sup> VERGARA, A. *La libre transferibilidad de los Derechos de agua. El caso Chileno*. 1997. Pág. 2.

innecesaria la participación del Estado como ente regulador. Los mercados, según Smith, se regulan únicamente por una mano invisible que se traduce en el libre juego de la oferta y la demanda.

El problema fue que esa regulación invisible dio paso a un mercado descontrolado y con serias falencias estructurales. La poca vigilancia y regulación por parte del Estado, originó un mercado de derechos de aprovechamiento de aguas altamente concentrado, donde unos pocos agentes económicos poseen un alto poder de mercado. Esta concentración se ha visto acompañada de una alta especulación de estos derechos, reflejándose en el alto número de derechos que no se utilizan. Esto ha provocado varias externalidades negativas para la población en general, como son: la alta contaminación de las aguas, falta de información acerca del recurso hídrico y, principalmente, falta de disponibilidad del agua como insumo necesario para que exista competencia en este mercado<sup>4</sup>.

Se intentó terminar con estos problemas con la reforma legal contemplada en la Ley N°20.017. Se impulsó considerando que nuestra legislación mantiene una excesiva permisividad, sin velar que exista un uso efectivo de las aguas y permitiendo la posibilidad de lucrar con aquellos derechos<sup>5</sup>. Lamentablemente dicha ley no logró crear los incentivos adecuados para poder eliminar la alta concentración y especulación de derechos de aprovechamiento, siendo aún un problema pendiente.

Se hace necesario crear mecanismos y soluciones que permitan, en lo posible, eliminar o al menos atenuar las externalidades provocadas por la concentración de derechos de aprovechamiento por parte de las empresas. Una herramienta poco usada y poco conocida ha sido explorar la efectividad que podría tener para este mercado la legislación que protege y promueve a la libre competencia, el DL N°211. Se hace necesario revisar el actuar que han tenido los órganos administrativos en esta materia como son la Fiscalía Nacional Económica, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, la Dirección General de Aguas y los Tribunales superiores de justicia.

La presente Tesina tiene como objetivo principal analizar un problema jurídico-económico, como es la alta concentración de derechos y las falencias derivadas de aquello. En segundo lugar, se busca determinar el real impacto de las modificaciones al Código de Aguas de 1981, y, por último, determinar si la legislación antimonopolios es un medio capaz de remediar o atenuar los problemas que hoy aquejan al mercado de las aguas en Chile

---

<sup>4</sup> Cfr. VERGARA, A: *Derecho de aguas*. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile". 1998. Pág. 278.

<sup>5</sup> BCN: *Historia de la Ley N° 20.017. Modifica al Código de Aguas*. Chile, 2005. Pág. 20

# ESPECULACION Y FALENCIAS DEL MERCADO DE AGUAS DE 1981

Superando falencias económicas a partir de la Libre Competencia

## Capítulo I: La concepción jurídica del mercado de las aguas a partir del Código de Aguas de 1981

*“¡Es notorio el cambio de política en una década!”<sup>6</sup>*

(Alejandro Vergara)

Para entender el mercado de las aguas, debemos analizar dos ámbitos: *el jurídico y el económico*. En cuanto al ámbito jurídico, deberemos observar qué elementos legales han creado la estructura actual del mercado de aguas, esto es: la libre transferibilidad y el libre acceso a los derechos de aprovechamiento de aguas por parte de los particulares. También debemos enfocarnos en lo económico; funcionamiento del mercado; su estructura; y los actores que participan en este<sup>7</sup>. En este capítulo revisaremos los elementos jurídicos existentes entre 1979 y 1981 que dieron origen al mercado de las aguas.

### El cambio de paradigma en el Derecho Chileno

Entre 1979 y 1981 nace un nuevo periodo histórico para la legislación de las aguas<sup>8</sup>. En esta etapa se introdujeron en el país políticas *económicas neoliberales* que acentuaban la relevancia y protección de los derechos de propiedad y el libre mercado<sup>9</sup>. Esta concepción responde a la fuerte idea del *laissez faire*<sup>10</sup> que influía en las políticas del mundo en aquella época. Esta

---

<sup>6</sup> VERGARA, A: *Las aguas como bien público (no Estatal) y lo privado en el derecho chileno: Evolución Legislativa y su proyecto de reforma*. Revista de Derecho Administrativo Económico, 22002, Pág. 76.

<sup>7</sup> Cfr. VERGARA, A: *Derecho de aguas*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1998. Pág. 258

<sup>8</sup> Cfr. VERGARA, A: *Derecho de aguas*. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1998. Pág. 496.

<sup>9</sup> . BANCO CENTRAL: Chile. *Diagnostico de la gestión de los recursos hídricos*. 31 de Marzo 2011”. Pág. 4.

<sup>10</sup> El *laissez faire* es una palabra Francesca cuyo significado al español sería *dejar hacer*, en alusión al termino del intervencionismo del Estado dentro del mercado. Estas ideas fueron influencias en gran

concepción propugnaba que el sistema legal y el gobierno se debían relegar a un rol secundario, mediante la simple afirmación que los recursos eran *propiedad privada*<sup>11</sup>. A partir de estas tendencias se origina el principio de **orden público económico**. Concibiéndose como el principio económico más importante que se introdujo en todo el Derecho Chileno, el cual ya sea para bien o para mal, genero profundos cambios en las bases del sistema jurídico chileno.

El destacado jurista José Luis Cea define este importante concepto como: “el conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad nacional formulados en la Constitución”<sup>12</sup>. Como bien recalca este autor, tanto las normas y las instituciones jurídicas debieron adaptarse y absorber las tendencias económicas de la época, generando un gran cambio que se mantiene hasta el día de hoy. Los tribunales superiores de justicia han recogido en varias ocasiones este concepto de orden público económico, reconociéndolo como un principio macro dentro del ordenamiento jurídico.<sup>13</sup>

Todas estas ideas económicas *provocaron un cambio de paradigma* en el sistema jurídico chileno, generando un fuerte impacto en mucho de los cuerpos jurídicos del país, ya sea modificando, eliminando o creando disposiciones normativas acordes a las ideas neoliberales. De esta forma, en 1973 se produjo un cambio ideológico que absorbió principios de la economía imperante dentro del ordenamiento jurídico.

En el caso de la legislación de aguas se creó un nuevo Código de Aguas y se consagró constitucionalmente la calidad jurídica de las aguas, teniendo como efecto que la política de protección y aseguramiento de la asignación de recursos que existía en Chile, cambiara a otro en que el Estado es quien asigna primariamente y originariamente los recursos, dejando al mercado el rol de reasignarlo de manera eficiente<sup>14</sup>.

## Las nuevas fuentes legales y Constitucionales

Estas nuevas ideologías provocaron que la naturaleza jurídica de los

---

parte por Adam Smith, el cual ha sido considerado como el padre del neoliberalismo.

<sup>11</sup> Cfr. DEMSETZ, H: *La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos*. Editorial Alianza Universidad. Madrid, España 1986. Pág. 16

<sup>12</sup> CEA, J: *Tratado de la Constitución de 1980*; Edit. Jurídica, Chile, 1988.

<sup>13</sup> Entre algunas de las sentencias que han reconocido la importancia del Orden Público Económico se pueden destacar: Tribunal Constitucional, 2 de Octubre de 1995; Corte Suprema, 22 de Noviembre 1995; CORTE DE APELACIONES; 29 Marzo 2000 y el 19 Octubre 1992.

<sup>14</sup> Cfr. BANCO CENTRAL: Ob., cit. Pág. 22.

derechos de aprovechamiento de aguas (desde ahora DAA) se viera modificada. La legislación de las aguas vario abruptamente a partir de la irrupción de un nuevo Código de Aguas y de un nuevo reconocimiento constitucional en 1981. Estas modificaciones fueron resultado de una “evidente aplicación de una política económica de libre mercado”<sup>15</sup>, lo que ha generado principalmente que los derechos de aprovechamiento se hayan visto más protegidos y amparados por un sistema institucional pro particulares.

En 1981 se dictó un nuevo Código de Agua, que buscaba “descentralizar la reasignación de derechos de aguas (que estaba siempre en manos de la autoridad administrativa, como la DGA), a partir de la *libre transacción* de los derechos de aprovechamiento de aguas”<sup>16</sup>. También “reconoció ampliamente todo tipo de derechos de aguas anteriores”<sup>17</sup>, permitiendo que las aguas que estaban destinadas a un uso específico pudiesen ser usadas para cualquier uso y transferirlas libremente.

En cuanto al rol de la Dirección General de Aguas (DGA), la nueva legislación de aguas de esa época fijó sus atribuciones solo entorno a las siguientes: “Conocimiento, monitoreo e investigación de los recursos hídricos en el país; planificación del recurso y formulación de recomendaciones para su aprovechamiento; constitución y regularización de los Derechos de aprovechamiento mediante la autorización de extracciones legítimas; fijación de limitaciones y modificaciones a la extracción del agua; policía y vigilancia de las aguas; ejercicio de atribución decisorias o auxiliares a los tribunales; y autorización de obras hidráulicas”<sup>18</sup>. No atribuyendo a la DGA la facultad de disponer de los derechos que los particulares tienen sobre las aguas, por el contrario solo son *privados quienes pueden transferir los derechos de agua y son estos los que dan vida al mercado de las aguas*.

Más importante aún es la consagración de la calidad jurídica de las aguas en la Constitución de 1981, el artículo 19 N°24, en su inciso final, reconoció que “Los Derechos de los particulares sobre las aguas reconocidos o constituidos en conformidad a la ley, otorgaran a sus **titulares propiedad** sobre ellos”. De esta manera al consagrarse los derechos de aprovechamiento como susceptibles de ser propiedad de particulares son varias las implicancias que esto conlleva.

---

<sup>15</sup> VERGARA, A: *Las aguas como bien público (no Estatal) y lo privado en el derecho chileno: Evolución Legislativa y su proyecto de reforma*. Revista de Derecho Administrativo Económico, 22002, N°1, Pág. 67.

<sup>16</sup> VERGARA, A. VERGARA, A: *Derecho de aguas*. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1998. Pág. 496

<sup>17</sup> *Ibidem*. Pág. 497.

<sup>18</sup> BANCO CENTRAL: *Ob.*, cit. Pág. 52

En primer lugar solo podrían ser privados de tales derechos por parte del Estado a partir de un *acto administrativo expropiatorio*<sup>19</sup>, como también estos derechos pueden ser “*libremente obtenidos, ejercibles y transferibles*”<sup>20</sup>. Y en segundo lugar cabe destacar que este sistema de propiedad privada establece mediante títulos de propiedad, quien controla el uso de los recursos y, por tanto, quien debe pagar para influir en el uso que se da a este recurso.<sup>21</sup>

## **Libertad de acceso y la libre transferibilidad**

Si bien en el pasado legislativo se sentaron las bases de un mercado de aguas, este no pudo perfeccionarse debido a que no existía la libertad total de disponer de los derechos de aprovechamiento. Con las modificaciones legales y constitucionales que se hicieron en torno a las aguas, se ha logrado *perfeccionar y crear el denominado mercado de las aguas*. El debate acerca del dominio de las aguas, se encuentra hoy en día zanjado<sup>22</sup>. El Código de Aguas dispone que: “Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorgan a particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad con las disposiciones de este Código”.

Las aguas deben ser divididas en dos clases, las que son susceptibles de dominio (aguas terrestres) y las que no lo son (aguas comunes a todos los hombres, como el alta mar<sup>23</sup>). Las aguas ubicadas dentro del territorio de Chile si son susceptibles de dominio, sin embargo, el único titular de ese derecho es el Estado. En toda la historia legislativa siempre se permitió que los particulares pudieran hacer uso del bien hídrico a partir de los derechos de aprovechamiento. A estos derechos se les sumó la influencia de las políticas del libre mercado, lo que provocó, según Vergara, dos principios legales fundamentales: la ***libertad de acceso a la creación y la libre transferibilidad***<sup>24</sup> de los derechos de los particulares.

---

<sup>19</sup> CHILE: *Constitución política de la República*. Artículo 19 N°24 inciso tercero.

<sup>20</sup> VERGARA, A: *Las aguas como bien público (no Estatal) y lo privado en el derecho chileno: Evolución Legislativa y su proyecto de reforma*. Revista de Derecho Administrativo Económico, 22002, N°1. Pág. 67.

<sup>21</sup> Cfr. DEMSETZ, H: Ob., cit. Pág. 59.

<sup>22</sup> GUZMAN A: *Estudio de las Aguas*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Congreso 2007. Pág. 33.

<sup>23</sup> Según el artículo 585 del Código Civil, no serían aguas susceptibles de dominio porque son comunes a todos los hombres. A. *Estudio de las Aguas*. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Congreso 2007. Pág. 33

<sup>24</sup> VERGARA, A: VERGARA, A: *Derecho de aguas*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1998. Pág. 257

Estos principios provocaron cambios en la naturaleza jurídica de los DAA, los cuales fueron<sup>25</sup>:

- a) *Libre acceso a la titularidad sobre nuevos derechos de agua*: Se puede acceder a las aguas solamente a partir de la verificación que existan aguas disponibles para satisfacer el derecho que se pide.
- b) *Libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento*: Este es la más importante de las características que trajo este cambio de paradigma, en lo que se refiere al mercado de las aguas. Ahora estos derechos pueden ser transferidos desde un particular a cualquier otro particular, sin importar el inmueble a los cuales estén destinadas las aguas. Si no existiese esta libertad de intercambio no se podría generar un mercado propiamente tal.
- c) *Protección a la intangibilidad de los derechos de aprovechamiento*: Como bien se señaló con anterioridad, al ser los DAA parte de la propiedad de los particulares, la autoridad administrativa solo podría quitar estos derechos a partir de un acto administrativo expropiatorio (Artículo 19 N°24 inciso tercero de la Constitución).
- d) *Libre uso y goce de las aguas a que se tienen derecho*: No existe obligación o prohibición alguna al uso de los DAA. Esta característica es también, a mi juicio, muy relevante, ya que permite que los particulares puedan usar el agua para cualquiera actividad económica. También deja que los particulares puedan usar o no las aguas. Si bien en la actualidad existe un pago de patentes por el no uso de las aguas, el particular puede seguir sin su uso pagando aquella sanción (como se verá más adelante este es uno de los grandes problemas del mercado de las aguas).

### **Los derechos de aprovechamiento y sus características**

A partir de los principios de libre transferibilidad y libre acceso, los derechos de aprovechamiento pasaron a convertirse en la piedra angular del nuevo mercado de las aguas. Esto porque se convirtieron en un bien jurídico

---

<sup>25</sup> Cfr. VERGARA, A: *Las aguas como bien público (no Estatal) y lo privado en el derecho chileno: Evolución Legislativa y su proyecto de reforma*. Revista de Derecho Administrativo Económico, 22002, N°1. Pág. 67-68.

capaz de ser disponibles y enajenables con plena libertad entre los mismos particulares. Son de tal importancia que es primordial observar su tratamiento legal y las características principales que tienen estos derechos. El artículo 6, inciso primero del Código de Aguas define al derecho de aprovechamiento como:

“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”.

Dentro de las características principales de los derechos de aprovechamiento podemos destacar:

- Es un derecho real, cabe destacar que el Código Civil señala que los derechos reales son aquellos que se tienen sobre una cosa sin respecto a determinada persona.
- Es un derecho real mueble por naturaleza, no obstante que pueden cambiar a inmuebles dependiendo de si el uso está destinado al uso, cultivo o beneficio de un inmueble.
- Recae sobre un bien nacional de uso público.
- Se expresa en volumen por unidad de tiempo.
- Impone ciertas cargas y responsabilidades.
- Es de libre disposición.
- Es renunciable total o parcialmente.
- Es independiente del predio.
- Se encuentra amparado por el recurso de protección.
- Su ejercicio no es obligatorio.

## **Capítulo II: El mercado de las aguas desde la perspectiva económica**

*“La Economía estudia como las sociedades administran los recursos escasos para producir bienes y servicios, y distribuirlos entre los distintos individuos”<sup>26</sup>  
(Morcillo y Becker).*

---

<sup>26</sup> MORCILLO, F y BEKER, V: *Economía, principios y aplicaciones*. Editorial Mc Graw Hill. Argentina. 2008. Pág. 2.

## Los tipos de bienes y el mercado económico

La gran pregunta de hoy en día es cómo satisfacer de mejor manera la *multiplicidad de necesidades humanas en relación a la escases de bienes* capaces de satisfacer esa creciente necesidad<sup>27</sup>, o bien, cómo administrar los recursos escasos de una manera más *eficiente*<sup>28</sup>. **La ciencia de la elección** es la rama que busca responder a aquella pregunta, para así poder “producir diversos bienes y distribuirlos para su consumo entre los miembros de la sociedad”<sup>29</sup>. Hoy en día el agua es un bien escaso y muy requerido para el desarrollo de varias actividades económicas, si bien es un recurso que se regenera a partir del denominado ciclo hídrico, en varias regiones la demanda por este *input* sobrepasa la cantidad de agua existente por región (Grafico 4).

Si bien las necesidades del hombre se traducen en las obtenciones de bienes y servicios, para objeto de este análisis nos enfocaremos solo en relación a los bienes. Se entiende como bienes a “todo aquello que satisface, directa o indirectamente, los deseos o necesidades de los seres humanos”<sup>30</sup>: No todos los bienes son iguales, por el contrario existen dos tipos de bienes que debemos distinguir. Están en primer lugar los *bienes libres* que existen en gran cantidad y no se encuentran de forma escasa, por lo que su precio de mercado es 0 (gratuitos); y en segundo lugar están los *bienes económicos* los cuales se caracterizan por ser escasos en relación a la cantidad total que se desea, y por ende tienen un valor monetario<sup>31</sup> (onerosos). Es importante esta diferenciación puesto que *solo los bienes económicos dan origen a un mercado de bienes competitivo*.

Si bien los derechos de aprovechamiento de aguas pueden ser solicitados de manera gratuita ante la Dirección General de Aguas, aquella gratuidad con la que se podían solicitar las aguas se ha visto limitada. Esto se produce porque hoy en día existe una mayor necesidad por utilizar las aguas, lo que sumado a la escases de este recurso ha provocado que se genere una alta **competencia** “en la lucha por satisfacer las necesidades”<sup>32</sup> que solo este elemento hídrico puede lograr.

---

<sup>27</sup> Cfr. *Ibídem*.

<sup>28</sup> Eficiencia se entiende como el logro de los objetivos planeados, con el mínimo de recursos aplicados; es decir, consistente en lograr eficacia al mínimo costo. MARTINO, F. Diccionario de conceptos económicos y financieros. Editorial Andrés Bello, Chile. 2001. Pág. 130.

<sup>29</sup> MORCILLO, F y BEKER, V: Ob., cit. Pág. 2.

<sup>30</sup> MATURANA, P: *Apuntes de Derecho de la Competencia*. PUCV. Chile, 2003. Pág. 4.

<sup>31</sup> *Ibídem*.

<sup>32</sup> MATURANA, P. Ob., cit. Pág. 5.

Por esta misma competencia y escases, la obtención de este recurso se obtiene en su mayoría de forma onerosa, ya sea por remate de aguas o que simplemente estos DAA se adquirieran mediante el mercado de aguas. Aquel carácter oneroso ha sido resaltado en la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio ambiente en 1992, en la que se señaló que “el agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos, en competencia a lo que se destina y debería reconocérsele como un bien económico”<sup>33</sup>.

Según Larroulet, el mercado “es toda institución social en la que los bienes y servicios, así como los factores productivos se intercambian libremente”<sup>34</sup>. De esta forma, la principal característica que tienen los mercados es *la libre concurrencia y libre intercambio* de bienes. El mercado de las aguas adquirió ambas características a partir del principio de la libre transferibilidad y accesibilidad que se instauró en 1973.

En Chile existen a la fecha regiones en donde los DAA de aguas sobrepasan la disponibilidad de agua existente, lo que imposibilita acceder a éstos de manera gratuita a partir de la solicitud a la DGA. Esto ha provocado que este nuevo mercado de aguas, sea el lugar competente para adquirir dichos derechos debido a que no existe limitación alguna para enajenar libremente los derechos que se tienen sobre las aguas. Provocando esencialmente que las aguas *hayan cambiado su naturaleza de bien libre a un bien netamente económico*, intercambiado por un precio fijado netamente por agentes económicos.

### **La regulación propia de los agentes económicos**

Hasta el siglo XIX los Estados occidentales se caracterizaban por centralizar la economía, siendo el gobierno de turno quien la regulaba. En gran medida esto se debía al absolutismo heredado de las monarquías, en las que el monarca era la autoridad única y soberana en todo ámbito (político, económico, social y religioso). Aquella ideología cambio de súbito a partir de las ideas neoclásicas de aquella época, que propugnaban una libertad en todo ámbito.

Fue así que los fuertes gobiernos centralizados dieron paso a una tendencia descentralizadora, que dio libertad de acción a las iniciativas privadas e individuales. Según Demsetz, aquello se convirtió en algo más

---

<sup>33</sup> PRIETO, Manuel. *El modelo chileno de gestión hidroeléctrica. Una aproximación desde la sustentabilidad profunda*. Tesis presentada al instituto de Estudios Urbanos y Territoriales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Agosto 2010. Santiago de Chile.

<sup>34</sup> MATURANA, P. Ob., cit. Pág. 6.

que una simple política, transformándose en una nueva forma de concebir a la economía<sup>35</sup>, dicha tendencia fue reconocida con la famosa frase francesa de *laissez faire* (el dejar hacer).

En materia económica esto produjo un fuerte impacto en los estudios económicos de la época, traduciéndose en la creación de mercados regulados por los propios agentes económicos. La piedra angular de esta ideología era el pensamiento que el mercado se regulaba solo a partir del juego de la oferta y la demanda. El único regulador, según Smith, eran los propios oferentes y demandantes, que ejemplificaba como la famosa mano invisible reguladora del mercado. Este nuevo orden permitía una coordinación en el sistema de los precios de los bienes y servicios, devenidos pura y simplemente del mercado<sup>36</sup>.

