

Carolina de Lourdes Riquelme Salazar

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS
EN ESPAÑA Y CHILE
UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

TESIS DOCTORAL
MENCIÓN INTERNACIONAL

dirigida por la Dra. Lucía Casado Casado

Departamento
de Derecho Público



UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI
Tarragona
2013

De agua somos.
Del agua brotó la vida. Los ríos son la sangre que nutre la tierra, y están
hechas de agua las células que nos piensan, las lágrimas que nos lloran y la
memoria que nos recuerda.
La memoria nos cuenta que los desiertos de hoy fueron los bosques de
ayer, y que el mundo seco supo ser mundo mojado, en aquellos remotos
tiempos en que el agua y la tierra eran de nadie y eran de todos.
¿Quién se quedó con el agua?
(...)

EDUARDO GALEANO

(Marzo 22, Día del Agua, *Los Hijos de los días*)

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA Y CHILE. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

Carolina de Lourdes Riquelme Salazar

Dipòsit Legal: T.59-2014

El derecho al uso privativo de las aguas en España y Chile. Un estudio de Derecho comparado

AGRADECIMIENTOS

En el mes de octubre del año 2009, se inició este largo recorrido que supone la elaboración de una tesis doctoral. Al momento de su defensa se cumplirán cuatro años. Indudablemente, se trata de una larga gestación que, en ciertos momentos proporciona grandes satisfacciones, pero que, en otros, puede parecer tortuosa e interminable. Tanto en los momentos gratificantes como en aquellos que no lo son tanto, la presencia de ciertas personas que me han acompañado en el camino ha sido indispensable. En primer lugar, y no podría ser de otro modo, quisiera manifestar mi más sincera gratitud a la directora de esta tesis, la Doctora Lucía Casado, quien habiendo sido mi profesora de Derecho de Aguas en el marco del Master en Derecho Ambiental, y presentando una profunda vocación docente, logró motivarme para que diera continuación a mis estudios tendentes a la obtención del título de doctor. A ella agradezco su constante presencia durante todo este período y su total y abnegada entrega tanto en lo académico como en lo afectivo. Agradezco todas sus enseñanzas y el aporte de su amplio conocimiento en el ámbito del Derecho de Aguas de España. Asimismo, le agradezco de forma muy especial por la palabra necesaria, aquella palabra que felicita cuando se ha logrado un objetivo, aquella que es severa ante la desviación del camino y también aquella que es afable cuando, a veces, el ánimo decae.

Al Doctor Antoni Pigrau, director del *Centre d'Estudis de Dret Ambiental de Tarragona*, le agradezco todo su apoyo y esfuerzo, que fueron indispensables para que pudiera llegar a este momento, que culmina el proceso de titulación doctoral, su ayuda con el material bibliográfico, sus consejos y su permanente preocupación. En él pude observar un profundo compromiso con la carrera docente e investigadora y la sobresaliente capacidad de organizar un equipo, vislumbrando las potencialidades y fortalezas de cada uno de sus miembros. A este equipo igualmente quisiera

mostrar mi agradecimiento considerando que, en varias ocasiones me han estimulado a seguir adelante en esta tarea. Quiero mencionar especialmente al Doctor Mario Ruiz, por su ayuda en el aspecto metodológico de la investigación; al Doctor Jordi Jaria, con quien mantuve el primer contacto con esta casa de estudios; a la Doctora María Marqués, por la motivación; y a la Doctora Susana Borrás por su preocupación en la implementación de un sistema de seguimiento al doctorando. También quisiera expresar mi agradecimiento a aquellas personas que me han ayudado en todas las cuestiones administrativas y que han mostrado siempre la mejor de las voluntades. Muchas gracias Mercè Figueras, Maribel López y Eva Ibáñez.

Agradezco también al profesor Abel La Calle, por el aporte de material bibliográfico y por ayudarme a resolver ciertas dudas y por posibilitar otros vínculos con juristas que han trabajado en el mismo tema. Uno de estos juristas, es el Doctor Carl Bauer, a quien también quiero agradecer profundamente su aporte intelectual, y su estrecha colaboración al haber revisado el borrador del capítulo referente a Chile y haber aceptado informar esta tesis para que pueda obtener la mención internacional.

En el ámbito de la investigación realizada mediante las estancias de estudios llevadas a cabo en Chile, agradezco a la profesora Valentina Durán y al profesor Sergio Montenegro del Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile por la invitación cursada al efecto y por la posibilidad de utilizar sus oficinas y material bibliográfico. A la Doctora Pilar Moraga, investigadora del mismo CDA, por haber aceptado informar la tesis. De la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, agradezco al Doctor Iván Obando y al Doctor Jorge Del Picó por haberme permitido realizar una estancia en dicha casa de estudios. De la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile, agradezco a la Doctora Daniela Rivera por su desinteresada colaboración y muy especialmente al Doctor Alejandro Vergara, con quien tuve la posibilidad de sostener algunas conversaciones que me permitieron entender más profundamente el modelo de gestión de los recursos hídricos

en Chile, impresionándome sobremanera su pasión por el Derecho, por la labor que desempeña en su calidad de jurista, y por su interés en reconducir el Derecho de Aguas en el ámbito del Derecho Administrativo chileno.

Me corresponde también manifestar mi agradecimiento a la *Universitat Rovira i Virgili*, y a su *Departament de Dret Públic*, que posibilitaron la realización de esta tesis doctoral mediante la concesión de una beca para la formación de personal docente e investigador.

Por la empatía propia de quienes se encuentran en la misma calidad de doctorando, por su compañía durante la mayor parte del tiempo que tardó la elaboración de esta tesis, por su generosidad y solidaridad, también agradezco su apoyo a mis amigos, compañeros del despacho 19 bis.

Finalmente, corresponde expresar mi infinita gratitud a aquellas personas que desempeñan un papel fundamental en mi vida, a mi familia y amigos más íntimos, manifestándoles que sin su apoyo este trabajo no hubiera sido posible. Agradezco a Marcos por su compañía y afecto y de manera muy significativa a mi mamá y a mi papá quienes, a pesar de la distancia y de la nostalgia, supieron estar conmigo en todo momento, animándome a seguir adelante y a superarme cada día. A ellos dos está dedicada esta tesis como muestra de mi amor.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI
EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA Y CHILE. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO
Carolina de Lourdes Riquelme Salazar
Dipòsit Legal: T.59-2014

El derecho al uso privativo de las aguas en España y Chile. Un estudio de Derecho comparado

ABSTRACT

This dissertation is intended, as inferred from its title, firstly, to analyse the right to exclusive water use (*derecho al uso privativo de las aguas*) and its configuration as *in rem* use right (*derecho real de aprovechamiento*) in the legal systems of Spain and Chile; and secondly, to make a comparative and critical analysis of both systems.

The concern for water resources is closely linked to its scarcity. This is a problem that affects society as a whole, and that brings effects such as increased water prices, generation of environmental conflicts caused by strong competition between users and increased environmental impacts by its use.

In order to counteract these effects, emerges the need for the States to determine a management model of water-use, to allow, on the one hand, distribute the water among different users in an appropriate manner, and, secondly, to preserve the hydric resources.

The intention of this work is to carry out a study of comparative law on the legal regime applicable to the water use rights (*derechos de aprovechamiento de las aguas*) in a centralized model - Spain - and in a decentralized model - Chile -, as they are systems located at opposite ends of their respective categories.

Ultimately what is intended is to provide an overview on water use rights, useful for both Chilean doctrine as the Spanish, contrasting both realities with its opposite, in order to discern their strengths and weaknesses, which in turn, form the basis for possible future regulatory changes respect those matters which have been identified as deficient.

This study is divided into three distinct parts. In the first, analyzes the right to exclusive water use in Spain, configured as a water use rights, which in turn is structured in four chapters. The first chapter is intended to present a general approach to public water domain regime in Spain and rules governing the use of water resources. The second chapter refers to the water use rights in Spain with special reference to the administrative concession as the main tool of creation of such rights. The third chapter deals with the contract of assignment of rights to exclusive water use, as a transfer instrument of water use rights. Finally, the fourth chapter deals with exchange centres of rights to exclusive water use (*centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas*), also considered as a transfer instrument of water use rights.

In the second part, we try to follow, as far as possible, the same scheme presented regarding the first part, but this time in relation to the right to exclusive water use in Chile, configured as a water use rights. This section consists of two chapters, since in this legal system, the figures of contract of assignment and the exchange centres of rights to exclusive water use, do not exist. Thus the study presents a first chapter that seeks to conduct a review of the treatment of public water in Chile, and the water-use regime. The second chapter analyzes the water use rights in Chile, emphasizing its mechanism of transfer through the free market tool.

In the third and last part, the comparative analysis is performed on the right to exclusive water use, configured as water use rights in Spain and Chile. This part consists of two chapters. In the first, we analyze from a critical point of view the configuration of public water domain in Spain and Chile, and corresponding water-use regimes. In the second chapter, we use the same analysis mechanism to confront the water use rights regulates under the Chilean water law and Spanish, with special reference to administrative title that creates this right; and liberal or interventionist formulas established for the transmission of such rights.

This study ends, after critical analysis, with conclusions that attempt to reflect the result of the revised problem, trying to provide objective or evaluative reflections that have been considered appropriate.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA Y CHILE. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

Carolina de Lourdes Riquelme Salazar

Dipòsit Legal: T.59-2014

El derecho al uso privativo de las aguas en España y Chile. Un estudio de Derecho comparado

RESUMEN

Esta tesis doctoral tiene por objeto, en primer lugar, tal como se infiere de su título, el análisis del derecho al uso privativo de las aguas y su configuración como un derecho real de aprovechamiento en los ordenamientos jurídicos de España y de Chile; y en segundo lugar, el análisis crítico comparativo de ambos sistemas.

La preocupación concerniente a los recursos hídricos se encuentra íntimamente vinculada a su escasez. Se trata de un problema que afecta a toda la sociedad en su conjunto, y que deriva en un incremento del valor económico del agua, en la generación de conflictos socio – ambientales derivados de la creciente competencia entre los distintos usuarios y en un aumento en los impactos ambientales en virtud de su uso.

Con el objeto de paliar estos efectos, surge la necesidad por parte de los Estados de determinar un modelo de gestión de los aprovechamientos de los recursos hídricos que permita, por una parte, distribuir las aguas entre los distintos usuarios de una forma adecuada y por otra, preservar el recurso.

La intención de este trabajo es llevar a cabo un estudio de Derecho comparado acerca del régimen jurídico aplicable a los derechos de aprovechamiento de las aguas en un modelo centralizado – el de España – y en un modelo descentralizado – el de Chile – toda vez que conforman sistemas abiertamente contrapuestos, encontrándose cada uno de ellos en el extremo de sus respectivas categorías.

De lo que se trata, en definitiva, es de aportar, tanto a la doctrina chilena como a la española, un panorama general en materia de derechos de aprovechamiento de aguas correspondiente a su propia realidad y de otra

que se le contrapone, con la finalidad última de vislumbrar sus fortalezas y debilidades, que a su vez sirvan de base para posibles futuras modificaciones normativas respecto a aquellos puntos que se hayan observado como deficitarios.

El trabajo se estructura en base a tres partes diferenciadas. En la primera, se analiza el derecho al uso privativo de las aguas en España, configurado como un derecho de aprovechamiento, la que se estructura, a su vez, en cuatro capítulos. El primer capítulo tiene por objeto presentar una aproximación general al dominio público hidráulico en España y su régimen de utilización. El segundo capítulo alude al derecho de aprovechamiento de las aguas en España con especial referencia a la concesión como vía principal de constitución de tales derechos. El capítulo tercero se refiere al contrato de cesión del derecho al uso privativo de las aguas como instrumento de transmisión de los derechos de aprovechamiento. Finalmente, el capítulo cuarto, trata sobre los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, también considerados como una herramienta de transmisión de los derechos de aprovechamiento.

En la segunda parte, se intenta seguir, dentro de lo posible, el mismo esquema presentado respecto a la primera parte, pero esta vez en lo referente al derecho al uso privativo de las aguas en Chile, configurado como un derecho de aprovechamiento. Este solo consta de dos capítulos, toda vez que en este sistema jurídico, las figuras del contrato de cesión y del centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, no han sido contempladas. Así, se presenta un primer capítulo cuya pretensión es realizar en examen aproximado del tratamiento del dominio público hidráulico en Chile, y su régimen de utilización. El segundo capítulo analiza el derecho de aprovechamiento de las aguas en Chile, enfatizándose su mecanismo de transferencia mediante la herramienta del libre mercado.

En la tercera y última parte, se realiza el análisis comparativo acerca del derecho al uso privativo de las aguas, configurado como derecho de

aprovechamiento, en España y en Chile. Esta parte está integrada por dos capítulos. En el primero, se analiza desde un punto de vista crítico la conformación del dominio público hidráulico tanto en España como en Chile y sus correspondientes regimenes de utilización. En el capítulo segundo, se utiliza el mismo mecanismo de análisis para confrontar el derecho de aprovechamiento de las aguas que regula el ordenamiento jurídico de aguas chileno y español, con especial referencia al título administrativo que los constituye y a las fórmulas liberalizadoras o interventoras establecidas para la transmisión de tales derechos.

El trabajo finaliza con unas conclusiones que intentan reflejar el resultado de la problemática revisada desde el análisis crítico realizado, intentando aportar las reflexiones objetivas o valorativas que se han considerado oportunas.

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA Y CHILE. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

Carolina de Lourdes Riquelme Salazar

Dipòsit Legal: T.59-2014

El derecho al uso privativo de las aguas en España y Chile. Un estudio de Derecho comparado

ABREVIATURAS

| | |
|---------|--|
| ACCC | Asociación de Canalistas del Canal Camarico |
| ACEC | Asociación de Canalistas del Embalse Cogotí |
| ACER | Asociación de Canalistas del Embalse Recoleta |
| AR | Asociación de Regantes |
| AAVV. | Autores varios |
| BOE | Boletín Oficial del Estado |
| BOJA | Boletín Oficial de la Junta de Andalucía |
| CA | Código de Aguas |
| CCCh | Código Civil de Chile |
| CCEsp | Código Civil de España |
| CE | Constitución Española |
| CEIGRAM | Centro de Estudios e Investigación para la Gestión de Riesgos Agrarios y Medioambientales |
| CENCPR | Comisión de Estudios de la Nueva Constitución Política de la República |
| CIRH | Centro de Información de Recursos Hídricos |
| CNR | Comisión Nacional de Riego |
| Cfr | Confrontar |
| CGR | Contraloría General de la República |
| Coord | Coordinador |
| Coords | Coordinadores |
| CPR | Constitución Política de la República |

El derecho al uso privativo de las aguas en España y Chile. Un estudio de Derecho comparado

| | |
|----------|--|
| Dir | Director |
| Dirs | Directores |
| DF | Disposición Final |
| DFL | Decreto con Fuerza de Ley |
| DGA | Dirección General de Aguas |
| DMA | Directiva Marco de Aguas |
| DOCE | Diario Oficial de las Comunidades Europeas |
| DOGC | Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya |
| DT | Disposición Transitoria |
| Ed | Edición |
| Edt | Editor |
| Edts | Editores |
| FJ | Fundamento Jurídico |
| FNCA | Fundación Nueva Cultura del Agua |
| JVRL | Junta de Vigilancia del Río Limarí |
| LA | Ley de Aguas |
| LCAAPP | Ley de Contratos de las Administraciones Públicas |
| LCSP | Ley de Contratos del Sector Público |
| LPAAPP | Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas |
| LRJPAC | Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común |
| MAGRAMA | Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente |
| MIDEPLAN | Ministerio de Planificación y Cooperación |
| MOP | Ministerio de Obras Públicas |
| Nº / Núm | Número |

| | |
|------|---|
| ONG | Organización No Gubernamental |
| P | Página |
| PEAG | Plan Especial del Alto Guadiana |
| Pp | Páginas |
| RBEL | Reglamento de Bienes de las Entidades Locales |
| RDPH | Reglamento de Dominio Público Hidráulico |
| S | Siguiente |
| Sa | Sin año |
| SAG | Servicio Agrícola Ganadero |
| SES | Sistema Electrónico de Solicitudes |
| SISS | Superintendencia de Servicios Sanitarios |
| Sp | Sin página |
| Ss | Siguientes |
| STC | Sentencia del Tribunal Constitucional |
| STS | Sentencia del Tribunal Supremo |
| T | Tomo |
| TT | Tomos |
| TC | Tribunal Constitucional |
| TS | Tribunal Supremo |
| TRLA | Texto Refundido de la Ley de Aguas |
| V | Volumen |
| VV | Volúmenes |

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA Y CHILE. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

Carolina de Lourdes Riquelme Salazar

Dipòsit Legal: T.59-2014

El derecho al uso privativo de las aguas en España y Chile. Un estudio de Derecho comparado

SUMARIO

| | |
|--|----|
| ÍNDICE | i |
| INTRODUCCIÓN | 1 |
| PRIMERA PARTE | |
| EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA. SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHO DE APROVECHAMIENTO | |
| CAPÍTULO PRIMERO | |
| UNA APROXIMACIÓN AL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO EN ESPAÑA Y SU RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN | 15 |
| CAPÍTULO SEGUNDO | |
| EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONCESIÓN COMO VÍA PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO | 27 |
| CAPÍTULO TERCERO | |
| EL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS COMO INSTRUMENTO DE TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 85 |

CAPÍTULO CUARTO

| | |
|--|-----|
| LOS CENTROS DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS COMO INSTRUMENTO DE TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 145 |
|--|-----|

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN CHILE. SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHO DE APROVECHAMIENTO

CAPÍTULO PRIMERO

| | |
|---|-----|
| UNA APROXIMACIÓN AL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO EN CHILE Y SU RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN | 181 |
|---|-----|

CAPÍTULO SEGUNDO

| | |
|--|-----|
| EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS EN CHILE. ESPECIAL REFERENCIA AL ACTO DE AUTORIDAD COMO VÍA ORIGINARIA DE CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO | 197 |
|--|-----|

TERCERA PARTE

ANÁLISIS COMPARATIVO ACERCA DEL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA Y CHILE

CAPÍTULO PRIMERO

| | |
|--|-----|
| LA CONFORMACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO Y SU RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN | 307 |
|--|-----|

CAPÍTULO SEGUNDO

| | |
|---|-----|
| EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS. ESPECIAL REFERENCIA AL TÍTULO ADMINISTRATIVO QUE CONSTITUYE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO | 333 |
|---|-----|

| | |
|--------------|-----|
| CONCLUSIONES | 375 |
|--------------|-----|

| | |
|-----------------------|-----|
| FUENTES DE REFERENCIA | 387 |
|-----------------------|-----|

| | |
|--------|-----|
| ANEXOS | 425 |
|--------|-----|

ÍNDICE

| | |
|--------------|---|
| INTRODUCCIÓN | 1 |
|--------------|---|

PRIMERA PARTE

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA. SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHO DE APROVECHAMIENTO

CAPÍTULO PRIMERO

| | |
|---|----|
| UNA APROXIMACIÓN AL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO EN ESPAÑA Y SU RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN | 15 |
|---|----|

| | |
|--|----|
| 1. BREVE COMENTARIO ACERCA DE LA INCORPORACIÓN DE LAS AGUAS CONTINENTALES AL DOMINIO PÚBLICO EN ESPAÑA | 15 |
| 2. EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO EN ESPAÑA | 22 |

CAPÍTULO SEGUNDO

| | |
|---|----|
| EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONCESIÓN COMO VÍA PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO | 27 |
|---|----|

| | |
|---|----|
| 1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y NORMATIVA APLICABLE | 27 |
|---|----|

| | | |
|--------|---|----|
| 2. | LA TERMINOLOGÍA Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 30 |
| 3. | NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 33 |
| 4. | CLASIFICACIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 37 |
| 5. | CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 40 |
| 5.1. | Se constituye originariamente por concesión o disposición legal | 41 |
| 5.2. | Su ejercicio se encuentra vinculado al título que le da origen | 42 |
| 5.2.1. | Se encuentra sujeto a limitaciones | 42 |
| 5.1.1. | Es un derecho sujeto a plazo | 45 |
| 5.1.2. | Es un derecho que debe ser ejercitado | 46 |
| 5.1.3. | En determinados casos es un derecho renovable | 47 |
| 5.1.4. | Está sujeto a causas de extinción | 48 |
| 5.1.5. | Está sujeto al gravamen de caducidad | 49 |
| 5.3. | Puede tener un carácter principal o accesorio | 50 |
| 5.4. | Es un derecho transmisible | 52 |
| 6. | SUJETOS VINCULADOS AL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 54 |
| 6.1. | El titular del derecho de aprovechamiento de las aguas | 54 |
| 6.2. | Las Organizaciones de Usuarios de las aguas | 55 |
| 6.3. | La Administración Pública Hidráulica | 59 |
| 7. | OBJETO DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 61 |
| 8. | CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 64 |

| | | |
|--------|---|-----|
| 3.2. | Existe una doble limitación respecto a los titulares | 89 |
| 3.3. | Es un sistema temporal | 90 |
| 3.4. | Tiene por finalidad la reasignación de derechos de aprovechamiento | 92 |
| 3.5. | Es un modelo regulado | 93 |
| 4. | NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS | 93 |
| 4.1. | Naturaleza jurídica del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas celebrado entre particulares | 94 |
| 4.2. | Naturaleza jurídica del contrato de cesión en que al menos una de las partes sea la Administración Pública | 96 |
| 5. | SUJETOS DEL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS | 101 |
| 5.1. | Limitaciones referentes a los titulares del contrato de cesión | 102 |
| 5.1.1. | Limitaciones respecto al título legítimo | 103 |
| A. | Títulos legítimos de derechos sobre aguas públicas | 103 |
| B. | Títulos legítimos de derechos sobre aguas privadas | 105 |
| 5.1.2. | Limitaciones respecto al territorio | 107 |
| 5.1.3. | Limitaciones respecto al rango del título del derecho de aprovechamiento | 109 |
| 5.1.4. | Limitaciones respecto a la consuntividad de los usos | 111 |
| 5.2. | Rol de la Administración Pública | 112 |
| 5.2.1. | Rol de la Administración Pública como titular del contrato de cesión | 112 |
| 5.2.2. | Rol de la Administración Pública como ente autorizador del contrato de cesión | 113 |

| | |
|--|-----|
| 5.2.3. Rol de la Administración como sujeto informador en el procedimiento autorizatorio | 114 |
| 5.2.4. Rol de la Administración como sujeto autorizador de utilización de infraestructuras hidráulicas | 115 |
| 5.2.5. Rol de la Administración como ente fiscalizador del sistema de transferencia de derechos de uso privativos de las aguas | 115 |
| 6. OBJETO DEL CONTRATO DE CESIÓN Y LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA | 116 |
| 7. PROCEDIMIENTO AUTORIZATORIO | 121 |
| 7.1. Formalidades requeridas para la celebración del contrato de cesión | 122 |
| 7.1.1. Forma y contenido del contrato de cesión | 122 |
| 7.1.2. Solicitud de autorización y remisión de copia a la Comunidad de Usuarios | 123 |
| 7.1.3. El derecho de adquisición preferente | 124 |
| 7.1.4. La inscripción del contrato de cesión | 126 |
| 7.2. La Intervención Administrativa | 126 |
| 7.2.1. Autorización | 127 |
| 7.2.2. Silencio administrativo | 132 |
| 7.2.3. Denegación | 134 |
| 8. EFECTOS DEL CONTRATO DE CESIÓN | 137 |
| 9. CUESTIONES EVENTUALMENTE VINCULADAS | 138 |
| 9.1. Autorización de vertidos en los contratos de cesión | 139 |
| 9.2. Utilización de infraestructuras hidráulicas para el ejercicio de la cesión del derecho de uso privativo de las aguas | 139 |

CAPÍTULO CUARTO

LOS CENTROS DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS COMO INSTRUMENTO DE TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

145

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y NORMATIVA APLICABLE 145
2. CONCEPTO DE CENTRO DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS 147
3. CARACTERÍSTICAS DEL CENTRO DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS 148
 - 3.1. Es excepcional 148
 - 3.2. Se rige por el principio de publicidad y libre concurrencia 150
 - 3.3. Se encuentra plenamente intervenido por la Administración 151
 - 3.4. Puede establecer un sistema definitivo (en apariencia) 152
 - 3.5. Tiene por finalidad la reasignación de los derechos de aprovechamiento 153
4. NATURALEZA JURÍDICA DEL CENTRO DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS 153
5. SUJETOS INTERVINIENTES EN EL CENTRO DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS 156
 - 5.1. La Administración Pública 156
 - 5.2. Los participantes 161

| | | |
|--------|---|-----|
| 6. | OBJETO DE LAS TRANSACCIONES QUE SE REALIZAN EN EL CENTRO DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS | 165 |
| 7. | FUNCIONAMIENTO DEL CENTRO DE INTERCAMBIO | 168 |
| 7.1. | La oferta de adquisición de derechos al uso privativo de las aguas | 169 |
| 7.1.1. | La oferta pública | 169 |
| 7.1.2. | La presentación de solicitudes para ceder derechos de aprovechamiento de aguas | 171 |
| 7.1.3. | La resolución del procedimiento: La adquisición del derecho al uso privativo de las aguas | 172 |
| 7.2. | La oferta de cesión de derechos al uso privativo de las aguas | 173 |
| 8. | EFFECTOS DEL CENTRO DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS | 176 |

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN CHILE. SU CONFIGURACIÓN COMO DRECHO DE APROVECHAMIENTO

CAPÍTULO PRIMERO

UNA APROXIMACIÓN AL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO EN CHILE Y SU RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN 181

| | | |
|----|--|-----|
| 1. | BREVE COMENTARIO ACERCA DE LA INCORPORACIÓN DE LAS AGUAS AL DOMINIO PÚBLICO EN CHILE | 181 |
|----|--|-----|

| | | |
|----|---|-----|
| 2. | EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO EN CHILE | 193 |
|----|---|-----|

CAPÍTULO SEGUNDO

| | | |
|--|---|-----|
| | EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS EN CHILE. ESPECIAL REFERENCIA AL ACTO DE AUTORIDAD COMO VIA ORIGINARIA DE CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO | 197 |
|--|---|-----|

| | | |
|------|---|-----|
| 1. | ANTECEDENTES NORMATIVOS Y NORMATIVA APLICABLE | 197 |
| 2. | CONCEPTO DE DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 205 |
| 3. | NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 208 |
| 4. | CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 214 |
| 4.1. | En atención al acto que le dio origen | 214 |
| 4.2. | En atención a la inscripción del título | 216 |
| 4.3. | En atención a la utilización de los caudales | 218 |
| 4.4. | En atención a la disponibilidad del recurso | 221 |
| 4.5. | En atención al tiempo de uso del recurso | 222 |
| 5. | CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 223 |
| 5.1. | Es un derecho principal o autónomo | 223 |
| 5.2. | Es un derecho que originariamente se adquiere a título gratuito y a perpetuidad | 232 |
| 5.3. | Se expresa en volumen por unidad de tiempo | 237 |
| 5.4. | Concede al titular ciertas prerrogativas para que pueda ejercitar el derecho de aprovechamiento | 238 |

| | | |
|--------|--|-----|
| 6. | SUJETOS VINCULADOS AL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 239 |
| 6.1. | El titular del derecho de aprovechamiento de las aguas | 239 |
| 6.2. | Las Organizaciones de Usuarios de aguas | 241 |
| 6.3. | El rol de la Administración Pública: La Dirección General de Aguas | 244 |
| 7. | OBJETO DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 249 |
| 8. | CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 250 |
| 8.1. | Naturaleza jurídica de la constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas | 251 |
| 8.2. | Procedimiento de constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas superficiales | 256 |
| 8.2.1. | La iniciación del procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento | 257 |
| 8.2.2. | La instrucción del procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento | 262 |
| 8.2.3. | La finalización del procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento | 267 |
| 8.2.5. | La impugnación de la resolución que decide acerca de la solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento | 270 |
| 8.2.6. | El silencio administrativo de la DGA | 271 |
| 8.3. | Efectos jurídicos derivados de la constitución del derecho de aprovechamiento de las aguas | 273 |
| 8.3.1. | Facultades que se ejercen respecto la cosa objeto del derecho real | 274 |

| | |
|---|-----|
| 8.3.2. Facultades que se ejercen respecto del derecho real propiamente tal | 278 |
| 8.3.3. Facultades que se ejercen respecto del dominio vinculado al derecho real de aprovechamiento de las aguas | 282 |
| 9. TRANSFERIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 285 |
| 9.1. El principio de libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas | 286 |
| 9.2. La transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas desde el punto de vista de la dogmática jurídica | 287 |
| 9.2.1. La tradición de los derechos de aprovechamiento de aguas inscritos | 288 |
| 9.2.2. La tradición de los derechos de aprovechamiento de aguas no inscritos | 289 |
| 9.3. La transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas desde el punto de vista de la ciencia económica: El mercado de las aguas | 291 |
| 9.3.1. Fundamentación para el establecimiento del mercado como herramienta de gestión de los recursos hídricos: El aspecto teórico | 294 |
| 9.3.2. El funcionamiento del mercado de aguas: El aspecto práctico | 299 |
| 9.3.3. La vía al perfeccionamiento del mercado como herramienta de gestión del recurso hídrico | 301 |

TERCERA PARTE

ANÁLISIS COMPARATIVO ACERCA DEL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA Y CHILE

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONFORMACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO Y SU RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN

| | | |
|--------|---|-----|
| | | 307 |
| 1. | LA INCORPORACIÓN DE LAS AGUAS AL DOMINIO PÚBLICO | 307 |
| 1.1. | La génesis común de la configuración del dominio público hidráulico de España y Chile | 309 |
| 1.1.2. | Las aguas en la <i>summa divisio</i> de las cosas en el Derecho Romano | 309 |
| 1.1.3. | La categorización de las aguas en el Antiguo Régimen de España | 310 |
| 1.2. | La bifurcación de la línea evolutiva respecto a la regulación del dominio público hidráulico en los ordenamientos jurídicos de España y Chile | 312 |
| 1.2.1 | La evolución del concepto de dominio público hidráulico en España: Desde el surgimiento del Estado constitucional hasta nuestros días | 312 |
| 1.2.2 | La evolución del concepto de dominio público hidráulico en Chile: Desde la época colonial hasta nuestros días | 316 |
| 2. | EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO | 322 |
| 2.1. | Los usos que se pueden ejercer sobre el dominio público hidráulico | 322 |
| 2.2. | Justificación del derecho al uso privativo del dominio público hidráulico | 325 |

| | |
|--|-----|
| 2.3. Forma de ejercer el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico | 327 |
|--|-----|

CAPÍTULO SEGUNDO

| | |
|--|------------|
| EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS. ESPECIAL REFERENCIA AL TÍTULO ADMINISTRATIVO QUE CONSTITUYE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO | 333 |
|--|------------|

| | |
|---|-----|
| 1. DESARROLLO NORMATIVO DE LA TEMÁTICA | 333 |
| 2. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 335 |
| 3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 337 |
| 4. SUJETOS VINCULADOS AL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 341 |
| 4.1. El titular del derecho de aprovechamiento de las aguas | 341 |
| 4.2. Las Organizaciones de Usuarios | 345 |
| 4.3. La Administración Pública Hidráulica | 346 |
| 5. OBJETO DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 348 |
| 6. CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 350 |
| 6.1. Naturaleza jurídica del acto de constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas | 350 |
| 6.2. El procedimiento de constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas | 353 |
| 7. EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 357 |

| | | |
|------|--|-----|
| 8. | TRANSFERIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 360 |
| 8.1. | El principio de libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas | 360 |
| 8.2. | La transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas desde el punto de vista de la dogmática jurídica | 362 |
| 8.3. | La transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas desde el punto de vista de la ciencia económica: El mercado de las aguas | 364 |
| 9. | INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS | 369 |
| | CONCLUSIONES | 375 |
| | FUENTES DE REFERENCIA | 387 |
| - | BIBLIOGRAFÍA | 387 |
| - | WEBGRAFÍA | 412 |
| - | NORMAS JURÍDICAS | 415 |
| | <i>INTERNACIONAL</i> | 415 |
| | <i>UNIÓN EUROPEA</i> | 415 |
| | <i>ESPAÑA</i> | 415 |
| | <i>CHILE</i> | 418 |
| - | JURISPRUDENCIA | 420 |
| | <i>ESPAÑA</i> | 420 |
| | <i>CHILE</i> | 422 |
| | ANEXOS | 425 |
| - | ANEXOS GENERALES | 425 |

| | | |
|---|--|-----|
| | <i>ANEXO I: Conclusiones (versión en inglés)</i> | 425 |
| - | ANEXOS ESPAÑA | 437 |
| | <i>ANEXO I: Organigrama de la Confederación Hidrográfica del Ebro</i> | 437 |
| | <i>ANEXO II: Casos de contratos de cesión al uso privativo de las aguas</i> | 441 |
| - | ANEXOS CHILE | 447 |
| | <i>ANEXO I: Organigrama DGA</i> | 447 |
| | <i>ANEXO II: Diagrama de tramitación de solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento</i> | 448 |
| | <i>ANEXO III: Funcionamiento del mercado de derechos de aprovechamiento de aguas en el ámbito agrícola</i> | 449 |

INTRODUCCIÓN

Esta tesis tiene por objeto, en primer lugar, tal como se infiere de su título, el análisis del derecho al uso privativo de las aguas y su configuración como un derecho real de aprovechamiento en los ordenamientos jurídicos de España y de Chile; y, en segundo lugar, el análisis crítico comparativo de ambos sistemas.

La preocupación concerniente a los recursos hídricos ha estado permanentemente presente a lo largo de la historia de la humanidad¹, especialmente respecto de aquellos asentamientos ubicados en territorios que, en virtud de su conformación geográfica, han sufrido su escasez, producto de los períodos de sequías². Sin embargo, no fue hasta la industrialización cuando esta preocupación comenzó a generalizarse y a alcanzar ciertas regiones que, aún careciendo de períodos de sequía, comenzaron a sufrir la escasez del recurso³, generada, en esta ocasión, a

¹ A este respecto cabe recordar que “el agua es un recurso natural escaso, indispensable para la vida y para el ejercicio de la mayoría de las actividades económicas, irremplazable, no ampliable por la mera voluntad del hombre, irregular en su forma de presentarse en el tiempo y en el espacio y fácilmente vulnerable y susceptible de usos sucesivos”. ÁLVAREZ CARREÑO, S. (*et al*), “El derecho administrativo y la protección del medio ambiente”, en VICENTE GIMÉNEZ, T. (dir.), *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, Madrid, Trotta, 2002, p. 171.

² Para ahondar en el concepto de sequía, su clasificación, y su conformación como elemento fáctico para su regulación véase: BRUFAO CURIEL, P., “El régimen jurídico de las sequías: Crítica a la regulación extraordinaria y urgente de un fenómeno natural y cíclico propio del clima”, *Revista de Administración Pública*, N° 187, enero – abril 2012, pp. 199 – 239.

³ El tema de la escasez como justificación de la implementación de mecanismos de asignación de recursos hídricos, también ha sido tratado en: CASADO PÉREZ, V., “Administraciones públicas y mercados en la gestión del agua”, *Revista General de Derecho Administrativo* N° 25, 2010, pp. 1-50; *La nueva economía del agua*, Madrid, Editorial Catarata, 2008; SANZ RUBIALES, I. Y CARO-PATÓN CARMONA, I., “Los mercados artificiales de recursos naturales”, en SANZ LARRUGA, F. J., GARCÍA PÉREZ, M. Y PERNAS GARCÍA, J. J., *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, INAP, 2013, pp. 461-488.

consecuencia de la intensiva utilización de las aguas⁴ y de su contaminación⁵.

Los efectos generados por la escasez de los recursos hídricos recaen, de forma inevitable, sobre la sociedad en su conjunto, que se verá enfrentada a un incremento de su valor económico, a una serie de conflictos socio – ambientales derivados de la creciente competencia entre los distintos usuarios y a un aumento en los impactos ambientales en virtud de su uso. Considérese, además, tal como señala BAUER que “la forma en que estas tendencias se interrelacionan y se refuerzan entre ellas, conduce a un círculo vicioso de empeoramiento de los problemas del agua, en muchas partes del mundo” agregando que se trata de “un problema de calidad del agua, así como de cantidad”⁶.

A partir de la necesidad de paliar los efectos generados por la escasez de las aguas, surge la necesidad por parte de los Estados de determinar un modelo de gestión de los aprovechamientos de los recursos hídricos que permita, por una parte, distribuir las aguas entre los distintos usuarios de una forma adecuada; y, por otra, preservar el recurso conforme a unos

⁴ A este respecto señala BAUER que, “el crecimiento de la población y de la economía estimulan la demanda global de agua, usada para variados propósitos, incluyendo las necesidades domésticas y para beber, riego agrícola, industria minera y manufacturera, generación eléctrica, salud pública, protección del ambiente, navegación y recreación.”, en BAUER, C., “Vendiendo agua, vendiendo reformas. Lecciones de la experiencia chilena”, *Revista Ambiente y Desarrollo*, V. XIX, Nº 3 y 4, CIPMA, 2003, p. 6.

⁵ La contaminación también supone escasez del recurso hídrico. Así lo ha entendido también CASADO CASADO indicando que “en buena medida, una de las causas de la escasez de las aguas ha sido su pérdida de calidad a consecuencia de la contaminación generada, entre otros factores, por los procesos de industrialización.”, en CASADO CASADO, L., *Los vertidos en aguas continentales. Las técnicas de intervención administrativa*, Granada, Comares, 2004, p. 12. En ese mismo sentido se ha manifestado MARTÍN MATEO, quien advierte que el problema que afecta a la calidad de las aguas “aparece conectado con la limitación de los recursos disponibles para las crecientes necesidades de desarrollo”, en MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, V. II, Madrid, Trivium, 1992, p. 3.

⁶ BAUER, C., “Vendiendo agua, vendiendo...”, *op. cit.*, p. 6. Así también lo ha entendido MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, considerando el análisis de la escasez desde la perspectiva cuantitativa y cualitativa del recurso hídrico, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de Aguas*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 309–310.

parámetros de calidad científicamente comprobados⁷. Este objetivo deberá ser cumplido a través de la implementación de una normativa “que establezca reglas claras tanto respecto de los títulos que posibilitan su aprovechamiento, como de su administración y distribución.”⁸, finalmente, “el derecho de aguas es el derecho de la escasez del agua”⁹.

A partir del análisis de la normativa comparada se ha podido observar la existencia de modelos centralizados y descentralizados de gestión de los recursos hídricos¹⁰. Son modelos centralizados aquellos cuya administración y distribución de las aguas le corresponde al Estado a través de las Administraciones Públicas correspondientes. En contraposición, son modelos descentralizados, aquellos cuya administración y distribución de las aguas le corresponde a los particulares mediante la aplicación de la herramienta de mercado¹¹.

La intención de este trabajo es llevar a cabo un estudio de Derecho comparado acerca del régimen jurídico aplicable a los derechos de aprovechamiento de las aguas, entendido como utilización privativa, tanto respecto de un modelo centralizado como descentralizado de gestión de

⁷ A este respecto, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER señala que se trata de “establecer una ordenación para distribuir los volúmenes, compatibilizar usos distintos, relacionarlos; también, fijar un orden entre ellos, una prelación (...) el mantenimiento de determinadas condiciones mínimas de calidad de los recursos (...) ya que en otro caso, *se disminuyen los caudales a utilizar posteriormente.*”, en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de Aguas*, *op. cit.*, p. 310.

⁸ VERGARA BLANCO, A., “Focalizando la agenda de un recurso común: el desafío de potenciar la autogestión de las aguas en Chile”, *Temas de la Agenda Pública. Centro de Políticas Públicas UC*, Nº 56, Año 7, noviembre 2012, p. 1.

⁹ VERGARA BLANCO, A., “El derecho de la sequía: La redistribución de aguas”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, V. I, Nº 2, julio-diciembre 1999, p. 361.

¹⁰ Últimamente ha surgido una nueva tendencia que propone un “modelo de autogestión de las aguas”. Véase: VERGARA BLANCO, A., “Focalizando la agenda...” *op. cit.*

¹¹ Si bien pueda contemplarse una Administración pública hidráulica en un modelo descentralizado, ello no significa que se transforme en centralizado. Por otra parte, en un modelo centralizado puede que se contemplen figuras propias del mercado, pero que no signifiquen un cambio hacia un modelo descentralizado. Para determinar si se trata de uno u otros, deberá verificarse el nivel de intervención administrativa que contempla la normativa. Si se trata de una intervención mínima, estaremos en presencia de un sistema descentralizado. En cambio, si la intervención administrativa aparece como pilar fundamental del modelo, se trata de un sistema centralizado de gestión de recursos hídricos.

recursos hídricos. Para el análisis del modelo centralizado se ha elegido el que contempla el ordenamiento jurídico de aguas de España, y para el estudio del modelo descentralizado se ha optado por el que se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico de aguas de Chile.

Las principales razones que confluieron para optar por el estudio de los modelos de gestión de recursos hídricos establecidos por estos países fueron tres. En primer lugar, tal y como se ha señalado, debido a que estos Estados cuentan con sistemas abiertamente contrapuestos, encontrándose cada uno de ellos en el extremo de sus respectivas categorías. Así, el modelo español, que guarda una importante y tradicional trayectoria histórica basada en la intervención administrativa, se presenta frente al modelo chileno, caracterizado por ser el más liberal de los modelos liberales reconocidos en el planeta. En segundo lugar, porque en ambos países se ha revelado una problemática similar respecto al tema de la sequía, considerando que los dos contemplan, en general, el mismo tipo de clima mediterráneo. En tercer y último lugar, en atención al acercamiento personal respecto de uno y otro sistema, toda vez que la formación general de pregrado en materia de Derecho se ha obtenido en Chile y la formación especial, en materia de aguas, se ha adquirido a lo largo de los estudios de postgrado en España.

De lo que se trata, en definitiva, es de aportar, tanto a la doctrina chilena como a la española, un panorama general en materia de derechos de aprovechamiento de aguas correspondiente a su propia realidad y de otra que se le contrapone, con la finalidad última de vislumbrar sus fortalezas y debilidades, que a su vez sirvan de base para posibles futuras modificaciones normativas respecto a aquellos puntos que se hayan observado como deficitarios. Finalmente, tal como lo ha expresado GALLEGO ANABITARTE “la mejor manera de estudiar una institución jurídica nacional es compararla con otra extranjera. La comparación permite superar la

estrechez de miras, de espíritu crítico, y obliga a replantear convencionalismos recibidos”¹².

La elección del tema surge a raíz de los estudios realizados en el ámbito del Master en Derecho Ambiental de la *Universitat Rovira i Virgili* y de la posterior realización del trabajo final correspondiente¹³, a través de los cuales se constata el primer acercamiento al estudio de los derechos al uso privativo de las aguas en España derivados del contrato de cesión que consagra la Sección II, del Capítulo III, del Título IV del Texto Refundido de la Ley de Aguas¹⁴. A través del análisis de esta figura se generaron una serie de inquietudes derivadas, fundamentalmente, de la intervención administrativa y de sus facultades exorbitantes tendentes, no solo a la ordenación de los recursos hídricos desde un punto de vista meramente económico, sino también a la protección y conservación del recurso desde su aspecto ambiental. Sin lugar a dudas, para cualquier jurista chileno dedicado al tema de aguas, acostumbrado a que estas materias se encuentren gestionadas a través del mercado, donde la Administración pública se encuentra reducida a su mínima expresión, y donde la normativa referente a la protección y conservación del medio ambiente carece, en general, de una verdadera implementación, se trata de un paradigma digno de confrontar.

Esta inquietud se intensificó, una vez observado que las actuales tendencias que se han presentado en materia de gestión de los recursos hídricos, han apuntado, en España, hacia una liberalización y, en Chile, hacia ciertas demandas de estatización, y que son reflejo de proyectos de reformas

¹² GALLEGO ANABITARTE, A., “El Derecho español de aguas en la historia y ante el Derecho comparado”, en GALLEGO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ RAXACH, A., Y DÍAZ LEMA, J. M., *El Derecho de Aguas en España*, Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986, p. 16.

¹³ Este trabajo final, realizado en el marco del Master Oficial en Derecho Ambiental de la *Universitat Rovira i Virgili*, con el título “Los contratos de cesión de derechos al uso privativo de las aguas”, fue presentado en Tarragona, el día 14 de julio de 2009.

¹⁴ Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas – en adelante, TRLA –.

legales presentadas en uno y otro Poder Legislativo. En España, la tendencia hacia la liberalización de la gestión de los recursos hídricos tiene cabida a través de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que incorpora los contratos de cesión y los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas. A lo largo de los años siguientes esta flexibilización ha ido, además, en aumento, mediante la implementación de medidas urgentes en materia de medio ambiente¹⁵. En Chile, por el contrario, se han presentado una serie de movimientos sociales que demandan la estatización de la gestión de los recursos hídricos, en franca oposición con el modelo liberal actualmente vigente. En virtud de tales demandas se ha presentado ante el Congreso Nacional un Proyecto de reforma constitucional con la pretensión de que la Constitución Política de la República consagre expresamente el dominio público hidráulico y los efectos que de ello se derivan¹⁶.

En virtud de tales antecedentes, hemos considerado que se justificaba la realización de una investigación más minuciosa acerca del tema del uso privativo de las aguas y sus implicaciones en España y Chile, con el propósito de contribuir, en alguna medida, a la conformación del Derecho mediante un trabajo actual, sistemático, reflexivo y de índole comparada.

Antes de presentar la estructura de esta tesis, hemos considerado necesario realizar algunas prevenciones con relación a su objeto. El trabajo versa concretamente sobre los regímenes jurídicos de España y Chile en lo referente a los derechos de aprovechamiento de las aguas continentales superficiales. Hemos excluido, en consecuencia, el análisis correspondiente

¹⁵ Véase la Ley 11/2012, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, derivada de la tramitación como Ley del Real Decreto-Ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente. Sobre esta Ley puede verse el trabajo de NAVARRO CABALLERO, T. M., "Reflexiones sobre la última reforma en materia ambiental. La quimera de la simplificación administrativa", en NAVARRO CABALLERO, T. M. (dir.), *Estudios jurídicos constitucionales y administrativos con especial referencia a la Administración local. Homenaje al profesor José Antonio López Pellicer*, Universidad de Murcia, 2013, pp. 517-548.

¹⁶ S. E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA, Mensaje con el que se inicia un proyecto de reforma constitucional que modifica el artículo 19, numerales 23 y 24, de la Constitución Política de la República de Chile.

al régimen jurídico de las aguas marítimas, y también de las aguas subterráneas. De estas últimas, eventualmente se realizarán breves comentarios en atención a la importancia que puedan revestir en ciertos temas, como el caso de la aplicación del contrato de cesión en el ámbito del Plan Especial del Alto Guadiana¹⁷. Asimismo, destacamos que el análisis se centra en los derechos de aprovechamiento de aguas otorgados en virtud de un acto administrativo, sea que este se denomine concesión, o acto de autoridad, por lo que se excluye también el estudio de aquellos derechos otorgados por disposición legal o en virtud de usos consuetudinarios, salvo ciertas menciones necesarias para presentar el contexto general. Finalmente, se reitera que se trata de un estudio de Derecho comparado realizado respecto al ordenamiento jurídico de aguas de España¹⁸ y de Chile, por lo que se excluye la referencia a los ordenamientos jurídicos de aguas de otros Estados, sin desconocer la importancia que revisten, referentes a esta temática, los modelos de gestión de recursos hídricos de California, y en general del Oeste de Estados Unidos, de Israel, de Australia, entre otros.

Habiéndose realizado las aclaraciones previas, y establecido el objeto de esta investigación de forma concreta, corresponde entonces hacer referencia al esquema de la tesis. Esta consta de tres partes diferenciadas. En la primera, se analiza el derecho al uso privativo de las aguas en España, configurado como un derecho de aprovechamiento, la que se estructura, a su vez, en cuatro capítulos. El primer capítulo tiene por objeto presentar una aproximación general al dominio público hidráulico en España y su régimen de utilización. El segundo capítulo alude al derecho de aprovechamiento de las aguas en España con especial referencia a la concesión como vía principal de constitución de tales derechos. El capítulo tercero se refiere al

¹⁷ Real Decreto 13/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Plan Especial del Alto Guadiana.

¹⁸ Para la realización de este trabajo, se ha considerado, principalmente, la normativa estatal. Sin embargo, en ciertas ocasiones se hace referencia a cierta normativa autonómica, en el intento de reflejar la realidad administrativa territorial. Se advierte, finalmente, que se excluye el tratamiento de los mercados de derechos de aguas de Canarias.

contrato de cesión del derecho al uso privativo de las aguas como instrumento de transmisión de los derechos de aprovechamiento. Finalmente, el capítulo cuarto, trata sobre los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, también considerados como una herramienta de transmisión de los derechos de aprovechamiento.

En la segunda parte, se intenta seguir, dentro de lo posible, el mismo esquema presentado respecto a la primera parte, pero esta vez en lo referente al derecho al uso privativo de las aguas en Chile, configurado como un derecho de aprovechamiento. Este solo consta de dos capítulos, toda vez que en este sistema jurídico, las figuras del contrato de cesión y del centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, no han sido contempladas. Así, se presenta un primer capítulo cuya pretensión es realizar en examen aproximado del tratamiento del dominio público hidráulico en Chile, y su régimen de utilización. El segundo capítulo analiza el derecho de aprovechamiento de las aguas en Chile, enfatizándose su mecanismo de transferencia mediante la herramienta del libre mercado.

En la tercera y última parte, se realiza el análisis comparativo acerca del derecho al uso privativo de las aguas, configurado como derecho de aprovechamiento, en España y en Chile. Esta parte está integrada por dos capítulos. En el primero, se analiza desde un punto de vista crítico la conformación del dominio público hidráulico tanto en España como en Chile y sus correspondientes regimenes de utilización. En el capítulo segundo, se utiliza el mismo mecanismo de análisis para confrontar el derecho de aprovechamiento de las aguas que regula el ordenamiento jurídico de aguas chileno y español, con especial referencia al título administrativo que los constituye y a las fórmulas liberalizadoras o interventoras establecidas para la transmisión de tales derechos.

El trabajo finaliza con unas conclusiones que intentan reflejar el resultado de la problemática revisada desde el análisis crítico realizado, intentando

aportar las reflexiones objetivas o valorativas que se han considerado oportunas.

La presente tesis se ha elaborado dentro del ámbito de un Programa de Doctorado en Derecho, por lo que la perspectiva utilizada ha sido principalmente jurídica, No obstante, con la convicción de que el Derecho de aguas recae sobre un recurso que reviste una serie de aristas, no solo de índole económica, sino también social y, especialmente, ambiental, se ha realizado el esfuerzo de considerar otras disciplinas y ciencias, en la medida que fuese necesario para una mejor comprensión de las regulaciones existentes¹⁹.

Cabe señalar, además, que en lo referente al análisis jurídico, este se ha realizado específicamente en base a la perspectiva jurídico-administrativa. Si bien es cierto que la regulación general de la gestión de los recursos hídricos proviene del Derecho administrativo, también se han considerado otras ramas del Derecho, en especial al Derecho civil, en lo que se refiere al contenido del derecho real y subjetivo de aprovechamiento de las aguas. Advirtiendo que se trata de dos ámbitos del Derecho donde se presentan las mayores disquisiciones doctrinarias, revelándose la eterna pugna entre publicistas y privatistas, se ha intentado presentar un panorama integrador de estas dos disciplinas que fundamentalmente conforman una sola doctrina general del Derecho.

Los métodos de investigación que se han adoptado corresponden, principalmente, al exegético – dogmático. Se ha procedido a analizar desde un punto de vista crítico y reflexivo las normas jurídicas vigentes que conforman el ordenamiento jurídico de aguas en Chile y en España, y también las derogadas cuando hayan establecido principios o motivaciones

¹⁹ La necesidad de integrar en el análisis jurídico disciplinas extra jurídicas no es novedosa, sino que ha sido contemplada, de forma general, especialmente por la doctrina estudiosa del Derecho Ambiental, entre otros ámbitos. Véase al respecto: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “Reflexiones sobre la problemática actual de la gestión de las aguas”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Gestión del agua y medio ambiente*, Madrid, Civitas, 1997, p. 24.

esenciales para la comprensión de la regulación actual. Del mismo modo se ha analizado una serie de estudios doctrinales relevantes y jurisprudencia elaborada en el seno del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, en España, y de la Corte Suprema, la Corte de Apelaciones y la Contraloría General de la República, en Chile.

