



UNIVERSIDAD DE VALPARAISO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
ESCUELA DE DERECHO



**“LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS DEL  
AGUA: ANALISIS DEL GRAVAMEN POR NO USO DE  
DERECHOS DE APROVECHAMIENTO”**

Martin Ariel Molina Gallardo

José Antonio Núñez Collado

Tesina para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas

dirigida por el profesor Pedro Arraztoa Ancízar

**Valparaíso – Chile**

**Junio 2011**

# ÍNDICE

## Página

Tabla de Abreviaturas.....	1
Introducción.....	2

### CAPÍTULO PRIMERO: CODIGO DE AGUAS DE 1981, CONCENTRACION DE DERECHOS Y GRAVAMEN POR NO USO DE LAS AGUAS

I. Concepto y clasificación de los derechos de aprovechamiento de aguas.....	4
II. Principales aspectos institucionales relativos a los mercados del agua.....	5
A. Protección constitucional e intangibilidad de los derechos de aprovechamiento.....	5
B. Libertad de transferencia y uso de los derechos de aguas.....	6
III. De la asignación inicial o creación de los derechos de aprovechamiento.....	8
IV. Reasignación de derechos de aprovechamiento.....	9
V. Crítica y evaluación del mercado de derechos de agua.....	11
A. Sobre los mercados estrechos.....	11
B. Concentración de derechos, especulación y monopolio.....	12
VI. Situación del mercado de generación eléctrica.....	14
VII. Del gravamen por no uso de las aguas.....	16

### CAPITULO SEGUNDO: ANALISIS ECONOMICO DEL GRAVAMEN POR NO USO DE LAS AGUAS

I. Gravamen por no uso y costo de oportunidad.....	21
II. Gravamen por no uso y beneficio económico derivado de la concentración de derechos.....	25
III. Gravamen por no uso y construcción de obras de aprovechamiento de las aguas.....	27

## CAPITULO TERCERO: TEOREMA DE COASE Y MERCADOS DE DERECHOS DE AGUAS

I.	Planteamiento del problema.....	32
II.	Certeza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas.....	33
III.	Costos de transacción en los mercados del agua.....	36
A.	Generalidades.....	36
B.	Sobre el Catastro Público de Aguas.....	37
C.	Mercados de derechos de agua en la práctica.....	40
IV.	Nuestro Enfoque.....	42

## CAPITULO CUARTO: LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS DE DERECHOS DE AGUAS

I.	Descripción del Problema.....	44
II.	Supuesta falta de idoneidad de las instituciones antimonopolios.....	45
III.	Potestad Informativa.....	46
A.	Concepto.....	46
B.	Análisis de la exención del art. 129 bis 9 inc. 4.Código de Aguas.....	46
C.	Caso de la Comunidad de aguas del Canal Azapa.....	50
IV.	Potestad Consultiva.....	60
A.	Concepto.....	60
B.	Resolución n°18 de 2006 sobre modificación del Dictamen n°992 de 1996.....	62
C.	Consulta sobre alianza para realización de proyecto hidroeléctrico Aysén.....	65
V.	Potestad Jurisdiccional.....	67

CONCLUSIONES.....	70
-------------------	----

BIBLIOGRAFIA.....	71
-------------------	----

## **TABLA DE ABREVIATURAS**

CPOL	Constitución Política de la República
C.Ag	Código de Aguas
PDR	Presidente de la República
TDLC	Tribunal de Defensa de la Libre Competencia
FNE	Fiscalía Nacional Económica
DGA	Dirección General de Aguas
CBR	Conservador de Bienes Raíces
CNE	Comisión Nacional de Energía
CPC	Comisión Preventiva Central

## INTRODUCCION

El DL 2603 de 1979 y el DFL 1122 que establece el Código de aguas de 1981 fijan los fundamentos normativos sobre la base de los cuales ha tenido lugar el desarrollo del mercado como mecanismo encargado de la reasignación de los derechos de aprovechamiento de aguas.

Con todo el mercado no ha estado exento de críticas. En efecto la gratuidad en el otorgamiento de derechos y la inexistencia de la obligación de utilizar efectivamente las aguas ha generado la concentración de ellos en algunos pocos titulares a los cuales se acusa de acaparar derechos sin la intención de darle un uso efectivo a las aguas, sino más bien con propósitos especulativos o anticompetitivos, privando así del recurso hídrico a otros agentes interesados en adquirir derechos de agua para darles un uso real y productivo. Dicha concentración de derechos se ha verificado especialmente tratándose de empresas que participan en el mercado de generación eléctrica (particularmente hidroelectricidad) lo cual podría traducirse en la existencia de prácticas anticompetitivas en relación a dicho mercado.

Atendido lo anterior la ley n° 20.017 del año 2005 modifica el Código de Aguas estableciendo un impuesto que grava al titular de derechos de aprovechamiento de aguas que no utiliza de modo efectivo el recurso hídrico. El objetivo de dicho gravamen apunta precisamente a desconcentrar la tenencia de derechos, fomentar la competencia en los mercados de derechos de aguas y obtener así la reasignación eficiente del recurso hídrico hacia su mejor uso alternativo.

Sin embargo cabe cuestionar la pertinencia e idoneidad de este gravamen para lograr dicho objetivo desde la óptica de la eficiencia económica. A su turno debe examinarse el rol que cabe a la ley en la definición de las condiciones que permitan la consecución de la eficiente asignación de los derechos de agua.

Con todo en relación a la concentración de derechos debemos preguntarnos si acaso la institucionalidad prevista por la legislación antimonopolios está capacitada para proteger el bien jurídico libre competencia en el contexto de los mercados de derechos de agua y mercados conexos a éstos, como sería por ejemplo, el mercado de generación de electricidad.

En el capítulo primero destacaremos las características más relevantes del Código de Aguas de 1981, actualmente vigente, que incentivan el surgimiento del mercado. Junto con ello expondremos el problema de la concentración de derechos en general y en relación al mercado de generación de electricidad en particular. Luego expondremos las principales características del

gravamen por no uso de las aguas que es el instrumento económico establecido por el legislador para hacer frente a dicho problema.

En el capítulo segundo haremos un análisis crítico, de carácter económico, respecto de aquél gravamen, destacando la inconveniencia de su establecimiento.

En el capítulo tercero demostraremos que el legislador se ha preocupado de dar cumplimiento a las condiciones que el Teorema de Coase propone para que tenga lugar la asignación eficiente de los derechos y que la política legislativa debiese estar orientada en dicho sentido antes que a establecer un impuesto que grave el no uso de las aguas.

Finalmente en el capítulo cuarto demostraremos que las instituciones antimonopolios, Fiscalía Nacional Económica y Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, mediante el ejercicio de las potestades que la ley le confiere, pueden ocuparse eficazmente de la protección de la libre competencia en relación a los mercados del agua y mercados conexos a éstos.

## CAPITULO PRIMERO

### CODIGO DE AGUAS DE 1981, CONCENTRACION DE DERECHOS Y GRAVAMEN POR NO USO DE LAS AGUAS

#### I. Concepto y clasificación de los derechos de aprovechamiento de aguas

En el ordenamiento jurídico nacional las aguas son consideradas “bienes nacionales de uso público” (art. 5° C.Ag). Esto significa que su dominio pertenece a la nación toda y su uso a todos los habitantes del país.

Así las cosas bien sabemos que el recurso hídrico es escaso lo cual, a la postre, permite atribuirle un valor económico. El legislador haciéndose cargo de esta realidad introduce en el ordenamiento legal la posibilidad de crear titularidades privadas a favor de los particulares que necesitan utilizar las aguas en forma exclusiva para así incentivar la asignación y administración eficiente de las aguas.

En razón de ello el Código de Aguas de 1981, actualmente vigente, creó la figura del “derecho de aprovechamiento de aguas”, el cual es definido por el mismo al señalar que “es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código” (art. 6 inc. 1° C.Ag).

A su turno desde un punto de vista doctrinario puede definirse como “una autorización que permite al titular de ésta extraer en forma exclusiva de una determinada fuente natural un cierto volumen o caudal de agua, en un punto específico de dicha fuente, para usar de ellas, existiendo esta autorización en forma independiente de una efectiva extracción del agua, siendo oponible a terceras personas e incluso al Estado, debido a su carácter de derecho real, protegida por acciones de la misma naturaleza y, además, amparada en el estatuto de la propiedad privada común y garantizada su protección por la Constitución Política de la República”<sup>1</sup>.

Cabe precisar que si bien el derecho de aprovechamiento no confiere a su titular el “dominio” sobre las aguas en sí mismas, ya que éstas son bienes nacionales de uso público, sí otorga plenas facultades de uso y goce sobre ellas que lo asemejan al usufructo. Sin embargo a diferencia de este

---

<sup>1</sup> PARADA BARRERA, GUILLERMO, *El derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Congreso, Santiago, 2000, p. 213.

último, el derecho de aprovechamiento puede transferirse libremente y es perpetuo en el tiempo al igual que el dominio.

También debemos señalar que las aguas, y por ende los derechos de aprovechamiento, pueden clasificarse en superficiales y subterráneas (Art. 2 C.Ag). A su turno el art. 12 del C.Ag hace una triple clasificación de los derechos de aprovechamiento distinguiendo para tales efectos entre derechos de ejercicio permanente o eventual; derechos de ejercicio continuo, discontinuo o alternado y finalmente entre derechos de aprovechamiento consuntivos y no consuntivos. Para efectos de este trabajo esta última es la clasificación más relevante.

En efecto *derecho de aprovechamiento consuntivo* “es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad” (Art. 13 C.Ag). Este tipo de derechos es utilizado principalmente en la actividad agrícola, minera, sanitaria e industrial. Derecho *no consuntivo* en cambio “es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho” (Art. 14 C.Ag ). Este tipo de derecho fue creado por el Código de Aguas de 1981 y es empleado para la generación de hidroelectricidad.

Así las cosas es conveniente destacar las principales características de la legislación vigente sobre aguas y su incidencia en el surgimiento de los mercados del agua.

## **II. Principales aspectos institucionales relativos a los mercados del agua**

### **A. Protección constitucional e intangibilidad de los derechos de aprovechamiento**

Cabe destacar que el derecho de aprovechamiento de aguas se encuentra protegido por la *garantía constitucional de la propiedad*. En efecto la CPOL establece que “los derechos de los particulares sobre las aguas, *reconocidos o constituidos* en conformidad a la ley, otorgarán a sus titulares la propiedad sobre ellos” (art. 19º n° 24 inc. Final). Esto significa que el titular de un derecho de aprovechamiento de aguas detenta, a su vez, la propiedad sobre tal derecho, y por ende goza de las garantías correlativas a ésta. En la misma dirección, pero a nivel legal, se establece claramente que “el derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley” (art. 6 inc. 2º del C.Ag).

Una manifestación de esta protección la encontramos, por ejemplo, al constatar que en nuestra legislación no existe la figura de la caducidad de derechos de aprovechamiento por no uso de las

aguas durante cierto lapso de tiempo. A mayor abundamiento el dominio sobre los derechos de aprovechamiento tampoco se extingue por acto de autoridad. De este modo se evita que la administración pueda actuar arbitrariamente afectando con ello la estabilidad de la propiedad sobre los derechos. La excepción viene dada por el caso de la expropiación por causa de utilidad pública o de interés nacional calificada debidamente por el legislador. Más aun en materia de derechos de aguas son causales de extinción propiamente tales la renuncia por parte del titular y, en general, las establecidas en el derecho común (art. 129 C.Ag.).

En relación con lo señalado cabe destacar que el precepto constitucional transcrito extiende la garantía constitucional de la propiedad tanto a los derechos de aprovechamiento “constituidos” como a aquellos “reconocidos” por la ley.

Derechos constituidos son aquellos que se originan en un acto de la autoridad administrativa competente. La garantía constitucional de la propiedad se extiende no sólo a aquellos constituidos bajo la vigencia del actual Código de Aguas de 1981 sino que también a los que fueron otorgados antes de dicha época, bajo la vigencia de leyes anteriores. Estos últimos derechos subsisten plenamente (art. 310 C.Ag.) y su ejercicio debe sujetarse a las normas del Código de Aguas vigente (art. 311 C.Ag.).

En el caso de los derechos “reconocidos” en cambio, no existe un acto de autoridad que “constituya” o “cree” el derecho a favor de un determinado titular. Más bien estamos en presencia de situaciones de hecho, usos fácticos del agua, que son reconocidos por la ley como derechos de aprovechamiento. De este modo tales derechos existen a partir de su reconocimiento por la ley<sup>2</sup>.

Lo importante es destacar que tanto los constituidos como los reconocidos son, en rigor, derechos de aprovechamiento de aguas. De este modo ambas clases gozan de la protección constitucional de la propiedad. La idea del legislador es incluir bajo dicho manto protector a la totalidad de los derechos de aprovechamiento existentes en el país.

## **B. Libertad de transferencia y uso de los derechos de agua**

Otro aspecto relevante que incentiva la configuración de los mercados viene dado por la “libre transferibilidad de los derechos de aguas”, la cual se traduce en la posibilidad de que el

---

<sup>2</sup> Ejemplos de derechos “reconocidos” son los casos de los “pozos domésticos” y de los “usos consuetudinarios”. En estos casos estamos en presencia de “derechos de aprovechamiento” propiamente tales ya que la ley reconoce tales usos como derechos, aunque no haya un acto de autoridad que los constituya. (arts. 20, 56 y 1,2 y 5 transitorios del C.Ag).

titular del derecho pueda transferirlo, en forma separada de la tierra, para que así el nuevo titular pueda utilizar las aguas en cualquier otro sitio de la cuenca. Esto es posible debido a que el Código de aguas desvincula los derechos de aprovechamiento de la propiedad de la tierra, es decir, son completamente independientes entre sí<sup>3</sup>.

Unida a la libertad para transferir los derechos se encuentra la “*libertad de uso de las aguas*”. En virtud de ésta el otorgamiento y ejercicio del derecho de aprovechamiento no se encuentra condicionado a un determinado y específico uso y tanto el titular del derecho como los sucesores a cualquier título pueden utilizar las aguas del modo que estimen conveniente (art. 149 inc. 2° C.Ag.). Esta libertad de uso permite que con ocasión de la transferencia de los derechos pueda tener lugar el cambio de los usos de las aguas, aunque el nuevo uso sea distinto al anterior, por ejemplo, del uso agrícola al sanitario o viceversa. De este modo la legislación de aguas chilena no privilegia ningún uso sobre otro ni establece un listado que contenga una suerte de orden de prelación de usos de las aguas; por el contrario se encomienda al mercado la tarea de determinar qué uso se le dará al recurso hídrico.

Incluso más los titulares de derechos de aprovechamiento ni siquiera tienen la obligación de utilizar efectivamente el agua. En este sentido el art. 149 inc. 2° C.Ag es categórico al señalar que el derecho de aprovechamiento constituido no estará condicionado a un determinado uso y podrá destinarse a los fines que el titular estime pertinentes lo cual desde luego comprende también la posibilidad de “no usar” las aguas. Sin perjuicio de ello la reforma al Código de aguas introducida por la ley 20.017 del año 2005 atenúa esta total libertad de uso al establecer un gravamen al titular de derechos de aprovechamiento que no use el agua de forma efectiva, cuestión que veremos en profundidad más adelante.

De este modo uno de los principales objetivos del código de aguas de 1981 fue crear derechos de propiedad sólidos, permanentes y transables sobre el uso de las aguas, y no sobre las aguas en sí mismas. Unido a ello los titulares tienen plena libertad para darle al agua el uso que estimen más conveniente, sin que siquiera exista la obligación de usarla ni mucho menos un catálogo legal de usos preferentes por sobre otros. El principal fundamento de esta propuesta es lograr un uso eficiente del agua, entendiendo por tal que el agua sea utilizada en su mejor uso alternativo.

---

<sup>3</sup> Un ejemplo de la separación entre propiedad de la tierra y derechos de agua se encuentra en el art. 317 C.Ag. el cual dispone que “en los actos y contratos que importen la transferencia del dominio de un bien raíz o de un establecimiento para cuya explotación se requiera utilizar derechos de aprovechamiento de aguas, deberá señalarse expresamente si incluyen o no tales derechos. Si así no se hiciere, se presumirá que el acto o contrato no los comprende”.

En suma, los aspectos que hemos destacado, protección de la propiedad sobre los derechos de agua, libertad de transferencia de los mismos y, por último, el libre uso de las aguas, son los principales elementos que han incentivado el surgimiento de lo que los economistas denominan “mercados del agua”.

### **III. De la asignación inicial o creación de los derechos de aprovechamiento**

Al hablar de “asignación inicial” nos referimos al acto de autoridad a partir del cual se “constituye originariamente” el derecho de aprovechamiento de aguas. De este modo el derecho “nace” a la vida jurídica e ingresa al “tráfico jurídico” a partir de dicha constitución. A esta primera asignación le denominamos también “creación” de los derechos de aprovechamiento de aguas.

Una característica distintiva del régimen de asignación inicial de derechos establecido por el Código de Aguas consiste en el “*libre acceso a la titularidad*” de los mismos. Esto último se traduce en que los interesados en adquirir derechos de aprovechamiento pueden obtener la constitución de éstos en forma totalmente gratuita por parte de la DGA. Esta gratuidad se manifiesta en cuanto que para el otorgamiento de los derechos no se exige al solicitante que, como contrapartida, pague una determinada suma de dinero, es decir, no hay un “cobro directo” por parte de la DGA. Sin perjuicio de ello el solicitante debe asumir los costos de los estudios y de la tramitación propiamente tal (costos administrativos, inscripciones, publicaciones, etc.).

A su turno la asignación inicial de los derechos tiene un carácter “*incondicional*” ya que para su constitución no se exige que el solicitante justifique o acredite que las aguas efectivamente serán utilizadas. Además el otorgamiento se hace con un carácter “*permanente*” ya que los derechos no se extinguen por el transcurso de un determinado plazo.

En efecto para obtener la constitución de un derecho de aprovechamiento en forma originaria sólo es necesario que se cumplan los siguientes requisitos: a) que la solicitud sea legalmente procedente; b) que se constate que existen técnicamente que existen recursos de aguas disponibles en la fuente natural y c) que el nuevo uso no afecte a antiguos titulares de derechos vigentes (evitar perjuicio de terceros). Reunidos estos requisitos la DGA no puede negarse a otorgar nuevos derechos de aguas, está obligada a constituirlos; en caso contrario estaría infringiendo la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes (en este caso el dominio de derechos de aprovechamiento) la cual está consagrada como garantía constitucional en el art. 19 n° 23 de la

CPOL. En lo demás debe estarse al procedimiento que el Código de Aguas establece para la tramitación de la constitución de derechos de aprovechamiento.

Ahora bien si se hubiesen presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas, es decir hay competencia respecto de la asignación de un mismo caudal, existen dos posibilidades:

a) Los derechos se asignarán a través de un proceso de remate, adjudicándosele al interesado que ofrezca el mayor valor (art. 142 C.Ag). En relación a esta modalidad cabe precisar que no necesariamente debe haber concurrencia de solicitudes ya que la DGA tiene la facultad para disponer de oficio la realización de un remate respecto de derechos de aprovechamiento que estén disponibles y aun cuando no hayan sido solicitados por algún interesado (art. 146 C.Ag).

b) Constitución por el PDR. En este caso el art. 148 C. Ag señala que el PDR podrá, por circunstancias excepcionales y de interés general, constituir directamente el derecho de aprovechamiento a favor de uno de los solicitantes.

De lo expuesto aparece en forma clara que los derechos de aprovechamiento se constituyen mediante resolución de la DGA o bien, excepcionalmente, mediante Decreto Supremo del PDR. A mayor abundamiento la resolución respectiva deberá inscribirse en el Catastro Público de Aguas y, además, reducirse a escritura pública y practicar su inscripción en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de bienes Raíces competente.

Así las cosas una vez “creados” los derechos de aprovechamiento existen otras vías por medio de las cuales éstos se pueden adquirir, como por ejemplo traspaso por acto entre vivos, por sucesión por causa de muerte, e incluso por prescripción.

Con todo, para efectos del análisis efectuado en este trabajo interesa destacar que el carácter gratuito e incondicionado de esta asignación inicial de derechos ha dado pie a la formulación de diversas críticas al mercado como mecanismo encargado de reasignar los derechos de agua. Con todo para poder comprender dichas críticas previamente debemos explicar qué entendemos por reasignación de los derechos.

#### **IV. Reasignación de derechos de aprovechamiento**

Cuando hablamos de reasignación nos estamos refiriendo fundamentalmente a las transferencias libres y voluntarias que tienen lugar entre los titulares de derechos de aprovechamiento y los interesados en adquirir tales derechos. Esta reasignación tiene su origen

principalmente en un título traslativo de dominio, por ejemplo mediante una compraventa o permuta de derechos (transacción permanente), o bien en virtud de un título de mera tenencia como el arrendamiento de derechos de agua (transacción temporal).