Este sistema busca y desea que sean los propios agentes económicos quienes establezcan el precio y demanda del bien, a partir de un sistema de *competencia* entre ellos. Competencia entendida como el motor que hace funcionar a un mercado en el cual “ni oferentes ni demandantes pueden aisladamente influir en el precio, cantidad, calidad u otra variable del mercado de bienes y servicios oferentes”<sup>37</sup>. En teoría “se supone que, en un sistema de propiedad privada, la competencia canaliza los recursos hacia aquellas ocupaciones que maximicen el valor de la producción”<sup>38</sup>. Por el contrario, si falla la competencia la función asignadora de los valores de producción dejaría de ser eficiente.

## Los incentivos y el rol del Derecho

Si bien, en teoría, los mercados se regulan adecuadamente a partir de la oferta y la demanda, son los mismos agentes los que buscan distorsionarlo. El dominio del precio de los bienes por parte de unos pocos, es una anomalía de mercado bastante deseable por parte de quienes lo realizan. Al existir falencias en este modelo teórico de la regulación invisible de los mercados, debido al propio comportamiento de sus “reguladores”, ha generado que el Estado deba tener un rol reactivo<sup>39</sup> que permita superarlas.

---

<sup>35</sup> Cfr. DEMSETZ, H: *La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos*. Editorial Alianza Universidad. Madrid, España 1986. 17

<sup>36</sup> Cfr. *Ibidem*. Pág. 18.

<sup>37</sup> VALDES, D: *Libre Competencia y Monopolio*. Editorial Jurídica. Santiago, Chile 2006. Pág. 36

<sup>38</sup> DEMSETZ, H: *Ob.*, cit. Pág. 30.

<sup>39</sup> DAMASKA, M: *Las caras de la justicia y el poder del Estado*. Editorial Jurídica. Chile, 2000. Pág.

El mecanismo que utiliza el Estado para regular el comportamiento de los individuos es la imposición de *incentivos* y *desincentivos*. Steven Levitt, destacado economista norteamericano, define a los incentivos de manera bastante llamativa y singular: “*Un incentivo es una bala, una palanca o una llave: con frecuencia se trata de un objeto minúsculo con un poder sorprendente para cambiar una situación*”<sup>40</sup>. Lo que se busca a partir de los incentivos es motivar la realización de una conducta y encaminar a los individuos a un comportamiento deseado. Con estos el Estado desea superar las falencias del mercado que los mismos agentes económicos provocan con su actuar, a partir de la creación de estas minúsculas pero poderosas estimulaciones.

Con las normas jurídicas el Estado puede plasmar incentivos para orientar el comportamiento de los agentes económicos, para así incentivar o desincentivar conductas. Sólo a partir del Derecho estos incentivos quedan dotados de un carácter coercitivo e imperativo. Coherente con aquello, Kelsen definió al Derecho como “un orden normativo que trata de producir una determinada conducta humana”<sup>41</sup>. Por esto, las normas jurídicas son las llamadas a orientar las conductas de los individuos. Aquello nos importa, ya que ayuda a corregir las falencias y las distorsiones del mercado, provocadas por la búsqueda insaciable del monopolio y el poder de mercado de particulares. De esta manera el rol del Estado es velar por el mercado, que este tenga un funcionamiento adecuado a partir de la creación de normas jurídicas e instituciones que rectifiquen conductas que atenten a la libre competencia de la oferta y la demanda.

### **Comportamiento de los agentes económicos**

Los agentes económicos son los individuos que participan en el intercambio que se da en los mercados, los que realizan transacciones relativas a las compras se denominan como demandantes y los que realizan transacciones en relación a las ventas se llaman oferentes. En otras palabras, estos agentes son los que comúnmente denominamos como compradores (demandantes) y vendedores (oferentes)<sup>42</sup>. Como todo ser humano, estos sujetos tienen como fin último la satisfacción personal, una

---

122.

<sup>40</sup> LEVITT, Steven y DUBNER Stephen: *Freakonomics*. Editorial Zeta Bolsillo. España, 2007. Pág. 28.

<sup>41</sup> KELSEN, H: *Teoría Pura del Derecho*. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1982. Pág. 75

<sup>42</sup> MATURANA, P: Ob., cit. Pág. 6.

búsqueda de felicidad constante. Objetivo traducido como bien apuntan autores como Hume, Smith y Bentham, a la obtención de bienes (dominio) dentro de las relaciones de las personas con el mercado<sup>43</sup>. Esta búsqueda constante genera que los agentes económicos realicen comportamientos que les permita obtener la máxima felicidad y el mayor beneficio económico.

Esta búsqueda es el factor que motiva a estos individuos a comportarse de la forma más conveniente frente al mercado, buscando “aprovechar toda oportunidad que le signifique la consecución de un objetivo”<sup>44</sup>. Es este comportamiento racional el que romperá la neutralidad que debiesen tener los agentes económicos en el mercado. Son sus propios incentivos (la búsqueda de felicidad) los que provocan un cambio en uno de los principios fundamentales del mercado, *la neutralidad de los agentes económicos*. Traducido este como la imposibilidad que tanto comprador como vendedor puedan ejercer influencia en la fijación del precio en el mercado<sup>45</sup>, por lo que gran parte de esta búsqueda se centra en la lucha por influir de mayor manera en el precio de los bienes.

Se genera una fuerte competencia entre los agentes económicos a fin de convertirse en el único ente que fije los precios de los bienes y servicios en los diferentes mercados. Los mayores esfuerzos de estos agentes se enfocan en lograr un **poder monopólico** que les permita determinar por su propia voluntad: precios, cantidad, calidad, condiciones contractuales u otras variables relativas a un producto ofertado o demandado<sup>46</sup>; o al menos ejercer un **poder de mercado** que les permita tener un alto grado de influencia sobre un mercado<sup>47</sup>. La obtención de un poder dominante se obtiene a partir del dominio que un agente posee, ya sea de la oferta o de la demanda, convirtiéndolo, según Valdés, en la *única voluntad*<sup>48</sup> influyente en un mercado determinado.

También resulta racional para los agentes económicos incrementar su dominio (en la oferta o demanda) dentro del mercado, a fin de imponer las condiciones de funcionamiento del mercado. Esto se traduce en la práctica

---

<sup>43</sup> ALCOBERRO, R: *¿Homo Economicus o Idiota moral?*. Disponible en <<<http://www.alcoberro.info/V1/liberalisme5.htm>>> [última visita: 10 de mayo 2012]

<sup>44</sup> LERICHE, C y ROGELIO, O: *Racionalidad del homo economicus versus creencia racional: una visión de la teoría de juegos*. Análisis Económico. 2005. Pág. 102.

<sup>45</sup> Cfr. MILLER, Roger. “Microeconomía” Editorial Mc Graw Hill. Tercera Edición. México 1990. Pág. 332-333.

<sup>46</sup> VALDES, D: Ob., cit. Pág. 44.

<sup>47</sup> VALDES, D: Ob., cit. Pág. 54.

<sup>48</sup> Cfr. PRIETO, Manuel. “El modelo chileno de gestión hidroeléctrica. Una aproximación desde la sustentabilidad profunda. Tesis presentada al instituto de Estudios Urbanos y Territoriales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Agosto 2010. Santiago de Chile. Pág. 42.

común de aumentar, acaparar y concentrar su dominio de la oferta o demanda a fin de regular de forma autónoma al mercado. Esto fomenta prácticas especulativas y *atentatorias a la competencia en los mercados*. Son estos algunos de los desafíos que implica convivir con mercados altamente concentrados, situación que es odiada por algunos pero ansiada por otros como bien señala Rupert Murdoch: “Un monopolio es una cosa terrible, hasta que lo tienes (...)”<sup>49</sup>.

### Capítulo III: Concentración y externalidades

*“El origen del problema de la externalidad  
está en las demandas competitivas para la  
utilización de los recursos provocados por la  
escasez”<sup>50</sup>  
(Harold Demsetz)*

#### Algunas cifras en torno al mercado de las aguas

Analizado el marco jurídico y económico, en torno al recurso hídrico, es tiempo de reflexionar acerca de algunas estadísticas que dan cuenta de las falencias de este mercado. Para este propósito se adjunta el documento denominado “**Anexo**”, el cual entrega al lector una selección de gráficas que contextualizan de mejor manera el contexto en el que se desenvuelven las aguas en torno al mercado privado de estas. Se recomienda al lector acompañar esta lectura mirando las graficas, tablas y dibujos del anexo. Con esto se pretende: comparar al Estado v/s particulares según dominio de las aguas, los principales usos de las aguas y su incremento a nivel nacional; los agentes con mayor poder de mercado; la relación entre oferta y disponibilidad de aguas; y por ultimo una estimación acerca del incremento de la demanda.

##### 1. Estado v/s particulares según dominio de las aguas

Del Grafico 6 se desprende que ha existido un retroceso en cuanto al dominio que el Estado tuvo en materia de gestión y dominio de los recursos

---

<sup>49</sup> Keith Rupert Murdoch nació en 1931 en Australia, es el fundador de News Corporation sociedad que es dueña de las cadenas televisivas: Fox, Dow Jones, The Sun, NY Post, Sky y otros. Se calcula que News Corporation domina el 75% de los contenidos de los medios de comunicación que se ven en el planeta.

<sup>50</sup> DEMSETZ, H: Ob., cit. Pág. 59

naturales luego de las reformas que se hicieron en 1981. Estos datos muestran que desde el año 1995 hasta el 2002 ha existido una disminución de la propiedad que el Fisco de Chile ha tenido en torno a los derechos de agua susceptible de consumo humano. Bajando de un 50,1% en 1995 (último año en el que tuvo mayor dominio que los particulares) a un 17% en 2002.

Por el contrario, los particulares han incrementado su dominio en relación a estos derechos aumentado de un 49,9% en 1995 a un 83% en el año 2002. Este crecimiento por parte de particulares genera que el mercado de aguas (netamente privado) crezca, ya que existen mayores derechos de agua que son posible de transarlos. No existen indicios que den cuenta de que la baja en la propiedad del Fisco y el aumento de los particulares en relación a los derechos de agua fuera a cambiar en los consiguientes años

## *2. Principales usos tradicionales de las aguas y su incremento a nivel nacional*

Las Tablas 1 y 2 dan cuenta acerca de los usos que se dan a las aguas en el país, desde el año 1990 hasta el año 2006. Como se observa, el principal destino que se da a las aguas en esos años es para la generación de energías (específicamente de índole hidroeléctrica). El agua para uso eléctrico es el que más ha crecido, es más, en 9 años (desde 1990 al 1999) el uso del agua creció alrededor de un 100%. En 16 años (desde 1990 al 2006) este crecimiento se tradujo en un 129%. En cambio, el segundo mayor uso que se da a las aguas (para riego) solo creció en los mismos 9 años (desde 1990 al 1999) tan sólo un 18%, y el porcentaje de crecimiento de los demás destinos que se les da a las aguas es mucho menor. Esto demuestra que el mayor de las aguas ha sido para la generación de energías, con un aumento progresivo e inmenso en los últimos años.

## *3. Agentes con mayor poder de mercado a nivel no consuntivo.*

La Tabla 4, da cuenta de datos de la DGA en las que se analizan a los 12 agentes económicos (particulares) con mayor propiedad en torno a esta clase de derechos de aprovechamiento, ya en el año 1999. Se demuestra que de los 12 (100%) agentes con mayor poder de mercado (en aguas no consuntivas) 6 de ellas (50%) son del rubro de la energía. Dominando solo estas 6 empresas el 89,12% de los derechos no consuntivos en relación a las 12 empresas con mayor poder de mercado. Asombra aún más que solo una de ellas (ENDESA) posea por sí sola el 81%, generando claramente un *poder de mercado* que le permitiría, en rigor, manejar con cierta voluntad el precio y la cantidad de oferta a transar en el mercado de las aguas.

#### 4. *Relación entre oferta y disponibilidad de aguas*

Cabe destacar que en las regiones del norte del país (I, II, III, IV y XV) existe mucha más demanda que oferta de agua, notándose aun mas en las regiones II y III en las cuales se desarrollan enormes proyectos mineros que explicarían esta situación. En la zona centro del país (V, VI y VII región), salvo en la V región, existe mayor oferta de agua, pero apenas alcanza a satisfacer la oferta de esta zona. Por último en la zona sur (VII, VIII, IX, X, XI, y XII) existe mucha más oferta que demanda, siendo esta zona la que mayores recursos hídricos posee, y en la que a futuro se situarán las mayores pugnas por los derechos sobre las aguas.

#### 5. *Estimación acerca del incremento de la demanda.*

Un reciente estudio de la división para la agricultura y la alimentación de la ONU estima que en Chile existirá, para el año 2017, un aumento entre un 30% y un 40% en torno a la demanda de agua en el país en distintos usos. Cabe destacar que en este análisis no se incorporó el aumento de la demanda que podría existir en torno a los usos para la energía hidroeléctrica, pues esta se catalogó de *proyección incierta*. Esto se debe a que la entrada de otras fuentes de energías como la del gas natural retrasará la creación de proyectos hidroeléctricos. Aun así, dicho estudio afirma que la demanda por el uso de aguas para fines hidroeléctricos crecerá luego del año 2030, debido a que seguirá siendo la energía de menor costo en su generación<sup>51</sup>. A esta información se debe agregar una estimación reciente de la OCDE, donde afirma que la demanda mundial de agua crecerá en torno a un 55% para el año 2050, situación a la que Chile no será ajeno.

Con estos datos es posible concluir varias cosas con respecto a la actualidad y al futuro del mercado de las aguas. Se puede afirmar que la mayoría de los recursos hídricos pertenecen en mayor medida a privados que a los entes fiscales, por lo que el mercado privado de este recurso se va robusteciendo cada vez más. En los últimos 20 años ha existido un aumento constante en torno al uso de las aguas para la satisfacción de necesidades, haciendo que se consuma más y más agua. Aquella necesidad ha crecido tanto que hemos llegado a un punto actual en donde existen zonas en el país incapaces de satisfacer la creciente demanda en torno a este recurso.

---

<sup>51</sup> Cfr. GARDUÑO, H: *Administración de derechos de agua. Experiencia, asuntos relevantes y alineamientos*. FAO Estudios Legislativos. 2003. Anexo 5, "Chile".

Esta situación de escasez hídrica se acrecentará mucho más en los próximos 50 años, por lo que la demanda del agua fácilmente llegara al 50%. ¿Donde se sacará agua para satisfacer la creciente demanda que existirá en los próximos años en Chile? Será el mercado de privados en torno al agua donde se transarán muchos de los derechos sobre las aguas. Por esto, será de suma importancia la existencia de mecanismos que protejan y fomenten **la competencia** en este mercado, para que se logre una eficiente reasignación de los recursos y una determinación de precios en el que influyan todos los oferentes y demandantes,

### ¿Existe competencia en el mercado de las aguas?

Es relevante observar si en el mercado de las aguas existen las condiciones para una efectiva competencia que permita una regulación autónoma de los agentes económicos, esto es lo que se llama como *mercado perfecto*. En este tipo de mercado existe competencia perfecta, que se caracteriza en la existencia de libertad para mover recursos productivos a cualquier mercado sin que concurran barreras u obstáculos creados por el hombre<sup>52</sup>. De esta manera se requiere que en el mercado en cuestión exista rivalidad (competencia), para que se regule efectivamente el precio de los bienes y servicios. Para esto deben cumplirse con ciertas características copulativas, que los autores como Valdez y Maturana afirman:

a) *Que el bien sea homogéneo*: Esto implica que el bien que se desea transar en un mercado debe ser idéntico, es decir que el bien por el que se oferta y se demanda sea el mismo. De esta manera a los compradores y vendedores les da igual con cuál de los agentes económicos se debe transar, puesto que el bien es el mismo y de igual calidad. En cuanto al mercado de las aguas cabe hacer notar que si bien el agua, como bien transable es siempre igual, la diferencia radica en que la calidad del derecho de aprovechamiento puede ser diferente. Esto se debe a que los derechos de aprovechamiento tienen diferente naturaleza jurídica; si su uso es consuntivo o eventual; si su ejercicio es permanente o eventual; o si es continuo, discontinuo o alternado. Es por esta razón que las aguas, si bien por su estructura natural es homogéneo, la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento es disímil, por lo que no se cumpliría este requisito de homogeneidad en el mercado de las aguas.

---

<sup>52</sup> VALDES, D: Ob., cit. Pág. 38

b) *Completa información del producto*: Deben existir las condiciones para que los agentes económicos cuenten con el conocimiento y la información necesaria para poder transar en este mercado. “Siendo el mercado transparente puede predecirse el comportamiento futuro del mercado y por ende, predecirse el precio de equilibrio del mercado”<sup>53</sup>. No obstante, aquel requisito tampoco se cumple en el mercado de las aguas, ya que no existen los mecanismos que garanticen la publicidad y transparencia en este sector<sup>54</sup>. Es tan poca la información que existe en torno a este mercado que incluso la institución que debe velar por la libre competencia ha declarado que no cuenta con la información para precisar que los porcentajes de solicitudes y adquisiciones se han realizado por transferencias o transmisiones de derecho<sup>55</sup>.

Si bien existe la obligación de mantener un registro por parte de los Conservadores de Bienes Raíces<sup>56</sup> y un Catastro Público de Aguas (llevado por la DGA)<sup>57</sup> estos a juicio de la FNE no se encuentran actualizados y en varios casos cuentan con datos incongruentes. Esto motivó a la Fiscalía a interponer el 26 de Octubre de 2011, un requerimiento en contra de la DGA por no cumplir con su obligación de dar información y publicidad acerca de los derechos de aprovechamiento. Es por esta razón que este requisito tampoco se cumpliría, ya que no existe información actualizada acerca de los dueños de los derechos de aprovechamiento ni la magnitud de sus derechos.

c) *Gran número de compradores y vendedores*: Si existieran varios compradores y vendedores se reduciría la posibilidad que los agentes con mayor poder puedan influir en la determinación del precio del bien. De esta manera la regulación propia del precio de equilibrio de los DAA sería dada por la influencia de todos los participantes de este mercado. Como se vio en la Tabla 4 existen en este mercado agentes con altas concentraciones de derechos de aprovechamiento, lo que podría provocar que entre estos agentes puedan tener una mayor influencia en relación al precio, la oferta y la demanda. De aquella tabla se extrae que solo la empresa Endesa posee el 81% de poder de mercado repartido entre los agentes económicos más relevantes a nivel consuntivo.

---

<sup>53</sup> MATURANA, P: Ob., cit. Pág. 12.

<sup>54</sup> Cfr. FNE “Requerimiento en contra de la Dirección General de Aguas”. 26 de Octubre 2011. Pag 6.

<sup>55</sup> Ibídem. Pág. 10.

<sup>56</sup> CHILE: *Código de Aguas*. Artículos 22 (Registro de propiedad); 55 y 111 (Registro de Hipotecas y Gravámenes); 112 y 114 (Deberes del Conservador y Derechos que deben inscribirse) y; 117 (Tradición de los derechos de aprovechamiento inscritos).

<sup>57</sup> CHILE: *Código de Aguas*. Artículo 122.

En el año 2006 Endesa (Endesa S.A y proyecto HidroAysén) poseía a nivel nacional un 49% (Gráfico 11) de los derechos aptos para la generación hidroeléctrica, más un 10% de derechos pendientes en asignación. Solo en la región XI, Endesa poseía en ese año un 90% (Gráfico 12)<sup>58</sup> de los derechos constituidos para generación hidroeléctrica con la opción de un 16% más dichos derechos en solicitudes pendientes. Esto demuestra que existen en el país agentes económicos capaces de influir ciertamente en el mercado de las aguas a nivel nacional y a nivel regional, configurándose un poder de mercado enorme en torno a estos derechos. Si bien existen varios compradores y vendedores que tienen asignados derechos de aprovechamiento de aguas, la alta concentración en este mercado aumenta la posibilidad de que sean pocos los verdaderos agentes económicos que determinen el precio de equilibrio de los derechos de aprovechamiento.

d) *Movilidad del bien sin discriminación o barreras*: Este requisito se encuentra relacionado con el requisito anterior, ya que implica que los agentes puedan participar efectivamente en el mercado sin que existan barreras de entrada o abuso de poder dominante que impida la existencia de competencia. Las barreras de entrada pueden ser jurídicas (normas que restringen), tecnológicas (acceso a los medios tecnológicos para competir) y económicas (costo a asumir para ingresar al mercado)<sup>59</sup>.

El Código de Aguas permite acceder a los DAA de forma gratuita, aun así existen ciertos impedimentos para su otorgamiento, como son: *la disponibilidad de las aguas, zonas de restricción y otros*. Es en el ámbito económico en el cual se pueden crear las mayores barreras para la entrada de agentes y la movilidad del bien. Esto se debe al gran poder de mercado que poseen algunos (como es en el caso de Endesa, Gráficos: 8, 9, 10, 11 y 12,).

Si bien el solo hecho de tener un alto poder de mercado no es reprochable, si lo es cuando se abusa de aquel poder para un fin antijurídico: lesionar o peligrar la competencia de un mercado<sup>60</sup>. Aquella lesión podría *eventualmente* traducirse en instauración de: precios injustos; discriminaciones arbitrarias; imposición de contratos atados; asignaciones de

---

<sup>58</sup> TDLC. Resolución N°18/2006 del Tribunal de la Libre Competencia. 16 de noviembre de 2006.

<sup>59</sup> Cfr. VALDES, D: Ob., cit. Pág. 447.

<sup>60</sup> Cfr. Ibídem. 545-559.

zonas y de cuotas de mercado; explotación de una facilidad esencial; y en general cualquier otro acto que pueda afectar a la libre competencia.