Las fuentes referenciales que han sido utilizadas a lo largo de este trabajo, provienen principalmente de la consulta de los catálogos bibliográficos y préstamos de los materiales correspondientes de las bibliotecas de la *Universitat Rovira i Virgili*, de la Universidad Autónoma de Barcelona, de la Universidad de Barcelona, de la Universidad Pompeu Fabra, de la Universidad de Girona, de la Universidad del País Vasco, de la Universidad de Cantabria, de la *Universitat Jaume I*, y del *Il·lustre Col·legi d'Advocats* de Barcelona, ubicadas en España; y de las bibliotecas de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de la Universidad de Chile, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca y de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Chile, ubicadas en Chile.

Cabe destacar, asimismo, que para la elaboración de este trabajo han sido fundamentales las diferentes estancias de investigación que, por un período total de 12 meses, se han realizado en el Centro de Derecho Ambiental de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca. Asimismo, han sido muy valiosos los contactos que se han mantenido, especialmente con las profesoras Pilar Moraga y Valentina Durán del CDA, con el Doctor Iván Obando, y la profesora Andrea Sangüeza de la Facultad de Derecho de la Universidad de Talca, con el Doctor Alejandro Vergara y la Doctora Daniela Rivera del Programa de Derecho Administrativo Económico de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile; con el profesor Pablo Jaeger, jefe del Departamento Legal de la DGA durante los años 1995 y 2003, y con el señor Juan Pablo Orrego, ecólogo y director de la ONG Ecosistemas.

Finalmente, cabe señalar que este trabajo se ha cerrado, a efectos de incorporación de las fuentes normativas y doctrinales y jurisprudenciales, el día 31 de marzo de 2013.

Habiéndose presentado el objetivo perseguido por esta tesis y la estructura sobre la cual se basa, así como la metodología utilizada, no nos cabe más que dotarla de contenido, en manifiesto de un profundo compromiso hacia la implementación de la ciencia jurídica y de la ilusión por contribuir, aunque sea modestamente, en el desarrollo del Derecho.

PRIMERA PARTE

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA. SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHO DE APROVECHAMIENTO

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA Y CHILE. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

Carolina de Lourdes Riquelme Salazar

Dipòsit Legal: T.59-2014

El derecho al uso privativo de las aguas en España y Chile. Un estudio de Derecho comparado

CAPÍTULO PRIMERO

UNA APROXIMACIÓN AL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO EN ESPAÑA Y SU RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN

Para tratar el derecho al uso privativo de las aguas, al que hemos entendido como un derecho de aprovechamiento²⁰, hemos considerado necesario dotar al lector de ciertas pautas generales, con el objeto de situarlo en el contexto en que aquel ha de operar. A este respecto habrá de entenderse que este derecho al uso privativo se ejerce sobre el dominio público hidráulico, tal y como se desprende el artículo 52.1 del TRLA.

El presente capítulo, en consecuencia, tiene por objeto presentar un panorama general y acotado acerca del dominio público hidráulico español, para lo cual se ha procedido a analizar la forma en que este se ha acuñado en las respectivas legislaciones a lo largo de la historia hasta conformar su actual concepto, para luego, poder determinar los mecanismos jurídicos por los cuales se permite su utilización, dentro de los cuales se configura aquel uso que se le otorga a un titular para que lo ejerza de forma exclusiva y excluyente: el uso privativo, entendido como el aprovechamiento de los recursos hídricos.

1. BREVE COMENTARIO ACERCA DE LA INCORPORACIÓN DE LAS AGUAS CONTINENTALES AL DOMINIO PÚBLICO EN ESPAÑA

Si bien el régimen de los bienes que conforman el dominio público español se ha heredado del Derecho Romano y medieval, cierta doctrina señala que “de poco sirve remontarnos tan lejos en el nacimiento del dominio público cuando ni en la época romana ni en la medieval disponían de un régimen

²⁰, Afirmación respecto de la cual intentaremos hacernos cargo en el apartado 2 del Capítulo Segundo de esta Primera Parte *infra*.

jurídico suficientemente acotado que pudiera constituir la base del demanio moderno”²¹.

No obstante lo anterior, consideramos que al menos, habrá de tenerse presente que ciertos conceptos básicos provenientes del Derecho Romano, habiendo sido recogidos a través de los años, han pervivido hasta el día de hoy, posibilitando la concepción de este “demanio moderno”.

Revisten tal importancia, para identificar al dominio público, los conceptos de *res publicae in uso publico*, y el consecuente ejercicio de la *publicatio*, entendido por VILLAR PALASÍ como una técnica jurídica en virtud de la cual la Administración construye un título de intervención plena respecto de determinados bienes, sacándolos de la esfera de la apropiabilidad, con la finalidad de proteger y ordenar su utilización, en virtud del interés general²².

De este modo, a través de los años, se han ido incorporando a distintos cuerpos normativos los bienes que, a través de la *publicatio*, se han entendido como parte integrante del dominio público. Es lo que ocurre con las aguas.

En la normativa española, una de las primeras apariciones de las aguas consideradas como bienes de dominio público, se remonta a la Legislación Hipotecaria²³. En ella se establece que “las riberas, los ríos y sus márgenes, entre otros”, son bienes destinados al uso general, que en razón de su carácter de inapropiados, por no constituir patrimonio exclusivo de ninguna

²¹, GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *La titularidad de los bienes del dominio público*, Monografías Jurídicas, Madrid, Marcial Pons, 1998, p. 24.

²² Cfr.: VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho Administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, 1969, pp. 32-33, citado por GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *La titularidad ...*, op. cit., p. 32. Cfr.: SERNA VALLEJO, M., “Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 59.

²³ Real Decreto, de 6 de noviembre de 1863, que regula la inscripción de los bienes y derechos reales del Estado y de las Corporaciones Civiles, en virtud de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 y el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864. (actualmente derogado).

persona o corporación, quedan sometidos a la jurisdicción e imperio del Estado²⁴.

Posteriormente, el 3 de agosto del año 1866, entra en vigor la primera Ley de Aguas del país²⁵, donde se “identifica el concepto de dominio público con el destino al uso público y lo refiere a bienes sobre los que el Estado no tiene la propiedad (su titular es la Nación) sino, a lo sumo, el dominio eminente”²⁶, señalando que “*Por domino público de la Nación entiende el que a ésta compete sobre aquellas cosas cuyo uso es común por su propia naturaleza o por el objeto a que se hallan destinadas; tales son, por ejemplo, las playas, caminos, ríos, muelles y puertos públicos (...)*”²⁷.

Destacándose por la regulación del dominio público en general, especifica asimismo el dominio público hidráulico como todas las aguas de los ríos desde su nacimiento a su desembocadura, las aguas continuas y discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales, y las aguas que nacen continua o discontinuamente en terrenos de dominio público así como las halladas en la zona de trabajo de obras públicas o las sobrantes de fuentes, cloacas y establecimientos públicos²⁸.

²⁴ MENÉNDEZ REXACH, A., “El dominio público como institución jurídica: Configuración histórica y significado actual en el Derecho Público español”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 10, 2004, pp. 211 y 212.

²⁵ Para GARCÍA DE ENTERRÍA “el monumento legal más prestigioso de toda nuestra legislación administrativa del XIX”. Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1974, p. 65.

²⁶ MENÉNDEZ REXACH, A., “El dominio público como institución jurídica ...”, *op. cit.*, p. 214. En ese mismo sentido se manifiesta MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, señalando que el concepto de dominio público de la Ley de Aguas de 1866 “(...) de modo claro y terminantemente aparece inexorablemente fijado en razón del *uso público*, y atribuido a la colectividad; sin sujeto determinado. El dominio público se atribuye así a todos”, véase: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “La elaboración de la Ley de Aguas de 1866”, *Revista de Administración Pública*, N° 32, mayo/agosto 1960, p. 35.

²⁷ Véase esta transcripción de la norma en concreto en: GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *La titularidad...*, *op. cit.*, p. 29.

²⁸ Conforme lo disponía el ya derogado artículo 4 de la Ley de Aguas de 1866. Véase nota al pie 28 de: PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 511.

Con el devenir de los años, se consideró necesario introducir ciertas modificaciones a la mencionada Ley de Aguas, para lo cual se procedió a dictar el 13 de junio de 1879 la segunda Ley de Aguas. La doctrina se encuentra acorde en considerarlas a ambas un mismo cuerpo legal²⁹, debido a que las modificaciones no fueron de carácter sustancial. Se mantiene, en consecuencia, la conceptualización otorgada al dominio público hidráulico asociándolo al uso público que, como hemos analizado previamente, correspondía única y concretamente a las aguas corrientes superficiales, también denominadas “aguas vivas”, dejando fuera de esta publicación a las aguas subterráneas.

Otro cuerpo legal relevante que contiene normas referentes al dominio público hidráulico es el Código Civil español del 26 de mayo de 1889, – en adelante, CCEsp – . En su artículo 339.1³⁰ establece el contenido general del dominio público, configurando el uso público como su fundamento. En su artículo 407³¹ especifica las aguas que conforman el dominio público hidráulico. Si bien, este precepto no hace más que repetir la norma respectiva, establecida en la Ley de Aguas de 1866-1879, logró generar

²⁹ Véase a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, cuando señala “(...) el texto de nuestra Ley de Aguas de 1866-1879 ha tenido una vigencia más que centenaria.” En: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de Aguas*, Madrid, Civitas, 1997, p. 61. En el mismo sentido, MOREU BALLONGA señala que “La ley de aguas de 3 de agosto de 1866 fue sustituida por la ley de aguas de 13 de junio de 1879 que, sin embargo, reproducía sustancialmente a la primera con retoques de escasa importancia. Puede hacerse referencia, por eso, a las leyes o la ley de aguas de 1866-1879”, véase: MOREU BALLONGA, J. L., “El marco jurídico de la política hidráulica: claves históricas y diagnóstico”, en *El agua a debate desde la Universidad. Por una Nueva Cultura del Agua*, I Congreso Ibérico sobre Gestión y Planificación de Aguas, Zaragoza, 14-18 de septiembre de 1998, p. 2.

³⁰ “*Son bienes de dominio público: 1. Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos*”.

³¹ Véase el artículo 407 del Código Civil: “*Son de dominio público: 1. Los ríos y sus cauces naturales. 2. Las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales, y estos mismos cauces. 3. Las aguas que nazcan continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio público. 4. Los lagos y lagunas formados por la naturaleza en terrenos públicos y sus álveos. 5. Las aguas pluviales que discurran por barrancos o ramblas, cuyo cauce sea también del dominio público. 6. Las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos. 7. Las aguas halladas en la zona de trabajos de obras públicas, aunque se ejecuten por concesionario. 8. Las aguas que nazcan continua o discontinuamente en predios de particulares, del Estado, de la provincia o de los pueblos, desde que salgan de dichos predios. 9. Los sobrantes de las fuentes, cloacas y establecimientos públicos*”.

conflictos en la doctrina de la época tal como lo ha expresado PLAZA MARTÍN: “La coexistencia de dos grupos normativos sobre la misma materia – y que en algunos puntos iban a partir de sistemáticas y enfoques diferentes – dio lugar a no pocos problemas en su aplicación, a los que se intentará poner fin con la Ley de Aguas de 1985, cuya Disposición derogatoria primera dispuso que dichos preceptos del Código Civil quedaban derogados en todo aquello en que se opusieran a sus preceptos”³².

Habiéndose dado paso al cambio de siglo, un nuevo ideario político, económico y social reflejado en el período de Transición, sentó las bases para la implementación de la Constitución española de 1978 – en adelante, CE –, que consagró un Estado social y democrático de Derecho³³.

La Carta Magna española, es su artículo 132, también pone atención a la importancia del recurso hídrico y dentro de este ámbito, a la categorización de las aguas como bienes de dominio público, para lo cual dispone en tres apartado que “*La ley regulará el régimen jurídico de los bienes de dominio público y de los comunales, inspirándose en los principios de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad, así como su desafectación / Son bienes de dominio público estatal los que determine la ley y, en todo caso, la zona marítimo-terrestre, las playas, el mar territorial y los recursos naturales de la zona económica y la plataforma continental. / Por ley se regularán el Patrimonio del Estado y el Patrimonio Nacional, su administración, defensa y conservación.*”. Si bien la norma contenida en este precepto no identifica de manera específica al demanio hidráulico³⁴, supone, tal como lo señala el

³² PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico”, *op. cit.*, p. 512. Para un estudio más acabado del conflicto suscitado derivado de la coexistencia de las dos regulaciones referidas al mismo tema véase: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de Aguas, op. cit.*, pp. 112-121.

³³ Véase el artículo 1 de la Constitución Española – en adelante, CE – de 1978.

³⁴ A excepción del demanio marítimo terrestre, cuya disposición se contempla expresamente en el apartado 2º del mencionado artículo 132 de la CE de 1978, actualmente vigente.

jurista EMBID IRUJO, “una revalorización de la propiedad pública”³⁵, puesto que impone al legislador la obligación de regular al recurso hídrico en consideración a su calidad de bien de dominio público³⁶.

La inclusión de los bienes que señala la CE a la categorización de dominio hidráulico, también es reflejo de la aplicación de la *publicatio*, conforme se explícita en el fundamento jurídico – en adelante, FJ – 14 de la Sentencia del Tribunal Constitucional – en adelante, STC – 227/88, de 29 de noviembre, sobre la Ley de Aguas. Tal sentencia dispone que “la incorporación de un bien al dominio público supone no tanto una forma específica de apropiación por parte de los poderes públicos, sino una técnica dirigida primordialmente a excluir el bien afectado del tráfico jurídico privado, protegiéndolo de esta exclusión mediante una serie de reglas exorbitantes de las que son comunes en dicho tráfico *iure privato*. El bien de dominio público es así ante todo *res extra commercium*, y su afectación, que tiene esa eficacia esencial, puede perseguir distintos fines: Típicamente, asegurar el uso público y su distribución pública mediante concesión de los aprovechamientos privativos, permitir la prestación de un servicio público, fomentar la riqueza nacional (art. 339 del Código Civil), garantizar la gestión y utilización controlada o equilibrada de un recurso da o equilibrada de un recurso esencial, u otros similares”.

Aún cuando existía una norma concreta que establecía la demanialidad de las aguas continentales, la declaración constitucional contemplada en el artículo 132.2, vino a dotar al legislador de la época de la facultad para determinar los bienes de dominio público hidráulico en concordancia con los ideales generales planteados por la Carta Magna. En tal contexto, se implementó la nueva la Ley 29/1985 de 2 de agosto, de Aguas, que sustituyendo a la Ley de Aguas de 1879, procedió a declarar prácticamente la totalidad de los recursos hídricos como bienes de dominio público,

³⁵ EMBID IRUJO, A., “Evolución del derecho y de la política de agua en España”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, T. I, Madrid, Civitas, 2002, p. 19.

³⁶ Cfr.: PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico”, *op. cit.*, p. 514.

incluyéndose las aguas subterráneas que habían quedado fuera de la regulación anterior, aún cuando respetó algunos de los derechos adquiridos conforme a la antigua legislación de aguas³⁷.

Advirtiéndose el ideal que subyace de sus motivaciones y de la evolución ecológica y tecnológica del período, el legislador establece, en el apartado 2º de su artículo 1º que *“Las aguas continentales superficiales, así como las subterráneas renovables, integradas todas ellas en el ciclo hidrológico, constituyen un recurso unitario, subordinado al interés general, que forma parte del dominio público estatal como dominio público hidráulico.”*. Acto seguido, en su artículo 2º, procede a describir detalladamente los bienes que conforman el dominio público hidráulico³⁸, explicitando las salvedades que también contempla la Ley.

Tales normas fueron posteriormente incorporadas sin mayores modificaciones, al actual Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas – en adelante, TRLA – . Así, el antiguo apartado 2º del artículo 1º de la Ley de Aguas de 1985, tal y como estaba redactado, pasa a conformar el apartado 3º del artículo 1º del TRLA, y se mantiene prácticamente inalterado el artículo 2º, vislumbrándose pequeñas diferencias, conforme se observa del texto actual: *“Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: a) Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación. b) Los cauces de corrientes naturales, continuas o*

³⁷ Cfr.: *Ibid.*

³⁸ Artículo 2 de la Ley 29/1985, de 2 de noviembre, de Aguas: *“Constituyen el dominio público hidráulico del Estado, con las salvedades expresamente establecidas en esta Ley: Las aguas continentales, tanto las superficiales como las subterráneas renovables con independencia del tiempo de renovación. / Los cauces de corrientes naturales, continuas o discontinuas. / Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. / Los acuíferos subterráneos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. / Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar una vez que, fuera de la planta de producción, se incorporen a cualquiera de los elementos señalados en los apartados anteriores.”* Obsérvese que este último grupo de aguas fue posteriormente introducido, a través de Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

discontinuas. c) Los lechos de los lagos y lagunas y los de los embalses superficiales en cauces públicos. d) Los acuíferos, a los efectos de los actos de disposición o de afección de los recursos hidráulicos. e) Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar”.

Finalmente, habiendo recorrido el concepto y el contenido del dominio público hidráulico a lo largo de los últimos años, será posible realizar a continuación el estudio referente al uso privativo que puede recaer respecto de este y luego poder contar con herramientas que nos permitan calificar ese uso conforme a los postulados socio-económicos que rigen al día de hoy.

2. EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO EN ESPAÑA

El análisis conceptual del derecho al uso privativo del dominio hidráulico atiende a una clasificación que es propia del dominio público en general, que distingue entre el uso común, que a su vez puede ser general o especial, y el uso privativo, y que se encuentra regulada en el Capítulo I del Título IV de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas – en adelante, LPAAPP – y por la Sección 1, del Capítulo IV, del Título I del Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de bienes de las entidades locales –en adelante, RBEL – .

El uso común general de los bienes que integran el dominio público, en general, corresponde a aquel “que puede ser ejercitado por cualquier administrado, sin que se requiera una cualificación especial”³⁹, el que puede ser realizado libremente, sin necesidad de título habilitante alguno, siempre y

³⁹ GARRIDO FALLA, F. (et al), *Tratado de Derecho Administrativo*, V. II, 13ª ed., Madrid, Tecnos, 2012, p. 586. Véase también el artículo 85.1 de la LEY 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas.

cuando se respeten las limitaciones derivadas de su naturaleza, los actos de afectación o adscripción y las disposiciones legales que le sean aplicables⁴⁰.

El uso común especial del dominio público, en general, es aquél que se ejerce *“sin impedir el uso común general pero que supone la concurrencia de circunstancias tales como la peligrosidad o intensidad del mismo, preferencia en casos de escasez, la obtención de una rentabilidad singular y otras semejantes, que determinan un exceso de utilización sobre el uso que corresponde a todos o un menoscabo de éste”*⁴¹. A diferencia de lo que ocurre con el uso común general, este uso solamente podrá ser ejercitado mediante un título habilitante, en general una autorización⁴², y eventualmente podrá estar sometido a ciertas cláusulas accesorias que persigan reducir los efectos negativos que se genere para el uso común general o respecto del bien propiamente tal o bien que impongan ciertas obligaciones destinadas a restaurar el bien a su estado anterior al aprovechamiento⁴³.

El uso privativo del dominio público, en general, corresponde al aprovechamiento determinado por *“la ocupación de una porción del dominio público, de modo que se limita o excluye la utilización del mismo por otros interesados”*⁴⁴, el que se legitima mediante un título habilitante, en general concesión⁴⁵, conferida por la administración. Este uso difiere de los anteriores, en tanto es exclusivo y excluyente. Es exclusivo porque solo toca su ocupación al titular de la concesión y es excluyente porque priva a los

⁴⁰ Conforme lo dispone el artículo 86.1 de la LPAAPP.

⁴¹ Artículo 85.2 de la LPAAPP.

⁴² Véase el artículo 86.2 de la LPAAPP.

⁴³ Cfr.: GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “Notas sobre el régimen general del dominio público”, GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, p. 101.

⁴⁴ Artículo 85.3 de la LPAAPP.

⁴⁵ Véase los artículos 86.2 y 86.3 de la LPAAPP.

demás administrados de utilizarlo. En consecuencia, la “exclusividad” constituye un elemento esencial del uso privativo del dominio público⁴⁶.

Específicamente, en materia de aguas, se sigue esta misma clasificación, la que se encuentra recogida en el Capítulo II del Título IV del TRLA, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, y en los Capítulos II y III del Título II del Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico – en adelante RDPH – , mediante los cuales, siguiendo la normativa general de los bienes dominicales, versan específicamente sobre los bienes del dominio público hidráulico.

En su artículo 50.1 identifica como uso común general el que se ejerce sobre *“las aguas superficiales, mientras discurren por sus cauces naturales, para bañarse y otros usos domésticos, así como para abreviar el ganado”*. Dispone además, en un afán de protección del recurso hídrico, que tales usos podrán llevarse a cabo siempre y cuando no se genere una alteración a la calidad o al nivel de caudal de las aguas.

A continuación, la norma procede a determinar los usos comunes especiales, para cuyo ejercicio se requerirá previa declaración responsable, como es el caso de la navegación y flotación, el establecimiento de barcas de paso y sus embarcaderos y cualquier otro uso, no incluido en los usos comunes generales, y que no sea de carácter exclusivo⁴⁷.

Finalmente, la norma hace alusión a los usos privativos del dominio público hidráulico, subclasificándolos entre aquellos que se establecen por disposición legal y los que se establecen por concesión⁴⁸.

⁴⁶ Cfr.: GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., “Notas sobre el régimen...”, *op. cit.*, p. 101.

⁴⁷ Véase el artículo 51.1 del TRLA.

⁴⁸ Véase el artículo 52.1 del TRLA.

Se establecen por disposición legal el uso privativo del dominio público hidráulico, para los propietarios de terrenos, respecto de las aguas pluviales que discurran por ella y las estancadas, dentro de sus linderos, como también aquellas aguas procedentes de manantiales y subterráneas situadas en su interior cuando el volumen total no sobrepase los 7.000 metros cúbicos al año⁴⁹.

Si bien es cierto que la norma entiende como bienes de dominio público las aguas pluviales y estancadas, es necesario atenerse a lo que se ha dispuesto por la STC 227/88 en este sentido, en tanto considera que el uso que el dueño de la finca ejerza sobre ellas no corresponde propiamente a un uso privativo sino que a “una delimitación general *ex lege* de las facultades del propietario de las fincas por las que discurren aguas pluviales o en las que se encuentren aguas estancadas”⁵⁰, finalmente, siguiendo esta tendencia, se entenderían como aguas de carácter privado. En consecuencia, la única posibilidad aparente de aprovechar el recurso hídrico de forma privativa sin que medie una concesión⁵¹, es respecto a las aguas procedentes de manantiales y las subterráneas ubicadas al interior de la finca bajo las condiciones y limitaciones que establece la ley⁵².

Respecto al uso privativo del dominio hidráulico por concesión, el legislador español establece como norma de carácter residual la disposición del artículo 59.1, señalando que: “*Todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 requiere concesión administrativa*”.

⁴⁹ Véase el artículo 54 del TRLA.

⁵⁰ Véase el FJ 23 letra e) de la STC 227/88, de 29 de noviembre.

⁵¹ Para MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, la redacción de la norma contenida en el artículo 59.1 del TRLA, que establece que “*Todo uso privativo de las aguas no incluido en el artículo 54 requiere concesión administrativa*”, no es del todo afortunada, debido a que el apartado 5 del mismo artículo dispone otra situación en la que es posible la utilización privativa del recurso hídrico sin mediar concesión y que no se encuentra contemplada en el artículo 54 señalado. Es el caso del uso privativo de las aguas por parte de los órganos de la Administración Central o de las comunidades Autónomas. Véase: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de Aguas*, *op. cit.*, p. 249.

⁵² Algunas limitaciones adicionales se encuentran en RDPH (artículos 84.2, 84.3, 85, 87, entre otros). Cfr.: PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico”, *op. cit.*, p. 589.

Si bien la concesión se establece como una norma de carácter residual constituye la regla general en esta materia. En consecuencia, se configura como la herramienta de carácter esencial para proceder al uso privativo del dominio público hidráulico, “constituye la auténtica piedra angular de todo el sistema”⁵³, y es “el eje del aprovechamiento de los recursos”⁵⁴, como enfáticamente bien ha expresado MARTÍN-RETORTILLO.

El mencionado autor es categórico en afirmar que, “la *ratio* de lo que el dominio público representa se proyecta y concreta en el uso de los bienes que lo integran, en su aprovechamiento”⁵⁵, el cual se puede llevar a la práctica en virtud del establecimiento de la figura jurídica de la concesión de los aprovechamientos privativos⁵⁶ y de su aplicación por parte de las administraciones públicas.

En el mismo sentido se ha manifestado AGUDO GONZÁLEZ considerando que “el Derecho de Aguas español mantiene una relación unidireccional entre el uso del agua autorizado y el título concesional otorgado, pues la regla general en nuestro ordenamiento es que las aguas otorgadas deben ser destinadas al aprovechamiento y, por tanto, al uso para el que fueron concedidas”⁵⁷.

Es este mencionado aprovechamiento, que recae sobre el dominio público hidráulico, establecido mediante una concesión administrativa, y que se configura como un derecho real para su titular, el objeto de estudio medular de este trabajo, en general, y del siguiente capítulo, en lo referente a la regulación española.

⁵³ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de Aguas, op. cit.*, p. 266.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de Aguas, op. cit.*, p. 200.

⁵⁶ Véase el FJ 14 de la STC 227/1988, de 29 de noviembre.

⁵⁷ AGUDO GONZÁLEZ, J., “La regulación de los usos de agua en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 115, 2011, p. 604.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA. ESPECIAL REFERENCIA A LA CONCESIÓN COMO VÍA PRINCIPAL DE CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO

Corresponde a este capítulo analizar en profundidad el derecho de aprovechamiento de las aguas en España. Seguramente, llamará la atención la terminología que hemos elegido para tratar lo que la norma correspondiente denomina “derecho al uso privativo de las aguas”. A este respecto ha de señalarse que independientemente de la nomenclatura elegida, el contenido a que se hace referencia es el mismo. Se trata del estudio del derecho que permite la utilización de las aguas de forma exclusiva y excluyente por una sola persona que detenta el estatus de titular.

A estos efectos, se procede a analizar la normativa aplicable y a ahondar en la terminología señalada. Asimismo se reflexiona acerca de la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento de las aguas. Se presenta un panorama general sobre el contenido de este derecho, para lo cual se examinan sus características y clasificación. A continuación se hace referencia a sus elementos subjetivos y objetivos, al procedimiento por el cual la Administración hidráulica lo constituye, para posteriormente finalizar con los efectos derivados de la constitución de tales derechos de aprovechamiento.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y NORMATIVA APLICABLE

En la actual normativa de aguas de España, no se ha contemplado una clara e inequívoca definición dogmática-jurídica de derecho de aprovechamiento de las aguas. Ello no significa, sin embargo, que carezca de regulación, toda

vez que le serán aplicables todas aquellas normas que guarden relación con el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico⁵⁸.

La necesidad de generación de una normativa referente a la determinación de los usos de las aguas en España tiene cabida en un momento histórico perfectamente determinable, según palabras de MARTÍN-RETORTILLO: el segundo tercio del siglo XIX, “que es cuando a la necesidad de respetar unas situaciones existentes, se une la insoslayable exigencia de una mayor explotación; cuando ésta ya no permite dejar alegremente libre el uso y el aprovechamiento del agua; cuando la vinculación a un mismo curso exige un estudio y una realización coordinada y planificada de las distintas explotaciones del mismo; cuando, incluso, es preciso establecer que quien tiene un aprovechamiento y no lo ejerce, pierde sus derechos sobre el mismo”⁵⁹. Es este el panorama que abre la senda hacia la elaboración de lo que en principio se había denominado “Ley general sobre aprovechamiento de las aguas públicas”⁶⁰ y que terminó viendo la luz como la Ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866.

Tanto la Ley de Aguas de 1866 como la de 13 de junio de 1879, que la sustituyó, regularon los aprovechamientos comunes y especiales respecto de las aguas públicas. El legislador de la época estableció como condición para el ejercicio de los aprovechamientos especiales⁶¹, la preceptiva concesión administrativa, conforme la disposición de los artículos 147 y siguientes⁶².

⁵⁸ Acerca de la terminología y concepto de derecho de aprovechamiento como derecho al uso privativo, véase el apartado siguiente del presente capítulo.

⁵⁹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “La elaboración ...”, *op. cit.*, p. 14.

⁶⁰ *Ibid.*, p.17.

⁶¹ Los aprovechamientos especiales, para la mencionada normativa, correspondían a aquellos que tenían por objeto el abastecimiento de poblaciones, el de ferrocarriles, los riegos, canales de navegación, barcas de paso, puentes flotantes, artefactos y viveros o criaderos de peces. Véase: PAN MONTOJO, F., “Legislación de Aguas”, *Revista de los Tribunales*, 9ª ed., Madrid, Góngora, 1928, p. 18.

⁶² PAN MONTOJO, F., “Legislación de Aguas”, *op. cit.*, p. XXIII.

Aún cuando los preceptos referidos guarden silencio respecto a la existencia de un “derecho subjetivo” que le corresponde al titular del respectivo aprovechamiento privativo del recurso hídrico, habría que entenderse que el legislador así lo había considerado, conforme lo expresa en la exposición de motivos de la Ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866, con el objeto de diferenciarlo del dominio: “El aprovechamiento (...) es un derecho limitado, sujeto a las condiciones impuestas por quien lo concede, y que no autoriza para abusar, sino sólo para usar en la forma y para el objeto concedido. El aprovechamiento es el uso a que por la misma Naturaleza se hallan destinadas las cosas comunes, revestido de aquellas formas que el Poder público juzga indispensables para evitar conflictos y. para que a todos alcance ese uso cuando es posible, y cuando no, a aquellos que puedan obtener de él o proporcionar al público mayores ventajas”⁶³.

Algunos años después, en 1889, es el legislador civil quien se encarga de regular el tema del uso de las aguas⁶⁴, estableciendo en la Sección Segunda del Capítulo Primero de su Título IV las disposiciones relativas al aprovechamiento de las aguas públicas. Es posible constatar, que el legislador civil adopta el mismo concepto esgrimido por el legislador de aguas para referirse a la utilización de las aguas públicas: el aprovechamiento adquirido mediante una concesión administrativa, y aún cuando lo haga además de manera subrepticia, lo reconoce como un “derecho”⁶⁵.

Mediante la Ley de Aguas de 1985, el legislador, sin dejar de hacer ciertas alusiones al concepto de aprovechamiento, opta por referirse a aquella utilización del dominio público hidráulico de forma exclusiva y excluyente, como “derecho al uso privativo de las aguas”. Es esta conceptualización,

⁶³ Véase la exposición de motivos de la Ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866 en PAN MONTOJO, F., “Legislación de Aguas”, *op. cit.*, p. 47.

⁶⁴ Situación que no estuvo exenta de conflictos debido a la existencia de una duplicidad de cuerpos normativos que se referían a la materia.

⁶⁵ Véase el artículo 411 del CCEsp, en tanto se refiere a la extinción del derecho de aprovechamiento.

que rige de forma general en el actual TRLA⁶⁶, al igual que la normativa que le había precedido, también ha utilizado en una serie de preceptos de su articulado la voz “aprovechamiento”⁶⁷.

Este derecho al “uso privativo de las aguas”, tal como lo hemos señalado anteriormente, se puede adquirir por disposición legal o a través de una concesión administrativa⁶⁸. Además, en virtud de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, el legislador incorporó nuevos mecanismos para adquirir este aprovechamiento: el contrato de cesión y el centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas⁶⁹. Ambas figuras jurídicas se encuentran actualmente contempladas en la Sección II, del Capítulo III, del Título IV del TRLA.

No obstante el lenguaje actual utilizado por el legislador, hemos considerado más apropiado desarrollar este tema, para efectos de este estudio, conceptualizar este uso privativo tal como lo hiciera el legislador de antaño: como el derecho de aprovechamiento de las aguas, conforme se explica a continuación.

2. LA TERMINOLOGÍA Y CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

La legislación de aguas española, al referirse al derecho que le cabe al titular de una concesión sobre el dominio público hidráulico, no ha establecido de manera expresa el término jurídico “derecho de

⁶⁶ Así también se encuentra regulado en el RDPH en su artículo 83.

⁶⁷ La motivación del legislador de aguas en el cambio de la terminología indicada será analizada en el apartado siguiente. Aunque podemos adelantar, que en gran parte se debe a la permanente reticencia a aceptar conceptos que hayan sido abordados desde el Derecho privado.

⁶⁸ Véase el artículo 52.1 del TRLA.

⁶⁹ Véase el artículo 61 bis de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (derogado).

aprovechamiento”, sino que ha optado por el concepto de “derecho al uso privativo”.

Si nos remontamos a la antigua Ley de Aguas de 1866/79 podremos comprobar que aquella utilizaba ampliamente, el concepto de “aprovechamiento” para calificar todo uso del agua cualquiera que fuese su intensidad. Fue con la Ley de aguas de 1985 que el legislador cambia esta conceptualización, siguiendo el esquema doctrinal de utilización del dominio público, el que se encontraba también recogido en otros textos normativos. Sin embargo, en muchas disposiciones continúa utilizando la acepción “aprovechamiento” asimilándolo al uso privativo, pero no siempre se emplea en ese sentido, sino que a veces lo entiende en su forma amplia, tal como lo hacía la normativa anterior⁷⁰.

Al igual que la actual normativa de aguas, también la mayoría de la doctrina administrativista, al analizar el uso privativo de las aguas, opta directamente por el estudio de las formas de adquirirlo, sin prestarle mayor atención al derecho que la norma le está confiriendo a su titular, su caracterización y los efectos que ello genera.

A la jurista ALCAÍN MARTÍNEZ, no le “cabe duda que el legislador no pretendía centrar su atención en la regulación de este derecho de aprovechamiento, sino que su finalidad era la elaboración de los mecanismos de control necesarios para la Administración”⁷¹. La doctrina administrativista ha seguido ese mismo criterio, lo que no deja de denotar un cierto resquemor por vincular materias que son propias del ámbito del derecho administrativo a regulaciones que puedan provenir de la esfera del derecho privado, evitando de este modo, referirse siquiera al carácter derecho que nace de la

⁷⁰ Es lo que, a nuestro juicio, ha causado la confusión en la utilización de los conceptos. Cfr.: GALLEGO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ REXACH, A., Y DÍAZ LEMA, J. M., *El Derecho de Aguas en España*, Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986, p. 527.

⁷¹ ALCAÍN MARTÍNEZ, E., *El aprovechamiento privado del agua y su protección jurídica*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1994, p. 109.

concesión del dominio público hidráulico para su titular, en tanto derecho subjetivo e individual⁷².

No obstante lo anterior, reconocer el uso privativo del dominio público hidráulico, hace indispensable el reconocimiento y regulación del estatus de los particulares en su relación jurídica con el agua mediante el establecimiento de un régimen jurídico de sus derechos y obligaciones respecto de otros particulares como también respecto de la propia Administración pública⁷³.

Reconociéndose esta necesidad, hemos de partir este estudio considerando al derecho al uso privativo de las aguas más propiamente como un derecho de aprovechamiento de las aguas, en atención a las siguientes razones⁷⁴:

- a) El “derecho de uso”, en calidad de derecho real, ya se encuentra establecido en la normativa civil⁷⁵, el cual se encuentra conformado por unos elementos que difieren del contenido del derecho de uso privativo establecido por el legislador de aguas. En consecuencia, la adopción del concepto de derecho de aprovechamiento evitaría cualquier confusión que pudiera resultar al respecto;
- b) Este derecho al uso privativo de los recursos hídricos, se constituye en calidad de derecho subjetivo para su titular, por lo que resulta redundante el adjetivo “privativo”;

⁷² Esta situación también fue observada por GONZÁLEZ PÉREZ, quien señala que para los administrativistas “existe una objeción rechazable *a limine*, aquella que, por un prurito de autonomía científica, mira con recelo todo concepto elaborado en el seno del Derecho privado. Pues una cosa es la esclavitud a los conceptos del Derecho privado y otra muy distinta es que si, al enfrentarnos con la realidad jurídica administrativa, nos encontramos con instituciones que encajan en los conceptos elaborados antes por otra disciplina jurídica, utilicemos tales conceptos”. Véase: GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los derechos reales administrativos*, Cuadernos Civitas, Madrid, Civitas, 1975, p. 15.

⁷³ Cfr: ALCAÍN MARTÍNEZ, E., “La protección jurídico-privada del derecho de aprovechamiento de aguas”, *Diario La Ley*, Nº 7.366, Sección Tribuna, 22 Mar, 2010, Año XXXI, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer, [s. p.].

⁷⁴ Cfr: ALCAÍN MARTÍNEZ, E., *El aprovechamiento privado del agua...*, *op. cit.*, p. 108.

⁷⁵ Véase el artículo 524 del CCEsp.

- c) Se ha advertido la necesidad de dotar a este derecho de un contenido propio, que lo distinga de otros similares, en atención a la importancia que reviste no solamente desde el punto de vista de la administración pública, sino que también del titular respecto del cual recae el derecho a usar el dominio público hidráulico de manera exclusiva y excluyente.

Finalmente, y en consideración a todo lo anteriormente expuesto, resulta posible conceptualizar al derecho de aprovechamiento de las aguas subsumiendo diversas definiciones doctrinales referentes a la materia, y a la normativa vigente, como “un derecho real administrativo que confiere a su titular el uso y goce exclusivo y excluyente de una porción de los recursos que integran el dominio público hidráulico con las limitaciones administrativas que establece la ley en pos del interés público general”⁷⁶.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

Partiendo de la base que la legislación de aguas española no establece ninguna conceptualización del derecho de aprovechamiento, resulta lógico suponer que no se refiera a la naturaleza jurídica del mismo⁷⁷.

⁷⁶ Cfr: ALCAÍN MARTÍNEZ, E., *El aprovechamiento privado del agua...*, op. cit., p. 109; PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico”, op. cit., p. 587; ESCUIN PALOP, C., *Presente y Futuro del Derecho de Aguas en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 190.

⁷⁷ No obstante, la LPAAPP establece en su artículo 97.1 que el titular de una concesión dispone de un derecho real sobre las obras, construcciones e instalaciones fijas que haya construido para el ejercicio de la actividad autorizada por el título de la concesión. Esta norma, es de aplicación general y tiene el carácter de legislación básica, conforme se expresa en los apartados 2º y 5º de la Disposición Final Segunda del mismo cuerpo legal. En consecuencia, aún refiriéndose a un tipo especial de concesiones, es posible extrapolar el carácter de derecho real a la generalidad de las concesiones demaniales, lo que incluiría el dominio público hidráulico. Asimismo, se contempla en el artículo 107.5 del Decreto de 8 de Febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria, que los derechos sobre las aguas tienen el carácter de real, en tanto dispone: “*Podrán también hipotecarse (...) 5. Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real*”.

En este contexto tanto la labor de la doctrina como de la jurisprudencia constituye una fuente elemental para la determinación y construcción del derecho, la cual, desde antaño ha discutido la posibilidad de considerar al derecho que surge, de una concesión, para su titular dentro de la categoría de los derechos reales⁷⁸.

Ciertos autores, en principio, se negaron a aceptar que una figura gestada en el seno del Derecho civil pudiera tener aplicación en el ámbito del Derecho Administrativo⁷⁹. Sin embargo, actualmente, se encuentra aceptada, de forma general, la tesis que considera al derecho de aprovechamiento de las aguas como un derecho real administrativo⁸⁰.

Desde la rama del Derecho administrativo, así lo ha entendido MARTÍN-RETORTILLO, quien señala que “el derecho que otorga la concesión constituye un derecho público subjetivo a ejercer sobre el bien de dominio público que es obligado a respetar; derecho real, derecho de goce de contenido patrimonial, *ius in re aliena*, inscribible en el Registro de la Propiedad”⁸¹. En el mismo sentido, PLAZA MARTÍN, se refiere a los derechos al uso privativo del dominio público hidráulico como “derechos reales administrativos que confieren a su titular una serie de facultades para el aprovechamiento exclusivo de una porción de los recursos que lo integran,

⁷⁸ Acerca del debate doctrinario sobre la existencia de los derechos reales administrativos, véase: GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los derechos reales administrativos*, *op. cit.*, pp. 11-27.

⁷⁹ Recordemos la permanente desconfianza que manifiesta la doctrina en que una disciplina del Derecho pueda invadir a otra, determinándola o esclavizándola, tal como sucede entre civilistas y administrativistas. Véase nota al pie 72 *supra*.

⁸⁰ No obstante, en la literatura civilista, se ha podido observar cierta inquietud respecto al tema, puesto que si bien exponen la aceptación generalizada de la doctrina que considera al derecho de uso privativo de los bienes públicos, en los que se incluye el derecho de aprovechamiento de las aguas, como un derecho real administrativo, aseveran, sin desconocer su vinculación con los principios del Derecho Administrativo, que es la jurisdicción civil y las normas del Derecho civil las que deberán preponderar para efectos del reconocimiento y protección de los derechos de aprovechamiento de sus titulares. Esto nos hace pensar que, en realidad, más que aceptar pura y simplemente la naturaleza administrativa de este derecho real, se estarían inclinando por considerarlo un derecho real de carácter *sui generis*, que compartiría su fundamentación tanto en el Derecho administrativo, como en el Derecho civil. Véase las siguientes obras de la autora ALCÁIN MARTÍNEZ, E., “La protección jurídico-privada...”, *op. cit.*, pp. 151-232; y – *El aprovechamiento privado...*, *op. cit.*

⁸¹ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “La elaboración de la Ley...”, *op. cit.*, p. 259.

derechos de contenido patrimonial, inscribibles en el Registro de Propiedad, que son oponibles frente a terceros y frente a la propia Administración que los ha otorgado”⁸².

Desde la rama del Derecho civil, DIEZ-PICAZO reconoce expresamente que existen ciertas relaciones o situaciones jurídicas en las cuales el Derecho administrativo constituye una especial fuente de nuevos derechos reales, distintos de aquellos de naturaleza civil, como es el caso de la titularidad de la Administración sobre los bienes de dominio público y el derecho de disfrute de tales bienes que derivan de una concesión demanial⁸³.

Desde la jurisprudencia destaca la STS 754/1989, de 5 de junio de 1989⁸⁴, la que dispone en su doctrina que “el dominio público, al ser inalienable está sustraído al tráfico jurídico privado, pero resulta susceptible de un tráfico jurídico público que permite la constitución de un derecho real administrativo de concesión que habilita el uso privativo de los bienes que lo integran”⁸⁵.

⁸² PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico”, *op. cit.*, p. 587.

⁸³ Cfr: DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, Madrid, Civitas, 1995, p. 104.

⁸⁴ Véase también: STC 149/2011, de 28 de septiembre.

⁸⁵ Se puede observar que la jurisprudencia, no obstante establecer claramente la existencia de los derechos reales administrativos derivados de una concesión, confunde algunos conceptos, porque el derecho real no se refiere a la concesión, sino que al derecho de aprovechamiento de la porción de dominio público que se establece a través de un acto concesional. Cierta doctrina también ha caído en la misma equivocación cuando expresa que “la concesión de aguas es un derecho real”. Véase: SASTRE BECEIRO, M., “Sistema concesional de derechos de aguas y su aprovechamiento”, en AAVV., *Derecho de Aguas*, Murcia, Instituto Euromediterráneo del Agua, 2006, p. 340; en el mismo sentido: ESCUIN PALOP, C., *Presente y Futuro...*, *op. cit.*, p. 194; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., “Las concesiones de aguas”, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Navarra, Thomson Civitas, 2007, p. 330; MOREU BALLONGA, J. L., “Propiedad, usos, transmisión y ‘precio’ de las aguas públicas y de las aguas privadas”, en CAMPOS PALACÍN, P., CASADO RAIGÓN, J.M., Y MAESTU UNTURBE, J. (dirs.), *Hacia las cuentas económicas del agua en España*, Madrid, Ediciones del Consejo General de Economistas, 2006, p. 32; entre otros. En otras palabras, la concesión es el título mediante el cual se establece el derecho de aprovechamiento de una parte del dominio público hidráulico, el cual tiene la naturaleza jurídica de un derecho real. Cfr.: NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión del Dominio Público Hidráulico. Estudio especial del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas y de los bancos públicos del agua*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 125.

Resulta muy clarificadora la labor de NAVARRO CABALLERO, quien propone que para catalogar como derecho real administrativo al derecho que surge de una concesión demanial habrá de verificarse si cumple con unas determinadas condiciones⁸⁶, a saber:

a) Que se trate de un derecho subjetivo

El derecho de aprovechamiento de las aguas, al conferir a su titular un poder real sobre su ejercicio, cumple con tal requisito.

b) Que se ejerza sobre una cosa

El derecho de aprovechamiento, en este caso, se ejerce directamente sobre el objeto sobre el cual recae: las aguas, que son calificadas por el Código Civil, en su artículo 334.8, como bienes de carácter inmueble.

c) Que el objeto sobre el cual recaiga constituya un bien de dominio público

Las aguas respecto del cual se ejerce el derecho de aprovechamiento conforman el dominio público hidráulico, conforme lo establecen los artículos 1 y 2 del Texto Refundido de la Ley de Aguas.

d) Que nazca de un acto típicamente administrativo

Para que una persona pueda ejercer un poder concreto respecto de una porción del dominio público hidráulico necesariamente deberá estar investida de un título que lo habilite a tal efecto, que no es más que la concesión.

A la postre, habiéndose cumplido cada una de las mencionadas condiciones, tras un respaldo fundamentado tanto de la doctrina administrativista como civilista y de la jurisprudencia, no debería caber mayor duda acerca de la

⁸⁶ Cfr.: ALCAÍN MARTÍNEZ, E., "La protección jurídico-privada...", *op. cit.*, p. 128.

conformación del derecho de aprovechamiento de las aguas como un derecho real administrativo.

4. CLASIFICACIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

La normativa de aguas española no establece de manera sistemática una clasificación del derecho de aprovechamiento del recurso hídrico. Simplemente, en ciertos artículos, ha esbozado algunos tipos de usos privativos que se pueden configurar como una clasificación. Sin embargo, consideramos necesario destinar una apartado a este tema, debido a que puede ayudar a desentrañar el contenido del “derecho de aprovechamiento”, con la finalidad última de dar a conocer, tanto a su titular como a terceros, las implicaciones y efectos que eventualmente se puedan generar en el ámbito jurídico.

De esta forma, a través de la disposición del artículo 52 del TRLA, se infiere que los derechos de aprovechamiento de aguas se clasifican, para el legislador, como consuntivos y no consuntivos. El contenido de cada una de estos conceptos habrá que buscarse en la doctrina⁸⁷, en vista que la ley solamente las menciona, sin aportar significado alguno.

Desde estudios provenientes de la ingeniería hidráulica se entiende que son usos consuntivos aquéllos en que se extrae el recurso de su ubicación natural, con el objetivo de utilizarlo para distintos fines (industriales, agrícolas o domésticos) y que luego se vierten en un lugar distinto, en una

⁸⁷ Se vislumbra el casi inexistente tratamiento de esta temática en la doctrina jurídica, haciéndose necesario observar fuentes no-jurídicas para poder comprender el significado a que hace alusión la norma española referida, como son las disciplinas del ámbito de la ingeniería, en concreto, de la ingeniería hidráulica. No obstante lo anterior, de forma muy escueta, SÁNCHEZ MORÓN ha expresado que “hay usos consuntivos – que conllevan el agotamiento o consumo del recurso concedido – y otros no consuntivos”. Cfr.: SÁNCHEZ MORÓN, M., “Los Bienes Públicos en general”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Los Bienes Públicos (Régimen jurídico)*, Madrid, Tecnos, 1997, p. 57.

cantidad reducida y con una calidad distinta⁸⁸. Por otra parte, son usos nos consuntivos, aquéllos que “no requieren sacar el agua de su lugar natural ni modifican el recurso ni en cantidad ni el calidad”⁸⁹.

Una segunda clasificación, observada por el mismo autor individualizado precedentemente, distingue entre los usos prioritarios y los usos secundarios. Son prioritarios aquellos usos del agua que necesitan ejercitarse de manera imprescindible para el cumplimiento del objetivo perseguido y que, por tanto, no podría realizarse de otro modo, como son los usos domésticos, industriales y agrícolas. En cambio, son usos secundarios aquellos que pretenden lograr determinados fines que podrían lograrse a través de otros recursos, como es el caso de los usos del agua para el cumplimiento de fines energéticos⁹⁰.

Esta clasificación encuentra su asidero jurídico en la normativa de aguas española que dispone el orden de preferencia de usos⁹¹, el cual deberá establecerse en el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente⁹² tomando en consideración las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno. La propia norma establece además que, para el caso en que se omita este orden por parte del Plan Hidrológico regirá la siguiente prelación de usos: 1. Abastecimiento de la población; 2. Regadío y usos agrarios; 3. Usos industriales para producción de energía eléctrica; 4. Otros

⁸⁸ Cfr.: BALAIRÓN PÉREZ, L., *Gestión de recursos hídricos*, Barcelona, Edicions UPC, 2000, p. 80.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Cfr.: *Ibid.*

⁹¹ Véase el artículo 60 del TRLA.

⁹² El Decreto 188/2010, de 23 de noviembre, de aprobación del Plan de gestión del distrito de cuenca fluvial de Cataluña, establece en su artículo 25 una orden de prelación de usos del aguas, señalando que “*Con carácter general, para el otorgamiento de concesiones, el orden de preferencia de usos del agua es el siguiente: 1. Abastecimiento de la población; 2. Usos agrarios e industriales (no contenidos en el punto 3); 3. Usos industriales para la producción de energía eléctrica; 4. Usos recreativos; 5. Acuicultura; 6. Navegación y transporte acuático; 7. Otros usos. / En el ámbito del Ter-Llobregat, definido en el artículo 7 c), el orden de preferencia de usos del agua es el siguiente: 1. Abastecimiento de la población; 2. Usos industriales (no incluidos en el punto 4); 3. Usos agrarios; 4. Usos industriales para la producción de energía eléctrica; 5. Usos recreativos; 6. Acuicultura; 7. Navegación y transporte acuático; 8. Otros usos*”.

usos industriales; 5. Acuicultura; 6. Usos recreativos; 7. Navegación y transporte acuático; 8. Otros aprovechamientos.

Finalmente, establece una tercera clasificación que atiende a la simultaneidad de usos diversos, respecto de la cual es posible distinguir entre usos compatibles e incompatibles⁹³. Son compatibles cuando la realización de un uso determinado no afecta la realización de otro diverso, como es el caso del uso hidroeléctrico y el agrícola, teniendo en cuenta que el primero tendría que ejercerse con anterioridad al segundo⁹⁴. Son incompatibles cuando la realización de un uso suponga un impedimento para el ejercicio de otro, sea por motivos cuantitativos como cualitativos, tal es el caso del agua destinada a uso agrícola y el abastecimiento, en tanto ambos podrían catalogarse como consuntivos.

Desde el punto de vista jurídico, será también el Plan Hidrológico correspondiente el encargado de verificar la compatibilidad de usos en la cuenca determinada. Así lo hace, por ejemplo, el Plan Hidrológico del Tajo, estableciendo que dos usos serán compatibles siempre y cuando reúnan las siguientes condiciones: 1. que sea factible su satisfacción compartiendo el mismo recurso; 2. que no alteren la distribución en el tiempo de los volúmenes requeridos por el otro; 3. que ninguno altere la calidad del agua requerida por el otro⁹⁵.

⁹³ Cfr.: BALAIRÓN PÉREZ, L., *Gestión de recursos hídricos*, op. cit., p. 81.

⁹⁴ En general, se trata de la compatibilidad entre usos consuntivos y no consuntivos y su posible superposición. Considerando que el recurso no representa una modificación, ni respecto a su ubicación, ni a su cantidad o calidad para el uso no consuntivo, este podría ser utilizado posteriormente para el ejercicio de usos que supondrían, al menos en parte, el consumo del mismo. A este respecto estimamos necesario realizar la siguiente advertencia: en épocas de grandes sequías el uso del recurso para la generación de energía eléctrica que se obtiene a través de grandes embalses podría eventualmente afectar los agricultores aguas abajo cuando la empresa hidroeléctrica, para el cumplimiento de sus fines necesite retener todas las aguas del caudal. Ello daría lugar al surgimiento de conflicto entre usuarios, en el caso que la norma no prevenga tal situación. Pero sin lugar a dudas, pone de manifiesto que no siempre los usos consuntivos y no consuntivos serán compatibles, siendo necesario evaluarlo caso a caso.