La reasignación puede tener un carácter intersectorial si las transferencias se producen entre usuarios de un mismo sector de actividad económica, por ejemplo, entre agricultores o entre empresas mineras. A su turno también puede tener un carácter intrasectorial, esto es, una reasignación entre sectores que destinan las aguas a diferentes usos, por ejemplo, transferencia de derechos desde el sector agrícola a empresas sanitarias para su consumo humano<sup>4</sup>.

Esta adquisición del derecho se rige por las normas generales del Código Civil, según expresamente señala el art. 21 del Código de Aguas, salvo en cuanto aparezcan modificadas por este último cuerpo legal.

La filosofía subyacente al C.Ag de 1981 consiste en encomendar al mercado la reasignación de los derechos hacia su mejor uso alternativo (su uso más eficiente) a partir de la interacción entre la oferta y la demanda de derechos de agua.

Así las cosas, desde un punto de vista teórico, un mercado de derechos de aprovechamiento que se caracterice por ser competitivo y en el cual los costos de transacción sean bajos o inexistentes permitirá una óptima asignación del recurso en los términos referidos, es decir, los derechos de agua se radicarían en aquéllos agentes que más valoran el recurso, aún cuando la asignación inicial de derechos no sea eficiente. De este modo si los derechos de agua son asignados originalmente a agentes cuya valoración del recurso es inferior a la de otros agentes, entonces debieran tener lugar una serie de transacciones entre estos hasta que los dueños de los derechos de aprovechamiento de aguas sean, finalmente, aquellos que destinen el recurso a su mejor uso alternativo. Esta reasignación de derechos hacia los usos de mayor valor permite concluir que la asignación final será eficiente aunque la asignación inicial gratuita no lo sea, desde luego, en la medida que el mercado respectivo sea competitivo y con bajos costos de transacción.

Con todo, el mercado como mecanismo destinado a reasignar los derechos de aprovechamiento no ha estado exento de críticas.

---

<sup>4</sup> Con todo, el cambio en el uso del agua debe respetar la naturaleza del derecho; así por ejemplo no podría darse a un derecho no consuntivo el carácter de derecho consuntivo.

## V. Crítica y Evaluación del mercado de derechos de aguas

### A. Sobre los mercados “estrechos”

Lee y Jouravlev señalan que para calificar a un mercado de derechos como óptimo y expedito es necesario que exista un conjunto relativamente grande de transacciones frecuentes, así como un número considerable de compradores y vendedores<sup>5</sup>. En contraposición a ello señalan que los “mercados estrechos” son “aquellos en que las transacciones son pocas y muy espaciadas” y el número de participantes es muy reducido<sup>6</sup>.

Las desventajas de un mercado estrecho consisten en que los precios tendrían que negociarse caso a caso, razón por la cual “los mercados estrechos tienden a ser poco efectivos en establecer un precio que indique con precisión la escasez relativa del recurso y transmitirlo a sus participantes”<sup>7</sup> a diferencia de lo que ocurre en los mercados dinámicos en que los compradores y vendedores aceptarían el precio como dado. De este modo en un mercado estrecho la eficiencia de las asignaciones de derechos dependerá del poder negociador de las partes vendedoras y compradoras. Adicionalmente el reducido número de participantes facilitaría el establecimiento y ejercicio abusivo del poder de mercado<sup>8</sup>. A mayor abundamiento en un mercado de este tipo los costos en materia de búsqueda, información y negociación podrían llegar a ser muy elevados.

En este sentido algunos estudios han señalado que los mercados del agua en Chile presentarían las características señaladas, por lo cual pueden ser calificados como mercados “estrechos”<sup>9</sup>. En efecto se ha señalado que estos mercados no han sido activos y “en general las transferencias de derechos de agua separados de la tierra han sido muy escasas”<sup>10</sup>. Esta “falta de dinamismo” llevó a muchos autores a concluir que el mercado no ha funcionado exitosamente como

---

<sup>5</sup> LEE, T. y JURAVLEV, A., “Los precios, la propiedad y los mercados en la asignación del agua”, en *Serie medio ambiente y desarrollo*, 6 (1998), pp. 80-81.

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> DOUROJEANNI, A. y JURAVLEV, A., “El código de aguas de Chile: entre la ideología y la realidad”, en *Serie recursos naturales e infraestructura*, 3 (1999), p. 38.

<sup>8</sup> Ídem.

<sup>9</sup> Por todos véase DOUROJEANNI, A. y JURAVLEV, A., ob. cit., pp. 1-84.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 31.

mecanismo encargado de reasignar los derechos de agua. De este modo se asocia la escasez de transacciones con la existencia de alguna imperfección de mercado<sup>11</sup>.

## **B. Concentración de derechos, especulación y monopolio**

Según los principales críticos del desempeño del mercado, una de las principales imperfecciones que obstaculizaría su adecuado funcionamiento vendría dada por una alta concentración de derechos de aprovechamiento en unos pocos titulares, con fines especulativos o monopólicos<sup>12</sup>.

Profundizando esta crítica señalan que el acaparamiento de derechos de agua sería incentivado por las características propias del sistema de asignación de los mismos, a saber:

- a) Los derechos se otorgan (asignación inicial) en forma gratuita, permanente e incondicionada.
- b) No existe la obligación de usar efectivamente las aguas (libertad de uso).

En efecto ello favorecería que algunos agentes soliciten y finalmente les sean otorgados por la DGA un gran número de derechos de aprovechamiento en relación a importantes caudales, sin tener la real intención de darle un uso efectivo a las aguas ni transar tales derechos en el mercado. Por el contrario su finalidad consistiría precisamente en acumular derechos de agua para así especular con ellos o bien adquirir poder de mercado para posteriormente hacer un ejercicio abusivo del mismo.

Así las cosas cuando hablamos de “*especulación*” nos estamos refiriendo a aquella situación en la cual se solicitan derechos de aprovechamiento para ser mantenidos sin usar efectivamente el recurso hídrico, con la intención de retenerlos hasta que aparezca un interesado en comprar derechos de agua. De este modo el especulador espera obtener una ganancia sobre la base de las fluctuaciones de precios. Esta posibilidad de especular con los derechos de aprovechamiento ha generado cierto malestar en algunos sectores.

---

<sup>11</sup> Sin embargo según se detallará más adelante el desempeño del mercado no debe evaluarse en función del número de transacciones verificadas. Más bien la escasez del recurso hídrico es el principal factor que determina el surgimiento de un mayor o menor número de transacciones de derechos de aprovechamiento.

<sup>12</sup> Véase LANDERRETCHÉ, OSCAR., “Consideraciones económicas sobre la reforma del código de aguas”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 1 (2002), pp. 303-315.

En cuanto al argumento relativo al ejercicio abusivo de poder de mercado este tiene dos ramificaciones, según lo explicado por Gómez-Lobo y Paredes<sup>13</sup>, a saber:

a) El dueño de una cantidad significativa de derechos en una cuenca puede restringir su venta con el fin de elevar su precio. En este caso habría una ineficiencia debido a que se transa una cantidad de derechos inferior a lo socialmente deseable imponiéndose un costo para la sociedad. Ello corresponde a un comportamiento análogo al de un monopolista tradicional que abusa de su poder de mercado.

b) De otra parte podría darse la situación en que acaparar o concentrar derechos de aprovechamiento y no transferirlos podría corresponder a un comportamiento estratégico cuyo fin sería restringir la oferta de algún producto en un mercado paralelo como por ejemplo, el mercado de generación eléctrica, situación que explicaremos más adelante. En este caso “el valor de los derechos de agua para el dueño incluye las rentas que obtiene en el mercado paralelo, fruto del control de este insumo esencial”<sup>14</sup>. De este modo el valor privado de los derechos es mayor que su valor social.

Los autores citados señalan que en las situaciones descritas en las letras a) y b) tiene lugar una reducción de las transacciones de derechos “por debajo de las socialmente deseables, generando ineficiencias en el mercado de aguas o en otros mercados paralelos y una mala asignación de recursos en general”<sup>15</sup>. Precisamente la principal motivación que se tuvo para establecer un gravamen por el no uso corresponde al problema descrito en la letra b) precedente y que se refiere a la situación del mercado eléctrico según explicaremos más adelante.

Así las cosas conviene aclarar que la especulación y el ejercicio abusivo de poder de mercado no son lo mismo. En efecto un agente económico podría concentrar derechos de agua con una finalidad especulativa lo cual no implica necesariamente que por ello adquiriera poder de mercado. A su turno un agente podría concentrar derechos con la finalidad de adquirir poder de mercado pero sin la intención de especular con ellos y obtener así ganancias en base a la fluctuación de precios. De este modo podría haber especulación sin poder monopólico y, a la inversa, un agente podría detentar poder monopólico sin especular con los derechos de aprovechamiento.

---

<sup>13</sup> GÓMEZ-LOBO, A. y PAREDES, R., “Mercado de derechos de agua: reflexiones sobre el proyecto de modificación del código de aguas”, en *Revista Estudios Públicos*, 82 (2001), p. 89

<sup>14</sup> *Ibíd.*, p. 90.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, p. 89.

Esta conducta acaparadora generaría una escasez “artificial” del recurso hídrico ya que en algunas cuencas las aguas se encontrarían totalmente asignadas en términos jurídicos, no obstante lo cual, en la realidad no serían utilizadas. De este modo la escasez de agua es más bien jurídica que real. Así se privaría del recurso hídrico a aquéllos agentes interesados en adquirir derechos para darle un real uso productivo a las aguas. En consecuencia la escasez de transacciones sería un reflejo de dicha concentración de derechos<sup>16</sup>.

Así las cosas el problema del acaparamiento se vuelve especialmente relevante a propósito del mercado de generación eléctrica, en particular tratándose de la generación hidroeléctrica.

## **VI. Situación del mercado de generación eléctrica**

Con el fin de incentivar el desarrollo de la generación hidroeléctrica en nuestro país, el Código de Aguas de 1981 definió un nuevo tipo de derecho, a saber, el derecho de aprovechamiento no consuntivo, el cual fue definido en el capítulo primero de este trabajo.

Así las cosas la preocupación generalizada por la problemática relativa a la concentración de derechos se originó precisamente a partir del acaparamiento de derechos no consuntivos por parte de algunas compañías de generación de hidroeléctrica, particularmente Endesa S.A. En efecto algunos sectores temieron que la concentración de derechos sin uso por parte de dicha empresa le estuviera permitiendo la adquisición de un considerable poder de mercado. En particular el acaparamiento de derechos no consuntivos le permitiría levantar barreras a la entrada, al privar de un insumo esencial para la generación hidroeléctrica (el agua) a potenciales competidores en el mercado de generación de electricidad<sup>17</sup>.

En este sentido al tener Endesa S.A. el control de buena parte de tales derechos, podría limitar o restringir el desarrollo y construcción de nuevos proyectos hidroeléctricos o impedir su construcción por terceros, pudiendo de este modo restringir la oferta futura de electricidad, con las correspondientes consecuencias negativas en desmedro de los usuarios en cuanto se vería incrementado el precio de la energía. De este modo la concentración les permitiría a dichas empresas de generación eléctrica obtener rentas monopólicas.

---

<sup>16</sup> Landerretche entiende la escasez de transacciones de derechos de aprovechamiento como una consecuencia de la concentración de los mismos por algunos titulares (Véase LANDERRETCHÉ, OSCAR., ob.cit., pp. 303-310).

<sup>17</sup> Véase Informe de Comisión Especial sobre Régimen Jurídico de las Aguas de la Cámara de Diputados, de 18 de Marzo de 1997, en *Historia de la ley n° 20.017 que modifica el Código de aguas*, pp. 17-104.

En este contexto durante el año 1996 la Comisión Nacional de Energía (en adelante CNE) solicitó a la Comisión Preventiva Central (en adelante CPC)<sup>18</sup> que, en el ejercicio de sus atribuciones, emitiera un pronunciamiento respecto de si el eventual otorgamiento por parte de la DGA de nuevos derechos de aprovechamiento a Endesa S.A. y solicitados por ésta, afectaría la libre competencia en el mercado de generación de electricidad.

En el contexto de dicha consulta la DGA acompañó un informe técnico que da cuenta de la situación de los derechos de agua en el país al año 1996 señalando que del total de derechos no consuntivos constituidos a nivel nacional sólo un 13,2 % estaban siendo ejercitados. De este modo existía un alto porcentaje de derechos no consuntivos (86,8 %) sin un uso real de las aguas<sup>19</sup>.

En particular dicho informe señala que Endesa S.A tenía constituidos a su favor derechos no consuntivos por un caudal de 7.596 m<sup>3</sup>/segundo, de los cuales sólo utilizaba efectivamente 1.013 m<sup>3</sup>/segundo, es decir sólo el 13,3%. Estos derechos representaban el 73,5% del total de derechos no consuntivos constituidos a favor de las principales empresas de generación.

Junto con ello Endesa S.A. tenía solicitudes de derechos en trámite por un caudal 16.614 m<sup>3</sup>/segundo. En efecto la CNE informó que Endesa solicitó 79 derechos de aprovechamiento adicionales señalando que de concederse tales derechos “la empresa contaría con el 55% del potencial hidroeléctrico total de explotar”.

Finalmente atendidos los antecedentes allegados al proceso por distintas entidades públicas y privadas la CPC emitió su dictamen concluyendo que dada la concentración de derechos en poder de Endesa S.A., el otorgamiento de los nuevos derechos de agua solicitados por dicha empresa agravaría tal concentración, lo que menoscabaría seriamente la libre competencia en relación al mercado de generación eléctrica ya que ello dificultaría la entrada de otras empresas generadoras o bien le permitiría retrasar la instalación de centrales con el consiguiente incremento en los precios y obtención de rentas monopólicas<sup>20</sup>. A partir de ello la CPC recomienda a la DGA que “en general, se abstenga de aprobar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos, mientras no

---

<sup>18</sup> La Comisión Preventiva Central fue reemplazada por el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia en virtud de la ley n° 19.911 de 2003.

<sup>19</sup> Véase Informe técnico de la DGA citado por Comisión Preventiva Central, Dictamen n° 992 de 25 de Noviembre de 1996, causa rol n° 53-1996.

<sup>20</sup> Comisión Preventiva Central, Dictamen n° 992 de 25 de Noviembre de 1996, causa rol n° 53-1996, pp. 23-25, en [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/04/dict\\_0992\\_1996.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/04/dict_0992_1996.pdf) (consultado el 10 de Junio de 2011).

esté en vigencia un mecanismo legal y/o reglamentario, según corresponda, que asegure un adecuado uso de las aguas”<sup>21</sup>.

Si bien estos datos corresponden al año 1996 la emisión de este Dictamen reafirmó la idea de que existía una importante concentración de derechos de aprovechamiento lo cual a la postre vino a ser la motivación principal que condujo al legislador a la dictación de la ley 20.017 de 2005 que establece un gravamen por no uso de las aguas.

De este modo el gravamen surge como aquel mecanismo legal que “asegure un adecuado uso de las aguas” a que se refiere el dictamen y a cuya vigencia condiciona el otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento no consuntivos por parte de la DGA<sup>22</sup>. En este sentido el gravamen persigue solucionar el problema de la concentración de derechos en unos pocos titulares para generar mayor competencia en los mercados de derechos de aprovechamiento. En particular el gravamen por no uso persigue incentivar la desconcentración (reasignación) de los derechos en los términos que explicaremos más adelante.

## **VII. Del Gravamen por no uso de las aguas**

El año 2005 entró en vigencia la ley 20.017 que introduce diversas modificaciones al Código de Aguas de 1981. Entre ellas se cuenta la implementación del nuevo título XI del C.Ag cuyo epígrafe reza “del pago de una patente por la no utilización de las aguas”<sup>23</sup>.

Cabe aclarar que no obstante la ley habla de una “patente” por no uso, pensamos que sería más acertado hablar de un “gravamen” o “impuesto” por no uso de las aguas. En efecto existe una sutil diferencia entre ambos.

Así la patente es una clase de gravamen que, comúnmente se asocia a una autorización o concesión de la autoridad para que los particulares puedan ejercer una determinada actividad productiva. Por ejemplo en el caso de la patente minera, ésta tiene por finalidad “amparar” al concesionario minero en el entendido que mientras se encuentre al día en el pago de dicha patente, no podrá ser privado de la concesión, asistiéndole incluso el derecho de no realizar la actividad

---

<sup>21</sup> *Ibíd*em p. 26.

<sup>22</sup> Sin perjuicio de lo cual, según veremos, el TDLC mediante resolución n° 18 de 2006 calificó al gravamen por no uso como un mecanismo poco efectivo para incentivar la desconcentración de los derechos de aprovechamiento.

<sup>23</sup> El proyecto de ley que modifica el Código de aguas fue presentado por el Ejecutivo el año 1992. Durante 1996 fue objeto de una modificación sustitutiva mediante la cual se introdujo el mecanismo del pago de un gravamen por no uso de las aguas. Dicho proyecto se convirtió en ley recién el año 2005, habiendo transcurrido más de doce años desde su envío por el Ejecutivo al Parlamento (véase Historia de la ley 20.017 que modifica el Código de aguas).

minera de explotación que justificó su otorgamiento. En consecuencia la patente minera debe pagarse tanto en el caso que se utilicen como cuando no se utilizan los derechos de explotación.

A diferencia de lo anterior en el caso de la “patente” por no uso de las aguas ésta se paga únicamente en el caso que *no se utilicen las aguas que se tiene derecho a aprovechar* y, de modo más preciso, cuando no se han construido las obras de aprovechamiento del recurso, según se explicará.

Pensamos que si bien la diferencia es sutil, posiblemente el legislador evito ocupar los términos “impuesto” o “gravamen” para eludir la negativa valoración que la sociedad tiene respecto del establecimiento de una nueva carga tributaria para los individuos<sup>24</sup>. Así una prueba de que se trata de un gravamen se encuentra en el hecho que el legislador ha establecido diversas “exenciones” a este tributo, a saber:

a) Exención para pequeños y medianos usuarios: el legislador establece caudales mínimos para el pago del gravamen. Todos los derechos de aprovechamiento por caudales inferiores a aquéllos no pagan impuesto. Estos derechos que se encuentran exentos son diferenciados según la zona geográfica y según el tipo de derechos (arts. 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 C.Ag).

b) Exención para derechos sujetos a turno o reparto proporcional: esta exención se refiere a aquellos derechos en cuencas donde en periodos de escasez existen más derechos que agua disponible, por lo que están sujetos a turno o reparto por la organización de usuario respectiva (art. 129 bis 9 inc. 3 C.Ag).

c) También están exentos los derechos administrados y distribuidos por una organización de usuarios en un área en la que no existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. Más adelante esta exención será abordada en forma particular (129 bis 9 inc. 4 C.Ag).

d) Derechos reservados para el abastecimiento de agua potable (art. 129 bis 9 inc. 7 C.Ag).

e) Exención para periodos de paralización por orden judicial de la construcción de las obras de captación y restitución (129 bis 7 inc. final C.Ag).

f) Están exentos los derechos de aprovechamiento eventuales de propiedad fiscal (art. 129 bis 6 inc. final C.Ag).

---

<sup>24</sup> Con todo, en este trabajo utilizaremos la expresión “gravamen” o “impuesto” por no uso de las aguas en vez del término “patente” por no uso.

Efectuada dicha aclaración señalemos que en rigor este gravamen se aplica en el caso que el titular de derechos de aprovechamiento no haya construido las obras necesarias para el aprovechamiento de las aguas. A partir de ello el legislador presume que el titular de los derechos no está utilizando las aguas en forma efectiva razón por la cual debe aplicársele el gravamen en comento. Ahora bien ¿qué entendemos por obras de aprovechamiento? El legislador expresamente las define:

a) En el caso de los **derechos de aprovechamiento de carácter superficial y consuntivo** se entiende por obras de captación “aquellas que permitan incorporarlas a los canales y a otras obras de conducción, aún cuando tales obras sean de carácter temporal y se renueven periódicamente” (art. 129 bis 9 inc. 9 C.Ag).

b) En el caso de los **derechos superficiales no consuntivos**, además de las obras de captación referidas, deberán existir también las obras necesarias para la restitución de las aguas (129 bis 9 inc. 1 C.Ag).

c) En el caso de los **derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas** se entenderá por obras de captación aquellas que permitan su alumbramiento (art. 129 bis 9 inc. 9 C.Ag).

De este modo el “hecho gravado” a partir del cual se aplica el impuesto consiste precisamente en la no construcción de las obras señaladas.