Todo lo señalado demuestra que en Chile existen elementos tanto jurídicos como económicos que no permiten que exista competencia perfecta, como tampoco admite hablar de un mercado perfecto en torno a las aguas. Más bien se observa que existen las condiciones para que sean muy pocos los agentes económicos que regulen el precio, oferta y demanda en torno a las aguas. Si bien el poder de mercado no constituye de por sí un ilícito alguno en el derecho chileno, *si podría convertirse en ilícito si existiera un abuso de dicho poder de mercado que atente contra el principio de la libre competencia que protege el DL 211, cuya importancia se verá más adelante.*

### **Alta concentración de derechos de aprovechamiento y sus externalidades**

Si bien la concentración de derechos de aprovechamiento no es un acto ilícito de por sí, si son varios los problemas que conlleva a terceros. La legislación de las aguas desde el año 1981 creó las condiciones propicias para que los agentes pudieran adoptar dos comportamientos principales en torno a los derechos de aprovechamiento de aguas: la *especulación*<sup>61</sup> y el *acaparamiento*<sup>62</sup>. Ambos provocados por la libertad con la que privados pudieron acceder a los recursos naturales y en el caso específico a los DAA. La legislación de las aguas se caracterizó por no considerar en el mediano y largo plazo el aumento en el uso del recurso hídrico<sup>63</sup> (Tabla 1 y Grafico 7). En si el sistema actual de asignación de agua es un incentivo para la gestación de estas prácticas en este mercado.

En este mercado, al no existir una rigurosa regulación externa por parte de autoridades estatales, como tampoco un contexto jurídico-económico que permita una regulación interna por parte de los mismos

---

<sup>61</sup> *Especulación*: Acto de adquirir bienes y/o valores con el objeto de obtener un beneficio de su venta posterior aprovechándolo de las variaciones circunstanciales de los precios en el mercado. Si bien no es este acto nocivo o criticable, si se tiene muy frecuentemente como un acto ajeno a los valores éticos que se asocia a un incumplimiento de normas o regulaciones establecidas, cuando estas interfieren con el propósito de lograr utilidades. MARTINO, F. Diccionario de conceptos económicos y financieros. Editorial Andrés Bello, Chile. 2001

<sup>62</sup> *Acaparamiento*: Práctica conforme a la cual una persona natural o jurídica acumula bienes en evidente exceso a sus reales necesidades de consumo. Con el intencionado y específico propósito de especular en su beneficio en espera de un alza en los precios o mediante la manipulación de la oferta del bien y, a través de ella, presionar el aumento de los mismos. MARTINO, F. Ob., cit.

<sup>63</sup> Cfr. YÁÑEZ, Rodrigo. "El mercado de las aguas en Chile". Edición Instituto Libertad. 2008. Pág. 6.

actores, se genera como consecuencia un *mercado sin control*<sup>64</sup> que conlleva efectos contra terceros, esto se conoce como externalidad:

“El comportamiento de un agente de mercado produce efectos que influyen en los demás agentes de mercado, de manera tal que el costo o el beneficio económico derivado de esos efectos no es soportado ni asumido por quien lo produce”<sup>65</sup>.

Las externalidades pueden traer efectos positivos como también negativos para terceros. De allí que se pueden agrupar en externalidades negativas (efectos nocivos), como también externalidades positivas (efectos positivos). Ahora bien la doctrina chilena ha recalado en varias ocasiones que este mercado de aguas conlleva muchas externalidades de índole negativas. Entre algunos de los autores más destacados que hicieron hincapié en estos se pueden nombrar a Donoso<sup>66</sup>, Vergara<sup>67</sup>, Lewin<sup>68</sup>, Prieto<sup>69</sup> e incluso un estudio de la CEPAL<sup>70</sup>. De aquello se vislumbra la preocupación de la doctrina nacional como internacional por la gran cantidad de problemas que este mercado provoca. Muchas de estas externalidades negativas es posible agruparlas en cuatro grupos: medioambientales, sociales y económicas (en relación al mercado y a la competencia).

a) *Externalidades medioambientales*: La creación de nuevos DAA también provoca un impacto en el ecosistema, puesto que disminuye la cantidad de agua del sistema hídrico. Vergara sostiene que no toda el agua debe quedar sujeta a las fuerzas del libre mercado, sino que debe respetarse un flujo mínimo que permita respetar la vida acuática y terrestre<sup>71</sup>. Varios de los problemas que enfrentan terceros tienen directa relación con megaproyectos en los que se necesita acumular (embalses) y/o transportar grandes cantidades de agua (canales).

---

<sup>64</sup> Cfr. VERGARA, A. *Derecho de aguas*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1998. Pág. 278

<sup>65</sup> MATURANA, P. Ob., cit. Pág. 25

<sup>66</sup> DONOSO, G. 1998. *El mercado de derecho de aprovechamiento de agua en Chile*. Anuario. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta. Antofagasta, Chile.

<sup>67</sup> VERGARA, A: *Derecho de aguas*. Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1998

<sup>68</sup> LEWIN, P: *Análisis de la eficiencia del Mercado de Derechos de aprovechamiento de aguas en Chile*. Chile Enero de 2003.

<sup>69</sup> PRIETO, M. Op., cit.

<sup>70</sup> DOUROJEANNI, A y JOURAVLEV A. *El Código de Aguas de Chile: Entre la ideología y la realidad*. CEPAL, División de recursos naturales e infraestructura. Chile Octubre de 1999

<sup>71</sup> VERGARA, A. *Derecho de aguas*. Tomo I. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile. 1998. Pág. 278

Mayor preocupación ha provocado en los últimos años la creación de embalses y proyectos para la generación de energías eléctricas. Muchas fueron las acciones que buscaban impedir la realización de un proyecto de Endesa denominado como “HidroAysén”<sup>72</sup>. Cabe destacar que varias fueron las instancias a las que se acudió a fin de paralizar dicho proyecto, entre otras cabe destacar la sentencia N°109/2011 del Tribunal de la Libre competencia (se analiza en mayor profundidad en el Capítulo VI). Varios de los impactos ambientales tienen como factor común la creación de obras que impactan el ecosistema, entre algunas de estas externalidades podemos señalar:

- Falta de protección y sustentabilidad del recurso
- Exterminio de la flora y fauna por la contaminación producida
- Desplazamiento de la diversidad animal
- Inundación de hábitats y ecosistema: Pérdida de la biodiversidad.
- Alteración del entorno y paisaje (Derrames, falta de flujos de retorno del agua, cambios en las cuencas hídricas, etc.).
- Impactos sobre la calidad del agua por cambios químicos y termales
- Otros devenidos de la creación de obras hídricas, ver anexo

Figura 1: Impactos a causa de la Hidroelectricidad por embalses

b) *Externalidades sociales:* Asimismo pueden provocarse cambios respecto a la calidad de vida presente y futura de las personas. Extraña que estos cambios sean soportados por la sociedad en general y no por quienes provocan dichos fenómenos, que por el contrario se benefician de estas prácticas. La concentración que existe hoy en torno a los DAA genera que para la sociedad en general le sea difícil acceder a las aguas. La situación actual provoca que en muchos casos el tratamiento legal de las aguas (aquella que declara a las aguas como un bien nacional de uso público según el artículo 5 del Código de Aguas) sea solo un derecho de papel y no permita el efectivo uso por parte de la sociedad. Entre algunos de estos cambios soportados por la sociedad podemos destacar:

---

<sup>72</sup> Dicho proyecto ya tuvo la luz verde para la construcción de la hidroeléctrica en Aysén, luego de que la Corte Suprema de Puerto Montt rechazara 9 recursos de protección. Encontró la Corte Suprema que no existía perturbación ni amenaza a las garantías constitucionales que se habían alegado (derecho a la vida e integridad física; igualdad ante la ley; y derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación). El Mercurio. Corte Suprema rechaza recursos de protección y da luz verde al proyecto HidroAysén. 4 de Abril de 2012.

- Creciente dificultad en el acceso a los derechos de aprovechamiento de aguas.
  - Problemas de distribución justa en torno a las aguas.
  - Recursos productivos no orientados a un “óptimo social” (mala asignación de los recursos).
  - Otros devenidos de la creación de obras hídricas, ver anexo
- Figura 1: Impactos a causa de la Hidroelectricidad por embalses

c) *Externalidades económicas*: La finalidad del Código de Aguas de 1981 fue establecer un sistema legal que permitiera una eficiente asignación de las aguas a partir del énfasis que se les dio en la propiedad privada y en la aplicación de la lógica de mercado<sup>73</sup>. No obstante, genero por el contrario un sistema legal que incentivo las prácticas especulativas y acaparativas de los DAA. Dando como resultado un mercado descontrolado en el que existe real peligro de que unos pocos puedan determinar la oferta, demanda y precio de los DAA, debido a la alta concentración y las dificultades de competir en este mercado. El tema de la competencia en este mercado fue una de las mayores preocupaciones de la CEPAL:

“La preocupación principal se relacione con el problema del poder de mercado, que es la *posibilidad de que algunos agentes económicos utilicen los derechos de agua para ejercer un poder de mercado* en los mercados de productos y servicios de los que el agua es un insumo. Es decir que utilicen el recurso para atentar a la libre competencia en este mercado. La asignación de una proporción considerable del suministro de agua disponible a un número reducido de usuarios puede conducir a la competencia imperfecta y al poder de mercado. (...).

Pudiéndose ejercer el poder de mercado, y levantar al mismo tiempo *una barrera al ingreso de nuevos usuarios los que, no podrán realizar los proyectos más eficientes porque carecerán de derechos de agua*, o teniendo que pagar una prima para adquirir estos derechos, comenzarían con una importante desventaja competitiva. Esto puede ocurrir, por

---

<sup>73</sup> Cfr. VERGARA, A. *Derecho de aguas*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1998. Pág. 272.

ejemplo, en la agricultura de riego, en la minería de zonas áridas, y en mercados tales como de electricidad, el inmobiliario, el turístico y de abastecimiento de agua potable, cuyo desarrollo en una zona puede ser controlado a través de la acumulación de derechos de agua”<sup>74</sup>(Lo cursivo es propio).

Entre algunos de los problemas y falencias económicas que se pueden señalar son:

- Aumento en los costos de transacción
- Imposibilidad de emprender nuevas actividades económicas, por la falta de disponibilidad de aguas.}
- Posibilidad de imponer un sobreprecio en el valor del bien
- Falta de información en el mercado de aguas
- Otros devenidos de la creación de obras hídricas, ver anexo

Figura 1: Impactos a causa de la Hidroelectricidad por embalses

- **Potencial afectación a la libre competencia** a partir de prácticas como: instauración de precios injustos, discriminaciones arbitrarias; imposición de contratos atados; asignaciones de zonas y de cuotas de mercado; explotación de una facilidad esencial y todo otro acto que pueda afectar a la libre competencia.

El desafío que tiene la legislación chilena es buscar la manera de lograr una eficiente asignación en torno al recurso hídrico, con el fin de disminuir al menos con las externalidades de este mercado. “*Como el agua siempre será la misma* (salvo que se construyan embalses), *el debate actual es sobre la eficiencia del uso* de las mismas aguas, estos es lo que la ciencia económica llama la reasignación: es este el tema central, económico, jurídico, hidrológico, geográfico actual relativo a las aguas. *En otras palabras es poner las aguas al alcance de otros*”<sup>75</sup>.

Misma opinión tiene la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico<sup>76</sup> (OCDE) en sus conclusiones en torno a su comisión: Agricultura y Agua; sustentabilidad, mercado y política. Concluyendo que el

<sup>74</sup> Cfr. DOUROJEANNI, A y JOURAVLEV A: Op., cit. Pág. 21.

<sup>75</sup> VERGARA, A. *Derecho de aguas*. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. Pág. 260

<sup>76</sup> Cabe recordar que Chile es miembro de la OCDE desde el 5 de Julio del 2010, por lo cual las recomendaciones y las conclusiones a las que llega dicha comisión pueden llegar a convertirse en normas imperativas para nuestro país. Este efecto eventual de dichas recomendaciones en convertirse en normas jurídicas imperativas para los Estados es lo que se denomina en doctrina como *Soft Law*.

principal problema de los Estados miembros es la lucha por un uso eficiente del agua en toda actividad, ya sea económica o no.

“La principal dificultad estriba en asegurarse de que los recursos hídricos utilizados para la agricultura se *asignen correctamente a demandantes que compitan por ellos*, con miras a lograr una producción eficaz de alimentos y fibra textil, a minimizar la contaminación y sostener los ecosistemas, además de *satisfacer aspiraciones sociales de conformidad con diferentes acuerdos de derechos de propiedad, y sistemas y estructuras institucionales*”<sup>77</sup>(lo cursivo es propio).

## **Capítulo IV: Ley 20.017 que modifica al Código de Aguas, ¿Un remedio eficiente?**

*¡La más bella ley no hará caer ni una sola  
gota de agua de lluvia!<sup>78</sup>  
(Gazzaniga 1990)*

### **¿Es necesario reestructurar el mercado?**

La legislación de las aguas de 1981 falló al no crear los incentivos necesarios para mejorar la gestión de las aguas<sup>79</sup>. La red jurídica de incentivos que se instauró con la libre transferibilidad de los DAA, dio vida a un mercado en el que cada vez se hace más difícil el poder convertirse en un agente competitivo del mercado de aguas. En gran parte se debe aquello por la gratuidad con la que privados pudieron hacerse dueños de los DAA, sin pagar un precio por su uso o no uso.

La falta de visión acerca del incremento de la demanda de este bien y la nula obligación de determinar el uso que se les dará a los derechos son factores que impulsaron la concentración. Son solo estas algunas de las fallas que tuvieron las normas del Código de Aguas de 1981, las que no

---

<sup>77</sup> OCDE. *Water and Agriculture: Sustainability, Markets and Policies. Conclusions and recommendations*. Pág. 4. Disponible en <<<http://www.oecd.org/dataoecd/18/24/36290153.pdf>>> [última revisión: 2 de mayo 2012]

<sup>78</sup> VERGARA, A. *Derecho de aguas*. Tomo 1. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1998. Pág. 260

<sup>79</sup> Cfr. BAUER, C. *Los derechos de agua y el mercado: efectos e implicancias del Código de Aguas chileno de 1981*, Revista de Derecho de Aguas, Vol. IV. Santiago. Instituto de Derecho de Minas y Agua. Universidad de Atacama. 1993.

lograron establecer de manera correcta un esquema de incentivos que diera como resultado un mercado eficiente.

En los años 90 se sumaron voces que criticaron el sistema legal chileno, pues permitió que se creara un mercado descontrolado; incentivador de prácticas especulativas y acaparadoras; y el aumento de la concentración del dominio sobre los DAA de parte de unos pocos privados. Muñoz era categórico al señalar que: “La acción de inescrupulosos que han visto en esta materia la posibilidad de ejecutar negocios, pidiendo un derecho de aprovechamiento de aguas sin el interés de desarrollar algún proyecto con ese recurso, sino que de retener el derecho hasta que aparezca un interesado en desarrollar un proyecto y venderle el DAA”<sup>80</sup>.

A la luz de las falencias del mercado de aguas, se considero una reestructuración de una industria o mercado<sup>81</sup>. Los legisladores actuando en concordancia con aquello, acusaron recibo de las críticas y los problemas que este mercado estaba provocando. De esta manera comenzaron a crear una reforma al Código de Aguas de 1981 a fin de crear reales incentivos para que los agentes económicos no influyeran notoriamente en el mercado de las aguas. En efecto reconocieron que:

“Nuestra actual legislación (Código de Aguas de 1981) adolece de una excesiva permisividad y pasividad frente a la administración y conservación de este recurso escaso y finito (...). *La acumulación de derechos de agua en forma desmesurada, sin que exista un uso actual o futuro previsible, sino únicamente la posibilidad de lucrar con ella - más aún cuando su obtención original es gratuita-, constituye un germen de dificultades muy graves para el desarrollo futuro del país.*”<sup>82</sup>

Muchas fueron las autoridades que opinaron, criticaron y participaron en la creación del proyecto de ley que reformó el Código de Aguas. El ministro de obras publicas Ricardo Lagos, expuso ante la comisión encargada de dicha reforma tenía como fundamento principal que:

“El mercado de las aguas en Chile ha funcionado de manera muy esporádica (...). La idea original del legislador, de suponer un mercado de aguas fluido, a través del cual se

---

<sup>80</sup> MUÑOZ, J: *El Código de Aguas de la República de Chile, en el marco de una economía social de mercado*. UNESCO/ORCYT. Montevideo, 1994.

<sup>81</sup> DEMSETZ, H: Ob., cit. Pág. 57

<sup>82</sup> BCN. *Historia de la Ley N° 20.017. Modifica al Código de Aguas*. Chile, 2005. Pág. 20

realizaría la asignación, *en la práctica no ha sucedido*. Esto se explica, en parte, porque el derecho de aguas es *el único derecho de propiedad consagrado en la legislación chilena cuya mantención no implica costo alguno para su titular*. (Lo cursivo es propio)<sup>83</sup>.

Representando a la Comisión Nacional de Energía, aportó con sus comentarios y su preocupación la Ministra subrogante del presidente de la Comisión Nacional de Energía, la cual destacó que:

“Cabe la posibilidad de que el titular mantenga el derecho en desuso o lo utilice de manera inconveniente para la sociedad, lo cual puede tener *efectos particularmente graves y complejos* cuando se trata de derechos que significan una alternativa importante de producción de energía eléctrica. Este riesgo de mal uso del recurso de agua se ve notoriamente acrecentado cuando los derechos están concentrados en pocas manos (...).

Más crítico aún era Jaime Estévez, sucesor de Lagos como ministro de obras públicas, al señalar:

“Que una o pocas personas tengan concentrado grandes volúmenes de aguas en sus derechos de aprovechamiento sin que esa agua se utilice, *significa que otras personas que si tienen proyectos concretos no puedan llevarlos a cabo, impidiendo un mayor desarrollo económico del país*”<sup>84</sup>. (Lo destacado es propio)

Otras autoridades como el Director general de aguas, Rodrigo Weisner, también criticaba esta situación aludiendo que:

“Dadas las necesidades energéticas para proyectos mineros en el país, *no podemos permitirnos seguir teniendo derechos de aprovechamiento de aguas sin un uso específico*, mas aun si con la actual demanda estos derechos podrían cubrir las necesidades energéticas de

---

<sup>83</sup> *Ibidem*. Pág. 38.

<sup>84</sup> Opinión emitida con fecha 13/5/2005 y recopilada por: PRIETO, M. *El modelo chileno de gestión hidroeléctrica*. Una aproximación desde la sustentabilidad profunda. Tesis presentada al Instituto de Estudios Urbanos y Territoriales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Agosto 2010. Santiago de Chile. Pág. 142.

Chile en los próximos 23 años<sup>85</sup>. (Lo destacado es propio)

El 16 de Junio del año 2005 toda la discusión entre autoridades y destacados autores, dio como frutos la promulgación de la Ley N°20.017 que modificó y reformó al Código de Aguas de 1981 (cuya tramitación duro casi 13 años). Su finalidad fue establecer incentivos que logran controlar al mercado de las aguas en su generalidad, pero enfocado en terminar la especulación y acaparamiento de los DAA. Prieto Montt apunta a que otro objetivo era potenciar la competencia en este mercado, especialmente sobre aquellos DAA potencialmente aptos para la energía eléctrica. A fin de

“impulsar la generación hidroeléctrica liberando las barreras de entrada a nuevos interesados en la instalación de proyectos específicos. Ello, en la medida de que las tasas por no uso inducirían a los titulares de derechos a utilizarlos, o bien a deshacerse de ellos para que otros los utilicen”<sup>86</sup>.

### **Principales modificaciones y sus finalidades:**

Entre algunas de las normativas de trajo la Ley N° 20.017 destacan las siguientes:

1. *Pago de patentes por no uso de las aguas* (Titulo XI “Del pago de patentes por la no utilización de las aguas, artículos 129 bis y siguientes):

Una de las mayores críticas por varios autores era la falta de una barrera para adquirir el derecho como es el pago por su adquisición. El sistema chileno de concesión de aguas concedía los DAA de manera gratuita. De esta manera se impone un pago de patentes no por la solicitud misma de los DAA, sino que por el no uso que se les da a aquellos derechos.

Presume la legislación que no se usan dichos derechos cuando no existen las obras de captación necesarias para la real utilización de las aguas, por lo que la mera construcción de estas obras exime del pago de patentes. Establece un aumento progresivo del pago de patentes si existe una negación por parte del titular de construir dichas obras, pudiendo configurarse incluso el remate de dichos derechos por el no pago de las patentes. Con la implementación de un sistema de pago de patentes se buscó revertir aquella situación a fin de desincentivar la especulación, el

---

<sup>85</sup> Opinión emitida con fecha 15/1/2007 y recopilada por: Ibídem.

<sup>86</sup> PRIETO, M: Ob, cit. Pág. 143.

acaparamiento, la alta concentración de DAA que entregaba un enorme poder de mercado potencialmente atentatorio a la competencia.

2. Se amplía el procedimiento de remate (Artículos: 58, inciso segundo; 129 bis y siguientes; 142 y siguientes:

Se amplían las situaciones en las que puede configurarse el procedimiento de remate. Se extendió el remate para las solicitudes, de aguas subterráneas, de exploración, de derechos provisionales y a causa del no pago de las patentes por no uso. También se amplía el plazo a 6 meses para revisar si existen los requisitos para que se configure el remate.

Permite aquello la participación de nuevos actores en los remates sobre las aguas superficiales, ya que cualquier persona interesada puede concurrir a la subasta. Cabe destacar que esta última ampliación no aplica para aguas subterráneas, pues solo pueden participar los solicitantes, el Fisco y cualquier otra institución del sector público. La intención de esta norma es claramente ser un real incentivo para promover la competencia en el mercado de aguas.

3. Obligación de adjuntar memoria explicativa (Artículo 140 numero 6):

Crea la obligación de adjuntar una memoria explicativa para aquellos caudales superiores a 100 litros entre la primera región hasta la región metropolitana o superior a 500 litros para el resto de las regiones. Esto con el fin de determinar el monto de agua a utilizar y el uso al que serán destinadas dichos derechos. Otorga al mismo tiempo la facultad a la DGA de limita el derecho o concederlo con condiciones.