⁹⁵ Véase el artículo 13 del Plan Hidrológico del Tajo aprobado por el Real Decreto 1664/1998, de 24 de julio.

La importancia de estas clasificaciones radica, desde el punto de vista de las ciencias económicas, en determinar la fórmula que signifique un uso eficiente del recurso hídrico, considerando no solo las variables de la oferta y la demanda, sino también los factores eco-sociales. Por esta razón establece BAILARÓN PÉREZ que “en una ordenación racional de los usos, lo deseable es que aquellos que exigen más calidad con alto coeficiente de retorno y con menor capacidad económicas de regeneración del recurso sean anteriores en la utilización a los que toleran peor calidad y son más consuntivos”⁹⁶.

Es en el contexto de las ciencias jurídicas en que el objetivo perseguido por estas clasificaciones atiende a la necesidad de establecer deberes y derechos derivados del derecho de aprovechamiento, que sean claros y vinculantes, tanto para su titular como para la sociedad, la cual deberá respetarlo. Si bien es cierto que las mencionadas clasificaciones no se encuentren desarrolladas de manera expresa, tácitamente tienen asidero jurídico, tal como hemos analizado, en las normas que regulan la planificación hidrológica, considerando que esta “*tendrá por objetivos generales conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta ley, la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales*”⁹⁷.

5. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

Tal como sucede con los otros tópicos referentes al derecho de aprovechamiento de las aguas en España, en la doctrina tampoco se ha

⁹⁶ BALAIRÓN PÉREZ, L., *Gestión de recursos hídricos*, op. cit., p. 80.

⁹⁷ Véase el artículo 40.1 del TRLA.

tratado el tema de las características del mismo. No obstante, en el intento de interpretar la normativa de aguas, se pueden desprender de sus disposiciones aquellos elementos que caracterizan a este mencionado derecho, y que a continuación intentamos enumerar de forma meramente enunciativa, sin pretensión alguna de imponer cualquier taxatividad.

5.1. Se constituye originariamente por concesión o disposición legal

El texto refundido de la Ley de Aguas establece expresamente que el derecho al uso privativo, el cual hemos entendido como derecho de aprovechamiento de las aguas, sea consuntivo o no consuntivo, del dominio público hidráulico se adquiere por disposición legal⁹⁸ o por concesión administrativa. Asimismo, proscribiremos la adquisición del mismo mediante la prescripción⁹⁹.

Los derechos de aprovechamiento constituidos por disposición legal recaen sobre las aguas pluviales que discurren por una finca y las estancadas dentro de sus linderos¹⁰⁰, las aguas procedentes de manantiales situados en su interior, como también las aguas subterráneas cuando el volumen total anual no sobrepase los 7.000 metros cúbicos¹⁰¹.

El objetivo perseguido por el legislador para establecer este derecho de aprovechamiento ha sido evitarle al propietario de la finca iniciar un

⁹⁸ Respecto a la constitución del derecho de aprovechamiento por disposición legal, haremos solamente breves referencias a lo largo del presente trabajo, considerando que el tema central de éste corresponde a los derechos de aprovechamiento de las aguas constituidas a través de un acto concesional.

⁹⁹ Véase el artículo 52 del TRLA, y el artículo 83 del RDPH.

¹⁰⁰ A este respecto hemos de hacer una aclaración: el derecho de aprovechamiento que el dueño de una finca ejerza sobre las aguas pluviales que discurren por ella o que se encuentren estancadas dentro de sus linderos no se encuentra, en realidad, vinculado a la disposición legal que permite el uso del dominio público hidráulico, sino que se encuentra vinculado al ejercicio del derecho de dominio que ejerce el titular de la finca donde discurren o se encuentran estas aguas. Así lo ha entendido el TC cuando establece que el uso de esta agua corresponden a "una delimitación general *ex lege* de las facultades del propietario de las fincas por las que discurren aguas pluviales o en las que se encuentren aguas estancadas". Véase la nota al pie 50 *supra*.

¹⁰¹ Véase el artículo 54 del TRLA, y el artículo 84 del RDPH.

procedimiento administrativo destinado a la concesión de dichas aguas en consideración a que la cantidad referida tiende únicamente a satisfacer sus necesidades domésticas¹⁰². Finalmente supone un ahorro de recursos tanto para el administrado como para la administración, quienes no se verán enfrentado en un procedimiento administrativo concesional.

Cualquier otro derecho de aprovechamiento que haya de ejercerse sobre el dominio público hidráulico, distinto a aquellos constituidos por disposición legal, requerirá de la preceptiva y vinculante concesión administrativa como forma de constitución¹⁰³.

5.2. Su ejercicio se encuentra vinculado al título que le da origen

La concesión conforma el título que contiene un derecho de aprovechamiento sobre el dominio público hidráulico. Tal título concesional no se limita a dotar a este derecho de existencia jurídica propia, sino que determina, además, su ejercicio a lo largo de su duración. Así, su titular deberá propender al cumplimiento de unas condiciones determinadas en el propio título y en la ley, hasta el momento mismo de su extinción.

Del vínculo que une al derecho de aprovechamiento con el título concesional se desprenden las siguientes subcaracterísticas:

5.2.1. Se encuentra sujeto a limitaciones

El derecho de aprovechamiento que se le otorga al titular de una concesión de derechos de aguas, si bien ingresa a su patrimonio, no lo hace pura y simplemente, sino que está sujeto a ciertas modalidades que implica finalmente que no pueda ser ejercitado con plena libertad. En razón de la

¹⁰² Cfr: ALCAÍN MARTÍNEZ, E., *El aprovechamiento privado del agua...*, op. cit., p. 121; y DEL SAZ, S., *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de Aguas)*, Monografías Jurídicas, Madrid, Marcial Pons, 1990, p. 206.

¹⁰³ Véase el artículo 59.1 del TRLA. Véase también la nota al pie 51 *supra*.

calidad de bien de que se trata y del interés público y social¹⁰⁴ que envuelve todas las actuaciones respecto del dominio público, la ley establece una serie de limitaciones a las que deberá atenerse el titular del derecho durante la vigencia de su derecho.

En primer lugar, ha de advertirse que respecto de la concesión del derecho de aprovechamiento de aguas rige el principio de uso racional de las aguas, tanto a efectos de su otorgamiento como para su posterior ejercicio, tal como lo dispone el artículo 59.2 del TRLA¹⁰⁵. Ello significa que, ante todo, la administración deberá tomar en consideración la finalidad que se persiga a través de la utilización privativa de un caudal determinado, y al cumplimiento de esta finalidad el titular estará obligado durante toda la vigencia del título, sin que pueda ser modificado unilateralmente por parte del administrado. Asimismo, en ningún caso el título concesional garantiza la disponibilidad del volumen de agua concedido respecto a un determinado caudal durante su vigencia¹⁰⁶.

El objetivo que persiga el titular del derecho de aprovechamiento puede ser variado: el abastecimiento de la población, el riego en la agricultura, usos industriales, generación de energía eléctrica, entre otros, pero solamente podrá ser ejercitado en la medida que la autoridad administrativa lo haya establecido en el título correspondiente obedeciendo previamente a una escala de preferencias que ha de estar establecida en el Plan Hidrológico de la demarcación hidrográfica respectiva¹⁰⁷ o, en su defecto, a la escala que se dispone en el artículo 60.3 del TRLA¹⁰⁸, que constituyen una restricción impuesta con carácter general a los sistemas de explotación.

¹⁰⁴ Cfr: PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico”, *op. cit.*, p. 592.

¹⁰⁵ Artículo 59.2 del TRLA: “Las concesiones se otorgarán teniendo en cuenta la explotación racional conjunta de los recursos superficiales y subterráneos, sin que el título concesional garantice la disponibilidad de los caudales concedidos”.

¹⁰⁶ Artículo 61.2 del TRLA: “El agua que se conceda quedará adscrita a los usos indicados en el título concesional, sin que pueda ser aplicada a otros distintos (...)”.

¹⁰⁷ Véase el artículo 60.2 del TRLA.

¹⁰⁸ Artículo 60.3 del TRLA: “A falta de dicho orden de preferencia regirá con carácter general el siguiente: 1. Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para

Por otra parte, la finalidad que se persiga mediante el ejercicio del derecho de aprovechamiento, deberá ser compatible con las exigencias que establecen las normas correspondientes respecto de la protección y conservación del recurso hídrico y de su entorno¹⁰⁹. Ello significa, principalmente, que deberán respetarse los denominados “caudales ecológicos” y “las demandas ambientales” establecidas en los artículos 59.7¹¹⁰ y 98¹¹¹ del TRLA.

industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal. 2. Regadíos y usos agrarios. 3. Usos industriales para producción de energía eléctrica. 4. Otros usos industriales no incluidos en los apartados anteriores. 5. Acuicultura. 6. Usos recreativos. 7. Navegación y transporte acuático. 8. Otros aprovechamientos”.

¹⁰⁹ La necesidad de propender a la utilización del recurso hídrico sin que signifique una degradación al medio ambiente en general, ya se encontraba establecida en la exposición de motivos de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas y se explicita en la redacción del artículo 60.3 del TRLA: “*En las concesiones se observará, a efectos de su otorgamiento, el orden de preferencia que se establezca en el Plan Hidrológico correspondiente, teniendo en cuenta las exigencias para la protección y conservación del recurso y su entorno*”. Aunque la norma imponga, a través de esta disposición un deber expreso para la administración encargada de otorgar la concesión, habrá de entenderse que también obliga al titular del derecho de aprovechamiento durante todo el término de su ejercicio, debido a que este derecho se encuentra íntimamente vinculado al título que le da origen.

¹¹⁰ Artículo 59.7 del TRLA: “*Los caudales ecológicos o demandas ambientales no tendrán el carácter de uso a efectos de lo previsto en este artículo y siguientes, debiendo considerarse como una restricción que se impone con carácter general a los sistemas de explotación. En todo caso, se aplicará también a los caudales medioambientales la regla sobre supremacía del uso para abastecimiento de poblaciones recogida en el párrafo final del apartado 3 del artículo 60. Los caudales ecológicos se fijarán en los Planes Hidrológicos de cuenca. Para su establecimiento, los organismos de cuenca realizarán estudios específicos para cada tramo de río*”. Sobre caudales ecológicos véase: CARO-PATÓN CARMONA, I. Y MENÉNDEZ MARTÍNEZ, C., “Concepto, determinación e implantación de los caudales ecológicos. El problema de su afección a derechos concesionales preexistentes”, *Revista Española de Derecho Administrativo* Nº 124, 2004, pp. 573-610.

¹¹¹ Artículo 98 del TRLA: “*Los Organismos de cuenca, en las concesiones y autorizaciones que otorguen, adoptarán las medidas necesarias para hacer compatible el aprovechamiento con el respeto del medio ambiente y garantizar los caudales ecológicos o demandas ambientales previstas en la planificación hidrológica.*

En la tramitación de concesiones y autorizaciones que afecten al dominio público hidráulico que pudieran implicar riesgos para el medio ambiente, será preceptiva la presentación de un informe sobre los posibles efectos nocivos para el medio, del que se dará traslado al órgano ambiental competente para que se pronuncie sobre las medidas correctoras que, a su juicio, deban introducirse como consecuencia del informe presentado. Sin perjuicio de los supuestos en que resulte obligatorio, conforme a lo previsto en la normativa vigente, en los casos en que el Organismo de cuenca presuma la existencia de un riesgo grave para el medio ambiente, someterá igualmente a la consideración del órgano ambiental competente la conveniencia de iniciar el procedimiento de evaluación de impacto ambiental”.

En el caso que, de forma comprobada, los supuestos determinantes del otorgamiento del derecho de aprovechamiento se hayan modificado¹¹², es decir, que mediante el ejercicio de este derecho no sea posible cumplir con la finalidad que le dio origen, o bien pueda cumplirse solo parcialmente o de una manera menos onerosa, con una menor dotación del recurso o en aplicación de una mejora tecnológica para su utilización que contribuya al ahorro del mismo¹¹³, el título en virtud del cual se haya concedido el derecho mencionado deberá ser revisado y determinará la autoridad la pertinencia de una modificación o de la caducidad de la concesión¹¹⁴, extinguiéndose, por consiguiente, el derecho de aprovechamiento de aguas de su titular.

5.2.2. Es un derecho sujeto a plazo

Los derechos de aprovechamiento no son otorgados pura y simplemente, sino que su ejercicio está sujeto a la modalidad del plazo. Ello significa que nace con una fecha cierta de extinción. La determinación de este plazo es el mismo que fija la normativa de aguas respecto del título concesional que contiene el derecho de aprovechamiento.

En consecuencia, los derechos al uso privativo de las aguas nacen con el carácter temporal, cuyo plazo de existencia no puede ser superior a setenta y cinco años, incluidas las posibles prórrogas tal como lo dispone el artículo 93.3 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas¹¹⁵.

La temporalidad de los derechos de aprovechamiento conforma un elemento esencial en el marco del Derecho de Aguas español, y así lo ha entendido la jurisprudencia cuando señala que “debe entenderse que los derechos de aprovechamiento privativo a perpetuidad no son compatibles en el plano de

¹¹² Véase el artículo 65.1 letra a) del TRLA.

¹¹³ Véase el artículo 65.2 del TRLA.

¹¹⁴ Véase el artículo 66.1 del TRLA.

¹¹⁵ Véase el artículo 97 del RDPH.

la efectividad no puramente formal de las normas jurídicas, con los principios de inalienabilidad e imprescriptibilidad de los bienes de dominio público que el artículo 132.1 de la Constitución consagra, pues el significado y el alcance de estos principios no puede quedar reducido a la finalidad de preservar en manos de los poderes públicos la nuda titularidad sobre los bienes demaniales, sino que se extienden en sentido sustantivo a asegurar una ordenación racional y socialmente aceptable de su uso y disfrute, cuya incongruencia con la cesión ilimitada en el tiempo del dominio útil o aprovechamiento privativo resulta patente. Por ello la limitación temporal de tales aprovechamientos privativos no es una privación de derecho, sino nueva regulación de los mismos que no incide en su contenido esencial”¹¹⁶.

Aún cuando la consecuencia legal derivada del cumplimiento del plazo sea la extinción del derecho de aprovechamiento, y por tanto, extinción de la concesión, consideramos que nada obsta a que su titular pueda iniciar nuevamente un procedimiento destinado a la obtención de otra concesión sobre los mismos caudales y respecto al mismo uso de la concesión primitiva.

5.2.3. Es un derecho que debe ser ejercitado

La normativa de aguas, además de imponer ciertas cautelas y limitaciones para el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de las aguas establece una obligación de hacer para su titular: ejercitarlo.

Se trata de un derecho que requiere de su titular acciones positivas tendientes a la explotación del recurso, habida cuenta que su objetivo final es cumplir con el interés público, de ahí que se trate de un derecho real administrativo.

¹¹⁶ STC 227/1988, de 29 de noviembre de 1988.

En caso que el titular de un derecho de aprovechamiento interrumpa la explotación de las aguas que le fueron concedidas de forma permanente, durante un término de tres años consecutivos, por una causa que le sea imputable, el legislador ha establecido la caducidad de la concesión, a título de sanción¹¹⁷, lo que implica la extinción de su derecho al uso privativo de las aguas¹¹⁸.

Cabe mencionar finalmente, que los caudales que sean objeto de un contrato cesión de derechos al uso privativo de las aguas se computarán como de uso efectivo de la concesión a los efectos de evitar la posible caducidad del título concesional del cedente¹¹⁹.

5.2.4. En determinados casos es un derecho renovable

La normativa de aguas, otorga esta especie de beneficio a determinados titulares de derechos de aprovechamiento en atención a la importancia del uso a la cual está adscrito: el abastecimiento de la población y el riego. Por tal razón, el titular del derecho podrá solicitar la renovación de su concesión en tanto pretenda el mismo uso y destino para las aguas¹²⁰.

La solicitud de la nueva concesión deberá formularse en el trámite de audiencia previa en el expediente de declaración de extinción o durante los últimos cinco años de la vigencia de aquélla. Si la solicitud no se opone al Plan Hidrológico Nacional, el Organismo de cuenca procederá a otorgar la concesión, pudiendo previamente recabar informes que considere pertinentes, así como acordar el trámite de información pública¹²¹.

¹¹⁷ Véase el artículo 66.2 del TRLA.

¹¹⁸ Véase el artículo 53.1 letra b) del TRLA.

¹¹⁹ Véase el artículo 69.2 del TRLA.

¹²⁰ Véase el artículo 53.3 del TRLA y 140 del RDPH.

¹²¹ Véase los artículos 89.3, 141 y 142 del RDPH.

Se ha observado que la renovación de estas concesiones no suele presentar mayores problemas y que en la práctica son, en la mayoría de los casos, otorgadas. El Organismo de cuenca suele actuar de tal modo, en atención a la importancia que reviste la actividad agrícola y el abastecimiento de la población¹²².

Asimismo, las concesiones sujetas a un plazo inferior a setenta y cinco años, cualquiera que sea el uso al cual estén vinculadas, podrán ser renovadas o prorrogadas hasta el completar el plazo máximo previsto por la norma¹²³.

5.2.5. Está sujeto a causas de extinción

Un derecho de aprovechamiento de aguas jamás podrá sobrevivir al título concesional al cual se encuentra unido. En consecuencia, de producirse la extinción de la concesión indefectiblemente el derecho al uso privativo de las aguas que contiene fenecerá.

Llama la atención, que el tratamiento normativo de las causas de extinción se refieran expresamente al derecho al uso privativo y no a la concesión propiamente tal, lo que significa que el legislador también ha vislumbrado esta unión entre el derecho de aprovechamiento y el título que le da origen. En tal contexto establece, desde otro punto de vista, que también la concesión fenecerá en caso que sea el derecho que contiene el que se extingue.

Dispone el artículo 53.1 del TRLA y el 89.1 del RDPH que son causas de extinción del derecho al uso privativo de las aguas: a) el término del plazo de la concesión; b) la caducidad de la concesión; c) la expropiación forzosa; d) la renuncia expresa del concesionario.

¹²² Cfr.: PLAZA MARTÍN, C., "El dominio público hidráulico", *op. cit.*, p. 598.

¹²³ STS de 18 de octubre de 2000.

5.2.6. Está sujeto al gravamen de caducidad¹²⁴

Para el caso que el titular de un derecho de aprovechamiento de aguas incumpla con alguna de las condiciones esenciales establecidas en su propia consideración o en consideración al título concesional que lo contiene, la normativa de aguas ha establecido la imposición del gravamen de caducidad¹²⁵.

Según ha observado la doctrina, de entre los distintos supuestos de incumplimiento, el que procede más frecuentemente corresponde a la no ejecución dentro del plazo de las obras previstas en la concesión, o de obras que no reúnan las características exigidas¹²⁶. Igualmente, para el caso de no uso del correspondiente derecho de aprovechamiento, el legislador también impone la sanción de caducidad de la respectiva concesión¹²⁷.

Para que pueda decretarse la caducidad de la concesión en este caso, será necesaria la concurrencia de los siguientes requisitos¹²⁸:

- a) Interrupción de la explotación: Ello significa que el titular deje de utilizar la totalidad del caudal concedido;
- b) Interrupción permanente durante tres años consecutivos por causa imputable al titular de la concesión: Así, si en el transcurso de tres años el titular ejercita su derecho de aprovechamiento aunque sea por un solo día, no operará la causa de caducidad;

¹²⁴ Se ha discutido en doctrina y jurisprudencia acerca de la naturaleza jurídica de la caducidad. Algunos se decantan por considerarla una sanción y otros derechamente niegan tal posibilidad debido a que su finalidad no es castigar a un infractor. A este respecto véase: HUERGO LORA, A., "Sanciones Rescisorias", en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Madrid, Lustel, 2010, pp. 1000-1011.

¹²⁵ Artículo 66.1 del TRLA: "Las concesiones podrán declararse caducadas por incumplimiento de cualquiera de condiciones esenciales o plazos en ella previstos."

¹²⁶ RODRÍGUEZ-ARANA, J., "La caducidad de las concesiones de aguas", en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Navarra, Thomson Civitas, 2007, p. 361.

¹²⁷ Véase el apartado 5.2.3 de este capítulo *supra*.

¹²⁸ Cfr: RODRÍGUEZ-ARANA, J., "La caducidad de las concesiones de aguas", *op. cit.*, p. 363.

- c) Que la interrupción sea imputable al titular de la concesión: Es decir, si la causa de la interrupción se produce sin la concurrencia de dolo o culpa del titular, no se procederá a decretar la caducidad.

En tal contexto, aún cuando el legislador haya sancionado la conducta de no uso del derecho de aprovechamiento, consideramos que los requisitos que ha establecido para que proceda la caducidad son tan exigentes que, en la práctica, resultará de muy difícil concurrencia.

5.3. Puede tener un carácter principal o accesorio

Como regla general, el derecho de aprovechamiento de aguas se concede independientemente de la calidad del sujeto que lo pretende. El titular de la concesión adquirirá su derecho de aprovechamiento para la implementación de una determinada actividad económica con un carácter principal, es decir, que este derecho puede ser ejercido de plano, sin dependencia de cualquier otro derecho que deba concurrir previamente respecto del mismo titular.

Constituye una excepción a esta regla, la situación contenida en el artículo 61.4 del TRLA que dispone que *“cuando el destino de las aguas fuese el riego, el titular de la concesión deberá serlo también de las tierras a las que el agua vaya destinada”*. Ello significa que, si el objetivo perseguido por el titular de un derecho de aprovechamiento es su utilización para riego, entonces deberá ser también titular de la propiedad que pretende ser regada. Finalmente, el derecho de aprovechamiento tendrá un carácter accesorio al derecho que se ejerza sobre la porción determinada de tierra, razón por la cual se establece la vinculación del agua a las tierras como *conditio sine qua non* para las concesiones de regadío¹²⁹.

¹²⁹ Cfr: SASTRE BECEIRO, M., “Sistema concesional de derechos...”, *op. cit.*, p. 344; PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico”, *op. cit.*, p. 595.

Frente a esta excepción, el legislador ha establecido también una contraexcepción, para tres situaciones distintas. La primera, respecto a las comunidades de usuarios¹³⁰, las que, como personas jurídicas podrán ser titulares de concesiones para regadío, sin ser necesariamente titulares de las tierras a las cuales el recurso hídrico estará adscrito¹³¹.

La segunda situación que conforma la contraexcepción guarda relación con las concesiones otorgadas para riego en régimen de servicio público a empresas o particulares. Tales personas, aún sin ser titulares de las tierras beneficiarias del riego, podrán eventualmente ser titulares de la concesión, siempre y cuando el peticionario acredite, de forma previa, que cuenta con la conformidad de los titulares que reunieran la mitad de la superficie de dichas tierras¹³².

Por último, en virtud de la celebración de un contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas¹³³, se autoriza a los titulares de las concesiones de aguas destinadas a riego para que cedan sus derechos de aprovechamiento a otros titulares aunque no tengan por finalidad el riego, y siempre y cuando, se destine a un uso de mayor rango¹³⁴.

¹³⁰ Se trata de una agrupación de regantes que hayan celebrado un convenio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81.5 del TRLA: “*Cuando la modalidad o las circunstancias y características del aprovechamiento lo aconsejen, o cuando el número de partícipes sea reducido, el régimen de comunidad podrá ser sustituido por el que se establezca en convenios específicos, que deberán ser aprobados por el Organismo de cuenca*”.

¹³¹ Véase la segunda parte del artículo 61.4 del TRLA.

¹³² Véase el artículo 62 del TRLA.

¹³³ Véase el artículo 61.2 y 67.1 del TRLA.

¹³⁴ Conforme el orden de prelación establecido en el artículo 60 del TRLA, la única posibilidad de cambio de uso, en este caso, sería respecto al abastecimiento de la población. No obstante, otro orden puede estar implementado en el correspondiente Plan Hidrológico de cuenca, en cuyo caso, si este establece otros usos de rango superior al riego, también podrán ser objeto del contrato de cesión. Asimismo, puede darse el caso que, cuando razones de interés general lo justifiquen, el Ministerio de Medio Ambiente autorice, en los términos dispuestos en el artículo 67.2 del TRLA, cesiones de derechos de uso que no necesariamente respeten el orden de prelación establecido, en cuyo caso puede ocurrir que el recurso destinado a riego sea eventualmente utilizado, en usos industriales.

5.4. Es un derecho transmisible

Tal como hemos analizado anteriormente, una vez la autoridad hidráulica competente constituya una concesión de aguas, nace para su titular un derecho de aprovechamiento respecto de los caudales que allí se expresan. Este derecho de aprovechamiento tiene la naturaleza de un derecho real administrativo, y como tal, es susceptible del tráfico jurídico privado.

Si bien es cierto, además de necesario recordar que, el dominio público está sustraído del tráfico jurídico ordinario, ello no significa que los derechos reales reconocidos sobre el mismo puedan ser objeto de los negocios jurídicos típicos del Derecho civil. En efecto, podrán ser enajenados, aunque habrá que considerarse que las transacciones jurídicas a que se de lugar en este ámbito, no se regirán única y plenamente conforme a las normas respectivas del Derecho privado, sino que deberá cumplir con una serie de condiciones establecidos desde el Derecho administrativo, en función de la protección del interés público y social en el ejercicio de la *publicatio* respecto del dominio público hidráulico¹³⁵.

Esta transmisibilidad de los derechos de aprovechamiento, se encuentra establecida legalmente en los términos del artículo 63 del TRLA¹³⁶, posibilitando la transmisión total o parcial de los aprovechamientos de agua que impliquen un servicio público una vez la administración la haya autorizado previamente. La norma agrega que, para los demás casos, solamente será necesario acreditar de modo fehaciente, en el plazo y forma que establezca el respectivo Reglamento.

No obstante la clara redacción de la norma, en tanto especifica que la transmisibilidad corresponde a “los derechos de aprovechamiento”, la doctrina, en general, ha entendido que significa lo mismo que “transmisión

¹³⁵ Cfr: NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, op. cit., p. 129.

¹³⁶ Se trata de una norma que no es novedosa debido a que ya se encontraba establecida en el artículo 61 de la LEY 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

de la concesión”¹³⁷. Consideramos que, nuevamente, se está cayendo en una confusión conceptual y que deriva indefectiblemente en la confusión respecto del contenido que debe corresponder por una parte a la transmisión de la concesión y por otra, a la transmisión del derecho de aprovechamiento sobre la cual recae la concesión.

En nuestra opinión, fue con la Ley 46/1999 de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, que incorporó el artículo 16 bis, cuando por primera vez la transmisión de derechos de aprovechamiento recibió una regulación que permitió su realización de manera independiente a la transmisión de la concesión a la cual adscribe, haciéndola efectivamente viable mediante la celebración de los contratos de cesión de derechos al uso privativo de las aguas.

A la postre, el derecho de aprovechamiento de las aguas, es susceptible de ser transmitido, siempre y cuando se cumpla los condicionantes legales establecidos en la Sección 2, del Capítulo III, del Título IV del TRLA y las normas reglamentarias correspondientes. Se abre paso, de esta manera, a una especie de mercado regulado de derechos de aprovechamiento de las aguas¹³⁸.

¹³⁷ Es muy probable que el legislador de la Ley de Aguas del 85 también haya caído en esta confusión conceptual, porque si bien se refiere en el antiguo artículo 61 a la transmisión de “aprovechamientos”, de la misma manera que posteriormente lo hacen el artículo 103 del RDPH, solamente desarrolla la normativa referente a la transmisión de la concesión, en lo referente a la modificación del titular de la concesión. De todos modos, cabe resaltar que se trata solamente de una confusión, y no de un error, porque también es cierto que cuando se transfiere una concesión, indudablemente también se transfiere el derecho de aprovechamiento al cual se refiere.

¹³⁸ Este tema será extensamente tratado en los Capítulos Tercero y Cuarto *infra*, referentes al contrato de cesión y a los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas.

6. SUJETOS VINCULADOS AL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

6.1. El titular del derecho de aprovechamiento de las aguas

Considerando que el derecho de aprovechamiento de las aguas tiene su origen, por regla general, mediante una concesión administrativa, el titular de tal derecho será el mismo que figure como titular de la concesión.

En consecuencia, podrán ser titulares de derechos de aprovechamiento de las aguas, las personas físicas o jurídicas¹³⁹ que hayan obtenido una concesión conforme al procedimiento establecido para tal efecto en el RDPH¹⁴⁰.

Mediante la incorporación de la figura del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas el legislador estableció, por primera vez de forma expresa, que el titular del derecho de aprovechamiento fuera una persona distinta al titular de la concesión que lo contiene. Por lo cual, también podrán ser titulares del derecho de aprovechamiento de aguas, la persona del cesionario, una vez haya celebrado el contrato de cesión de la forma que establece la Ley¹⁴¹.

El cesionario, que se transformará en el titular del derecho de aprovechamiento, deberá a su vez ser concesionario o titular de algún derecho al uso privativo de las aguas¹⁴², específicamente: a) Los concesionarios de aguas superficiales y subterráneas. b) Los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas inscritos en el Registro de

¹³⁹ Cuando el artículo 104 del RDPH establece que el peticionario de una concesión de aguas puede ser una persona física o jurídica, habrá de hacer extensiva tal interpretación respecto de los titulares de la concesión.

¹⁴⁰ Véase la Sección 2, del Capítulo III del RDPH.

¹⁴¹ Este tema se encuentra tratado más acuciosamente en el apartado 5 del Capítulo Tercero *infra*.

¹⁴² Véase el artículo 67.1 del TRLA.

Aguas conforme a las disposiciones transitorias segunda y tercera del TRLA¹⁴³.

En ese mismo contexto, la propia Administración pública puede tener la calidad de titular de un derecho de aprovechamiento de aguas, quien concurrirá en el contrato de cesión en calidad de cesionaria, normalmente con la finalidad de obtener caudales para destinarlos a la prestación de un determinado servicio público, tal como el abastecimiento de la población¹⁴⁴.

Del mismo modo, respecto al funcionamiento del centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, la Administración hidráulica, actuará en calidad de titular al celebrar los contratos de cesión con los adjudicatarios de la oferta pública de adquisición de derechos de aprovechamiento¹⁴⁵.

En cualquier caso, ha de tomarse en consideración que la norma, si bien permite que sean otros los titulares del derecho de aprovechamiento de una determinada concesión, distintos a la persona del concesionario, también establece una serie de limitaciones para que aquéllos puedan acceder a tal derecho¹⁴⁶.

6.2. Las Organizaciones de Usuarios de las aguas

En el Derecho de aguas español, las fórmulas asociativas de usuarios del recurso hídrico han constituido, desde antiguo, una herramienta esencial respecto de la administración de los derechos de aprovechamiento que deban ejercitarse colectivamente. Así ya lo había considerado la Comisión encargada de la redacción del Anteproyecto de la Ley de Aguas de 1866, disponiendo que “La mancomunidad de intereses a que dan lugar los aprovechamientos colectivos de aguas públicas, exigen administración

¹⁴³ Véase el artículo 343.2 del RDPH.

¹⁴⁴ Véase el apartado 5.2.1 del Capítulo Tercero *infra*.

¹⁴⁵ Véase el apartado 5.1 del Capítulo Cuarto *infra*.

¹⁴⁶ Véase el apartado 5.1 del Capítulo Tercero *infra*.

común. Esta ha sido encomendada desde la más remota antigüedad a Juntas elegidas por los mismos interesados, que con la denominación de Sindicatos u otra equivalente, han cuidado de la administración de los fondos comunes y de la buena distribución de las aguas con arreglo a Ordenanzas especiales”¹⁴⁷.

En la actualidad, estas figuras asociativas se encuentran reguladas bajo la denominación de “Comunidades de Usuarios” en el Capítulo IV, del Título IV del TRLA, y en el Capítulo IV del Título II del RDPH.

Una primera definición, de carácter más genérico, nos es ofrecida por MENÉNDEZ REXACH y DÍAZ LEMA, quienes, han entendido a la comunidades de usuarios como “Corporaciones de Derecho Público, adscritas a los Organismos de cuenca, y que se constituyen para la explotación de un aprovechamiento colectivo que les ha sido concedido”¹⁴⁸.

Una segunda definición, en cuyo contenido se contienen una serie de características de tales figuras asociativas, corresponde a la del jurista ROJAS CALDERÓN, quien indica que se tratan de “entidades jurídico-públicas de base asociativa, de constitución y pertenencia necesarias, que tienen por objeto la utilización y el aprovechamiento de aguas públicas en régimen de comunidad por lo que se ocupan de la gestión autónoma de bienes hidráulicos necesarios para los aprovechamientos colectivos en régimen de participación de los interesados, bajo tutela y dependencia de la Administración, que vela por el cumplimiento de los estatutos de dichas entidades y por el buen orden del aprovechamiento de aguas públicas que éstas realizan”¹⁴⁹.

¹⁴⁷ Cfr.: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de Aguas*, op. cit., p. 501.

¹⁴⁸ GALLEGO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ REXACH, A., Y DÍAZ LEMA, J. M., *El Derecho de Aguas en España*, op. cit., p. 531. Véase también, el artículo 199.1 del RDPH.

¹⁴⁹ ROJAS CALDERÓN, C., “Las organizaciones de usuarios de aguas en España y Chile”, en GÓNZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Navarra, Thomson Civitas, 2007, p. 687.

Lo que nos interesa destacar, en el ámbito de este trabajo, es la forma en que estas comunidades se vinculan a los derechos de aprovechamiento de las aguas y en qué calidad lo hacen. Ante tal cuestionamiento hemos de señalar que, básicamente, puede concurrir de dos maneras: generalmente, como ente encargado de la gestión de los recursos hídricos objeto de derechos de aprovechamiento de índole colectiva de forma compartida con los Organismos de cuenca, y, como titular de derechos de aprovechamiento.

Se ha de entender que las comunidades de usuarios, cualquiera sea su tipología asignada¹⁵⁰, tienen como una de sus finalidades administrar los derechos de aprovechamiento en la forma que se establece en sus estatutos u ordenanzas¹⁵¹. Esta facultad se entiende del texto legal, habiendo el legislador dispuesto que aquéllas deberán velar por “el buen orden del aprovechamiento”¹⁵².

Cada comunidad de usuarios deberá especificar en sus correspondientes estatutos u ordenanzas, la forma en que se llevará a cabo ese buen orden de los respectivos derechos de aprovechamiento colectivo. Por esa razón, el legislador dispone que deberán incluir en tales instrumentos regulatorios, al menos, las siguientes menciones: a) Finalidad y ámbito territorial de la utilización de los bienes del dominio público hidráulico; b) La participación y

¹⁵⁰ La doctrina, subsumiendo las disposiciones normativas correspondientes, ha agrupado a las comunidades de usuarios de aguas en la siguientes categorías: a) Comunidades Ordinarias: constituida por varios usuarios que utilizan la misma toma de agua, o usen un mismo bien integrante del dominio público hidráulico. Se subclasifican en comunidades de regantes, de usuarios de vertidos, de avenamiento o las que se constituyan para la construcción, conservación y mejora de obras de defensa contra las aguas, etc.; b) Comunidades Generales: constituida por una agrupación de comunidades de usuarios de aguas; c) Comunidades por Convenio: constituida por un número reducido de usuarios provenientes de una comunidad general; d) Juntas Centrales de Usuarios: constituida entre usuarios individuales y comunidades de usuarios para la protección y defensa de sus intereses y para ordenar el uso coordinado de los aprovechamientos; e) Comunidades Forzosas: constituidas mediante imposición del Organismo de cuenca en caso de ausencia de voluntad de un usuario determinado. Cfr.: ROJAS CALDERÓN, C., “Las organizaciones de usuarios...”, *op. cit.*, p. 688.

¹⁵¹ Con la finalidad de cumplir con el principio de coordinación de las administraciones, estos estatutos u ordenanzas deberán ser sometidos, para su aprobación administrativa, al Organismo de cuenca. Véase el artículo 81.1 TRLA.

¹⁵² Véase el artículo 82.1 del TRLA.

representación obligatoria, en relación con sus respectivos intereses, de los titulares actuales y sucesivos de bienes y servicios y de los participantes en el uso del agua; c) La satisfacción, en equitativa proporción, de los gastos comunes de explotación, conservación, reparación y mejora, así como los cánones y tarifas que correspondan; ¹⁵³d) Las previsiones correspondientes a las infracciones y sanciones que puedan ser impuestas.

Respecto a su concurrencia en calidad de titular de derechos de aprovechamiento de aguas, habíamos previamente mencionado¹⁵⁴ que el legislador ha considerado, la posibilidad de otorgar tales derechos, mediante su correspondiente concesión, a ciertas comunidades de usuarios. Así lo dispone, expresamente, el artículo 61.5 del TRLA, facultando al Organismo de cuenca para otorgar concesiones colectivas para riego a una pluralidad de titulares que se integren mediante convenio en una agrupación de regantes, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 81. Agrega además que, en caso que existieran concesiones para riego preexistentes, de las que sean titulares los miembros de la agrupación de regantes en las superficies objeto del convenio, éstas se declararían extintas por causa de caducidad, en virtud del otorgamiento del nuevo título concesional.

La normativa de aguas, del mismo modo que el anterior, ha establecido la posibilidad de otorgar derechos de aprovechamiento de aguas, a través de un acto concesional, a Mancomunidades, Consorcios u otras entidades semejantes, o todas ellas a través de una misma empresa concesionaria, cuando tenga por objeto el abastecimiento a varias poblaciones¹⁵⁵.

Si bien la Ley haya establecido estos casos específicos que posibilitan al mencionado tipo de personas jurídicas ser titulares de derechos de aprovechamiento de aguas, ello no significa que otras personas jurídicas,

¹⁵³ Véase el artículo 82.2 del TRLA.

¹⁵⁴ Véase el apartado 5.3 de este Capítulo *supra*.

¹⁵⁵ Véase el artículo 89 del TRLA.

distintas a las previamente mencionadas, se encuentren privadas del mismo, conforme lo dispone el artículo 104 del RDPH. Tal posibilidad quedará de todos modos sujeta al cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley para el otorgamiento de la concesión del demanio hídrico y a la resolución discrecional y motivada la autoridad administrativa¹⁵⁶.

6.3. La Administración Pública Hidráulica

La Administración hidráulica en España está conformada por un conglomerado de órganos, sean de carácter estatal o autonómico que, en conjunto, dan cabida a esta gran denominación “Administración Pública Hidráulica”. Su regulación se encuentra establecida – en el ámbito estatal – en el Título II del TRLA y sus competencias específicas, diseminadas a lo largo de todo el RDPH, y – en el ámbito autonómico – en las diferentes normas de las Comunidades Autónomas que regulen la materia de aguas¹⁵⁷.

El objeto de este apartado es, en primer lugar, reconocer cuál de estos órganos correspondientes a la Administración Pública Hidráulica, se encuentra vinculado, de manera general, a la gestión referente a los derechos de aprovechamiento de las aguas, para luego poder establecer las competencias de dicho órgano respecto de los mencionados derechos.

Simplemente observando el contenido del trabajo realizado hasta este punto, resulta posible concluir que, en general, la Administración pública a la que le corresponde un rol preponderante en el ámbito de los derechos de aprovechamiento de las aguas, es el Organismo de cuenca respectivo.

Los Organismos de cuenca se encuentran regulados en el Capítulo II del Título II del TRLA, y su denominación solamente tiene por objeto identificar a la Administración hidráulica que se organiza desde el punto de vista

¹⁵⁶ Véase el artículo 59.4 del TRLA.

¹⁵⁷ Como por ejemplo, el Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña, donde se establecen las normas que regulan a la *Agència Catalana de l'Aigua*.

territorial por demarcaciones hidrográficas¹⁵⁸. Es tal la razón por la cual, en las cuencas intercomunitarias, o de competencia estatal, el TRLA los denomina Confederaciones Hidrográficas, y en las cuencas intracomunitarias, o de competencia de la Comunidad Autónoma donde se encuentren ubicadas, pueden tomar la denominación que le otorgue la correspondiente legislación autonómica (“Instituto Balear del Agua y la Energía”, “Agencia Catalana del Agua”, “Aguas de Galicia”, etc.)¹⁵⁹.

En este punto, cabe señalar que, para el caso de las concesiones de derechos de aprovechamiento de aguas, que hayan de recaer respecto de cuentas intercomunitarias, el órgano administrativo encargado de resolver dicha concesión es distinto al órgano encargado de su tramitación. Ya decíamos que el órgano encargado de su tramitación corresponde a la Confederación Hidrográfica correspondiente, sin embargo, su resolución será de competencia del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente – en adelante, MAGRAMA –¹⁶⁰, de conformidad con el artículo 17 letra c) del TRLA.

La Administración Pública Hidráulica, puede cumplir un doble rol frente a la concesión de derechos de aprovechamiento de las aguas. En calidad de ente administrador propiamente tal, asignando derechos de aprovechamiento de aguas mediante un acto concesional, o en calidad de titular de un derecho de aprovechamiento.

El primer rol, encuentra asidero legal en la disposición del artículo 24 del TRLA, que expresamente confiere a los Organismos de cuenca las siguientes atribuciones: Otorgar autorizaciones y concesiones referentes al dominio público hidráulico; b) Inspeccionar y vigilar el cumplimiento de las condiciones de concesiones y autorizaciones relativas al dominio público

¹⁵⁸ Cfr.: PALLARÈS SERRANO, A., *La planificación hidrológica de cuenca como instrumento de ordenación ambiental sobre el territorio*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007, p. 391.

¹⁵⁹ Cfr.: PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico”, *op. cit.*, pp. 559-560.

¹⁶⁰ Véase el artículo 24 a) del TRLA.

hidráulico; c) La realización, en el ámbito de sus competencias, de planes, programas y acciones que tengan como objetivo una adecuada gestión de las demandas, a fin de promover el ahorro y la eficiencia económica y ambiental de los diferentes usos del agua mediante el aprovechamiento global e integrado de las aguas superficiales y subterráneas, de acuerdo, en su caso, con las previsiones de la correspondiente planificación sectorial; entre otras¹⁶¹.

En consecuencia, la labor esencial del Organismo de cuenca, y excepcionalmente del MAGRAMA, en el ámbito que nos convoca, es precisamente conceder por vía administrativa los derechos de aprovechamiento de las aguas.

La actividad del Organismo de cuenca, tal como hemos avanzado, no necesariamente se limita al rol de ente administrativo, sino que, en ciertas ocasiones concurrirá también en calidad de titular de los derechos de aprovechamiento¹⁶², a nivel de los contratos de cesión y de los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, normalmente en calidad de cesionario para el cumplimiento de fines relacionados con el interés público y social¹⁶³.

7. OBJETO DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

En atención a que hemos entendido que el derecho de aprovechamiento de las aguas es la terminología adecuada para referirse al derecho al uso privativo de las aguas, deberemos aplicar la normativa referente a este

¹⁶¹ Se trata de una enumeración meramente enunciativa, en atención que la propia Ley deja abierta la posibilidad a que a lo largo de la normativa se encuentren otras atribuciones que también conformen la esfera de atribuciones del Organismo de cuenca. Véase el artículo 24 del TRLA.

¹⁶² Obsérvese que en tal caso la Administración no será titular de la concesión, sino que del derecho de aprovechamiento que se encuentra contenido en dicho título.

¹⁶³ Véase el apartado 6.1 de este Capítulo *supra*.

último para determinar el elemento objetivo a que hacemos referencia en este apartado.

Si la norma dispone, expresamente, que el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico sea o no consuntivo, se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa¹⁶⁴, ésta no resiste mayor análisis salvo concluir que, el objeto de tal derecho al uso privativo, que es lo mismo decir “derecho de aprovechamiento”, recae sobre el dominio público hidráulico.

Aunque ciertos autores, como FERNÁNDEZ ACEVEDO, al estudiar las concesiones de aguas, señalan que estas tienen por objeto una concreta parcela de un bien de dominio público, y más precisamente, un determinado caudal de una cierta corriente o masa de aguas, conforme la interpretación del artículo 61.3 del TRLA¹⁶⁵. Lo cierto es que nuevamente se denota la confusión conceptual que rige en la doctrina administrativista española, en general, porque tal como hemos señalado, ese es el objeto del derecho de aprovechamiento que nace con el título concesional y no de la concesión propiamente tal.

En efecto, el objeto jurídico de la concesión de aguas es el derecho de aprovechamiento de tal recurso, el derecho al uso privativo de las aguas, y también lo ha entendido así el mismo autor que anteriormente mencionábamos¹⁶⁶, cuando señala que “la concesión demanial tiene por objeto únicamente la ocupación, utilización privativa o aprovechamiento de una porción del dominio público para llevar a cabo una determinada actividad”¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Véase el artículo 52.1 del TRLA.

¹⁶⁵ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas de dominio público*, Navarra, Thomson Civitas, 2007, p. 192.

¹⁶⁶ Lo que solo viene a demostrar que efectivamente, la doctrina no ha realizado la labor dogmática necesaria para determinar a cabalidad los conceptos al cual nos estamos refiriendo.

¹⁶⁷ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, *op. cit.*, p. 193.

La importancia de la determinación de esta conceptualización radica, en parte, en que, una vez aclarado que el objeto que se otorga en virtud de la concesión es el derecho de aprovechamiento sobre las aguas, cualquier discusión acerca de un posible atentado al principio de inalienabilidad del dominio público hidráulico a ese respecto, resultaría estéril¹⁶⁸. Si tuviéramos que enfrentarnos a ese tipo de disquisiciones, sería más bien en el ámbito del objeto del derecho de aprovechamiento de las aguas, debido a que es en esta situación donde se presenta al objeto como una determinada porción del dominio público hidráulico.

Desde nuestro punto de vista, que el objeto del derecho de aprovechamiento sea el dominio público hidráulico tampoco significa que se vulnere el principio de inalienabilidad, encontrando la base de esta afirmación en el análisis de la teoría de la causa de la concesión del derecho de aprovechamiento de las aguas a la cual adscribimos y que se relaciona de manera directamente proporcional con el ejercicio de la *publicatio*, a la cual hemos hecho referencia en reiteradas ocasiones¹⁶⁹.

En definitiva, cuando la Administración otorga un derecho de aprovechamiento sobre las aguas través de una concesión, no está transfiriendo la propiedad y tampoco la titularidad del dominio público hidráulico, sino que simplemente está ejerciendo una potestad por la cual posibilita la utilización de una determinada porción del mismo, en atención al interés público específico que ha de satisfacerse en el caso concreto¹⁷⁰.

¹⁶⁸ No debería caber duda alguna que el derecho de aprovechamiento de las aguas no es sinónimo de dominio público hidráulico.

¹⁶⁹ Véase el apartado 1 del Capítulo Primero de esta Parte *supra*.

¹⁷⁰ Cfr.: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "El exceso de poder como vicio del acto administrativo", *Revista de Administración Pública*, núm 23, mayo/agosto 1957, p. 166. Así también lo ha entendido la jurisprudencia, la cual ha afirmado que "la estructura jurídica de la actividad administrativa incluye como elemento esencial la causa, es decir, el concreto interés público al que de modo objetivo y acorde con la situación básica o referente impulsa y caracteriza el contenido de la decisión adoptada por el órgano administrativo competente, siendo así, dicha finalidad o interés público del acto, la razón o causa justificante del mismo en cuanto factor de integración de la decisión administrativa". En: STS de 12 de julio de 1985.

Por otra parte, el interés público se verá satisfecho cuando se logre el aprovechamiento óptimo del recurso que ha sido concedido, es decir, que logre integrarse “de forma ordenada y armónica con las demás utilizaciones posibles sobre el mismo bien, de modo que el reparto de los derechos de uso se haga sobre dos pilares fundamentales: el logro de la mejor explotación de los bienes o recursos existentes, por un lado, y la garantía de su destino primordial, por otro”¹⁷¹.

8. CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

A lo largo del estudio de este capítulo, hemos podido observar que el derecho de aprovechamiento se encuentra íntimamente vinculado al acto concesional¹⁷², desde su nacimiento hasta su extinción.

La concesión, que se puede definir como aquel título jurídico-administrativo de carácter discrecional, que legitima a su destinatario para aprovechar de modo privativo y temporal una determinada parte de dominio público hidráulico¹⁷³, tiene por objeto, desde el punto de vista del presente estudio, hacer surgir nuevos derechos de aprovechamientos privativos en el universo jurídico, es decir, constituirlos.

A continuación corresponde, por tanto, analizar la forma como se constituyen los derechos de aprovechamientos de las aguas, que no es más que analizar desde su perspectiva, el procedimiento administrativo destinado a constituir una concesión de aguas, propiamente tal¹⁷⁴.

¹⁷¹ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, op. cit., p. 200.

¹⁷² No obstante este derecho de aprovechamiento también pueda basar su origen en una disposición legal, conforme lo establece el artículo 52.1 TRLA.

¹⁷³ Cfr.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J., “Las aguas terrestres”, en BOCANEGRA SIERRA, R. (dir.), *Lecciones de Dominio Público*, Madrid, Colex, 1999, p. 124; y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, op. cit., p. 59.

¹⁷⁴ No es nuestra intención realizar un estudio acabado acerca de la figura de la concesión, debido a que esta ha sido tratada profusa y extensivamente por la célebre doctrina

8.1. Naturaleza jurídica del acto de constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas

Determinar la denominación jurídica que recibe el acto de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas no supone discusión alguna, por cuanto es la propia Ley la que se encarga de establecer la concesión como el acto por el cual se constituyen estos derechos de aprovechamiento¹⁷⁵. De ese mismo modo se ha manifestado PAREJO ALFONSO, cuando señala que “la concesión tiene sin duda un carácter constitutivo de la situación jurídica individualizada que determine a favor del titular que comprende – cuando implique ocupación transformadora del bien demanial – un derecho real inscribible (...)”¹⁷⁶.

Si bien es cierto que por una parte, no hay mayores discusiones acerca de la naturaleza jurídica del acto de constitución de derechos de aprovechamiento, la cual se considera una concesión, por otra, determinar la naturaleza jurídica de la concesión¹⁷⁷ en sí misma, aún es motivo de discusión en la doctrina.

administrativista española. Únicamente haremos el esfuerzo por esbozar las cuestiones más relevantes en lo que guarda directa relación con el derecho al uso privativo de las aguas a que le da origen.

¹⁷⁵ Véase el artículo 52.1 del TRLA. Si bien esta disposición normativa señala que también se adquiere el derecho al uso privativo de las aguas a través de una disposición legal, consideramos que no se trata precisamente de “un acto constitutivo”, sino de una facultad del legislador tendente a declarar una determinada situación, por tanto “una acto declarativo”, en virtud de la cual la Administración no tendrá más potestades que las previstas directa o indirectamente por el propio título legal. Cfr.: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, *op. cit.*, p. 74, a propósito de la viabilidad de la denominación “concesión legal”.

¹⁷⁶ PAREJO ALFONSO, L., “El régimen de la utilización de los bienes y derechos de dominio público. Autorizaciones y concesiones”, en CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, p. 463, refiriéndose, en concreto, a las obras, construcciones o instalaciones necesarias para el desarrollo de la actividad que se ejecuta dentro del ámbito demanial.

¹⁷⁷ Aunque este tema no haga parte del eje central de la presente investigación, hemos optado por incluir, de forma somera, las principales discusiones doctrinales suscitadas al respecto, con un mero fin informativo.

Para cierto sector de la doctrina¹⁷⁸, se trata de un acto administrativo unilateral, que aunque necesitado de la colaboración del particular, cuya solicitud es presupuesto de su existencia y su aceptación requisito de validez o eficacia del acto concesional, no significa que haya un acuerdo de voluntades. Confirman su argumento señalando que “no existe libertad en la selección de la otra parte de la relación debido al monopolio que ostenta la Administración en e otorgamiento de las concesiones, además, los derechos y obligaciones que emanan para el particular se encuentran previamente fijados por la Administración, respecto de los cuales solo le cabe al particular aceptar o no las condiciones ofrecidas¹⁷⁹”.