Este gravamen tiene un carácter anual y los sujetos afectos a su pago serán determinados por el Director General de Aguas previa consulta a la organización de usuarios respectiva en orden a que ésta dé cuenta de aquellos derechos de aprovechamiento para los cuales no se han construido las obras de aprovechamiento.

El monto a pagar por concepto de este impuesto se establece en función de la proporción no utilizada de los caudales que el titular tiene derecho a aprovechar. De este modo mientras mayor sea el caudal de aguas sin uso, mayor será el monto del gravamen.

Para calcular el monto del gravamen la ley establece diversas fórmulas matemáticas distinguiéndose para tales efectos entre: a) *derechos no consuntivos de ejercicio permanente* b) *derechos consuntivos permanentes* y c) *derechos eventuales*<sup>25</sup>. En este orden de ideas para la aplicación del impuesto carece de relevancia la distinción entre derechos de agua superficiales y

---

<sup>25</sup> Véase arts. 129 bis 4, 129 bis 5 y 129 bis 6 del C.Ag.

subterráneos ya que se encuentran sujetos al mismo régimen. También cabe precisar que este gravamen es creciente en el tiempo y su pago es deducible de impuestos una vez construidas las obras de aprovechamiento (arts. 129 bis 20 y 129 bis 21 C.Ag).

Así las cosas cabe preguntarse acerca de la finalidad prevista por la ley al establecer este impuesto. Ciertamente el legislador busca establecer un costo económico asociado a la tenencia de derechos de aprovechamiento sin uso de las aguas. En consecuencia si un agente es titular de tales derechos no obstante lo cual no utiliza el recurso hídrico entonces deberá asumir el costo del gravamen por no uso. De este modo la tenencia de derechos sin uso deja de ser “gratuita”. He ahí la finalidad buscada por el legislador de la ley 20.017, que el no uso de las aguas tenga un costo asociado, con los siguientes propósitos:

a) Evitar solicitudes de derechos de aprovechamiento cuyo beneficio económico sea inferior al costo del gravamen por no uso. En este caso al ser más alto dicho costo que el beneficio derivado de la tenencia de derechos sin uso entonces el impuesto cumplirá su cometido en orden a desincentivar la solicitud de derechos con la sola finalidad de concentrarlos sin la intención de darle un uso efectivo a las aguas.

b) Tratándose de aquellos derechos que ya fueron otorgados por la DGA la idea es que el costo del gravamen incentive al titular de derechos que no usa las aguas a “liberar” tales derechos mediante su transferencia o bien mediante su renuncia para así al mismo tiempo no verse obligado a pagar el impuesto. En este sentido el gravamen persigue obtener una reasignación “forzada” de los derechos. Esto se logrará en la medida que el costo del gravamen sea más alto que el beneficio económico derivado de la tenencia de derechos sin uso en cuyo caso no resulta conveniente mantener tales derechos sin usar las aguas.

Para estos efectos la ley 20.017 introduce a la normativa del Código de Aguas la posibilidad de que el titular de los derechos de aprovechamiento renuncia a ellos, configurándose así una nueva causal de extinción de los mismos (arts. 6 y 29 C.Ag).

En términos simples el mecanismo del gravamen por no uso implica que el acaparador de derechos de agua que no utiliza el recurso hídrico deberá comparar el beneficio económico que obtiene con su conducta en relación al costo que significa el pago del gravamen por no uso.

Tal como lo explica Landerretche, la aplicación de un gravamen por no uso de las aguas evitará la solicitud de nuevos derechos que “carecen de un beneficio neto significativo en valor

presente (superior al valor presente del gravamen que se aplique)” o bien incentivará “la devolución de aquellos derechos que carecen de un beneficio neto significativo (superior al valor presente del gravamen que se aplique)<sup>26</sup>”.

Así el objetivo general del gravamen por no uso consiste en último término en promover más competencia en los mercados de derechos de aprovechamiento para que éstos operen de mejor manera<sup>27</sup>. A partir de ello el legislador persigue que los derechos de agua se constituyan por los caudales que efectivamente serán utilizados. De este modo la idea es que los derechos de aguas estén disponibles para quienes los necesiten y tengan proyectos productivos, fomentándose así el uso racional del recurso y evitándose el acaparamiento de derechos con fines especulativos o monopólicos.

Cabe destacar que el impuesto al no uso de las aguas no persigue incrementar la recaudación fiscal. De hecho si se tiene éxito en el objetivo de eliminar la concentración de derechos, la recaudación debería ser cero o casi cero<sup>28</sup>. En efecto el gravamen sólo apunta a constituirse en un costo a la tenencia de derechos sin uso a fin de incentivar la desconcentración de derechos mediante la reasignación “forzada” de los mismos o bien desincentivando la solicitud de derechos que no se pretenden utilizar, mas no tiene por objetivo recaudar a beneficio fiscal.

Así las cosas y establecido ya que el legislador persigue, a través de este impuesto, obtener una reasignación eficiente de los derechos de agua y fomentar la competencia en los mercados de derechos, cabe preguntarse si acaso un gravamen al no uso de las aguas es el mejor instrumento para conseguir dicha finalidad. En caso negativo ¿qué propuesta alternativa podría formularse? Digamos desde ya que a nuestro juicio el gravamen por no uso no es el mejor instrumento para alcanzar los fines perseguidos por el legislador. Las razones de ello serán analizadas en los capítulos siguientes.

---

<sup>26</sup> LANDERRETCHÉ, O., ob. cit., p. 311

<sup>27</sup> *Ibidem*, p. 304.

<sup>28</sup> *Ídem*.

## CAPITULO SEGUNDO

### ANALISIS ECONOMICO DEL GRAVAMEN POR NO USO DE LAS AGUAS

#### I. Gravamen por no uso y costo de oportunidad

En función de lo referido en el capítulo anterior cabe preguntarse si la ausencia de transacciones necesariamente implica que estemos en presencia de una imperfección de mercado que constituya un impedimento para la eficiente asignación del recurso hídrico.

Un estudio realizado por Gómez-Lobo y Paredes demuestra que el bajo número de transacciones sobre los derechos de agua no debe confundirse con la existencia de imperfecciones de mercado ni con la presencia de elevados costos de transacción<sup>29</sup>.

Dicha conclusión se fundamenta en que el titular que no transfiere sus derechos de agua “tendrá un costo de oportunidad por cada litro por segundo que no transa, independientemente si le fueron regalados o vendidos esos derechos”<sup>30</sup>. Esto significa que aquél agente que acumula derechos de aprovechamiento y no utiliza el recurso hídrico ni celebra algún contrato que implique una transferencia (reasignación) de los mismos, tendrá que asumir el costo de no disponer de tales derechos.

De este modo aún cuando la asignación inicial sea gratuita, el “no uso” de los derechos tiene un costo que puede ser muy relevante y corresponde al costo alternativo de vender ese derecho el cual “equivale al precio de venta de los derechos en el mercado”<sup>31</sup>.

En este mismo sentido tales autores señalan que en una situación en que los costos de transacción sean iguales a cero, la decisión del agente de no transferir sus derechos de agua nos lleva a concluir que el “no uso” del recurso hídrico tiene para él un valor mayor que el costo de oportunidad de no usar el recurso hídrico y, en consecuencia, los derechos estarán bien asignados<sup>32</sup>.

---

<sup>29</sup> Véase GÓMEZ-LOBO, A. y PAREDES, R., ob. cit., pp. 83-104.

<sup>30</sup> *Ibidem*, pp. 87.

<sup>31</sup> *Ídem*.

<sup>32</sup> *Ídem*.

A mayor abundamiento estos autores plantean, a partir de lo expuesto, que si un agente no vende sus derechos que no están siendo utilizados productivamente, es que en definitiva los usa en otros sentidos, a saber:

a) Como valor de opción. En este caso si el titular de derechos de agua no utiliza el recurso hídrico previendo un mejor uso futuro de tales derechos, en rigor, se entiende que los está usando.

En este sentido disponer de derechos de agua para realizar una inversión en el momento en que sea conveniente hacerlo sugiere la existencia de una valoración equivalente al valor de uso en su sentido habitual. Así por ejemplo podemos citar el caso del agricultor que mantiene derechos de agua sin uso, que excedan sus necesidades normales, con la expectativa de poder usarlos en los años de sequía extrema.

b) Valor intrínseco del no uso del agua. Es posible que haya personas que valoren más el no uso del agua, como por ejemplo que el agua simplemente fluya, que los bosques queden vírgenes o que puedan gozar del recurso hídrico en forma recreativa, “son preferencias igualmente válidas desde el punto de vista del bienestar que la que sugieren usos productivos”<sup>33</sup>. De este modo, señalan los autores, el gravamen por no uso de las aguas implicaría establecer contribuciones más elevadas a los dueños de predios de agrado que a los destinados a actividades productivas.

En este sentido es posible que en un mercado eficiente existan derechos de aprovechamiento de aguas que no se utilicen en el presente, bien sea por su valor de opción o por el valor intrínseco del no uso del agua. De este modo Gómez-Lobo y Paredes en su estudio concluyen que no existe una razón de eficiencia económica para privilegiar el uso efectivo del recurso hídrico por sobre el no uso del mismo<sup>34</sup>. En este sentido el “no uso” puede tener mayor valor que el uso actual. En consecuencia, a la luz de lo expuesto, no debe evaluarse el desempeño del mercado del agua sobre la base del número de transacciones registradas.

A mayor abundamiento si la asignación inicial de derechos ha sido cercana al óptimo no se verificarán demasiadas transacciones posteriores que impliquen una reasignación del recurso<sup>35</sup>. De este modo el bajo número de transacciones no equivale necesariamente a la presencia de alguna

---

<sup>33</sup> *Ibíd*em, p. 88.

<sup>34</sup> *Ídem*.

<sup>35</sup> DOMPER, MARÍA DE LA LUZ, “La eficiencia en el mercado de derechos de agua: ¿patente por no uso o por tenencia?”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2 (2003), p. 383.

imperfección de mercado como ser altos costos de transacción o el ejercicio abusivo de poder de mercado por parte de algún agente.

En definitiva mediante las ideas expuestas buscamos demostrar que si bien la constitución de los derechos de aprovechamiento es gratuita, la no utilización del recurso hídrico no lo es ya que tiene asociado un costo de oportunidad. En consecuencia el agente que acapara derechos de agua con fines especulativos deberá tener presente que la negativa a transar le impone un costo de oportunidad derivado de tal conducta aunque tales derechos hayan sido adquiridos gratuitamente. De este modo la existencia de dicho costo alternativo hace innecesario el establecimiento adicional de un impuesto por no uso el cual sólo viene a elevar el costo de tener derechos sin uso.

Con todo cabe tener presente que desde un punto de vista histórico el rechazo de la actividad especulativa con los derechos de agua se debe a un sentimiento populista contrario a dicha actividad antes que a razones económicas. Así ha ocurrido por ejemplo en la región oeste de EE.UU. donde impera la doctrina del uso efectivo y beneficioso de las aguas, uno de cuyos objetivos es precisamente evitar la especulación y el monopolio. En efecto para esta doctrina el titular de derechos de agua que no utiliza el recurso hídrico está expuesto a la caducidad de los mismos, evitándose de este modo la tenencia de derechos sin uso. En este sentido algunos estudios han reconocido que tal objetivo obedece más bien al fuerte sentimiento contrario al capital y monopolio existente en EE.UU durante la época del establecimiento y desarrollo de dicha doctrina, esto es, desde mediados del siglo XIX en adelante<sup>36</sup>.

De esta manera para estos efectos resulta útil traer a colación la distinción efectuada en el capítulo anterior en orden a que la especulación y el monopolio son cuestiones distintas<sup>37</sup>. En efecto como sabemos podría haber un agente especulador sin poder monopólico. Pensamos que en este último caso la actividad especulativa que se lleve a cabo con los derechos de agua no es un problema en sí mismo ya que, en la medida que se cumplan los requisitos que exige el Teorema de Coase, las fuerzas del mercado se encargarán de reasignar los derechos de agua hacia los usos de mayor valor.

---

<sup>36</sup> Véase NEUMAN, JANET, "Beneficial use, waste and forfeiture: the Inefficient Search for Efficiency in Western Water Use", en *Environmental Law Review*, 28 (1998), pp. 963-964, disponible en <http://ssrn.com/abstract=962710>.

<sup>37</sup> Véase Capítulo Primero, V, B, p.13.

En consecuencia, según explicaremos en el capítulo tercero, pensamos que la política legislativa debiese estar dirigida a crear las condiciones que dicho Teorema señala como necesarias para que tenga lugar la reasignación eficiente de los derechos antes que establecer un gravamen al no uso de las aguas.

En otros términos, la actividad especulativa consistente en adquirir derechos de aguas con la finalidad de venderlos posteriormente y así obtener un beneficio sobre la base de las fluctuaciones de precios, no es necesariamente negativa ni representa una imperfección de mercado que justifique el establecimiento de un impuesto al no uso. A mayor abundamiento respecto de la especulación propiamente tal no existen estudios concretos acerca de la real magnitud de este supuesto problema en nuestro país lo cual es reconocido por los propios críticos del sistema<sup>38</sup>. Por ende no hay suficientes antecedentes que permitan concluir que efectivamente los mercados del agua en Chile ven desmejorado su funcionamiento debido a la acumulación de derechos con fines especulativos por parte de ciertos agentes.

En este sentido Axel Bucheister ha señalado que en relación a la actividad especulativa con los derechos de aprovechamiento, esta no es negativa toda vez que el especulador guarda el agua para venderla cuando el precio sea mejor; de este modo la especulación cumple en la economía el rol de crear valor<sup>39</sup>.

De este modo discrepamos de aquéllos que sostienen que uno de los principales obstáculos al desempeño de los mercados de derechos de agua viene dado por el carácter gratuito de su constitución unido a la falta de un valor o precio asociado al no uso del recurso<sup>40</sup> ya que, según se explicó en este apartado, la tenencia de derechos sin uso sí tiene asociado un costo de oportunidad. En consecuencia el gravamen por no uso viene únicamente a encarecer de modo innecesario la tenencia de derechos sin uso ya que al costo alternativo de no usarlos debe agregársele el costo del gravamen por no uso. A nuestro juicio esto último resulta innecesario ya que es el mercado el que debe determinar si se utiliza o no el recurso hídrico.

---

<sup>38</sup> DOUROJEANNI, A. y JURAVLEV, A., ob. cit., p.20.

<sup>39</sup> Segundo Informe de Comisión de OO.PP. del Senado, de 10 de Marzo de 2004, en *Historia de la ley n° 20.017 que modifica el Código de aguas*, p. 875.

<sup>40</sup> Véase VERGARA BLANCO, ALEJANDRO, “La libre transferibilidad de los derechos de aguas. El caso chileno”, en *Revista chilena de Derecho*, 24(1997), 2, pp. 390-391.

## **II. Gravamen por no uso y beneficio económico derivado de la concentración de derechos**

Según se explicó diversos actores sostuvieron que, en general, el carácter gratuito de la asignación inicial de derechos unido a la inexistencia de la obligación de usar efectivamente las aguas incentivaba el “acaparamiento” de éstos con fines especulativos o monopólicos. Más aun la principal motivación que llevó al legislador a establecer el pago de un impuesto por no uso de las aguas se encuentra en la idea de que el mercado era incapaz de lograr la reasignación de los derechos de agua hacia su mejor uso alternativo.

En este sentido y tal como lo explica Landerretche, la aplicación de un gravamen por no uso de las aguas evitará la solicitud de nuevos derechos que “carecen de un beneficio económico neto significativo en valor presente (superior al valor del gravamen que se aplique)” o bien incentivará “la devolución de aquellos derechos que carecen de un beneficio económico neto significativo (superior al valor presente del gravamen que se aplique)<sup>41</sup>”.

En otros términos Landerretche nos enseña que el costo del gravamen puede ser lo suficientemente alto como para desincentivar la solicitud de derechos de aprovechamiento que carecen de una valoración económica positiva y, de este modo, evitar el acaparamiento de derechos sin uso. Con todo, una vez que ya se han asignado los derechos de aprovechamiento, el costo del gravamen puede también operar como un incentivo económico para obtener la reasignación de ellos en el supuesto que el costo del gravamen exceda el beneficio económico derivado de la concentración de derechos.

En términos simples este mecanismo implica que el agente que concentra derechos de agua sin utilizar efectivamente el recurso hídrico, deberá comparar el beneficio económico que obtiene con dicha conducta en relación al costo que significa el pago del gravamen por no uso.

Así las cosas cuando el costo del gravamen es mayor que el beneficio económico derivado del acaparamiento de derechos, entonces dicho agente se verá incentivado a “desprenderse” de sus derechos de agua y así no verse obligado al pago del impuesto por no uso. En este sentido el gravamen representaría un costo lo suficientemente alto como para hacer inconveniente la concentración de derechos de aprovechamiento sin utilizar las aguas, ya que no hay un beneficio económico que justifique esa conducta. De este modo el agente no valora lo suficiente los derechos

---

<sup>41</sup> LANDERRETCHÉ, O., ob. cit., p. 311.

sin uso como para pagar por ellos el costo del gravamen. Así en este caso el gravamen cumplirá su finalidad ya que incentivará al acaparador a “liberar” sus derechos, mediante la renuncia, venta u otra forma de transferencia. En este sentido operará como un incentivo económico para obtener la reasignación del recurso. Esta conclusión es refrendada por Landerretche al señalar que “el objetivo de la patente por no uso consiste en que se liberen todos los derechos que no serán utilizados efectivamente, sea a través de su venta en el mercado o su devolución”<sup>42</sup>.

Con todo, cuando la concentración de derechos sí genera un beneficio económico neto el acaparador tendrá incentivos para solicitar derechos de agua o bien mantener los que ya le fueron otorgados, según el caso, aunque no utilice el recurso hídrico y por ende deba incurrir en el pago del gravamen por no uso. En otros términos, puede darse el caso que el beneficio económico del acaparamiento de derechos sin utilizar supere al costo que significa el impuesto por no uso. De este modo el agente respectivo no tendrá incentivo alguno para renunciar o vender sus derechos de aprovechamiento, aunque esté sujeto al pago del gravamen. En esta hipótesis el gravamen no podrá cumplir su objetivo de desincentivar solicitudes con fines de acaparamiento o bien incentivar la reasignación de los derechos ya otorgados.

Lo anterior dice relación con que la escasez de agua es el principal factor que determina su valor. Así mientras más escaso sea el recurso hídrico mayor será su valoración por los distintos agentes. En función de ello el beneficio económico derivado de la tenencia de derechos sin uso dependerá directamente de la valoración económica que se le atribuya al agua como recurso escaso. En este sentido podría ocurrir que en algunas ocasiones el beneficio derivado de la concentración de derechos exceda con creces el costo del gravamen por no uso.

Aquí nos encontramos con la primera dificultad del gravamen en estudio, a saber, que únicamente logrará una efectiva reasignación de los derechos en la medida que el costo del gravamen por no uso supere al beneficio económico derivado de la concentración o acaparamiento de derechos. Sólo en éste caso el acaparador tendrá un incentivo para liberar tales derechos y así no pagar el impuesto. En consecuencia la efectividad del gravamen por no uso de las aguas, como mecanismo diseñado para obtener la reasignación de los derechos de aprovechamiento hacia su mejor uso alternativo es sin duda limitada ya que a veces será preferible para un determinado agente pagar el gravamen y así mantener la concentración de derechos de aprovechamiento de aguas antes que “liberar” sus derechos por transferencia o renuncia.

---

<sup>42</sup> Ídem.

### **III. Gravamen por no uso y construcción de obras de aprovechamiento de las aguas**

El análisis previo se efectuó basándose en la hipótesis consistente en que el titular de derechos de agua no haya construido las obras de aprovechamiento del recurso, a partir de lo cual dicho titular se verá obligado a pagar el impuesto por no utilización de las aguas. De este modo dicho agente hará un análisis racional mediante el cual comparará el beneficio que la situación de acaparamiento le reporta versus el costo de pagar el gravamen por no uso. En función de dicho examen tomará una decisión en la forma ya explicada, teniendo presente que este impuesto no siempre consigue su objetivo de obtener un reordenamiento de los derechos hacia su mejor uso alternativo.

El mismo análisis puede efectuarse respecto del caso en que el titular de derechos de agua se vea enfrentado a la disyuntiva de construir o no las obras de aprovechamiento del recurso. Para este efecto debemos recordar que, según se ha expuesto, el titular de derechos no se verá obligado al pago del gravamen por no uso cuando efectivamente construye tales obras de aprovechamiento ya que se presume estaría haciendo uso efectivo de las aguas.

En este sentido cabe preguntarse ¿bajo qué criterio el propietario de derechos de agua optará por construir las obras de aprovechamiento? Nuevamente el análisis económico nos ayuda a responder esta pregunta.