4. Establece caudal ecológico mínimo (Artículo 129 bis 1):

Se permite a la autoridad establecer un caudal ecológico mínimo para mantener los ecosistemas para ser preservados en cuanto a su calidad ecológica. Se fija a partir de un reglamento entre el Ministerio de Obras Públicas y el Ministerio del Medio Ambiente. La función de esta norma es proteger el ecosistema al establecer un caudal de protección de máximo un 20% del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial. Incluso en casos calificados y previo informe Ministerio del Medio Ambiente, el Presidente de la Republica puede aumentar el caudal hasta un máximo del 40% del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial.

5. Establece sistema registral de derechos (Artículos: 122; y 129 bis 12):

Se establece: la obligación de información de los Conservadores de Bienes Raíces y notarios respecto a la transferencia e inscripciones; la obligación para la Dirección General de Aguas de mantener actualizado al día su registro de aguas; y se reconoce legalmente dos registros de agua: Registro de Derechos de Aprovechamiento de Aguas y el Registro de Derechos de Aprovechamiento Susceptibles de Regulación<sup>87</sup>.

### ¿El final a las externalidades?

Las normas de la Ley N° 20.017 buscaron eliminar o al menos atenuar las externalidades que el Código de Aguas de 1981 propició. Si bien estas normas mejoran a la legislación, siguen sin poder sanearse algunos problemas que dicen relación a las fallas del mercado en cuanto su aspecto económico.

Cabe recordar que la legislación que liberalizó a las aguas (principio de la libre transferibilidad) tenía como fin que el mercado se regulase solo, para así poder asignar de modo más eficiente los recursos. Aun persisten dos problemas económicos que siguen sin solución ya habiendo pasado 20 años de la creación del Código: la alta concentración de derechos y la falta de información en torno al mercado de aguas.

#### a) *Se mantiene la concentración en torno a los DAA:*

Aun con la implementación del pago de patentes por no uso de los DAA y también la ampliación de las circunstancias en que se configura el remate, estos incentivos no lograron su cometido. No se ha terminado con la especulación y el acaparamiento, puesto que *aún persisten grandes concentraciones* en relación al dominio que tienen algunos agentes económicos respecto a los DAA<sup>88</sup>.

Si bien contribuyó a que muchas de las solicitudes pendientes fueran desistidas, como es el caso de ENDESA que renunció a 17 solicitudes de gran volumen solo en Aysén, sin cambiar aún así la alta concentración de

---

<sup>87</sup> Antes solamente se encontraban reconocidos en el Decreto Supremo N°1.120 del 30 de diciembre de 1997, que daba cuenta del Reglamento del Catastro Público de Aguas. El Registro de Derechos de aprovechamiento de aguas se encontraba en el artículo 13 y siguientes; y los derechos de aprovechamiento susceptibles de regularizar en el artículo 33 letra a.

<sup>88</sup> Cfr. YAÑEZ, R. *El mercado de las aguas en Chile*. Edición Instituto Libertad. 2008. Pág. 11

este mercado<sup>89</sup>. Según un informe<sup>90</sup> recogido por parte del Tribunal de la Libre Competencia en su resolución N°18/2006, Endesa mantiene a la fecha un 54,8% (Gráfico 9) de los DAA constituidos a nivel nacional y un 90% (Gráfico 12) de los DAA no consuntivos en la región XI.

En cuanto a la imposición de un sistema de pago por no uso de los DAA cabe destacar que ha existido hasta la fecha un aumento en la cantidad de patentes por el no uso (PNU) de los DAA. En el año 2008 eran 2.128 y en el 2009 3.002 el número de PNU afectas a pago por no uso<sup>91</sup>. En el año 2011 la DGA ha informado que el número de PNU sigue aumentando hasta llegar a 4.117<sup>92</sup>. El monto a recaudar por parte de la DGA también se ha incrementado, estimando dicha entidad que de \$24 millones de dólares a recaudar solo en el año 2007 aumentó dicha recaudación hasta fijarse en \$63 millones de la misma moneda en el 2011<sup>93</sup>.

Se concluye que el sistema de patentes tampoco ha sido un real desincentivo que elimine la especulación y concentración de derechos de aprovechamiento. Pareciera que para los especuladores es mucho más conveniente pagar por la patente de no uso, que crear las obras de captación del recurso. Otros autores inclusive han señalado que el pago de patentes es un *incentivo perverso*<sup>94</sup>, ya que no apunta a un ahorro de las aguas e impide la iniciativa privada que busca proteger este recurso. El pago de patentes alienta el gasto excesivo (se demuestra en el aumento anual en el pago de las PNU) y desconoce el valor de usos no productivos (como las actividades recreacionales en torno al agua).

Con respecto a la ampliación de las circunstancias en las que se puede dar el procedimiento de remate, este ha permitido que los agentes puedan competir por aquellos derechos. No obstante se debe mencionar que este sistema se caracteriza por asignar las aguas a partir del mejor postor. Implicando que muchos proyectos, de no mucho presupuesto, se vean impedidos de realizarse, pues la asignación de los DAA por vía del remate

---

<sup>89</sup> DGA. *Informe DGA: Administración de los recursos hídricos, Región de Aysén*. Coyhaique 2011.

<sup>90</sup> GOMEZ, A. *Informe técnico económico sobre la solicitud de modificación del Dictamen N°992 de la Comisión Preventiva Central*. Año 2006.

<sup>91</sup> CRISTI, O y POBLETE, C. *No Uso de derechos de aprovechamiento de aguas: ¿Una decisión eficiente o ineficiente? y patentes por no uso en Chile*. Pág. 30.

<sup>92</sup> DGA, *DGA anuncia cobro de patentes por no uso de derechos de agua por más de US\$ 63 millones*. Disponible en: <<<http://www.dga.cl/noticias/Paginas/DetalledeNoticias.aspx?item=130>>> [última revisión: 9 de abril de 2012]

<sup>93</sup> ECOAMERICA. *US \$24 millones de dólares en patentes por no uso de derechos de agua. US\$ 24 millones de dólares en patentes por no uso de derechos de agua*. Disponible en <<<http://www.ecoamerica.cl/sitio/index.php?area=235>>> [última revisión: 5 de marzo 2012]

<sup>94</sup> SAAVEDRA, J. *La Valoración Económica de los Derechos del Agua*. Pág. 17

siempre marginará a aquellos agentes que no posean el poder adquisitivo requerido para la adjudicación del remate.

Incluso en estos procedimientos de remates se han denunciado actos de colusión que atentan a la competencia. La DGA denunció a ENDESA y a GENER S.A por haber evitado el remate de DAA, el cual se debía realizar en virtud de la Resolución N°2144 de la DGA. En aquella oportunidad, GENER S.A se desistió de los derechos solicitados a fin de evitar el procedimiento de remate. Aquel caso en cuestión siembra la duda ante la eventual colusión por parte de agentes económicos a fin de prevenir la creación de un remate, situación que atentaría directamente a la competencia en el mercado de aguas (se detalla en profundidad en el Capítulo VI).

*b) Persiste la falta de publicidad e información en el mercado*

En la actualidad las aguas se rigen por un mercado informal del que no se tiene mayor certeza acerca de quién tiene el dominio de los derechos de agua. Según Yáñez solo un 20% de todos los DAA se encuentra registrado en el Catastro Publico de Aguas<sup>95</sup>. Principalmente se debe a problemas en la inscripción de los derechos, los cuales aumentan la incertidumbre y elevan los costos de transacción. Muchos usos de las aguas no se encuentran regularizados y persisten derechos de personas fallecidas que no han sido inscritas por los herederos posteriores.

Es por esta razón que quienes quieren obtener DAA directamente del mercado privado de aguas deben realizar una inversión solo para poder determinar quiénes son los dueños de las aguas para poder negociar con ellos. Una vez determinado el dueño de las aguas deben lidiar con la dispersión de precios que existe en este mercado. Ante este contexto hoy en día estamos en un mercado informal en el que mucha de la información se encuentra *difusa y dispersa*. Convirtiéndose el flujo de información de persona a persona la mayor fuente de publicidad de los DAA.

En 1996 la Comisión Preventiva Central (institución que velaba en ese entonces por la competencia) emitió un dictamen<sup>96</sup> en el que reconoció las falencias del mercado de aguas. Entre ellas denotó los problemas en cuanto

---

<sup>95</sup> Cfr. YAÑEZ, R: Ob., cit. Pág. 12

<sup>96</sup> CPC: Dictamen N°992", 25 de Noviembre de 1996.

a la publicidad e información en torno a los derechos sobre las agua. Dictaminando obligaciones de publicidad e información para la DGA y para los Conservadores de Bienes Raíces.

Posteriormente la DGA solicitó la modificación de dicho dictamen ante el TDLC, considerando que a partir de la ley 20.017 se creó un mecanismo legal que aseguró un adecuado uso de las aguas. Finalmente en el 2006, el TDLC rechazó la solicitud de la DGA señalando que “el actual sistema de asignación de derechos de aprovechamiento de aguas (...) *si bien es un avance no resuelve en plenitud los problemas de competencia que pueden originarse con el acaparamiento del recurso*<sup>97</sup>” (lo cursivo es propio). Reconociendo y aceptando existen las falencias en cuanto a la información y a la competencia dentro del mercado de aguas, por lo que mantuvo las obligaciones del dictamen de 1996 (se analiza en profundidad en el Capítulo VI).

## **Capítulo V: Corrigiendo externalidades a partir de la Libre Competencia**

*“Gentes del mismo negocio rara vez se ponen de acuerdo sin que la fiesta termine en una conspiración contra el público, o en un plan para subir los precios”*  
(Adam Smith, *La riqueza de las Naciones*)

### **Impacto real de las falencias del mercado**

Como bien se analizó anteriormente, el mercado de las aguas ha generado variados impactos al país, medioambientales, sociales y económicos. Todos aquellos impactos provienen de la permisiva legislación de 1981 que buscó crear un mercado de aguas que pudiese regularse por sí mismo. Aquello no funcionó, ya que el mercado no ha podido funcionar como se esperaba y más aun ha generado los problemas ya descritos con anterioridad.

Si bien los problemas medioambientales y sociales causan mayor repercusión y preocupación en la sociedad, son los problemas económicos aquellos que contravienen más aún el objetivo del Código de 1981. Esto se

---

<sup>97</sup> TDLC. “Resolución 18/2006” 16 de Noviembre de 2006.

debe a que a partir de la libre transferibilidad de las aguas se pretendió crear un mercado en el que precio de los derechos lo determinara la oferta y la demanda. Mientras existan problemas estructurales de índole económicos como es la falta de información y competencia aquel objeto central no se cumplirá.

Aquellas falencias normativas sumado a los problemas de escases hídrica que existe en el país, ha provocado que muchas actividades productivas para el país se paralicen. La coexistencia de proyectos es cada vez más compleja cuando el agua es un insumo para aquellos. Por ejemplo, en el lago Laja y la Laguna del Maule, la industria productiva de la agricultura y la de generación eléctrica se encuentran actualmente en una disputa por la disponibilidad de las aguas, ya que el nivel actual de las aguas impide que las dos actividades eléctricas se puedan desarrollar a plenitud al mismo tiempo<sup>98</sup>.

El mercado nunca podrá funcionar como el legislador de aquella época esperaba que lo hiciese, si primero no corrige los problemas económicos más relevantes como son la información y la competencia. La Ley N° 20.017 intentó crear los incentivos necesarios que pudiera terminar con prácticas y situaciones actuales del mercado, como son *la especulación, la concentración y el acaparamiento en torno a los DAA* objetivo que no se cumplió. Siempre existe la posibilidad de mejorar la legislación por medio de nuevas leyes o modificaciones a estas. También está la opción que existan normas en otros cuerpos jurídicos que puedan contribuir a complementar y mejorar a una legislación específica, no obstante esta segunda opción es muchas veces olvidada.

Existe un cuerpo normativo que busca corregir las falencias de los mercados, esencialmente cuando estos tienen problemas de competencia. Este es el Decreto Ley N°211, cuyo origen se remonta al 22 de Diciembre de 1973, el que tiene como objeto promover y defender a la libre competencia de los mercados, encargando su aplicación al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia y a la Fiscalía Nacional Económica. Esta ley permitiría superar las falencias estructurales producidas en los mercados, en relación a la competencia de estos. Por esto, es importante comentar acerca del alcance de la libre competencia y los beneficios que esta materia conlleva para el mercado de las aguas.

---

<sup>98</sup> EMOL. *Laguna del Maule y Lago Laja llegan a nivel crítico y agua se “disputa” entre riego y energía*. 6 de Febrero de 2012.

## La naturaleza dual de la libre competencia

A diferencia de otros países, Chile no posee una vasta experiencia en materias de competencia. Por el contrario, si bien poseemos una legislación que tiene cerca de 40 años, las instituciones que protegen actualmente a la competencia son relativamente nuevas<sup>99</sup>. Lo cierto es que la legislación de la competencia ha recogido principalmente la experiencia del sistema legal estadounidense, la Sherman Antitrust Act de 1890. La jurisprudencia norteamericana ha sido la mayor fuente doctrinal en esta materia, recordado es el caso Alcoa en la que el juez, poéticamente, criticaba el poder de mercado aludiendo que:

“Mucha gente cree que la posesión de un poder económico invulnerable *adormece la iniciativa, desalienta el ahorro y deprime la energía; que la inmunidad frente a la competencia es un narcótico y la rivalidad un estimulante del progreso industrial; que el acicate de una tensión constante es necesario para contraponerse a la inevitable disposición a dejar las cosas como están (...)*”<sup>100</sup> (lo cursivo es propio)

Lo cierto es que en Chile estas críticas al poder monopólico y las fallas del mercado tuvieron eco en la creación del DL N°211. El orden público económico (OPE) es el principio macro que recopila aquellas críticas. Ha entendido la Corte Suprema que el OPE es el “conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla”<sup>101</sup>. En concordancia con aquello, la libre competencia es solo uno de los principios del OPE, el cual tiene como finalidad promover y defender la competencia en los diversos mercados.

Es un *principio* puesto que no solo rige dentro del Decreto Ley N°211 sino que también para otras legislaciones específicas como es en el caso de las compras públicas<sup>102</sup>. El ámbito de la competencia es un principio que debe ser promovido y defendido en todo el sistema jurídico chileno, cuando alguna rama del derecho tiene directa relación con algún mercado.

---

<sup>99</sup> Esto se debe a que la Fiscalía Nacional Económica fue creada en 1979 en el Decreto Ley N°2760 y el Tribunal de la Libre Competencia tuvo su origen en el 2003 a partir de la Ley N° 19.911.

<sup>100</sup> EEUU. *United States contra Aluminum Co of America (Alcoa)*, 1945.

<sup>101</sup> CORTE SUPREMA, 29 de Septiembre 1992.

<sup>102</sup> TDLC. Resolución C 206-2010.

Lo cierto es “que la libre competencia es un medio específico para consecución y permanente realización del bien común”<sup>103</sup>. Por lo cual todas las personas e incluso el Estado deben respetar esta normativa de orden público, que deviene principalmente en torno al orden público económico.

Además de ser un principio, también es un *bien jurídico* en sí mismo, ya que el objeto de protección del DL N°211 es la propia libre competencia. Esta actúa como la causa final de la legislación antimonopolio, toda vez que aquella, al constituir el fin buscado por esa ordenación normativa, permite a esta establecer y articular los medios e instituciones idóneas para la cautela de este bien jurídico<sup>104</sup>.

Este cuerpo jurídico busca generar las condiciones necesarias para que toda la sociedad pueda lograr la mayor realización espiritual y material, a través de la superación de fallas del mercado (con respecto a la competencia). De este modo la libre competencia busca limitar la autonomía privada de los agentes económicos, a fin de proteger: el derecho a desarrollar cualquier actividad económica<sup>105</sup>, la igualdad de oportunidades, la protección de pequeños competidores y al consumidor final

A la luz de lo expuesto, cabe concluir que la libre competencia posee una naturaleza dual dentro del ordenamiento jurídico chileno, siendo, al mismo tiempo, un principio y un bien jurídico, que tiene como único fin que la sociedad en general pueda: optar por una mayor cantidad de bienes y servicios; menor costo de los bienes; mayor calidad de bienes y servicio. No solo busca un marco donde se pueda desarrollar efectivamente la competencia, sino que también busca corregir fallas del mercado (como la falta de información) con el solo objeto poder contribuir con el *bienestar general de la sociedad*.

### **¿Es aplicable la legislación de la libre competencia en el mercado de las aguas?**

La Constitución Política de la República consagra en su artículo 19 N°21 como derecho emanado de la propia naturaleza humana, a la libertad

---

<sup>103</sup> VALDES, D: Ob., cit. Pág. 75.

<sup>104</sup> Cfr. VALDES, D: Ob., cit. Pág. 75.

<sup>105</sup> CHILE. *Constitución Política de la República*. Artículo 19 N°21.

para desarrollar cualquier actividad económica, dentro de ellas se contemplan las actividades derivadas de los DAA. El DL N°211 busca regular los mercados a fin de que se pueda dar en ellos la garantía ya descrita. Para esto cumple tres funciones dentro de todo el ordenamiento, tutelar, limitativa y regulatoria.

Tutela, ya que orienta a tanto personas privadas y autoridades públicas a comportarse de una manera que permita la competencia en el mercado, a partir de normas jurídicas que desincentiven actos como la especulación y la concentración desmesurada de derechos.

Es limitativa, pues acorta e impone restricciones a la autonomía privada de las personas y a la garantía a desarrollar cualquier actividad económica siempre que aquello tenga como efecto incentivar la competencia.

Por último, es reguladora porque busca *colocar en orden*<sup>106</sup> a los mercados imperfectos. Dentro de estos mercados imperfectos claramente destaca el de las aguas, el que se ha construido a partir de una deficiente normativa que, a pesar de reformas, no ha podido controlar aquellos problemas que aquejan a los DAA.

Si bien se podría pensar que esta legislación no debe inmiscuirse en torno al derecho de aguas debido a que existe una normativa específica que regula este mercado (Código de Aguas), aquello ha sido rechazado por la jurisprudencia del país. La Corte Suprema ha reconocido que aún cuando existen leyes especiales que rigen para un determinado mercado, aquello no impide que el DL N°211 proteja en lo que respecta a la competencia de aquel mercado regulado por otras leyes<sup>107</sup>. De la misma manera ha fallado el TDLC en la que declara que reconoce que:

“Se ha resuelto *reiteradamente* que toda persona, sea natural o jurídica, pública o privada, con o sin fines de lucro, que concurra individual o colectivamente en un mercado – siendo indiferente si lo hace como oferente de bienes o servicios o, como en el caso de autos, en calidad de demandante de ellos, o en ambos roles, *debe ceñirse a la normativa de orden publico contenida*

---

<sup>106</sup> VALDES, D: Ob., cit. Pág. 132

<sup>107</sup> CS, 27 de Mayo de 2009.

*en el Decreto Ley N°211”<sup>108</sup> (lo cursivo es propio).*

Por ende, los tribunales superiores de justicia aceptan que las instituciones que protegen a la competencia también puedan actuar dentro del mercado de las aguas. De esta forma, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia puede ejercer sus facultades jurisdiccionales cuando existan atentados a la competencia producidos por la concentración de derechos de aprovechamiento de aguas. Como también permite que la FNE pueda ejercer su función investigadora de actos ilícitos que atenten contra la competencia. Todo “lo anti monopólico ha sido sustraído por el legislador de la competencia de los tribunales ordinarios y otras instituciones”<sup>109</sup>, dando paso para que instituciones técnicas y especializadas en la materia puedan resolver problemas del mercado.

En varios casos los órganos que defienden a la libre competencia han mostrado su preocupación y sus recomendaciones en torno a la alta concentración de derechos de aprovechamiento. Incluso, gracias a las intervenciones de éstos, se ha evitado que empresas como Endesa puedan seguir adquiriendo y concentrando DAA tan fácilmente.

La concentración de DAA que ostentaba dicha empresa en el año ascendía a 58,9% (Gráfico 8) a nivel nacional, luego del pronunciamiento de la Comisión Preventiva Central (primer tribunal anti monopólico en Chile) se impusieron recomendaciones como la obligación de desistir de DAA por parte de Endesa y la negación de solicitudes por parte de la DGA a dicha empresa. Aquellas sirvieron para evitar el crecimiento de poder monopólico por parte aquella sociedad, reflejando una baja de concentración a un 54,8 de DAA (Gráfico 9).

En muchos otros casos se han pronunciado órganos de la administración del Estado y el Poder Jurídico a favor de la protección de la libre competencia en el mercado de las aguas, por lo que vale la pena revisar aquello.

## **Capítulo VI: Conflictos en el mercado de aguas por temas de competencia**

El siguiente capítulo tiene como objeto contextualizar al lector, en

---

<sup>108</sup> TDLC. Sentencia 89-2009. Mismo criterio ha sido utilizado en otras sentencias como la numero: 11, 13, 14, 20, 32, 34, 37, 44, 67, 77 y 81)

<sup>109</sup> VALDES, D: Ob., cit. Pág. 590

relación a alguno de los casos más relevantes, en los que se han provocado conflictos en el mercado de las aguas con directa relación a temas de libre competencia. Los casos recopilados muestran el desenvolvimiento de las instituciones que protegen a la libre competencia dentro de este mercado. De esta manera, se pretende entregar al lector una visión de cómo, a partir de la normativa del DL N°211, se pueden solventar al menos las fallas relacionadas con la competencia dentro del mercado de las aguas.