De este mismo modo se ha manifestado cierta jurisprudencia, destacándose la del Tribunal Constitucional cuando señala que “la concesión es el acto administrativo que permite el acceso de una persona física o jurídica al uso privativo de un bien de dominio público (...) y es el acto por el que el concesionario se obliga a prestar un resultado satisfaciendo unos determinados requisitos y condicionamientos técnicos (...) de manera que se establece a partir del otorgamiento una peculiar relación de colaboración entre la Administración concedente y el concesionario en el ámbito que la concesión tenga por objeto”¹⁸⁰.

En contraposición, se encuentra la doctrina que ha considerado al acto concesional como un contrato administrativo¹⁸¹, debido a que nace de un acuerdo de voluntades entre la Administración y el concedente. En tal sentido, ALCALÁ ZAMORA entiende que “la concesión es contrato porque no puede existir sin acuerdo de voluntades, ya que ni se impone como prestación personal o carga obligatoria la del concesionario, ni de otra parte

¹⁷⁸ VILLAR PALASÍ; SÁNCHEZ DÍAZ; PAREJO GAMIR, R. Y RODRÍGUEZ OLIVER, J. M^a; GARCÍA DE ENTERRÍA; GALLEGO ANABITARTE; MENÉNDEZ REXACH; SÁNCHEZ MORÓN, entre otros, según: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, op. cit., p. 109.

¹⁷⁹ Cfr: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, op. cit., p. 110.

¹⁸⁰ Véase el FJ 4 de la STC 243/1993, de 15 de julio.

¹⁸¹ LAFUENTE BENACHES, ALCALÁ ZAMORA, DEL SAZ CORDERO, DOMÍNGUEZ BERRUETA DE JUAN, LÓPEZ RAMÓN, entre otros, según: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, op. cit., p. 112.

se puede exigir como un derecho frente al Estado, el otorgamiento, siempre en él libre, de concesiones”¹⁸².

La jurisprudencia también se ha pronunciado a favor de esta postura cuando considera que la “concesión de bienes o de servicios, como una de las modalidades típicas para la gestión de actividades públicas, ofrece un mercado, aun cuando no exclusivo, talante contractual (...) tal negocio jurídico, de naturaleza indiscutiblemente administrativa, tiene por origen una oferta al público que formula la Administración y una simétrica propuesta de los particulares, estructura bilateral y además sinalagmática que una vez perfeccionada sustantiva y formalmente, crea un complejo entramado de derechos subjetivos y obligaciones recíprocas”¹⁸³.

Finalmente, se pueden encontrar posturas mixtas¹⁸⁴, las cuales consideramos más apropiadas, que sostienen que la concesión en parte se trata de un acto contractual, en parte unilateral. La parte unilateral guarda relación con el su aspecto reglamentario vinculado a la ordenación del servicio público, a la conservación y vigilancia del dominio público; y la parte contractual, guarda relación con otro tipo de aspectos como son, el precio que el concesionario eventualmente deberá abonar, el plazo máximo de duración, etc¹⁸⁵.

8.2. El procedimiento de constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas superficiales

La regulación del procedimiento para otorgar concesiones está establecida, de forma general, en el artículo 79 del TRLA. Tal norma dispone, en su

¹⁸² ALCALÁ ZAMORA, N., *La concesión como contrato y como derecho real*, Imprenta y Enc. De Julián Espinosa, Madrid, 1918, p. 7. Citado por: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, op. cit., p. 111.

¹⁸³ STS de 5 de febrero de 1988.

¹⁸⁴ GARRIDO FALLA, GUAITA MARTORELL, LÓPEZ PELLICER, MORILLO-VELARDE PÉREZ, entre otros, según: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, op. cit., p. 115.

¹⁸⁵ Cfr.: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, op. cit., p. 114-115.

apartado primero, que el desarrollo de tal normativa deberá estar establecida reglamentariamente.

Por su parte, el RDPH, contiene las normas generales de procedimiento en su Sección 2, del Capítulo III, del Título II. Asimismo, contiene normas especiales de procedimiento, como por ejemplo, para la tramitación de concesiones de agua para abastecimiento de poblaciones y urbanizaciones¹⁸⁶; para la tramitación de concesiones de obras e instalaciones en el dominio público hidráulico¹⁸⁷; y para la tramitación de otras concesiones más específicas, como son aquellas destinadas al riego en régimen de servicio público; y las relativas a aprovechamientos hidroeléctricos de baja potencia¹⁸⁸.

En términos generales, podemos señalar que el régimen aplicable a las concesiones de derechos de aprovechamiento de aguas es el de concurrencia competitiva, por cuanto se establece expresamente en el artículo 79.2 del TRLA. Ello significa que deberá preferirse, habiéndose presentado en igualdad de condiciones, a aquellos solicitantes que proyecten la más racional utilización del agua y una mejor protección de su entorno. Excepcionalmente, el principio de competencia no será aplicable cuando se trate de abastecimiento de agua a poblaciones¹⁸⁹.

A este respecto, la doctrina se ha mostrado conforme, por considerar que se trata de un procedimiento que garantiza la igualdad de oportunidades, a fin de que la Administración elija el proyecto de aprovechamiento del dominio hidráulico que mejor convenga a los intereses públicos, con miras a una

¹⁸⁶ Véase la Sección 4, del Capítulo III, del Título II del RDPH.

¹⁸⁷ Véase la Sección 5, del Capítulo III, del Título II del RDPH.

¹⁸⁸ Véase la Sección 6, del Capítulo III, del Título II del RDPH.

¹⁸⁹ Véase el artículo 93.2 del RDPH.

gestión ordenada y equilibrada del bien y permitiendo, a su vez, la postulación de cualquier interesado en condiciones de igualdad¹⁹⁰.

Con el objeto de propender a un acercamiento panorámico acerca del procedimiento de constitución de los derechos concesionales, procederemos a revisar únicamente la normativa referente a la tramitación de las concesiones en general, siguiendo el esquema básico referente a los procedimientos administrativos, que contempla las etapas de iniciación, de instrucción y de finalización, sin dejar de mencionar los posibles mecanismos de impugnación de dicho acto concesional¹⁹¹.

8.2.1. La iniciación del procedimiento concesional de derechos de aprovechamiento de aguas

El procedimiento se iniciará mediante la presentación de una instancia, por la parte que desee obtener una concesión de aguas superficiales, al Organismo de cuenca correspondiente¹⁹². En tal instancia deberá solicitar a la autoridad la iniciación del trámite de competencia de proyectos si ello fuera procedente, el cual deberá contener además los siguientes extremos: a) Individualización del peticionario (persona física o jurídica); b) Determinación del destino del aprovechamiento; c) Determinación del caudal de agua solicitado; d) Determinación de la corriente de donde se han de derivar las aguas; y e) Especificación de los términos municipales donde se radicarán las obras¹⁹³.

¹⁹⁰ Cfr: PARADA VÁSQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo I, Parte General*, 19ª Ed., Madrid, Marcial Pons, 2012, p. 382, y FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, *op. cit.*, p. 80.

¹⁹¹ Para la determinación de tal esquema nos hemos basado en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común – en adelante, LRJPAC.

¹⁹² En el caso de las cuencas intercomunitarias o estatales, las solicitudes deberán presentarse ante la Confederación Hidrográfica competente. En el caso de las cuencas intracomunitarias o autonómicas, las solicitudes deberán presentarse ante la Administración hidráulica de la Comunidad Autónoma que corresponda

¹⁹³ Véase el artículo 104 del RDPH.

Una vez recibida la instancia, el Organismo de cuenca procederá a redactar un anuncio que deberá ser publicado en los Boletines Oficiales de las provincias donde se radiquen las obras. Este anuncio deberá contener las siguientes indicaciones: a) La mención de la apertura del plazo para que el peticionario presente su petición concreta y el documento técnico correspondiente y para que se presente cualquier otra petición que tenga el mismo objeto que aquella o sean incompatibles con la misma¹⁹⁴; b) Deberá también expresar que se procederá a denegar la tramitación posterior de toda petición presentada que suponga una utilización de caudal superior al doble del que figura en la petición inicial¹⁹⁵; y c) La designación de fecha y hora en que se llevará a cabo la audiencia de desprecintado¹⁹⁶.

Durante el plazo establecido en el anuncio, el peticionario y cualquier interesado que desee presentar proyectos en competencia, deberán presentar la correspondiente instancia ante el Organismo de cuenca competente. Conjuntamente con la instancia, deberán acompañarse los siguientes documentos:

- a) El proyecto por cuadruplicado, debidamente precintado, suscrito por técnico competente, determinando las obras e instalaciones necesarias, justificándose los caudales a utilizar, los plazos de ejecución y, si se tratase de riegos en régimen de servicio público, los

¹⁹⁴ El artículo 105.1 del RDPH establece que este plazo corresponde, por regla general, a un mes. Este puede ser ampliado a tres meses a criterio de la Administración si por la importancia de la petición lo considera oportuno.

¹⁹⁵ Excepcionalmente, si algún posible concurrente proyectase utilizar un caudal superior al doble de la petición inicial, podrá dirigirse por escrito al Organismo de cuenca dentro del plazo fijado en el anuncio, solicitando que se paralice el trámite. En tal caso, la Administración hidráulica procederá a publicar un nuevo anuncio por el cual se indicará la paralización provisional de la tramitación anterior. Si en la nueva competencia no fuese presentada ninguna petición, o no fuera admitida, el expediente continuará su tramitación con el desprecintado de los documentos aceptados o, en caso contrario, se elevará a definitiva la suspensión, mediante acuerdo motivado, el que se notificará a los respectivos interesados. Véase el artículo 105.3 del RDPH.

¹⁹⁶ Esta fecha deberá fijarse para después de seis días de la conclusión del plazo de presentación de peticiones. Véase el artículo 107 del RDPH.

- valores máximos y mínimos de las tarifas correspondientes, que habrán de incorporar las cuotas de amortización de las obras¹⁹⁷;
- b) Un ejemplar de la hoja correspondiente de un mapa del Instituto Geográfico Nacional, donde se señalará el punto o puntos de toma de agua, así como el esquema del resto de las instalaciones;
- c) En el caso que la concesión solicitada sea para riegos, deberá acompañarse además, los documentos públicos fehacientes que acrediten la propiedad de la tierra a regar¹⁹⁸; un estudio agronómico que abarcará como mínimo un cálculo de la dotación de agua referido a cada uno de los meses en que el riego es necesario y un estudio económico de la transformación de secano a regadío que permita dictaminar la procedencia de la misma; y un análisis y propuesta de buenas prácticas para limitar la contaminación difusa y exportación de sales, especialmente en zonas declaradas vulnerables.

Finalmente, dentro del mismo plazo indicado en el anuncio, la Administración hidráulica podrá solicitar, en cualquier caso, y en virtud de la importancia de las afecciones, la aportación de estudios complementarios sobre la incidencia sanitaria, social y ambiental y sus soluciones con la valoración de cada una de ellas¹⁹⁹.

¹⁹⁷ Eventualmente podrá presentarse un anteproyecto, en el que queden definidas las características del aprovechamiento, las obras y las afecciones en grado suficiente para llevar a cabo una información pública o resolver una posible competencia de proyectos, quedando los peticionarios obligados a completar el grado de definición si la Administración lo considerase todavía insuficiente. Véase el artículo 106.2 letra a) del RDPH.

¹⁹⁸ En el caso de concesiones solicitadas por comunidades de usuarios en régimen de servicio público, los documentos que justifiquen haber sido aprobada la solicitud de concesión en Junta general o tener la conformidad de los titulares que reúnan la mitad de la superficie a regar, respectivamente. Véase el artículo 106.2 letra b) del RDPH.

¹⁹⁹ Véase el artículo 106.3 del RDPH.

8.2.2. La instrucción del procedimiento concesional de derechos de aprovechamiento de aguas

En la fecha y hora designada por el Organismo de cuenca en el anuncio de competencia se celebra la audiencia ante un representante de dicha Administración. Esta audiencia tiene por objeto desprecintar los documentos técnico que hayan sido presentados con la concurrencia del solicitante y, en general de todos aquellos interesados. Una vez finalizado el trámite de desprecintado la autoridad hidráulica levantará un acta del resultado, la cual deberá ser firmada por los interesados presentes y por el representante del Organismo de cuenca²⁰⁰.

Una vez recabados todos los documentos en la audiencia de desprecintado, el Organismo de cuenca procederá a realizar un examen de compatibilidad de los mismo con respecto al Plan Hidrológico de cuenca²⁰¹, pudiendo declararlo compatible, relativamente incompatible o absolutamente incompatible.

En caso de que tanto el proyecto como la documentación técnica presentada sean compatibles con el Plan Hidrológico de cuenca, se proseguirá la tramitación del expediente de concesión²⁰². En caso de que tales documentos sean absolutamente incompatibles con el Plan Hidrológico de cuenca, la Administración hidráulica resolverá o propondrá al Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo²⁰³, en su caso, la denegación de la concesión solicitada²⁰⁴.

La petición será relativamente compatible con el Plan Hidrológico de cuenca cuando exista la posibilidad de ser adaptada conforme a este mediante la

²⁰⁰ Véase el artículo 107 del RDPH.

²⁰¹ Véase el artículo 108.1 del RDPH.

²⁰² Véase el artículo 108.2 del RDPH.

²⁰³ Actualmente Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente – en adelante, MAGRAMA – .

²⁰⁴ Véase el artículo 108.4 del RDPH.

imposición de ciertas condiciones que, de cierta forma, la limiten. Así, por ejemplo, puede ocurrir que el Organismo de cuenca considere que únicamente sea posible otorgar una concesión a precario. En cualquier caso, la autoridad hidráulica deberá poner las circunstancias indicadas, en conocimiento del peticionario, para que en el plazo de quince días éste manifieste si desea proseguir la tramitación de la concesión aún cuando pueda quedar afectada a las limitaciones citadas. En caso que el peticionario manifieste su negativa, se pondrá término al procedimiento, por el contrario, si manifiesta su aceptación a las condiciones impuestas o bien, si guarda silencio, se dará continuidad al procedimiento²⁰⁵.

Después del examen de compatibilidad, y habiendo concurrido las circunstancias que determinen la continuidad del procedimiento, el Organismo de cuenca procederá a someter tanto las peticiones, como las obras proyectadas al trámite de información pública²⁰⁶. De forma simultánea, procederá a remitir copia del expediente y de los documentos técnicos aportados a la Comunidad Autónoma, para que ésta, durante el plazo de tres meses, pueda manifestar lo que considere oportuno en defensa de sus intereses. Igualmente, en este mismo período, procederá a solicitar a otros Organismos los informes que sean preceptivos²⁰⁷ o los que considere necesarios para una acertada resolución²⁰⁸.

Para efectos del trámite de información pública, se publicará una nota-anuncio en los Boletines Oficiales de las provincias afectadas por las obras²⁰⁹ y se expondrá en los Ayuntamientos en cuyos términos municipales se radiquen las mismas o se utilicen las aguas²¹⁰.

²⁰⁵ Véase el artículo 108.3 del RDPH.

²⁰⁶ Véase el artículo 109.1 del RDPH.

²⁰⁷ En las concesiones de agua para riego, por ejemplo, es preceptivo el informe del Ministerio de Agricultura Pesca y Alimentación (actualmente MAGRAMA), quien deberá revisar cualquier posible afección a los planes de actuación existentes. Véase el artículo 110.2 del RDPH.

²⁰⁸ Véase el artículo 110.1 del RDPH.

²⁰⁹ El Organismo de cuenca, cuando estime pertinente, en base a las circunstancias que concurran, y de manera discrecional, podrá exigir la difusión de la nota-anuncio por otros

La nota-anuncio deberá contener las siguientes indicaciones: a) El nombre del peticionario; b) El caudal y términos municipales afectados; c) Todas las características y circunstancias necesarias para definir el aprovechamiento pretendido; d) La declaración de utilidad pública a efectos de expropiación forzosa o imposición de servidumbres, en caso que se hubiera solicitado; e) El plazo que se otorga para que cualquier interesado examine el expediente y los documentos técnicos en el Organismo de cuenca y para que, en caso que se sientan perjudicados, puedan presentar un escrito de alegaciones pertinentes²¹¹.

Transcurrido el plazo de alegaciones y habiendo sido estas efectuadas, estas le serán notificadas al peticionario para que en el plazo de quince días manifieste lo que considere oportuno.

Ultimadas las tramitaciones anteriormente señaladas, el Organismo de cuenca deberá citar, con una antelación suficiente, a todos los interesados al acto de reconocimiento sobre el terreno, con la finalidad de confrontar la documentación técnica presentada con la situación real que en el lugar se verifique. Una vez finalizada la actuación, se procederá a levantar un acta detallada, la cual será suscrita por todos los asistentes²¹².

Habiéndose recopilado toda la información requerida en cada uno de los trámites anteriores, el Organismo de cuenca, a través del Servicio que corresponda, deberá emitir un informe sobre los documentos técnicos

medios de comunicación social que considere adecuados. Véase el artículo 109.1 del RDPH.

²¹⁰ Una vez finalizado el plazo de exposición, los alcaldes de los Ayuntamientos correspondientes, deberán remitir al Organismo de cuenca, un certificado acreditativo de haber cumplimentado tal trámite, con expresión del resultado del mismo. Véase el artículo 109.3 del RDPH.

²¹¹ Este plazo, en ningún caso podrá ser inferior a veinte días naturales, contados a partir de su publicación en el Boletín Oficial de la provincia. Véase el artículo 109.2 del RDPH.

²¹² Excepcionalmente el Organismo de cuenca podrá prescindir de esta actuación, en consideración a la ausencia de otras peticiones en competencia, a la escasa importancia de las obras a realizar, y a la ausencia de reclamaciones ulteriores. Véase el artículo 111 del RDPH.

presentados, la viabilidad de su ejecución, la petición que se considere preferente en caso de existir competencia y las modificaciones que convenga introducir. Este informe también deberá pronunciarse sobre las reclamaciones presentadas y el estudio de tarifas si lo hubiere. Finalmente, designará, en su caso, el peticionario a favor del cual ha de resolverse la competencia y las condiciones a las que deberá atenerse para que la concesión pueda ser otorgada²¹³.

Posteriormente a la emisión del mencionado informe, el Organismo de cuenca llamará a los interesados para que concurran al trámite de audiencia, en la forma que determina la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, en los siguientes casos: a) cuando el informe haya sido negativo; b) cuando el informe haya considerado necesaria la modificación de las características esenciales de la concesión solicitada; o c) cuando hubiese habido proyectos en competencia, o alegaciones en el trámite de información pública²¹⁴. Ante tales situaciones y una vez finalizado el trámite de audiencia, el Organismo de cuenca, cuando considere otorgar la concesión, y antes de la finalización del procedimiento, deberá solicitar un informe de los Servicios Jurídicos²¹⁵.

8.2.3. La finalización del procedimiento concesional de derechos de aprovechamiento de aguas

Las formas de finalización de este procedimiento pueden materializarse mediante actos donde la autoridad se pronuncia acerca del fondo del asunto, es decir, actos resolutivos propiamente tal, o mediante actos que solamente tengan por objeto declarar una determinada circunstancia que hace imposible su continuación, que sin ser propiamente un acto resolutivo,

²¹³ Véase el artículo 112 del RDPH.

²¹⁴ Véase el artículo 113 del RDPH.

²¹⁵ Véase el artículo 114 del RDPH.

extingue el procedimiento²¹⁶, verificándose en consecuencia, la finalización del mismo²¹⁷.

Se puede advertir, que esta etapa del procedimiento concesional de derechos de aprovechamiento de aguas está compuesta, en su vertiente convencional, en dos fases distintas: una referida a la resolución preliminar, y otra que contempla la resolución definitiva y que completa a la anterior.

Habiéndose celebrado la audiencia contemplada en el artículo 113 del RDPH, el Organismo de cuenca deberá, en virtud del análisis de todos los antecedentes, decidir sobre la competencia de las peticiones²¹⁸, si se hubiera planteado, y en todo caso, podrá rechazar la solicitud de concesión, para lo cual procederá a dictar la correspondiente resolución²¹⁹.

En cambio, si considera conceder los derechos de aprovechamiento de aguas, sea al peticionario inicial, o a cualquier otro en virtud de la competencia, una vez recepcionado el informe de los Servicios Jurídicos, procederá a dictar una especie de resolución preliminar. En esta resolución preliminar expresa que se concederá concesión siempre y cuando el peticionario acepte una serie de condiciones que la han de regir y que comprende obligatoriamente las derivadas de los artículos 53, 55, 58, 64, 65 y 66 del TRLA²²⁰. Asimismo, el Organismo de cuenca podrá exigir, en el

²¹⁶ Como es el caso de la renuncia, desistimiento o caducidad.

²¹⁷ Cuestión que es mero reflejo de la aplicación de la correspondiente normativa contenida en el Capítulo IV, del Título VI de la LRJPAC.

²¹⁸ Véase el artículo 115.1 del RDPH.

²¹⁹ Excepcionalmente, cuando la resolución definitiva del expediente de concesión se encuentre atribuida al MAGRAMA, el Organismo de cuenca, al finalizar la audiencia referida, deberá emitir un informe y elevar el expediente a dicho Departamento ministerial. El Ministerio resolverá previo informe del Servicio Jurídico, si procede, publicándose las resoluciones oportunas en el "Boletín Oficial del Estado" y notificándolas al Organismo de cuenca para su conocimiento, a efectos de inspección y vigilancia, del cumplimiento de condiciones y de su inscripción en el Registro de Aguas. Véase el artículo 117 del RDPH.

²²⁰ Véase el artículo 115.1 del RDPH.

caso que corresponda su aplicación, cualquiera de las siguientes condiciones²²¹:

- a) La sujeción de las obras al documento técnico presentado con las modificaciones que se consideren procedentes y con obligación de presentar el proyecto constructivo correspondiente, si aquél no ha tenido ese carácter;
- b) Los plazos de comienzo, terminación y explotación;
- c) Modulaciones pertinentes;
- d) Inspección y vigilancia de las obras e instalaciones;
- e) Reserva de la posibilidad de utilizar caudales de la concesión por parte de la Administración para la construcción de obras públicas;
- f) Carácter provisional y a precario de la concesión, en épocas de estiaje, si no hay caudal disponible;
- g) Caudales mínimos que respetar para usos comunes o por motivos sanitarios o ecológicos, si fueran precisos;
- h) El condicionado que se derive del resultado del estudio de la incidencia ambiental de las obras;
- i) Pago de cánones;
- j) Integración forzosa en la zona regable dominada por canales construidos por el Estado, así como en las Comunidades de Usuarios que la Administración determine;

²²¹ Véase el artículo 115.2 del RDPH.

- k) Sujeción a la legislación de pesca, de industria y ambiental;
- l) Fijación de una fianza, no superior al 3 por 100 del presupuesto de las obras a realizar en dominio público, para responder de los daños al dominio público hidráulico y de la ejecución de las obras;
- m) Las especiales que el Organismo de cuenca estime pertinentes, de acuerdo con los informes emitidos y la naturaleza del aprovechamiento objeto de la concesión, especialmente aquellas que procedan, cuando haya vertido de aguas residuales.

Otras condiciones que expresamente dispone el RDPH hacen referencia a las concesiones para riego en régimen de servicio público, cuyos peticionarios, además de las condiciones indicadas previamente, deberán acatar las derivadas de los apartados 2, 3 y 5 del artículo 64 del TRLA²²².

Finalmente, y en cualquier caso, toda explotación, total o parcial, referente a la concesión se condicionará a la aprobación del acta de reconocimiento final de las obras correspondientes²²³.

Esta resolución preliminar deberá ser notificada al petionario único, o al designado en razón del trámite de competencia, desde cuyo momento comenzará a correr el plazo para que proceda a tomar alguna de las siguientes actitudes: a) no contestar; b) contestar aceptando las condiciones propuestas; o c) contestar formulando observaciones²²⁴.

En el caso que el petionario o el designado no conteste, se le volverá a notificar de la resolución preliminar bajo el apercibimiento de que, si en el plazo de diez días desde que ha sido notificado siga sin contestar, se tendrá

²²² Véase el artículo 115.3 del RDPH.

²²³ Véase el artículo 115.3 del RDPH.

²²⁴ Véase el artículo 116 del RDPH.

por desistida la petición de concesión, archivándose el expediente o prosiguiendo el mismo con los restantes peticionarios, si los hubiera.

Si el peticionario o, el designado, acepta las condiciones, el Organismo de cuenca dictará la resolución definitiva por la cual se concede la concesión de derechos de aprovechamiento de aguas, desde cuyo momento comenzará a surtir efectos.

Finalmente, frente a las observaciones formuladas por el peticionario o por el designado, el Organismo de cuenca podrá aceptarlas, otorgando definitivamente la concesión, o bien podrá rechazarlas, para lo cual fijará un plazo de ocho días para que el peticionario las acepte de plano, bajo el apercibimiento de que si no las acepta, se procederá a denegar la concesión, finalizándose así el procedimiento, o siguiendo con él en la medida que aún hayan otros peticionarios.

Cualquiera sea la resolución adoptada, esta deberá ser comunicada a los interesados en la forma establecida en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común,²²⁵ y se publicará la concesión en los Boletines Oficiales de las provincias a que afecten las obras²²⁶. Asimismo, y de oficio, el Organismo de cuenca donde radique la toma deberá inscribir la concesión en su Registro de Aguas²²⁷.

En caso de silencio administrativo, el que se entiende verificado al cabo de dieciocho meses sin que la Administración hidráulica haya resuelto las

²²⁵ Dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que la resolución haya sido dictada. Véase el artículo 58.2 de la Ley 30/1992, de 25 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

²²⁶ Véase el artículo 116 del RDPH.

²²⁷ Véase el artículo 118 del RDPH. El Registro de Aguas es de carácter público. La inscripción registral será medio de prueba de la existencia y situación de la concesión (Véase los artículos 72 del TRLA y 189 a197 del RDPH). Cfr.: FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J., "Las aguas terrestres", *op. cit.*, p. 127.

peticiones, la petición se tendrá como denegada. Por tanto, opera el silencio negativo²²⁸.

8.3. Efectos jurídicos derivados de la constitución del derecho de aprovechamiento de las aguas

Frente a la constitución de determinados derechos de aprovechamiento sobre el dominio público hidráulico realizada por la Autoridad hidráulica competente, surgen para su titular un conjunto de derechos y obligaciones. Tales efectos, se encuentran, por una parte, vinculados al título concesional propiamente tal y, por otra parte, vinculados a la naturaleza misma del derecho que se origina, es decir, aquéllos relativos a su calidad de derecho real administrativo, como podremos apreciar a continuación.

8.3.1. Efectos generales respecto del titular de la concesión

A lo largo de este estudio, hemos podido apreciar el conjunto de los efectos que le genera a su titular el propio acto concesional²²⁹, siendo el principal de ellos la constitución del derecho a usar privativamente los caudales que en la concesión se establece²³⁰.

Sin embargo, no se trata de un derecho que se otorga pura y simplemente, sino que está sujeto a una serie de limitaciones y condiciones que el titular deberá observar a lo largo de su período de vigencia²³¹, tales como:

- La Administración hidráulica no garantiza la disponibilidad de los caudales concedidos²³².

²²⁸ Véase el artículo 116 del RDPH.

²²⁹ Si bien es cierto que la temática central de este trabajo versa sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas y no sobre el acto concesional que le da origen, hemos considerado indispensable contemplar, al menos, los principales efectos relacionados con la concesión, debido a que, tal como lo hemos aseverado en sucesivas ocasiones, ambos se encuentran íntimamente vinculados.

²³⁰ Véase el artículo 52.1 del TRLA.

²³¹ Recordemos que las concesiones son temporales, estando siempre sujetas a un plazo.

- El derecho de aprovechamiento del agua que se conceda quedará adscrita a los usos indicados en el título concesional, sin que pueda ejercerse otro distinto²³³.
- Por regla general, los derechos de aprovechamiento asignados a riego quedan vinculados a los terrenos de los cuales su titular es propietario²³⁴.
- La Administración podrá imponer la sustitución de la totalidad o de parte de los caudales concesionales por otros de distinto origen, con el fin de racionalizar el aprovechamiento del recurso²³⁵.
- Nace para el titular el deber de explotar su derecho de aprovechamiento de forma permanente, so pena de caducidad de la concesión²³⁶.
- Se encuentra sujeto a todas las condiciones que establece el propio título concesional²³⁷.

Además de las limitaciones anteriores, deberá cumplir con otras que guardan relación con la concesión propiamente tal, tales como:

- La concesión estará sujeta a expropiación forzosa a favor de otro aprovechamiento que le preceda según el orden de preferencia que corresponda²³⁸.

²³² Véase el artículo 59.2 del TRLA.

²³³ Véase el artículo 61.2 del TRLA.

²³⁴ Véase el artículo 61.4 del TRLA.

²³⁵ Véase el artículo 61.3 del TRLA.

²³⁶ Véase el artículo 66.2 del TRLA.

²³⁷ Véase el artículo 66.1 del TRLA y el artículo 115 del RDPH.

²³⁸ Véase el artículo 60.2 del TRLA.

- También estará sujeta a revisión por parte de la Administración, cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento, en caso de fuerza mayor, a petición del concesionario y cuando lo exijan los Planes Hidrológicos, y solamente en este último caso podrá proceder indemnización²³⁹.
- Eventualmente no bastará con el acto concesional para que su titular pueda ejercer su derecho de aprovechamiento, debiendo obtener otro tipo de autorización o licencia que conforme a otras leyes se exija con respecto a su actividad o instalaciones²⁴⁰.

8.3.2. Efectos generales respecto del titular del derecho real administrativo: La transferibilidad de los derechos de aprovechamiento

En atención a que estos efectos se vinculan a un tema extremadamente controvertido en la doctrina, y respecto del cual no ha habido un mayor desarrollo, su solo planteamiento podrá resultar, al menos, inquietante. Sin embargo, ha de tenerse presente que la normativa de aguas contempla la posibilidad de transferir el derecho de aprovechamiento de las aguas, que no es más que la forma de ejercer una de las facultades propias de los derechos reales: la disposición jurídica.

Conforme lo hemos analizado previamente, el artículo 63 del TRLA permite, expresamente, la transmisión total o parcial de los aprovechamientos de agua. Advirtiéndose que, de tratarse de un servicio público será necesario requerir una autorización administrativa previa, y que, en los demás casos solo será necesario acreditarla de modo fehaciente.

Recordemos que no hay que confundir la transmisión de la concesión, con la transmisión de los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos en

²³⁹ Véase el artículo 65 del TRLA.

²⁴⁰ Véase el artículo 59.8 del TRLA.

virtud de la concesión²⁴¹. La situación a la que ahora hacemos referencia guarda intrínseca relación con las figuras del contrato de cesión y del centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, en virtud de cuya importancia y novedad amerita un tratamiento *in extenso*, que intentaremos proporcionar en los capítulos siguientes.

²⁴¹ Véase el apartado 5.4. de este Capítulo *supra*.

CAPÍTULO TERCERO

EL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS COMO INSTRUMENTO DE TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

A través de este apartado se persigue el estudio *in extenso* de tal instrumento jurídico, como una de las formas ideadas por el legislador para llevar a cabo la transmisión de derechos de aprovechamiento del recurso hídrico.

Con la finalidad de cumplir con tal objetivo, a continuación se hará una breve referencia a la historia del establecimiento de la norma que introdujo la figura del contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas y sus posteriores modificaciones. Posteriormente se procederá a la revisión y reflexión del contenido mismo de dicha institución, en la que se estudiará su conceptualización, características, naturaleza jurídica y sus elementos subjetivos, objetivos y formales. Y, se finalizará con la descripción de los efectos del contrato y cuestiones que eventualmente se le vinculan, como es el uso de las infraestructuras hidráulicas.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y NORMATIVA APLICABLE

El contrato de cesión de uso privativo de las aguas, como forma de gestión del recurso hídrico se integró al ordenamiento jurídico español a través de la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas²⁴².

La incorporación del artículo 61 bis, que integra el contrato de cesión a la Ley 29/1985, de 2 de Agosto, de Aguas, no constituyó un tema pacífico,

²⁴² La Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas- estuvo vigente hasta el día 25 de julio de 2001, actualmente se encuentra derogada. Sin embargo, es necesario mencionarla puesto que fue en ella donde se introdujo la modificación que incorporó el contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas.

suscitando, en la época, una discusión parlamentaria entre el Grupo Parlamentario Popular y la oposición respecto a lo que presuntamente implicaba la privatización del recurso hídrico²⁴³.

Años más tarde, se derogó la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, la cual fue sustituida por Real Decreto Legislativo 1/2001 de 21 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, en cuya Sección II, del Capítulo III, del Título IV contempla el contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas. Este contrato, posteriormente, fue desarrollado en el Capítulo I del Título VI el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico.

Durante el año 2012 se dictó la Ley 11/2012, de medidas urgentes en materia de medio ambiente²⁴⁴, una de las cuales guarda relación con el contrato de cesión. En líneas generales, dispone la norma que, los titulares de derechos de aprovechamiento en el ámbito del Plan Especial del Alto Guadiana, podrán transferirlos de forma irreversible y en su totalidad, a otros titulares de aprovechamientos a través de la celebración del contrato de cesión de derechos de uso privativo de las agua. Además, en este contexto, la celebración del contrato deviene en una transferencia de la propia concesión, transformándose el cesionario en concesionario. Dicha concesión será eficaz hasta el 31 de diciembre de 2.035, momento en que también tendrá preferencia para formalizar una nueva concesión²⁴⁵.

Cabe, finalmente, destacar que la normativa que regula actualmente el contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas tiene el carácter de norma básica y estatal, con aplicación a todas las cuencas, sean estas intercomunitarias o intracomunitarias.

²⁴³ Para un estudio más extenso de la historia de la norma, véase: DIARIOS DE SESIONES DEL CONGRESO DE DIPUTADOS. VI Legislatura N° 723, Sesión número 38 del día lunes 28 de junio de 1999. pp. 20618-20687.

²⁴⁴ Derivada de la tramitación como Ley del Real Decreto-Ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente.

²⁴⁵ Mediante esta norma se introduce una nueva disposición adicional decimocuarta al TRLA.

Respecto a la aplicación de la norma a las cuencas intracomunitarias, tal posibilidad, es perfectamente válida, aún cuando, en general, la competencia corresponda a las Comunidades Autónomas, en atención a que dicha competencia no puede enervar las que corresponden al Estado en virtud de específicas habilitaciones constitucionales. En tal sentido la “competencia autonómica sobre el aprovechamiento de los recursos hidráulicos no puede desconocer la competencia específica que el (...) artículo 149.1.18 de la Constitución atribuye al Estado sobre la legislación básica en materia de contratos y concesiones administrativas”²⁴⁶.

En consecuencia, si bien es cierto que las Comunidades Autónomas mantienen sus competencias en materia de aguas respecto de las cuencas intracomunitarias, “no pueden estimarse inconstitucionales ni invasoras de competencias autonómicas las normas del Estado que determinan el régimen de protección de los bienes del dominio público hidráulico y establecen las reglas básicas del sistema concesional, aún cuando incidan, como es obvio, en el régimen de aprovechamiento de las aguas continentales sobre las que las Comunidades Autónomas extienden sus competencias en virtud del artículo 149.1.22 de la Constitución y preceptos concordantes de los Estatutos de Autonomía”²⁴⁷.

La actividad legislativa autonómica referida a esta temática puede ser ilustrada mediante la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía, que establece un tratamiento del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas en su artículo 47²⁴⁸ contenido en el Capítulo III, del Título VI, el

²⁴⁶ STC 227/1988 de 29 de noviembre de 1988.

²⁴⁷ *Ibíd.*

²⁴⁸ Artículo 47 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía: “La cesión de derechos al uso privativo de las aguas se podrá llevar a cabo de acuerdo con lo dispuesto en la Sección segunda del Capítulo III del Título IV del Texto Refundido de la Ley de Aguas y el Título VI del Reglamento del Dominio Público Hidráulico aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, que desarrolla los Títulos Preliminar, I, IV, V, VI, VII y VIII del Texto Refundido de la Ley de Aguas, debiéndose tener en cuenta lo siguiente: a) La cesión tendrá carácter temporal. b) La cesión deberá hacerse para usos de igual o mayor rango según el orden de preferencia establecido en el plan hidrológico de la demarcación o, en su defecto, en el artículo 23 de esta Ley. En este último caso, cuando la cesión de los derechos tenga por objeto la realización de usos establecidos en la letra c) del apartado 2

que, sin embargo no presenta mayor novedad respecto a la Ley estatal referida anteriormente.

2. CONCEPTO DEL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS

Tanto la ya derogada Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, con su respectiva modificación según la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, como el TRLA y su respectivo RDPH, no contienen una definición del contrato de cesión que regulan. Sin embargo establecen todos los elementos necesarios para que pueda derivarse de ellos.

Es así como la doctrina no tardó en construir una definición que se adaptara a las características de esta nueva figura jurídica establecida mediante la inclusión del artículo 61 bis a la Ley de Aguas de 1985²⁴⁹. En tal sentido, consideramos apropiado destacar aquella elaborada por NAVARRO CABALLERO, por cuanto aporta mayores elementos que permiten precisar el contenido de este contrato, entendiéndolo como “aquel en virtud del cual los concesionarios o titulares de derechos al uso privativo de las aguas ceden, con carácter temporal, la totalidad o parte de los derechos de uso que les corresponde a otro concesionario o titular de derecho de igual o mayor rango que el suyo, previa autorización administrativa y pudiendo mediar contraprestación económica”²⁵⁰.

de dicho artículo, deberá acreditarse para su autorización el cumplimiento de los criterios de sostenibilidad, mantenimiento de la cohesión territorial y el mayor valor añadido en términos de creación de empleo y generación de riqueza para Andalucía. c) Cuando razones de interés general lo justifiquen, la persona titular de la Consejería de Medio Ambiente podrá autorizar con carácter excepcional cesiones de derechos de uso del agua que no respeten las normas sobre prelación de usos a que se refiere el apartado anterior de este artículo. d) Para la adquisición de derechos de agua se requerirá la condición previa de concesionario o titular de algún derecho al uso privativo de las aguas”.

²⁴⁹ Artículo derogado por el TRLA.

²⁵⁰ NAVARRO CABALLERO, T. M., “La Intervención administrativa en el contrato de cesión y en los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas”, en JOAQUÍN MELGAREJO MORENO Y ANDRÉS MOLINA GIMÉNEZ (coord.), *Los Mercados del Agua*, Alicante, Thomson Civitas, 2005, pp. 227-253.

A continuación, se intentará establecer las características elementales de esta figura jurídica, proporcionando una breve explicación acerca de cada una de ellas. En su oportunidad, y de forma gradual, iremos profundizando en el análisis de ciertas características que presenten un mayor grado de relevancia y de conflictividad.

3. CARACTERÍSTICAS DEL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS

Una vez establecido el concepto de contrato de cesión, cabe ahora proceder a desglosarlo e intentar comprender su contenido, destacándose las siguientes características:

3.1. Es convencional

Como regla general, rige el principio de la autonomía de la voluntad, toda vez que sólo celebrarán estos contratos aquellas personas, físicas o jurídicas, públicas o privadas que deseen prestar su consentimiento. Sin embargo, y como se reflejará en el transcurso del trabajo, este principio se encuentra limitado ya que en este contrato existe una importante intervención de la administración pública.

3.2. Existe una doble limitación respecto a los titulares

Si bien pueden participar en el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, recaen sobre ellas dos limitaciones consistentes en requisitos que deben cumplir con anterioridad a la celebración del mismo.

La primera limitación, consiste en que sólo pueden ser partes de tal contrato los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las

aguas²⁵¹, que tengan su derecho debidamente inscrito en el Registro de Aguas²⁵².

La segunda limitación, se relaciona con las prioridades de los usos del agua. El TRLA²⁵³ establece que el cedente solamente podrá ceder a aquel cesionario cuyo derecho emanado de su concesión sea de igual o mayor rango según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de la cuenca correspondiente o, en su defecto, en el artículo 60 de la misma Ley que establece el orden de preferencia de usos del agua²⁵⁴, y termina por agregar que los titulares de derechos de usos privativos de carácter no consuntivo no podrán ceder sus derechos para usos que no tengan tal consideración.

3.3. Es un sistema temporal

La Ley establece que la cesión de los derechos al uso privativo de las aguas tendrá “carácter temporal”²⁵⁵, en atención a que la concesión de titularidad del cedente también lo es. El problema que se vislumbra respecto a esta característica, es que el legislador no ha contemplado un plazo específico o un número de años en concreto, por lo que aparentemente lo ha dejado a criterio de los contratantes conforme lo dispone el principio de la autonomía de la voluntad. Sin embargo, ha de recordarse que cualquiera sea el plazo

²⁵¹ Véase el artículo 67.1 del TRLA.

²⁵² Véase el artículo 344.1 letra b) del RDPH.

²⁵³ Véase el artículo 67.1 del TRLA.

²⁵⁴ Para EMBID IRUJO, se trata de una prescripción enteramente razonable y sustentadora de la existencia de un mercado de derechos de uso de agua en el Derecho de España, admitiendo que la jerarquía de usos refleja unos valores sociales que se han transformado en norma y que vinculan a la Administración. Cfr: EMBID IRUJO, A., “La crisis del sistema concesional y la aparición de fórmulas complementarias para la asignación de recursos hídricos. Algunas reflexiones sobre los mercados de derechos de uso de agua”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Uso del agua. Concesiones, autorizaciones y mercados del agua*, Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, p. 55. (en prensa).

²⁵⁵ Véase el artículo 67.1 del TRLA, corroborado por lo dispuesto en el artículo 343.1 del RDPH. No obstante, a efectos de la Disposición Adicional Decimocuarta, en el ámbito del PEAG se podrán transmitir determinados derechos de aprovechamiento de forma “irreversible y en su totalidad”.

que fijen las parte este nunca podrá exceder al que resta para que se extinga la concesión o el derecho originario del cedente²⁵⁶.

Cierto sector de la doctrina, aquél que estima justificada la intervención de la administración pública en estos contratos, considera que en el TRLA “el criterio de la temporalidad queda en el aire, de forma que no hay manera de objetivar qué tiempo puede considerarse aceptable para un contrato”²⁵⁷, y aunque haya impuesto el límite del tiempo que reste de la concesión, este puede transformarse, en la práctica, en una transmisión de la concesión²⁵⁸, pasando por encima de las exigencias que supone el procedimiento establecido para tal transferencia, lo que finalmente podría redundar en el abuso del derecho o en un fraude a la Ley.

Se ha considerado que el legislador, al haber establecido el criterio de la temporalidad, debió haber fijado un plazo concreto para la duración del contrato, y que, además, este fuera de corto tiempo, “el carácter anual podría ser muy apropiado para combatir con dicho contrato las fluctuaciones de cada año hidrológico (...) podría prorrogarse por una o dos veces, en cuyo caso sería aconsejable introducir un número máximo de prórrogas admisibles. Incluso podría darse una duración al contrato inferior a la anual, por ejemplo permitiendo su celebración para una temporada agrícola, una estación determinada del año o para combatir una sequía puntual”²⁵⁹.

Mientras no concurra la modificación legal en tal sentido, cabrá a las Confederaciones Hidrográficas respectivas, en el ámbito de su competencia

²⁵⁶ MELGAREJO MORENO, J. Y LÓPEZ ORTIZ, M. I., “¿Son los contratos de cesión de derechos y los bancos de agua instrumentos convenientes para mejorar la gestión del agua?”, en *Tractat de l'aigua. Revista valenciana interdisciplinaria de l'aigua*, N° 1 / Primer cuatrimestre de 2008, p. 57.

²⁵⁷ MOLINA GIMÉNEZ, A., “La cesión de derechos de aprovechamiento de aguas en España. Análisis crítico y propuestas”, en MELGAREJO MORENO, J. Y MOLINA GIMÉNEZ, A. (coords.), *Los Mercados del Agua*. Navarra, Thomson Civitas, 2005, p. 60.

²⁵⁸ NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, p. 302.

²⁵⁹ *Ibid.*

como ente autorizador del contrato de cesión, determinar si se cumple con el criterio de temporalidad requerida por el TRLA.

3.4. Tiene por finalidad la reasignación de derechos de aprovechamiento

Esta característica guarda relación con el objeto mismo del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas²⁶⁰, con lo cual cabe destacar que lo que se cede no es el agua propiamente tal²⁶¹, sino que lo que se transfiere de manera temporal es el derecho de aprovechamiento de tal recurso, lo que a su vez, no supone la transferencia del derecho concesional, puesto que el concesionario sigue siendo titular de éste, solamente hace una cesión temporal del derecho al uso privativo de las aguas que contiene su título.

El objetivo final que se pretende mediante esta reasignación del recurso hídrico es potenciar el ahorro del mismo, cuestión que aparentemente resulta paradójica en atención a que si se ceden caudales que para el concesionario son excedentarios, estos en la práctica no se ahorran debido a que no se dejan de utilizar. Sin embargo, habrá que considerar por una parte que, mediante esta técnica el cesionario no procederá a reclamar una nueva concesión ante la administración pública, y por otra, el cedente no malgastará el recurso para no ponerse en la situación de revisión de su concesión²⁶².

²⁶⁰ Este tema será tratado más extensamente en el apartado 6 de este Capítulo *infra*, razón por la cual en esta instancia solamente se hace una breve referencia.

²⁶¹ Mediante esta afirmación se intenta evitar la discusión acerca de la inalienabilidad del bien demanial. Es necesario recordar que el artículo 2 del TRLA, señala que, salvo excepción legal, el agua constituye el dominio público hidráulico del Estado. Sin embargo, con ello no se ha logrado evitar la conflictividad del todo, por cuanto cierto sector de la doctrina postula que lo que se pretende transferir mediante este disfraz denominado “derecho de aprovechamiento” en realidad es el agua. (Cfr.: MOLINA GIMÉNEZ, A., “La cesión de derechos de aprovechamiento...”, *op.cit.*, p. 62).

²⁶² En atención a tal argumentación. NAVARRO CABALLERO considera que “el consumo racional basado en una mejor redistribución del recurso también constituye una forma de ahorro”, (NAVARRO CABALLERO, T. M., “La Intervención administrativa...”, *op.cit.*, p. 238).

3.5. Es un modelo regulado

Aún cuando se señaló, anteriormente, que una de las características del contrato de cesión es el hecho de que éste sea convencional, por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, también se advirtió que lo que se pretendía con ello era hacer referencia a la libertad que tienen las partes para vincularse mediante este instrumento, pero que respecto a su regulación existía una fuerte intervención por parte de la administración²⁶³.

Es por esta razón que el principio de autonomía de la voluntad no tiene un carácter absoluto, debiendo ceñirse las partes a un riguroso procedimiento autorizador que blindará al acto jurídico de eficacia una vez que se compruebe, por parte del Organismo de cuenca, que el contenido del contrato de cesión cumple con los estándares requeridos por la Ley.

Esta característica ha dado sustento a la argumentación de gran parte de la doctrina, que estima que mediante el contrato de cesión no se configura propiamente tal un “mercado de aguas”, en tanto no juegan libremente los componentes de la oferta y la demanda²⁶⁴.

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS

No es tarea sencilla determinar la naturaleza jurídica de esta figura jurídica, considerando que son muchos los factores y conceptos que habrá de tomarse en cuenta. Algunos de estos factores atenderían a presupuestos de Derecho privado y otros a presupuestos de Derecho público. A este respecto, pocos han sido los autores que han intentado dilucidarla, y aunque

²⁶³ Véase el apartado 3.1 de este Capítulo *supra*.

²⁶⁴ Cfr.: ARIÑO ORTIZ, G Y SASTRE BECEIRO, M., *Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España. Los mercados regulados del agua*, Granada, Comares, 1999, pp. 308 y ss.

no se ha logrado determinar completamente, su esfuerzo ha sido válido en cuanto proporciona elementos clave para seguir avanzando en el tema.

El primer paso destinado a dilucidar la naturaleza jurídica del contrato de cesión consiste en observar a las partes contratantes del mismo. Así, se encontrarán casos en que el contrato sea celebrado entre particulares, y casos en que el contrato se celebre entre un particular y la Administración pública. Por otra parte, habrá que observar también aquéllos casos en que en el contrato se vea envuelta la prestación de un servicio público como finalidad del mismo.

4.1. Naturaleza jurídica del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas celebrado entre particulares

En esta materia la doctrina, en general, ha sido uniforme en considerar que se trata de un contrato *inter privatos*, regido por las normas respectivas establecidas en el Código Civil.

Como antes se ha señalado²⁶⁵, el principio que rige la materia es el de autonomía de la voluntad, por lo que cada parte es libre para determinar si se vincula obligatoriamente al contrato o no. No obstante, también se ha mencionado que existe una fuerte intervención administrativa respecto a este contrato, cuestión que se concreta mediante la autorización administrativa²⁶⁶ *ex ante*, y que otorga, ya sea, validez o eficacia²⁶⁷ al acto, cuestión que podría eventualmente desvirtuar el carácter privado del contrato.

Este tema se ha planteado en la doctrina y la conclusión a que ha llegado la mayoría de ésta, es que la intervención administrativa mediante la

²⁶⁵ Véase el apartado 3.1 de este Capítulo *supra*.

²⁶⁶ Véase el apartado 7.2.1 de este Capítulo *infra*.

²⁶⁷ Respecto a este tema se hará referencia *in extenso* en el apartado 7.2 de este Capítulo *infra*, referente al procedimiento autorizatorio, en atención a que no se trata de un tema pacífico en doctrina.

autorización en el contrato de cesión, produce varios efectos. Sin embargo ninguno de ellos guarda relación con la desvirtualización del acto en sí, que sigue siendo privado, aún incluso cuando lo que se transfiere sea el aprovechamiento de un determinado volumen de agua²⁶⁸.

En ese mismo sentido se ha manifestado VÁSQUEZ COBOS, al señalar que “cuando los concesionarios o titulares de los derechos sean personas físicas o jurídicas privadas, estaremos claramente ante un contrato privado, pues la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas²⁶⁹ exige la presencia de una Administración Pública para caracterizar a un contrato como administrativo. El simple hecho de que el objeto del contrato sean los derechos de uso sobre el dominio público hidráulico, no otorga el carácter administrativo al acuerdo de cesión, simplemente impide que dicho contrato pueda celebrarse si la normativa no permite expresamente dicha posibilidad”²⁷⁰.

Con todo, una vez suscitado algún conflicto entre los particulares contratantes será competente para resolverlos la propia jurisdicción civil, con el objetivo de obtener el cumplimiento estricto de los términos del contrato. Ahora bien, si el conflicto suscitado guarda relación con la autorización prestada por la Administración hidráulica, será competente para resolverlo la jurisdicción contencioso-administrativa²⁷¹.

A la doctrina, lo que le resulta inquietante en este sentido, no es la calificación privada del contrato sino la forma en que podrán encontrarse las voluntades para que se pueda llevar a cabo la cesión, en atención a que ni

²⁶⁸ Cfr.: LÓPEZ PELLICER, J. A., “El llamado mercado del agua en la Ley 46/1999”, en *Reflexiones sobre el futuro del agua ante el Siglo XXI. Libro homenaje a Emilio Pérez Pérez*, Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente, Murcia, 2001, p. 362.

²⁶⁹ Norma actualmente derogada, entiéndase la referencia hecha a Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

²⁷⁰ VÁSQUEZ COBOS, C., “La regulación de los contratos de cesión de derechos de uso de aguas”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *La Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999 de 13 de diciembre)*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 194-195.

²⁷¹ NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op.cit.*, p. 222.

el TRLA, ni su respectivo Reglamento hace alusión a tal cuestión. ARIÑO ORTIZ y SASTRE BECEIRO han sostenido que debería incorporarse a la legislación nacional la figura de los “comercializadores” o “traders”, cuya función sería la de conectar a la partes interesadas y así favorecer la eficiencia del mercado²⁷². Si eventualmente se decidiera incorporar esta figura a la Ley, habría que configurar a la vez un sistema estricto de fiscalización y control para evitar posibles abusos que pudieran cometer en atención a la importante información que poseen.

4.2. Naturaleza jurídica del contrato de cesión en que al menos una de las partes sea la Administración Pública²⁷³

Cuando la cesión se plantea entre un particular y la Administración²⁷⁴, surge la problemática que dice respecto con la determinación de su naturaleza jurídica.