Sin duda la inversión que implica construir tales obras significa un costo para el titular de derechos de agua. En consecuencia aquél hará un análisis económico mediante el cual comparará los beneficios que obtiene de la situación de acaparamiento de derechos versus el costo de construir las obras de aprovechamiento referidas.

En este sentido cabe tener presente que si bien la construcción efectiva de las obras de aprovechamiento implica una presunción de uso efectivo de las aguas, ello no siempre será así en la realidad toda vez que un agente titular de derechos puede ejecutar efectivamente tales obras pero no hacer una utilización real del recurso hídrico. Precisamente al titular de derechos podría convenirle construir las obras sin utilizar el recurso hídrico en términos efectivos.

Por lo anterior pensamos que es dable concluir que la construcción de las obras de aprovechamiento permite dar lugar a una suerte de “especulación encubierta”. Ello es así toda vez que construir tales obras le permite al titular de derechos de agua liberarse del pago del gravamen

por no uso aún cuando en términos reales no esté aprovechando las aguas. Además ello le permite seguir manteniendo la situación de acaparamiento de derechos sin uso efectivo.

Si el beneficio que obtiene de la concentración de derechos es mayor que el costo de construcción de las obras de aprovechamiento entonces ese titular de derechos de agua tendrá un incentivo económico para construir tales obras y permanecer en la situación de acumulación de derechos. De este modo la construcción de las obras lo libraría de pagar el impuesto por no uso de las aguas y, al mismo tiempo, le permite conservar los derechos sobre el recurso hídrico y así mantener la situación de acaparamiento de derechos sin uso.

En efecto el propio TDLC ha reconocido este hecho en el considerando decimotercero de su resolución n° 18 del año 2006 al señalar:

“Decimotercero: Que, en segundo término, la condición señalada en el artículo 129 bis 9 del mismo Código, que exime del pago de la patente cuando existan obras de captación y, en su caso, de restitución... posibilitaría, a juicio de este Tribunal y, como se afirma en el informe de fojas 253, la elusión de la carga pecuniaria diseñada para incentivar su asignación eficiente. En consecuencia, la patente establecida por la Ley n° 20.017 tampoco altera significativamente las circunstancias existentes al tiempo de emitirse el Dictamen n° 992.”<sup>43</sup>

A mayor abundamiento la propia FNE ha señalado que “De este modo, la sola existencia de esta patente no elimina los incentivos de acaparamiento de derechos con fines anticompetitivos, ya que basta con que las rentas monopólicas o los beneficios derivados de prácticas anticompetitivas superen los valores de las multas o los costos de construir obras de captación y/o restitución de aguas, para que una conducta contraria a la libre competencia sea económicamente conveniente”<sup>44</sup>.

A partir de lo anterior algunos autores concluyen que el gravamen por no uso de las aguas incentiva las malas inversiones. Así por ejemplo Domper señala que “en efecto se genera un despilfarro de recursos de inversión en las obras de aprovechamiento necesarias para comprobar que se usa el derecho”<sup>45</sup>. En este mismo sentido otros autores señalan que la aplicación de este

---

<sup>43</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, Resolución n° 18 de 16 de noviembre de 2006, causa rol NC 113-06, en <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion-18-2006.pdf> (consultado el 15 de Junio de 2011).

<sup>44</sup> Fiscalía Nacional Económica, Informe en causa rol NC n° 350-09, pp. 23-24 disponible en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Antecedentes\\_Aportados\\_Fiscal%C3%ADa\\_Nacional\\_Econ%C3%B3mica.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Antecedentes_Aportados_Fiscal%C3%ADa_Nacional_Econ%C3%B3mica.pdf) (consultado el 10 de Junio de 2011).

<sup>45</sup> DOMPER, MARÍA DE LA LUZ, ob. cit., p.394.

gravamen “... puede resultar en un incentivo a darles un uso inadecuado, como, por ejemplo, construir obras de captación superfluas o adelantar obras más allá de lo socialmente óptimo...”<sup>46</sup>.

En efecto si el legislador no hubiese establecido un impuesto al no uso de las aguas que como sabemos, en rigor, se aplica a partir de la falta de construcción de las obras de aprovechamiento, entonces el titular de derechos no se vería en la obligación de tener que invertir en la construcción de tales obras para así liberarse del pago del gravamen. Esta situación provoca que se inviertan recursos, más allá de lo socialmente óptimo, en la construcción de obras que, de no existir el gravamen, no sería necesario efectuar.

Además la situación se torna más grave en el caso que el titular de derechos, habiendo construido las obras de aprovechamiento, utilice de modo irracional las aguas con la sola finalidad de evitar el pago del gravamen. En este sentido podría generarse una presión innecesaria sobre el recurso hídrico dando lugar a eventuales conductas de despilfarro.

En resumen a partir de lo expuesto en las secciones II y III de este capítulo tenemos que el agente que acapara derechos de aguas y que no ha construido las obras de aprovechamiento del recurso, estará sujeto al pago del gravamen por no uso de las aguas. Este último representa un costo frente al cual puede adoptar alguna de las siguientes decisiones:

a) Desprenderse o liberar los derechos de agua que no utiliza. Ello puede materializarse mediante la transferencia de los derechos de aprovechamiento, por ejemplo, a través de la celebración de un contrato de compraventa o arriendo. También puede tener lugar la renuncia de los derechos. En términos concretos esta renuncia constituye una forma de extinción de los derechos de aprovechamiento e implica que éstos pueden ser nuevamente asignados por la autoridad respectiva.

b) Pagar el impuesto por no uso de las aguas. En esta hipótesis el acaparador conserva sus derechos de aprovechamiento de aguas.

c) Construir las obras de aprovechamiento. En este caso al no configurarse el hecho gravado (el cual consiste precisamente en la falta de construcción de tales obras), el titular de derechos no tiene la obligación de pagar el gravamen por no uso de las aguas. De este modo la construcción de las obras de aprovechamiento permite presumir el uso efectivo del recurso hídrico pero ello no siempre será así en términos reales. En consecuencia mediante su construcción aquél

---

<sup>46</sup> MELO, O.; DONOSO G. y JARA, E., “Profundidad de mercado, asignación inicial y alternativa a la patente de no uso en materia de aguas”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 13 (2004), p.178.

titular puede liberarse del pago del gravamen mediante su elusión, no obstante que no utilice efectivamente las aguas y, al mismo tiempo, conservar los derechos acaparados.

Con todo también puede ocurrir que los usuarios de aguas incurran en un uso efectivo pero ineficiente de las aguas con el sólo fin de liberarse del pago del gravamen lo cual generaría un despilfarro del recurso.

En el caso descrito en la letra a) el titular de derechos no reporta un beneficio neto significativo derivado de la conducta acaparadora, es decir, el costo del gravamen es más elevado que el beneficio que obtiene de la situación de acaparamiento, en consecuencia, se produce la “liberación” de los derechos. En este caso el gravamen opera como un mecanismo que incentiva la reasignación de derechos en el mercado, logrando el objetivo buscado por la ley.

En los casos de las letras b) y c) el gravamen no consigue incentivar la reasignación de derechos debido a que el acaparamiento sí genera un beneficio económico neto para su titular. A mayor abundamiento cabe tener presente que el titular de derechos escogerá entre pagar el gravamen por no uso o construir las obras de aprovechamiento sobre la base de establecer cuál de esas opciones resulte menos costosa. De este modo el usuario acaparador incurrirá en el costo de la inversión en obras de aprovechamiento en la medida que dicho costo sea inferior al costo que significa el pago del gravamen por no uso. En efecto Domper<sup>47</sup> señala que el acaparamiento seguirá produciéndose “si el costo de las obras de inversión necesarias para justificar el uso del recurso es menor que la patente a pagar”. A su turno, preferirá incurrir en el pago del gravamen cuando este sea menos costoso que construir las obras de aprovechamiento. De cualquier modo ambas alternativas le permiten conservar los derechos en situación de acaparamiento.

En conclusión la efectividad del gravamen por no uso de las aguas como instrumento destinado a incentivar la reasignación de derechos en el mercado es muy limitada ya que sólo tendrá éxito en aquéllos casos en que el costo del gravamen supere al beneficio derivado de la concentración de derechos.

Lo explicado puede ser refrendado por un estudio empírico del año 2010 en el cual se demuestra que el número de derechos sin uso afectos al pago del gravamen ha ido incrementándose sostenidamente durante los años 2007, 2008 y 2009 generando una mayor recaudación fiscal. Esta

---

<sup>47</sup> DOMPER, MARÍA DE LA LUZ, ob. cit., p.394.

situación no se condice con la finalidad buscada por el legislador al establecer este gravamen, a saber, incentivar la reasignación de los derechos mas no recaudar a beneficio del fisco<sup>48</sup>.

Por lo demás el mismo estudio demuestra que los titulares que concentran la mayor cantidad de derechos de aprovechamiento, principalmente compañías hidroeléctricas como Endesa S.A, Colbún S.A., AES Gener S.A, han preferido pagar el gravamen antes que renunciar o transferir sus derechos<sup>49</sup>. Ello se debe a que es menos costoso pagar el gravamen que “liberar” los derechos de que son titulares. Por ende en estos casos el gravamen no ha cumplido su finalidad de reasignar los recursos toda vez que, en última instancia, para estas empresas resulta preferible pagar el gravamen por no uso de las aguas y así mantener la concentración de derechos sin uso.

---

<sup>48</sup> Véase VALENZUELA, CHRISTIAN, “La patente por la no-utilización de las aguas en Chile: origen, diseño y primeras experiencias en su implementación”, en [http://www.eclac.cl/drni/noticias/documentosdetrabajo/0/39270/Christian\\_Valenzuela.pdf](http://www.eclac.cl/drni/noticias/documentosdetrabajo/0/39270/Christian_Valenzuela.pdf) (15 de Junio de 2011).

<sup>49</sup> Ídem.

## CAPITULO TERCERO

### TEOREMA DE COASE Y MERCADOS DE DERECHOS DE AGUAS

#### I. Planteamiento del problema

A partir de las críticas señaladas pensamos que si se trata de obtener la reasignación eficiente de los derechos de aprovechamiento de aguas hacia su mejor uso alternativo, sería preferible encargar al mercado la consecución de tal objetivo antes que establecer un gravamen al no uso. En este sentido puede formularse una propuesta alternativa a dicho gravamen sobre la base de las enseñanzas que nos proporciona la obra Ronald Coase.

De acuerdo al “Teorema de Coase”<sup>50</sup>, si la asignación inicial de derechos no es económicamente eficiente entonces tendrá lugar una reasignación o reordenamiento de éstos hacia aquéllos que más los valoran, a través de la negociación privada y en la medida que se cumplan los siguientes requisitos:

a) Primeramente es necesario que los derechos de propiedad se encuentren definidos<sup>51</sup>. Ello se explica porque dicha definición otorga certeza jurídica respecto de los derechos, lo cual permite que se lleven a cabo las negociaciones que, en definitiva, conducen a la reasignación de recursos. Sin duda estas negociaciones no podrían llevarse a cabo en ausencia de tales derechos. En efecto cuando hablamos de reasignación de bienes y servicios en último término estamos refiriéndonos a la transferencia de los derechos legales que sobre dichos recursos se tienen. Si tales derechos no existen o no se encuentran correctamente definidos la negociación no operará. Esta dimensión institucional del Teorema de Coase es fundamental para comprender los alcances de su teoría.

b) El segundo requisito dice relación con la existencia de costos de transacción, es decir aquellos costos en que debe incurrirse para llevar a cabo transacciones de mercado. En el contexto del Teorema de Coase estas transacciones serían aquellas necesarias para efectuar la reasignación de los derechos hacia un uso más eficiente. Coase entiende que este reordenamiento de los derechos se verificará en la medida que ello conduzca a un incremento en el valor de la producción y, a su turno, las transacciones de mercado necesarias para efectuar dicha reasignación no tengan costo

---

<sup>50</sup> Véase COASE, RONALD, “El problema del costo social”, en *Revista Estudios Públicos*, 45 (1992), pp.81-134.

<sup>51</sup> *Ibidem*, pp.102-114.

alguno o bien estos costos tengan una entidad inferior al incremento del valor de la producción que se verifica como consecuencia del reordenamiento de los derechos legales<sup>52</sup>.

De este modo, cumplidas las condiciones señaladas, tendrá lugar una reasignación de los derechos (recursos) hacia su mejor uso alternativo. Cabe precisar que de acuerdo al análisis efectuado por Coase, esta reasignación de los derechos opera sobre la base de las negociaciones privadas entre las partes, las cuales pueden generar una solución eficiente. En otros términos, para Coase, la existencia de alguna “falla de mercado” no justifica por sí misma la intervención del Estado ya que la negociación privada podría conseguir un resultado más eficiente mediante la reasignación de derechos. En efecto la intervención del Estado muchas veces puede generar mayores costos que beneficios.

Así las cosas, surge la pregunta: ¿en los mercados de derechos de aprovechamiento de aguas en nuestro país se verifican de modo satisfactorio las exigencias que Coase plantea para que, a través de la negociación privada, los derechos de aprovechamiento se asignen a aquéllos que más los valoran?, ¿funcionan los mercados de derechos de agua?

Respondiendo a la pregunta planteada, pensamos que el análisis de la legislación vigente sobre aguas permite concluir que el legislador ha procurado obtener el cumplimiento de las condiciones señaladas por el Teorema de Coase, lo cual ha incentivado, a la postre, el surgimiento los mercados de derechos de agua. Una breve exposición de la institucionalidad vigente así lo demuestra.

## **II. Certeza jurídica de los derechos de aprovechamiento de aguas**

Según hemos señalado la CPOL extiende la garantía constitucional de la propiedad tanto a los derechos de aprovechamiento de aguas “reconocidos” como a los “constituidos” de conformidad a la ley (art. 19º n° 24 inc Final CPR)<sup>53</sup>. Esta distinción es relevante por cuanto podrían plantearse algunos problemas de formalización y certeza jurídica respecto de ciertos derechos, según se explica a continuación.

Cabe tener presente que los derechos constituidos a partir de la entrada en vigencia del Código de Aguas, esto es, desde el año 1981, se encuentran adecuadamente formalizados ya que el

---

<sup>52</sup> *Ibíd*em, p. 98.

<sup>53</sup> Véase Capítulo Primero, II, A, p.5.

art. 149 del C.Ag establece que la resolución dictada por la DGA que constituye el derecho de aprovechamiento debe señalar su contenido y características esenciales, por ejemplo, debe indicar el caudal, si el derecho es de carácter superficial o subterráneo, consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo discontinuo o alternado. A mayor abundamiento dicha resolución deberá reducirse a escritura pública e inscribirse en el Registro de propiedad de aguas del Conservador de Bienes Raíces respectivo (art. 150 y art. 114 n° 4 C.Ag.). De este modo tratándose de este tipo de derechos es predicable un alto grado de certeza jurídica.

Sin embargo en el caso de los derechos constituidos con anterioridad a 1981, bajo la vigencia de otra legislación de aguas, si bien estos pueden estar formalizados por su respectivo acto de autoridad e incluso inscritos, los datos proporcionados por su título son incompletos de acuerdo con las exigencias del Código de Aguas actual, en cuanto a su contenido y características esenciales<sup>54</sup>.

Otro tanto ocurre en el caso de los derechos de aprovechamiento “reconocidos”. Se trata de usos fácticos del agua, respecto de los cuales no existe un acto de autoridad que “constituya” el derecho. Nos referimos básicamente a usos de carácter consuetudinario, generalmente de larga data. Estos derechos de aprovechamiento si bien existen y la ley los reconoce como tal generalmente no están formalizados.

Así las cosas el problema común que presentan tanto los derechos constituidos antes de 1981 como los usos fácticos reconocidos como derechos viene dado por su deficiente o inexistente formalización ya que en sus títulos no figura el contenido y las características esenciales que exige el actual Código de Aguas. Por ende respecto de ellos no es predicable el mismo grado de certeza jurídica que sí puede predicarse respecto de los derechos constituidos bajo la vigencia del actual Código de Aguas a partir de 1981.

Ello podría dificultar el adecuado funcionamiento del mercado como mecanismo destinado a asignar el recurso, toda vez que para que la negociación privada pueda operar es necesario que los derechos de aprovechamiento se encuentren claramente delimitados y gocen de certeza jurídica. En efecto la inadecuada formalización impide conocer en forma cierta el contenido y características de tales derechos, a diferencia de lo que ocurre con aquellos constituidos a partir de 1981.

Sin duda esta dificultad no se soluciona mediante la introducción de un gravamen al no uso. Por el contrario cabe destacar que el Código de Aguas incentiva el funcionamiento del mercado

---

<sup>54</sup> VERGARA BLANCO, ALEJANDRO, “Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas”, en *Revista Estudios Públicos*, 69 (1998), p. 172.

previando normas que apuntan a otorgar certeza jurídica a los derechos de aprovechamiento de aguas que no están adecuadamente formalizados:

a) Los arts. 24, 309, 310, 312 y 313 del C.Ag. establecen diversas presunciones respecto del caudal y características de los derechos (continuidad, permanencia, consuntividad). Estas presunciones están destinadas a “completar” las características y así formalizar los derechos, tanto los constituidos antes de 1981 como aquéllos reconocidos por la ley.

b) El Código de aguas en sus arts. 1º, 2º y 5º, transitorios, contempla diversos procedimientos de regularización de derechos de aprovechamiento tendientes a obtener su formalización y así conocer su contenido y características, posibilitando a su vez, su inclusión en los registros correspondientes.

Así las cosas pensamos que el legislador, al contemplar estos procedimientos de regularización, incentiva el funcionamiento del mercado de forma más eficiente que mediante el establecimiento de un gravamen al no uso de las aguas. En efecto el gravamen incluso podría desincentivar la regularización de los derechos para de este modo no inscribirlos en el Catastro Público de Aguas y así evitar que la DGA pueda cobrar el gravamen por no uso.

A partir de ello pensamos que el legislador hace bien al contemplar estos procedimientos toda vez que la certeza jurídica conferida a los derechos a partir de su regularización facilita la libre transferibilidad de los mismos y la reasignación a su mejor uso alternativo. Precisamente la política legislativa debe orientarse en este último sentido.

Con todo, la regularización de los derechos y su posterior registro también tiene importancia desde el punto de vista de la reducción de los costos de transacción toda vez que la mayor disponibilidad de información con que cuentan los agentes de mercado respecto de la existencia y características de los derechos permite mejorar la eficiente asignación del recurso.

### **III. Costos de transacción en los mercados del agua**

#### **A. Generalidades**

Al tenor de lo señalado por Gómez-Lobo y Paredes estos costos están principalmente vinculados a los trámites relativos a la realización de las transacciones y, en general, se refieren a los costos de encontrar compradores y vendedores, al tiempo y recursos que se gastan en negociar los términos del intercambio y a los costos en trámites legales necesarios para realizar las transacciones de derechos de aprovechamiento<sup>55 56</sup>.

Así las cosas la magnitud de dichos costos será determinante en el desarrollo de los mercados de derechos de agua toda vez que si estos costos son superiores al mayor bienestar que se lograría reasignando los derechos, los agentes individuales no tendrán incentivos para transar en el mercado y no se modificará la asignación inicial de los derechos. Por el contrario si estos costos son inferiores a la ganancia de eficiencia que se lograría reasignando los derechos entonces los agentes sí tendrán incentivos para realizar transacciones que impliquen un reordenamiento de los derechos hacia su mejor uso alternativo.

Un costo de transacción específico y de gran importancia tiene lugar cuando existe información asimétrica entre vendedores y compradores. Precisamente una de las críticas más frecuentes que se le ha realizado por diversos estudios a los mercados de derechos de agua se encuentra en la supuesta falta de transparencia e insuficiente información que los aquejaría, lo cual a la postre impediría la asignación eficiente del recurso favoreciendo a su vez la concentración de derechos<sup>57</sup>. En efecto una de las principales motivaciones que subyace tras la ley que implementó el gravamen por no uso se encuentra precisamente en el supuesto problema de falta de información.

Sin embargo cabe precisar que dicha crítica se fundamenta en la escasez de transacciones verificadas en los mercados del agua lo cual se asocia, erróneamente, a la existencia de alguna imperfección de mercado. En este sentido, según hemos señalado, la existencia de pocas

---

<sup>55</sup> GÓMEZ-LOBO, A. y PAREDES, R., ob. cit, p. 94.

<sup>56</sup> No incluimos dentro de la noción de costos de transacción a los costos en infraestructura toda vez que éstos son independientes de la transacción y se asocian más correctamente con la disponibilidad y uso del recurso, por ello no los consideramos relevantes en el análisis de los costos de transacción relacionados al mercado de las aguas.