1. *Conflicto por alta concentración de derechos de aprovechamiento*

**Acción interpuesta:** Consulta

**Consultante:** Ministro presidente de la Comisión Nacional de Energía (CNE)

**Otros intervinientes:** Dirección General de Aguas, Ministro de Obras Públicas, Endesa S.A. y Pullinque S.A.

**Tribunal:** Comisión Preventiva Central (CPC)

**Fecha:** 30 de Noviembre 1996

**Instrumento de Término:** Dictamen<sup>110</sup>

La Comisión Nacional de Energía solicitó a la Comisión Preventiva Central se pronunciara acerca de si la eventual concesión de algunos DAA, solicitados por Endesa, afectaría o no a la libre competencia. Según la CNC, el control de derechos de agua constituye una poderosa y eficaz barrera para restringir el ingreso de nuevos competidores al sistema eléctrico, o para el desarrollo de los competidores ya existentes (Gráficos: 13, 14, 15 y 16). Los antecedentes demostrados en este caso, dan cuenta que Endesa posee una elevada concentración de Derechos ya en esa fecha, *por lo que un aumento de esos derechos constituiría una limitación a la libre competencia y un serio perjuicio a los consumidores*. Limitaría también a terceros, en cuanto se verían imposibilitados a emprender y participar en igualdad de condiciones en el mercado eléctrico.

Por su parte, la Dirección General de Aguas, como autoridad sectorial, concuerda con lo expresado por la CNE. Recalcando la importancia que tiene *este recurso natural como un creciente valor económico, el cual tiene asociado funciones sociales y ecológicas*. Agrega, que la Dirección solo ha obrado en concordancia con el DL N°211 a fin de evitar que se generen eventuales estancos o que se altere directa o indirectamente la libre competencia en torno a las aguas. Destaca la importancia para el mercado de las aguas que un organismo especializado, como es la CPC, resuelva

---

<sup>110</sup> COMISION PREVENTIVA CENTRAL. Dictamen N°992/636, 25 de noviembre de 1996.

acerca de conflictos de competencia, como en este caso.

Endesa, por su parte, entregó antecedentes que dieron cuenta acerca de su participación en el mercado energético y el poder de mercado que posee en torno a los DAA, señalando que solo ha actuado siempre en conformidad a la ley sectorial, y que los derechos que posee forman parte de su propiedad, los cuales son amparados por la Constitución en su artículo 19 N°24, el Código de Aguas y el Código Civil.

La CPC señala que comparte lo expuesto por la CNE y la DGA, en cuanto se podía observar que existe una elevada concentración de DAA en poder de Endesa. Qué, en definitiva, esto vendría a constituir - ciertamente - un perjuicio para la libre competencia, puesto que aquella situación crearía una importante barrera de entrada para potenciales inversionistas, dificultando el libre acceso no discriminatorio a este insumo esencial. Determinó, además, que la DGA debe velar porque sus actos no solo se ajusten al Código de Aguas y a la Constitución, sino que también a las demás disposiciones generales, como es el DL N°211 que deviene del orden público económico que busca fomentar y proteger a la libre competencia.

Finalmente, estableció una *recomendación* para la DGA para que esta “se abstenga de aprobar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivas, *mientras no esté en vigencia un mecanismo legal y/o reglamentario, según corresponda, que asegure un adecuado uso de las aguas*, a menos que se trate de proyectos específicos de interés general”<sup>111</sup> (lo destacado es propio).

**Relevancia:** Este constituye el primer caso, en el que un organismo especializado en libre competencia, conoce acerca de problemas de esta índole suscitados en el mercado de las aguas. Reconoce que ya en ese periodo Endesa poseía un alto poder de mercado en torno a los derechos de aprovechamiento de aguas. Por último, es destacable la recomendación que le hizo a la DGA, en cuanto a que esta se abstenga de otorgar más DAA, ya que no existe, a juicio de la CPC, un sistema legal que reasigne eficientemente el recurso hídrico.

## 2. Conflictos por denegación de solicitudes en razón de la competencia

**Acción interpuesta:** Recurso de Amparo Económico

**Recurrente:** Endesa S.A

---

<sup>111</sup> COMISION PREVENTIVA CENTRAL. Dictamen N°992/636, 25 de noviembre de 1996.

**Recurrido:** Dirección General de Aguas

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Santiago

**Fecha:** 9 de Agosto 1995

**Instrumento de Término:** Sentencia Corte de Apelaciones

Endesa interpone en esta oportunidad un recurso de amparo económico por considerar que la DGA ha realizado un tratamiento discriminatorio, y una dilatación injustificada en relación del solicitante por derechos de agua. Por su parte, la Dirección argumenta contra este recurso que su obrar atiende a que el solicitante en cuestión ostenta una gran cantidad de DAA, por lo que el otorgamiento de nuevos derechos podría generar un *monopolio irreversible en el mercado de aguas*. Estancando varias actividades económicas en las que se utiliza al agua como insumo esencial, especialmente al mercado de generación hidroeléctrica.

Por su parte, la Corte de Apelaciones de Santiago adopta la postura de la DGA y rechaza el recurso interpuesto, afirmando que aquella situación generaría un poder de mercado tal que contravendría el principio del orden público económico y toda la legislación anti monopólica (como el DL N°211) que protege a la libre competencia. Por lo que la Dirección estaría facultada por mandato constitucional a velar por la competencia en este mercado a partir de la autorización o rechazo para constituir DAA según sea el caso.

**Acción interpuesta:** Recurso de Reclamación

**Recurrente:** Endesa S.A

**Recurrido:** Dirección General de Aguas X Región

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Puerto Montt

**Fecha:** 31 de Enero de 1996

**Instrumento de Término:** Sentencia Corte de Apelaciones

En esta oportunidad, Endesa interpone una reclamación en contra de la DGA alegando que esta última entidad abuso de sus facultades, ya que habría sobrepasado el marco de ellas para analizar temas de competencias, los cuales según el recurrente - son facultad de otros órganos que protegen la libre competencia. Al respecto, la DGA señala que como organismo del Estado, está obligada a velar por toda la legislación Chilena (entre ellas el DL N°211). Aquello sumado al hecho de que el recurrente posee grandes cantidades de DAA, la Dirección había optado por denegar las solicitudes de derechos por parte de Endesa.

La Corte de Apelaciones de Puerto Montt vuelve a estar de acuerdo

con lo sostenido por la Dirección, ya que rechaza la reclamación interpuesta, argumentando que toda la normativa del Estado conduce hacia el bien común y que las aguas, como bien de uso público, responde a aquello. Además, alude que este recurso es escaso y que si bien puede ser usada por particulares, aquello no prohíbe que la DGA como organismo del Estado deba, no solo vigilar la normativa de aguas (Código de Aguas), sino que también todos los demás cuerpos legales que digan relación a aquella materia y muy especialmente la Constitución

**Acción interpuesta:** Recurso de Amparo Económico

**Recurrente:** Endesa S.A

**Recurrido:** Dirección General de Aguas

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Puerto Montt

**Fecha primera sentencia:** 9 de Octubre de 1995 (Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago),

**Fecha última sentencia:** 4 de Junio de 1996 (Corte Suprema)

**Instrumento de Término:** Sentencia Corte de Suprema

Este recurso es de gran importancia puesto que implica un cambio en la jurisprudencia en los tribunales superiores de justicia en torno al derecho de aguas y al de la competencia. Nuevamente, Endesa recurre por amparo económico en contra de la DGA, alegando ante la Corte que la Dirección ha afectado su derecho de realizar cualquier actividad económica, esto ya que el organismo habría entorpecido administrativamente trece solicitudes de DAA no consultivos y que eran necesarios para realizar el proyecto hidroeléctrico Ralco en el Alto Bio Bio. La DGA utiliza el mismo fundamento económico que realizó en la anterior reclamación y el amparo económico (alta concentración podría provocar un monopolio por parte de Endesa), pero agregó que también había actuado a fin de proteger el caudal ecológico establecido por la ley ambiental. Por lo que visto a partir del mercado y del medio ambiente había que analizar exhaustivamente las solicitudes presentadas por Endesa.

En primera instancia, la Corte de Apelaciones declara inadmisibles el recurso en cuestión, ya que considera que no existen entorpecimientos o trabas por parte de la DGA. Endesa decide apelar aquella decisión ante la Corte Suprema y este tribunal declara que el recurso si es admisible, agregando que no se establecieron fundamentos para declarar la inadmisibilidad, por lo cual obliga a la Corte a pronunciarse nuevamente sobre el conflicto. Endesa mantiene su postura y la DGA solo agrega que no tiene la cantidad de gente para poder analizar las solicitudes pendientes

debido a la envergadura de estos y a la complejidad que revisten.

La Corte de Apelaciones, al decidir nuevamente sobre el caso, acoge el amparo por parte de Endesa, y cambiando radicalmente su postura jurisprudencial, señala que los asuntos sobre competencia y monopolio no son materia de la DGA. Por lo cual señala que Endesa si ha sido afectada en su garantía constitucional de realizar cualquier actividad económica, obligando a la Dirección a que se pronuncie sobre las solicitudes y establezca los remates respectivos. La Corte Suprema decide confirmar el fallo en cuestión.

**Acción interpuesta:** Recurso de Reclamación

**Recurrente:** Endesa S.A

**Recurrido:** Director General de Aguas XI Región

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Coihaique

**Fecha:** 9 de Enero de 1997

**Instrumento de Término:** Sentencia Corte de Apelaciones

En el último de estos casos, Endesa reclama contra el director de aguas, aludiendo que este ha denegado el otorgamiento de DAA en virtud de fundamentos sobre competencia y monopolio. En concordancia con el nuevo criterio jurisprudencial, la Corte de Apelaciones decide acoger la reclamación, señalando que la Dirección se estaría extralimitando en sus facultades y se estaría inmiscuyendo en materias de otras entidades.

**Relevancia de los casos expuestos:** Los casos aquí recopilados dan cuenta de conflictos en el mercado de las aguas provocados entre Endesa y la DGA, producto de DAA no otorgados, o en los que la Dirección aun no se había pronunciado debido a la complejidad de estas solicitudes. Esta complejidad se debía a la magnitud en volumen de los derechos solicitados, los que afectarían a la competencia y al medio ambiente. Si bien en primer lugar los tribunales superiores de justicia estuvieron de acuerdo en que la DGA, como organismo del Estado, debía actuar en conformidad a todas las leyes del Estado (como las que regulaban a la competencia, medio ambientales, entre otras) especialmente la Constitución y no solo respecto a la normativa de aguas, aquello cambio radicalmente de un año a otro.

Prevaleció luego el criterio de que la DGA no podía inmiscuirse en materia propias de otros organismos del Estado, por lo que aquel criterio que permitía a la DGA velar por temas de competencia ha sido abandonado. Esto demuestra con mayor razón *que los organismos especializados como la FNE*

y el TDLC deben velar por temas de competencia dentro del mercado de las aguas, ya que la jurisprudencia del país ha rechazado que aquella materia sea vista por la Dirección General de Aguas.

### 3. Problema por falta de mecanismos legales eficientes

**Acción interpuesta:** Solicitud de modificación del Dictamen N°992

**Solicitante:** Comisión Nacional de Energía

**Otros intervinientes:** Dirección General de Aguas, Fiscalía Nacional Económica, Endesa; Ganadera Rio Baker y Ganadera Rio Cochrane Limitada.

**Tribunal:** Tribunal de Defensa de la Libre Competencia

**Fecha:** 16 de Noviembre de 2006

**Instrumento de Término:** Resolución<sup>112</sup>

En este caso, la Comisión Nacional de Energía solicitó al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia dejar sin efecto la recomendación que realizó en el Dictamen N°992<sup>113</sup>, en orden a que la DGA se abstuviera de aprobar nuevos derechos de aprovechamiento a Endesa, hasta que existiere un mecanismo legal y/o reglamentario que asegurara un adecuado uso de las aguas. Señala la CNE que la Ley N° 20.017 es aquel mecanismo legal que permitiría un adecuado uso de las aguas, ya que su función es terminar con las especulaciones y desincentivar las barreras de entrada en torno a este insumo esencial.

La Fiscalía Nacional Económica en concordancia con lo expuesto por la CNE, señaló que con dicha ley desapareció la causa que motivó a la Comisión Preventiva Central dictar aquella recomendación, por lo que solicita que se elimine aquella.

Las Ganaderas Rio Baker y Rio Cochrane, señalaron su interés en aquella resolución, en primer lugar porque sus predios son colindantes con cursos de aguas en la XI Región, por lo que se requiere que no se afecte a dichos causes con menos disponibilidad de agua; y en segundo lugar no pueden acceder a DAA, pues Endesa posee demasiados derechos en la zona. Aluden que el artículo 4° de la Ley N°211 dispone que no podrá otorgarse concesiones que impliquen monopolios<sup>114</sup>.

---

<sup>112</sup> TDLC. Resolución N°18/2006, 16 de noviembre de 2006.

<sup>113</sup> Específicamente la recomendación contenida en el párrafo 16,4 del Dictamen N°992, del 22 de noviembre de 1996.

<sup>114</sup> Artículo 4, DL N°211.- No podrán otorgarse concesiones, autorizaciones, ni actos que impliquen conceder monopolios para el ejercicio de actividades económicas, salvo que la ley lo autorice.

El TDLC señaló que es importante y procedente hacerse cargo de estas alegaciones debido a *la naturaleza esencialmente dinámica de los mercados*, en este caso el mercado de aguas propiamente tal. Reconoce el tribunal que las modificantes al Código de Aguas que introdujo la Ley N° 20.017 (esto es la imposición del pago de patentes por no uso, robustecimiento y ampliación ocasiones en que procede el remate, establecimiento de un caudal ecológico, instauración de un sistema registral de derechos y mayores facultades para las autoridades) *si bien es un avance para mejorar el sistema de asignación de recursos hídricos no resuelve con plenitud los problemas de competencia originados por el acaparamiento*.

Recalca que corresponde a la institucionalidad de defensa de la libre competencia el *“cautelar que la asignación de los recursos hídricos nacionales garantice el acceso abierto al recurso en condiciones razonables y no discriminatorias, cuando estos constituyen insumos esenciales para determinadas actividades económicas en donde la competencia es posible (lo cursivo es propio)”*<sup>115</sup>. Resuelve favorablemente lo solicitado por la CNE en cuanto ya no ordena a la DGA a abstenerse de otorgar DAA no consuntivos a Endesa, pero si establece la obligación a informar a la FNE acerca de cualquier solicitud de DAA no consuntivos para uso hidroeléctrico.

**Relevancia:** Recalca entre otras cosas, que, aún con la introducción de la Ley N°20.017, el sistema de asignación de las aguas sigue siendo deficiente, dejando a la legislación y a las instituciones que protegen a la competencia la función de cautelar y velar por la asignación eficiente de los derechos de aprovechamiento de aguas.

#### 4. Conflicto por colusión para evadir el procedimiento de remate

**Acción interpuesta:** Recurso de Reclamación

**Requirente:** Endesa S.A

**Requerido:** Dirección General de Aguas

**Tribunal:** Corte de Apelaciones de Santiago

**Fecha:** 1 de Junio de 2007

**Instrumento de Término:** Sentencia Corte de Apelaciones

Endesa presenta un recurso de reclamación contra la DGA, por considerar que esta se excedió en sus facultades, puesto que el organismo habría emitido las bases de un remate que a juicio del requirente no debió realizarse. El conflicto comienza el 21 de junio de 1989, cuando Gener S.A

---

<sup>115</sup> TDLC: Considerando Vígésimo.. Resolución N°18/2006, 16 de noviembre de 2006

solicita la constitución de un DAA<sup>116</sup> en el Río Manso, con posterioridad Endesa S.A también solicitó DAA<sup>117</sup> de similares características. En definitiva, Gener S.A se desistió de aquella solicitud el 7 de septiembre de 2006. Ante esto, la DGA, en virtud de la Ley N°20.017 de 2005 que estableció que todas las solicitudes pendientes a la fecha que eran incompatibles entre sí, debían ser objeto de remate, dictó las bases de remate<sup>118</sup>.

Ante aquello, Endesa interpuso un recurso de reclamación en el cual argumentó: Primero, que el acto administrativo se encuadraba fuera de las atribuciones de la DGA, ya que debido al desistimiento de Gener S.A, no existía solicitud pendiente por lo que no habría facultad del Director General de Aguas para citar a remate. En segundo lugar, aquella resolución vulnera derechos constitucionales consagrados en los artículos 19 N°2, 21 y 24.

La DGA responde a este recurso señalando que el procedimiento de remate se crea en virtud del OPE, el cual viene a resolver el problema entre la multiplicidad de solicitudes de DAA y la insuficiente disponibilidad de aguas para satisfacerlos a todos. Fuertemente crítica es la Dirección al señalar que “ningún acto puramente privado, como es el desistimiento de uno de los peticionarios, puede perjudicar o afectar *los derechos legítimos de terceros* para adquirir el derecho de aprovechamiento en dicha subasta”<sup>119</sup> (lo destacado es propio).

La corte de apelaciones<sup>120</sup> rechaza el recurso interpuesto por Endesa, adhiriendo a la argumentación de la Dirección, destacando que en el remate en cuestión se cumplen los requisitos establecidos en el Código de Aguas para que proceda el remate. Posterior a aquella sentencia, Endesa recurrió ante la Contraloría General de la República (Contraloría) a fin de que este órgano se pronunciara sobre la legalidad de la resolución que establecía las bases del remate, dictaminó<sup>121</sup> que la DGA no actuó en base a los principios

---

<sup>116</sup> Solicitud ND-1003-139, 21 de Junio de 1989. Solicitada por Compañía Chilena de Generación Eléctrica S.A hoy AES Gener S.A. Aquella correspondía derechos de aprovechamiento no consuntivo, superficial y corriente, de ejercicio permanente y continuo por un caudal de 171,0 m3/seg en el río Manso

<sup>117</sup> Solicitud ND-1003-153, 26 de Julio 1989. Solicitada por Empresa Nacional de Electricidad S.A. Derechos de aprovechamiento no consuntivos de aguas superficiales, corrientes y detenidas, de ejercicio permanente y continuo por un caudal de 193 m3/seg en el Río Manso.

<sup>118</sup> Resolución DGA N°2144 (Exenta), 25 de septiembre de 2007.

<sup>119</sup> Informe DGA al Sr. Presidente de la Corte de Apelaciones de Santiago. Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago. 1 de Junio de 2007.

<sup>120</sup> Sentencia Corte de Apelaciones de Santiago. 1 de Junio de 2007.

<sup>121</sup> Dictamen N° 55565, 25 de noviembre de 2008.

de eficiencia, eficacia y economía procedimental con la que deben obrar los órganos de la administración del Estado. En otra oportunidad <sup>122</sup>la Contraloría se pronunció nuevamente acerca de la legalidad de las bases de remate, en esta ocasión señaló que no procede la dictación de bases del remate si no existen a la fecha solicitudes contrarias entre sí.

En definitiva el remate se efectuó en octubre de 2007, alcanzando una cifra record en recaudación para esa fecha con \$43 millones de dólares<sup>123</sup>. El conflicto no quedó allí, ya que la DGA mandó los antecedentes a la FNE por considerar que el desistimiento había sido un acto de prácticas coordinadas entre ambas empresas para evitar el procedimiento de remate. Aquello dio vida a una investigación por parte de la FNE<sup>124</sup>, sin embargo, la Fiscalía informó<sup>125</sup> que en el desistimiento cuestionado no había constituido un atentado a la libre competencia porque no provocó que no se generara el remate (este igualmente se realizó) y no se pudo probar por parte de la DGA que hubiese existido realmente una concertación por parte de las empresas. No obstante, este organismo fiscalizador señaló que un *desistimiento concertado si es un instrumento idóneo para atender a la libre competencia*, esto porque evitaría abrir un procedimiento en el que cualquier interesado pueda competir por este insumo.

**Relevancia:** Este caso demuestra que el remate es un procedimiento cuyo fin es el de mejorar la competencia dentro del mercado de las aguas, permitiendo que cualquier interesado (aun no presentando solicitud de DAA con anterioridad) pueda adjudicarse estos derechos. Por otro lado se concluye, de la interpretación de Contraloría, que el desistimiento se debe realizar con anterioridad al acto administrativo que establece las bases de remate. Más importante aún es el denotar que efectivamente el desistimiento concertado para evitar el remate de DAA si es un acto que atenta a la libre competencia.

##### 5. *Joint Venture ajustado o no a la libre competencia*

**Acción interpuesta:** Consulta sobre operación en conjunta proyecto hidroeléctrico Aysén

**Consultantes:** Endesa S.A y Colbún S.A

<sup>122</sup> Dictamen N° 52463, 22 de septiembre de 2009.

<sup>123</sup> ECOAMERICA, "US \$24 millones de dólares en patentes por no uso de derechos de agua.US\$ 24 millones de dólares en patentes por no uso de derechos de agua. <http://www.ecoamerica.cl/sitio/index.php?area=235>

<sup>124</sup> Expediente Rol 1066-07, 19 de noviembre de 2007.

<sup>125</sup> Informe FNE Rol 1066-07, 5 de septiembre de 2008.

**Otros intervinientes:****Tribunal:** Tribunal de Defensa de la Libre Competencia**Fecha:** 19 de Octubre de 2007**Instrumento de Término:** Resolución<sup>126</sup>

Los consultantes, Endesa y Colbún, solicitan al Tribunal de Defensa de la Libre Competencia que se pronuncie sobre si el proyecto hidroeléctrico HidroAysén (elaborado en conjunto por los consultantes) atentaría o no a la Libre Competencia. Aquel proyecto consistía en la construcción y operación, en conjunto por ambas empresas, de cinco centrales hidroeléctricas en la XI Región. Enfocando como mercado relevante solamente el de generación hidroeléctrica (no incluye dicho proyecto al mercado de la transmisión y distribución de energía), siendo independientes para cada empresa la comercialización de dicha energía.