Normalmente la Administración concurrirá como cesionaria, cuyo involucramiento en el contrato se basaría en la necesidad de destinar parte del recurso a la prestación de un servicio público. A este respecto, cuando la

²⁷² ARIÑO ORTIZ, G. Y SASTRE BECEIRO, M., “Los mercados de aguas como forma de gestión”, en GRANDE, N., ARROJO AGUDO, P. Y MARTÍNEZ GIL, J. (coords.), *Una cita europea con la nueva cultura del agua: La Directiva Marco. Perspectivas en Portugal y España*, II, Congreso Ibérico sobre planificación y gestión de aguas, Zaragoza, Institución “Fernando el Católico”, 2001, pp. 370 y ss.

²⁷³ La finalidad perseguida con la participación de la Administración mediante la aplicación de este instrumento es la obtención de los caudales para su destinación a un uso o servicio público. Con ello se hace especial alusión al uso del recurso para el abastecimiento de la población. En efecto, para NAVARRO CABALLERO, la determinación de la naturaleza jurídica del contrato de cesión no debería estarse solamente a los sujetos que intervienen, sino también a la finalidad perseguida mediante tal contratación. (NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, op.cit., p. 223).

²⁷⁴ Tampoco hay mayor discusión cuando ambas partes contratantes están constituidas por la Administración Pública, puesto que en ese caso la doctrina, de forma unánime, considera que se trata de un contrato regido por la norma administrativa. Véase la STS de 7 de marzo de 1987, en el que resuelve el recurso interpuesto contra unos Acuerdos del Pleno del Ayuntamiento de Zaragoza referidos a un convenio (cesión de derechos de aprovechamiento de aguas) que éste había celebrado con otro Ayuntamiento Utebo. El Tribunal procedió a calificar tal convenio como un contrato de carácter administrativo en razón del elemento subjetivo (dos sujetos de la Administración Local) y del elemento objetivo (la regulación de un servicio público), y aún cuando tiene lugar bajo el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965, este precedente vuelve a aplicarse ante el mismo Tribunal en la STS de 28 de junio de 1989.

Administración presenta la calidad de cesionaria con el objeto de prestar un servicio público de abastecimiento de la población, la doctrina se ha mostrado divergente. Por un lado están aquellos que postulan que se trataría de un contrato administrativo, sea en atención al elemento subjetivo, ya que una de las partes está constituida por la propia Administración, y también en atención al objeto, que es la prestación de un servicio de interés general²⁷⁵.

Otro sector de la doctrina, entiende que, aún cuando uno de los sujetos contratantes sea la Administración, el contrato de cesión de uso privativo de las aguas sigue manteniendo su carácter privado. De tal manera lo expone VÁSQUEZ COBOS²⁷⁶, basándose en lo dispuesto en el artículo 5.3 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas²⁷⁷, que trae como consecuencia la aplicación del artículo 334.10 del CCEsp, en cuanto el derecho de aprovechamiento de las aguas constituye un derecho real y como tal se considera un bien inmueble. Agrega que la adquisición de tal derecho real no podría considerarse como contrato de suministro debido a que éste solo puede recaer sobre bienes muebles²⁷⁸. Estima este autor, además, que esta figura tampoco se encuadraría como un contrato administrativo especial, debido a que carece de vinculación respecto al giro o tráfico de la Administración, ni satisface directa o inmediatamente una finalidad pública, sino de forma indirecta, pues la finalidad pública que se pretende, el suministro de agua a las poblaciones, no forma parte del contrato. Finalmente, indica que tampoco se trataría de un contrato de servicio público, considerando que el objeto que persigue la administración es el abastecimiento público y no la transferencia de los caudales sobrantes.

²⁷⁵ LÓPEZ PELLICER, J. A., "El llamado mercado del agua...", *op. cit.*, p. 363.

²⁷⁶ VÁSQUEZ COBOS, C., "La regulación de los contratos de cesión...", *op.cit.*, pp. 195-196.

²⁷⁷ Norma actualmente derogada, entiéndase la referencia hecha a Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

²⁷⁸ Véase el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público.

Termina concluyendo el autor, en atención al previo descarte de las instituciones previamente señaladas, que lo correcto sería calificar al contrato de cesión de uso privativo de las aguas como un contrato privado que recae sobre bienes inmuebles, y como tal, el régimen jurídico que habría que aplicársele correspondería a la Ley de Patrimonio del Estado, o la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas respectivas²⁷⁹.

Una vez calificada la institución en mención, como un contrato privado, continúa el autor desarrollando la temática aludiendo ahora al tipo contractual específico que le correspondería, descartando de plano la categorización de éste como una compraventa, toda vez que su objeto no consiste en una cosa determinada, y el precio tampoco constituye un elemento esencial²⁸⁰. Así concluye que se trata de un contrato de transmisión de créditos²⁸¹, sujeto al principio de autonomía de la voluntad.

Continuando con las disquisiciones, y como se había señalado que este no se trataba de un tema pacífico, NAVARRO CABALLERO se encuentra en desacuerdo con la teoría propuesta anteriormente cuando señala que “no resulta satisfactoria la solución apuntada pues difícilmente podrán aplicarse tales artículos del Código Civil al contrato de cesión de derechos al uso del agua dada la falta de identidad entre ambas figuras: como se sabe, el derecho al uso privativo del agua es un derecho real, no un derecho de crédito. Además este contrato cuenta con su propia normativa y régimen jurídico consagrado en el Texto Refundido de la Ley de Aguas y en el Reglamento del Dominio Público Hidráulico”²⁸².

²⁷⁹ Entiéndase la referencia a la LPAAPP.

²⁸⁰ La compensación económica que podría venir aparejada con la celebración del contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas constituye solamente un elemento accidental del contrato, no necesariamente tendrá lugar, sólo cuando las partes así expresamente lo estipulen.

²⁸¹ Véase los artículos 1.526 y siguientes del CCEsp.

²⁸² NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op.cit.*, p. 229.

La mencionada autora continúa su trabajo, intentando subsumir el contrato de cesión de derechos de uso privativos de las aguas para el caso de que uno de los contratantes sea la Administración Pública, con figuras contractuales afines, como son: la cesión del contrato administrativo, la subcontratación y los convenios de colaboración.

Respecto a la cesión del contrato administrativo²⁸³, sólo hace la mención en atención a la similitud terminológica, a la necesidad de autorización administrativa previa, a la subrogación del cesionario en las obligaciones del cedente, a la exigencia de la formalización del contrato y al registro. Sin embargo, termina por desechar su aplicación atendido que la cesión del contrato administrativo implica una novación subjetiva, cuestión que no ocurre con la cesión del derecho al uso privativo de las aguas, porque esta tiene la característica de temporal y el cedente mantiene su calidad de titular de la concesión primitiva. Además agrega que en el contrato de cesión no se imponen exigencias relativas a la capacidad, solvencia y clasificación del cesionario como tampoco exigencias referentes a la ejecución del importe o tiempo del contrato.

Con respecto a la subcontratación, hace el mismo esfuerzo pero también llega a la conclusión que ambas figuras no pueden equipararse. Si bien podría pensarse que la Administración subcontrata con la finalidad de otorgar la prestación del servicio de abastecimiento, esta posibilidad no se adecua a la reglamentación dispuesta para el contrato de cesión en TRLA, debido a que, en la subcontratación no procede la subrogación de los derechos del cedente en la persona del cesionario y además, no requiere de autorización administrativa previa, basta con que se le de conocimiento²⁸⁴.

Referente a la figura de los convenios de colaboración, NAVARRO CABALLERO intenta vislumbrar la posibilidad de categorizar a la cesión de derechos de uso privativo de las aguas ya no como un contrato, sino como un mero

²⁸³ Véase el artículo 226.2 de la LCSP.

²⁸⁴ NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op.cit.*, p. 230.

convenio celebrado con la Administración Pública²⁸⁵, para el caso en que éste sea celebrado entre un Ayuntamiento y un particular. No obstante, así como en los otros casos revisados, termina por descartar tal posibilidad en atención a que en los convenios no se contempla la existencia de una contraprestación, como sucede en el caso de la cesión²⁸⁶.

Por tratarse de una figura que no ha tenido una extensa aplicación, establecer su naturaleza jurídica de manera general resulta un tema aún pendiente. Por tal razón, consideramos que la única manera de resolver la problemática es intentado hacer el estudio caso a caso. Así, para una situación determinada, en que se realice la cesión de derechos de uso privativos de las aguas, deberá hacerse el ejercicio de intentar subsumirlo en algunas de las figuras previamente indicadas, tal y como lo plantea NAVARRO CABALLERO, estableciendo como fundamento del mismo, no solamente la presencia de la Administración Pública como parte del contrato, sino también, la finalidad perseguida por ésta²⁸⁷ tendente a la obtención de una mayor cantidad de recursos hídricos.

En el caso propuesto, en que la finalidad perseguida es la prestación del servicio de abastecimiento consideramos, al contrario de lo que postula VÁSQUEZ COBOS que, efectivamente, podría categorizarse como un contrato administrativo, puesto que tal actividad se encuentra vinculado al giro o tráfico específico de la Administración, con el objeto de satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella. Debemos recordar que en los contratos no solamente habrá que

²⁸⁵ Véase el artículo 4.1 letra d), de la LCSP.

²⁸⁶ NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op.cit.*, p. 230.

²⁸⁷ La tendencia jurisprudencial está por aplicar el criterio finalista para la calificación del contrato administrativo especial. Véase la STS de 13 de febrero de 1990 que establece que “es doctrina reiterada de este Tribunal la de que para distinguir entre los contratos privados y los administrativos, prescindiendo del tradicional criterio de las cláusulas exorbitantes o derogatorias del derecho común, hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en su acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria para satisfacer el interés general atribuido por la esfera específica de su competencia”.

atenderse a la causa final *per se*, que en efecto estaría configurada por la posibilidad de reasignar un recurso, y que es propio de todos los contratos de cesión de derechos de uso privativos del agua, sino que habrá que atenderse también a la causa ocasional²⁸⁸ del mismo, la que puede variar dependiendo de la real motivación de las partes al contratar.

5. SUJETOS DEL CONTRATO DE CESIÓN DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS

Este apartado hace alusión al elemento subjetivo del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas, el cual encuentra asidero legal en el artículo 67.1 del TRLA. Tal norma dispone que *“los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas podrán ceder, con carácter temporal, a otro concesionario o titular de derecho de igual o mayor rango, según el orden de preferencia establecido en el Plan Hidrológico de cuenca correspondiente o, en su defecto en el artículo 60 de la presente Ley la totalidad o parte de los derechos de uso que les correspondan. Los concesionarios o titulares de derechos de usos privativos de carácter no consuntivos no podrán ceder sus derechos para usos que no tengan tal consideración”*.

Esta norma además, ha sido desarrollada en el RDPH en su artículo 343.2 en tanto señala que *“son concesionarios y titulares de derechos al uso privativo de las aguas, los siguientes: a) Los concesionarios de aguas superficiales y subterráneas. b) Los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas inscritos en el Registro de Aguas conforme a*

²⁸⁸ Para un estudio más extenso acerca de la teoría de la causa de los contratos véase POTHIER, R. J., *Tratado de las Obligaciones*, versión a cargo del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial, Buenos Aires, 2003.

las disposiciones transitorias segunda²⁸⁹ y tercera²⁹⁰ del Texto Refundido de la Ley de Aguas".

Es menester recordar que pueden tener la calidad de contratantes cualquier persona natural o jurídica, de derecho público o privado, conforme se ha analizado anteriormente, pudiendo entonces tener tal calidad los particulares en general, como también la Administración Pública. Asimismo, es importante destacar que la Administración Pública, eventualmente, tendrá la calidad de contratante, pero siempre e indefectiblemente se vinculará al contrato, considerando que se requiere de su autorización para dotarlo de eficacia jurídica.

5.1. Limitaciones referentes a los titulares del contrato de cesión

Conforme la descripción del artículo 67.1 del TRLA, se desprenden una serie de limitaciones a la legitimación para que una persona pueda celebrar un contrato de cesión de uso privativo de las aguas, lo que ciertamente afecta el principio de autonomía de la voluntad²⁹¹.

²⁸⁹ Disposición Transitoria Segunda.1 del TRLA : “A los titulares de algún derecho conforme a la Ley de 13 de junio de 1879, sobre aguas privadas procedentes de manantiales que vinieran utilizándose en todo o en parte y hubieran obtenido su inclusión en el Registro de Aguas como aprovechamiento temporal de aguas privadas, les será respetado dicho régimen por un plazo máximo de 50 años, a contar desde el 1 de enero de 1986. Quienes, al término de dicho plazo, se encontraran utilizando los caudales, en virtud de título legítimo, tendrán derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa de conformidad con lo previsto en la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas”.

²⁹⁰ Disposición Transitoria Tercera.1 del TRLA: “Los aprovechamientos temporales de aguas privadas procedentes de pozos o galerías, inscritos en el Registro de Aguas al amparo de la disposición transitoria tercera 1 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, serán respetados por la Administración, durante un plazo de cincuenta años a contar desde el 1 de enero de 1986, en lo que se refiere al régimen de explotación de los caudales, y derecho preferente para la obtención de la correspondiente concesión administrativa de conformidad con lo previsto en la citada Ley”.

²⁹¹ Este ha sido uno de los argumentos esgrimidos para sostener que el mecanismo de gestión de los recursos hídricos llevado a cabo mediante este instrumento de contrato de cesión, no constituye propiamente un mercado del agua. Véase el apartado 3.5 de este Capítulo *supra*.

5.1.1. Limitaciones respecto al título legítimo

En primer lugar, solamente tienen la capacidad para ceder derechos de uso privativo de las aguas, aquellas personas que previamente posean un título legítimo para utilizar el agua. No pueden adquirirse *ex novo* derechos de utilización²⁹².

Para determinar cuales son los títulos legítimos de utilización de las aguas, habrá que hacerse una distinción previa entre: los títulos legítimos sobre las aguas públicas y los títulos legítimos sobre las aguas privadas.

A. Títulos legítimos de derechos sobre aguas públicas

El TRLA considera legítimo, a efectos de la celebración del contrato de cesión, el título de concesión de aguas superficiales o subterráneas. La existencia y contenido del título de concesión será cuestión relativamente fácil probar puesto que bastará con la exhibición del título y su comprobación en las bases de datos del Organismo de Cuenca y en el Registro de Aguas²⁹³.

También constituye un título legítimo la disposición de la ley. En este caso se encuadran los aprovechamientos de las aguas pluviales que discurran por una finca²⁹⁴, las que se encuentren estancadas dentro de sus linderos²⁹⁵

²⁹² MELGAREJO MORENO, J. Y LÓPEZ ORTIZ, M. I., “¿Son los contratos de cesión de derechos...”, *op. cit.*, p. 57.

²⁹³ CARO-PATÓN CARMONA, I., “Contrato de cesión de derechos al uso privativo de aguas públicas”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Madrid, Iustel, 2007, p. 467.

²⁹⁴ Respecto a las aguas pluviales o estancadas se ha suscitado controversias en la doctrina respecto a su naturaleza jurídica para determinar si se tratan de aguas públicas o aguas privadas. La STC 227/1988, de 29 de noviembre de 1988, establece que el artículo 52 de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas (derogado y sustituido por el actual artículo 54 del TRLA) contiene dos categorías de aguas, unas que no son de dominio público, sino de propiedad privada fundiaria, como son las pluviales y las estancadas y otras que si lo son, como son las provenientes de manantiales y subterráneas con las limitaciones que establece la ley. La mayoría de la doctrina sigue sin estar acorde con dicha jurisprudencia al considerar que las aguas pluviales o estancadas son parte del dominio público hidráulico.

y los aprovechamientos de las aguas procedentes de manantiales así como las subterráneas, cuando el volumen total anual de estas últimas no sobrepase los 7.000 metros cúbicos²⁹⁶.

Antes que entrase en vigencia el RDPH, ingresaban también como titulares legítimos en virtud de la disposición de la ley, los órganos de la Administración Central o de las Comunidades Autónomas con la finalidad de acceder a la utilización de las aguas previa autorización otorgada y sin perjuicio de terceros o del Patrimonio del Estado²⁹⁷, por lo que podría entenderse que podían ser titulares del contrato de cesión, sin embargo ello ya no es así en virtud de lo dispuesto en el artículo 343.3 del RDPH que expresamente establece que no podrán celebrar el contrato de cesión los titulares de las autorizaciones especiales a que se refiere el artículo 59.5 del TRLA.

Finalmente, también se consideran títulos legítimos, aquellos que contienen derechos de aprovechamiento que hayan sido adquiridos antes de la entrada en vigor del TRLA, mediante la concesión administrativa, la prescripción acreditada y la autorización de ocupación o utilización del dominio público estatal. Se trata de derechos que fueron concedidos en el marco de la legislación anterior, pero que expirarán el año 2.061, a menos que en su título se hubiese fijado un plazo menor²⁹⁸.

Además agregan, que para los efectos del contrato de cesión tal distinción carece de importancia puesto que en la práctica no se puede hacer una separación del recurso de la finca en la que nace, todo lo cual se refleja en el artículo 84.3 del RDPH cuando dispone que esta agua no podrán utilizarse en una finca distinta de aquéllas en las que nacen, discurren o están estancadas.

²⁹⁵ Véase el artículo 54.1 del TRLA.

²⁹⁶ Véase el artículo 54.2 del TRLA.

²⁹⁷ Véase el artículo el artículo 59.5 del TRLA.

²⁹⁸ Véase la Disposición Transitoria Primera del TRLA.

B. Títulos legítimos de derechos sobre aguas privadas

A este respecto, están legitimados para celebrar el contrato de cesión de uso privativo de las aguas, los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas inscritos en el Registro de Aguas conforme a las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera del TRLA²⁹⁹. Sin embargo, “es difícil explicar la inclusión en el contrato de cesión a los titulares de aprovechamientos temporales de aguas inscritas en el Registro de Aguas, ya que hasta que transcurran los 50 años son aguas privadas y no han de someterse a las limitaciones que se impone a la transmisibilidad del agua obtenida mediante concesión”³⁰⁰.

En el mismo sentido, cierto sector de la doctrina estima que el derecho de aprovechamiento temporal de aguas privadas inscritas, está en directa conexión con la libre transmisibilidad de las aguas privadas, considerando además que, respecto de ellas el TRLA mantiene la irretroactividad en sus Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera, y a mayor abundamiento, a la transmisión de estas aguas privadas no se le podrá aplicar el límite de prelación de usos establecidos en el artículo 60 del TRLA. En consecuencia, se termina por concluir que “los titulares de aguas privadas inscritas (...) tienen un derecho de propiedad con el contenido esencial que conlleva y que no puede ser equiparado al título concesional”³⁰¹.

No obstante lo anterior, pareciera que el título de aprovechamiento de aguas privadas pareciera, a pesar de lo dispuesto en el artículo 343.2 del RDPH, que no es suficiente para incluirse en el régimen del contrato de cesión de derecho de uso privativo del recurso, en atención a lo dispuesto en los respectivos números 3 de las Disposiciones Transitorias Segunda y Tercera del TRLA, en tanto dispone que “*En cualquiera de los supuestos anteriores,*

²⁹⁹ Conforme lo expresamente dispuesto por el artículo 343.2 del RDPH.

³⁰⁰ ESCUIN PALOP, C., *Presente y Futuro...*, op. cit., p. 204.

³⁰¹ MOREU BALLONGA, J. L., “La desalación de aguas marinas en la Ley 46/1999”, *Revista de Administración Pública* N° 152, Mayo/Agosto 2000, pp. 29-72.

el incremento de los caudales totales utilizados, así como la modificación de las condiciones o régimen del aprovechamiento, requerirán la oportuna concesión que ampare la totalidad de la explotación según lo establecido en la presente Ley”.

De la interpretación de tal norma, se infiere que el legislador pretende que tanto los titulares de aguas privadas inscritas o no inscritas, que tengan por objeto modificar el régimen de aprovechamiento (celebrar un contrato de cesión), realicen los trámites para la obtención de su concesión, lo que, en definitiva, redundará en que inevitablemente las aguas pasarán de ser privadas a ser públicas, y que solo de esta manera tales titulares podrían estar legitimados para celebrar el contrato de cesión.

Finalmente, es necesario hacer alusión a la Disposición Adicional Primera del TRLA, que señala que *“Los lagos, lagunas y charcas, sobre los que existan inscripciones expresas en el Registro de la Propiedad, conservarán el carácter dominical que ostentaren en el momento de entrar en vigor la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Agua”*. Se trata de una situación excepcional, en que el derecho de propiedad de tales aguas se consolida en la persona de su titular determinada por su inscripción en el Registro de Propiedad.

Si bien sobre estas aguas privadas se tiene un derecho de propiedad que proporciona amplias facultades de uso, goce y disposición a su titular, no puede ser objeto del contrato de cesión de derechos privativos de las aguas, puesto que el artículo 67.1 del TRLA establece que los derechos de uso privativo y los aprovechamientos hidráulicos solo se conceden respecto de las aguas públicas³⁰². Cabe, sin embargo, respecto de estas aguas, la figura de la expropiación forzosa conforme a las causales legales que eventualmente procedan, atendida la función social de la propiedad.

³⁰² NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, op.cit., p. 256.

Otros sujetos que no pueden celebrar el contrato de cesión se encuentran establecidos en el artículo 343.3 del RDPH, a) los titulares de concesiones o autorizaciones concedidas a precario; b) Los titulares de las autorizaciones especiales a las que se refiere el artículo 59.5 del TRLA³⁰³.

Conforme se ha observado de los últimos trabajo doctrinales acerca de este tema, que una persona no titular de derechos de aprovechamiento no pueda participar en el contrato de cesión, en calidad de cesionario, no tiene lógica, debido a que “plantea la incongruencia que proyectos perfectamente viables y social, ambiental y económicamente defendible, puedan correr el riesgo de no realizarse porque quien encabeza tales proyectos no tiene la condición jurídica de usuario de aguas”³⁰⁴. Frente a esto, EMBID IRUJO ha planteado que se incorpore un principio de libertad de acceso con una limitación cuantitativa, referente al volumen susceptible de ser cedido³⁰⁵.

5.1.2. Limitaciones respecto al territorio

Otra limitación a la celebración del contrato de cesión de uso privativo de las aguas está determinada por la imposibilidad de celebrar cesiones entre usuarios intercuenas, en atención a lo dispuesto en el artículo 72 del TRLA³⁰⁶. Esta situación claramente afectaba a las comunidades regantes, normalmente usuarios de aguas subterráneas de una misma unidad

³⁰³ Artículo 59.5 del TRLA: “No obstante lo dispuesto en el apartado 1, los órganos de la Administración Central o de las Comunidades Autónomas podrán acceder a la utilización de las aguas previa autorización especial extendida a su favor o del Patrimonio del Estado, sin perjuicio de terceros”.

³⁰⁴ EMBID IRUJO, A., “La crisis del sistema concesional...”, *op. cit.*, p. 54.

³⁰⁵ *Ibid.* En ese mismo sentido véase: GARRIDO COLMENERO, A., CALATRAVA, J. Y REY, D., “La flexibilización del régimen de concesiones y el mercado de aguas en los usos de regadío”, en EMBID IRUJO, A., *Usos del Agua. Concesiones, autorizaciones y mercados del agua*, Pamplona, Thomson Reuters, 2013, p. 190, (en prensa).

³⁰⁶ Artículo el artículo 72 del Real Decreto Legislativo 1/2001 de 21 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas: “Sólo se podrán usar infraestructuras que interconecten territorios de distintos Planes Hidrológicos de cuenca para transacciones reguladas en esta sección si el Plan Hidrológico Nacional o las leyes singulares reguladoras de cada trasvase así lo han previsto. En este caso, la competencia para autorizar el uso de estas infraestructuras y el contratos de cesión corresponderá al Ministerio de Medio Ambiente, entendiéndose desestimadas las solicitudes de cesión una vez transcurridos los plazos previstos sin haberse notificado resolución administrativa”.

hidrogeológica o un mismo acuífero, y de usuarios de aprovechamiento conjunto de aguas superficiales y aguas subterráneas, que en épocas de sequía, se verían imposibilitados de obtener el recurso hídrico desde otra cuenca hidrográfica para llevar a cabo su gestión agraria.

Esta situación se vio matizada a través del Real Decreto-Ley 15/2005³⁰⁷, que estableció una serie de medidas urgentes, aunque con carácter temporal – vigente hasta el 30 de noviembre de 2009 –, para la regulación de las transacciones de derechos de aprovechamiento con el fin de combatir los efectos de la sequía³⁰⁸.

Las medidas urgentes, que hacen referencia a la ampliación de la legitimación para celebrar el contrato de cesión de uso privativo de las aguas, tuvieron, como se señaló previamente, un límite temporal, puesto que no podrían aplicarse una vez que el propio decreto dejó de tener efecto.

Tales medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derecho al aprovechamiento del agua fueron, de forma resumida, las siguientes³⁰⁹:

- Permitted que las transacciones puedan ser celebradas por titulares de derechos al uso del agua que, aun sin título concesional, representaban un elevado consumo de caudales, como las Zonas Regables de Interés Nacional;

³⁰⁷ Véase el Real Decreto 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamiento de agua (actualmente derogado).

³⁰⁸ Al cierre del año hidrológico 2004-2005, se registraron las precipitaciones más bajas de toda la serie, de hecho consistió en el año más seco de una serie histórica de más de 100 años para una parte importante de España.

³⁰⁹ Cfr.: COMOS GUILLEM, J. A., “Nuevas formas de reasignación de caudales. Especial atención a los bancos públicos de agua”, *Tractat de l'aigua. Revista valenciana interdisciplinària de l'aigua*. N°1 / Primer quadrimestre de 2008, p. 66.

- Previo informe del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, los titulares de derechos al uso del agua adscritos a las zonas regables de iniciativa pública cuyas dotaciones máximas figuren en los planes hidrológicos de cuenca pudieron celebrar contratos de cesión;
- Incluyó como sujetos del contrato a los titulares de aprovechamientos de las zonas servidas con el agua del acueducto Tajo-Segura y a los aprovechamientos de la Mancomunidad de los Canales de Taibilla. Y permitió utilizar las infraestructuras de conexión intercuencas existentes entre el embalse Negratín y el de Cuevas de Almanzora, además del mencionado acueducto Tajo-Segura;
- Estableció que las transacciones que impliquen la utilización de infraestructuras de conexión intercuencas deberían ser autorizadas por la Dirección General del Agua, previo informe de los organismos de cuenca afectados.

5.1.3. Limitaciones respecto al rango del título del derecho de aprovechamiento

Conforme establece el artículo 67.1 del TRLA, hemos visto que el contrato de cesión está circunscrito a los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas, requisito que debe cumplirse tanto respecto del cedente como del cesionario. Además, el artículo establece un requisito adicional con respecto a la titularidad, como es el hecho de que el cesionario deberá ser concesionario o titular de derechos de uso privativo de las aguas en un igual o mayor rango que el cedente, según el orden establecido en el Plan Hidrológico de la cuenca o, en su defecto, en el artículo 60.3 del TRLA³¹⁰.

³¹⁰ Artículo 60.3 del TRLA: "A falta de dicho orden de preferencia regirá con carácter general el siguiente: 1. Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población y conectadas a la red municipal; 2. Regadíos y usos agrarios; 3. Usos industriales para producción de energía

Así, por ejemplo, no podrá celebrarse el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas cuando la persona del cedente, sea concesionario o titular de uso de aguas destinadas a regadío, e intente transferir este derecho a un cesionario que sea, a su vez, concesionario o titular de uso de aguas destinadas a la industria.

La razón que tuvo el legislador para establecer esta limitación se vincula con el elemento teleológico de la norma³¹¹, al considerar algunos usos socialmente prioritarios respecto de otros. De este modo, se pretende evitar que el interés económico existente en la cesión de derechos de uso privativo de las aguas, que se obtiene mediante la compensación económica, o el mismo ejercicio de una empresa pueda superar el interés público derivado de la necesidad básica de abastecimiento de la población.

No obstante la existencia de este orden de prelación, la misma Ley ha establecido una excepción consistente en la facultad que tiene el Ministerio de Medio Ambiente³¹², para autorizar con carácter temporal y excepcional cesiones de derechos de uso de las aguas que no respeten las normas sobre prelación, siempre y cuando razones de interés general lo justifiquen³¹³.

Cierto sector de la doctrina ha señalado que las prioridades de uso son una restricción innecesaria para la correcta aplicación del contrato de cesión. Con todo, no significa contravenir las convicciones sociales que priorizan siempre por el abastecimiento de la población, sino que de lo que se trata es permitir la flexibilización de la concreta jerarquía de usos existentes en el ordenamiento jurídico³¹⁴. Así, por ejemplo, se evitarían casos como el presentado en la cuenca del Guadalquivir, donde centrales termosolares,

eléctrica; 4. Otros usos industriales no incluidos en los apartados anteriores; 5. Acuicultura; 6. Usos recreativo; 7. Navegación y transporte acuático y 7. Otros aprovechamientos”.

³¹¹ NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op.cit.*, p. 260.

³¹² Actualmente, MAGRAMA.

³¹³ Véase el artículo 67.2 del TRLA.

³¹⁴ EMBID IRUJO, A., “La crisis del sistema concesional...”, *op. cit.*, p. 55.

para poder desarrollar su proyecto, tuvieron que adquirir terrenos agrícolas con el fin de obtener las respectivas aguas³¹⁵.

5.1.4. Limitaciones respecto a la consuntividad de los usos

La última limitación, que está vinculada a la titularidad de los derechos de uso privativo de las aguas y el destino que se le pretende dar mediante la celebración del contrato de cesión, se refiere a los usos consuntivos o no consuntivos de los títulos que previamente posean las partes del contrato de cesión.

Señala el artículo 67.1 parte final del TRLA que *“los concesionarios o titulares de derechos de usos privativos de carácter no consuntivo no podrán ceder sus derechos para usos que no tengan tal consideración”*.

Claramente, si la intención del legislador es fomentar el ahorro, orientado hacia la preservación del recurso hídrico, es natural que no permita que se destinen caudales que no se consumen y que regresan a su cauce, hacia otro titular cuyo objetivo perseguido sea destinar el caudal a una actividad que necesariamente agotará el recurso una vez utilizado, porque supondría incrementar la situación de escasez.

Asimismo, se ha señalado por la doctrina que la intención del legislador al establecer esta limitación, era evitar distorsiones del mercado producidos por la actividad de la industria energética derivada de las empresas hidroeléctricas³¹⁶. Es decir, las empresas hidroeléctricas no podrán ceder su derecho de uso privativo de las aguas a cesionarios cuyo uso del agua tenga una finalidad de regadío, sino únicamente a cesionarios cuyo uso sea igualmente no consuntivo. “Esta prohibición se ha introducido para evitar que

³¹⁵ GARRIDO COLMENERO, A., CALATRAVA, J. Y REY, D., “La flexibilización del régimen de concesiones...”, *op. cit.*, p. 184.

³¹⁶ MELGAREJO MORENO, J. Y LÓPEZ ORTIZ, M. I., “¿Son los contratos de cesión...”, *op.cit.*, p. 57.

en épocas de sequía se produzcan recortes en el servicio de suministro eléctrico, como ha ocurrido en épocas de sequía en Chile³¹⁷.

5.2. El rol de la Administración Pública

En el contrato de cesión de uso privativo de las aguas, la participación de la Administración Pública puede ser más o menos relevante, en atención a la forma en que se involucre. De partida, se puede afirmar que la intervención administrativa que se configura mediante la autorización del contrato de cesión, siempre será indispensable para que pueda producir efectos jurídicos. No obstante, la Ley también contempla otras situaciones en que la Administración podrá estar involucrada en la celebración de un contrato de cesión.

Previamente, en este mismo estudio, hemos visto como la Administración Pública puede configurarse como parte contratante en la celebración del contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas³¹⁸. Además de esta posibilidad, también actuará en calidad de informador en el procedimiento autorizatorio; de autorizador de utilización de infraestructura hidráulicas; y de fiscalizador del sistema.

5.2.1. Rol de la Administración Pública como titular del contrato de cesión

La Administración Pública está capacitada, en su calidad de persona jurídica de Derecho Público, para celebrar el contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas, pudiendo hacerlo tanto como cedente como cesionaria. Aunque regularmente figurará como la parte cesionaria cuyo objeto perseguido estará constituido por la necesidad de destinar parte del

³¹⁷ ESCUIN PALOP, C., *Presente y Futuro...*, op. cit., pp. 205-206.

³¹⁸ Véase el apartado 4.2 de este capítulo *supra*.

recurso a la prestación de un servicio público, cual es el abastecimiento de la población³¹⁹.

5.2.2. Rol de la Administración Pública como ente autorizador del contrato de cesión

El rol clave y esencial que ejerce la Administración Pública en este aspecto, corresponde a su tarea de ente autorizador del contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas. Es indudable que el legislador tuvo la intención de sujetar el referido contrato a la intervención administrativa para resguardar al máximo nivel posible el interés general de la comunidad.

Aunque es cierto que prima el principio de la autonomía de la voluntad a efectos de determinar la intención de las partes de vincularse al contrato, no es menos cierto que este principio pierde relevancia, desde el momento en que estas deben sujetarse a una serie de requisitos y limitaciones establecidas por la Ley.

Esta intervención por parte de la Administración corresponde específicamente a la autorización³²⁰ que recae sobre los respectivos Organismos de cuenca, quienes deberán resolver la solicitud a partir del primer o segundo mes siguiente contados desde que las partes le hicieron entrega del contrato, sea concediendo o denegando la celebración del mismo³²¹.

Finalmente, cabe solo recordar, que este ha sido uno de los principales argumentos esgrimidos por parte de la doctrina para determinar que el contrato de cesión de los derechos de uso privativo de las aguas no

³¹⁹ Cuestión que generalmente ocurrirá en períodos de sequía, en que actuará en resguardo del interés público.

³²⁰ Este apartado sólo tiene por objeto hacer una breve referencia sobre esta temática, puesto que el tema de la autorización administrativa será extensamente tratado más adelante, en este mismo trabajo. Véase el apartado 7.2.1. de este Capítulo *infra*.

³²¹ Véase el artículo 68 del TRLA.

constituye un “mercado de aguas” propiamente tal, puesto que no juegan libremente las reglas del libre mercado, sino que existen diversas limitaciones a su celebración, siendo la autorización la mayor de ellas³²².

5.2.3. Rol de la Administración como sujeto informador en el procedimiento autorizatorio

Otra facultad de la Administración Pública relativa al contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas, corresponde a la necesidad de que, en algunos casos, informe acerca de situaciones concretas.

A este respecto, señala el artículo 68.2 del TRLA³²³ que, tratándose de concesiones de riego y usos agrarios, tanto la Comunidad Autónoma respectiva, como el Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación³²⁴ deberán emitir un informe, que tendrá las características de preceptivo, pero no vinculante³²⁵, en el plazo de 10 días.

En el mismo sentido, el artículo 346.2 del RDPH³²⁶ dispone que, si el destino de las aguas cedidas corresponde al abastecimiento de la población, deberá acompañarse un informe de la autoridad sanitaria, sobre la idoneidad del agua para el consumo humano.

³²² Véase la opinión de NAVARRO CABALLERO, T. M., “La Intervención administrativa...”, *op. cit.*, p. 229; - “¿Representa un verdadero ‘mercado del agua’ el contrato de cesión de derecho al uso privativo de las aguas?”, *Revista Aranzadi Derecho Ambiental* N°11, Año 2007-1, p. 209; MENÉNDEZ REXACH, A., “Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*. Tomo I, Madrid, Civitas, 2002, p. 65 y ss.; entre otros.

³²³ Artículo 68.2 del TRLA: “Cuando la cesión de derechos se refiera a una concesión para regadíos y usos agrarios, el Organismo de cuenca dará traslado de la copia del contrato a la correspondiente Comunidad Autónoma y al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación, para que emitan informe previo en el ámbito de sus respectivas competencias en el plazo de 10 días”. (Véase también el artículo 346.3 del RDPH).

³²⁴ Actualmente, MAGRAMA.

³²⁵ CARO-PATÓN CARMONA, I., “Contrato de cesión...”, *op.cit.*, p. 475.

³²⁶ Artículo 346.2 del RDPH: “Cuando las aguas objeto del contrato de cesión vayan a destinarse al abastecimiento de poblaciones, se acompañará a la solicitud de autorización informe de la autoridad sanitaria sobre la idoneidad del agua para dicho uso”.

La importancia de la realización de estos informes radica en que la autoridad autorizatoria, es decir, el Organismo de cuenca, debe contar con la mayor cantidad de información posible, para que pueda posteriormente motivar su resolución, sea que acoja o deniegue la autorización³²⁷.

5.2.4. Rol de la Administración como sujeto autorizador de utilización de infraestructuras hidráulicas

En muchas ocasiones, para poder llevar a cabo el contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas será necesario utilizar infraestructuras hidráulicas que conduzcan el recurso de un lugar a otro.

En el supuesto que esta infraestructura exista previamente, que sean de la titularidad del Organismo de cuenca y que las partes consideren necesaria su utilización para lograr concretar el objetivo perseguido por el contrato, deberán solicitar la autorización previa de tal autoridad administrativa³²⁸.

Esta autorización se requerirá independientemente de la autorización de celebración del contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas propiamente tal³²⁹.

5.2.5. Rol de la Administración como ente fiscalizador del sistema de transferencia de derechos de uso privativos de las aguas

Así como la norma concibe la actuación de la Administración Pública, *ex ante*, mediante la autorización del contrato de cesión de derechos al uso privativo del agua, *ex post*, habrá de cumplir con las funciones de control y fiscalización del cumplimiento de lo estipulado por las partes. Este control sólo se podrá llevar a cabo en la medida que se vaya implementando el

³²⁷ Véase el apartado 7.1 de este Capítulo *infra*.

³²⁸ Véase el artículo 70.2 del TRLA, y el artículo 351.2 del RDPH.

³²⁹ Véase el artículo 70 párrafo final del TRLA.

Registro de Aguas mediante la mayor cantidad de inscripciones que pueda realizar la Administración Hidráulica³³⁰.

Sin embargo, uno de los mayores retos de la Administración Pública, consiste precisamente en la fiscalización del cumplimiento de las normas en general y de lo pactado en el contrato de cesión, en particular. Por supuesto, aquí no existe novedad alguna al afirmar que una de las grandes debilidades del sistema es precisamente el tema de la fiscalización. En efecto, corresponde a otro argumento sostenido por la doctrina para transferir competencias respecto a la reasignación del recurso hídrico al mercado, puesto que es en este ámbito en que la Administración ha resultado ser más ineficiente³³¹, cuestión que se refleja en el escaso resultado que han obtenido en determinar las cifras y datos fiables sobre los derechos concesionales existentes³³².

6. OBJETO DEL CONTRATO DE CESIÓN Y LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

Conforme lo dispone el artículo 67.1 del TRLA, el objeto del contrato de cesión, será la totalidad o parte de los derechos de uso que les corresponda a los concesionarios o titulares de algún derecho al uso privativo de las aguas.

Cabe recordar que, en ningún caso, el objeto del contrato de cesión es el recurso hídrico, puesto que este pertenece al dominio público hidráulico. Asimismo, es menester aclarar que tampoco será objeto de la cesión el título administrativo concesional³³³ o el título del cual emana un derecho al uso

³³⁰ Véase el artículo 350 del RDPH.

³³¹ MOLINA GIMÉNEZ, A., "La cesión de derechos de aprovechamiento...", *op.cit.*, p. 59.

³³² ESCUIN PALOP, C., *Presente y Futuro...*, *op. cit.*, pp. 201.

³³³ Ello no significa que el título administrativo concesional no pueda transferirse, ello es posible bajo otras circunstancias y en atención a otra disposición normativa, cual es el artículo 63 del TRLA, mediante un cambio definitivo de titularidad. Cfr.: CARO-PATÓN

privativo de las aguas, sino que lo que se transferirá será el derecho de aprovechamiento de las aguas cuya titularidad seguirá perteneciendo al concesionario o al titular del derecho de uso privativo primitivo³³⁴.

Así, como sucede con el elemento subjetivo, previamente tratado, respecto al elemento objetivo el legislador también impone ciertas limitaciones, es decir, restringe la posibilidad que tienen las partes para determinar ya sea el volumen del caudal susceptible de ceder. Todo lo cual significa, que si bien el artículo 67.1 del TRLA otorga cierta amplitud respecto al objeto del contrato disponiendo que podrá recaer sobre “la totalidad o parte de los derechos de uso que les corresponda”, habrá que atender también a lo dispuesto en el artículo 69 del mismo cuerpo legal, y a la normativa que desarrolla tal norma, en especial al artículo 345 del RDPH.

El artículo 69 del TRLA, manifiesta claramente las limitaciones, disponiendo que “*el volumen anual susceptible de cesión en ningún caso podrán superar al realmente utilizado por el cedente*”³³⁵, y para evitar cualquier distorsión que pueda producir el cedente, se establecen normas específicas para calcular el volumen anual³³⁶ en el artículo 345.1 del RDPH, cuyos criterios son los siguientes

CARMONA, I., “Contrato de cesión...”, *op.cit.*, p. 470; MOLINA GIMÉNEZ, A., “La cesión de derechos de aprovechamiento...”, *op.cit.*, p. 62; y VÁSQUEZ COBOS, C., “La regulación de los contratos de cesión...”, *op.cit.*, p. 203. A este respecto, véase también el novedoso trabajo acerca de los mercados informales de derechos de aprovechamiento de HERNÁNDEZ-MORA, N. Y DE STEFANO, L., “Los mercados informales de aguas en España: Una primera aproximación”, en EMBID IRUJO, A., *Usos del agua. Concesiones, autorizaciones y mercados del agua*, Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, pp. 375-403, (en prensa).

³³⁴ En virtud de la Ley 11/2012, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, que introduce la Disposición Adicional Decimocuarta al TRLA, se posibilita la transferencia de la propia concesión, mediante la celebración del contrato de cesión, en el ámbito del PEAG y bajo los requisitos que la propia norma dispone.

³³⁵ Si bien la intención del legislador haya sido reforzar la idea de ahorro del recurso hídrico, puede suceder que se produzca el efecto contrario, puesto que podría incentivar el aumento del consumo para incrementar los caudales susceptibles de cesión. Cfr.: NAVARRO CABALLERO, T. M., “Las transacciones de derechos al uso del agua y su transferencia a las cuencas receptoras Tajo-Segura”, *Revista Aranzadi Derecho Ambiental*, N° 14, Año 2008-2, p. 110).

³³⁶ Es interesante destacar que el legislador, en este artículo, dispone un plazo consistente en la anualidad, cuestión que podría ayudar a interpretar la característica de la temporalidad del contrato de cesión, de la que se hizo referencia en el apartado 3.3 de este trabajo *supra*.

- Se tendrán en cuenta los valores del volumen realmente utilizado³³⁷ durante los cinco últimos años³³⁸;
- El valor resultante podrá ser corregido, en su caso, atendiendo a la dotación objetivo que fije el plan hidrológico de cuenca, los retornos que procedan, las circunstancias hidrológicas extremas y el respeto a los caudales medioambientales establecidos o, en su defecto, al buen uso del agua³³⁹;
- En ningún caso el volumen susceptible de cesión podrá ser superior al que resulte de los acuerdos que adopte el Organismo de cuenca en función de la situación hidrológica de cada año.

Con el objeto de que se logre cumplir con el volumen máximo de cesión autorizado por la Administración Pública, será imprescindible adaptar un sistema de medición del caudal cedido el cual será mediante la instalación de un contador homologado³⁴⁰.

Por tanto, aplicando el elemento sistemático de la interpretación de la norma, habría que entenderse que el contrato estaría circunscrito al plazo de 1 año contado desde la fecha de su celebración, con lo cual se salvaría de la posibilidad de transformarse en una situación permanente y se evitaría el fraude a la ley, ya que no afectaría la norma que regula la modificación o transferencia del título concesional.

³³⁷ No se ha determinado aún qué se debe entender por “realmente utilizado”. ESCUIN PALOP se pregunta si se trata del caudal utilizado real o potencialmente, pues es muy difícil determinar el volumen ‘realmente utilizado’ por el cedente, considerando que es complejo evaluar los retornos del usuario titular de una concesión o de un derecho privativo del agua”. (ESCUIN PALOP, C., *Presente y Futuro...*, op. cit., pp. 206.)

³³⁸ Esta es una de las razones por la cual el cumplimiento por parte de la Administración de lo dispuesto en el artículo 55.4 del TRLA es tan importante, puesto que solamente estableciéndose rigurosos sistemas de medición de caudales una vez conferida la concesión, podrá realizarse este cálculo.

³³⁹ La doctrina estuvo conforme con el avance que representó el establecimiento de este artículo al incorporar como elementos correctivos del caudal susceptible de cesión, tanto los retornos como los caudales medioambientales, respecto de los cuales el artículo 69.1 del TRLA no hace mención. Cfr.: EMBID IRUJO, A., “Una nueva forma de asignación de recursos: El mercado del agua”, *OP, Revista del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos* N° 50, Año 2000, La Gestión del Agua, V. I. [en línea]. Recuperado el 28 de junio de 2009, de <http://hispagua.cedex.es/documentacion/revistas//op/50/op50_6.htm#introduccion>.

³⁴⁰ Véase el artículo 347.2 del RDPH.

Habiéndose determinado el objeto del contrato para el cesionario, cabe dilucidar el objeto para el cedente. Así, si por un lado tenemos que la persona del cesionario obtendrá un caudal determinado del que antes carecía, por otro tenemos que el cedente podrá obtener una determinada contraprestación económica.

Hemos visto que respecto al caudal objeto de la cesión, el legislador impone unos límites más o menos estrictos para la determinación del volumen susceptible de ceder. Sin embargo, respecto a la naturaleza y cantidad de la compensación económica parece ser más laxo y otorga amplias facultades a las partes para determinarlo, en atención a la situación del mercado³⁴¹.

Respecto a la naturaleza jurídica de la “compensación económica”, es necesario hacer algunas precisiones; respecto al término “compensación” consideramos que la norma no ha sido afortunada en atención que este concepto corresponde a un modo específico de extinguir las obligaciones, pudiendo existir otros, como por ejemplo el pago. Lo más apropiado hubiese sido que se le denominara “contraprestación económica”³⁴².

³⁴¹ No obstante, reglamentariamente el legislador establece que excepcionalmente el Ministro de Medio Ambiente (actualmente MAGRAMA) podrá establecer el importe máximo de la compensación, no existe en la actualidad un caso conocido en que ello haya ocurrido. Este aspecto del contrato de cesión, ha servido de argumento tanto para aquél sector de la doctrina que estima que nos encontramos frente a un verdadero “mercado del agua”, como para aquél sector que es detractor del mismo. Respecto a los primeros, se considera que la ley al no establecer limitaciones en cuanto al precio de la cesión y entregando tal facultad a las partes, está propugnando que sean las leyes de la oferta y de la demanda quienes obren en su determinación. Asimismo, se manifiesta en contra del presupuesto establecido por el RDPH, considerando que la fijación de un precio máximo por la Administración supone un intervencionismo público inaceptable además de inútil que únicamente conseguirá bloquear el mercado, ya que si es muy alto no habrá comprador y si es muy bajo no habrá vendedor. (Cfr.: ARIÑO ORTIZ, G Y SASTRE BECEIRO, M., *Leyes de Aguas y Política Hidráulica...*, *op. cit.*, p. 315.) Por otra parte, el sector detractor, estima que el legislador debió haber entregado mayores facultades a la administración pública en primer lugar, porque en el fondo lo que se está comercializando es el recurso hídrico, aunque disfrazado en este denominado “derecho de aprovechamiento” (MOLINA GIMÉNEZ, A., “La cesión de derechos de aprovechamiento...”, *op. cit.*, p. 62), por lo que hay que priorizar en su protección, y en segundo lugar porque puede dar lugar a situaciones abusivas, toda vez que tenderá a la motivación de comportamientos especulativos respecto al valor de aguas, lo que derivará en el acaparamiento del recurso en manos de unos pocos entes privados, que procederán a ceder solamente a quien pague más por él, transformándose así el agua en un recurso perteneciente a una minoría que se encuentre en condiciones de pagar por ella.

³⁴² NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, p. 279.

Otro aspecto interesante de destacar es que algunos autores se inclinan por sostener que la denominada “compensación económica” tiene la naturaleza jurídica de un precio³⁴³, lo cual hace expresa remisión al contrato de compraventa, cuya contraprestación por tanto se realizara mediante la entrega de una determinada suma de dinero³⁴⁴. Consideramos que hubiese sido más acertado establecer lisa y llanamente que se trata de una “contraprestación”, permitiendo a las partes determinar el tipo que les satisfaga o simplemente no fijarla. Así, entonces, la contraprestación podría referirse no únicamente a una cantidad de dinero, sino que a otro tipo de bienes, pudiendo extinguirse la obligación del cesionario mediante el pago, la dación en pago, la novación, la compensación, entre otros modos de extinguir las obligaciones³⁴⁵.

Acerca de la prevalencia de la libertad contractual en la determinación de la contraprestación económica, consideramos³⁴⁶ que el legislador debió haber conferido mayores potestades a la Administración Pública, en atención a dotar de mayor protección al recurso hídrico como un bien demanial, para así poder evitar situaciones abusivas por parte de los contratantes³⁴⁷.

³⁴³ ESCUIN PALOP, C., *Presente y Futuro...*, *op. cit.*, pp. 201; CARO-PATÓN, I., “Contrato de cesión de derechos...”, *op.cit.* p. 472, (esta última considera además, que el precio sería un elemento esencial del contrato de cesión); MELGAREJO MORENO, J. Y LÓPEZ ORTIZ, M. I., “¿Son los contratos de cesión...”, *op.cit.*, p. 58; entre otros.

³⁴⁴ Incluso el propio legislador entiende que la “compensación económica” se referirá a una cantidad de dinero, cuestión que deriva de la interpretación del artículo 345.2 del RDPH, al hacer mención a “importe máximo”.

³⁴⁵ En ese mismo sentido ALCAÍN MARTÍNEZ, E., “Aspectos jurídico-privados del mercado del agua. Especial referencia a las aguas subterráneas”, en MELGAREJO MORENO, J Y MOLINA GIMÉNEZ, A. (coords.), *Los mercados del agua. Análisis jurídicos y económicos de los contratos de cesión y bancos de agua*, Aranzadi, Navarra, 2005, p. 281.

³⁴⁶ Al contrario de lo que postulan ARIÑO ORTIZ Y SASTRE BACEIRO (véase nota al pie 341 *supra*).

³⁴⁷ En la actualidad, ya se han producido situaciones agraviantes, respecto a la fijación del precio. “En efecto, dos de los contratos de cesión más importantes que se han celebrado recientemente adolecen de una disparidad de precios destacable que está originando una progresiva alza de los mismos: de un lado, el celebrado entre el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura que abonó el agua cedida por la Comunidad de Regantes de Estremera a 18 céntimos de euro y, del otro, el celebrado unos meses más tarde entre la Mancomunidad de Canales de Taibilla y la Comunidad de Regantes de las Aves que pagó por el agua de esta última a 30 céntimos de euro. Lógicamente, la notable subida de precio perjudicará y condicionará el precio de los contratos de cesión que se celebren posteriormente, y ello, pese a no considerarse como una desviación del mercado

Esta libertad para fijar la contraprestación se encuentra aún más exacerbada si pensamos que, en el evento que el precio fijado para la cesión pueda resultar demasiado oneroso, tanto para considerarse un precio vil, la Administración Pública no está capacitada para denegar la celebración del contrato, debido a que las únicas causales por las cuales puede hacerlo se encuentran descritas en el artículo 68.3 del TRLA y 348.1 del RDPH, y la mayoría de la doctrina considera que se trata de una enumeración taxativa³⁴⁸. Frente a esta situación concreta, en que a la Administración se le presente un contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas cuyo precio pueda considerarse vil, estimamos que habría que buscarse fórmulas jurídicas que impidiesen llevar a cabo tal negocio jurídico, o al menos pudiese corregirlo³⁴⁹.

7. PROCEDIMIENTO AUTORIZATORIO

La autorización administrativa en el contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas constituye un elemento esencial en la celebración del mismo, sin el cual no produce efecto alguno entre las partes. Esta se solicita mediante un procedimiento que se lleva a cabo ante el Organismo de cuenca correspondiente previa formalización del contrato de cesión, todo lo cual abordaremos en extensión, a continuación.

claramente inaceptable. Así pues, puede constatarse cómo resultaría más acertado que fuera el Organismo de cuenca el que fijara el precio de las cesiones a celebrar en cada año hidrológico, por ejemplo” (NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op.cit.*, p. 281).

³⁴⁸ Véase el apartado 7.2.3 de este capítulo *infra*.