<sup>57</sup> Véase DOUROJEANNI, A. y JURAVLEV, A., ob. cit., pp.31-39.

transacciones no se debe identificar necesariamente con la presencia de tales imperfecciones ni con altos costos de transacción.

Con todo pensamos que aún en el supuesto que el mercado tuviese un desempeño deficiente debido a asimetrías de información, ello no se soluciona mediante el establecimiento de un gravamen por no uso de las aguas. Por el contrario creemos que la política legislativa debe orientarse a la reducción de los costos de transacción mediante el mejoramiento de las condiciones de información en los mercados de derechos de aprovechamiento de aguas. Así lo hace nuestro Código al contemplar en su artículo 122 la creación de un Catastro Público de Aguas al cual nos referiremos a continuación.

## **B. Sobre el Catastro Público de Aguas**

El Código de Aguas, desde su entrada en vigencia el año 1981, estableció que la DGA deberá llevar un Catastro Público de Aguas (en adelante “el Catastro”), en el que constará toda la información que tenga relación con ellas (art. 122 inc. 1º del C.Ag.). De modo más específico, dispone que dicho Catastro estará constituido por los archivos, registros e inventarios *que el reglamento establezca*, debiendo consignarse todos los datos, actos y antecedentes que digan relación con el recurso, con las obras de desarrollo del mismo, con los derechos de aprovechamiento, con los derechos reales constituidos sobre éstos y con las obras construidas o que se construyan para ejercerlos (art. 122 C.Ag. inc. 2º).

A partir de los preceptos transcritos se desprende que el legislador persigue, a través de este Catastro, obtener un inventario del recurso que provea un completo y adecuado conocimiento de los derechos de aprovechamiento de aguas, sean éstos constituidos o reconocidos. Así las cosas el Reglamento que establece la forma y contenido de dicho Catastro fue dictado el año 1998<sup>58</sup> posibilitando su implementación a partir de dicha época.

En términos concretos este Catastro, que se encuentra actualmente en pleno funcionamiento, consiste en una fuente documental en que consta toda la información que tenga relación con las aguas, y está constituido por los diversos archivos, registros e inventarios que establece el Reglamento referido, presentando las siguientes características fundamentales:

---

<sup>58</sup> Decreto Supremo n° 1.220 de 1997 del Ministerio de Obras Públicas, publicado en el D.O. con fecha 25 de Julio de 1998. El artículo transitorio único del Reglamento difirió su entrada en vigencia para 180 días después de su publicación.

a) Es un registro *legal* por cuanto está consagrado en una ley específica, a saber, el art. 122 del Código de Aguas.

b) Es un registro *administrativo* distinto del Registro de Aguas que deben llevar los conservadores de Bienes Raíces. Mientras este último está destinado a proporcionar garantía y prueba de la posesión de los derechos de aprovechamiento, el Catastro busca proporcionar toda la información necesaria tanto para la autoridad de aguas como para los particulares.

c) Es un registro *completo y exhaustivo* en cuanto contiene información mucho más precisa, técnica y detallada que la señalada en las inscripciones practicadas en el Registro de Aguas del Conservador de bienes Raíces respectivo.

d) Es un registro *público* en tanto que cualquier persona que tenga interés en ello puede acceder a la información acumulada en él.

En relación al Catastro conviene destacar las principales normas, de rango reglamentario y legal, que inciden en su adecuado funcionamiento:

a) Desde el punto de vista de las normas contenidas en el Reglamento que regula el Catastro cabe destacar los siguientes aspectos:

a.1) En su art. 5º enumera los diversos Registros, Archivos e Inventarios que constituyen el Catastro, los cuales suman un total de quince (15).

a.2) De ellos cabe destacar uno en particular, a saber, el “Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas”. En éste deberán registrarse todos los derechos de aprovechamiento tanto constituidos como reconocidos en conformidad a la ley (art. 13 inc. 1º). A mayor abundamiento en él deberán anotarse las características, transferencias y, en general, toda la información relativa al ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas (art. 13 inc. 2º).

a.3) Finalmente destaquemos que, en su parte considerativa, el Reglamento señala que el Catastro permitirá que cualquier interesado pueda acceder en forma rápida, oportuna y eficiente a toda la información relacionada con el recurso hídrico. Esto permite demostrar que uno de los fines de este Catastro consiste en crear las condiciones que permitan el funcionamiento informado de los mercados de derechos de agua.

b) Desde un punto de vista legal encontramos en el Código de Aguas diversas normas relativas al funcionamiento del Catastro, destacando principalmente las siguientes:

b.1) La DGA tiene el deber de registrar en el Catastro Público de Aguas toda resolución por la cual se constituya un derecho de aprovechamiento (art. 150 inc.2 C.Ag.).

b.2) Se establece que los Notarios y Conservadores de Bienes Raíces tienen el deber de informar a la DGA el otorgamiento de escrituras públicas, inscripciones y demás actos que se relacionen con las transferencias y transmisiones del dominio de los derechos de aprovechamiento de aguas. Además están obligados a proporcionar a dicho servicio la información específica que éste solicite. Sin duda la finalidad de este deber consiste en proporcionar a la DGA toda la información necesaria que permita mantener al día el Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas (art. 122 incisos 3º y 4º).

b.3) La DGA debe comunicar a las organizaciones de usuarios respectivas la información que se incorpore al Catastro como consecuencia de los antecedentes que proporcionen los Notarios y Conservadores según lo dispuesto precedentemente (art 122 inc. 6º).

b.4) A su vez las organizaciones de usuarios tienen el deber de remitir a la DGA (una vez al año) la información contenida en su registro de usuarios, particularmente aquella referida a las mutaciones en el dominio de los derechos de aprovechamiento y los nuevos derechos incorporados a tales registros (art. 122 bis inc. 1).

b.5) En el Catastro Público de aguas deberá existir un registro de los derechos de aprovechamiento, no inscritos en los registros de los Conservadores de Bienes Raíces, pero que sí son susceptibles de regularización en virtud del art. 2º transitorio del C.Ag (art. 122 C.Ag).

Así las cosas las disposiciones legales y reglamentarias señaladas demuestran, a nuestro entender, que la finalidad buscada por el legislador consiste en que el Catastro Público constituya una fuente que contenga toda la información relativa a los derechos de aprovechamiento. Ello es así en tanto que dichas disposiciones en último término persiguen obtener el registro de la existencia y características de la totalidad de derechos de aprovechamiento existentes, tanto constituidos como reconocidos. Ello se traduce en diversos deberes tanto para los titulares de derechos de agua como para la DGA, Servicios Públicos, Notarios, Conservadores de Bienes Raíces y organizaciones de usuarios. Lo anterior unido al carácter público del Catastro, permite el mejor funcionamiento de los mercados de derechos de agua.

A mayor abundamiento debe tenerse en cuenta que han transcurrido más de doce años desde la implementación del Catastro, período durante el cual se ha producido el registro de un sinnúmero de derechos que previamente no estaban catastrados, proporcionando información relevante para los agentes privados. Más aun para acceder a esta información basta con visitar la página *web* de la DGA<sup>59</sup>.

En este sentido pensamos que la adecuada política legislativa debiese estar orientada a reducir los costos de transacción tal como lo hace nuestro legislador al establecer en el art. 122 C.Ag. que la DGA deberá llevar el Catastro Público de Aguas. De este modo se incentiva la asignación eficiente del recurso de mejor forma que mediante el establecimiento de un gravamen por no uso cuya eficacia es limitada según se ha explicado<sup>60</sup>. A mayor abundamiento dicho gravamen podría incluso desincentivar la inscripción de los derechos en el Catastro para así evitar su pago.

### **C. Mercados de derechos de agua en la práctica**

Siguiendo con la temática relativa a los costos de transacción cabe destacar que la evidencia sugiere que dichos costos no son tan altos como para limitar el desarrollo de los mercados de derechos de agua. En este sentido la importancia de estos costos se relaciona directamente con la escasez relativa del recurso. A mayor escasez del agua aumentará su valor, lo que implica que los costos de transacción pierden importancia relativa.

Precisamente la escasez del recurso es uno de los principales factores que incentiva el surgimiento de dichos mercados. En efecto diversos estudios demuestran que, en aquéllas cuencas en que el recurso hídrico es escaso, los mercados de derechos de agua surgen espontáneamente y funcionan de modo eficiente.

Así por ejemplo la acentuada escasez de agua en la cuenca del Limarí ha dado lugar al surgimiento de un activo mercado de derechos de agua. En efecto un estudio del año 2000<sup>61</sup> analiza el mercado en dicha cuenca, examinando particularmente las transacciones producidas en las cuatro principales asociaciones de regantes para el período 1981 al 2000.

---

<sup>59</sup> [www.dga.cl](http://www.dga.cl)

<sup>60</sup> Véase Capítulo Segundo, pp.21-31.

<sup>61</sup> Véase CRISTI O. Y OTROS, “Mercado de agua para irrigación: Una aplicación al Sistema Paloma de la Cuenca del Limarí, Chile”, World Bank-Netherlands Water Partnership Program.

Dicho estudio concluye que el mercado de derechos está bastante desarrollado. En efecto, señala que durante el período comprendido entre los años 1980-2000 el porcentaje de derechos de agua reasignados en cada asociación fluctúa entre un 20% y un 50%. A su vez el alza de los precios indica que el mercado es capaz de reflejar la mayor escasez relativa del agua. Efectivamente durante el período 1986-2000 los precios de las acciones de agua han aumentado entre un 41% hasta un 240%, según la asociación de que se trate.

Otro ejemplo que será analizado más adelante, viene dado por el caso de la cuenca del Valle de Azapa en la Región de Arica y Parinacota, en la cual la escasez de agua ha determinado el surgimiento de un mercado en el que los derechos de aprovechamiento se transan en sumas cercanas a los 5 millones de pesos por acción.

Un estudio más reciente del año 2010, que analiza el mercado del agua de riego en la Región de Valparaíso, concluye que para que el mercado de derechos de aprovechamiento funcione eficientemente es necesario que exista escasez del recurso hídrico<sup>62</sup>. En el mismo sentido señala que en aquellas cuencas donde efectivamente hay escasez, los agentes económicos tienen incentivos para transar derechos de aprovechamiento en el mercado, lo cual viene dado a partir del alto costo alternativo para el caso de los que venden derechos, y por el alto valor productivo que representa para quienes compran.

Incluso en algunas cuencas han surgido servicios de corretaje orientados principalmente a servir de puente entre vendedores y compradores de derechos de aprovechamiento de aguas y, en general, brindar una completa asesoría en materia de mercados de aguas<sup>63</sup>.

De este modo si los mercados de derechos de agua surgen espontáneamente frente a la escasez del recurso hídrico y funcionan de modo eficiente, entonces claramente aparece de manifiesto el carácter innecesario del gravamen por no uso establecido por la ley 20.017.

El problema es que el legislador asume, erróneamente, que la existencia de pocas transacciones denota la presencia de alguna falla de mercado que obstaculizaría el surgimiento de los mercados de derechos de agua. En particular dicha falla consistiría en una excesiva concentración de derechos con carácter especulativo o monopólico. A partir de ello establece el

---

<sup>62</sup> *Análisis del mercado del agua de riego en Chile: Una revisión crítica a través a través del caso de la Región de Valparaíso*, Pontificia Universidad Católica de Chile, 2010, disponible en [http://www.odepa.gob.cl/odepaweb/servicios-informacion/publica/Analisis\\_agua\\_riego\\_Valparaiso.pdf](http://www.odepa.gob.cl/odepaweb/servicios-informacion/publica/Analisis_agua_riego_Valparaiso.pdf) (15 de Junio 2011).

<sup>63</sup> Véase <http://www.corredoresdeaguas.cl/>

gravamen por no uso con el objetivo de “corregir” esa falla incentivando la desconcentración y reasignación de los derechos.

Sin embargo, según hemos explicado, la escasez de transacciones no debe necesariamente identificarse con una falla de mercado, ya que si en una determinada cuenca el recurso hídrico es relativamente abundante entonces su valor será más bajo, a partir de lo cual lo más probable es que no surja un mercado con transacciones frecuentes. En este sentido la escasez del recurso hídrico, sin duda, será un factor determinante del dinamismo de los mercados de derechos de agua.

Por lo anterior creemos que el legislador se equivoca al establecer un gravamen al no uso de las aguas como instrumento destinado a desincentivar la concentración y, simultáneamente incentivar la reasignación de los derechos, promoviendo así la eficiencia en los mercados de derechos de aprovechamiento de aguas ya que, cabe destacar, nuestro ordenamiento jurídico está diseñado para fomentar el surgimiento de los mercados del agua al procurar definir adecuadamente los derechos de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento de aguas. Junto con ello, debe considerarse que los costos de transacción en las diversas cuencas son lo suficientemente bajos como para no impedir el desarrollo de los mercados.

#### **IV. Nuestro enfoque**

Como conclusión de lo expuesto en este capítulo pensamos que el gravamen por no uso no es el mecanismo idóneo para incentivar la competencia en los mercados del agua y obtener la reasignación del recurso hacia su mejor uso alternativo. En efecto desde un punto de vista económico no existe una razón de eficiencia para privilegiar el uso por sobre el no uso de las aguas. A mayor abundamiento una vez establecido el gravamen su eficacia será limitada según lo ya explicado en el capítulo segundo.

En este sentido creemos que antes que establecer un gravamen al no uso es mejor que la institucionalidad jurídica se oriente a la consecución de las condiciones establecidas por el Teorema de Coase para así permitir que la negociación privada y, en último término, el mercado, reasigne los derechos de agua de forma eficiente. Precisamente nuestro legislador sigue esta orientación al contemplar diversos procedimientos de regularización de derechos que apuntan a conferirles certeza jurídica (lo que a su vez permite que opere la negociación privada), así como también al promover la reducción de los costos de transacción al contemplar el Catastro Público de Aguas. Precisamente

ésta orientación es la que ha permitido, en la práctica, el surgimiento de los mercados del agua en condiciones de escasez del recurso.

En otros términos si hubiese algún tipo de deficiencia en el desempeño de los mercados el problema debiese ser abordado siguiendo la orientación señalada, intentando cumplir las condiciones de Coase, antes que establecer un impuesto que grave el no uso del recurso.

Con todo, el fenómeno de la concentración de derechos no sólo tiene implicancias en materia económica sino que también asume una dimensión jurídica. Esta última viene dada en tanto que el acaparamiento de derechos podría dar lugar a la ejecución de prácticas anticompetitivas, menoscabando o poniendo en peligro el bien jurídico “libre competencia”.

Sin embargo pensamos que un impuesto al no uso de las aguas no es un mecanismo adecuado para proteger dicho bien jurídico. Por el contrario para resguardar la libre competencia existe una institucionalidad diseñada especialmente por el legislador para tales efectos. Nos referimos fundamentalmente a la Fiscalía Nacional Económica (FNE) y al Tribunal de Defensa de la Libre competencia (TDLC). Un análisis de la actividad administrativa y jurisdiccional de dichas instituciones demuestra que éstas se han ocupado exitosamente de la protección de la libre competencia en los mercados de derechos de agua y mercados conexos a éstos. Esto último hace innecesario establecer un gravamen al no uso como instrumento destinado a evitar las prácticas anticompetitivas.

## CAPITULO CUARTO

### LIBRE COMPETENCIA EN LOS MERCADOS DE DERECHOS DE AGUAS

#### I. Descripción del problema

Según lo explicado, la principal razón que motivó al legislador a implementar el gravamen por no uso de las aguas consiste en la supuesta presencia de poder de mercado o monopólico que podrían detentar algunas empresas al concentrar la propiedad de un considerable número de derechos de aprovechamiento de aguas.

Particularmente dicha problemática estaría referida a la situación del mercado de generación eléctrica. En efecto el recurso hídrico es un insumo esencial para desarrollar la capacidad de generación hidroeléctrica. En este sentido la distorsión monopólica consistiría en que al tener algunas compañías de generación, particularmente Endesa S.A., una cantidad proporcionalmente muy alta de los derechos de aprovechamiento no consuntivos del país, podría privar de este insumo esencial (el agua) a potenciales competidores en el mercado de generación hidroeléctrica, limitando la construcción de más centrales hidroeléctricas y elevar así el precio de generación. En este mismo sentido la posesión del insumo agua es fundamental para ingresar al mercado por lo que su concentración en manos de una empresa generaría barreras a la entrada. Más aun en este caso “el valor de los derechos de agua para el dueño incluye las rentas que obtiene en el mercado paralelo (mercado de generación de electricidad), fruto del control de este insumo esencial”<sup>64</sup>. De este modo el valor privado de los derechos es mayor que su valor social.

En este caso tendría lugar una reducción de las transacciones de derechos “por debajo de las socialmente deseables, generando ineficiencias en el mercado de aguas o en otros mercados paralelos y una mala asignación de recursos en general”<sup>65</sup>.

A la luz de lo expuesto cabe preguntarse ¿es un gravamen al no uso de las aguas la mejor herramienta para garantizar un mercado competitivo? Desde luego que no. En este sentido reiteramos las críticas formuladas en el capítulo anterior. De este modo pensamos que es a las instituciones antimonopolios a quienes corresponde proteger la libre competencia y resolver los

---

<sup>64</sup> GÓMEZ-LOBO, A. y PAREDES, R., ob. cit, p. 90.

<sup>65</sup> *Ibídem* p. 89.

casos relativos al ejercicio abusivo de poder de mercado que puedan plantearse. Sin embargo esta propuesta no ha estado exenta de críticas.

## **II. Supuesta falta de idoneidad de las instituciones antimonopolios**

Algunos autores como Oscar Landerretche sostienen que la escasez de transacciones y el hecho de que no existe un único mercado de aguas sino más bien diversos sub-mercados impiden contar con la información suficiente sobre precios relevantes como para determinar si existe un grado de monopolio significativo<sup>66</sup>. Además el mismo autor da a entender que en los mercados relevantes para ciertas demandas de derechos de aprovechamiento lo más probable es que las instituciones antimonopolios actúen del mismo modo que lo hicieron con ocasión de los derechos no consuntivos, esto es, requiriendo una solución normativa de carácter general<sup>67</sup>.

A su turno Guillermo Donoso señala que la intervención de los organismos antimonopolio se da casi siempre como un aditamento, en ciertos casos en forma ex post, siempre con desgaste, costos de transacción y riesgos de ineficacia administrativa<sup>68</sup>.

Con todo, discrepamos de dichas críticas por cuanto, según se demostrará, la carencia de información estadística o econométrica no impide que la FNE y el TDLC puedan analizar adecuadamente, desde un punto de vista económico y jurídico, los mercados de derechos de agua y mercados conexos a éstos como ser el mercado de generación eléctrica.

Mediante el análisis que haremos a continuación demostraremos que los organismos antimonopolios, particularmente la FNE y el TDLC, sí se encuentran capacitados para resolver de forma adecuada eventuales presentaciones que se les pueda efectuar respecto de los mercados de derechos de agua. Particularmente el TDLC cuenta, para estos efectos, con la potestad jurisdiccional (contenciosa) y las potestades informativa y consultiva (no contenciosas o administrativas).

---

<sup>66</sup> LANDERRETCHÉ, O., ob. cit., pp. 309-311.

<sup>67</sup> Ídem.

<sup>68</sup> MELO, O.; DONOSO, G. y JARA, E., ob. cit., p. 171.

### **III. Potestad informativa**

#### **A. Concepto**

En términos simples corresponde a una potestad no contenciosa (administrativa) del TDLC, cuyo objeto es “la determinación del grado de competencia en un mercado relevante específico, en términos varios: si tal o cual competidor es un monopolio natural, sea que éste ya se encuentre regulado o no; si ciertos servicios son prestados en condiciones de competencia que ameritan una libertad tarifaria o no, etc.”<sup>69</sup>.

Esta potestad, que se consagra en los arts. 18 n° 5 y 31 del DL 211, se ejerce mediante la emisión de informes descriptivos de la estructura y grado de competencia de un determinado mercado relevante o un competidor concreto. En este sentido resulta de suma relevancia la consideración de los antecedentes que le son allegados al TDLC por la autoridad técnica tutelar de la respectiva industria regulada u otras autoridades o interesados en entregar datos.

Una característica definitoria de esta potestad consiste en que las conclusiones obtenidas por el TDLC en su informe son mutables en función de las variaciones o cambios que experimenten los mercados relevantes y competidores objeto del respectivo análisis<sup>70</sup>.

Cabe tener presente que este informe es vinculante para la autoridad pública sectorial destinataria del mismo, sin perjuicio de que aquél pueda ser objeto del recurso de reposición que se establece en el art. 31 del DL 211.