El TDLC señaló que si bien este proyecto en conjunto no se enmarca como una operación de concentración propiamente tal, si se trata de un Joint Venture. La cual corresponde a la creación de un proyecto sujetado al control en conjunto de empresas económicamente independientes. A juicio del tribunal, esta situación aún así afecta la estructura del mercado de generación hidroeléctrica y tiene el potencial para atentar a la competencia del mismo. Esto se debe a que ambas empresas abastecen en un 74% al Sistema Interconectado Central<sup>127</sup>(Gráfico 13), de los cuales 66,8% (Gráfico 15) corresponden a energía elaborada por hidroelectricidad.

El tribunal señaló que la restringida disponibilidad de derechos de aprovechamiento de aguas *si puede constituir una barrera a la entrada en el mercado de generación eléctrica* a partir de la hidroelectricidad, lo que afectaría a la competencia, la eficiencia y a los consumidores. Esto se debe por dos razones principales que consideró el Tribunal: la alta concentración de derechos de aprovechamiento de aguas y la dificultad de otorgar nuevos derechos. En torno a la primera razón reconoció que *existe una alta concentración de DAA no consuntivos por parte de Endesa y el proyecto HidroAysén*, los cuales detentan un 76% (Gráfico 11) a nivel nacional y un 90% en la Región XI (Gráfico 12). Por otro lado, acogió un fundamento de la DGA que daba cuenta de que en Chile *se encuentra prácticamente agotada la posibilidad de constituir derechos de agua no consuntivos y que solo se*

---

<sup>126</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N°22/2007, 19 de octubre de 2007.

<sup>127</sup> En Chile existen cuatro sistemas eléctricos independientes entre sí: 1.- El Sistema Interconectado del Norte Grande (SING), que cubre entre Arica y Antofagasta; 2.- El Sistema Interconectado Central (SIC), que abarca desde Taltal a Chiloé; 3.- El sistema de Aysén, el cual solo provee a la XI Región; y 4.- El Sistema de Magallanes, el cual cubre la electricidad de la XII Región.

*puede acceder a la compra en el mercado privado de aguas.*

Para la aprobación de este proyecto, el tribunal ponderó la eficiencia de esta acción conjunta y los riesgos a la competencia que conllevaría. Entre algunos de los riesgos que pudo observar se encuentra la posibilidad cierta de: colusión o coordinación para la postergación de inversiones en torno a la generación eléctrica, falta de competitividad entre Endesa y Colbún, disminución de competencia por falta de agentes competitivos; mayor concentración en la titularidad de DAA no consuntivos aptos para generación hidroeléctrica, entre otros. Por el contrario, consideró que los consultantes no proporcionaron datos relevantes que permitieran cuantificar la real eficiencia de este proyecto.

Ante aquello, el TDLC resuelve aprobar el Joint Venture entre Endesa y Colbún pero con condiciones, limitando y obligando a las empresas a cumplirlas. Entre algunas de las condiciones dadas por el tribunal se encuentra la obligación<sup>128</sup> de enajenar o renunciar a los derechos de aprovechamiento de aguas ya otorgados de que sean titulares directos o a través de filiales relacionadas o coligadas, como las solicitudes pendientes que se encuentren dentro de los ríos Palena, Aysén y en la sub cuenca del río Ibáñez.

**Relevancia:** Vuelve el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia a reconocer la alta concentración en el mercado de derechos de aprovechamiento de aguas, y como esta situación provoca riesgos serios a la libre competencia. También importa recalcar como este Tribunal tiene la facultad para limitar la propiedad que un privado tiene en torno a los derechos de agua a fin de proteger y fomentar la competencia en torno a este recurso.

#### *6. Conflicto por acto atentatorio a la libre competencia*

**Acción interpuesta:** Demanda por acto atentatorio a la libre competencia

**Demandante:** Conservación Patagónica Chile S.A, Corporación de Desarrollo de Aysén, Escuelas de Guías de la Patagonia, Valle Chac LLC, Agrupación de Defensores del Espíritu de la Patagonia, Franz Xaver Schindele y Margarita Baigorria Cruces

**Demandado:** Endesa S.A y Centrales Hidroeléctricas Aysén S.A

**Tribunal:** Tribunal de la Libre Competencia

---

<sup>128</sup> TDLC. Condición segunda, 2.1. Resolución 22/2007.

**Fecha:** 27 de Enero 2011

**Instrumento de Término definitivo:** Sentencia Corte Suprema

El conflicto se suscita debido a la instauración del proyecto Hidroeléctrico HidroAysen. Según la demandante, la solicitud de derechos de aprovechamiento<sup>129</sup> por parte de Endesa sería un acto atentatorio a la libre competencia. Esto se debe a que ya en la actualidad el demandado posee grandes cantidades de derechos de agua y aquella solicitud podría incrementar aún más el poder de mercado que ya posee Endesa.

Según el demandante “los nuevos derechos de aprovechamiento solicitados impedirían, entorpecerían, restringirían la libre competencia, a partir de la creación de barreras de entradas para otros competidores y un monopolio sobre dichas cuencas hidrográficas”<sup>130</sup> (Baker y Pascua). Esto porque solo podrían los demandantes y otros competidores, usar las aguas de manera discontinua, generando que sus derechos ya constituidos no se puedan satisfacer en la práctica. Otro punto importante era que si bien las aguas son no consuntivas aquellas se comportan como consuntivas, ya que el punto de restitución de las aguas se ubica cerca del último tercio del río antes de llegar al mar.

Por su parte, Endesa se defiende señalando que han cumplido con las obligaciones emitidas por el TDLC<sup>131</sup>. Esas obligaciones solo tenían relación acerca de los derechos de aprovechamiento en los ríos Palena, Aysén y la subcuenca del río Ibáñez, situación que según el demandado fueron cumplidas. Esta acción interpuesta por el demandante solo sería un medio instrumental para retrasar el proyecto hidroeléctrico, y que ninguno de los actores es competidor directo de Endesa como empresa generadora de energía. Rechaza también que no haya competencia, puesto que el Código de Aguas establece el procedimiento de remate que busca generar competencia en relación a los DAA. Señala también, que al ser derechos no consuntivos, estos no atentaría de por sí a la competencia, y que no se ha demostrado un elemento volitivo que de cuenta del daño efectivo de esta solicitud en trámite. Por último, señala que la demanda actual está prescrita<sup>132</sup>.

El TDLC acoge el fundamento del demandante que daba cuenta de la

---

<sup>129</sup> Solicitud ND-1104-140, de aguas no consuntivas, de ejercicio permanente y continuo sobre 250 metros cúbicos en el Río Baker.

<sup>130</sup> TDLC. Sentencia N°109/2011. 27 de Enero de 2011. Santiago de Chile.

<sup>131</sup> Consulta para dar paso al “joint venture” entre Endesa S.A y Colbún S.A. TDLC. NC N°134-06. 19 de Octubre 2007. Santiago de Chile.

<sup>132</sup> Cabe destacar que el artículo 20 del DL 211 establece una prescripción de las acciones de tres años.

prescripción de la acción y que en virtud del artículo 170 N ° 6 del Código de Procedimiento Civil el tribunal no se pronunciará acerca de los otros fundamentos, excepciones y alegaciones de las partes. Considerando que no existía interrupción de la prescripción, puesto que esta solo comienza desde la notificación de la acción al demandado. Por lo que rechaza la demanda y condena en costas por considerar que no existen motivos plausibles para litigar.

Los demandantes interpusieron una reclamación en la Corte Suprema<sup>133</sup>, en la cual se acogió el reclamo solo en torno a la condena en costas (se les absolvió del pago), pero mantuvo el criterio de la prescripción del TDLC. No obstante hubo un voto disidente (Ministro Brito) que señaló que la acción no estaba prescrita, pues la prescripción estaba interrumpida, ya que el agregar que la acción debe ser notificada es un requisito de procedencia que la ley no establece. En consecuencia, optó por acoger totalmente el recurso y disponer que el TDLC emita un pronunciamiento sobre el fondo del asunto debatido.

**Relevancia:** Este caso vuelve a demostrar que las instituciones que protegen la libre competencia si pueden velar por mercados regulados por otros cuerpos legales especiales. También permite concluir que no solo los órganos del Estado pueden velar por la competencia, *sino que cualquier interesado en temas de competencia pueda recurrir al DL N°211* para resguardar aquello.

#### *7. Conflicto por falta de información*

**Acción interpuesta:** Requerimiento por incumplimiento de Resolución

**Requerente:** Fiscalía Nacional Económica

**Requerido:** Dirección General de Aguas

**Tribunal:** Tribunal de la Libre Competencia

**Fecha:** 30 de Noviembre 2011

**Instrumento de Término:** Conciliación

En este conflicto, la FNE interpone un requerimiento en contra de la DGA por incumplir con el Dictamen N°992 del 25 de noviembre de 1996, modificado por la Resolución N°18 de 2006. A juicio del requirente, la Dirección no habría cumplido con las obligaciones de transparencia y publicidad que aquel dictamen establecía. Provocando un entorpecimiento en la función de la Fiscalía, que conforme al DL N°211, la Comisión Preventiva y

---

<sup>133</sup> CORTE SUPREMA. Resolución: 31151. 20 de Julio de 2011.

el TDLC, era de fiscalizar la debida asignación de los recursos hídricos nacionales, en particular a las empresas generadoras de hidroelectricidad. Afectando la transparencia de la información en el mercado situación que dificultaría la competencia, como también entorpecería la detección y denuncia de eventuales infracciones anticompetitivas. Solicita que se declare que la Dirección ha incumplido con sus obligaciones, se le aplique una multa de 1.000 UTA y se le condene en costas.

Detalla el requirente que dos son los mercados relevantes en los que existen problemas de información: el mercado de los derechos de agua y el mercado de generación hidroeléctrica. En cuanto al mercado de los DAA en general señala que solo ha entregado la DGA antecedentes respecto a la titularidad de los derechos de agua nuevos, pero que no se le ha entregado información acerca de los derechos transferidos o transmitidos, lo que conlleva que la única fuente de información sea la emanada de la Comisión Nacional de Energía y los particulares. Señala que mayor es la preocupación en torno al mercado de generación hidroeléctrica, puesto que se estima que Endesa y Colbún poseen un 89% de la capacidad instalada de generación hidroeléctrica en el SIC (Gráfico 15). En este último mercado tampoco existen antecedentes que den cuenta del número de DAA sin uso que ostentan ambas empresas, de allí que deviene la real preocupación de la FNE.

Por su parte la DGA responde a este requerimiento señalando que no ha existido por parte de dicho organismo. También señala que en la actualidad la Dirección se encuentra en medio de un completo plan de modernización del sistema de información de recursos hídricos, el cual permitiría mejorar la cantidad y calidad de la información disponible. Dicho plan comenzaría a funcionar a partir del año 2012. Según el informe de éste, ha cumplido con lo establecido en aquel Dictamen

En audiencia de conciliación realizada el 30 de noviembre de 2011 las partes en cuestión acordaron que la DGA, en virtud de los hechos relatados, no ha cumplido cabalmente con las obligaciones del Dictamen N°992 y reafirmado por la Resolución N°18. Ante aquello la DGA asume las siguientes obligaciones:

- Acerca de las solicitudes en trámite y constituidas de DAA no consuntivos con potencial hidroeléctrico: Se obliga a revisar o corregir según sea su caso toda la información y a informar de forma mensual a la FNE acerca de este tipo de solicitudes.

- Acerca de las transmisiones y transferencias de estos derechos: Se obliga a procesar y sistematizar cerca de 38.000 registros enviados por los Conservadores. Dicho informe se le enviara a la Fiscalía y además deberá ser publicado en la pagina del servicio. También a solicitar a todos los Conservadores la entrega de aquellos registros para su sistematización a nivel nacional. Para luego reportar todo movimiento de forma mensual a la FNE.
- Se compromete a informar acerca de las áreas de restricción o prohibición existente a lo largo del territorio nacional.
- Se obliga, por último, a no realizar conductas que fueron materias de este Requerimiento y a pagar las costas judiciales.

**Relevancia:** El caso en cuestión importa, puesto que pone de manifiesto la falta de información en torno al mercado de las aguas. La poca información que existe no se encuentra actualizada, no abarca muchos de los DAA transferidos o transmitidos. Es complejo para terceros conocer sobre el precio y la oferta de estos derechos. Ante aquello surge la figura de la Fiscalía como ente fiscalizador del mercado de las aguas, en este caso en torno a los problemas de información de este, ya que aquel problema implica una barrera de entrada para nuevos agentes competidores.

## CONCLUSIONES

A partir de 1973 todo el ordenamiento jurídico del país sufrió un cambio de paradigma generado por la inserción en el país de ideas que promulgaban la instauración de una política acorde al libre mercado. De esta manera varios cuerpos jurídicos fueron reformados, eliminados o complementados a partir de otras normas legales. La finalidad de este proceso fue crear las condiciones necesarias para que se pudiera dar en Chile una economía social de mercado, inspirada en el principio de la libertad económica.

La dictación de un nuevo Código de Aguas en 1981 y una nueva Constitución provocaron que la legislación de aguas no fuera ajena a este proceso. Acorde a las ideas del libre mercado se instauraron los principios de la libertad de acceso y libre transferibilidad, los cuales generaron un abrupto cambio en torno a la naturaleza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas. Dichas directrices permitieron y fomentaron la libre enajenación y transferencia de los derechos sobre las aguas, dando paso a la venta y demanda de derechos por particulares, lo que hoy se conoce como el mercado de las aguas.

Se incentivo con esto el libre juego de la oferta y la demanda en torno a los derechos de aprovechamiento, ya que se considero que este mercado seria más eficiente a partir de regulación autónoma de estos agentes. Dejando al mínimo la intervención del Estado en relación a la transferencia de estos derechos y solo se limito a la autorización de solicitudes de aguas.

Aquella excesiva permisividad dio paso a un mercado descontrolado y desenfrenado que permitió, entre otras cosas, la alta concentración y especulación de estos derechos por parte de unos pocos agentes económicos. Generando un mercado con serias falencias estructurales, debido a que se rompe con la neutralidad del juego de la oferta y la demanda. No existe en este mercado las condiciones para que se pueda generar competencia y rivalidad en torno a estos derechos producto de la alta concentración, especulación y falta de información del mercado,

Fuertes críticas y discusiones en torno a las falencias del mercado de las aguas dieron vida a la Ley N°20.017 que modifico al Código de Aguas, su objetivo era crear los incentivos adecuados para superar dichos problemas. Las principales novedades de esta reforma fueron: la instauración de un pago de patentes por no uso de las aguas, cuya finalidad era terminar con la

concentración y especulación; aumento de las circunstancias en las que se puede dar el procedimiento de remate, el cual buscaba generar competencia por las solicitudes de derechos; obligación de crear un Catastro Publico de Aguas por parte de la DGA y conservadores, a fin de mejorar los problemas de información; entre otras.

Si bien estas disposiciones jurídicas fueron un avance, no lograron el objetivo de terminar con las fallas de este mercado. Aún persisten a la fecha falencias relacionadas con la concentración y la falta de información en torno a los derechos de aprovechamiento de aguas. Estos problemas relacionados con la competencia han sido objeto de litigios jurídicos, conflictos que han ido aumentando a medida que la disponibilidad de aguas es cada vez menor y el acceso a estos derechos se va imposibilitando.

El dinamismo de los mercados y la importancia de estos para la sociedad, implican que aquellas falencias sean superadas a la brevedad. Si bien una opción es crear nuevas reformas a la legislación de las aguas, otra opción poco conocida es complementar y superar estas falencias con otras normativas que son parte del ordenamiento jurídico. Surge como herramienta de solución las disposiciones del Decreto Ley N°211 que protege y fomenta a la libre competencia dentro de los mercados.

El empleo y utilización de la libre competencia es un medio idóneo en las que las falencias económicas del mercado de aguas pueden ser resueltas. Esto se debe a la especialización que tienen tanto la Fiscalía Nacional Económica y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia como órganos encargados de velar por el cumplimiento del Decreto Ley N°211. En variadas ocasiones estas entidades han mostrado velado por la libre competencia que debiese existir en el mercado de las aguas, logrando que problemas como la falta de información y concentración no se sigan complicando.

Esto implica además que todos los órganos del Estado deban velar no solo por normas de orden constitucional y sus respectivas leyes sectoriales, sino que además deben actuar acorde a otras disposiciones legales generales como es el Decreto Ley N°211, ya que constituye parte del Orden Publico Económico. La utilización de esta fuente legal permitirá que se incremente la competencia y que al mismo tiempo la sociedad (como consumidores) obtengan los beneficios de la sana rivalidad que debe existir en el creciente mercado de aguas.

## BIBLIOGRAFIA

### Códigos y Leyes de la República de Chile:

- **CHILE.** “Constitución Política de la Republica”.
- **CHILE.** “Código de Aguas”.
- **CHILE.** “Decreto Ley N°211”.
- **CHILE.** “Código Civil”.

### Libros y Tesis:

- **CEA, J.** “Tratado de la Constitución de 1980”; Edit. Jurídica, 1988.
- **DAMASKA, M.** “Las caras de la justicia y el poder del Estado”. Editorial Jurídica. Chile, 2000.
- **DEMSETZ, H.** “La competencia. Aspectos económicos, jurídicos y políticos. Editorial Alianza Universidad. Madrid, España 1986.
- **GUZMAN, A.** “Estudio de las Aguas”. Santiago de Chile. Editorial Jurídica Congreso 2007.
- **KELSEN, H.** “Teoría Pura del Derecho”. Editorial Universidad Nacional Autónoma de México. México, 1982
- **LEVITT, S y DUBNER, S.** “Freakonomics”. Editorial Zeta Bolsillo. España, 2007
- **MARTINO, F.** “Diccionario de conceptos económicos y financieros”. Editorial Andrés Bello, Chile. 2001.
- **MILLER, R.** “Microeconomía” Editorial Mc Graw Hill. Tercera Edición. México 1990.
- **MORCILLO, F y BEKER, V.** “Economía, principios y aplicaciones”. Editorial Mc Graw Hill. Argentina. 2008.
- **PRIETO, M.** “El modelo chileno de gestión hidroeléctrica. Una aproximación desde la sustentabilidad profunda. Tesis presentada al instituto de Estudios Urbanos y Territoriales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Agosto 2010. Santiago de Chile.
- **RAE.** “Diccionario de la Lengua Española. Vigésima Segunda Edición”. Editorial Espasa. España 2001.
- **VALDES, D.** “Libre Competencia y Monopolio”. Editorial Jurídica. Santiago, Chile 2006.
- **VERGARA, A.** “Derecho de aguas”. Tomo I. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1998.
- **VERGARA, A.** “Derecho de aguas”. Tomo II. Santiago, Chile: Editorial Jurídica de Chile. 1998.

### Artículos y/o publicaciones en revistas:

- **ANDREUCCI, R.** “Los conceptos de la Corte Suprema sobre la interpretación de la ley a través de sus sentencias. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar.
- **BANCO CENTRAL.** “Chile. Diagnostico de la gestión de los recursos hídricos”. Chile, Marzo 2011”.
- **BAUER, C.** “Los derechos de agua y el mercado: efectos e implicancias del Código de Aguas chileno de 1981”, Revista de Derecho de Aguas, Vol. IV. Santiago. Instituto de Derecho de Minas y Agua. Universidad de Atacama. Chile, 1993.
- **CRISTI, O y POBLETE, C.** “No Uso de derechos de aprovechamiento de aguas: ¿Una decisión eficiente o ineficiente? y patentes por no uso en Chile”. Universidad del Desarrollo, Facultad de Gobierno. Chile, 2011.
- **DOUROJEANNI, A y JOURAVLEV A.** “El Código de Aguas de Chile: Entre la ideología y la realidad”. CEPAL, División de Recursos Naturales e Infraestructura. Santiago de Chile, 1999.
- **DONOSO, G.** 1998. “El mercado de derecho de aprovechamiento de agua en Chile”. Anuario. Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta. Antofagasta, Chile.
- **DOUROJEANNI, A y JOURAVLEV A.** “El Código de Aguas de Chile: Entre la ideología y la realidad”. CEPAL, División de recursos naturales e infraestructura. Chile Octubre de 1999
- **GARDUÑO, H.** “Administración de derechos de agua. Experiencia, asuntos relevantes y alineamientos”. FAO Estudios Legislativos. 2003. Anexo 5, “Chile”
- **GOMEZ, A.** “Informe técnico económico sobre la solicitud de modificación del Dictamen N°992 de la Comisión Preventiva Central”. Año 2006.
- **SAAVEDRA, J.** “La Valoración Económica de los Derechos del Agua”.
- **LERICHE, C y ROGELIO, O.** Racionalidad del homo economicus versus creencia racional: una visión de la teoría de juegos”. Análisis Económico. 2005
- **LEWIN, P.** “Análisis de la eficiencia del Mercado de Derechos de aprovechamiento de aguas en Chile”. Chile. Enero de 2003
- **MATUS, N.** “Recursos Hídricos en Chile; desafíos para la sustentabilidad”. Programa Chile Sustentable. Chile, 2004.

- **MUÑOZ, J**, “El Código de Aguas de la República de Chile, en el marco de una economía social de mercado”. UNESCO/ORCYT. Montevideo, 1994
- **SAAVEDRA, J**. “La Valoración Económica de los Derechos del Agua. ACHIDAM.
- **PNUMA**. “Perspectivas del Medio Ambiente Mundial 2002 GEO-3. Pasado, presente y futuro”. Ediciones Mundi-Prensa. Madrid, España 2002
- **VERA, C y CAMILLONI, I**. “El Ciclo del Agua”. Ediciones Explora
- **VERGARA, A**. “Contribución a la historia del derecho de aguas, I: Fuentes y principios del derecho de aguas chileno contemporáneo (1818 – 1981)”, en: Revista de Derecho de Minas y Aguas, Vol. I, 1990.
- **VERGARA, A**. “La libre transferibilidad de los Derechos de agua. El caso Chileno”. 1997.
- **VERGARA, A**. “Entre lo público y lo privado, ¿quién es el dueño de las aguas?”, en: Revista Universitaria, Pontificia Universidad Católica de Chile. Chile, 1997.
- **VERGARA, A**. “Las aguas como bien público (no Estatal) y lo privado en el derecho chileno: Evolución Legislativa y su proyecto de reforma. Revista de Derecho Administrativo Económico, 22002, N°1.
- **YAÑEZ, R**. “El mercado de las aguas en Chile”. Edición Instituto Libertad. 2008.