³⁴⁹ Eventualmente, podría incluso considerarse la figura de la lesión, con el objeto de dejar sin efecto el contrato de cesión, cumpliéndose con los requisitos que se contemplan y estableciendo el justo precio conforme se haya entendido por la doctrina y jurisprudencia respectiva. (Para un estudio extenso acerca de la lesión véase: ABRIL CAMPOY, J. M., *La Rescisión del Contrato por Lesión. Enfoque doctrinal y jurisprudencial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003).

7.1. Formalidades requeridas para la celebración del contrato de cesión

7.1.1. Forma y contenido del contrato de cesión

Respecto a su forma, dispone el artículo 68.1 del TRLA³⁵⁰ que “*Los contratos de cesión deberán ser formalizados por escrito*”. Esta forma escrita es un requisito *ad solemnitatem*, es decir, constituye requisito de validez³⁵¹. No es necesario que observe la forma de documento público, es perfectamente viable que tenga la forma de documento privado, en atención que la inscripción del contrato de cesión en el Registro de Propiedad es facultativa, y el legislador no ha establecido una obligación específica al respecto. Es más, incluso a través de un documento privado podría inscribirse en el Registro de Propiedad debido a que una vez que éste haya sido autorizado por la Administración hidráulica se entiende que ha sido autenticado³⁵².

Respecto al contenido mínimo del contrato de cesión, establece el artículo 344.1 del RDPH las siguientes especificaciones que debe contener:

- a) Identificación de los contratantes;
- b) Concesión administrativa o título jurídico en virtud del cual cada parte ha adquirido el derecho a usar privativamente las aguas objeto del contrato, debidamente inscritos en el Registro de Aguas;
- c) Volumen anual susceptible de cesión y apreciación del volumen susceptible de reutilización;

³⁵⁰ Véase también el artículo 344.1 del RDPH.

³⁵¹ CARO-PATÓN CARMONA, I., “Contrato de cesión de derechos...”, *op.cit.*, p. 472.

³⁵² NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión... op. cit.*, p. 285.

- d) Compensación económica que, en su caso, se establezca;
- e) Uso al que se va a destinar el caudal cedido³⁵³;
- f) En el caso de cesiones entre usuarios de agua para riego, la identificación expresa de los predios que el cedente renuncia a regar o se compromete a regar con menos dotación durante la vigencia del contrato, así como la de los predios que regará el adquirente con el caudal cedido;
- g) Período al que se refiere el contrato de cesión;
- h) Instalaciones o infraestructuras hidráulicas necesarias para la realización material de la cesión.

Pese que la norma contempla este contenido mínimo, la mayoría de la doctrina considera que es insuficiente, en atención a que sólo fija cuestiones generales, que atendida a su importancia correspondería precisar, como ocurre en el caso del valor de la contraprestación económica, el destino del caudal cedido, y la temporalidad³⁵⁴.

7.1.2. Solicitud de autorización y remisión de copia a la Comunidad de Usuarios

Una vez firmado el contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas, las partes contratantes deberán remitir, en el plazo de 15 días, una

³⁵³ Es de suma relevancia el establecimiento del uso del caudal cedido, razón por la cual la Administración hidráulica deberá comprobar siempre la veracidad de tal declaración, con la finalidad de evitar fraudes a la ley y la proliferación de aguatenientes. “Sin embargo, es difícil que éstos proliferen en nuestro país dado el reducido número de transacciones que se producen y el elevado precio que las caracteriza, lo que conllevará que cuando se acuerde una cesión la necesidad que la motiva sea real” (Véase la nota al pie 30 de NAVARRO CABALLERO, T. M., “Las transacciones de derechos...”, *op. cit.*, p. 112).

³⁵⁴ NAVARRO CABALLERO, vislumbra la posibilidad de que la Administración formule un contrato tipo de cesión de derechos al uso del agua, para subsanar estas imprecisiones. Cfr: NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión... op. cit.*, p. 286.

copia³⁵⁵ del mismo al Organismo de cuenca respectivo³⁵⁶, con la finalidad que éste proceda a realizar un análisis que derivará en una autorización o denegación para seguir adelante con el procedimiento, rodeándolo así de eficacia.

Asimismo, tanto el cedente como el cesionario deberán remitir una copia del contrato de cesión a la comunidad de usuarios a que pertenezca uno y otro. La Comunidad tendrá el plazo de 15 días para hacer valer sus alegaciones ante el Organismo de cuenca³⁵⁷.

7.1.3. El derecho de adquisición preferente

Una vez tomado conocimiento de la existencia de un contrato de cesión sometido a su autorización, el Organismo de cuenca tiene el plazo de uno o dos meses³⁵⁸ para resolver acerca de un derecho de adquisición preferente del aprovechamiento de los caudales a ceder, rescatando los caudales de todo uso privativo³⁵⁹.

El ejercicio del derecho de adquisición preferente a favor del Organismo de cuenca queda sujeto a que éste abone al cedente, en un plazo de tres meses contados desde el acuerdo de adquisición, la cantidad económica que aquél hubiese percibido, en caso de haberse celebrado³⁶⁰.

³⁵⁵ NAVARRO CABALLERO entiende que lo que deberían presentar las partes al Organismo de cuenca para su autorización no es la copia del contrato de cesión ya firmado, sino un proyecto del mismo, el cual, una vez autorizado, habría de formalizarse por aquéllos con carácter definitivo. (Véase nota al pie 37 de NAVARRO CABALLERO, T. M., "La intervención administrativa...", *op. cit.*, p.242).

³⁵⁶ Véase el artículo 68.1 del TRLA, y el artículo 346.1 del RDPH.

³⁵⁷ Véase el artículo 344.2 del RDPH.

³⁵⁸ Dependiendo si el contrato se celebre entre miembros de la misma comunidad de usuarios, o corresponda a otros casos distintos (artículo 68.3 del TRLA).

³⁵⁹ Véase el artículo 68.3 del TRLA.

³⁶⁰ COBACHO GÓMEZ, J. A., "El contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas públicas", en AAVV., *Derecho de Aguas*, Murcia, Instituto Euromediterráneo del Agua. Fundación del Consejo de Europa, 2006, p. 373.

Este aspecto regulado tanto por el TRLA, como por el RDPH, tampoco ha estado exento de críticas, toda vez que no define los casos y condiciones necesarias para que pueda hacer valer este derecho de adquisición preferente, dando lugar a la inseguridad jurídica por parte de los contratantes, quienes podrían ver burlada su voluntad al no establecerse en la Ley como causa de denegación³⁶¹.

Otra cuestión interesante de destacar, es que la Ley no determina el destino que la administración debe dar a estos caudales obtenidos mediante la adquisición preferente. Aparentemente, el sentido del texto revela que los caudales se adquieren para el uso público, puesto que se rescatan “*de todo uso privativo*”. Para MENÉNDEZ REXACH, “ello no debería impedir que tales aguas rescatadas sean objeto de nuevas concesiones, ya que estarán sometidos al régimen general de las aguas públicas”, agregando que, “pese a estas imprecisiones, es plausible el criterio de permitir a la Administración recuperar los caudales, ante la constatación de que el cedente no los necesita”³⁶².

Según MOLINA GIMÉNEZ, en cambio, la adquisición preferente por parte de la Administración “sólo tiene sentido (...) si la Confederación pretende destinar dichos caudales temporalmente a solucionar una problemática ambiental: garantizar caudales ecológicos, recuperación de acuíferos.”; agrega que, “no tendría sentido que la Confederación, habiendo concedido un derecho de aprovechamiento a coste cero, tuviera que adquirir previo pago de ese mismo derecho, para luego cederlo a otro uso privativo”³⁶³.

³⁶¹ NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, pp. 352-357.

³⁶² MENÉNDEZ REXACH, A., “Consideraciones sobre los mercados de aguas...”, *op. cit.*, p. 75.

³⁶³ MOLINA GIMÉNEZ, A., “La cesión de derechos de aprovechamiento...”, *op. cit.*, p. 80.

7.1.4. La inscripción del contrato de cesión

Otra formalidad que debe cumplirse para que el contrato de cesión sea eficaz³⁶⁴, surge una vez otorgada la autorización por parte de la Administración hidráulica, consistente en la inscripción de la cesión en el Registro de Aguas³⁶⁵. Asimismo, será facultativo para las partes la inscripción de dicho contrato en el Registro de Propiedad.

La inscripción del contrato de cesión de derechos de uso privativo del agua en el Registro de Aguas se considera medio de prueba de la existencia y situación de los mismos³⁶⁶.

El artículo 80 del TRLA, que contiene la obligación de la realización de la inscripción de los contrato de cesión por parte de los Organismos de cuenca, tiene la consideración de básico³⁶⁷. Así lo ha entendido también el Tribunal Constitucional al manifestar que “aquel registro es un elemento esencial del sistema de concesiones administrativas sobre las aguas, en cuanto instrumento indispensable de garantía de las mismas”³⁶⁸.

7.2. La Intervención Administrativa

Este es uno de los aspectos más relevantes del contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas³⁶⁹, en atención a que conforma una obligación por parte de la Administración en orden a controlar, fiscalizar, supervisar los actos jurídicos que recaiga sobre el recurso hídrico, como un bien de dominio público.

³⁶⁴ La inscripción en el Registro de Aguas como requisito de eficacia del contrato de cesión, viene dado por lo dispuesto en el artículo 348.1 del RDPH, sin embargo en la doctrina ello no ha sido un tema pacífico, en tanto que ha sido considerado incluso como un precepto inconstitucional por algunos autores. (Véase el apartado 7.2.3 de este capítulo *infra*).

³⁶⁵ Véase el artículo 68.4 del TRLA.

³⁶⁶ Véase el artículo 193.1 del RDPH.

³⁶⁷ NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión ...*, op. cit., p. 288.

³⁶⁸ STC 227/1988, de 29 de noviembre de 1988.

³⁶⁹ Tal el la razón por la que he decidido tratarlo en forma separada.

Habrà que tener en consideraci3n, que tal intervenci3n constituye el argumento que con mayor fuerza respalda la postura de la doctrina mayoritaria, al estimar que el contrato de cesi3n no conforma un verdadero “mercado del agua”, ya que el legislador, en el intento de dotar de mayor eficacia la reasignaci3n del recurso hídrico mediante la liberalizaci3n del sector, lo hace respetando la tradici3n de la instituci3n, y otorga a la Administraci3n Hidráulica ciertos instrumentos y mecanismos con la finalidad de velar siempre por el inter3s público³⁷⁰.

7.2.1. Autorizaci3n

La etapa de autorizaci3n se inserta dentro del procedimiento referido previamente, el cual se inicia una vez puesto el contrato en conocimiento del Organismo de cuenca dentro de los siguientes 15 días, contados desde su formalizaci3n mediante documento público o privado³⁷¹.

La importancia de la autorizaci3n radica en que constituye un elemento esencial del contrato de cesi3n, sin el cual 3ste no existe o no produce efecto alguno³⁷².

Respecto al caràcter de las autorizaciones en general, debemos recordar que para cierto sector de la doctrina estas son meramente declarativas cuyo

³⁷⁰ Este aspecto, precisamente, es el que diferencia la liberalizaci3n de la gesti3n del recurso hídrico, con otros sistemas mucho más privatistas, como el chileno, en que juegan libremente las reglas del mercado, produciéndose situaciones abusivas, como se ha expresado con anterioridad.

³⁷¹ Véase el apartado 7.1.2 de este capítulo *supra*.

³⁷² Algunos autores, ARIÑO ORTIZ Y SASTRE BECEIRO, consideran, sin embargo, que este acto jurídico administrativo no constituye un elemento esencial del contrato de cesi3n, toda vez que la Ley únicamente requiere que este “*se ponga en conocimiento*” de la Administraci3n, y que por tanto tampoco podría denominársele autorizaci3n, sino más propiamente correspondería a una “mera aprobaci3n”, en consecuencia, si falta esta mera aprobaci3n, no procedería la nulidad o anulabilidad del contrato en atenci3n a que no se trataría de un requisito de eficacia. Por el contrario, la doctrina mayoritaria está acorde en considerar que la autorizaci3n constituye un elemento esencial del contrato de cesi3n, y que por tal raz3n si se prescinde de ella el contrato sería inexistente, para aqu3l sector de la doctrina que defiende la teoría de la inexistencia, o bien ineficaz, para el sector que defiende la teoría de la nulidad. (Para un estudio más exhaustivo acerca de la validez e invalidez de los actos administrativos véase GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, T. I, 14º ed., Navarra, Thomson Civitas, 2008, pp. 619 y ss.).

objeto consiste en remover los obstáculos existentes para el ejercicio de un derecho preexistente³⁷³.

Sin embargo, CASADO CASADO, advierte que actualmente la autorización no se limita a remover los obstáculos que impiden el ejercicio de facultades preexistentes en el particular sino que también crea esas facultades o derechos o el marco en que los particulares las pueden ejercer. Agrega además que, la intensidad de los poderes discrecionales que la Administración se reserva, con la consiguiente libertad de otorgar o denegar las autorizaciones que se le solicitan, y la limitación, *de iure* o simplemente *de facto*, del número de autorizaciones que en cada caso pueden obtenerse, hacen cada vez más ilusoria la imagen de un derecho preexistente³⁷⁴.

Es este último criterio el que prima con relación al contrato de cesión, “y es que en el dominio público – al menos desde su demanialización – no concurren preexistentes derechos privativos de los particulares que requieran de la autorización administrativa para su posible ejercicio”³⁷⁵. Claramente existe una libertad para su celebración, que sin embargo deberá adscribirse a un marco establecido en la Ley respecto del cual los particulares deben obedecer.

Como características³⁷⁶ de esta autorización requerida para el contrato de cesión, se puede considerar como una autorización administrativa simple o en función del control³⁷⁷; desde el punto de vista objetivo se trata de una

³⁷³ RANALETI, O., *Concetto e natura delle autorizzazione e concessión*. Giurisprudenza Italiana, V. IV, 1894, pp. 7 y ss. (citado por NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, p. 314).

³⁷⁴ CASADO CASADO, L., *Los vertidos en aguas continentales...*, *op. cit.*, p. 366.

³⁷⁵ NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, p. 316.

³⁷⁶ Cfr.: *Íbid*, pp. 317-321.

³⁷⁷ En atención a que el objetivo perseguido es controlar la actividad autorizada.

autorización de funcionamiento³⁷⁸; respecto a su otorgamiento se configura como mixta³⁷⁹; y es una potestad discrecional de la Administración³⁸⁰.

Un aspecto bastante conflictivo respecto a la autorización de los contratos de cesión de derechos de uso privativo de las aguas, dice respecto con la naturaleza jurídica de tal acto jurídico administrativo, en atención que algunos autores estiman que, en efecto, no se trataría propiamente de una autorización, sino más bien de un acto de “mera aprobación” por parte de la Administración Pública, de concurrencia *a posteriori* del acto ya realizado³⁸¹.

³⁷⁸ En atención a que tal autorización se prolongará durante todo el tiempo que dure la actividad.

³⁷⁹ En atención a que para su otorgamiento se atiende tanto a las cualidades personales del cesionario como a las condiciones del objeto de la cesión.

³⁸⁰ Tal característica ha sido motivo de controversia ya que, por un lado, el artículo 68.3 del TRLA plantea que el Organismo de cuenca “*podrá no autorizar*” la cesión de derechos de uso del agua, y por otro, el RDPH, en sus artículos 347 y 348, establece que el Organismo de Cuenca “*concederá*”, o “*denegará*” la autorización mediante resolución motivada. En virtud de estos preceptos esta potestad, aparentemente, sufre una mutación, transformándose en una potestad reglada. Se trata de un tema respecto al cual solo se plantea el conflicto, no habiéndose llegado a una conclusión. Cabe solamente destacar que favorece la opción de la potestad discrecional el hecho de que aún cuando el texto del RDPH pueda dar la apariencia de una potestad reglada, ello no logra desvirtuar el hecho de que una vez denegada la autorización no proceda el pago de una indemnización a las partes afectadas por parte de la Administración.

³⁸¹ Las aprobaciones son actos administrativos que normalmente sólo cumplen su función en el campo de la fiscalización *a posteriori*, cuando el acto fiscalizado ya se ha producido válidamente, afirmando, en consecuencia, que la aprobación no influye en la validez del acto, como sí lo hace la autorización administrativa, sino en su eficacia. (Véase: GARRIDO FALLA, F. (*et al*), *Tratado de Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 573). En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que señalan que el concepto de aprobación se ha referido tradicionalmente a las intervenciones *ex post*, a diferencia de la autorización *stricto sensu*, que se configuran como intervenciones *ex ante*. Agregan que la doctrina más reciente considera que el dato diferencial entre uno y otro acto administrativo se encuentra en que en las autorizaciones recaen sobre actividades materiales, mientras que en las aprobaciones el objeto viene constituido por actos jurídicos propiamente tales. Sin embargo, para estos autores la diferencia radica en que la aprobación se configura como condición de eficacia, mientras que la autorización opera en el plano de la validez (Véase: GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 134). La opción de considerar al acto administrativo al cual se hacer referencia, como un acto de “mera aprobación” *a posteriori* de la celebración del contrato de cesión, es respaldada por ARIÑO ORTIZ Y SASTRE BECEIRO, quienes señalan que plantearse tal acto como una autorización es un auténtico error, ya que lo adecuado sería simplemente “poner en conocimiento” de la Confederación Hidrográfica del cedente y cesionario la transmisión de los derechos de aprovechamiento sobre el agua, a efectos meramente informativos y estadísticos, careciendo, por tanto de la condición de validez o eficacia, todo lo cual es propio de un mercado (ARIÑO ORTIZ G Y SASTRE BECEIRO, M., “Los mercados de aguas...”, *op. cit.*, p. 371).

No obstante consideramos, que la naturaleza jurídica del acto administrativo debe seguir considerándose como una autorización *ex ante*, en atención a la característica demanial de las aguas y a su función de protección al recurso hídrico y en resguardo del interés general, aún cuando se advierte que la Ley le ha restado fuerza vinculante, especialmente en lo que se refiere al establecimiento del silencio positivo³⁸².

Una vez hechas las referencias generales acerca de la autorización, cabe contemplarla como etapa inserta dentro del procedimiento autorizatorio del contrato de cesión. Como se había adelantado, la autorización administrativa debe ser otorgada por el Organismo de Cuenca respectivo una vez las partes le den traslado de la copia del contrato de cesión. Después de recibida la copia del contrato de cesión, y habiendo las partes remitido otra a la Comunidad de Usuarios a la que pertenecen, el Organismo de cuenca deberá verificar si el destino del recurso mediante la celebración del contrato de concesión es el abastecimiento de la población, en cuyo caso deberá el contrato ser acompañado de un informe de la autoridad sanitaria sobre la idoneidad del agua para el consumo humano³⁸³.

El Organismo de cuenca, antes de resolver si autoriza o deniega la celebración del contrato, deberá también verificar si este se refiere a regadío y usos agrícolas, en cuyo caso deberá dar traslado de una copia a la correspondiente Comunidad Autónoma y al MAGRAMA, para que emitan un informe previo en el ámbito de sus competencias, quienes deberán informar en el plazo de 10 días³⁸⁴.

Transcurrido el plazo de 15 días³⁸⁵, se concederá un trámite de audiencia a las partes contratantes³⁸⁶ para que en otros 15 días repliquen las

³⁸² Véase el apartado 7.2.2 de este Capítulo *infra*.

³⁸³ Véase el artículo 346.2 del RDPH

³⁸⁴ Véase el artículo 68.2 del TRLA; y el artículo 346.3 del RDPH.

³⁸⁵ Que corresponde al plazo límite para que las respectivas Comunidades de Usuarios efectúen sus alegaciones respecto al contrato de cesión. El legislador supone que en este intertanto ya se habrán recabado los informes solicitados tanto a la Comunidad Autónoma

alegaciones que hayan podido formular las comunidades de usuarios, de los informes emitidos por la Comunidad Autónoma y por el MAGRAMA, si procedieren, y de cuantas actuaciones se hubieran practicado a consecuencia de la solicitud³⁸⁷.

El Organismo de cuenca, en el caso que se trate de cesiones entre miembros de una misma Comunidad de Usuarios, tendrá el plazo de un mes, contado desde la notificación de la celebración del contrato de cesión para dictar la resolución motivada, en la cual autorizará o denegará tal autorización. Dicho plazo se extenderá a dos meses para el resto de los casos³⁸⁸.

La resolución motivada deberá ser dictada en el transcurso de tiempo señalado, aún cuando no se hayan recibido los informes que requiere el artículo 68.2 del TRLA³⁸⁹.

como al Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación (actualmente, MAGRAMA), ya que estos gozan de un plazo menor, de 10 días para presentarlo.

³⁸⁶ Cierta doctrina, ha estimado que este es un derecho de audiencia muy limitado y que vulnera los principios de publicidad y transparencia de la gestión pública, considerando que, eventualmente, el contrato de cesión puede afectar negativamente derechos de terceros, como el caso de los titulares de las concesiones de “aguas sobrantes”, quienes no tendrán conocimiento de la existencia de la tramitación de tal contrato, por carecer el procedimiento de una etapa de información pública. Tal situación constituyó uno de los motivos de impugnación a través de los recursos de inconstitucionalidad interpuestos por el Gobierno de Aragón contra la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, como también contra el Real Decreto Legislativo 1/2001 de 21 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, ante lo cual el TC desestimó el recurso, conforme lo dispuesto en la STC 149/2011 de 28 de septiembre. (Véase nota al pie 52 de NAVARRO CABALLERO, T. M., “La Intervención administrativa...”, *op. cit.*, p. 247). (Véase también, sobre el derecho de audiencia en el contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas MOLINA GIMÉNEZ, A., “La cesión de derechos de aprovechamiento...”, *op. cit.*, p. 74).

³⁸⁷ Véase el artículo 346.4 del RDPH.

³⁸⁸ Véase el artículo 68.2 del TRLA.

³⁸⁹ Ello ocurre en atención a los efectos que produce el silencio positivo establecido expresamente por el legislador en caso que pase el plazo señalado y el Organismo de cuenca no se pronuncie y además en consideración a que se trata de informes preceptivos y no vinculantes, conforme lo establece el artículo 83 de la LRJPAC. Con todo, muy difícilmente la Administración hidráulica podrá contar con tales informes al momento de resolver, puesto que las entidades públicas no se caracterizan precisamente por la celeridad en los trámites, y pedir que tanto las Comunidades Autónomas como el MAGRAMA, informen en el plazo de 10 días, es exageradamente irreal.

La resolución que autorice el contrato de cesión deberá contener, además, de la propia autorización, el establecimiento del volumen máximo anual susceptible de cesión así como la obligación de instalar un contador homologado que mida el caudal realmente cedido³⁹⁰.

7.2.2. El silencio administrativo

Dispone el artículo 68.2 del TRLA que los contratos de cesión “*se entenderán autorizados, sin que hasta entonces produzcan efectos entre las partes, en el plazo de un mes a contar desde la notificación efectuada al Organismo de cuenca, si éste no formula oposición cuando se trate de cesiones entre miembros de la misma comunidad de usuarios, y en el plazo de dos meses en el resto de los casos*”³⁹¹.

Podemos observar como el legislador, para este caso, ha optado por la aplicación del silencio positivo. En consecuencia, si la Administración hidráulica no se pronuncia dentro de los plazos tan cortos que dispone la Ley, se entenderá concedida la autorización.

Esta disposición, viene a sumar otro de los tantos conflictos doctrinales que se han generado respecto al contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas. Aquellos autores que se muestran proclives a la máxima liberalización del mercado, en principio, están en desacuerdo con cualquier tipo de intervención administrativa que entorpezca el libre juego de la oferta y de la demanda entre cedente y cesionario, por lo que de cualquier modo consideran que tampoco debería proceder ningún tipo de silencio, toda vez que no existiría resolución alguna. No obstante, como la realidad se plantea con la existencia de tal mecanismo interventor, consideran del todo lógico el uso de la técnica del silencio positivo, que se configura como resultado del incumplimiento por parte de la Administración de los plazos de uno o dos meses establecidos para que autorice o deniegue. En consonancia con lo

³⁹⁰ Véase el artículo 347.1 del RDPH.

³⁹¹ En el mismo sentido, véase el artículo 347.2 del RDPH.

anterior, defienden también la estrechez de los plazos en atención a la celeridad requerida para la celebración de los mencionados contratos que, regularmente, tendrán lugar en situaciones extremas de sequía que requieren cierta urgencia en su determinación³⁹².

No obstante, la mayoría de la doctrina se muestra contraria a la aplicación del silencio positivo por parte del legislador. EMBID IRUJO califica tal elección de “contraproducente” y difícilmente compatible con las exigencias jurídicas que plantea la titularidad pública de las aguas del país, debido a que quienes proyecten realizar la cesión de sus derechos concesionales preferirán una autorización administrativa previa del contrato y no un mero silencio administrativo positivo, “desconocedor y descorazonador, en torno a los posibles avatares futuros”³⁹³. En ese mismo sentido, aunque refiriéndose a las autorizaciones de vertido y no al contrato de cesión, se manifiesta CASADO CASADO, quien señala que con el silencio positivo, lo único que obtienen los solicitantes es un “sí”, que “de poco vale si no viene acompañado del ‘sí’, ‘cómo’, ‘cuándo’ y ‘dónde’, cuando está en juego la preservación del medio ambiente y cuando la autorización de una determinada actividad depende precisamente de la adecuación de los límites en concreto que fije la Administración sobre la base de un determinado proyecto, atendiendo al interés general y a la luz de la normativa aplicable”³⁹⁴.

³⁹² ARIÑO ORTIZ G Y SASTRE BECEIRO, M., “Los mercados de aguas...”, *op. cit.*, p. 371.

³⁹³ Cfr: EMBID IRUJO, A., “Una nueva forma de asignación de recursos...”, *op. cit.* Asimismo, el autor procede a calificar de a la intervención administrativa en el contrato de cesión de “muy tenue”, en virtud de la fugacidad de los plazos y del establecimiento del silencio positivo. En la actualidad el autor se mantiene firme en su postura, en contraposición a lo establecido por la STC 149/2011, de 28 de septiembre de 2011, véase al respecto: EMBID IRUJO, A., “La crisis del sistema concesional...”, *op. cit.*, p. 22 y ss. En el mismo sentido se manifestó el Diputado Morlán García, cuando afirmó que “la previa autorización administrativa (...) no es más que una cortina de humo, porque pasa un mes, el organismo de cuenca no dice nada y no hay ningún problema para la transmisión de ese derecho. El silencio positivo es lo que echa por tierra el que esa autorización administrativa no tenga valor alguno...” (*Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados* N° 247, de 17 de junio de 1999, pp. 13-168).

³⁹⁴ CASADO CASADO, L., *Los vertidos en aguas continentales...*, *op. cit.*, p. 264.

Se ha entendido que la opción del legislador por el silencio positivo contraviene el régimen general del silencio administrativo establecido en el artículo 43.2 de la LRJPAC, dispone la excepcionalidad del silencio administrativo positivo en los procedimientos o solicitudes cuya estimación conlleve la transferencia al solicitante o a terceros de facultades relativas al dominio público, cual es el caso del contrato de cesión³⁹⁵.

Consideramos que, aunque la intención del legislador al establecer el silencio positivo haya sido lograr que el procedimiento de autorización se tramitara lo más rápido posible, este debió haber buscado otras fórmulas que no contravinieran el Derecho nacional y comunitario, que entienden que para el caso en cuestión se aplicaría el silencio negativo³⁹⁶. En el mismo sentido CASADO CASADO estima que “la exclusión de la operatividad del silencio positivo debe extenderse a todos aquellos usos que impliquen modificaciones o alteraciones significativas del dominio público, ya sean usos comunes especiales o privativos”; agrega además, en atención a que la intervención administrativa está configurada también en pos de la protección del medio ambiente, que “la autorización es una materialización del principio de prevención que rige en el Derecho Ambiental cuyo objeto primordial es prevenir el daño ecológico antes de su producción”³⁹⁷.

7.2.3. Denegación

Conforme lo dispone el artículo 68.3 del TRLA el Organismo de cuenca “podrá no autorizar” la cesión de derechos de uso del agua, mediante resolución motivada, en los siguientes casos:

³⁹⁵ NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, op. cit., p. 331.

³⁹⁶ Siguiendo además a SAINZ DE ROBLES, que señala que el silencio debe ser negativo en el caso de las autorizaciones y concesiones relativas al dominio público (SAINZ DE ROBLES, *El silencio administrativo en la Ley 30/1992*, Tapia, 1993, citado por CASADO CASADO, L., *Los vertidos en aguas continentales...*, op. cit., p. 262).

³⁹⁷ CASADO CASADO, L., *Los vertidos en aguas continentales...*, op. cit., p. 263.

- a) Si la cesión afecta negativamente al régimen de explotación de los recursos en la cuenca;
- b) Si afecta a los derechos de terceros;
- c) Si afecta a los caudales medioambientales, al estado o conservación de los ecosistemas acuáticos;
- d) Si incumple algunos de los requisitos señalados en la Sección 2º del Capítulo III del Texto Refundido de la Ley de Aguas³⁹⁸.

En todos estos casos, la Ley dispone que no se dará lugar a derecho a indemnización alguna por parte de los afectados³⁹⁹, en consideración que no se trata de un acto expropiatorio.

Cabe señalar, que el RDPH, en su artículo 348.1 establece una nueva causa de denegación, “*cuando el cedente o el cesionario no tengan debidamente inscrito su derecho legítimo al uso privativo del agua*”. Tal artículo provoca en la doctrina la duda acerca de su constitucionalidad, teniendo en cuenta que se estaría cometiendo un exceso de regulación, que no le corresponde a un reglamento cuyo único objetivo es desarrollar la norma básica. Por tanto, adolece de un vicio *ultra vires*.

³⁹⁸ MOLINA GIMÉNEZ entiende que tales condiciones son las siguientes: a.- Temporalidad, b.- Cesión a un usuario de mayor preferencia salvo autorización en contrario, c.- Formalización por escrito, d.- Identificación de los predios que se regarán con menor dotación o que se dejarán de regar y predios que el adquirente regará con el caudal cedido, e.- La cesión propuesta no debe superar el caudal realmente utilizado anualmente por el cedente, f.- El precio debe fijarse dentro de los límites reglamentarios si los hubiere, g.- Debe existir, en su caso, acuerdo para la utilización de instalaciones de terceros o solicitud para utilizar infraestructuras públicas, así como, en su caso, presentación del documento técnico que defina las nuevas instalaciones que deberán ser realizadas para articular las transferencias, h.- En caso de que el destino sea para abastecimiento a poblaciones deberá aportarse informe de la autoridad sanitaria sobre la idoneidad del agua para esos usos, i.- Prohibición de cesiones de usos privativos no consuntivos a usos de otra naturaleza. (Véase nota al pie 29 de MOLINA GIMÉNEZ, A., “La cesión de derechos de aprovechamiento...”, *op. cit.*, p. 79).

³⁹⁹ Véase el artículo 68.3 parte final del TRLA.

Sin embargo, tal precepto carece, en realidad, de toda importancia, porque “sea como fuere es preciso recordar que, por imperativo legal, el Organismo de cuenca inscribirá de oficio el contrato de cesión en el Registro de Aguas, incluyéndose la referencia del mismo en los asientos de cedente y cesionario. Por ello, en virtud del principio de tracto sucesivo registral difícilmente tendrá lugar dicha inscripción si el derecho del cedente y/o del cesionario no se encuentra también debidamente inscrito. Además, resulta difícil pensar que quienes se encuentren disfrutando de unos caudales de forma clandestina o al margen del Registro de Aguas celebren un contrato de cesión sin regularizar primeramente su situación”⁴⁰⁰.

La sombra existente en el ámbito de la regulación de la denegación de la autorización, guarda relación con la determinación de la taxatividad de las causas establecidas por la Ley⁴⁰¹. Si bien la mayoría reconoce que se trata de una enumeración taxativa, y que la Administración únicamente podrá denegar la autorización haciendo especial referencia a la causa denegatoria específica y motivando debidamente la resolución, muchos estiman que podrían quedar afuera situaciones muy complejas que atendido el interés general deberían también denegarse⁴⁰².

En consecuencia, en el caso de existir un tercer concesionario que requiera del cauce con más urgencia, la Administración hidráulica no podrá intervenir en su favor denegando la autorización. La única solución para este tercer concesionario se encontraría en la posibilidad de negociar con el cedente, quien seguramente no dudará en cederle el cauce si le paga más de lo que

⁴⁰⁰ NAVARRO CABALLERO, T. M., “La Intervención administrativa...”, *op. cit.*, p. 246.

⁴⁰¹ Véase nota al pie 380 *supra*, respecto a la dificultad en determinar si la denegación se trata de una potestad discrecional o reglada.

⁴⁰² Un ejemplo de ello sería el caso de que el Organismo de cuenca constatará la existencia de otros concesionarios que tengan una necesidad más perentoria de adquirir los caudales que quienes la solicitan. Así, si el Organismo de cuenca no autoriza el contrato de cesión en este caso, resultarían perjudicados los contratantes cuyo interés privado se ha originado por la confluencia de la oferta y la demanda de ambos. Por el contrario, si el Organismo de cuenca autorizara el contrato de cesión, haciendo caso omiso de la necesidad más perentoria del tercer concesionario, estaría violando el mandato constitucional de velar por el uso más racional de todos los recursos naturales (Nota al pie 54 de NAVARRO CABALLERO, T. M., “La Intervención administrativa...”, *op. cit.*, pp. 248-249).

le ofrece el primer cesionario⁴⁰³. El grave problema que se genera con esto, es que solamente tendrán acceso a la obtención de uso del recurso hídrico las personas más acaudaladas, en discriminación de los menos pudientes, todo ello con el riesgo añadido de que proliferen los “aguatenientes”, cuyo único cometido es adquirir caudales reteniéndolos en su poder hasta que puedan realizar una posterior enajenación que sea más ventajosa⁴⁰⁴.

8. EFECTOS DEL CONTRATO DE CESIÓN

Antes de hacer referencia a los efectos propiamente tales que produce el contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas, consideramos necesario hacer hincapié en que tales efectos solamente se producirán una vez el Organismo de cuenca haya autorizado su celebración, sea expresamente, sea mediante la aplicación del silencio positivo.

Una vez que se ha autorizado el contrato de cesión, este comienza a producir todos sus efectos, que esencialmente son los siguientes:

- a) La Administración hidráulica deberá poner a disposición del cesionario los caudales que corresponderían al cedente⁴⁰⁵;
- b) El cesionario se subroga en las obligaciones que corresponden al cedente ante el Organismo de cuenca respecto al uso del recurso⁴⁰⁶;

⁴⁰³ Ello podrá ocurrir, siempre y cuando el acuerdo se encuentre pendiente entre el futuro cedente y cesionario, puesto que si el acuerdo ya se ha formalizado, se estaría incumpliendo con el mismo.

⁴⁰⁴ NAVARRO CABALLERO, T. M., “La Intervención administrativa...”, *op. cit.*, p. 249.

⁴⁰⁵ VÁSQUEZ COBOS, C., “La regulación de los contratos de cesión...”, *op. cit.*, p. 218.

⁴⁰⁶ Esta subrogación opera *ipso iure*, toda vez que es consecuencia derivada de la correlativa cesión del derecho al uso privativo.

- c) Los caudales, objeto de la cesión, se computarán como de uso efectivo de la concesión con la finalidad de evitar la caducidad del título concesional del cedente⁴⁰⁷;
- d) En caso de incumplimiento por parte del cesionario, cuando no usa efectivamente el caudal, otorga al cedente la facultad de solicitar la rescisión del contrato de cesión⁴⁰⁸;
- e) Los Organismos de cuenca procederán a inscribir los contratos de cesión de derechos de uso privativo del agua en el Registro de Aguas⁴⁰⁹;
- f) Una vez inscrita la cesión en el Registro de Aguas, se podrá proceder a la inscripción en el Registro de Propiedad, en los folios abiertos a las concesiones administrativas afectadas⁴¹⁰.

9. CUESTIONES EVENTUALMENTE VINCULADAS

Finalmente, y para efectos de llevar a la práctica la transferencia del uso de los derechos privativos de las aguas, es necesario hacer referencia a la situación específica en que el cedente o el cesionario cuenten con una autorización de vertidos, y el caso de la utilización de infraestructuras hidráulicas que determinarán el tránsito del agua.

⁴⁰⁷ Véase el artículo 69.2 del TRLA.

⁴⁰⁸ El cedente deberá, por tanto, estar pendiente del uso efectivo del caudal por parte del cesionario, ya que en el caso que no lo use se producirá la caducidad de la concesión del cedente.

⁴⁰⁹ Véase el artículo 68.4 del TRLA.

⁴¹⁰ *Ibid.*

9.1. Autorización de vertidos en los contratos de cesión

Dispone el artículo 353.1 del RDPH, que para el caso que cualquiera de las partes del contrato de cesión sea también titular de una autorización de vertido, deberán hacer constar tal circunstancia en la documentación remitida con la solicitud de autorización del contrato, acompañada de un estudio de los posibles efectos que respecto de aquélla comporte la cesión de derechos.

Tal norma encuentra su fundamento en que si el cedente o el cesionario, o ambos, fuesen titulares de una autorización de vertidos, la cesión de derechos de uso privativo de las aguas afectaría tal autorización, debido a que podría verse vulnerado el estado ecológico de las aguas cedidas⁴¹¹.

Una vez analizado el estudio de los efectos que posiblemente causaría la autorización de vertidos al caudal cedido, la Administración hidráulica estará facultada para modificarla, sin que de lugar a una indemnización⁴¹².

Si una vez autorizado el contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas la Administración hidráulica comprueba que se realizan vertidos de aguas o productos residuales no autorizados, procederá a revocar la autorización del contrato de cesión, sin derecho a indemnización⁴¹³.

9.2. Utilización de infraestructuras hidráulicas para el ejercicio de la cesión del derecho de uso privativo de las aguas

Una vez autorizada la cesión de derechos de uso privativo de las aguas, la Administración hidráulica deberá poner los caudales cedidos a disposición del cesionario, para ello será necesario determinar la forma en que se

⁴¹¹ COBACHO GÓMEZ, J. A., "El contrato de cesión...", *op. cit.*, p. 376.

⁴¹² Véase el artículo 353.2 del RDPH.

⁴¹³ Véase el artículo 353.3 del RDPH.

llevará a cabo el tránsito de las aguas hacia el lugar donde se requiera, y en algunas ocasiones será necesario utilizar infraestructuras hidráulicas.

Respecto a la utilización de infraestructuras hidráulicas habrá que hacer una serie de distinciones en atención a la situación en concreto que puede producirse:

- a) Que las instalaciones que sean necesarias existan y sean de titularidad de terceros

Tal utilización será regulada por el libre pacto entre las partes⁴¹⁴. Puede ocurrir, sin embargo, que el tercero titular de la infraestructura no consienta en su uso, en cuyo supuesto NAVARRO CABALLERO entiende que el Organismo de cuenca podría imponer una servidumbre de acueducto al titular de dichas instalaciones, conforme lo disponen los artículos 48 del TRLA y el artículo 18 del RDPH⁴¹⁵.

- b) Que las instalaciones que sean necesarias existan y sean de titularidad del Organismo de cuenca, o éste tiene encomendada su explotación

En tal caso, las partes contratantes deberán solicitar, al momento de presentar la copia del contrato para su autorización ante el Organismo de cuenca, que éste determine el régimen de su utilización y que proceda a fijar y el valor económico que deberán reportar por ello⁴¹⁶, todo lo cual será objeto de una autorización administrativa distinta a la autorización de cesión⁴¹⁷.

⁴¹⁴ CARO-PATÓN CARMONA, I., "Contrato de cesión de derechos...", *op. cit.*, p. 477.

⁴¹⁵ NAVARRO CABALLERO, T. M., "Las transacciones de derechos...", *op. cit.*, p. 115.

⁴¹⁶ Véase el artículo 351.2 del RDPH.

⁴¹⁷ Véase el artículo 351.4 del RDPH.

c) Que las instalaciones que sean necesaria no existan

En este caso, los contratantes deberán presentar un documento técnico que defina de manera adecuada cuales son las instalaciones necesarias para poder llevar a cabo la transferencia de los caudales cedidos a la vez que solicitan autorización para que estas obras se realicen.

Transcurrido el plazo de cuatro meses desde la entrada de la solicitud en el Organismo de cuenca sin que éste se haya pronunciado, tendrá lugar el silencio positivo, con lo cual se entenderá concedida la autorización para el uso o construcción de infraestructuras⁴¹⁸.

La problemática referente a este aspecto consiste en que, por regla general, el uso de infraestructuras hidráulicas que permite la Ley se aplica solamente a aquéllas que se encuentran dentro de una misma cuenca hidrográfica, con lo cual tratándose de cuencas que son insolventes, es decir, que permanecen en constante estado de escasez, la aplicación de la norma resultará ser papel mojado.

Sólo excepcionalmente la Ley permite la utilización de infraestructuras que interconecten territorios sometidos a distintos planes hidrológicos de cuenca si el Plan Hidrológico Nacional o las leyes singulares reguladoras de cada trasvase así lo han previsto⁴¹⁹. En tal caso, la competencia para autorizar el uso de estas infraestructuras y el contrato de cesión corresponde al Ministerio de Medio Ambiente⁴²⁰, operando en este caso, el silencio negativo en caso de ausencia de resolución administrativa en el plazo previsto.

⁴¹⁸ Véase el artículo 351.5 del RDPH.

⁴¹⁹ Véase el artículo 72 del TRLA.

⁴²⁰ Actualmente, MAGRAMA.

En atención al grave estado de sequía que ha sufrido el Estado español, el legislador contempló la posibilidad de la celebración de contratos de cesión de derechos de uso privativo de la aguas entre territorios sometidos a distintos planes hidrológicos de cuenca, a través del Real Decreto-Ley 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamiento del agua⁴²¹.

A través de este Real Decreto-Ley se dio lugar a la celebración de importantes contratos de cesión: Cesión celebrada entre la Comunidad de Regantes del Canal de Estremera y el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura; cesión celebrada entre la Comunidad de Regantes del Canal de Henares con la Mancomunidad de Aguas del Sorbe; y cesión celebrada entre la Mancomunidad de Canales de Taibilla con la Comunidad de Regantes del Canal de las Aves, todos los cuales se encuentran contemplados en el anexo del presente trabajo⁴²².

Aún cuando existen otros casos en que los contratos de cesión se han celebrado fuera del alcance del Real Decreto 15/2005, ellos carecen de importancia relativa, sido tratados solo tangencialmente por la doctrina⁴²³.

⁴²¹ Este decreto, actualmente derogado, se mantuvo vigente hasta el día 30 de noviembre de 2009, en virtud de la prórroga establecida en la Disposición Final Primera del Real Decreto-Ley 8/2008 de 24 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinados ámbitos de las cuencas hidrográficas – también derogado.

⁴²² Véase el anexo I de España.

⁴²³ SASTRE BECEIRO, en una presentación realizada el 27 de junio de 2011 en la Universidad Rey Juan Carlos Madrid, hace referencia a los contratos de cesión celebrados bajo la legislación del TRLA, distinguiéndolos de aquellos celebrados al amparo del RDL 15/2005. Trata los contratos celebrados en la Confederación del Guadalquivir y del contrato de cesión de derechos entre la Mancomunidad de Aguas del Sorbe y la Comunidad de Regantes del Canal de Henares. No obstante, su relevancia está considerada desde el punto de vista de la celebración en el seno de los centros de intercambio. Véase: SASTRE BECEIRO, M., "La regulación del mercado del agua en España: cómo armonizar los usos económicos con el interés público", en CEIGRAM [en línea]. Recuperado el 25 de agosto 2012 de <<http://www.ceigram.upm.es/sfs/otros/ceigram/Contenidos%20Investigaci%C3%B3n/contenido%20seminarios%20cientificos/LA%20REGULACI%C3%93N%20DEL%20MERCADO%20DEL%20AGUA%20EN%20ESPA%C3%91A.ppt>>.

Todos ellos ceden lugar al estudio de estos casos que son más trascendentes, atendida su envergadura⁴²⁴.

Acerca de la apreciación del resultado de la celebración de tales contratos de cesión de uso privativo de las aguas, un cierto sector de la doctrina se muestra “relativamente” satisfecha en tanto considera que se trata de una figura que abre paso mecanismo de flexibilización concesional sin desvincular a la Administración pública, pero que indudablemente requiere mejorías⁴²⁵. En cambio, otro sector se muestra “relativamente” insatisfecho en atención a las debilidades que ha mostrado la aplicación del sistema⁴²⁶, y ha considerado que la mejor vía de solucionar el tema de la escasez de los recursos hídricos es mediante la aplicación de los mecanismos propios de la concesión⁴²⁷.

⁴²⁴ Se comprueba, por tanto, que la figura del contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas, no se encuentra arraigada dentro del tráfico jurídico-económico general, como quisieran los autores que propugnan la libertad del mercado, sino que solamente cobra importancia y es llevada a la práctica en situaciones excepcionales, en este caso, la sequía. Cfr.: NAVARRO CABALLERO, T. M., “Experiencias actuales de los bancos del agua en España. Estudio de los casos del Guadiana, Guadalquivir; Júcar y Segura”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, Nº 76, enero-abril 2010, pp. 349-379; ARROJO AGUDO, P. (coord.), “Transferencia de derechos privativo de uso de aguas en España. Estado de la cuestión”, Informe elaborado para la Dirección General de Aguas del Ministerio de Medioambiente, en FNCA [en línea]. Recuperado el 28 de mayo de 2010 de <<http://www.fnca.eu/guia-nueva-cultura-del-agua/images/documents/Economia/EXT%20Transferencia%20dchos.%20privativos%20de%20uso%20de%20aguas.pdf>>.

⁴²⁵ GARRIDO COLMENERO, A., CALATRAVA, J. Y REY, D., “La flexibilización del régimen de concesiones...”, *op. cit.*, pp. 177-196; EMBID IRUJO, A. “La crisis del sistema concesional...” *op. cit.* pp. 25-82.

⁴²⁶ Especialmente, en lo que guarda relación con la fijación de la contraprestación, que conforme se revisará en el anexo, ha resultado de un valor muy superior respecto a la verdadera productividad que proporciona el caudal.

⁴²⁷ BRUFAO CURIEL, P., *La revisión ambiental de las concesiones y autorizaciones de aguas*. Bilbao, Bakeaz-Fundación Nueva Cultura del Agua, 2008; ESTEVAN ESTEVAN, A Y LA CALLE MARCOS, A. *Transferencias de Derechos de Agua entre Demandas Urbanas y Agrarias. El caso de la Comunidad de Madrid*. “Cuaderno de I+D+I” Nº1. Madrid, Canal de Isabel II, 2007.

CAPÍTULO CUARTO

LOS CENTROS DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS COMO INSTRUMENTO DE TRANSMISIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

De forma conjunta con la figura del contrato de cesión, el legislador consagra a los denominados “Centros de Intercambio de derechos al uso privativo de las aguas”, cuya finalidad consiste en vehicular la transferencia de los derechos de aprovechamiento de las aguas entre sus diversos titulares.

El análisis se estructurará en términos similares al que se ha podido verificar en el tratamiento del contrato de cesión, comenzando por la referencia normativa aplicable, siguiendo con la determinación de su conceptualización, naturaleza jurídica y características relevantes. Después intentaremos dilucidar los elementos subjetivo y objetivo que lo componen, su funcionamiento, finalizando con los efectos jurídicos que se derivan de su implementación.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y NORMATIVA APLICABLE

La incorporación de los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas en el ordenamiento jurídico español⁴²⁸ ocurrió de forma conjunta al contrato de cesión, estudiado previamente, mediante la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, que modificó la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas incorporándole el artículo 61 bis⁴²⁹.

⁴²⁸ La regulación de los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas tuvo su inspiración en el Banco de Aguas Californiano, el cual no trataremos en consideración a la extensión del trabajo. No obstante, para un análisis del tema véase: NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, p. 382 y ss.

⁴²⁹ No nos referiremos a las disquisiciones parlamentarias referentes a esta incorporación normativa por haber sido previamente tratadas en el apartado referente al contrato de cesión de derechos al uso privativos de las aguas. Véase el apartado 1 del Capítulo Tercero *supra*.

Igualmente, tal como sucedió con el contrato de cesión, el apartado 11 del artículo 61 bis, referente a los centros de intercambio, fue posteriormente incorporado al Real Decreto Legislativo 1/2001 de 21 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, en su artículo 71, de la misma Sección II, del Capítulo III, del Título IV referente al contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas⁴³⁰.

Posteriormente, el centro de intercambios fue desarrollado por el Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, y aunque lo disponga en el mismo Título VI referente al contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas públicas, le otorga cierta individualidad al tratarlo en un capítulo distinto: el Capítulo II, que contiene los artículos 354 y 355.

Asimismo, respecto al carácter de norma básica y estatal de las mencionadas disposiciones, aplicables por tanto a todas las cuencas sin distinción, debemos hacer extensivas todas aquellas consideraciones observadas previamente en el estudio del contrato de cesión⁴³¹.

No obstante lo anterior, hemos de destacar a este respecto, la actividad legislativa de la Comunidad Autónoma de Andalucía que, en virtud de sus competencias sobre el aprovechamiento de los recursos hídricos, también ha creado disposiciones normativas relativas a los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, establecidas en el artículo 46 de la Ley 9/2010, de Aguas de Andalucía.

⁴³⁰ Tal vez, sea este uno de los motivos por el que en ciertas ocasiones se ha tendido a confundir los centros de intercambio de derechos con el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas. No obstante, se trate de dos figuras jurídicas distintas, y conforme veremos a lo largo del presente trabajo, son, precisamente, contratos de cesiones de derechos al uso privativo de las aguas los que se celebran en el ámbito de los centros de intercambio, de ahí su regulación conjunta. Otro motivo que ha generado esta confusión en el lenguaje coloquial es que a través de ambas figuras se persigue el mismo objetivo: el uso racional de los recursos hídricos. Cfr.: NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, op. cit., p. 381.

⁴³¹ Véase el apartado 1 del Capítulo Tercero *supra*.

Sin embargo, a diferencia de lo que sucede con el contrato de cesión que no supone modificación alguna a la regulación establecida en la normativa estatal, las disposiciones referentes al centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas ofrecen ciertas novedades. De partida, la denominación que establece es distinta, en tanto dispone la regulación de los “Bancos Públicos de Agua”. Pero no es este el aspecto que podría suscitar mayor preocupación a la doctrina, sino el apartado 7 de su artículo 46 que podría considerarse contraventor de la normativa estatal⁴³², por permitir la adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas a quienes no tengan el estatuto de usuario, en abierta oposición a lo dispuesto por los artículos 71 del TRLA y 354.2 del RDPH, razón por la cual ha sido calificado de dudosa constitucionalidad⁴³³.

2. CONCEPTO DE CENTRO DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS

Tal como sucede con el contrato de cesión, ni el Real Decreto Legislativo 1/2001 de 21 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas, ni su respectivo Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico, contemplan una definición para los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas⁴³⁴.

No obstante, a través de los elementos contenidos en las respectivas normativas, la doctrina ha sido capaz de formular un concepto para esta figura jurídica. Así lo hace NAVARRO CABALLERO, quien lo define “como aquel instituto en virtud del cual los Organismos de cuenca, autorizados al efecto

⁴³² Dispone el artículo 46.7 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía: “Para la adquisición de derechos de agua no se requerirá la condición previa de usuario”.

⁴³³ Cfr: NAVARRO CABALLERO, T. M., “Experiencias actuales de los bancos del agua en España. Estudio de los casos del Guadiana, Guadalquivir; Júcar y Segura”, *Revista Andaluza de Administración Pública* Nº 76, enero-abril 2010, p. 378.

⁴³⁴ Tampoco el artículo 46.7 de la Ley 9/2010, de 30 de julio, de Aguas de Andalucía conceptualiza su homónimo, denominado “Bancos Públicos del Agua”.

por el Consejo de Ministros, en situaciones excepcionales y a través de las correspondientes ofertas públicas, adquieren derechos de uso del agua para posteriormente cederlos a otros usuarios, previo abono del precio estipulado en la específica oferta pública”⁴³⁵.