Si bien esta potestad está referida principalmente a las industrias reguladas, nada obsta para que el legislador mediante una ley específica sectorial otorgue atribuciones informativas al TDLC. Así ocurre, por ejemplo, en materia de mercados de derechos de aprovechamiento de aguas según se examinará a continuación

#### **B. Análisis de la exención del art. 129 bis 9 inc. 4 del Código de Aguas**

El artículo 129 bis 9 inciso 4 del C.Ag establece una exención tributaria a favor de aquél titular de derechos de aprovechamiento que no utiliza las aguas y que, no obstante ello, no lesiona ni pone en peligro la libre competencia. En otros términos se trata de un caso en el que habiéndose

---

<sup>69</sup> VALDÉS PRIETO, DOMINGO, *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006, p. 598.

<sup>70</sup> Ídem.

verificado el hecho gravado (falta de construcción de las obras de aprovechamiento) en principio debiera aplicarse el gravamen por no uso, sin embargo, el legislador decide liberar del pago del impuesto al sujeto obligado toda vez que éste con su conducta no menoscaba ni pone en riesgo la libre competencia en el mercado relevante respectivo.

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

A mayor abundamiento para que el titular de derechos sin uso pueda acogerse a esta exención, es necesario que “...el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, a petición de la respectiva organización de usuarios o de algún titular de un derecho de aprovechamiento que forme parte de una organización de usuarios y previo informe de la Dirección general de aguas... declare que en el área señalada en el inciso anterior, no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia” (art. 129 bis 9 inciso 5 C.Ag).

De este modo la aplicación de la exención descrita exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) Los derechos de aprovechamiento de aguas que no se están utilizando deben ser administrados y distribuidos por una organización de usuarios.

En efecto son éstas organizaciones las encargadas por ley de realizar la labor de distribuir y administrar los recursos hídricos entre los miembros que la conforman, según los títulos que posean y que fueron incorporados a la respectiva organización de usuarios.

El art. 1 letra e) del Reglamento del Catastro Público de Aguas se encarga de definir las organizaciones de usuarios señalando que se entiende por tales: Las Comunidades de agua; Comunidades de obra de drenaje; Comunidades de aguas subterráneas que se originan como consecuencia de la declaración de un área de restricción; las Asociaciones de Canalistas; aquellas organizaciones de usuarios a las que se refiere el artículo 261 del Código de Aguas; las Juntas de Vigilancia; y en general cualquier tipo de sociedad que se forme con uno o más de los objetos mencionados en el artículo 186 del mismo Código.

Esta exención se puede aplicar respecto de la totalidad o parte de los derechos que son administrados y distribuidos por la organización respectiva. Lo importante es que debe tratarse de aguas que no se están aprovechando.

b) Solicitud del interesado en acogerse a la exención respectiva. Este solicitante puede ser la respectiva organización de usuarios o bien algún titular de derechos de aprovechamiento que forme parte de ella. La presentación se hace ante el TDLC para que emita un informe en los términos que se señalan en la letra siguiente.

c) Que el TDLC declare que en el área en que tales derechos son administrados y distribuidos no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.

En relación con este último requisito es conveniente precisar que el TDLC no “declara” propiamente la exención tributaria ya que ésta sólo puede reconocer un origen legal, sino que más bien ejerce, a solicitud de parte, la potestad informativa ya descrita. Esto significa que el TDLC deberá evacuar un informe, dotado de la adecuada fundamentación económica, en el cual se describa la estructura y grado de competencia de un específico mercado relevante de derechos de agua o de un competidor en particular, en un momento determinado. A mayor abundamiento el análisis también incluye aquéllos mercados que dicen relación con las actividades económicas que necesitan del agua como insumo para sus procesos productivos como por ejemplo, la actividad agrícola, minera, industrial, generación eléctrica.

Así las cosas para que el solicitante pueda efectivamente acogerse a la exención en comento es necesario que el informe del TDLC concluya que en el mercado relevante de que se trate no existe una lesión o puesta en peligro del bien jurídico “libre competencia”.

Desde luego los antecedentes que pueda proporcionar la autoridad pública técnica respectiva, en este caso la DGA, serán tenidos en cuenta por el TDLC al momento de evacuar su informe, sin perjuicio de otros antecedentes que le puedan proporcionar diversas autoridades públicas o interesados en entregar datos. En este sentido el art. 129 bis 9 inc. 5 dispone que antes que el TDLC emita su declaración se requiere el informe previo de la Dirección General de Aguas.

De este modo, reunidos los requisitos señalados previamente en las letras a) y b) y c), el informe que evacúe el TDLC será favorable para el solicitante. En consecuencia estará exento de pagar el gravamen por no uso de las aguas respecto de aquellos derechos de aprovechamiento de que sea titular y que no esté utilizando toda vez que, en su caso, según el informe del Tribunal, el no uso del recurso hídrico no implica un detrimento o peligro para la libre competencia en el mercado

relevante respectivo. Dicho informe es vinculante para la autoridad pública sectorial respectiva, esto es, la DGA. A partir de ello tenemos que una de las consecuencias prácticas del informe favorable del TDLC es que tales derechos de aprovechamiento, aunque no se usen las aguas, no deberán ser incluidos en el listado que la DGA debe confeccionar anualmente y que da cuenta de los derechos que se encuentran afectos al pago del gravamen por no uso.

Ahora bien ¿qué ocurre si el TDLC emite un informe favorable para el solicitante y con posterioridad comienza a verificarse una lesión o puesta en riesgo de la libre competencia en el respectivo mercado relevante?, ¿cómo reacciona la ley cuando tiene lugar un cambio en las circunstancias tenidas en cuenta por el Tribunal al evacuar su informe? En este caso el art. 129 bis 9 inc. 5 C.Ag establece la facultad de dicho Tribunal para dejar sin efecto la declaración que haya efectuado, en la medida que haya tenido lugar una variación de las circunstancias que dieron origen a la exención. Esto significa que si el TDLC emitió un informe que resulta favorable para el solicitante y, con posterioridad, se constata la existencia de alguna lesión o puesta en riesgo de la libre competencia, entonces ya no se justifica la aplicación de la exención tributaria en comento ya que ésta precisamente se fundamenta en el hecho contrario, esto es, la inexistencia de una afectación de la libre competencia.

Así las cosas, de acuerdo al esquema descrito, pensamos que el fundamento de esta exención consiste en que para el legislador resulta aceptable que el titular de derechos de aprovechamiento no utilice las aguas, en la medida que ello no implique impedir, restringir o entorpecer la libre competencia ni poner en riesgo tan importante bien jurídico. Ello resulta comprensible en tanto que el legislador estableció el gravamen por no uso con la finalidad de incentivar la competencia en los mercados de derechos de agua, lo cual implica asumir que en éstos la libre competencia se encontraba menoscabada o puesta en peligro. De este modo si el TDLC mediante el informe respectivo concluye que en un determinado mercado relevante de derechos de agua no hay una lesión ni puesta en riesgo de la libre competencia, entonces se hace innecesaria la aplicación del gravamen por no uso.

La historia de la ley confirma esta idea. En efecto con ocasión de la discusión de diversas indicaciones presentadas al proyecto de ley en segundo trámite constitucional, en la Comisión de Obras Públicas del Senado, el entonces Subsecretario de Obras Públicas (Octubre de 2004) don

Clemente Pérez recordó a dicha comisión que uno de los objetivos de la reforma al código de aguas consiste en “favorecer la competencia y eliminar las barreras de entrada”<sup>71</sup>.

A partir de lo anterior informó que dentro de las materias en que se alcanzó acuerdo se encuentra la adecuación del mecanismo de pago del gravamen. Dicha adaptación consiste en que “se establece el derecho a recurrir al tribunal de la libre competencia para eximirse del pago, en aquellos mercados donde exista competencia”<sup>72</sup>.

De este modo señaló que “en aquellas cuencas o lugares donde existe una asociación de usuarios y el mercado está funcionando bien, se otorga a los regantes de esa cuenca la facultad para que puedan acudir al tribunal de libre competencia para que éste declare exenta a toda el área de la patente por no uso, por el período en que se mantengan las condiciones de competencia. Esto implica una optimización porque va de acuerdo con el sentido de la patente por no uso que es promover la competencia”<sup>73</sup>.

Así las cosas y teniendo presente la lógica subyacente a la exención en comento, cabe preguntarse: ¿hace bien el legislador al encargar al TDLC la misión de emitir un informe sobre la base del cual se aplica una de las exenciones más importantes al gravamen por no uso?, ¿se encuentran capacitadas las instituciones antimonopolios para desarrollar esta labor y, en última instancia describir el grado de competencia de un determinado mercado relevante de derechos de agua y ponderar si acaso existe un menoscabo o amenaza a la libre competencia? Pensamos que el legislador a lo menos confía en dichas instituciones para poder hacerse cargo del asunto. Mediante el análisis de un caso concreto demostraremos que dicha institucionalidad está plenamente capacitada para realizar dicha tarea, refutando de este modo el argumento que señala la poca idoneidad dichas instituciones para tal efecto.

### **C. El caso de la Comunidad de Aguas del Canal Azapa**

Esta comunidad de aguas, persona jurídica de derecho privado sin fines de lucro (en adelante “COMCA”), se ubica en el Valle de Azapa, Región de Arica y Parinacota, y corresponde a una organización de regantes. La tarea principal de COMCA consiste en administrar, mantener la red de

---

<sup>71</sup> Véase “Nuevo segundo informe de Comisión de Obras Públicas del Senado”, de 25 de Octubre de 2004, en *Historia de la ley n° 20.017 que modifica el Código de aguas*, p. 1216.

<sup>72</sup> *Ibidem*, p. 1218.

<sup>73</sup> *Ídem*.

canales, controlar y distribuir los recursos hídricos pertenecientes a sus socios, provenientes del Río Lauca.

En cuanto a derechos de aguas, esta organización agrupa a agricultores titulares de derechos de aprovechamiento de aguas consuntivos de carácter superficial, de ejercicio continuo y permanente sobre el Río Lauca. En cuanto a derechos de aguas subterráneas COMCA, como persona jurídica autónoma, es titular de derechos comunitarios de aprovechamiento consuntivos de aguas subterráneas, de ejercicio permanente, por un caudal total de 180 litros por segundo, que provienen de cuatro pozos que le fueron otorgados por la DGA en el año 2006. Esta organización debe administrar y distribuir tales los derechos. Cabe señalar que estas aguas subterráneas son utilizadas para cubrir los déficits de aguas que tienen lugar en el río Lauca, en beneficio de los regantes del Valle de Azapa.

Así las cosas mediante publicación realizada en el Diario Oficial con fecha 15 de enero de 2009, la DGA incluyó, para efectos del pago del gravamen por no uso, un caudal de 135 de los 180 litros por segundo de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas de los que COMCA es titular, fijándole un monto a pagar por concepto de impuesto por no uso la suma de 216 Unidades Tributarias Mensuales. A partir de ello y con el objeto que se le exima del pago del gravamen señalado, COMCA efectúa una presentación ante el TDLC, con fecha 17 de Marzo de 2009, mediante la cual solicita a dicho Tribunal que, de conformidad a lo dispuesto en el art. 129 bis 9 del C.Ag., evacúe un informe y declare que la totalidad del caudal de 180 litros por segundo de *derechos consuntivos de aguas subterráneas* que se encuentran inscritos a su nombre, y que son administrados y distribuidos por ella, son utilizados en un área en que no existen hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia. ¿Qué resolvieron las instituciones antimonopolios respecto de esta solicitud de exención?

## **1. Informe de la Fiscalía Nacional Económica<sup>74</sup>**

### **1.1 Sobre el mercado relevante**

La FNE entiende por *mercado relevante* “el de un producto o grupo de productos respecto de los cuales no se encuentran sustitutos suficientemente próximos, en un área geográfica en que se

---

<sup>74</sup> Véase Informe de Fiscalía Nacional Económica, 11 de Mayo de 2009, causa rol NC 350-09, en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Antecedentes\\_Aportados\\_Fiscal%C3%ADa\\_Nacional\\_Econ%C3%B3mica.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Antecedentes_Aportados_Fiscal%C3%ADa_Nacional_Econ%C3%B3mica.pdf) (consultado el 14 de Junio de 2011).

produce, compra o vende, y en una dimensión temporal tales que resulte probable ejercer a su respecto poder de mercado”<sup>75</sup>.

En el numeral 3.1 de su informe la FNE hace un análisis del mercado y señala que, en la especie, existen 2 *mercados relevantes de producto*, a saber, mercado de aguas arriba y mercado de aguas abajo. El primero corresponde a derechos de aprovechamiento consuntivos de ejercicio permanente, tanto superficiales como subterráneos, aptos para la producción agrícola, minera, sanitaria e industrial. El segundo está conformado por los productos agrícolas, mineros, servicios de agua potable, productos industriales u otros que requieran recursos hídricos consuntivos permanentes como insumo esencial de operación.

Respecto del *mercado relevante geográfico* concluye que corresponde a aquellos derechos constituidos en el valle de Azapa, provenientes del río Lauca o del acuífero de Azapa.

Así las cosas en opinión de la FNE el mercado de derechos de aprovechamiento aguas tanto superficiales como subterráneas, objeto de análisis, se encontraría muy atomizado. Dicha conclusión se apoya en que los derechos superficiales, que corresponden a un caudal de 1.130 litros por segundo, son administrados en su totalidad por COMCA y corresponden aproximadamente a 1300 usuarios al mes de marzo de 2009, distribuyéndose los recursos entre los socios dependiendo del número de acciones que cada uno posea, las cuales son proporcionales a la cantidad de derechos constituidos en relación a los derechos totales. Así, a marzo de 2009 existiría un total de 2.830,560 acciones, donde cada socio posee desde 0,3 hasta 80 acciones. Esto significa que ninguno de los usuarios supera el 2,84% del total de acciones.

Respecto de los derechos subterráneos sobre el acuífero, COMCA, como persona jurídica titular, posee alrededor del el 5,25% de los derechos de agua totales constituidos en la zona los cuales son inyectados en el canal Azapa para estabilizar el caudal del río Lauca, de modo tal que no existe una alta participación por parte de COMCA en la titularidad de tales derechos.

Cabe tener presente que la totalidad de los comuneros de COMCA utiliza los derechos de aprovechamiento con fines agrícolas.

---

<sup>75</sup> FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, “*Guía interna para el análisis de operaciones de concentración horizontales*”, pp.12-13, disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/Guia-operaciones-de-concentraci%C3%B3n-FNE2006.pdf> (consultado el 15 de Junio de 2011).

## 1.2 De las condiciones de entrada al mercado

La FNE concibe como barreras a la entrada “el impedimento al ingreso de competidores o la ventaja de costos que posee una empresa establecida en el mercado frente a una firma que desee entrar”<sup>76</sup>.

Sobre la base de los antecedentes proporcionados por la DGA la FNE concluye que no es factible el otorgamiento por parte de la DGA de nuevos derechos de aprovechamiento consuntivos en la zona toda vez que no existe disponibilidad de aguas superficiales ni subterráneas. En otros términos los recursos hídricos ya se encuentran completamente asignados.

Respecto de la adquisición de derechos en el mercado la FNE señala que, según lo informado por COMCA, tales derechos constituyen un bien que se transa en sumas cercanas a los 5 millones de pesos por acción. A su turno dicha comunidad informa que frecuentemente están ingresando a ella nuevos socios que adquieren derechos en el mercado toda vez que el procedimiento de ingreso es muy simple ya que sólo exige que la compraventa debidamente inscrita se presente en las oficinas de la comunidad en donde se solicita el cambio de nombre de los derechos.

En relación al tiempo y suficiencia de entrada la FNE concluye que cualquier interesado en ingresar competitivamente a los mercados relevantes que se han definido no debiese pasar por un proceso extenso ya que la compra de un derecho debe generar un traspaso de recursos rápido. Así la FNE concluye el ingreso de un nuevo participante en el mercado “no requiere de una escala de operación ni de un tiempo de ingreso tales que impidan una entrada oportuna y suficiente”.

Finalmente a la luz de los antecedentes tenidos a la vista y derivado de su propio análisis la FNE concluye que el recurso hídrico presenta serios problemas de escasez en la zona de Azapa por lo cual el costo de oportunidad de tener recursos hídricos no explotados es especialmente elevado en ella. De este modo los derechos de aprovechamiento poseen un importante valor económico.

A mayor abundamiento la FNE no ha recibido denuncias por presuntas prácticas contrarias a la libre competencia, en contra de COMCA o algún asociado de dicha organización. De este modo la FNE concluye que “no tiene antecedentes de hechos, actos o convenciones que restrinjan la libre competencia o tiendan a producir tal efecto en el valle de Azapa”.

---

<sup>76</sup> *Ibidem*, p.15.

2. Cabe tener en cuenta que en el curso del procedimiento el TDLC decretó algunas diligencias probatorias de oficio a fin de complementar la información proporcionada por la solicitante y los intervinientes, a saber:

- a) Solicitó a la DGA que informe el listado de los derechos de aprovechamiento de aguas superficiales y subterráneos constituidos en la Región de Arica y Parinacota y el Memorando n° 94 dictado por la DGA que contiene los antecedentes que tuvo dicho organismo para incluir a COMCA en el listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de gravamen por no uso.
- b) Solicitó informe al CBR de Arica con el listado de las transferencias de dominio de los derechos de aprovechamiento consuntivos de aguas superficiales o subterráneas en la Región de Arica y Parinacota desde el año 2004 hasta la fecha del informe.

### 3. Informe del TDLC<sup>77</sup>

En este informe se contienen una serie de argumentos cuya consistencia demuestra que dicho Tribunal se encuentra plenamente capacitado para efectuar análisis de participaciones, problemas de competencia y eventuales prácticas anticompetitivas en los mercados relevantes de derechos de aprovechamiento de aguas y aquéllos mercados conexos para los cuales el agua es un insumo esencial. Sobre la base de su propio examen y de los antecedentes aportados al procedimiento el TDLC emitió su informe resolviendo lo siguiente:

#### 3.1 En cuanto al mercado relevante de producto

Para efectuar un adecuado análisis descriptivo del mercado relevante el TDLC emplea, en principio, el criterio de la elasticidad cruzada de la demanda. Este criterio es frecuentemente utilizado e implica que “dos productos pertenecen al mismo mercado si un ligero aumento del precio de uno de ellos supone un desplazamiento suficientemente significativo de la demanda hacia el otro”<sup>78</sup>.

Sin embargo en aquéllos procesos en los cuales no exista información estadística o econométrica que permita medir o comparar ciertas elasticidades cruzadas de los bienes estudiados,

---

<sup>77</sup> Véase TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Informe de fecha 11 de diciembre de 2009, causa rol NC 350-09, en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe\\_07\\_2009.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_07_2009.pdf) (consultado el 16 de Junio de 2011).

<sup>78</sup> VALDÉS PRIETO, DOMINGO, ob. cit., p. 351.

el propio TDLC ha resuelto que debe estarse a las características y elementos distintivos de un producto frente a los demás con los cuales se le está comparando<sup>79</sup>. Precisamente esta última metodología de análisis fue la que debió aplicar el TDLC en el caso del informe COMCA obteniendo las siguientes conclusiones:

**a)** En razón de los antecedentes aportados el Tribunal estimó que los derechos de aprovechamiento de aguas de tipo consuntivo y no consuntivo no son sustitutos, “ya que el tipo de derecho se demandará en el mercado dependiendo del uso para el cual se requiera”.

El razonamiento del TDLC nos parece acertado toda vez que los derechos de aprovechamiento de carácter consuntivo se utilizan principalmente para riego, uso industrial, minería y uso sanitario, mientras que los no consuntivos se utilizan para generación hidroeléctrica. En consecuencia al tener ambos tipos de derechos usos distintos no deben ser considerados como sustitutos. A partir de ello el TDLC concluye que “dado que la solicitante sólo posee derechos consuntivos, los derechos no consuntivos no formarán parte del mercado relevante para efectos de este informe”.

**b)** En cuanto a la sustituibilidad entre los derechos de aguas superficiales y subterráneas el Tribunal considera que ambos tipos de derechos son sustitutos “dada la escasez de agua existente en la zona de Azapa”. En efecto concordamos con este razonamiento toda vez que en zonas de escasez del recurso hídrico, como ocurre en el norte de nuestro país, la explotación de los acuíferos subterráneos cobra gran relevancia dado que permite la extracción de agua para satisfacer los mismos usos que los derechos superficiales no alcanzan a satisfacer.

Sin embargo el TDLC aclara en su informe que los derechos superficiales y subterráneos no necesariamente serán sustitutos en aquéllos lugares en que las aguas superficiales sean abundantes debido al elevado costo que implica la extracción de aguas subterráneas. Con todo, éste no es el caso del Valle de Azapa donde debido a la escasez del recurso hídrico la extracción de aguas subterráneas es frecuente.