### **Jurisprudencia tribunales y actos administrativos:**

#### **Tribunal Constitucional:**

- **TC**. “Sentencia 2 de Octubre de 1995”.

#### **Corte Suprema:**

- **CS**.” Sentencia 29 de Septiembre 1992”.
- **CS**. “Sentencia 22 de Noviembre 1995”
- **CS**, “Sentencia 27 de Mayo de 2009”.
- **CS**. “Sentencia 20 de Julio de 2011”.

#### **Corte de Apelaciones:**

- **CA**, “Sentencia 29 Marzo 2000”
- **CA**,” Sentencia 19 Octubre 1992”
- **CA**. “Sentencia 1 de Junio de 2007”

#### **Comisión Preventiva Central:**

- **CPC**:” Dictamen N°992 de 25 de Noviembre de 1996”.

#### **Tribunal de Defensa de la Libre Competencia:**

- **TDLC.** "Resolución N°18/2006, 16 de Noviembre de 2006".
- **TDLC.** "Resolución N°22/2007, 19 de Octubre de 2007".
- **TDLC.** "Consulta N°134-06. 19 de Octubre 2007".
- **TDLC.** "Sentencia N°109/2011. 27 de Enero de 2011".
- **TDLC.** "Resolución C 206-2010, 17 de Noviembre de 2011".
- **TDLC.** "Sentencia 89-2009. 17 de Diciembre de 2009"

#### **Contraloría General de la Republica**

- **CGR.** "Dictamen N° 55565, 25 de noviembre de 2008".
- **CGR.** "Dictamen N° 52463, 22 de septiembre de 2009".

#### **Dirección General de Aguas:**

- **DGA.** "Informe DGA: Administración de los recursos hídricos, Región de Aysén". Coyhaique 2011
- **DGA.** "Resolución DGA N°2144 (Exenta), 25 de septiembre de 2007".
- **DGA.** "Solicitud ND-1003-139, 21 de Junio de 1989".
- **DGA.** "Solicitud ND-1003-153, 26 de Julio 1989".

#### **Fiscalía Nacional Económica**

- **FNE** "Requerimiento en contra de la Dirección General de Aguas". 26 de Octubre 2011.
- **FNE.** "Expediente Rol 1066-07, 19 de noviembre de 2007".
- **FNE** "Informe FNE Rol 1066-07, 5 de septiembre de 2008".

#### **Otros documentos:**

- **BCN.** Historia de la Ley N° 20.017. Modifica al Código de Aguas. Chile, 2005.
- **BITAR,** Sergio. "Eficiencia Hídrica & Política de Agua". Pág. 5. Presentación del ex Ministro Sergio Bitar en la Cámara de diputados. 11 Noviembre 2008
- **MATURANA,** P. "Apuntes de Derecho de la Competencia": PUCV. Chile, 2003.
- **EEUU.** United States contra Aluminum Co of America (Alcoa), 1945.

#### **Sitios electrónicos:**

- **RAMIREZ, R.** "La problemática global del agua". Disponible en: <<[http://www.monografias.com/trabajos14/problemadelagua/problema\\_delagua.shtml](http://www.monografias.com/trabajos14/problemadelagua/problema_delagua.shtml)>> [última revisión: 10 de mayo 2012]
- **ARISTOTELES.** "Metafísica". Edición Electrónica, Universidad ARCIS. Traducción Valentín García Yebra. Disponible en <<<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/651.pdf>>> [última revisión: 9 de Mayo 2012]

- **HERVÁS, A.** “La activación-vitalización del agua: una aproximación desde la perspectiva científica. Disponible en:  
<<<http://www.gentenatural.com/medicina/novedad/agua-vital.htm>>>  
[última revisión: 4 de marzo 2012]
- **VERA, C y CAMILLONI, I.** “El Ciclo del Agua”. Disponible en  
<<<http://www.educaciencias.gov.ar/archivos/recursos/explora/CSNAT02.pdf>>> [última revisión: 24 de enero 2012]
- **ORTIZ, H.** “Planta Termoeléctrica”. UNAM. México, 2005. Disponible en  
<<<http://cuauhtemoc.org.mx/data/files/UNAM/Termodinamica/Termoelectrica.pdf>>> [última revisión: 10 de marzo 2012]
- **ALCOBERRO, R.** “¿Homo Economicus o Idiota moral?”. Disponible en  
<<<http://www.alcoberro.info/V1/liberalisme5.htm>>> [última visita: 10 de mayo 2012]
- **OCDE.** “Water and Agriculture: Sustainability, Markets and Policies. Conclusions and recommendations”. Disponible en  
<<<http://www.oecd.org/dataoecd/18/24/36290153.pdf>>> [última revisión: 2 de mayo 2012]

#### **Noticias y editoriales:**

- **DGA.** “DGA anuncia cobro de patentes por no uso de derechos de agua por más de US\$ 63 millones”.  
<http://www.dga.cl/noticias/Paginas/DetalledeNoticias.aspx?item=130>
- **ECOAMERICA,** “US \$24 millones de dólares en patentes por no uso de derechos de agua”.  
<http://www.ecoamerica.cl/sitio/index.php?area=235>
- **EMOL.** “Corte Suprema rechaza recursos de protección y da luz verde al proyecto HidroAysén. 4 de Abril de 2012”.



**UNIVERSIDAD  
ALBERTO HURTADO**

## **ANEXO**

El siguiente documento es un complemento de la tesis presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Su función es graficar e ilustrar acerca de varios tópicos tratados en la tesis, a fin de ser una herramienta útil para el lector. Muchos de los datos devienen de: recopilaciones de otros documentos; documentos judiciales e instrumentos administrativos. Se permite la total difusión de las graficas para fines educativos.

**Este anexo se encuentra dividido en:**

- 1. El valor de las aguas en Chile y en el mundo**
- 2. Situación de los recursos hídricos a nivel nacional**
- 3. Concentración de derechos de aprovechamiento**
- 4. Derechos de agua con potencial Hidroeléctrico**
- 5. Externalidades provocadas por proyectos Hidroeléctricos**

### **1. El valor de las aguas en Chile y en el mundo**

*El agua es el elemento y principio de las cosas*

(Tales de Mileto)

#### **El agua en la antigüedad y en la actualidad**

La existencia y la evolución del hombre han estado indisolublemente ligadas a la existencia del agua, siendo considerado por la cultura Greco-Romana como el elemento originador de la vida<sup>134</sup>. Por ejemplo el denominado *filósofo del universo*, Tales de Mileto, ya adelantaba en los años 624 – 548 a.C que el arché<sup>135</sup> que dio origen al universo era nada más y

<sup>134</sup> ARISTOTELES. "Metafísica". Edición Electrónica, Universidad ARCIS. Traducción Valentín García Yebra. Disponible en <<<http://www.uruguaypiensa.org.uy/imgnoticias/651.pdf>>> [última revisión: 9 de Mayo 2012]

<sup>135</sup> El Archè en filosofía es asociada a las palabras: fuente, origen y principio. Para los filósofos griegos

nada menos que el agua. Mileto, fundador de la escuela que llevaba su mismo nombre, ya daba cuenta en aquella época acerca de la real importancia del agua en la creación de la vida.

Constituye este recurso el principal componente de todos los seres vivos, aproximadamente y dependiendo de cada organismo el porcentaje de agua en relación al peso varía entre el 65% a 95%<sup>136</sup>. Sin agua no se podrían realizar procesos biológicos tan importantes como es: el mantenimiento de la hidratación para los seres vivos; la subsistencia del proceso celular; el proceso digestivo; la regulación de la temperatura corporal; expulsión de residuos; y en general otros procesos esenciales para la preservación de la vida en el medioambiente<sup>137</sup>.

Es en la antigua Grecia donde podemos encontrar los primeros vestigios de la discusión legal en torno a la temática de las aguas. Platón en su dialogo sobre las leyes<sup>138</sup> señala que en el ordenamiento jurídico ciudadano se comprendía ya a las aguas como “*propiedad común*, otorgando a cualquier particular el derecho a derivarlas y canalizarlas”<sup>139</sup>. Misma categoría ostentaban las aguas en Roma, las cuales eran consideradas como *res publicae*, es decir cosa pública, que a diferencia de las *res privatae* (que pertenecen a particulares) las aguas pertenecían en su totalidad al *pópulos Romanus* (pueblo romano)<sup>140</sup>. De esta manera el agua se fue asociando a la vida y a la creación de sociedades cada vez más complejas, en las cuales se ha utilizado al agua como un *insumo esencial* de variadas actividades económicas.

Ya en la actualidad, según la Organización de Naciones Unidas (ONU) el agua tiene un importante rol dentro del crecimiento económico de los Estados, puesto que, en general es utilizado para la realización y elaboración de varios bienes y servicios, ya sea para todas las facetas de producción o

---

de la antigüedad, aquel concepto daba cuenta acerca de que dio origen a la vida en el Universo.

<sup>136</sup> Cfr. HERVÁS, A. *La activación-vitalización del agua: una aproximación desde la perspectiva científica*. Disponible en: <<<http://www.gentenatural.com/medicina/novedad/agua-vital.htm>>> [última revisión: 4 de marzo 2012]

<sup>137</sup> Cfr. “Naturaleza biológica de los seres humanos: El agua”. Disponible en <<<http://www.educaciencias.gov.ar/archivos/recursos/explora/CSNAT02.pdf>>> [última revisión: 24 de enero 2012]

<sup>138</sup> VERGARA, A. Entre lo público y lo privado, ¿quién es el dueño de las aguas?”, en: Revista Universitaria (Pontificia Universidad Católica de Chile), 56, pp. 34-38. Pág. 35. En esta discusión Platón señaló con respecto al derecho existente sobre las aguas que: (...) el que quiera llevar las aguas a su terreno las lleve derivándola de su corriente de propiedad común sin sangrar los manantiales de superficie de ningún particular, condúzcala por donde quiera salvo por domicilio privados, templos o enterramientos y no haga daño que el indispensable para su conducción”.

<sup>139</sup> *Ibidem*.

<sup>140</sup> Cfr. *Ibidem*.

solo en algunas. La ONU a través de su Programa de las Naciones Unidas para el Medioambiente (PNUMA<sup>141</sup>) ha señalado que en muchos de los países en desarrollo la falta de agua ha comenzado a generar un impacto negativo en la productividad económica<sup>142</sup>.

Conceptualmente los economistas al considerar a un bien como un insumo esencial, estos lo pasan a denominar como un *factor o recurso de producción (inputs)*, los cuales deben entenderse como:

“los recursos empleados por las empresas o unidades económicas de producción para producir bienes y servicios. Los inputs se combinan con el fin de obtener los productos. Los productos (*outputs*) consisten en la amplia gama de bienes o servicios, cuyo objetivo es el consumo o su uso posterior en la producción”<sup>143</sup>.

Los factores de producción son también conocidos como *recursos económicos*. Estos recursos sirven para la producción de bienes y servicios, pudiendo categorizarse en tres estos factores productivos: *la tierra, el capital y el trabajo*<sup>144</sup>. Dentro de estas categorías el agua se enmarca dentro del factor productivo tierra, donde se enmarcan todos los recursos naturales como la tierra, minerales, gas, petróleo, etc.; los cuales sirven como elemento esencial para la producción de bienes y servicios. Por lo que el crecimiento y desarrollo económico del Estado y particulares depende mucho de la disposición efectiva del agua a nivel nacional y regional.

### **Concepto y características**

Para poder adentrarnos en aguas más profundas a es necesario definir y caracterizar al agua. No existe un concepto jurídico de agua tanto en el Código Civil (“C.C”), como tampoco en el Código de Aguas (desde ahora denominado como “el Código” o el “C.A”) u en otros cuerpos normativos. Como no existe concepto normativo se debe recurrir a criterios de interpretación que el C.C nos entrega.

Al respecto la Corte Suprema (siguiendo con la doctrina de la

---

<sup>141</sup> El programa PNUMA tiene como rol fundamental contribuir con un estudio mundial acerca del estado del medioambiente. Con el fin de generar información y conciencia acerca del real estado de los recursos naturales, para así generar las políticas necesarias que los Estados deben adoptar para la conservación del medioambiente y el desarrollo sostenible.

<sup>142</sup> Cfr. PNUMA: *Perspectivas del Medio Ambiente Mundial 2002 GEO-3. Pasado, presente y futuro*. Ediciones Mundi-Prensa. Madrid, España 2002. Pág. 22.

<sup>143</sup> MORCILLO, F y BEKER, V: *Economía, principios y aplicaciones*. Editorial Mc Graw Hill. Argentina. 2008. Pág. 2.

<sup>144</sup> Cfr. MARTINO, F: *Diccionario de conceptos económicos y financieros*. Editorial Andrés Bello, Chile. 2001. Pág. 142

interpretación de Savigny), ha señalado que: “El Código Civil establece perentoriamente, que la primera norma interpretativa es *el sentido natural y obvio de las palabras (...)*”<sup>145</sup>. La jurisprudencia mayoritaria<sup>146</sup> se ha inclinado por señalar que este sentido natural y obvio puede ser satisfecho por las definiciones establecidas por la Real Academia Española (desde ahora RAE) y esta define al agua como:

“El componente más abundante de la superficie terrestre y, más o menos puro, forma la lluvia, las fuentes, los ríos y los mares; es parte constitutiva de todos los organismos vivos y aparece en compuestos naturales”<sup>147</sup>.

En cuanto a las características más relevantes en torno al recurso hídrico se puede señalar que el agua:

- a) Es un recurso natural: Se encuentra de forma original en el mundo, pues es un bien que es dado por la naturaleza sin alteración del ser humano. Es imposible de crear por parte del ser humano.
- b) Es finito: Es un elemento consumible de renovación no inmediata, ya que existe una cantidad fija de agua en el mundo. La renovación de las aguas se da a partir del ciclo hidrológico de las aguas, el problema es que este proceso tarda mucho en volver a generar agua en un estado de fácil acceso para las personas (aguas dulce accesibles para las personas). Al ser un recurso natural imposible de crear por parte del hombre, ya que existe una cantidad determinada de agua para poder consumir. Esta característica es *esencial para entender el problema jurídico* que más adelante se ahonda.
- c) Se encuentra en todos los estados naturales: Dependiendo de ciertas condiciones físicas este recurso se puede presentar en los tres estados, líquido, sólido y gaseoso según sean las condiciones de temperatura y presión. En las actividades económicas se utiliza habitualmente el cambio de estado del agua para la producción de diferentes bienes o servicios.
- d) Es vital para el ser humano: Es el alimento esencial de todo ser viviente y como se señaló con anterioridad todos los seres vivos están constituidos por este elemento. El ser humano no puede sobrevivir si

---

<sup>145</sup> ANDREUCCI, R. *Los conceptos de la Corte Suprema sobre la interpretación de la ley a través de sus sentencias. Revista de Derechos Fundamentales, Universidad Viña del Mar.* Pág. 21

<sup>146</sup> Cfr. *Ibidem.* Pág. 27.

<sup>147</sup> RAE. *Diccionario de la Lengua Española.* Vigésima Segunda Edición. Editorial Espasa. España 2001. Pág. 45.

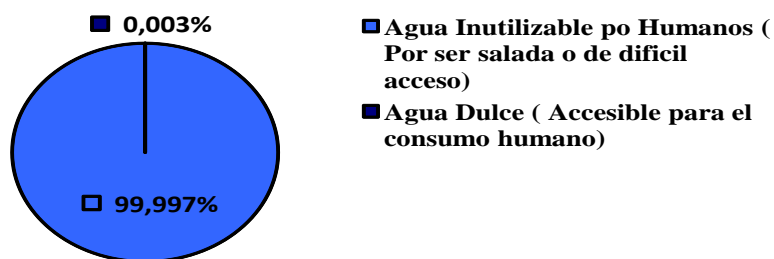
este deja de beber agua por 4 o 5 días.

- e) Esencial para el desarrollo social y económico: Aquella característica ya fue abordada con antelación.
- f) Es incolora, inodora e insípida: En estado natural el agua no tiene color, olor y sabor.

## 2. Situación de las aguas en el Mundo y en Chile

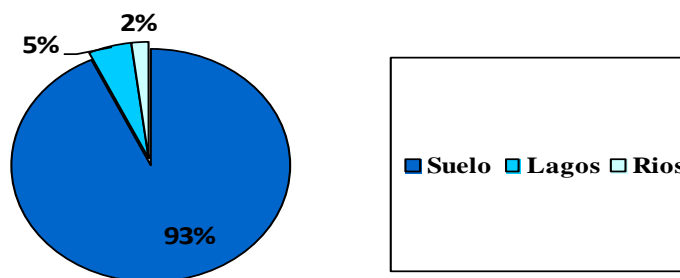
Como bien se señaló el agua es un recurso natural limitado, esto debido a que la tierra es un “sistema cerrado, esto significa que el planeta, como un todo, ni gana ni pierde materia, tampoco agua”<sup>148</sup>. En el mundo 97% del agua es salada y tan solo un 3% de esa agua es de carácter dulce capaz de ser bebida por los seres vivos (Grafico 1). De ese mínimo porcentaje se estima que del total de agua en el mundo solo un 0.003% es de fácil acceso para las personas y por el

**Grafico 1. Disponibilidad de Agua en la Tierra**



Elaboración propia. Datos obtenidos de VERA, C y CAMILLONI, I. “El Ciclo del Agua”.

**Grafico 2. Ubicación del Agua accesible para el hombre**



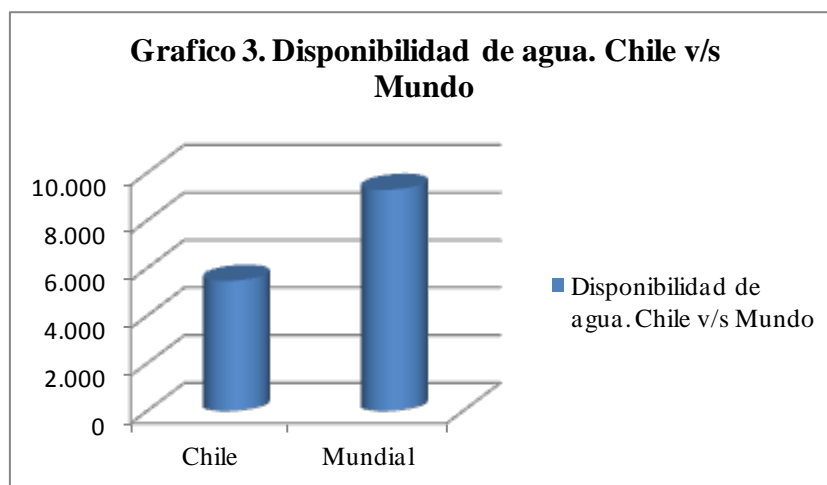
Elaboración propia. Datos obtenidos de VERA, C y CAMILLONI, I. “El Ciclo del Agua”.

<sup>148</sup> VERA, C y CAMILLONI, I. Disponible en <<<http://www.educaciones.gov.ar/archivos/recursos/explora/CSNAT02.pdf>>> [última revisión: 24 de enero 2012]

contrario el 2.997% es de difícil acceso<sup>149</sup>.

Si bien en el planeta existe bastante recurso hídrico, solo una pequeña cantidad es apta para el consumo, ya sea como insumo o bebestible. Si bien el ciclo hidrológico del agua (cambios de estado de dicho elemento) permite una cierta movilidad de las aguas (generando que aguas no disponibles lleguen a ser disponibles) aquello no soluciona el problema de la múltiple necesidad de las aguas y la escasa reserva que existe en el mundo. Otro foco de preocupación es la falta de igualdad de riqueza hídrica, en el mundo existen zonas de abundancia hídrica en contraste con zonas en las que escasea este recurso.

Estudios de la Dirección General de Aguas han señalado que el caudal medio anual de los ríos de Chile es de 928 Km<sup>3</sup> /año, representando el 2,1% del caudal mundial, y el 7,9% del total de América del Sur. La disponibilidad por habitante ya en el año 1992 alcanzaba 5.475m<sup>3</sup>, a diferencia del valor promedio mundial de agua que alcanza 9.300 m<sup>3</sup> (Grafico 3). Si bien estos datos señalarían que existe una menor disponibilidad de agua en relación a otros países, aquella balanza cambia radicalmente si contamos los glaciares que se encuentran en el sur del país. Contando aquellas reservas naturales, la disponibilidad por habitantes aumentaría a 70.000m<sup>3</sup> por año, no obstante en la actualidad son reservas no disponibles por su acceso y su estado sólido<sup>150</sup>.



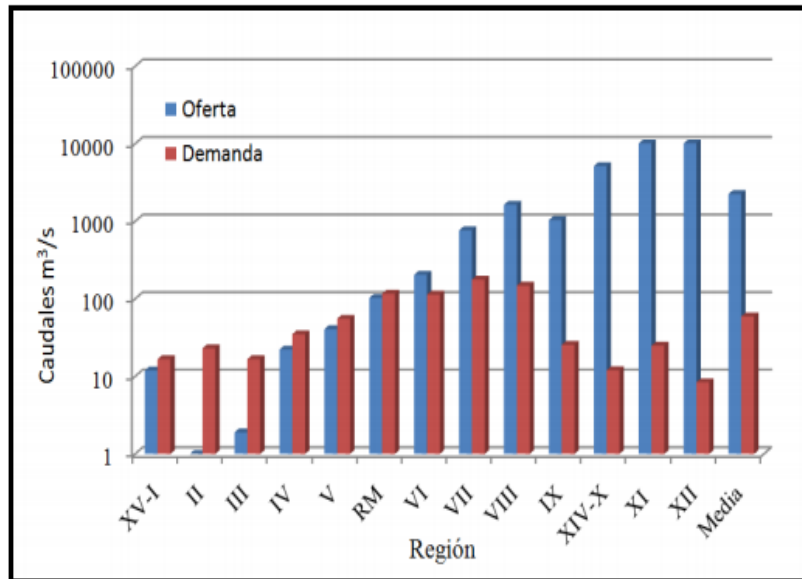
Elaboración propia. Fuente: MATUS, N. "Recursos Hídricos en Chile; desafíos para la sustentabilidad".