Otra definición, que va en la misma línea, es la aportada por MOLINA GIMÉNEZ, en cuya opinión se trata de un instrumento que “tiene por objeto inducir desde la Administración actividades de transferencia de caudales mediante la realización de una oferta pública de adquisición, que permitirá el rescate temporal de determinados volúmenes para su posterior adjudicación a usuarios interesados a cambio de un precio determinado”⁴³⁶.

A las características que se desprenden de las definiciones señaladas y a aquellas que dispone la normativa correspondiente nos referiremos en el apartado a continuación.

3. CARACTERÍSTICAS DEL CENTRO DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS

3.1. Es excepcional

La excepcionalidad de la constitución de los centros de intercambio de derechos de aguas atiende a que los requisitos que deben concurrir para ello se encuentran determinados en la normativa de aguas y conforman situaciones que indican una mayor gravedad respecto a la motivación para la celebración de los contratos de cesión de derechos al uso privativo de las aguas.

⁴³⁵ NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, op. cit., p. 381.

⁴³⁶ MOLINA GIMÉNEZ, A., “Centros de intercambio de derechos de agua”, en EMBID IRUJO, A. (dir.) *Diccionario de Derecho de Aguas*, Madrid, Iustel, 2007, p. 322.

Tales requisitos se pueden agrupar en dos vertientes distintas: la primera guarda relación con una determinada actividad previa por parte de la autoridad correspondiente; y la segunda, con una serie de supuestos que se encuentran reguladas en los artículos 55, 56 y 58 del referido cuerpo legal.

La actividad administrativa previa requerida, se obtiene mediante un Acuerdo del Consejo de Ministros a propuesta del Ministerio de Medio Ambiente⁴³⁷, tal como lo dispone el artículo 71.1 del TRLA y el artículo 354.1 del RDPH, y los supuestos que han de concurrir para que se pueda dar lugar a la conformación del centro de intercambio son los siguientes:

- a) La falta de disponibilidad de recursos hídricos que determine al Organismo de cuenca a fijar el régimen de explotación racional del mismo con la finalidad de garantizar la disponibilidad de los caudales para los diferentes usos concedidos⁴³⁸;
- b) En casos de sobreexplotación de acuíferos o de riesgo de sobreexplotación⁴³⁹. Esta situación solamente será factible previa declaración administrativa del acuífero bajo esa situación, para lo cual la existencia de un plan de ordenación de los aprovechamientos resulta fundamental⁴⁴⁰;
- c) En casos de extraordinaria gravedad como son las situaciones hidrológicas extremas, como las sequías extraordinarias, la sobreexplotación grave de acuíferos, o similares estados de necesidad, urgencia o concurrencia de situaciones anómalas o excepcionales⁴⁴¹;

⁴³⁷ A la presente fecha, entiéndase MAGRAMA.

⁴³⁸ Véase el artículo 55 del TRLA.

⁴³⁹ Véase el artículo 56 del TRLA.

⁴⁴⁰ Cfr: MOLINA GIMÉNEZ, A., "Centros de intercambio de derechos de agua", *op. cit.*, p. 324.

⁴⁴¹ Véase el artículo 58 del TRLA.

- d) En aquellos casos que reglamentariamente se determinen por concurrir causas análogas⁴⁴².

Si bien es cierto que son estas las únicas situaciones que pueden dar lugar a la constitución de un centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, y de ahí su carácter excepcional, ciertos autores, a quienes nos adherimos, han advertido que el primer supuesto que indica el artículo 55 del TRLA es suficientemente amplio para posibilitar un sinnúmero de otras situaciones que posibilitarían, en la práctica, que la Administración pueda crear estos centros siempre que lo estime conveniente para garantizar la explotación del recurso hídrico⁴⁴³.

3.2. Se rige por el principio de publicidad y libre concurrencia

Dispone expresamente el artículo 71.3 del TRLA que las adquisiciones y enajenaciones del derecho al uso privativo de las aguas que se realicen en el seno del centro de intercambio deberán respetar los principios de publicidad y libre concurrencia y que, además, se llevarán a cabo conforme al procedimiento y los criterios de selección que reglamentariamente se determinen⁴⁴⁴.

Este principio se manifiesta por ejemplo, en el deber que recae sobre el Organismo de cuenca de publicar la oferta pública de adquisición de derechos en el Boletín Oficial del Estado, en el diario oficial de las comunidades autónomas afectadas y, al menos en dos diarios de amplia

⁴⁴² Véase el artículo 71.1 del TRLA. Advierte, sin embargo, NAVARRO CABALLERO que en el desarrollo reglamentario de esta norma no se han ampliado los supuestos referidos. En tal sentido, el artículo 354.1 del RDPH contiene los mismos supuestos consagrados en el artículo 71 del TRLA. Cfr.: NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, nota al pie 16.

⁴⁴³ Cfr. MOLINA GIMÉNEZ, A., "Centros de intercambio de derechos de agua", *op. cit.*, p. 323; y PLAZA MARTÍN, C., "El dominio público hidráulico", *op. cit.*, p. 607.

⁴⁴⁴ Dispone el artículo 355.3 letra e) del RDPH, que este principio deberá ser respetado y estar contenido en la oferta pública de adquisición de derechos al uso privativo de las aguas.

difusión⁴⁴⁵; en que en la oferta pública deba contenerse los criterios en virtud de los cuales el Organismo de cuenca procederá a seleccionar los derechos que sean objeto de adquisición, así como la determinación del precio de la cesión⁴⁴⁶; y en que la resolución también deberá ser publicada en el Boletín Oficial del Estado⁴⁴⁷; entre otras.

Dentro de las formas ideadas por el legislador, tendentes a la transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas, es destacable que solamente en el caso del centro de intercambios rija este principio, estando completamente ausente dentro del procedimiento establecido para el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas. La explicación de la ausencia de este principio en los contratos de cesión es de toda lógica, si consideramos que estos operan en la esfera de la autonomía de la voluntad de los particulares contratantes.

Sin embargo, no hubiera sido excesivo que se dispusiera el principio de publicidad también para los contratos de cesión, debido a que no implicaría perjuicio alguno para las partes, y propendería a un suministro de información sobre las cotizaciones reales del agua⁴⁴⁸, tendiente a la transparencia del sistema y finalmente, a su mejor funcionamiento.

3.3. Se encuentra plenamente intervenido por la Administración

La mayoría de la doctrina considera que la Administración pública es la protagonista de los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas⁴⁴⁹, debido a que es la responsable no solo de solicitar su

⁴⁴⁵ Véase el artículo 355.2 del RDPH.

⁴⁴⁶ Véase el artículo 355.3 letra e) del RDPH.

⁴⁴⁷ Véase el artículo 355.6 del RDPH.

⁴⁴⁸ Cfr.: NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, p. 396.

⁴⁴⁹ Véase: MOLINA GIMÉNEZ, A., "Centros de intercambio de derechos de agua", *op. cit.*, p. 325, "La cesión de derechos de aprovechamiento de aguas en España. Análisis crítico y propuestas", *op. cit.*, p. 57; NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, p. 398; COMOS GUILLEM, J. A., "Nuevas formas de reasignación...", *op. cit.*, p. 65; entre otros.

constitución sino que también es quien dirige todo el procedimiento relativo a la oferta pública de adquisición de derechos y el relativo a la oferta pública de cesión de los mismos.

En virtud de las disposiciones normativas a que hemos hecho mención, consideramos que la intervención administrativa en el funcionamiento del Centro de intercambio de derechos de aguas constituye un elemento de la esencia del mismo debido a que es la Administración quien adquiere los caudales para luego cederlos a terceros interesados. A través de sus facultades no actúa como un mero intermediario⁴⁵⁰, sino que como un verdadero artífice de la figura, determinando la viabilidad de las transacciones y la finalidad que se persigue a través de ellas⁴⁵¹.

3.4. Puede establecer un sistema definitivo (en apariencia)

Esta característica es destacable, debido a que respecto al contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas estos se celebran siempre sujetos a un plazo, es decir, son temporales⁴⁵².

Aunque el artículo 71 del TRLA guarde silencio a este respecto, el RDPH dispone en su artículo 355.3 letra d) que la oferta pública deberá establecer el carácter temporal o definitivo de la cesión y, en su caso, el establecimiento de un plazo.

No obstante la redacción de la norma, consideramos que la intención del legislador, cuando se refiere al carácter definitivo, no ha sido perpetuar la

⁴⁵⁰ Cierta sector de la doctrina, considera que la Administración actúa en el centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas como un mero intermediario entre las partes que desean adquirir o ceder los derechos de aprovechamiento. A este respecto, VÁSQUEZ COBOS, indica que son estos mismos los que se celebran en el seno de un centro de intercambio "con la única salvedad de que una de las partes es siempre el organismo de cuenca". Véase: VÁSQUEZ COBOS, C., "La regulación de los contratos de cesión...", *op. cit.*, p. 221.

⁴⁵¹ Cfr.: NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, p. 398.

⁴⁵² Véase el apartado 3.3 del Capítulo Tercero *supra*.

cesión *ad eternum*, sino vincularla al plazo máximo establecido en la concesión a la cual está vinculada. En consecuencia, esta situación, en realidad, no dista de la disposición relativa al contrato de cesión, teniendo, por tanto, igualmente, el carácter de temporal.

3.5. Tiene por finalidad la reasignación de los derechos de aprovechamiento

Se advierte que esta se trata de una característica compartida con el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas⁴⁵³.

Se entrelaza además, con la característica de la plena intervención administrativa, puesto que es a través de ella que se propenderá a la satisfacción de las finalidades públicas asociadas a la necesidad de reasignar de manera eficaz los aprovechamientos sobre el dominio público hidráulico, garantizando su uso racional⁴⁵⁴, poniendo especial énfasis en el cumplimiento de los fines ambientales, previniendo o solucionando situaciones extremas de sequía y otras consecuencias derivadas del cambio climático.

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL CENTRO DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS

A este respecto habría que comenzar por distinguir la naturaleza jurídica del centro de intercambio propiamente tal y de las relaciones que se generan en su seno, entre la Administración y los oferentes y entre aquella y los adquirentes finales.

Con relación a la naturaleza jurídica del centro de intercambio propiamente tal, tanto la Ley, como la doctrina y la jurisprudencia no han expresado

⁴⁵³ Véase el apartado 3.4 del Capítulo Tercero *supra*.

⁴⁵⁴ Cfr.: MOLINA GIMÉNEZ, A., “Centros de intercambio...”, *op. cit.*, p. 323.

pronunciamiento, solamente algunos autores, para efectos de conceptualizarlos, se refieren a él como “un instituto”⁴⁵⁵, “un instrumento”⁴⁵⁶, “un mecanismo”⁴⁵⁷, “una modalidad de mercado”⁴⁵⁸, “un instrumento de gestión de la demanda”⁴⁵⁹.

En definitiva, la doctrina se ha inclinado por entender al centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, más que como un organismo administrativo dependiente del Organismo de cuenca, como una herramienta gestionada por ésta para propender a la utilización racional de los recurso hídricos. Tanto es así, que PLAZA MARTÍN, observa que para la creación de un centro de intercambio no son necesarios arreglos institucionales o de infraestructura⁴⁶⁰, basta con que el Organismo de cuenca lleve a cabo una contabilidad y registro de las operaciones de forma separada a los demás actos en que puedan intervenir⁴⁶¹.

A propósito de la naturaleza de las relaciones que se generan en virtud de la implementación de los centros de intercambio, aún cuando los estudios al respecto son mínimos, resulta posible observar distintas posiciones.

A juicio de MOLINA GIMÉNEZ, las relaciones entre los Organismos de cuenca y los oferentes por una parte, y adquirentes finales, por otra, responden a los parámetros de los contratos administrativos regulados por la LCAAPP⁴⁶², en todo aquello que no quede regulado por el TRLA y su RDPH. Frente a esta

⁴⁵⁵ NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, p. 381.

⁴⁵⁶ MOLINA GIMÉNEZ, A., “Centros de intercambio...”, *op. cit.*, p. 322.

⁴⁵⁷ COMOS GUILLEM, J. A., “Nuevas formas de reasignación...”, *op. cit.*, p. 68, (refiriéndose a los bancos de aguas).

⁴⁵⁸ MOLINA GIMÉNEZ, A., “La cesión de derechos de aprovechamiento...”, *op. cit.*, p. 65. Estableciéndolo concretamente como una especie de mercado triangular o inducido donde la Administración hidráulica adquiere caudales para luego cederlos a terceros interesados.

⁴⁵⁹ MELGAREJO MORENO, J. Y LÓPEZ ORTIZ, M. I., “¿Son los contratos de cesión...”, *op. cit.*, p. 58.

⁴⁶⁰ PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico”, *op. cit.*, p. 607.

⁴⁶¹ Véase el artículo 71.1 del TRLA.

⁴⁶² Normativa actualmente derogada, por lo cual debe entenderse la referencia hecha a la actualmente vigente LCAAPP.

postura MENÉNDEZ REXACH se muestra contrario e indica que estas relaciones deberán estar regidas por la normativa relativa a las concesiones otorgadas en pública licitación, pero con el régimen general de la concesión de aguas y no mediante contratos administrativos⁴⁶³.

En este punto, resulta imprescindible revisar las consideraciones realizadas respecto a la determinación de la naturaleza jurídica del contrato de cesión celebrado entre la Administración pública y un particular⁴⁶⁴, ya que son plenamente aplicables a esta situación. Y tal como lo señalábamos en el apartado correspondiente, se trata de un tema que no se encuentra resuelto en doctrina y que deberá ser tratado conforme lo ha expresado la jurisprudencia para distinguir entre los contratos privados y los administrativos. Con arreglo a la jurisprudencia del TS, “hay que atender básicamente al objeto o visión finalista del negocio, de suerte que una relación jurídica concreta ofrecerá naturaleza administrativa cuando ha sido determinada por la prestación de un servicio público, entendiendo este concepto en su acepción más amplia para abarcar cualquier actividad que la Administración desarrolle como necesaria para satisfacer el interés general atribuido por la esfera específica de su competencia”⁴⁶⁵.

Si consideramos que el objetivo esencial que se persigue mediante la implementación de los centros de intercambio es el cumplimiento de una finalidad pública: el uso racional del dominio público hidráulico, y que la intervención administrativa para lograr tal cometido es de carácter esencial, solo nos cabe concluir que se trata definitivamente de una especie de contrato administrativo.

Ahora bien, respecto a la norma concreta que ha de regir dichos contratos administrativos, debemos disentir de la opinión de MOLINA GIMÉNEZ, debido a que es el propio Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el

⁴⁶³ MENÉNDEZ REXACH, A., “Consideraciones sobre los mercados de aguas...”, *op. cit.*, p. 78.

⁴⁶⁴ Véase el apartado 4.2 del Capítulo Tercero *supra*.

⁴⁶⁵ Véase la STS de 13 de febrero de 1990.

que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público – en adelante, LCSP –, quien se encarga de excluir de su ámbito de aplicación las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y *los contratos de explotación de bienes patrimoniales* distintos a los definidos en el artículo 7, explicitando que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la referida Ley⁴⁶⁶.

En consecuencia, nos adherimos a la postura de MENÉNDEZ REXACH, entendiéndolo que la normativa que habrá de aplicarse a los contratos de cesión celebrados entre la Administración pública y un particular determinado en el seno de los centros de intercambio, corresponde a las disposiciones correspondientes del TRLA y del RDPH⁴⁶⁷.

5. SUJETOS INTERVINIENTES EN EL CENTRO DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS

5.1. La Administración Pública

Hemos expuesto previamente, que la Administración pública tiene un rol esencial en los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, es la protagonista de este mecanismo de reasignación de recursos hídricos. Y tal es su relevancia, que la propia existencia del centro de intercambio depende de su voluntad, e incluso una vez constituido es la encargada de su debido funcionamiento, además de parte de los contratos de cesión que por ese intermedio se celebren, como veremos.

⁴⁶⁶ Véase el artículo 4.1 letra o) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la LCSP.

⁴⁶⁷ Fortalece esta argumentación la disposición del artículo 93.2 del RDPH que dispone para la tramitación del procedimiento los principios de publicidad y tramitación en competencia, de forma congruente con la disposición de los artículos 71.3 del TRLA y 355.3 letra e) del RDPH.

Las Administraciones públicas que han de intervenir en los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas son, el Ministerio de Medio Ambiente⁴⁶⁸, el Consejo de Ministros, las Comunidades Autónomas y los Organismos de cuenca.

Conforme lo establece el artículo 71.1 del TRLA, el Ministerio de Medio Ambiente es la Administración pública encargada de proponer la creación de un centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas en caso que se verifique alguna de las situaciones reguladas en los artículos 55, 56 y 58 del mismo cuerpo legal referido. Esta propuesta va dirigida al Consejo de Ministros quien, mediante Acuerdo se encarga concretamente de constituir el centro de intercambio, dotándolo de existencia jurídica.

Una vez creado el centro de intercambio, le corresponderá a la Administración hidráulica dirigir todo el proceso destinado a poner en práctica el funcionamiento de dicho instrumento⁴⁶⁹, facultándose expresamente al Organismo de cuenca para que proceda a realizar las ofertas públicas de adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas⁴⁷⁰. En realidad, consideramos que lo que el legislador pretende establecer mediante esta facultad es la de poner en marcha el mecanismo señalado y de velar por su funcionamiento de forma integral, en atención a que sus funciones van más allá de la mera realización de la oferta pública.

El Organismo de cuenca, está en definitiva encargado de la realización de todos los trámites destinados al cumplimiento del fin último del centro de intercambio, la reasignación del recurso hídrico, lo que se logra a través del procedimiento que se explicita en el artículo 355 del RDPH.

En consecuencia, la forma en que intervendrá el Organismo de cuenca variará dependiendo del estadio del procedimiento en que se encuentre. Así,

⁴⁶⁸ Actualmente, MAGRAMA.

⁴⁶⁹ Cfr.: NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, op. cit., p. 398.

⁴⁷⁰ Véase el artículo 355.1 del RDPH.

una primera fase, además de estar facultado para realizar ofertas públicas de adquisición de derechos, es la encargada de recepcionar todas las solicitudes que ante él deben dirigirse⁴⁷¹, de dictar la resolución que determina los derechos que han resultado adjudicados⁴⁷², y de celebrar el respectivo contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas que han sido adjudicadas en el cual constará como cesionario. En una segunda etapa, está encargado de realizar ofertas públicas de cesión de los derechos previamente adquiridos en la primera etapa, de recepcionar todas las solicitudes que ante él deben dirigirse, de dictar la resolución que determina los adjudicatarios de los respectivos derechos, y de celebrar el contrato de cesión con el adjudicatario en el cual constará, esta vez, como cedente⁴⁷³.

Finalmente, las Comunidades Autónomas también pueden verse involucradas en los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, debido a que el artículo 71.2 del TRLA les faculta para instar a los Organismos de cuenca a realizar ofertas públicas de adquisición de derechos de aprovechamiento, con la finalidad de atender fines concretos de interés autonómico en el ámbito de sus competencias⁴⁷⁴.

La ausencia de normativa relativa a la segunda etapa del procedimiento se ha visto reflejada en la implementación práctica de los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas que han sido constituidos a la fecha. Hemos podido observar de estudios pertinentes que

⁴⁷¹ Véase el artículo 355.4 del RDPH.

⁴⁷² Véase el artículo 355.5 del RDPH.

⁴⁷³ Esta segunda etapa no se encuentra regulada en el RDPH y el TRLA solamente hace una mención respecto a las enajenaciones de los derechos de aprovechamiento en los cuales debe regir el principio de publicidad y libre concurrencia, lo que sin duda ha logrado inquietar a la doctrina. Sin embargo, han logrado salvar el vacío conforme a métodos de interpretación de la norma, en especial al elemento sistemático, aplicando las mismas normas referentes al procedimiento de oferta pública de adquisición, para el procedimiento de oferta pública de cesión.

⁴⁷⁴ A este respecto, NAVARRO CABALLERO, echa en falta una precisión normativa análoga que hubiera sido aplicable a las Corporaciones Locales, en tanto que titulares de las concesiones de abastecimiento. Para la jurista hubiera sido recomendable permitir también a los Ayuntamientos instar la constitución de los centros de intercambio. En: NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, op. cit., p. 389.

todos hacen referencia a la implementación de la primera etapa del procedimiento finalizando todos con la resolución por las cuales el Organismo de cuenca adquiere los derechos de aprovechamiento. Esta situación nos presenta la interrogante acerca del uso posterior que se le ha dado al recurso hídrico a que el derecho de aprovechamiento va asociado ¿Los Organismos de cuenca se han desprendido de estos derechos adquiridos mediante oferta pública a través de la celebración de contratos de cesión con otros usuarios que cumplen los requisitos para comparecer como cesionarios?

La impresión que nos genera los mencionados estudios, en especial el relacionado con la Confederación Hidrográfica del Guadiana, es que el Organismo de cuenca ha adquirido los derechos al uso privativo de las aguas destinando el recurso al cumplimiento de fines ambientales, con el objeto de recuperar los niveles cuantitativos de la masa subterránea y de las masas de aguas superficiales a ella asociadas⁴⁷⁵. Ello significa que no se ha abierto un procedimiento de oferta de cesiones de los derechos de aprovechamiento previamente adquiridos en la primera etapa, finalmente ¿qué usuario particular realizaría una inversión destinada al uso ambiental?

Es indudable que la Administración, en tal caso, estaría dando cumplimiento al objetivo esencial de su funcionamiento, propendiendo a la recuperación del dominio público hidráulico en aras del interés público y social. Sin embargo, esta actuación se encuentra al límite de lo legal debido, en primer lugar, a que no se estaría cumpliendo con la disposición del artículo 71.3 del TRLA al no respetar los principios de publicidad y libre competencia. Incluso, si el Organismo de cuenca decidiera participar en la licitación de la oferta de cesión, se podría entender que estaría en una posición privilegiada en tanto también es la cedente, configurándose, en consecuencia, una especie de autocontratación.

⁴⁷⁵ Cfr.: NAVARRO CABALLERO, T. M., "Experiencias actuales de los bancos del agua...", *op. cit.*, p. 368.

No obstante lo anterior, y aún en ausencia de referencia normativa en el TRLA y en el RDPH que permita a la Administración pública participar en las operaciones de los centros de intercambio⁴⁷⁶, la situación logra salvarse en virtud de la aplicación de la Disposición Adicional Tercera del Real Decreto-ley 9/2006, de 15 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en las poblaciones y en las explotaciones agrarias de regadío en determinadas cuencas hidrográficas, en la cual autoriza a los centros de intercambio a destinar los derechos de aprovechamiento de aguas adquiridos mediante oferta pública a las Comunidades Autónomas mediante su cesión, previo convenio que regule la finalidad de la cesión y posterior utilización de las aguas, la que además deberá ser inscrita en el Registro de Aguas de la cuenca⁴⁷⁷.

Con relación a esta especie de “adquisición preferente” por parte de las Comunidades Autónomas se plantea el segundo cuestionamiento, en atención a que, al asumir la Administración la calidad de cesionario, tendría que cumplir con su obligación correlativa, que es el pago de una cantidad determinada de dinero, sea que esta se denomine como una compensación económica o un precio, por unos derechos que originariamente son de su titularidad y que por efecto de la *publicatio* han sido transferidos a un particular a título gratuito.

Es entonces cuando surge el cuestionamiento ético sobre la aplicación de esta figura, tal como lo plantea EMBID IRUJO: “¿es posible admitir el negocio o lucro privado basado en el uso de un recurso natural cuya adquisición por parte de los particulares que luego van a transar sobre el mismo ha sido, primero, gratuita y, segundo, basada en el interés público que iba a ser cumplido con la utilización de esos caudales?”⁴⁷⁸.

⁴⁷⁶ Véase el artículo 354.2 del RDPH.

⁴⁷⁷ Véase la Resolución de 8 de julio de 2008, de la Secretaría de Estado de Medio Rural y Agua, por la que se publica el Convenio de colaboración entre la Administración General del Estado y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el desarrollo de distintas actuaciones contenidas en el Plan Especial del Alto Guadiana.

⁴⁷⁸ EMBID IRUJO, A., “La crisis del sistema concesional...”, *op. cit.*, p. 76.

Por nuestra parte, adoptamos la misma postura que, tiempo atrás, ya había advertido MENÉNDEZ REXACH, cuando señalaba que “la finalidad de estos Centros no es que la Administración hidráulica recupere, pagando un precio, caudales previamente concedidos o cuyo aprovechamiento está atribuido *ex lege*. La finalidad es redistribuir los caudales entre distintos usuarios (...). Si aquélla quiere recuperar caudales que considera no estar realmente utilizados, tendrá que acudir al expediente de revisión de las respectivas concesiones (...)”⁴⁷⁹.

En consecuencia, no le correspondería a la Administración pagar para recuperar unos caudales respecto de los cuales ejerce su potestad, en tanto dominio público hidráulico. La herramienta adecuada a utilizar sería la revisión de la concesión.

5.2. Los participantes

En atención a la forma como se establece el funcionamiento del centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, se ha considerado que este consta de dos etapas, cada una destinada a participantes distintos. Una primera etapa, dirigida a adquirir derechos de aprovechamiento, estará dirigida a aquellas personas que deseen ceder los propios, y una segunda etapa, destinada a ceder tales derechos previamente adquiridos, estará dirigida a aquellas otras personas que esperan adquirirlos.

El TRLA no ha establecido a los sujetos participantes de la primera etapa, y solamente considera de forma expresa a los participantes de la segunda etapa, disponiendo en su artículo 71.1 que las aguas que se adquieran mediante las ofertas públicas realizadas, deberán ser posteriormente cedidas a otros usuarios a cambio del pago de un precio que determinará el Organismo de cuenca respectivo. En tal caso, la norma hace referencia al “usuario”, sin determinar un contenido para tal concepto.

⁴⁷⁹ MENÉNDEZ REXACH, A., “Consideraciones sobre los mercados de aguas...”, *op. cit.*, p. 78.

Por otro lado, el RDPH no hace referencia alguna a los sujetos participantes de la segunda parte del procedimiento, y por tanto tampoco entrega luces acerca del concepto de “usuario”. Únicamente se encarga, este cuerpo normativo, de determinar los sujetos participantes de la primera etapa indicando en su artículo 354.2 que *“Podrán participar en las operaciones de los centros de intercambio, para ceder sus derechos, los concesionarios y los titulares de aprovechamiento al uso privativo de las aguas que tengan inscritos sus derechos en el Registro de Aguas o en el catálogo de aprovechamientos de la cuenca, respectivamente”*.

Teniendo a la vista ambas disposiciones, y en utilización del elemento sistemático de interpretación de las normas, cabría concluir que la denominación de “usuario” establecido en el artículo 71.1 del TRLA corresponde a aquellos sujetos individualizados en el artículo 354.2 del RDPH, quienes podrán participar en ambas etapas del funcionamiento del centro de intercambio.

No obstante tal interpretación parezca dar una respuesta diáfana, la doctrina no está del todo conforme con ella. Si bien es cierto que ha aceptado, de forma unánime, que los participantes de los centros de intercambio sean los concesionarios y titulares de derechos de aprovechamiento que tengan inscritos sus derechos en el Registro de Aguas, tal unanimidad se diluye respecto a aquellos titulares que tengan inscrito sus derechos en el catálogo de aprovechamientos de la cuenca, porque pone de manifiesto que los centros de intercambio están abiertos a las aguas privadas. En tal caso, existen autores que han considerado su inclusión como un avance⁴⁸⁰,

⁴⁸⁰ A NAVARRO CABALLERO, le resulta curioso que los titulares de aguas privadas no puedan celebrar el contrato de cesión, a menos que previamente transformen su derecho en una concesión de aguas e insten su inscripción en el Registro de Aguas, y que por el contrario, puedan ceder sus respectivos derechos de aprovechamiento en el centro de intercambio. No le parece razonable esa diferencia porque ambas figuras atienden al mismo espíritu de redistribución de caudales, lo que debería implicar que sean los mismos sujetos los que pudieran utilizarlas. En: NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, op. cit., p. 391. A MOLINA GIMÉNEZ, esta inclusión no le parece razonable ni ajustado a una interpretación teleológica e incluso analógica del precepto en relación con lo previsto para el contrato de cesión. En: MOLINA GIMÉNEZ, A., “Centros de intercambio...”, op. cit., p. 325.

entendiéndola que dota de mayor participación y flexibilización al mercado de aguas⁴⁸¹, y otros que lo han considerado un sinsentido, considerando el régimen general de la utilización de los derechos al uso privativo de las aguas que es, netamente, demanial⁴⁸².

Lo más apropiado, en nuestra opinión, hubiera sido seguir la lógica propuesta por la Ley acerca de los contratos de cesión de derechos al uso privativo de las aguas⁴⁸³, estableciéndose como sujetos participantes a los concesionarios de aguas superficiales y subterráneas, y a los titulares de aprovechamientos temporales de aguas privadas inscritos en el Registro de Aguas conforme a las disposiciones transitorias segunda y tercera del Texto Refundido de la Ley de Aguas⁴⁸⁴.

Finalmente, hemos observado la ausencia de ciertos aspectos que están tratados en las disposiciones relativas al contrato de cesión, y que guardan relación con el tema de las limitaciones de los sujetos intervinientes. Ni el TRLA ni el RDPH se refieren a limitaciones en cuanto al territorio⁴⁸⁵, tampoco en cuanto al rango del título de aprovechamiento⁴⁸⁶, ni en cuanto a la consuntividad de los usos⁴⁸⁷. Consideramos apropiado interpretar la norma tal como se ha hecho hasta el momento, en aplicación del elemento

⁴⁸¹ PÉREZ MARÍN, A. (dir.), *Derecho de las Aguas Continentales. (A propósito de la ley de Aguas para Andalucía con comentario a su articulado)*, Madrid, Iustel, 2011. EMBID IRUJO, plantea la situación eventual (referente al elemento subjetivo del contrato de cesión, pero extensivo a esta materia) “de que proyectos perfectamente viables y social, ambiental y económicamente defendibles, puedan correr el riesgo de no realizarse porque quien encabeza tales proyectos no tiene la condición jurídica de usuario de aguas y, por tanto no pueda adquirirlas en el mercado (...)”. Ante tal eventualidad propone introducir un principio de no limitación subjetiva en el adquirente de forma completa o parcial y poner la limitación en el volumen de aguas determinado en los respectivos derechos de aprovechamiento. Cfr.: EMBID IRUJO, A., “La crisis del sistema concesional...”, *op. cit.*, p. 54.

⁴⁸² Cfr: PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico”, *op. cit.*, p. 607.

⁴⁸³ Con todas las disquisiciones indicadas en el apartado 5 del Capítulo Tercero *supra*. Cfr: MOLINA GIMÉNEZ, A., “Centros de intercambio de derechos de agua”, *op. cit.*, p. 326.

⁴⁸⁴ Véase el artículo 343.2 del RDPH.

⁴⁸⁵ Véase el apartado 5.1.2 del Capítulo Tercero *supra*.

⁴⁸⁶ Véase el apartado 5.1.3 del Capítulo Tercero *supra*.

⁴⁸⁷ Véase el apartado 5.1.4 del Capítulo Tercero *supra*.

sistemático y, en consecuencia, acorde con las disposiciones referentes al contrato de cesión.

No obstante, cierto sector de la doctrina, que se encuentra más proclive a la liberalización del mercado de aguas, habrá de estimar que no necesariamente deba ser así, porque si la Ley nada dice acerca de limitaciones territoriales, entonces ha de entenderse que los derechos de aprovechamiento que se ceden en el ámbito del centro de intercambio pueden pertenecer a usuarios intracuenca o intercuenca⁴⁸⁸. Del mismo modo, si nada dice respecto al rango del derecho de aprovechamiento, habrá de entenderse que para las cesiones que se celebren en el centro de intercambio no regirá el rango del título, según el orden de prelación de usos establecido en el Plan Hidrológico de cuenca o, en su defecto, en el artículo 60.3 del TRLA⁴⁸⁹.

Un tratamiento distinto merecería la limitación en cuanto a la consuntividad, ya que por una cuestión lógica, incluso la doctrina más favorable a la apertura del mercado de aguas, debería coincidir en que los derechos no consuntivos no pueden ser transferidos a otros sujetos que pretendan darle un uso consuntivo. Ello se debe a que el derecho concedido no consuntivamente aguas arriba, puede ya haber sido concedido consuntivamente aguas abajo, y presuponer que el titular de un derecho no consuntivo pueda transferir su derecho hacia un uso consuntivo implicaría perjudicar al tercero que previamente haya constituido derechos también consuntivos respecto al mismo caudal.

⁴⁸⁸ Recordemos que las transferencias de derechos de aprovechamiento intercuenca fueron autorizadas por el Real Decreto-Ley 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamientos de agua, prorrogado sucesivas veces hasta el Real Decreto-ley 14/2009, de 4 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas, que estuvo vigente hasta el 30 de noviembre de 2010.

⁴⁸⁹ Recordemos que las Confederaciones Hidrográficas estuvieron autorizadas para modificar los criterios de prioridad de usos, siempre que se respetara el abastecimiento de la población, conforme el Real Decreto-Ley 15/2005, de 16 de diciembre, de medidas urgentes para la regulación de las transacciones de derechos al aprovechamientos de agua, prorrogado sucesivas veces hasta el Real Decreto-ley 14/2009, de 4 de diciembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en determinadas cuencas hidrográficas, que estuvo vigente hasta el 30 de noviembre de 2010.

6. OBJETO DE LAS TRANSACCIONES QUE SE REALIZAN EN EL CENTRO DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS

El objeto de los actos jurídicos que se celebren mediante la utilización de un centro de intercambio, se distinguirá en atención a la calidad a través de la cual han de concurrir las respectivas partes, en cada una de las etapas en que está contemplado el funcionamiento de esta herramienta.

En la primera etapa, donde la Administración realiza la oferta pública de adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas, una vez determinado el adjudicatario, se celebrará entre este y aquélla una cesión cuyo objeto será, por una parte, el derecho al uso privativo de las aguas que ha cumplido con los requisitos establecidos en la oferta, y por otra, una “compensación económica” o el pago de “un precio”. En la segunda etapa, deberán concurrir en la celebración de la cesión, el particular al que la Administración le cederá los derechos de aprovechamiento de aguas, previamente adquiridos en la primera etapa, a cambio de una “compensación económica” o pago de un “precio”⁴⁹⁰.

Tenemos entonces que, por una parte, será objeto de las transacciones que se realicen en el centro de intercambio, los derechos al uso privativo de las aguas que reúnen los requisitos determinados en las ofertas de adquisición y cesión⁴⁹¹ y que estén siendo efectivamente utilizados⁴⁹².

Nuevamente, y tal como lo habíamos advertido respecto del contrato de cesión, no ha de confundirse el objeto del intercambio. No se trata de la transferencia de las aguas, debido a que estas pertenecen al dominio

⁴⁹⁰ Véase el artículo 71.1 del TRLA y los artículos 354.2 y 355.2 y 355.3 letras c) y e) del RDPH.

⁴⁹¹ Cfr.: NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, p. 392.

⁴⁹² Aunque las disposiciones normativas relativas al centro de intercambio no incluya esta limitación, la doctrina ha hecho extensiva la regulación referente al contrato de cesión contemplada en el artículo 69 del TRLA. Cfr.: PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico”, *op. cit.*, p. 608.

público hidráulico y tampoco de la transferencia del título concesional del cual emana el derecho al uso privativo de las aguas, se trata de pura y simplemente de los derechos de aprovechamiento que recaen sobre el recurso hídrico⁴⁹³.

Asimismo, en comparación con la normativa referente a los contratos de cesión, llama la atención que, para el caso de los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, el legislador no haya fijado más limitación al volumen máximo susceptible de cesión que la necesidad de que la autoridad hidráulica tome en consideración las prioridades de usos y la compatibilidad con los planes hidrológicos de cuenca y los sistemas de explotación del recurso⁴⁹⁴.

Esta laxitud de la norma, permitió por ejemplo, que la Confederación Hidrográfica del Segura exigiera en la oferta pública de adquisición del derechos de aprovechamiento de aguas, que estos hubieran sido utilizados al menos en una de las campañas 2003/2004, 2004/2005, 2005/2006, 2006/2007⁴⁹⁵, en vez de tomar en consideración el volumen realmente utilizado durante los cinco último años, conforme lo establece el artículo 345.1 del RDPH, para el contrato de cesión del derechos al uso privativo de las aguas.

Consideramos que, aunque las relaciones entre oferente y adquirente se produzcan en un plano distinto a la celebración del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas, las normas que regulan esta última figura, y que tengan por finalidad la protección de la calidad y cantidad de los recurso hídricos deberían ser, en todo caso, aplicables a los actos jurídicos celebrados en la esfera del centro de intercambio.

⁴⁹³ Véase el apartado 6 del Capítulo Tercero *supra*.

⁴⁹⁴ Véase el artículo 355.3 letra e) del RDPH.

⁴⁹⁵ Cfr. NAVARRO CABALLERO, T. M., "Experiencias actuales de los bancos del agua...", *op. cit.*, p. 357.

Frente a la entrega de su derecho al uso privativo de las aguas, el oferente (que es lo mismo que decir “cedente”), tanto en el procedimiento de oferta pública de adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas, como en el de cesión de estos derechos previamente adquiridos, perseguirá como objeto de la celebración de este contrato una prestación correlativa.

La denominación de esta contraprestación, que tiene el carácter pecuniario, sufre el mismo problema que se configura respecto al contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas, estableciéndose en el artículo 355.3 letra c) que, en la oferta pública de adquisición se concretarán los importes máximos y mínimos de la “compensación económica” que deben satisfacerse por la cesión de los derechos al uso privativo de las aguas⁴⁹⁶, siendo que hubiera sido más adecuado utilizar, en este caso, el término de “contraprestación económica”⁴⁹⁷.

Las disquisiciones que se han generado respecto al pago de un precio en el contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas, se han visto, de cierto modo, zanjadas con relación a las transacciones realizadas en el centro de intercambio, en tanto que el legislador ha explicitado la utilización del término “precio” como la contraprestación económica del cedente⁴⁹⁸.

Para ciertos autores, esta denominación al menos merece cierta reflexión respecto a la viabilidad ética del lucro en el ámbito del dominio público hidráulico⁴⁹⁹, frente a otros autores que consideran que se trata de uno de los presupuestos que caracteriza al mercado de derechos de aprovechamiento. Así, para MOLINA GIMÉNEZ, en las transacciones que se realizan en el seno del centro de intercambio va envuelto un verdadero

⁴⁹⁶ Hemos considerado, que el término “compensación” constituye un modo de extinguir las obligaciones cuando dos personas son acreedoras y deudoras la una de la otra y que ambas deudas consista en una cantidad de dinero, conforme lo dispone el artículo 1195 del CCEsp.

⁴⁹⁷ Véase el apartado 6 del Capítulo Tercero *supra*.

⁴⁹⁸ Véase el artículo 71.1 del TRLA y el artículo 355.3 letra e) del RDPH.

⁴⁹⁹ Cfr: EMBID IRUJO, A., “La crisis del sistema concesional...”, *op. cit.* p. 60.

elemento lucrativo debido a que “el adquirente no abona un simple coste, sino un precio, por mucho que éste pueda estar regulado o incluso predeterminado”⁵⁰⁰.

Aún cuando consideramos que hubiera sido más apropiado establecer la denominación “contraprestación económica”, debido a que permitiría a la Administración hidráulica determinar con mayor amplitud el objeto del contrato para el cedente⁵⁰¹, nos parece que la norma, al dotar a la Administración de la facultad de determinar el precio de la cesión, sea para adquirir derechos de aprovechamiento de aguas, o para cederlos, estaría salvaguardando adecuadamente el sistema, en orden a evitar pagos abusivos o indebidos.

7. FUNCIONAMIENTO DEL CENTRO DE INTERCAMBIO

Tal como hemos adelantado en epígrafes anteriores, el funcionamiento del centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas se articula en dos etapas distintas, la primera guarda relación con la adquisición de derechos de aprovechamiento por parte de la Administración hidráulica y la segunda con la cesión de estos derechos previamente adquiridos en la primera etapa del proceso.

En los subapartados siguientes, dedicaremos el estudio a cada una de tales etapas, revisando la normativa respectiva que establece el procedimiento administrativo en uno y otro caso.

⁵⁰⁰ MOLINA GIMÉNEZ, A., “La cesión de derechos de aprovechamiento...”, *op. cit.*, p. 82.

⁵⁰¹ Pudiendo establecer no solo el pago de un precio en dinero, sino que cualquier otra forma de contraprestación determinadas por las formas de extinguir obligaciones: dación en pago, novación, compensación, etc.

7.1. La oferta de adquisición de derechos al uso privativo de las aguas

7.1.1. La oferta pública

Una vez el Consejo de Ministros haya acordado la constitución de un centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, previa propuesta del Ministerio de Medio Ambiente⁵⁰², el Organismo de cuenca respectivo estará autorizado para realizar ofertas públicas de adquisición de derechos al uso del agua⁵⁰³.

Conforme al principio de publicidad, establecido expresamente en el artículo 71.3 del TRLA y 355.3 letra e) del RDPH, el Organismo de cuenca deberá publicar la oferta pública de adquisición de derechos de aprovechamiento de aguas⁵⁰⁴ en el Boletín Oficial del Estado, en el diario oficial de las Comunidades Autónomas afectadas y, al menos, en dos diarios de amplia difusión. Este anuncio deberá contener además, la referencia a la existencia de un folleto explicativo de la oferta que estará a disposición de cualquier interesado en la sede del Organismo de cuenca⁵⁰⁵.

Conforme lo dispone el artículo 355.3 del RDPH, la oferta pública de adquisición de derechos al uso privativo de las aguas deberá contener necesariamente las siguientes previsiones.

⁵⁰² Actualmente, MAGRAMA.

⁵⁰³ Véase el artículo 71.1 del TRLA y 355.1 del RDPH.

⁵⁰⁴ Para el sector de la doctrina que considera que este acto jurídico se encuadra en el marco de la LCSP, será necesaria la publicación de pliegos de condiciones administrativas y prescripciones técnicas particulares. Entienden, además, que resulta conveniente que el Organismo de cuenca apruebe también unos pliegos de condiciones generales para regular en lo sucesivo todos los procesos de transferencia que impulse. En ese sentido: MOLINA GIMÉNEZ, A., "Centros de intercambio...", *op. cit.*, p. 327.

⁵⁰⁵ Véase el artículo 355.2 del RDPH.

- a) La individualización de los derechos de aprovechamiento susceptibles de cederse según su tipología y localización y las características que debe revestir⁵⁰⁶;
- b) El volumen máximo susceptible de cesión, teniendo en cuenta las prioridades de usos y la compatibilidad con los planes hidrológicos de cuenca y los sistemas de explotación del recurso⁵⁰⁷;
- c) Los requisitos técnicos para poder acudir a la oferta pública de adquisición, en especial, los referentes a la calidad del recurso y a los criterios relativos al retorno de las aguas susceptibles de cesión⁵⁰⁸;
- d) El valor de la compensación económica, el que se establecerá en un rango de importes máximos y mínimos, como también las condiciones y formas de pago. La determinación del precio de la cesión podrá incluir un porcentaje para gastos de gestión, no superior al cinco por ciento del citado precio;
- e) El carácter temporal o definitivo de la cesión y, en su caso, el establecimiento de un plazo⁵⁰⁹;

⁵⁰⁶ Por ejemplo, en el caso de que el centro se constituya para reordenar los usos en acuíferos sobreexplotados, deberá determinarse en la oferta, los perímetros donde se prioriza la adquisición para constituir reservas o reorganizar usos. Asimismo, debiera indicar el tipo de uso (consuntivo o no consuntivo), que se trate de aprovechamientos realmente utilizados, etc. Cfr.: MOLINA GIMÉNEZ, A., "Centros de intercambio...", *op. cit.*, p. 327.

⁵⁰⁷ Enlazando con la nota al pie anterior, la norma no establece límite alguno respecto al volumen realmente utilizado, pero incluso en el caso que no se aceptara la tesis a la cual adscribimos haciendo extensiva la aplicación del artículo 69.1 del TRLA, convendría incluir la previsión de que los caudales que no hayan sido utilizados, al menos se encuentren disponibles. Cfr.: MOLINA GIMÉNEZ, A., "Centros de intercambio...", *op. cit.*, p. 327.

⁵⁰⁸ Así, por ejemplo, el Organismo de cuenca podrá exigir que el cedente disponga de una calidad de agua apta para riego, para uso de boca, o para otro tipo de utilizaciones. Cfr. MOLINA GIMÉNEZ, A., "Centros de intercambio...", *op. cit.*, p. 327.

⁵⁰⁹ Aún cuando sostenemos que toda cesión que se haga bajo el amparo del centro de intercambio tenga, en definitiva, el carácter temporal, conforme el planteamiento realizado en el apartado 3.4 de este Capítulo *supra*, cierta doctrina defiende la importancia de que en este caso puedan plantearse cesiones de carácter permanente, debido a que se trata de una institución que surgió para dar respuesta a situaciones de tipo estructural,

- f) Los criterios en virtud de los cuales el Organismo de cuenca, respetando los principios de publicidad y concurrencia, deberá proceder a seleccionar los derechos que sean objeto de adquisición. La norma dispone que son criterios que deberán tomarse en consideración respecto de los derechos de aprovechamiento propiamente tal: las prioridades de uso y la compatibilidad con los planes hidrológicos de cuenca y los sistemas de explotación de recurso y, respecto de la compensación económica, el menor coste de adquisición de los derechos susceptibles de cesión⁵¹⁰;
- g) El plazo para la presentación de solicitudes por parte de los concesionarios o de titulares de derechos de aprovechamiento.

7.1.2. La presentación de solicitudes para ceder derechos de aprovechamiento de aguas

Aquellos concesionarios o usuarios cuyos derechos de aprovechamiento de aguas cumplan con las previsiones establecidas en la oferta pública de adquisición realizada por el Organismo de cuenca, podrán presentar solicitudes con el fin de cederlos en el centro de intercambio.

Conforme lo establece el artículo 355.4 del RDPH, la solicitud deberá ser presentada ante el Organismo de cuenca que ha realizado la oferta de adquisición y deberá contener los siguientes datos:

- a) La identificación del concesionario o titular del derecho de aprovechamiento que pretende cederlo;

asemejándose al objeto y finalidad de las revisiones concesionales. Cfr.: MOLINA GIMÉNEZ, A., "Centros de intercambio...", *op. cit.*, p. 328.

⁵¹⁰ También podrán incluirse otros criterios, como por ejemplo, aquellos que se establecen en función de la localización de la toma. Cfr.: MOLINA GIMÉNEZ, A., "Centros de intercambio...", *op. cit.*, p. 328.

- b) El título jurídico que ampara el derecho al uso privativo de las aguas que ostenta el solicitante;
- c) El volumen de agua que el solicitante está dispuesto a ceder;
- d) La justificación del cumplimiento del resto de los requisitos fijados por el Organismo de cuenca para poder acudir a la oferta pública de adquisición, en especial los referentes a la calidad del recurso y a los criterios relativos al retorno de las aguas susceptibles de cesión⁵¹¹.

Finalmente, y aunque la norma reglamentaria no lo especifique, ha de entenderse que también deberá estar contenido en esta misma solicitud, el planteamiento de la oferta que se pretende, en tanto se trata de uno de los criterios que la Administración deberá tener en cuenta al momento de la selección⁵¹².

7.1.3. La resolución del procedimiento: La adquisición del derecho al uso privativo de las aguas

Una vez hayan sido recibidas la solicitudes en los plazos previstos por el Organismo de cuenca, este deberá revisarlas y proceder, conforme a los criterios establecidos en la oferta y a los principios de publicidad y libre concurrencia, a determinar los derechos que han resultado adjudicatarios⁵¹³ de la oferta realizada⁵¹⁴.

⁵¹¹ La doctrina entiende que la solicitud debe ser también justificada mediante el acompañamiento de toda aquella documentación jurídica y técnica que sea pertinente. Cfr.: MOLINA GIMÉNEZ, A., "Centros de intercambio...", *op. cit.*, p. 328.

⁵¹² Cfr.: *Ibid.*, p. 328.

⁵¹³ A este respecto quisiéramos realizar solamente una observación de índole conceptual. Consideramos que la norma se equivoca al señalar que los adjudicatarios sean los derechos. En realidad, solamente las personas son capaces de adjudicar y los derechos podrán ser el objeto de la adjudicación, pero nunca el sujeto. Por eso lo lógico sería que la norma prescribiera que el Organismo de cuenca determinará a los titulares que han resultado adjudicatarios de la oferta de adquisición de derechos al uso privativo de las

Asimismo, deberá expresar las condiciones en que se celebrará la cesión, la forma de pago y la indicación de la forma en que se suspenderá la explotación cedida. La autoridad hidráulica podrá, en tal caso, incluir el compromiso de clausura y precinto de las instalaciones⁵¹⁵, en caso de adquisiciones de la totalidad del aprovechamiento con fines ambientales. En el caso que la adquisición sea parcial, podrá ordenar la instalación de dispositivos de medida para el control de los caudales que se seguirán utilizando en la explotación y de aquellos que se cederán⁵¹⁶.

Cualquiera sea el contenido de la resolución, esta siempre deberá ser notificada a los afectados, es decir, a todos los participantes que hayan presentado solicitudes, debiendo también ser publicada en el Boletín Oficial del Estado e inscrita en el Registro de Aguas⁵¹⁷.

7.2. La oferta de cesión de derechos al uso privativo de las aguas

La segunda etapa del funcionamiento del centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas corresponde a la cesión de los derechos de aprovechamiento previamente adquiridos conforme al procedimiento establecido para la primera etapa, previamente analizado.

Si bien es clara la existencia de esta segunda etapa⁵¹⁸, la norma solamente hace alusión a ella, sin establecer disposición alguna acerca del procedimiento que debiera seguirse para el cumplimiento de su objetivo. Tal

aguas. Véase el Diccionario de la Real Academia Española: "Adjudicatario: Persona a quien se adjudica algo".

⁵¹⁴ Véase el artículo 355.5 del RDPH.

⁵¹⁵ En el centro de intercambio de la Confederación Hidrográfica del Guadiana, se ha ordenado, incluso, a que se retiren los dispositivos destinados a la extracción del agua o, a realizar el rellenado del interior del pozo. Cfr.: NAVARRO CABALLERO, T. M., "Experiencias actuales de los bancos del agua...", *op. cit.*, p. 373.

⁵¹⁶ MOLINA GIMÉNEZ, A., "Centros de intercambio...", *op. cit.*, p. 329.

⁵¹⁷ Véase el artículo 355.6 del RDPH.

⁵¹⁸ La que se supone de las expresiones "*para posteriormente cederlos a otros usuarios*" del artículo 71.1 del TRLA, o de aquella referente a la contabilización de los pagos e ingresos que deba realizar el Organismo de cuenca para adquirir "*o ceder*" derechos de uso del agua, del artículo 355.7 del RDPH.

como hemos apreciado, únicamente señala que en tal fase deberán respetarse los principios de publicidad y libre concurrencia.

Ante tal panorama, cobra suma importancia la labor que ha realizado la doctrina en este aspecto, la cual, tomando en consideración la normativa existente respecto a la etapa previa y a la finalidad misma que se persigue mediante la implementación del centro de intercambio, ha entendido que en esta segunda etapa habrá de seguirse el siguiente procedimiento:

- a) El Organismo de cuenca deberá realizar una oferta de cesión de los derechos de aprovechamiento de aguas que ha adquirido mediante el procedimiento establecido en la primera etapa de funcionamiento del centro de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas. Esta oferta de cesión deberá ser publicada de la misma manera establecida para la oferta de adquisición;
- b) Esta oferta pública de cesión de derechos de aprovechamiento de aguas, deberá contener unas previsiones similares a las establecidas para la oferta pública de adquisición, indicadas en el artículo 355.3 del RDPH. Para NAVARRO CABALLERO, la oferta de cesión debiera concretar, al menos, los siguientes extremos: a) el volumen susceptible de cesión; b) las características de los aprovechamiento que pueden adquirir los caudales ofertados; c) los criterios relativos al retorno de las aguas cesible; d) el importe de la cesión; e) las condiciones y formas de pago; f) el plazo por el que se efectúa la misma; g) los criterios en virtud de los cuales el Organismo de cuenca seleccionará a los adjudicatarios de la cesión; h) el plazo para la presentación de solicitudes por parte de los interesados en la oferta pública, quienes habrán de tener inscrito sus derechos⁵¹⁹;

⁵¹⁹ NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, op. cit., p. 397.