**c)** Respecto de la potencial sustituibilidad entre los derechos de aprovechamiento de carácter eventual y los derechos permanentes, debe tenerse presente que los derechos eventuales permiten usar el recurso hídrico sólo una vez satisfechos los derechos de carácter permanente en su totalidad. De este modo teniendo en cuenta que tanto COMCA como la FNE señalan que en el Valle de Azapa los titulares de derechos de agua permanentes no ven satisfechos sus derechos

---

<sup>79</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución n° 2 de 2005, II, considerando 1.1, p.59, causa rol NC 1-04, en [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/reso\\_0002\\_2005.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/reso_0002_2005.pdf) (consultado el 13 de Junio de 2011).

permanentes en un 100 %, dada la escasez del recurso, con menor razón, podrían verse satisfechos los derechos eventuales. En consecuencia la disponibilidad de recursos hídricos para los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas eventuales es prácticamente inexistente. En razón de ello el TDLC concluye que, en el caso del valle de Azapa, los derechos permanentes y eventuales no son sustitutos entre sí, por lo cual, estos últimos no forman parte del mercado relevante respectivo.

**d)** Por último en cuanto al grado de sustituibilidad existente entre los derechos de aprovechamiento de ejercicio continuo, discontinuo o alternado, el TDLC estimó que existen notorias diferencias en cuanto al tiempo permitido para utilizar los recursos hídricos<sup>80</sup>. En efecto pensamos que dicha forma de razonar es acertada y encuentra fundamento legal en art. 19 del C.Ag. el cual establece que los derechos continuos permiten usar el agua ininterrumpidamente las 24 horas del día, los discontinuos en cambio sólo permiten usarla durante determinados períodos, mientras que los derechos de ejercicio alternado permiten el uso del agua distribuyéndola entre dos o más personas que se turnan sucesivamente.

No obstante tales diferencias el Tribunal sostiene que entre estos tipos de derechos existe, desde la perspectiva de la demanda de derechos de agua, un cierto grado de sustituibilidad, aunque se trata de sustitutos imperfectos. Esta conclusión se apoya en que, a juicio del TDLC, “sería posible que un conjunto de derechos de aprovechamiento de aguas de ejercicio discontinuo o alternado o continuo sean equivalentes en el tiempo total de uso del recurso hídrico permitido, y que por ello sean considerados como sustitutos por sus usuarios”<sup>81</sup>. En razón de ello el TDLC estima que los derechos de aprovechamiento de ejercicio continuo, discontinuo o alternado sí forman parte del mercado relevante analizado para efectos de su informe.

**e)** Finalmente el TDLC determinó que, en el caso COMCA, el mercado relevante de producto está constituido por aquellos derechos de aprovechamiento de aguas entre los cuales existe algún grado de sustituibilidad desde la perspectiva de la demanda, a saber:

1. Derechos consuntivos.
2. Derechos de ejercicio permanente.
3. Derechos superficiales y subterráneos.
4. Derechos de ejercicio continuo, discontinuo y alternado.

---

<sup>80</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Informe de 11-dic de 2009 causa rol 350-09.....cit., p. 13.

<sup>81</sup> Ídem.

### **3.2 Sobre los mercados conexos**

El TDLC reconoce que existen actividades que necesitan de los derechos de aprovechamiento consuntivos como un insumo esencial para sus procesos productivos, como por ejemplo, la agricultura, minería, entre otras. Estas actividades conexas constituyen distintos mercados de producto lo cual quiere decir que, de una parte tenemos el mercado de derechos de agua y, de otra, el mercado conexo (minería, agricultura, generación eléctrica) para el cual los derechos de agua constituyen un insumo esencial. En este sentido, razona el Tribunal, un eventual acaparamiento de los recursos hídricos por algún agente podría tener afectos anticompetitivos en dichos mercados conexos en los cuales él participa, ya que podría impedir el ingreso de nuevos entrantes o excluir a un competidor. A su turno señala el Tribunal que este acaparamiento podría tener efectos en mercados diversos de aquellos en los cuales compite el acaparador y que requieren el recurso hídrico como un insumo esencial para sus procesos productivos, ya que podría restringir la oferta e impedir el mejor uso alternativo de esos recursos.

A partir de la explicación anterior el Tribunal expresa que no cuenta con antecedentes de prácticas anticompetitivas respecto de tales mercados conexos. Por esta razón señala que a partir del análisis del mercado relevante de derechos definido más arriba, se determinará si existen conductas que podrían estar afectando a los mercados conexos para los cuales los derechos de agua constituyen un insumo esencial.

### **3.3 En cuanto al mercado relevante geográfico**

En este caso el TDLC determinó que corresponde “al de los derechos de aprovechamiento de aguas utilizados en el Valle de Azapa en la decimoquinta región de Arica y Parinacota, provenientes de la cuenca altiplánica del río Lauca a través del Canal Azapa o desde el acuífero de Azapa”<sup>82</sup>. Pensamos que este juicio es acertado en tanto que es en ésta zona geográfica donde precisamente las condiciones de competencia son lo suficientemente homogéneas como para estimar que se trata de un mismo mercado relevante.

---

<sup>82</sup> *Ibíd.*, p. 14.

### **3.4 Participación de mercado de COMCA y problemas de competencia en el mercado relevante**

Basándose en los antecedentes aportados al procedimiento por los distintos intervinientes, el TDLC llegó a la conclusión que COMCA tiene una participación de un 40,5% en el mercado relevante de derechos de aprovechamiento descrito previamente. Con todo, el Tribunal precisa que dicha participación corresponde a las aguas utilizadas por 1.300 usuarios, todos miembros de COMCA. A partir de ello el Tribunal concluye que se trata de un mercado “bastante atomizado”<sup>83</sup> lo cual constituye un primer indicio de que no existirían problemas de competencia en dicho mercado relevante.

A mayor abundamiento el Tribunal concluye, sobre la base de los antecedentes aportados al procedimiento, que las transferencias de derechos de aprovechamiento entre terceros en el sector de Azapa, han aumentado en un 67% entre los años 2004 y 2009, lo cual equivale a que aproximadamente el 10% de los comuneros realice una transferencia de derechos anualmente<sup>84</sup>. De este modo concluye que existe un activo mercado de transacciones de derechos en este valle. Así lo demuestra el elevado número de transferencias de dominio de derechos de aprovechamiento que se han registrado en el CBR de Arica, lo que permite presumir que no existen problemas de competencia en el mercado relevante.

Más aun debe considerarse que la compraventa de derechos genera un traspaso relativamente rápido del recurso, por lo cual, concluye el TDLC, “el ingreso de un nuevo entrante no requeriría de una escala de operación ni de un tiempo de ingreso que impidan una entrada oportuna y suficiente”<sup>85</sup>.

También cabe tener presente la inexistencia de denuncias ante la FNE o el TDLC por prácticas anticompetitivas en relación con la solicitante<sup>86</sup>.

Por todo lo anterior el TDLC en su informe concluye que no existen barreras a la entrada que impidan o limiten la transferencia de derechos de aprovechamiento con la finalidad de impedir el ingreso o excluir a un competidor en mercados que requieren de derechos de aprovechamiento de agua como un insumo esencial<sup>87</sup>.

---

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 15.

<sup>84</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>85</sup> *Ídem*.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 17.

<sup>87</sup> *Ídem*.

### 3.5 Conclusión del Informe

En relación al mercado relevante de autos y a partir del análisis expresado anteriormente el TDLC concluye en su informe que *la totalidad de los derechos de aprovechamiento consuntivo de aguas subterráneas, de ejercicio permanente, sobre un caudal de 180 litros por segundo, inscritos a nombre de COMCA en el Registro de Propiedad de Aguas del CBR de Arica, y que son administrados y distribuidos por ella, son utilizados en un área en la que no se ha acreditado que existan hechos, actos o convenciones que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia.*

A partir de esta conclusión, favorable para la solicitante, la DGA no deberá considerar a COMCA como sujeto obligado al pago del gravamen por no uso respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas de que es titular, no obstante que no use el recurso hídrico. Ello se justifica en tanto que el no uso no lesiona ni pone en peligro la libre competencia en el mercado relevante respectivo ni los mercados conexos a él.

El análisis de este caso sirve para abonar dos conclusiones:

1) Para el legislador el fin del gravamen por no uso es precisamente incentivar la competencia en los mercados de derechos de agua. De este modo si en el mercado respectivo no hay menoscabo o puesta en peligro de la libre competencia, cuestión determinada por el TDLC mediante el informe que le sea solicitado por el interesado, entonces el agente respectivo estará exento de pagar el impuesto ya que su aplicación no se justifica en un mercado competitivo.

En este sentido criticamos que la ley aspire a fomentar la competencia en los mercados mediante un impuesto que grave el no uso de las aguas ya que, a nuestro juicio la protección de la libre competencia es una misión que corresponde a la institucionalidad prevista para estos efectos.

2) En segundo lugar el caso COMCA permite comprobar la idea de que la institucionalidad antimonopolios está plenamente capacitada para encargarse, en forma adecuada, de la protección de la libre competencia en los mercados relevantes de derechos de agua y mercados conexos aunque no se cuente con información estadística o econométrica. En efecto el análisis económico y jurídico efectuado tanto por la FNE como por el TDLC así lo demuestra. Para desarrollar esta tarea y poder resolver en forma acertada y fundamentada, dichas instituciones pueden solicitar la información y los antecedentes que juzguen necesarios a las propias solicitantes

y partes interesadas, así como a entidades públicas como privadas (DGA, Conservadores de Bienes Raíces, Ministerios, etc.).

Con todo, este caso sólo constituye una manifestación de la potestad informativa del TDLC, empero, este Tribunal también puede conocer y ponderar adecuadamente causas relativas a los mercados de derechos de aprovechamiento de aguas y mercados conexos, mediante el ejercicio de otras potestades públicas, como ser, las potestad consultiva y jurisdiccional. A continuación expondremos brevemente algunos casos que dan cuenta de ello.

#### **IV. Potestad Consultiva**

##### **A. Concepto**

Se trata de una potestad no contenciosa, de carácter administrativo, radicada en el TDLC, la cual, al tenor de lo señalado por Valdés, “permite que cualquier interesado pueda acudir a esta autoridad antimonopólica solicitando un pronunciamiento acerca de la licitud de una operación desde la perspectiva del Derecho de la libre competencia”<sup>88</sup>. Dicho pronunciamiento se materializa mediante la dictación de una resolución administrativa por parte del TDLC mediante la cual absuelve la consulta planteada por el legítimo interesado exponiendo, desde luego, las razones de su decisión. Para estos efectos el legítimo interesado puede ser tanto la FNE como cualquier clase de competidor, actual o potencial, y desde luego autoridades públicas.

Cabe destacar que esta potestad que se encuentra consagrada en el art. 18 n° 2 del DL 211, tiene un carácter preventivo el cual se manifiesta en tanto advierte que un determinado hecho, acto o convención, que no existe, pero que se planea ejecutar o celebrar, puede atentar contra la libre competencia, o bien, previene que un hecho, acto o convención que ya ha sido ejecutado o celebrado efectivamente atenta contra la libre competencia si se mantiene en el tiempo y no se ajusta a ciertas condiciones determinadas por el TDLC<sup>89</sup>. De este modo, el carácter preventivo de esta potestad no se establece en función de si el hecho, acto o convención ha tenido lugar o no, sino más bien en cuanto advierte al consultante las consecuencias del mismo sin imponerle sanciones.

En relación con esta finalidad preventiva cabe destacar que el TDLC cuenta con una facultad que le permite establecer cómo puede corregirse el hecho, acto o convención que ya se ejecutó o

---

<sup>88</sup> VALDÉS PRIETO, DOMINGO, ob. cit., p. 602.

<sup>89</sup> *Ibidem*, p. 615.

celebró, o bien que aún no lo ha sido pero que se proyecta ejecutar o celebrar, a fin de no lesionar ni poner en riesgo el bien jurídico libre competencia. En efecto el art. 18 numeral 2 del DL 211, establece la facultad del TDLC para “fijar las condiciones que deberán ser cumplidas en tales hechos, actos o contratos”.

De este modo si el hecho, acto o convención consultado supone un menoscabo o puesta en riesgo de la libre competencia en un mercado relevante concreto, el TDLC podrá establecer condiciones o medidas que tiendan a eliminar la contradictoriedad existente entre aquel hecho, acto o convención y la libre competencia. Dichas condiciones apuntan a remover tipicidad y antijuridicidad de la operación consultada. Así las cosas, el consultante, al evitar o poner término a las transgresiones a la libre competencia, mediante el cumplimiento de dichas condiciones o medidas, se exonerará de una eventual responsabilidad monopólica.

Desde luego si la operación consultada no ocasiona una lesión o amenaza a la libre competencia entonces el TDLC deberá permitir la operación y no podrá establecer condiciones o medidas.

De este modo la finalidad preventiva de la potestad consultiva apunta a conferir certeza jurídica acerca de la contradictoriedad entre un hecho, acto o convención consultada y la libre competencia de un mercado en particular<sup>90</sup>. Sin embargo cabe precisar que esta certeza sólo dura en la medida que no existan nuevos antecedentes o circunstancias que permitan hacer una recalificación de la operación consultada como contraria a la libre competencia.

A partir del esquema descrito pensamos que, si bien no es obligatorio efectuar una consulta ante el TDLC, la obtención de dicha certeza jurídica constituye un poderoso incentivo para que los agentes de mercado decidan formular la respectiva consulta al Tribunal Antimonopólico en orden a que éste les fije las condiciones que estime pertinentes y, luego, a partir de su cumplimiento, poder operar con tranquilidad en el mercado y no exponerse a eventuales sanciones antimonopolio.

De este modo podemos refutar uno de los principales argumentos sobre la base de los cuales se sostiene la falta de idoneidad de la institucionalidad antimonopolios para hacerse cargo de los problemas de competencia en los mercados de derechos de agua y mercados conexos. Dicho argumento consiste en que las instituciones antimonopolios intervienen con un carácter *ex-post*, esto es, una vez que ya se ha producido la afectación de la libre competencia, por lo cual sería deseable

---

<sup>90</sup> *Ibíd*em, p. 616.

que el legislador estableciera un mecanismo legal preventivo (por ejemplo un impuesto) que incentive la competencia y la eficiente reasignación de los recursos. En efecto éste argumento es descartable por cuanto el TDLC también puede intervenir en forma preventiva mediante el ejercicio de la potestad consultiva, previa solicitud del legítimo interesado.

A continuación expondremos brevemente algunas resoluciones dictadas por el TDLC, con ocasión del ejercicio de la potestad consultiva, que demuestran su idoneidad para absolver consultas relativas a los mercados de derechos de aprovechamiento de aguas.

### **B. Resolución n° 18 de 2006 sobre modificación del Dictamen n° 992 de 1996**

Hemos señalado en el capítulo I de este trabajo que en el año 1996 la entonces Comisión Preventiva Central emitió el dictamen 992 en cuyo párrafo 16.4 recomienda a la DGA que, en general, se abstenga de aprobar nuevos derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos mientras no entre en vigencia un mecanismo legal y/o reglamentario que asegure un adecuado uso de las aguas, salvo que se trate de proyectos de interés general<sup>91</sup>.

Así las cosas, en el año 2005, la CNE solicitó al TDLC (este último reemplazó a la Comisión Preventiva Central a partir de mayo de 2004) la eliminación o modificación de dicha recomendación invocando una supuesta variación de las circunstancias tenidas en cuenta por la CPC al emitirse el Dictamen 992. En efecto la CNE señaló que la ley vigente a la época de emitirse el referido Dictamen no impedía el acaparamiento gratuito de derechos de aprovechamiento, lo que dio lugar a una alta concentración de los mismos por parte de algunos titulares. En cambio, la entrada en vigencia de la ley 20.017 (junio de 2005) vendría a subsanar las causas que motivaron la emisión del Dictamen n° 992 mediante el establecimiento de un gravamen por el no uso de las aguas, el cual implica establecer un costo a la tenencia de derechos que no se usan.

En otros términos, la CNE le atribuye al gravamen por no uso implementado por la ley 20.017 la virtud de desincentivar la acumulación de derechos sin uso, lo cual, a su juicio, implica un cambio en las circunstancias y de la normativa vigente al momento de emitirse el Dictamen n° 992, por lo tanto, ya no se justificaría la vigencia de la recomendación dirigida a la DGA en orden a que ésta se abstenga de otorgar derechos no consuntivos. En efecto, según la lógica argumentativa de la

---

<sup>91</sup> Véase Capítulo Primero, VI, p. 14-16.

CNE, el gravamen por no uso equivaldría a implementar aquel mecanismo legal que asegure un adecuado uso de las aguas a que se refiere el párrafo 16.4 del Dictamen.

Así las cosas y luego de haber analizado todos los antecedentes aportados al proceso, el Tribunal Antimonopólico se pronunció sobre la consulta planteada mediante la dictación de la resolución n° 18 de 2006. Esta última, en su parte considerativa, establece que aún existe una alta concentración de derechos de aprovechamiento de aguas por parte de Endesa y sus empresas relacionadas, de este modo, si bien las reformas introducidas por la ley 20.017 al Código de Aguas, constituyen un avance, no resuelven plenamente los problemas de competencia que puedan presentarse con ocasión del acaparamiento de derechos de agua<sup>92</sup>. En consecuencia concluye, en su considerando decimoctavo, que no ha tenido lugar una variación sustantiva de las circunstancias tenidas en cuenta por la CPC al emitir el Dictamen n° 992, por lo cual no procede la eliminación completa de lo dispuesto en dicho dictamen<sup>93</sup>.

A partir de lo anterior el Tribunal señala que “corresponde a la institucionalidad de defensa de la libre competencia cautelar que la asignación de los recursos hídricos nacionales garantice el acceso abierto al recurso en condiciones razonables y no discriminatorias, cuando éstos constituyan insumos esenciales para determinadas actividades económicas en donde la competencia es posible. De esta forma, corresponde a la Fiscalía Nacional Económica y a este Tribunal, en el ejercicio de las atribuciones establecidas en el DL n° 211, respectivamente, investigar y tomar las medidas necesarias para promover la libre competencia, y prevenir y corregir los actos y conductas que atenten contra ella”<sup>94</sup>.

En consonancia con lo señalado y sobre la base de las conclusiones expuestas, el TDLC estimó que si bien no procede la eliminación del Dictamen 992 de 1996, ya que no se ha producido la variación de las circunstancias que así lo justifique, sí consideró necesario introducirle algunas modificaciones. Esto último quiere decir que el Dictamen permanece vigente pero con algunos cambios tendientes a que su aplicación resulte “menos restrictiva para los solicitantes de derechos

---

<sup>92</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución n° 18 de fecha 16 de Noviembre de 2006, causa rol NC 113-2006, p. 21, disponible en <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion-18-2006.pdf> (consultado el 12 de Junio de 2011).

<sup>93</sup> *Ibidem*, p. 21-22.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 22.

de aprovechamiento de aguas y menos onerosa su implementación por la administración del Estado”<sup>95</sup>, a saber:

a) En vez de abstenerse de otorgar derechos de aprovechamiento no consuntivos, la DGA deberá informar a la FNE toda solicitud, sea nueva o actualmente en tramitación, y toda adquisición, bajo cualquier título, derechos de aprovechamiento de aguas no consuntivos aptos para generación hidroeléctrica<sup>96</sup>.

b) El listado conformado con la información proporcionada por la DGA a la FNE deberá publicarse en forma actualizada en el sitio *web* de la DGA, garantizando el acceso abierto y gratuito a ella y a los antecedentes públicos actualizados que debe contener el Catastro Público de Aguas, con la finalidad que cualquier interesado pueda ejercer las acciones establecidas en el DL 211<sup>97</sup>.

A la luz de lo señalado por la resolución en comento, nos interesa destacar los siguientes aspectos:

a) El TDLC efectúa un análisis económico del gravamen por no uso introducido por la ley 20.017 y su potencial influencia en materia de asignación de derechos. En función de ello constata que dicho gravamen no permite solucionar el problema de la concentración de derechos en forma sustantiva.

b) En función de lo anterior el Tribunal Antimonopólico constata que corresponde a las instituciones antimonopolios la misión de investigar las prácticas anticompetitivas y la aplicación de medidas preventivas y correctivas tendientes a proteger la libre competencia.

c) Precisamente para dar operatividad a lo señalado, el TDLC dispone que la DGA deberá informar a la FNE las solicitudes y adquisiciones de derechos no consuntivos con aptitud hidroeléctrica. Pensamos que ello tiene sentido por cuanto la FNE constituye un ente administrativo consagrado legalmente para la tutela de la libre competencia. En este sentido la información proporcionada por la DGA es fundamental para que la FNE pueda instruir las investigaciones tendientes a comprobar las infracciones a dicho bien jurídico.