<sup>149</sup> Cfr. Ibídem. 2.

<sup>150</sup> MATUS, N. "Recursos Hídricos en Chile; desafíos para la sustentabilidad". Pág. 15

Es necesario hacer presente la diferencia existente entre la cantidad disponible de agua entre las regiones del norte del país y las regiones del sur (Grafico 4). Esta situación llega a ser más grave aún debido a que muchas de las escasas aguas en la zona norte se utilizan para la realización de actividades económicas grandes de alto impacto ambiental como es la gran minería chilena, problema que será analizado con mayor detalle más adelante.

**Grafico 4. Oferta y disponibilidad de aguas en Chile**



Fuente: BANCO CENTRAL. “Chile. Diagnostico de la gestión de los recursos hídricos”. 31 de Marzo 2011.

### Usos y valoración del agua

En cuanto a los usos (Tabla 1) más frecuentes según el estado natural del agua podemos encontrar entre algunos<sup>151</sup> :

**Tabla 1. Principales usos tradicionales que se les dan a las aguas en Chile**

Uso	1990	1999	2002	2006
Riego	516	611	647	527*
Agua potable	27	34	37	40
Industrial	47	68	77	84
Minería	43	51	53	63
Energía	1.189	2.914	3.929	3.997
<b>Total</b>	<b>1.823</b>	<b>3.678</b>	<b>4.743</b>	<b>4.711</b>

Fuente: BANCO CENTRAL. “Chile. Diagnostico de la gestión de los recursos hídricos”. 31 de Marzo 2011.\*Hace hincapié esta publicación, de que el año 2006 hubo bastante lluvia, lo que se explicaría de cierta forma la baja en el uso de aguas para el riego.

<sup>151</sup> Cfr. VERA, C y CAMILLONI, I. “El Ciclo del Agua”. Pág. 5- 9. Ediciones Explora

**Tabla 2. Resumen Derechos de aprovechamiento de aguas según sus usos a nivel Nacional**

USOS	Nº Total de Derechos	Derechos Persona Natural	Q otorgado (m3/s) Persona Natural	Derechos Persona Jurídica	Q otorgado (m3/s) Persona Jurídica	Q Total otorgado (m3/s)
Acuícola	229	142	62.1	87	42.3	104.3
Agrícola	696	562	9.6	134	9.1	18.7
Consumo doméstico	378	252	1.1	126	3.5	4.6
Electricidad	159	60	115.3	99	4119.3	4234.6
Envasado de Agua	11	0	0.0	11	1.3	1.3
Industrial	19	5	0.0	14	0.4	0.5
Minería	15	0	0.0	15	1.2	1.2
Turismo	95	44	0.7	51	0.1	0.7
<b>Total</b>	<b>1602</b>	<b>1065</b>	<b>188.8</b>	<b>537</b>	<b>4177.2</b>	<b>4366.1</b>

Fuente: Datos Dirección General de Aguas, vía solicitud acceso a la información pública (Ley 20.285). Febrero, 2012.

- Agua en estado líquido: Se utiliza mayoritariamente en la creación de todo tipo de bebidas, riego, higiene, etc.

- Agua en estado gaseoso: Entre algunos de los usos más importantes que se le da al agua en estado gaseoso es en el ámbito de la energía termoeléctrica<sup>152</sup>. En este tipo de energías se calienta el agua (hasta la ebullición) a fin de que dicho gas emitido genere energía.

- Agua en estado sólido: A partir de la congelación (a partir de temperaturas bajo 0), el uso más común de dicho elemento es la transformación en hielo, ya sea para venderse como dicho bien o elaboración de otros bienes derivado del hielo como helados y otros productos.

Cabe preguntarse si un recurso natural puede tener un valor económico dentro de un mercado. Como bien destaca Saavedra: “el agua no sólo es esencial para la supervivencia biológica, sino que es una *condición necesaria del desarrollo y sostenimiento de la economía y de la estructura social que hacen posible la sociedad*. El agua no es sólo una mercancía; es un imperativo central de la supervivencia, sostenimiento, continuidad y vida de

<sup>152</sup> Cfr. ORTIZ, H. “Planta Termoeléctrica”. UNAM. México, 2005. Pág. 6. Disponible en <<<http://cuauhtemoc.org.mx/data/files/UNAM/Termodinamica/Termoelectrica.pdf>>> [última revisión: 10 de marzo 2012]

la comunidad (lo cursivo es propio)<sup>153</sup>. El cobre, carbón, gas, petróleo y en general los bienes ambientales poseen un valor económico creciente, ya sea como insumo esencial para la producción o como generador de bienestar<sup>154</sup>.

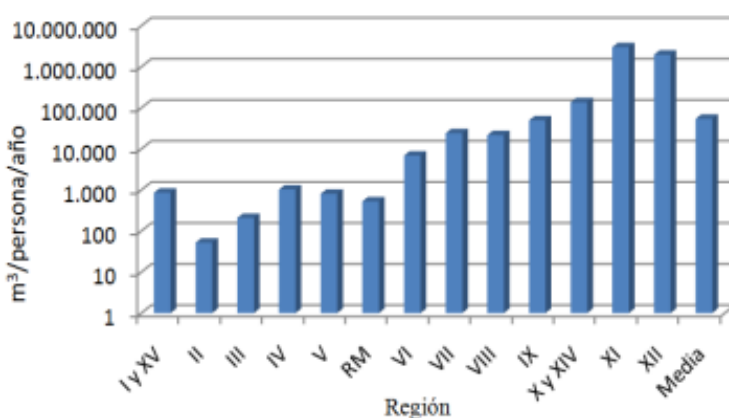
Cuando algo tiene un valor significa que aquello nos produce bienestar. Hoy en día la noción de valor se ha utilizado principalmente para señalar que aquello cumple un bienestar material que busca la satisfacción de múltiples necesidades. Los usos y empleos que se les dan a las aguas importan en cuanto otorgan el valor económico como insumo. Es posible según José Ignacio Saavedra clasificar el uso que se les dan a las aguas en dos grupos principales los *tradicionales* y los *emergentes (no tradicionales)*<sup>155</sup>.

- Tradicionales: se caracterizan por emplear el agua para actividades económicas, los cuales consumen y degradan el recurso natural (ejemplos: agua potable, minería, agricultura, energía hidroeléctrica, etc).
- Emergentes: son aquellas que no se consumen ni degradan el recurso cuando se les utiliza. Ejemplo: uso recreacional como para turismo, rafting, canotaje, pesca, etc; y uso ambiental como es la conservación de la flora, fauna y de todo el ecosistema en general.

### 3. Situación de los recursos hídricos en Chile

A continuación se expresan algunos gráficos, tablas y figuras que dan cuenta acerca de varios tópicos relativos al mercado de aguas.

**Grafico 5 y Tabla 3. Disponibilidad de Agua en Chile por Habitante. Año 2009.**



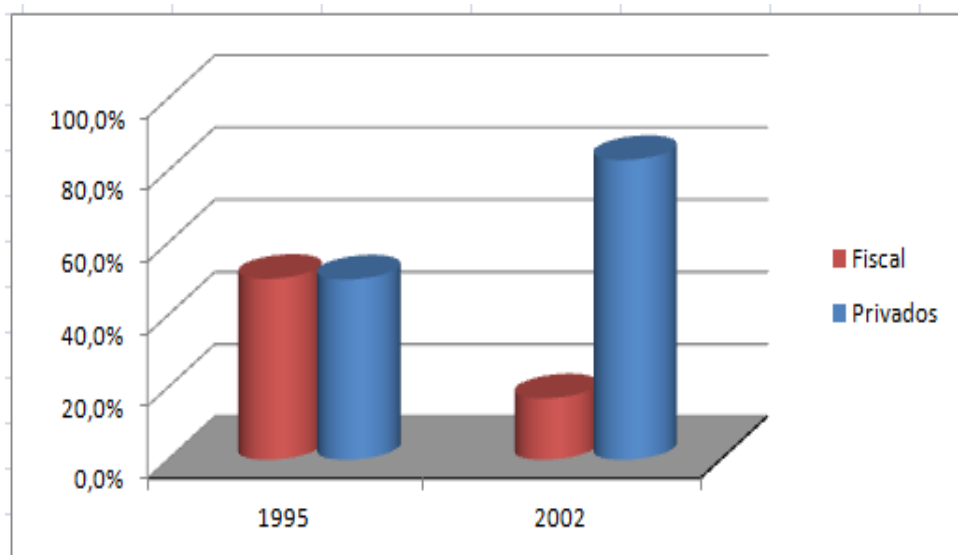
Región	m³/pers/año
I y XV	854
II	52
III	208
IV	1.020
V	801
RM	525
VI	6.829
VII	23.978
VIII	21.556
IX	49.273
X y XIV	136.207
XI	2.993.535
XII	1.959.036
Media	53.953

<sup>153</sup> SAAVEDRA, J. "La Valoración Económica de los Derechos del Agua. Pág. 1.

<sup>154</sup> Cfr. Ibídem. Pág. 3.

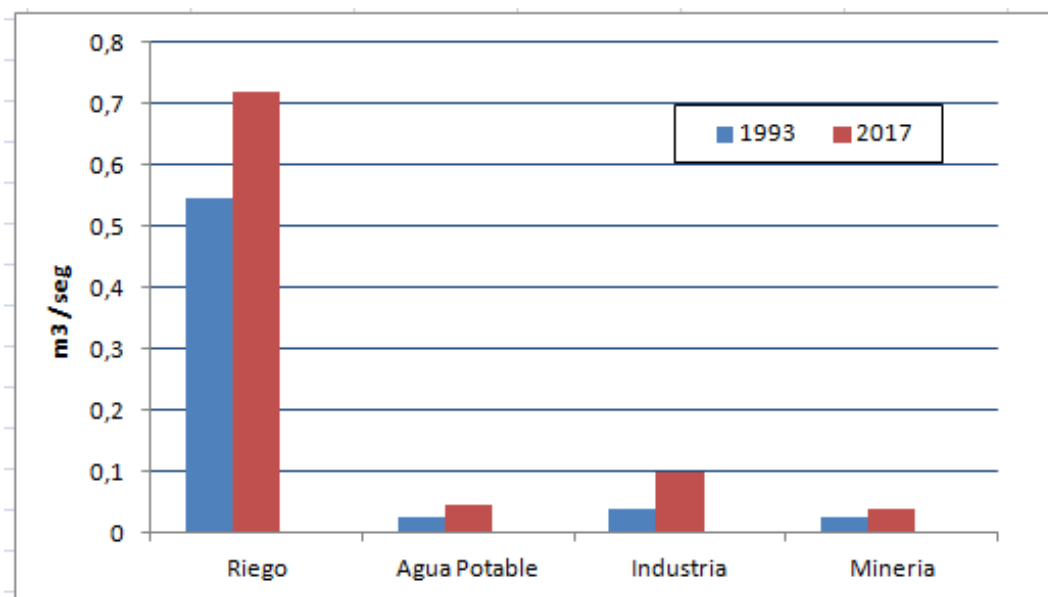
<sup>155</sup> Cfr. Ibídem. Pág. 4.

**Grafico 6. Comparación del dominio de las aguas entre Estado y particulares**



Elaboración propia. Datos obtenidos de BRAVO, Patricia y otros. "Agua, donde está y de quien es." Programa Chile Sustentable. Chile. 2004.

**Grafico 7. Incremento de la demanda del agua entre 1993 al 2017**



Elaboración propia. Datos obtenidos de: GARDUÑO, Héctor. "Administración de derechos de agua. Experiencia, asuntos relevantes y alineamientos". FAO Estudios Legislativos. 2003. Anexo 5, "Chile".

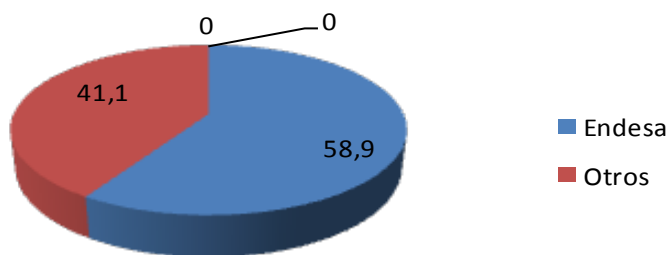
#### 4. Concentración de derechos de aprovechamiento

**Tabla 4. Principales dueños de derechos de agua**

USUARIOS	SECTOR	CAUDAL (M³/s)	% del total
ENDESA	Energía	6.256	81%
Compañía General Industrial	Industria	370	4,80%
Chilgener S.A.	Energía	320	4,16%
Pehuenche	Energía	188	2,40%
Fisco Riego	Estatal	107	1,39%
Jorge Wachhoitz B. C.M.P.C.	Celulosa	100	1,30%
Enrique Rettig	s/i	90	1,17%
Codelco-Chile	Estatal Minería	77	1%
Unión Nacional de Coop. Exportadoras de Algas	Pesca	54	0,70%
Hidroeléctrica Guardia Vieja	Energía	46	0,59%
Chilectra	Energía	45	0,58%
Sociedad Austral de Electricidad	Energía	30	0,39%

Fuente: MATUS, N. "Recursos Hídricos en Chile; desafíos para la sustentabilidad."

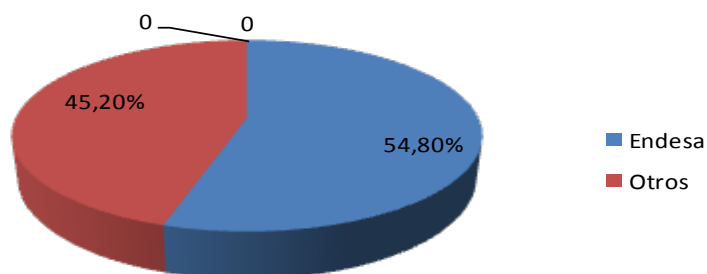
**Grafico 8. Concentracion de derechos de aprovechamiento por a nivel nacional por parte Endesa, 1996**



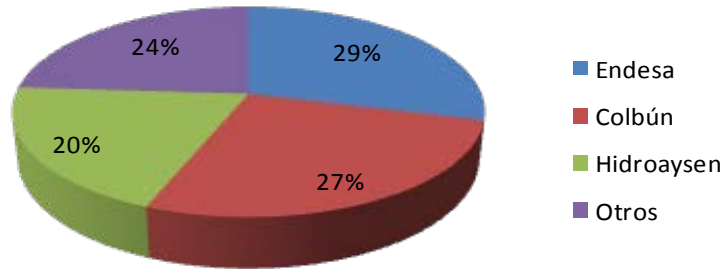
Elaboración propia. Fuente: Comisión Preventiva Central: Dictamen N°992, 25 de Noviembre de 1996

Elaboración propia. Fuente: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Resolución N°27, 19 de Octubre de 2007,

**Grafico 9. Concentracion de derechos de aprovechamiento a nivel nacional por Endesa, 2006**

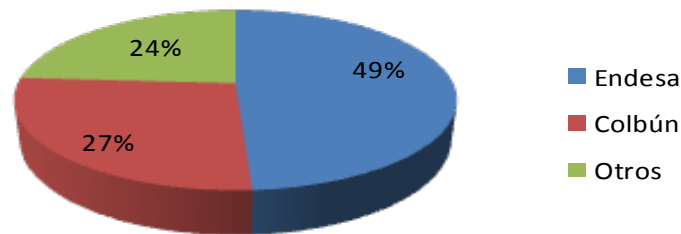


**Grafico 10. Titularidad de derechos de aguas no consuntivos a nivel nacional, 2006.**



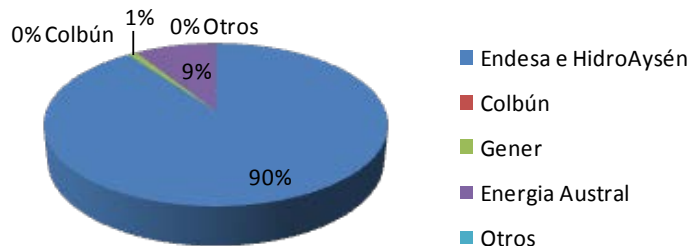
Elaboración propia. Fuente: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Resolución N°27, 19 de Octubre de 2007,

**Grafico 11. Titularidad de derechos de aguas no consuntivos por Endesa y filiales, 2006.**



Elaboración propia. Fuente: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Resolución N°27, 19 de Octubre de 2007,

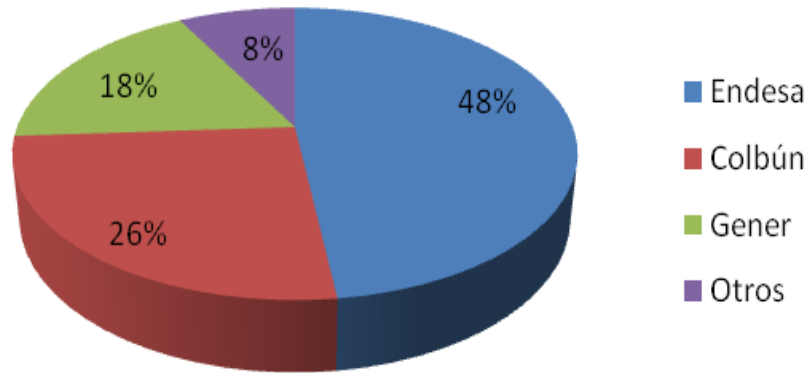
**Grafico 12. Titularidad de derechos de aguas no consuntivos en cuencas de la XI Region de Aysén**



Elaboración propia. Fuente: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Resolución N°27, 19 de Octubre de 2007,

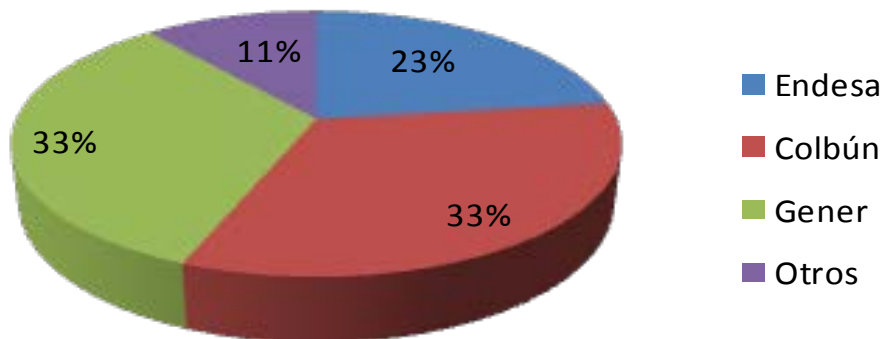
## 5. Derechos de agua con potencial Hidroeléctrico

**Grafico 13. Participación en el Sistema Interconectado Central, 2006.**



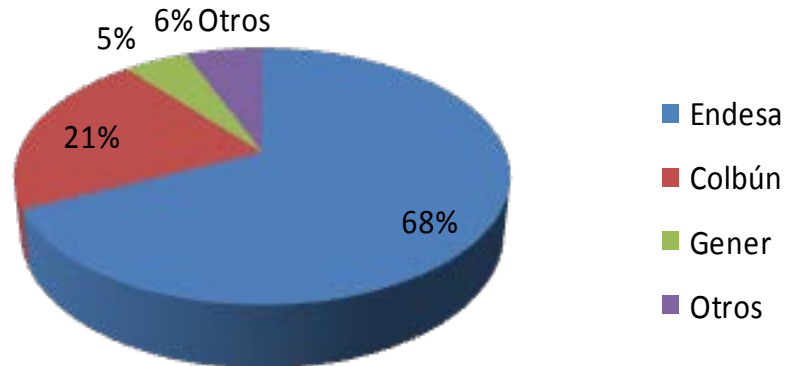
Elaboración propia. Fuente: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Resolución N°27, 19 de Octubre de 2007,

**Grafico 14. Energia Termica en SIC, 2006**



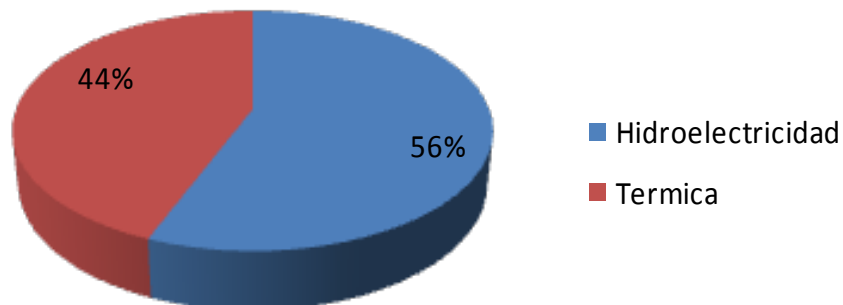
Elaboración propia. Fuente: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Resolución N°27, 19 de Octubre de 2007,

**Grafico 15. Energia Hidroelectrica en SIC, 2006**



Elaboración propia. Fuente: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Resolución N°27, 19 de Octubre de 2007,

**Grafico 16. Energia Hidroelectrica v/s Termica en SIC, 2006**



Elaboración propia. Fuente: Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: Resolución N°27, 19 de Octubre de 2007,

## 6. Externalidades provocadas por proyectos Hidroeléctricos

Figura 1. Externalidades generadas por la Hidroelectricidad

**Fuente:** PRIETO, Manuel. *El modelo chileno de gestión hidroeléctrica. Una aproximación desde la sustentabilidad profunda.* Tesis presentada al instituto de Estudios Urbanos y Territoriales de la Pontificia Universidad Católica de Chile. Agosto 2010. Santiago de Chile.