A mayor abundamiento la DGA deberá publicar dicha información en su página *web* junto con los datos que debe contener el Catastro Público de Aguas. Esta medida adoptada por el TDLC

---

<sup>95</sup> Ídem.

<sup>96</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>97</sup> Ídem.

nos parece razonable por cuanto el acceso público a esta información posibilita que los interesados puedan ejercer las acciones establecidas en el DL 211.

En resumen la doctrina vertida en esta resolución corrobora nuestra tesis en orden a que el gravamen por no uso no representa una solución a los problemas de concentración de derechos de agua. Además ratifica la idea consistente en que es a las instituciones antimonopolios (FNE y TDLC) a quienes corresponde tutelar de la libre competencia en los mercados de derechos de aprovechamiento de aguas y mercados conexos.

### **C. Consulta sobre alianza para realización de proyecto hidroeléctrico “Aysén”**

En el mes de Mayo de 2006 ENDESA S.A. y Colbún S.A. formularon una consulta al TDLC a fin de que éste emita un pronunciamiento relativo a si el desarrollo y ejecución conjunta, entre ambas empresas, de todas las tareas vinculadas al financiamiento, construcción y operación de las cinco centrales hidroeléctricas que conforman el “Proyecto Aysén” en la decimoprimer Region, constituye una operación ajustada a la normativa sobre libre competencia contenida en el DL 211.

Las consultantes señalaron que lo anterior se materializaría a través de una sociedad anónima cerrada con una distribución de propiedad de 51% para ENDESA y 49% para Colbún. Cabe destacar que la asociación se limita sólo para efectos de la generación de energía, la cual será transferida por la sociedad común a ENDESA y Colbún, a prorrata de sus participaciones accionarias. La comercialización de la energía, en cambio, será realizada en forma independiente por cada empresa. A la postre la asociación se materializó mediante la constitución de la sociedad común “Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.”, en adelante HidroAysén.

Así las cosas, sobre la base de los antecedentes presentados tanto por las consultantes como por los demás intervinientes en el procedimiento, a saber, DGA, FNE, Comisión Nacional de Energía, empresas generadoras de energía y empresas ganaderas, el TDLC absolvió la consulta planteada dictando la resolución número nº 22 de 2007. En ésta efectuó un análisis del mercado relevante respectivo, grados de participación de las consultantes, condiciones de entrada a la industria, y los riesgos de coordinación anticompetitiva que pudiere originar el proyecto y la forma adecuada de minimizar esos riesgos.

En cuanto a la concentración de derechos de aprovechamiento no consuntivos con aptitud hidroeléctrica y los riesgos asociados a la libre competencia, la resolución en comento señaló que

“la desconcentración de los derechos de aguas en las zonas de Palena y Aysén constituye un mecanismo apropiado para facilitar la entrada de terceros al segmento de generación [eléctrica] descrito, por lo que corresponde establecer condiciones a la operación consultada en este sentido”<sup>98</sup>. De este modo la resolución señala que la competencia en el segmento de generación eléctrica podría aumentar si se liberan derechos de agua que no son utilizados por ENDESA, los cuales podrían ser explotados por terceros<sup>99</sup>.

En razón de ello el Tribunal estableció en la parte resolutive, diversas condiciones que las consultantes deberán cumplir en forma copulativa para poder llevar adelante la operación consultada. En particular nos interesa destacar la condición n° 2 relativa a los derechos de aprovechamiento de aguas en posesión de las consultantes, a saber:

Primeramente, en el numeral 2.1, se establece que las consultantes deberán, en el plazo que se indica, enajenar o renunciar a los derechos de aprovechamiento de aguas de que sean titulares directos o por medio de sus filiales, relacionadas o coligadas, así como a las solicitudes pendientes de éstos, en las cuencas de los ríos Palena y Aysén, y en la subcuenca del río Ibáñez<sup>100</sup>.

En segundo lugar, el numeral 2.2, señala que las enajenaciones referidas en el párrafo anterior no podrán efectuarse a personas naturales ni jurídicas filiales, coligadas ni relacionadas con las consultantes<sup>101</sup>.

Por último, el numeral 2.3, establece que las consultantes, HidroAysén S.A, o sus filiales, coligadas o relacionadas, deberán consultar ante el TDLC, en forma previa a la adquisición o solicitud de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas en las cuencas señaladas, hasta la fecha de entrada en servicio de la última central del proyecto consultado<sup>102</sup>.

De lo expuesto resulta pertinente destacar que las condiciones establecidas, particularmente en los numerales 2.1 y 2.2, apuntan a desconcentrar la titularidad de los derechos de agua en las cuencas especificadas con la finalidad de disminuir los riesgos a la libre competencia. A mayor abundamiento la condición señalada en el número 2.3 claramente demuestra que el TDLC se asume

---

<sup>98</sup> TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución n° 22 de 19 de Octubre de 2007, causa rol NC 134-06, considerando 11.1, disponible en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resoluci%C3%B3n\\_22\\_2007.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resoluci%C3%B3n_22_2007.pdf) (consultado el 9 de Junio de 2011).

<sup>99</sup> Ídem.

<sup>100</sup> Ibídem, parte resolutive.

<sup>101</sup> Ídem.

<sup>102</sup> Ídem.

como el órgano competente y capacitado para resguardar, en forma preventiva, la libre competencia en el mercado de derechos de aprovechamiento de aguas y el mercado de generación eléctrica.

En resumen, la resolución en comento permite demostrar que las instituciones antimonopolio (FNE y TDLC) pueden tutelar la libre competencia en forma preventiva y particularmente a través del ejercicio de la potestad consultiva. Más específicamente permite demostrar que estas instituciones están capacitadas para analizar adecuadamente el mercado de generación eléctrica.

Precisamente, según hemos señalado, atendidas las características de dicha potestad, los agentes de mercado tienen poderosos incentivos para formular consultas al TDLC y sobre la base del cumplimiento de las condiciones que éste disponga, operar tranquilamente en el mercado sin temer eventuales sanciones. La consulta formulada por ENDESA y Colbún para la realización conjunta del Proyecto hidroeléctrico Aysén así lo demuestra.

## **V. Potestad jurisdiccional**

El TDLC no sólo ejerce funciones administrativas mediante la emisión de informes y la dictación de resoluciones destinadas a absolver consultas. En efecto, también ejerce la función jurisdiccional, la cual como bien sabemos constituye la esencia de lo que es un Tribunal.

Dicha potestad, destinada a resolver conflictos de carácter intersubjetivo y a aplicar el Derecho de la libre competencia al caso particular, se materializa en la facultad de conocer, juzgar y hacer ejecutar lo juzgado. Así Valdés Prieto, en referencia a la finalidad de la potestad jurisdiccional, señala que esta apunta a “resolver conforme a Derecho y justicia las pretensiones procesales que puedan plantearse como consecuencia de los ataques o vulneraciones al bien jurídico tutelado libre competencia”<sup>103</sup>.

Mediante su ejercicio el TDLC puede sancionar los hechos, actos o convenciones que impliquen un menoscabo o puesta en riesgo de dicho bien jurídico en materia de mercados de derechos de agua y mercados conexos. Una sentencia dictada por el Tribunal Antimonopólico así lo demuestra<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> VALDÉS PRIETO, DOMINGO, ob. cit., p. 590.

<sup>104</sup> Véase TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia definitiva n° 86 de 30 de Julio de 2009, causa rol C 180-08, disponible en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia\\_86\\_2009.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_86_2009.pdf) (consultado el 7 de Junio de 2011).

En efecto con fecha 25 de Noviembre de 2008 las sociedades “Ganadera Río Baker Limitada” y “Ganadera Río Neff Limitada”, interpusieron una demanda en contra de la sociedad “Centrales Hidroeléctricas de Aysén S.A.”, acusándola de haber incurrido en prácticas anticompetitivas. Según las actoras la demandada incumplió reiteradamente la resolución n° 22 de 2007 (explicada en la sección anterior) toda vez que presentó ante la DGA solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas en las cuencas de los ríos Aysén y Palena, entre los meses de enero y mayo de 2008, *sin haber consultado previamente al TDLC tal como lo prescribe el numeral 2.3 de la condición n° 2 de la referida resolución.*

Sin perjuicio de lo anterior cabe tener presente que, finalmente, en el mes de mayo de 2008, previo a la interposición de la demanda por las actoras, la demandada se desistió de las solicitudes presentadas.

Así las cosas, sobre la base de los antecedentes y pruebas acompañadas por las partes, el Tribunal acogió la demanda estimando que efectivamente la parte demandada puso en riesgo la libre competencia al haber incumplido la resolución referida la cual es, desde luego, vinculante y obligatoria para aquélla. En particular dicho incumplimiento consistió en haber solicitado derechos de aprovechamiento de aguas para ciertas cuencas sin haberlo consultado previamente al TDLC. Más aun, a juicio del Tribunal, la circunstancia de haberse desistido posteriormente la demandada de las solicitudes de derechos no permite eximirla de responsabilidad.

Finalmente en su sentencia el TDLC resolvió condenar a la demandada, Centrales hidroeléctricas de Aysén S.A., al pago de una multa a beneficio fiscal ascendente a 20 Unidades Tributarias Anuales<sup>105</sup>.

## **VI. Corolario**

Como corolario de lo expuesto en este capítulo IV podemos concluir que, si se trata de resguardar la libre competencia, no es necesario establecer un gravamen al no uso de los derechos de aprovechamiento de aguas ya que el TDLC mediante el ejercicio de las potestades informativa, consultiva y jurisdiccional puede conocer en forma adecuada las presentaciones que se les formulen en relación a los mercados de derechos de agua y mercados conexos para los cuales el recurso hídrico constituye un insumo esencial.

---

<sup>105</sup> *Ibidem*, parte resolutiva, numeral 2, p. 11.

En este sentido cabe destacar también el importante rol que desempeña la FNE como ente administrativo encargado de tutelar la libre competencia. Así por ejemplo a propósito del ejercicio de las potestades informativa y consultiva, puede auxiliar al TDLC mediante la emisión de los informes que éste le solicite o bien, en el caso de la potestad jurisdiccional, derechamente obrar como acusador en materia de libre competencia mediante la formulación del respectivo requerimiento.

En efecto, ambas instituciones, integradas por profesionales de la más alta calificación y especialidad, cuentan con las competencias técnicas necesarias y suficientes para proteger el bien jurídico “libre competencia” en dichos mercados según lo demuestran los casos expuestos.

Sin perjuicio de lo anterior pensamos que eventualmente el legislador podría evaluar la conveniencia de implementar al interior de la FNE una unidad especializada encargada de prevenir y perseguir las conductas que impidan, restrinjan o entorpezcan la libre competencia en los mercados de derechos de agua y mercados conexos. Así se hizo el año 2010 mediante la creación de una unidad especial encargada de resguardar la libre competencia en los mercados silvoagropecuarios como por ejemplo, mercados de lácteos, cereales, carne, frutas, verduras y hortalizas, vinos, entre otros<sup>106</sup>.

---

<sup>106</sup> Véase “Fiscalía Agrícola Debuta Investigando a Lácteos y Trigo”, en *Diario Estrategia* [Santiago de Chile], 10 enero de 2011, disponible en [http://www.estrategia.cl/detalle\\_noticia.php?cod=36465](http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=36465).

## CONCLUSIONES

El gravamen por no uso de derechos de aprovechamiento de aguas implementado por la ley 20.017 de 2005 no es un instrumento adecuado para incentivar la competencia en el contexto de los mercados de derechos de agua y la reasignación eficiente de tales derechos hacia su mejor uso alternativo.

Primeramente porque no hay razones de eficiencia económica para preferir el uso de las aguas al no uso de ellas. Este último puede ser tanto o más valioso que aquél.

En segundo lugar la eficacia del gravamen es limitada por cuanto sólo producirá el efecto deseado en los casos en que el costo del gravamen sea superior al beneficio económico derivado de la tenencia de derechos sin uso.

Más aun la institucionalidad legal en materia de aguas está diseñada para incentivar que, en condiciones de escasez del recurso hídrico, el mercado surja espontáneamente produciéndose la interacción entre la oferta y la demanda de derechos de agua. Precisamente la política legislativa debe orientarse en esta última dirección, esto es, procurar conseguir el cumplimiento de las condiciones que señala el Teorema de Coase para así permitir que el mercado reasigne los derechos de aprovechamiento hacia su mejor uso alternativo. Así lo ha hecho nuestro legislador al contemplar procedimientos de regularización de derechos orientados a conferirles certeza jurídica y al incentivar la reducción de los costos de transacción al prever la implementación de un Catastro Público de Aguas.

En último término si la concentración de derechos de aprovechamiento genera algún tipo de menoscabo o puesta en peligro para el bien jurídico “libre competencia”, la problemática debe ser abordada por las instituciones antimonopolios, a las cuales corresponde ocuparse de ello, antes que mediante el establecimiento de un impuesto que grave el no uso de las aguas. Esta institucionalidad ha demostrado que es plenamente capaz de realizar dicha labor.

## BIBLIOGRAFIA

1. ALEGRÍA, M.; VALDÉS, F. y LILLO, A., “El mercado de aguas: análisis teórico y empírico”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 1 (2002), pp. 169-185.
2. COASE, RONALD, “El problema del costo social”, en *Revista Estudios Públicos*, 45 (1992), pp.81-134.
3. COMISIÓN DE OBRAS PÚBLICAS DEL SENADO, “Nuevo segundo informe” de de 25 de Octubre de 2004, en *Historia de la ley n° 20.017 que modifica el Código de aguas*, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20017/HL20017.pdf>
4. COMISIÓN DE OO.PP. DEL SENADO, Segundo Informe de 10 de Marzo de 2004, en *Historia de la ley n° 20.017 que modifica el Código de aguas*, p. 875, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20017/HL20017.pdf>
5. COMISIÓN ESPECIAL SOBRE RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS AGUAS DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS, Informe de 18 de Marzo de 1997, en *Historia de la ley n° 20.017 que modifica el Código de aguas*, pp. 17-104, disponible en <http://www.bcn.cl/histley/lfs/hdl-20017/HL20017.pdf>
6. COMISIÓN PREVENTIVA CENTRAL, Dictamen n° 992 de 25 de Noviembre de 1996, causa rol n° 53-1996, pp. 23-25, en [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/04/dict\\_0992\\_1996.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/04/dict_0992_1996.pdf) (consultado el 10 de Junio de 2011).
7. CRISTI O. Y OTROS, “Mercado de agua para irrigación: Una aplicación al Sistema Paloma de la Cuenca del Limarí, Chile”, World Bank-Netherlands Water Partnership Program.
8. DIARIO ESTRATEGIA [Santiago de Chile], 10 enero de 2011, “Fiscalía Agrícola Debuta Investigando a Lácteos y Trigo”, disponible en [http://www.estrategia.cl/detalle\\_noticia.php?cod=36465](http://www.estrategia.cl/detalle_noticia.php?cod=36465).
9. DOMPER, MARÍA DE LA LUZ, “La eficiencia en el mercado de derechos de agua: ¿patente por no uso o por tenencia?”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 2 (2003), p. 381-395.
10. DONOSO HARRIS, GUILLERMO, “Análisis del funcionamiento del mercado de los derechos de aprovechamiento de agua e identificación de sus problemas”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 1 (1999), n°2, pp. 295-314.
11. DOUROJEANNI, A. y JURAVLEV, A., “El código de aguas de Chile: entre la ideología y la realidad”, en *Serie recursos naturales e infraestructura*, 3 (1999), pp.1-100.
12. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, “Guía interna para el análisis de operaciones de concentración horizontales”, disponible en <http://www.fne.gob.cl/wp->

content/uploads/2011/03/Guia-operaciones-de-concentraci%C3%B3n-FNE2006.pdf

(consultado el 15 de Junio de 2011).

13. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, Informe de 11 de Mayo de 2009, rol NC 350-09, en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Antecedentes\\_Aportados\\_Fiscal%C3%ADa\\_Nacional\\_Econ%C3%B3mica.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Antecedentes_Aportados_Fiscal%C3%ADa_Nacional_Econ%C3%B3mica.pdf) (consultado el 14 de Junio de 2011).
14. FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, Informe en causa rol NC n° 350-09, pp. 23-24, en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Antecedentes\\_Aportados\\_Fiscal%C3%ADa\\_Nacional\\_Econ%C3%B3mica.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Antecedentes_Aportados_Fiscal%C3%ADa_Nacional_Econ%C3%B3mica.pdf) (consultado el 10 de Junio de 2011).
15. GÓMEZ-LOBO, A. y PAREDES, R., “Mercado de derechos de agua: reflexiones sobre el proyecto de modificación del código de aguas”, en *Revista Estudios Públicos*, 82 (2001), pp. 83-104.
16. LANDERRETCHÉ, OSCAR., “Consideraciones económicas sobre la reforma del código de aguas”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 1 (2002), pp. 303-315.
17. LEE, T. y JURAVLEV, A., “Los precios, la propiedad y los mercados en la asignación del agua”, en *Serie medio ambiente y desarrollo*, 6 (1998), pp. 1-84.
18. MELO, O.; DONOSO G. y JARA, E., “Profundidad de mercado, asignación inicial y alternativa a la patente de no uso en materia de aguas”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 13 (2004), p.171-180.
19. NEUMAN, JANET, “Beneficial use, waste and forfeiture: the Inefficient Search for Efficiency in Western Water Use”, en *Environmental Law Review*, 28 (1998), pp. 919-996, disponible en <http://ssrn.com/abstract=962710>.
20. PARADA BARRERA, GUILLERMO, *El derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Editorial Congreso, Santiago, 2000.
21. PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE, *Análisis del mercado del agua de riego en Chile: Una revisión crítica a través a través del caso de la Región de Valparaíso*, 2010, disponible en [http://www.odepa.gob.cl/odepaweb/servicios-informacion/publica/Analisis\\_agua\\_riego\\_Valparaiso.pdf](http://www.odepa.gob.cl/odepaweb/servicios-informacion/publica/Analisis_agua_riego_Valparaiso.pdf) (15 de Junio 2011).
22. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Informe de fecha 11 de diciembre de 2009, causa rol NC 350-09, en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe\\_07\\_2009.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Informe_07_2009.pdf) (consultado el 16 de Junio de 2011).
23. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución n° 18 de 16 de noviembre de 2006, causa rol NC 113-06, en <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion-18-2006.pdf> (consultado el 15 de Junio de 2011).

24. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución n° 18 de fecha 16 de Noviembre de 2006, causa rol NC 113-2006, disponible en <http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resolucion-18-2006.pdf> (consultado el 12 de Junio de 2011).
25. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución n° 2 de 2005, causa rol NC 1-04, en [http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/reso\\_0002\\_2005.pdf](http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/03/reso_0002_2005.pdf) (consultado el 13 de Junio de 2011).
26. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Resolución n° 22 de 19 de Octubre de 2007, causa rol NC 134-06, disponible en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resoluci%C3%B3n\\_22\\_2007.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Resoluci%C3%B3n_22_2007.pdf) (consultado el 9 de Junio de 2011).
27. TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA, Sentencia definitiva n° 86 de 30 de Julio de 2009, causa rol C 180-08, disponible en [http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia\\_86\\_2009.pdf](http://www.tdlc.cl/DocumentosMultiples/Sentencia_86_2009.pdf) (consultado el 7 de Junio de 2011).
28. VALDÉS PRIETO, DOMINGO, *Libre Competencia y Monopolio*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2006.
29. VALENZUELA, CHRISTIAN, “La patente por la no-utilización de las aguas en Chile: origen, diseño y primeras experiencias en su implementación”, pp. 1-39, en [http://www.eclac.cl/drni/noticias/documentosdetrabajo/0/39270/Christian\\_Valenzuela.pdf](http://www.eclac.cl/drni/noticias/documentosdetrabajo/0/39270/Christian_Valenzuela.pdf) (15 de Junio de 2011).
30. VERGARA BLANCO, ALEJANDRO, “Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas”, en *Revista Estudios Públicos*, 69 (1998), pp. 155-205.
31. VERGARA BLANCO, ALEJANDRO, “La libre transferibilidad de los derechos de aguas. El caso chileno”, en *Revista chilena de Derecho*, 24(1997), 2, pp. 369-395.
32. VERGARA BLANCO, ALEJANDRO, “Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el Derecho Chileno: Evolución legislativa y su proyecto de reforma”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 4 (2002), n°1, pp. 63-79.
33. VERGARA BLANCO, ALEJANDRO, *Derecho de Aguas*, Editorial Jurídica de Chile, 2ª edic., Santiago, 2008.