- c) Se deberán presentar las solicitudes por parte de los interesados, dentro del plazo señalado en la convocatoria de oferta, las que, según Navarro Caballero, deberán contener, al menos, a) las características del aprovechamiento en que ampara su solicitud; b) el volumen de recurso que pretende adquirir; c) el destino que dará a los caudales que se solicitan; d) el tiempo por el que precisa los recursos requeridos⁵²⁰;
- d) Finalmente, el Organismo de cuenca deberá dictar la correspondiente resolución, en la cual establezca a la persona del adjudicatario, las condiciones a la que se sujetará el derecho de aprovechamiento objeto de la cesión, y la forma de pago del precio. Esta resolución deberá ser notificada a todos los participantes de la convocatoria y deberá también ser publicada en el Boletín Oficial del Estado.

Si bien es cierto, que existe una completa ausencia de regulación normativa estatal respecto a esta segunda etapa de funcionamiento de los centro de intercambio, hemos considerado conveniente advertir que, en el marco del artículo 46 la Ley 9/2010, de 30 de julio de Aguas de Andalucía, sobre los Bancos Públicos del Agua, se ha elaborado un borrador de Proyecto de decreto por el que se autoriza la constitución de bancos públicos del agua y se establece su régimen de funcionamiento⁵²¹.

El borrador del referido Proyecto de Decreto distingue dos procedimientos distintos que configuran la segunda etapa en un centro de intercambio. En su artículo 5, establece el procedimiento destinado a la asignación

⁵²⁰ *Ibid.*

⁵²¹ CONSEJERÍA DE AGRICULTURA, PESCA Y MEDIO AMBIENTE, *Proyecto de decreto por el que se autoriza la constitución de bancos públicos del agua en las demarcaciones hidrográficas de las cuencas mediterráneas andaluzas, del Guadalete y Barbate, y del Tinto, Odiel y Piedras, y se establece su régimen de funcionamiento*, Junta de Andalucía [en línea]. Recuperado el 05 de mayo 2013, de http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/agencia_andaluza_del_agua/nueva_organizacion_gestion_integral_agua/participacion/docs_informacion_publica/abiertos/borrador_decreto_banco_publico_agua.pdf.

específica del agua⁵²²; y en su artículo 6 el procedimiento referente a la oferta pública de enajenación⁵²³.

Si bien este aún no haya sido promulgado, y a ciertos autores le provoque al menos una duda acerca de su constitucionalidad⁵²⁴, no deja de ser interesante vislumbrar el esfuerzo realizado por esta Comunidad Autónoma en orden establecer las reglas de procedimiento para la segunda fase del funcionamiento de los centros de intercambio, supliendo así, el vacío que encontramos en la normativa estatal.

8. EFECTOS DEL CENTRO DE INTERCAMBIO DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS

Los derechos y obligaciones que surgen en los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, no derivan propiamente de este instituto, sino que de los actos jurídicos que se celebran dentro de su ámbito.

Al finalizar la primera fase del procedimiento, mediante la resolución que determina al adjudicatario de la oferta pública de adquisición, tanto la Administración, como el titular de los derechos de aprovechamiento deberán proceder a celebrar el respectivo contrato de cesión.

Lo propio debería suceder al finalizar la segunda fase del procedimiento, una vez notificada la resolución que concluye el procedimiento de la oferta pública de cesión, deberá procederse a celebrar un segundo contrato de

⁵²² Conforme dispone el artículo 4.1 del mentado Proyecto “*El acceso a las dotaciones de los Bancos Públicos del Agua, podrá producirse por asignación específica fundada en el interés público autonómico, cuando las dotaciones procedan de la revisión o la extinción, por cualquier causa de derechos concesionales (...)*”.

⁵²³ Dispone el artículo 4.1 del mismo Proyecto que “*El acceso a las dotaciones de los Bancos Públicos del Agua podrá producirse (...) como consecuencia de una oferta pública de enajenación, cuando procedan de derechos obtenidos de expropiaciones o a través de una oferta pública de adquisición*”.

⁵²⁴ Véase nota al pie 433 *supra*.

cesión, esta vez, cediendo la Administración los derechos adquiridos previamente al titular que haya resultado adjudicatario de la oferta.

En consecuencia, los efectos que resultan del centro de intercambio serán aquellos que deriven de la celebración de los respectivos contratos de cesión de derechos al uso privativo de las aguas, es decir, aquellos mismos derechos y obligaciones que nacen para las partes, cedente y cesionario, y que han sido objeto de análisis en este mismo trabajo⁵²⁵, el cual hacemos extensivo a este apartado. Destacando que los resultados de su aplicación han sido objeto de importantes análisis por la doctrina, y que ha vislumbrado ventajas e inconvenientes. Por una parte ha ayudado a recuperar masas acuíferas en cuencas donde el recurso estaba categorizado como sobreexplotado⁵²⁶, pero por otra, ha confirmado que en muchos casos se ha cobrado un valor excesivo por el recurso, lo que contraviene el principio de la ética pública del agua⁵²⁷.

Finalmente, y con mero afán informativo, tal como sucede con la regulación de la segunda fase del procedimiento del centro de intercambio, el Proyecto de decreto por el que se autoriza la constitución de bancos públicos del agua y se establece su régimen de funcionamiento, de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía⁵²⁸, establece expresamente en su artículo 7.1 las obligaciones de los beneficiarios de los Bancos Públicos del Agua, disponiendo que, son tales: a) Utilizar los derechos de aguas exclusivamente para el destino y uso para los que fueron otorgado; b) Pagar el precio del agua, si procede de un contrato de compraventa; c) Pagar el canon que corresponda como usuario del agua.

⁵²⁵ Véase el apartado 8 del Capítulo Tercero *supra*.

⁵²⁶ Especialmente respecto del centro de intercambio en la cuenca del Guadiana, en concordancia con el PEAG.

⁵²⁷ Navarro Caballero, T. M., "Experiencias actuales de los bancos del agua en España...", *op. cit.*; GARRIDO COLMENERO, A., CALATRAVA, J. Y REY, D., "La flexibilización del régimen de concesiones...", *op. cit.*

⁵²⁸ CONSEJERÍA DE AGRICULTURA, PESCA Y MEDIO AMBIENTE, *Proyecto de decreto por el que se autoriza la constitución de bancos públicos del agua...*, *op. cit.*

En caso de incumplimiento de las mencionadas obligaciones, dispone su artículo 7.2 que, *“se dará lugar a la revocación de la adjudicación o de la asignación efectuada, reincorporándose la dotación al Banco Público del Aguas, sin derecho a indemnización y sin perjuicio de que se incoe el oportuno procedimiento sancionador”*.

SEGUNDA PARTE

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN CHILE. SU CONFIGURACIÓN COMO DERECHO DE APROVECHAMIENTO

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA Y CHILE. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

Carolina de Lourdes Riquelme Salazar

Dipòsit Legal: T.59-2014

El derecho al uso privativo de las aguas en España y Chile. Un estudio de Derecho comparado

CAPÍTULO PRIMERO

UNA APROXIMACIÓN AL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO CHILENO Y SU RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN

El objetivo perseguido por este capítulo es proporcionar un panorama general acerca de la configuración del dominio público hidráulico en Chile. Para esto, se realizará un análisis acerca del concepto de “bienes nacionales de uso público” y su tratamiento por los legisladores de la Constitución de 1980. Una vez comprendido el concepto, se hará una aproximación general al mecanismo que permite la utilización privativa de tales bienes, que permitirá el tratamiento *in extenso* de la regulación de los derechos de aprovechamiento de las aguas en Chile, en el capítulo siguiente.

1. BREVE COMENTARIO ACERCA DE LA INCORPORACIÓN DE LAS AGUAS AL DOMINIO PÚBLICO EN CHILE

El dominio público hidráulico tiene su origen en el reconocimiento de la *summa divisio* de los bienes por parte del ordenamiento jurídico chileno, en aplicación de la técnica de la *publicatio*. Esta técnica consiste, en “el título de las potestades administrativas que la Administración se arroga sobre determinados sectores, entre ellos, la utilización de ciertos bienes que llamamos de uso común”⁵²⁹, excluyéndolos de la posibilidad de apropiación privada, en función del resguardo del interés social y del bien común.

La necesidad de contemplar a las aguas dentro del estatuto de las cosas públicas surge en Chile después de la Declaración de su Independencia del Reino de Castilla⁵³⁰. A este respecto, entre los años 1846 y 1847, un autor

⁵²⁹ VERGARA BLANCO, A., “Naturaleza jurídica de los “Bienes Nacionales de Uso Público”, *Ius Publicum*, N° 3, 1999, p. 80.

⁵³⁰ La Independencia de Chile fue declarada el día 12 de febrero de 1818, y solamente reconocida por España el 24 de abril de 1844.

anónimo presenta un trabajo en la Gaceta de los Tribunales instando por la publicación de las “aguas vivas”.

Posteriormente, en el año 1855, se publica el Código Civil chileno – en adelante, CCCh – , el cual sigue los parámetros del Derecho francés para regular el dominio de las aguas. El redactor de CCCh, don Andrés Bello, consideró que el dominio público estaría integrado por las siguientes aguas: los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, los grandes lagos navegables, y las aguas pluviales no canalizadas⁵³¹.

Pasarían más de cien años para que este panorama se modificara, el cual también fue recogido por el primer Código de Aguas chileno de 1951 – en adelante, CA – . Así, solamente en el año 1967, a través de la Ley 16.640/1967, sobre Reforma Agraria, de 28 de julio, se dispuso por vez primera que las aguas del territorio nacional pasarían a ser consideradas como “bienes nacionales de uso público”⁵³², modificación que también se incluyó en el segundo CA de 1969, en su artículo 9.

Esta denominación de los “bienes nacionales de uso público”, que determina la publicación de todas las aguas de Chile, se ha mantenido hasta la actualidad, habiendo sido reflejada así en las disposiciones vigentes del CCCh, en cuyo artículo 595 dispone que “*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”; y del actual CA de 1980, que en su artículo 5 dispone que “*Las aguas son bienes nacionales de uso público...*”.

Respecto a su regulación constitucional, la Carta Magna de 1925 tuvo que ser rectificada para incluir también la modificación propugnada por la señalada Ley 16.640/1967, sobre Reforma Agraria, de 28 de julio. En tal sentido, dispone en su artículo 10 inciso 6º que “*La ley podrá reservar al dominio nacional de uso público todas las aguas existentes en el territorio*

⁵³¹ Véase los artículos 595, 596, 837 y 838 del texto original del CCCh (disposiciones actualmente derogadas).

⁵³² Véase el artículo 94 inciso 1º de la Ley 16.640, sobre Reforma Agraria, de 28 de julio.

nacional y expropiar, para incorporarlas a dicho dominio, las que sean de propiedad particular ...". Finalmente, también entendió a todas las aguas como bienes nacionales de uso público.

Una vez instaurado el Gobierno Militar, en virtud del golpe de Estado sucedido el día 11 de septiembre de 1973, la Constitución de 1925 deja de regir y se procede a nombrar una comisión de estudio para la confección de una nueva Constitución. En sus anales, se puede verificar que esta comisión tuvo en consideración el informe que había solicitado a la subcomisión de Derecho de propiedad la cual había prestado su aprobación para el siguiente texto "*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público; pero, en conformidad a la ley, podrán constituirse derechos de aprovechamiento sobre ellas para fines específicos, y el titular tendrá la propiedad del respectivo derecho...*" ⁵³³.

En el transcurso de una serie de sesiones, la comisión terminó por considerar que la publicación de todas las aguas no debería estar contemplada en la nueva Constitución, atendiendo a que en Derecho comparado las respectivas Constituciones guardan silencio al respecto ⁵³⁴ y que, a juicio de EVANS DE LA CUADRA ⁵³⁵, existían aguas que no cabían dentro de tal concepto, tales como las provenientes de las lluvias, que se entienden como aguas privadas ⁵³⁶.

Finalmente, para evitar los conflictos de opiniones divergentes acerca de la determinación de los bienes que deberían conformar a los "bienes nacionales de uso público", la Comisión terminó por estimar dejar fuera del nuevo texto constitucional dicha mención, considerando que esta materia

⁵³³ Véase: REPÚBLICA DE CHILE, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Sesión N° 170, de 27 de noviembre de 1975.

⁵³⁴ Véase la opinión de Guzmán Errázuriz en las Actas Oficiales de la CENCPR, Sesión N° 182, de 14 de enero de 1976.

⁵³⁵ Cfr.: Actas Oficiales de la CENCPR, Sesión 183, de 2 de marzo de 1976.

⁵³⁶ Una opinión contraria sostenía EYZAGUIRRE GARCÍA DE LA HUERTA, quien consideraba que "las aguas pluviales que se almacenan en un predio otorga un derecho de uso al dueño de este último, pero no las priva del carácter de bienes nacionales de uso público". Véase: *ibid*.

continuaría siendo regida por las leyes comunes que ya la contemplaban, de manera indefinida, con la posibilidad de ser modificada cuando el legislador lo considerase necesario⁵³⁷. Advierte RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, que esta situación se explicaría de otro modo en la nueva Constitución, entendiendo que “los bienes nacionales de uso público son aquéllos cuyo uso corresponde a la nación toda; pero por su naturaleza jurídica no impide que, por un acto administrativo y con el debido respaldo legal, se otorgue el uso particular a alguna persona perfectamente determinada”⁵³⁸.

Así, la Constitución Política de la República de Chile actualmente vigente, si bien omite referirse a la publicación general de las aguas, dispone en la primera parte de su artículo 19 N° 23 que “*La Constitución asegura a todas las personas (...) La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así...*”, contemplando de este modo, la *summa divisio* de las cosas.

En esta disposición, es posible apreciar que son dos las excepciones que contempla la norma frente a la libertad para adquirir toda clase de bienes: aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres⁵³⁹ y aquellos que deban pertenecer a la Nación toda y que la ley lo declare así.

El dominio público hidráulico encaja dentro de esta segunda excepción, puesto que los bienes que lo conforman consisten en “las aguas” que, por

⁵³⁷ *Ibid.*

⁵³⁸ *Ibid.*

⁵³⁹ Los bienes que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, que, conforme al antiguo Derecho romano eran conocidos como *res communes*, y que actualmente los distintos ordenamientos jurídicos y el Derecho internacional reconocen como tales el altamar; el espacio aéreo y subterráneo correspondiente al altamar; el espacio ultraterrestre; y la luz solar, entre otros (Cfr.: MONTT OYARZÚN, S. *El Dominio Público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*, Santiago de Chile, 2ª ed., Legal Publishing Chile, 2009, p. 210), escapan a nuestro estudio, en atención a que no forman parte integrante del dominio público chileno.

una parte, deben pertenecer a la Nación toda, y por otra, así se han considerado por la Ley⁵⁴⁰.

Ha de advertirse que la Constitución, al disponer que estos bienes deban pertenecer a la Nación toda, no confiere derechos de propiedad de índole patrimonial sobre los mismos. Resulta indudable que estos bienes se excluyen del dominio de los particulares, pero consideramos, en virtud de la teoría funcionalista de dominio público, que también se excluyen del dominio patrimonial de cualquier otro ente público-jurídico, cualquiera que sea la denominación que se le asigne: nación, colectividad, pueblo⁵⁴¹, e incluso administración pública o Estado.

Tal y como lo señala MONTT OYARZÚN, “Si el Derecho Administrativo no es más que Derecho Constitucional concretizado”⁵⁴², esta disposición que estamos analizando se transforma en Derecho vivo a través de la aplicación del Derecho Administrativo, y no del Derecho Civil, que rige el ámbito patrimonial de los bienes. En consecuencia, cuando la norma constitucional dispone que constituyen el dominio público los bienes que deban pertenecer a la Nación toda, desde el Derecho Administrativo significa que respecto de tales bienes existe una especie de potestad o titularidad (no de propiedad) conferida a los poderes del Estado para que estos sean efectivamente destinados al uso directo del público. Es lo que hemos denominado previamente, como *publicatio*.

En efecto, mediante la *publicatio*, la potestad estatal excluye ciertos bienes del ámbito de susceptibilidad de adquisición por parte de los particulares, configurándolos como bienes inapropiables⁵⁴³ y, por ende, *res extra*

⁵⁴⁰ La ley a que se estaría haciendo referencia en el caso del recurso hídrico, correspondería al Código Civil y al Código de Aguas chileno, conforme se analizará más adelante.

⁵⁴¹ Cfr.: SAINZ MORENO, F., “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y su naturaleza”, *Revista de Administración Pública*, Nº 150, 1999, p. 488.

⁵⁴² MONTT OYARZÚN, S., *El Dominio Público...*, op. cit., p. 210.

⁵⁴³ En Derecho Administrativo el tema de la (in)apropiabilidad del dominio público se ha analizado desde la óptica de dos teorías antagónicas: La patrimonialista y la funcionalista.

commercium, para dotarlos de un régimen de protección especial en atención a que están intrínsecamente vinculados al interés público y a la persecución del bien común⁵⁴⁴.

Para VERGARA BLANCO, cuya opinión compartimos, esta es la línea correcta de análisis teórico-dogmático. Expone este autor que “los bienes de «dominio público» (como las aguas), por sus especiales características de uso y aprovechamiento, de inalienabilidad e imprescriptibilidad, etc., se resisten a ser configurados en base al concepto de propiedad, que supone la plena disposición (estatal, nacional, o del público) sobre el objeto; estos

La teoría patrimonialista tiene su origen en los trabajos de HAURIUO, y conceptualiza al dominio público como una manifestación del derecho de propiedad. Para el jurista BALLBÉ, (Cf.: GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *La titularidad de los bienes...*, op. cit., p. 53) esta propiedad no recibe el tratamiento del Derecho común en atención a las facultades que ejerce sobre ella el supuesto dueño, sino que eventualmente podría dar lugar a la figura de la propiedad administrativa, cuyo elemento diferenciador correspondería a la destinación directa de las cosas en la función pública (Para un análisis más acabado de la teoría patrimonialista, véase, en España: FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., “Naturaleza jurídica del dominio público según HAURIUO. Aplicación de su doctrina a la legislación española”, *Revista de Derecho Privado*, [s.n.], 1921, p. 23; BALLBÉ, M., “Las reservas demaniales”, *Revista de Administración Pública* Nº 4, mayo-agosto 1951, p. 78; GARRIDO FALLA, F. (et al), *Tratado de Derecho Administrativo*, op. cit., p. 526; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Apuntes de Derecho administrativo*, Madrid, 1981/1982, pp. 15 y ss.; entre otros. Véase en Chile: JARA CRISTI, M. *Derecho Administrativo*, Santiago de Chile, Impresores N. Avaria e Hijo Ltda., 1943, p. 177; AYLWIN AZÓCAR, P., *Derecho Administrativo*, T. I, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1960-1961, pp. 110-111; REYES RIVEROS, J., *Naturaleza jurídica del permiso y de la concesión sobre bienes nacionales de uso público*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica, 1960, p. 25; entre otros). La tesis funcionalista del dominio público de VILLAR PALASÍ critica fuertemente la posición anterior sustentando que la administración pública carece de competencia para realizar conductas propias del derecho de propiedad respecto del dominio público. En el ordenamiento público la individualización real o corporal de los bienes con destino a determinar un patrimonio carece de relevancia frente al objetivo primordial que ha de perseguir la administración pública: el cumplimiento de los intereses generales a través de las potestades que se le han concedido. En consecuencia, se ha de considerar al dominio público como un título de intervención de los poderes públicos que deriva de sus potestades destinadas a obtener el cumplimiento de los intereses generales. (Para un análisis más acabado de la teoría funcionalista véase, en España: VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 32., PAREJO GAMIR, R., Y RODRÍGUEZ OLIVER, J. M., *Lecciones de Dominio Público*, Madrid, Librería Icai, 1976, p. 7; DELGADO PIQUERAS, F., *Derecho de aguas y medio ambiente*, Madrid, Tecnos, 1992, pp. 67 y ss.; GALLEGO ANABITARTE, A., DÍAZ LEMA, J. M. Y MENÉNDEZ REXACH, A., *El Derecho de aguas...*, op. cit., p. 54; entre otros. Véase en Chile: VERGARA BLANCO, A., “La teoría del dominio público: el estado de la cuestión”, *Revista de Derecho Público*, V. I, Nº 114, Enero-Marzo 1989, pp. 27-58).

⁵⁴⁴ El jurista BETANCOR RODRÍGUEZ da un paso más allá, y circunscribe la protección del medio ambiente como finalidad de la declaración del dominio público cuando señala que “el dominio público constituye una herramienta de protección ambiental necesaria para conservar recursos naturales esenciales o necesarios” (Véase: BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, Madrid, Editorial La Ley, 2001, p. 609).

bienes de dominio público son más bien unas cosas destinadas a un determinado fin, al alcance pleno de los particulares, quienes podrán usarlos en forma común o exclusiva, según los casos, bajo la administración y gestión de los poderes públicos”⁵⁴⁵.

Resulta curioso que para el legislador constitucional no haya sido suficiente considerar como dominio público a los bienes que deban pertenecer a la nación toda, sino que incorporó un requisito adicional: “*que la ley lo declare así*”. Ello significa que el ejercicio de la *publicatio*, esta potestad destinada a excluir bienes de la apropiación privada, no corresponde únicamente a la administración pública, como poder ejecutivo, sino que su actividad estará circunscrita al ejercicio previo que haga de ella el legislador, en tanto poder legislativo. En definitiva, podemos concluir que la *publicatio* queda estrictamente radicada en el ámbito estatal, debiendo confluír copulativamente pero en distinto orden: la declaración previa del poder legislativo y el ejercicio de la misma, por parte del poder ejecutivo⁵⁴⁶.

Siendo mandato expreso de la Constitución, antes que la administración califique un bien nacional de dominio público como tal, es necesario que se dicte una ley que así lo disponga. En la doctrina, es bastante exigua la discusión acerca de la naturaleza que debe tener esta ley. Son pocos los juristas que se han expresado al respecto, considerando que hace alusión a una categoría especial de norma denominada “de quórum calificado”⁵⁴⁷. En

⁵⁴⁵ VERGARA BLANCO, A., “Evolución y principios del derecho de aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile”, en AAVV., *Derecho de Aguas*, T. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 464.

⁵⁴⁶ Finalmente, en caso de controversia o conflicto respecto a la aplicación de la norma en concreto por parte de la administración pública o por parte de los particulares, será el poder judicial quien deberá realizar la labor interpretativa, determinando lo que ha de considerarse dominio público. En consecuencia, es posible advertir que en este ámbito confluyen los tres poderes del Estado en un permanente equilibrio: poder legislativo, el ejecutivo y el judicial.

⁵⁴⁷ Siguiendo lo dispuesto por el artículo 63 inciso 3º de la Constitución Política de la República de Chile, ZUÑIGA URBINA señala que “Las leyes de quórum calificado son aquellas normas legales que requieren para su modificación, establecimiento o derogación de la mayoría absoluta de diputados y senadores en ejercicio y respecto de las cuales no cabe delegación de facultades legislativas”. (Véase: ZUÑIGA URBINA, F., “Concepto de leyes y tipos de leyes”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVIII, 1997, p. 263).

consecuencia, han hecho extensiva al inciso 1º del 19 Nº 23 de la Constitución, la disposición del inciso 2º del mismo artículo, que dispone: *“Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”*.

En atención a tal declaración, MONTT OYARZÚN señala que, “si el artículo 19 Nº 23 inciso 2º, prescribe quórum calificado para establecer limitaciones o requisitos a la adquisición del dominio de ciertos bienes, entonces, con mayor razón, debe exigirse quórum calificado para la declaración de no susceptibilidad de dominio de ciertos bienes por razón de incorporarse al dominio nacional”⁵⁴⁸. Sin embargo, consideramos que esa conclusión, si bien parece ser del todo lógica conforme a la interpretación hermenéutica tradicional, por lo menos merecería un análisis más exhaustivo por parte de la doctrina y la jurisprudencia, del cual, hasta este momento carecemos.

Partiendo de la base de la historia del establecimiento de la norma, el artículo 19 Nº 23, se redactó por parte de la *Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República*⁵⁴⁹ bajo el siguiente tenor, que conformaba primitivamente el artículo 20 Nº 22: *“La Constitución asegura a todas las personas: La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. / Una ley, de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional, puede reservar al Estado determinados bienes que carecen de dueño y establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes. / La ley debe propender a una conveniente distribución de la propiedad y a la*

⁵⁴⁸ MONTT OYARZÚN, S., *El Dominio Público...*, op. cit., p. 221. En el mismo sentido: VERGARA BLANCO, A., “La *summa divisio* de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980” *Ius Publicum*, Nº 12, 2004, p. 111.

⁵⁴⁹ Conocida ampliamente como *Comisión Ortúzar*, en atención al nombre de su presidente: ENRIQUE ORTÚZAR ESCOBAR.

*constitución de la propiedad familiar.*⁵⁵⁰. Se puede observar que la redacción del inciso primero se mantuvo intacta, que la del inciso segundo fue modificada y que el inciso tercero desapareció por completo del texto constitucional vigente.

Para la Comisión Ortúzar, la mención a la ley de quórum calificado para el grupo de bienes del inciso segundo, tiene una razón de ser, y que no guarda relación con el grupo de bienes que contiene la norma dispuesta en el inciso primero. Así, cuando establece el requisito “y la ley lo declare así”, no significa que el legislador común pueda establecer discrecionalmente los bienes que deban pertenecer a la Nación toda, esta calificación y su inalienabilidad están previamente determinadas doctrinariamente en atención a que se encuentran destinadas al uso y goce general de la Nación. El objetivo que se persigue al exigir la tal declaración mediante una ley es blindar la inapropiabilidad de tales bienes de seguridad jurídica⁵⁵¹.

Para el caso del inciso segundo, el legislador expresamente dispone la categoría de “quórum calificado” para sustraer del comercio, bienes que por esencia son apropiables y alienables, pero que en caso que así lo requiera el interés nacional, habrán de reservarse al Estado⁵⁵². Además, se desprende del espíritu del legislador constitucional que el quórum calificado se pretendía imponer para el caso en que el Estado actuara como adquirente, bastando una ley común si se tratase de un particular, tal como se ha dejado constancia en las actas de la Comisión Ortúzar: “... podrá el Estado desarrollar actividades empresariales o participar en ellas cuando una ley con quórum calificado así lo autorice y en tal caso dicha actividad estará sometida a la legislación común que rija este tipo de actividades para

⁵⁵⁰ Véase: REPÚBLICA DE CHILE, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Política de la República, Tomo XI, Sesión N° 416, de 7 de septiembre de 1978, pp. 1031 y ss.

⁵⁵¹ Cfr.: Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Tomo VI, Sesión N° 197, de 1 de abril de 1976, p. 479.

⁵⁵² Cfr.: *Ibid.*

los particulares”⁵⁵³.

Por lo tanto, resulta lógico interpretar la voluntad del legislador en sentido de requerir la categoría especial de “quórum calificado” solamente para el caso excepcionalísimo de sustracción del comercio de un bien que por esencia es apropiable y que su adquisición sea requerida por el Fisco. Lo que imposibilita aplicar analógicamente dicha categoría a la “ley” establecida en el inciso primero, toda vez que se basan en supuestos y bienes distintos. Sin embargo, pese a la claridad de los conceptos establecidos por la Comisión Ortúzar, este artículo fue modificado en la última etapa de análisis, por parte de la Junta de Gobierno⁵⁵⁴, que fijó el texto tal como lo conocemos al día de hoy.

Como se puede observar, en esta modificación se eliminó toda alusión a la reserva de bienes por parte del Estado en el inciso segundo por considerarla redundante, toda vez que tales bienes también deben ser entendidos, en conjunto con los bienes nacionales de uso público, como bienes que deben pertenecer a la Nación. Por otra parte, se mantiene la posibilidad que una ley de quórum calificado establezca limitaciones o requisitos para la adquisición de algunos bienes, en general, cuando así lo exija el interés nacional. En razón de esta modificación, y de la redacción final de la norma constitucional, se hace necesario interpretar la aplicabilidad de la categoría de quórum calificado para la ley que establece el inciso primero.

⁵⁵³ Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Sesión N° 389, de 27 de junio de 1978.

⁵⁵⁴ La Junta de Gobierno se constituyó el día 11 de septiembre de 1973, en calidad de Mando Supremo de la Nación, que supone el ejercicio de todas las atribuciones de las personas y órganos que componen los Poderes Legislativos y Ejecutivo, y en consecuencia el Poder Constituyente que a ellos corresponde. Estuvo compuesta por el Comandante en Jefe de las Fuerzas Armadas (quien la presidía), el Comandante en Jefe de la Armada, el Comandante en Jefe de la Fuerza Aérea y el Director General de Carabineros. (Véase: JUNTA DE GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Decreto Ley 1/1973, de 11 de septiembre, sobre el acta de constitución de la Junta de Gobierno y JUNTA DE GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Decreto Ley 128/1973, de 12 de noviembre, que aclara el sentido y alcance del Decreto Ley 1/1973).

Lamentablemente, y tal como hemos señalado, la doctrina que se ha manifestado al respecto es mínima. Y aún cuando le reconozcamos su mérito, en cierta parte, debemos disentir de la misma en otra, en concordancia con los objetivos planteados por el legislador constitucional originario.

A estos efectos, consideramos que la exigencia de una ley de quórum calificado establecida para el inciso segundo no tiene una aplicación lisa y llana respecto del inciso primero, sino que previamente, para determinar si se aplica o no, habría que realizar la siguiente distinción: Si los bienes que entran en la categoría de aquellos que deben pertenecer a la Nación toda son de aquéllos que la doctrina señala como bienes inapropiables por destinación, la mención “ley” habrá de entenderse como ley común, puesto que solo persigue el objetivo de dotar a su inalienabilidad de seguridad jurídica. En cambio, si los bienes que deben ingresar a la mencionada categoría son de aquellos que la doctrina estima como bienes apropiables por naturaleza pero que el Estado los sustrae excepcionalmente del tráfico jurídico para reservarlos a su patrimonio, entonces la ley que así los declare deberá tener el calificativo de quórum calificado.

En consecuencia, al contrario de la doctrina existente, y conforme a la interpretación anterior, las leyes que declaren el recurso hídrico chileno como bien nacional de uso público, por tratarse de bienes inapropiables por destinación, no necesitarían cumplir con el quórum calificado que exige el inciso segundo. Tal ha sido el resultado concreto en la categorización de las leyes que contienen tal declaración: son leyes comunes⁵⁵⁵.

Las leyes chilenas que establecen las aguas como bienes nacionales de dominio público corresponden, por una parte, a una norma anterior a la promulgación de la Constitución: el Código Civil de 1855; y, por otra, a una norma posterior a su promulgación: el Código de Aguas de 1981.

⁵⁵⁵ El Código Civil y el Código de Aguas.

El Código Civil contiene en su Título III del Libro II, las disposiciones referentes a los Bienes Nacionales, especificando en su artículo 589 el concepto de lo que denomina como “bienes nacionales de uso público”, indicando que son aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la nación⁵⁵⁶. Más adelante, en su artículo 595, el CCCh agrega que “*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”.

Para la interpretación que se plantea en este trabajo, no habría ningún inconveniente respecto a la calificación de esta ley, que es de carácter común. Pero, desde el punto de vista de la doctrina que hace extensiva la aplicación del inciso segundo, en principio, podría estar vulnerando la norma constitucional puesto que no cumple el quórum requerido. No obstante, esta situación se salva en virtud de la Disposición Transitoria Quinta⁵⁵⁷ de la CPR, que establece que cumplen con ese requisito aquellas leyes anteriores que declararon publicadas algunas categorías de bienes⁵⁵⁸.

El otro cuerpo legal que hace referencia a la naturaleza de bien nacional de uso público de los recursos hídricos es el CA. En su artículo 5 dispone que “*Las aguas son bienes nacionales de uso público, y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código*”.

La doctrina existente⁵⁵⁹ advierte que este artículo, constituido como ley de rango común, promulgada con posterioridad a la entrada en vigor de la

⁵⁵⁶ Artículo 589 CCCh: “*Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. / Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos. / Los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales*”.

⁵⁵⁷ Disposición Transitoria Quinta de la CPR: “*Se entenderá que las leyes actualmente en vigor sobre materias que conforme a esta Constitución deben ser objeto de leyes orgánicas constitucionales o aprobadas con quórum calificado, cumplen estos requisitos y seguirán aplicándose en lo que no sean contrarias a la Constitución, mientras no se dicten los correspondientes cuerpos legales*”.

⁵⁵⁸ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., “*La summa divisio de bienes...*”, *op.cit.*, p. 111.

⁵⁵⁹ *Ibid.*

Constitución, no ha cumplido con el requisito establecido en su artículo 19 N° 23, pues no fue aprobada con quórum calificado. Su promulgación llega a ser incluso más grave, al haber sido aprobada a través de un Decreto con Fuerza de Ley⁵⁶⁰ – en adelante, DFL –: el DFL N° 1.122, de 1981, que “fija texto del código de Aguas”, contraviniendo la disposición del artículo 61 inciso 2° de la Constitución que indica que los DFL no podrán ser autorizados cuando se refieran a materias que deban ser objeto de leyes de quórum calificado.

Por nuestra parte, tal conflicto de prelación normativa no tendría lugar, por considerar que para este caso concreto, el legislador originario no tuvo la intención de categorizar la ley que declara publicada las aguas con quórum calificado. Es más, se cumple estrictamente con lo dispuesto en el artículo 60 N° 3 de la CPR que dispone que “*Son materias de ley: (...) Las que son objeto de codificación, sea civil, comercial, procesal, penal u otra*”.

2. EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO EN CHILE

La discusión acerca del uso del dominio público hidráulico se encuentra muy extendida a nivel doctrinal, donde confluyen teorías tanto a nivel jurídico, como a nivel económico. En ámbito jurídico se suele distinguir, de manera general, entre el uso común de las aguas y el uso privativo de las mismas.

El uso común del dominio público, en la mayoría de las legislaciones, no se encuentra estipulado expresamente en la legislación⁵⁶¹ en consideración a

⁵⁶⁰ Disponen los incisos 1° y 2° del artículo 61 de la CPR: “*El Presidente de la República podrá solicitar autorización al Congreso Nacional para dictar disposiciones con fuerza de ley durante un plazo no superior a un año sobre materias que correspondan al dominio de la ley. / Esta autorización no podrá extenderse a la nacionalidad, la ciudadanía, las elecciones, ni al plebiscito, como tampoco a materias comprendidas en las garantías constitucionales o que deban ser objeto de las leyes orgánicas constitucionales o de quórum calificado*”.

⁵⁶¹ Cfr.: SANTAMARÍA PASTOR. J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Madrid, 2ª ed., Iustel, T. II, 2009, p. 567.

su obviedad⁵⁶², toda vez que “constituye la manifestación más simple y espontánea del uso milenario que los hombres otorgan a los bienes que forman parte de la estructura básica de la vida en comunidad”⁵⁶³.

En la legislación chilena, la norma referencial respecto al uso común del dominio público y que es extensible al recurso hídrico, se encuentra en el artículo 589 del Código Civil, en tanto dispone que *“El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen”*.

Considerando que las aguas están constituidas jurídicamente como bienes afectos al uso de todos, MONTT OYARZÚN, en su teoría general del dominio público, plantea la duda acerca de la plausibilidad de usos privativos respecto de tales bienes, y termina por concluir que “se concilian dos intereses, no contrapuestos, sino concluyentes. Por una parte, el del administrado solicitante, que persigue un fin económico, y por otra parte, el del legislador y la Administración que buscan que el uso sobre el dominio público redunde en un aprovechamiento más productivo y racional del mismo”⁵⁶⁴.

Es posible advertir entonces que, los usos privativos del dominio público previstos por el legislador están íntimamente vinculados al modelo de desarrollo imperante en la sociedad chilena. Tal modelo se encuentra impregnado de postulados propios de la escuela económica neoliberal, que atiende exclusivamente a usos comúnmente denominados “tradicionales”,

⁵⁶² Cfr.: PARADA VÁSQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 61.

⁵⁶³ MONTT OYARZÚN, S., *El Dominio Público...*, op. cit., p. 266.

⁵⁶⁴ Cfr.: *Ibid*, p. 303.

considerando al agua como mero insumo de producción para actividades agrícolas, mineras, industriales, energéticas y servicios de abastecimiento.

En este ámbito, la ciencia económica invade a la ciencia jurídica, y se generan nuevos postulados desde el punto de vista de la economía del agua. Así, frente al reconocimiento de los usos tradicionales de las aguas, se comienzan a contemplar los usos “no tradicionales” o “emergentes”, los cuales “se caracterizan por no consumir ni degradar el recurso y por no ser excluyentes unos de otros”⁵⁶⁵.

El Código de Aguas chileno, se dedica casi por completo a desarrollar y regular el derecho al uso privativo de las aguas. A pesar de que en su creación, el legislador únicamente haya contemplado usos tradicionales, a través de la Ley 20.417/2010 que modifica el Código de Aguas, se ha podido verificar la incorporación de la nueva tendencia a través del establecimiento del caudal ecológico mínimo⁵⁶⁶. De esta manera se configura el uso ambiental del recurso hídrico, en calidad de “uso emergente”, cuyo objeto persigue la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente.

Habiéndose reconocido tanto por la doctrina, como por la jurisprudencia y por las distintas legislaciones la factibilidad del uso privativo del dominio público en general, resta conocer la fórmula ideada por el legislador chileno para implementar dicho uso respecto de los recursos hídricos.

Hemos adelantado que el Código de Aguas chileno dedica la mayor parte de sus disposiciones a la regulación del uso privativo de las aguas contemplándolo como “derecho de aprovechamiento de las aguas”, tema que constituye el estudio nuclear de este capítulo.

⁵⁶⁵ SAAVEDRA CRUZ, J. I., “Las aguas como bien nacional de uso público. Bases para un cambio regulatorio que promueva un uso sustentable”, *Justicia Ambiental* N° 1, mayo/2009, p. 229.

⁵⁶⁶ Véase el artículo 129 bis 1 del CA.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS EN CHILE. ESPECIAL REFERENCIA AL ACTO DE AUTORIDAD COMO VIA ORIGINARIA DE CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO

Una vez aportadas las referencias generales acerca de la regulación del dominio público chileno y de los mecanismos que contempla para su utilización privativa, estamos en condiciones de tratar de forma exhaustiva el tema nuclear de este trabajo.

Para lograr una acertada y coherente comprensión de los derechos de aprovechamiento de las aguas en Chile, partiremos por explicar los antecedentes que le dieron lugar y su normativa actual aplicable. A continuación intentaremos proporcionar un concepto de esta figura, para después reflexionar acerca de su naturaleza jurídica. Una vez alcanzados tales objetivos, analizaremos el contenido de este derecho, para lo cual consideraremos distintas clasificaciones, revisaremos sus características y determinaremos sus elementos objetivos y subjetivos. Finalizaremos este capítulo con el estudio acerca de los efectos que genera esta figura jurídica, desde el ámbito de las ciencias jurídicas y económicas.

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS Y NORMATIVA APLICABLE

El origen de la regulación del derecho de aprovechamiento de las aguas, con una clara definición dogmática⁵⁶⁷, tal como lo conocemos al día de hoy, se remonta al primer Código de Aguas de Chile⁵⁶⁸ del año 1951⁵⁶⁹, fijado por

⁵⁶⁷ VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*. Santiago de Chile, T. I, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 219.

⁵⁶⁸ La necesidad de codificar la normativa de aguas tiene como parangón al Código Civil Chileno del 1º de Enero de 1857, así lo indicó el propio Presidente de la República de la época, don Arturo Alessandri Palma, en el Mensaje del Proyecto del Código de Aguas de 1936 al señalar que "...la obra de codificación iniciada con el Código Civil, se ha cumplido

la Ley 9.909/1951, de 28 de mayo⁵⁷⁰. Establece, en su artículo 12 que “*El derecho de aprovechamiento es un derecho real⁵⁷¹ que recae sobre aguas de dominio público⁵⁷² y que consiste en el uso, goce y disposición⁵⁷³ de ellas con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe*”.

Posteriormente, mediante el Decreto con Fuerza de Ley⁵⁷⁴ 162/1969, de 12 de marzo⁵⁷⁵, se introducen una serie de modificaciones de carácter

en las diferentes actividades de la nación, con la promulgación de los diversos Códigos existentes, pero dentro del derecho privado hay una materia que no ha sido contemplada debidamente y cuya falta de claridad y orden ha causado perturbaciones múltiples entre los particulares: la reglamentación de las aguas” (Cfr.: Cámara de Diputados. Boletín de Sesiones, Santiago, 1936, I, 11ª sesión ordinaria p. 663, citado por: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas, op cit.*, p. 222).

⁵⁶⁹ No obstante, fijar este “novedoso” ideario respecto a la regulación del uso del recurso hídrico no fue tarea sencilla y tampoco precoz, toda vez que, para llegar a la concepción dogmática de “derecho de aprovechamiento” plasmada en un Código de la República, los legisladores tuvieron que recorrer un largo periplo cuyo el impulso partió durante el año 1925, concretizándose como tal en el Proyecto de Código de Aguas de 1930, el que posteriormente fue refundido en el Proyecto de Código de Aguas de 1936, finalizando su tramitación el año 1948 con la publicación de la Ley 8.944/1948 de 11 de febrero que fijó, el texto del Código de Aguas. No obstante, su entrada en vigor fue suspendida en reiteradas ocasiones, tiempo en el cual se le fueron introducidas numerosas modificaciones, hasta que finalmente, en el año 1951 se aprobó y entró en plena vigencia, el primer Código de Aguas de Chile. Véase: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas, op cit.*, p. 219.

⁵⁷⁰ MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 9.909/1951, de 28 de mayo, que fija los textos definitivos del Código de Aguas.

⁵⁷¹ Véase el artículo 577 del Código Civil de la República de Chile: “*Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona*”.

⁵⁷² Resulta interesante destacar que, desde la gestación del Código de Aguas, el legislador sigue las bases establecidas por el jurista Andrés Bello, redactor del Código Civil Chileno de 1875, puesto que es en el ámbito del derecho privado donde se dispone que las aguas son *res publicatio*. Véase el apartado 1 del Capítulo Primero de esta Parte *supra*.

⁵⁷³ Tanto la legislación como la doctrina, se han empeñado en insistir que estas facultades, en especial la facultad de disposición no recae sobre las aguas (puesto que debido a su carácter inalienable no son susceptibles de disposición ni adquisición por parte de particulares) sino más bien sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas. En definitiva, es el derecho real el que puede ser objeto de transacción en el comercio y no el bien nacional de uso público. La historia fidedigna indica que el legislador de aguas encontró su inspiración en las tendencias liberales de la época y en especial en la obra civilista de Bello, cuyo uno de los principios básicos lo constituye “el principio de la libre circulación de los bienes”. (Véase el Mensaje del Ejecutivo al Congreso por el cual se propone la aprobación del Código Civil de 22 de noviembre de 1855). Ahondaremos en el tema de las facultades derivadas del derecho de aprovechamiento de aguas en el apartado 8.3 de este Capítulo *infra*.

⁵⁷⁴ Conforme lo dispone el artículo 61 de la Constitución Política de la República de Chile, los decretos con fuerza de ley corresponden a aquellas normas que emanan del Presidente de la República y que recaen sobre materias legales, en virtud de una delegación de facultades del Parlamento, o bien para fijar el texto refundido, coordinado o sistematizado de las leyes.

sustancial⁵⁷⁶ al Código de Aguas de 1951, derogando incluso muchas de sus disposiciones e incorporando otras concordantes con la Ley 16.640/1967, sobre Reforma Agraria, de 28 de julio⁵⁷⁷, en lo que a materia de aguas se refería. En tal sentido, el Código de Aguas pasó a disponer en su artículo 11 que *“El derecho de aprovechamiento es un derecho real administrativo que recae sobre las aguas y que consiste en su uso con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe el presente Código”*.

Atendiendo a tal modificación, resulta posible verificar una conceptualización distinta del “derecho de aprovechamiento” en comparación con la definición contenida en el Código de Aguas del año 1951, habida cuenta que en su redacción se eliminan de las facultades de goce y disposición⁵⁷⁸.

Años más tarde, tanto la Ley 9.909/1951, de 28 de mayo, que fijaba los textos definitivos del Código de Aguas, como el Decreto 162 que fijaba el texto sistematizado de Código de Aguas, fueron derogados por el Decreto

⁵⁷⁵ MINISTERIO DE JUSTICIA. Decreto 162 /1969 de 12 de marzo, que fija el texto sistematizado del Código de Aguas.

⁵⁷⁶ No es retórico hablar de “carácter sustancial”, toda vez que elimina una de las facultades que constituyó la esencia del derecho de aprovechamiento; la facultad de disposición, que provenía del principio de libre circulación de los bienes. Ha de destacarse que esta modificación es de tal envergadura que, en efecto, dio lugar a un nuevo texto sistematizado del Código de Aguas y que es conocido por todos los especialistas como “el segundo Código de Aguas”.

⁵⁷⁷ MINISTERIO DE AGRICULTURA. Ley 16.640/1967 de 28 de julio, sobre Reforma Agraria.

⁵⁷⁸ Esta modificación fue consecuencia de una transformación económica y social que ocurrió en Chile durante la década de los 60, época en que se llevó a cabo la Reforma Agraria. Respecto a los recursos hídricos, esta transformación partió con una enmienda a la Constitución de la República del año 1925 la cual tuvo por objeto expandir “el rango de la llamada función social de la propiedad y de este modo restringió el rango de los derechos de propiedad privada (...). La enmienda de 1967 también declaró *todas* las aguas de la nación como «bienes nacionales de uso público», incluyendo las aguas que habían sido consideradas privadas desde el Código Civil de 1855 (...). En breve, la enmienda permitió la expropiación sin compensación de todos los derechos de aguas privados” (véase: BAUER, C. J., *Canto de Sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales*, Colección Nueva Cultura del Agua, Bilbao, Bakeaz, 2004, p. 68). Aunque, en este nuevo Código de Aguas, se mantuvo el concepto de derecho de aprovechamiento “estos perdieron su estatus de propiedad y volvieron a ser concesiones administrativas, regidas (...) por el derecho administrativo y no por el derecho civil. Los derechos no podían ser comprados, vendidos o intercambiados privadamente o separados de la tierra a la cual habían sido asignados, sin la autorización administrativa, la que casi nunca era otorgada” (véase: ORREGO, J. P., *Legislación e Institucionalidad para la Gestión de Las Aguas*, Santiago de Chile, Terram Publicaciones, 2002, p. 11).

con Fuerza de Ley 1.122/1981, de 29 de octubre, que fijó el texto del Código de Aguas⁵⁷⁹, cuerpo legal actualmente vigente.

Tal institucionalidad importó otro cambio de paradigma económico y social en materia de aguas⁵⁸⁰ y en especial a lo que el derecho de aprovechamiento se refiere, disponiendo en su artículo 6 que *“El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código. El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular, quien podrá usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley”*.

En esta nueva fórmula ideada por el legislador para definir la figura del derecho de aprovechamiento, merece destacarse el hecho de que por primera vez, en el Derecho chileno, se contempla de forma expresa que se ejerce una especie de propiedad respecto al derecho de aprovechamiento de las aguas⁵⁸¹.

⁵⁷⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA. Decreto con Fuerza de Ley 1122/1981, de 29 de octubre, que fija el texto del Código de Aguas.

⁵⁸⁰ Este cambio no ocurrió solamente en materia de aguas, sino que consistió en un cambio general hacia nuevas políticas de economía liberal.

⁵⁸¹ En principio, podríamos pensar que carecía de necesidad expresarlo así toda vez el Código Civil, desde el año 1875, nos indica en su artículo 583 que *“sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad”*, y que, conforme lo dispone el artículo 565 del mismo cuerpo legal, los meros derechos son considerados cosas incorporales. Sin embargo, esta nueva disposición del Código de Aguas no es baladí, puesto que viene a reforzar los postulados de política económica de la época, permitiendo considerar al recurso hídrico como un bien económico, objeto de transacciones en el mercado. “El sentido que tuvo la acción gubernativa en este campo fue (...) crear derechos sólidos de propiedad, no sobre el agua misma sino sobre el uso de las aguas, y facilitar por todos los medios el funcionamiento ordenado del mercado.” (véase: BÜCHI BUC, H., *La transformación económica de Chile. Del estatismo a la libertad económica*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 1993, p. 85). Para lograr con ese cometido, la transformación normativa fue más trascendental: a este dominio sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas, ahora contemplado expresamente a nivel legal, se le blindó fuertemente mediante una protección de nivel constitucional. Este blindaje ocurrió con la modificación de las bases institucionales del país luego de la instauración del régimen militar del año 1973, mediante la implementación del Acta Constitucional N° 3 (MINISTERIO DE JUSTICIA, Decreto Ley 1552/76 de 13 de septiembre de 1976 sobre los derechos y deberes constitucionales), que refiriéndose al derecho de propiedad establece en su artículo 1° N° 16 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”*, disposición que posteriormente fue trasladada de manera intacta al artículo 19 número 24 de la Constitución de la Política de la

A través de este cuerpo legal, el derecho de aprovechamiento, como fórmula del uso privativo de las aguas, es regulado de manera minuciosa, para lo cual dispone de todo el Libro I “De las Aguas y Del Derecho de Aprovechamiento” que constituye casi la mitad de su articulado, instaurando por vez primera lo que los economistas definen como “mercado de aguas”⁵⁸².

Mediante el análisis previo, resulta posible distinguir, de forma nítida, que las grandes modificaciones legislativas que recayeron sobre la gestión del recurso hídrico en Chile se encuentran estrechamente vinculadas a las variaciones que sufrieron los ideales sociales y económicos que imperaron en tres momentos históricos distintos⁵⁸³.

República de Chile de 1980, actualmente en vigor. Además, en la misma Constitución se contempla la denominada “acción de protección” en su artículo 20 que dispone que “*El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 números (...) 24 (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes*”, elevando, por tanto, este derecho de propiedad sobre los derechos de aprovechamiento al nivel de derecho fundamental. Finalmente, por una parte la Comisión Constituyente consideró que el fortalecimiento de los derechos de agua estimularía la inversión privada en obras para el riego y revitalizaría las asociaciones de regantes y por otra, los economistas del gobierno argumentaron que se fomentaría la eficiencia económica así como la conservación de las aguas, al alentar a los propietarios de derechos de agua a percibir esta como una mercancía y un bien económico (véase: BAUER, C. J., *Canto de Sirenas...*, op. cit., p. 76). Volveremos a tratar este tema en el apartado 8.3.3 de este Capítulo *infra*.

⁵⁸² Basándose en las circunstancias señaladas en la nota al pie anterior.

⁵⁸³ En atención a estas transformaciones normativas tan profundas es que ciertos autores se refieren a ellas como “la ley del péndulo” (véase BAUER, C. J., *Canto de Sirenas...*, op. cit., p. 64). La primera posición del péndulo, con el Código de Aguas del año 51 fue la más balanceada, hubo un equilibrio entre la regulación estatal y los derechos de propiedad privada sobre los derechos de aprovechamiento de las aguas, los que se originaban como concesiones administrativas del Estado, pero que una vez concedidos se transformaban en propiedad privada y pasaban a ser regidos por el derecho privado y civil, en vez del derecho público y administrativo (Cfr.: ORREGO, J. P., *Legislación e Institucionalidad...*, op. cit., p. 10). Se caracterizó por fortalecer la autoridad administrativa (la administración hidráulica, constituida por Dirección General de Aguas, podía anular los derechos de aguas si sus propietarios no lo usaban por un período de cinco años; los solicitantes de nuevos derechos de aguas tenían que especificar el uso pretendido; se seguía un orden de preferencia legislado entre diferentes usos; a los titulares de derechos no se les permitía cambiar los usos específicos para los cuales sus derechos habían sido otorgados; los derechos de agua estaban legalmente vinculados a la propiedad de la tierra; entre otras. (Cfr.: BAUER, C. J., *Canto de Sirenas...*, op. cit., p. 66). La segunda posición del péndulo osciló hacia ideales de izquierdas con el denominado “segundo Código de Aguas del año 67”, y se caracterizó por

Posteriormente, se han llevado a cabo otras modificaciones normativas que no han supuesto un cambio de paradigma respecto del tratamiento otorgado al uso de las aguas, sino que por el contrario, tales cambios únicamente han tenido por objeto reforzar el sistema contemplado en el Código de Aguas de 1981 y mejorarlo.

Finalmente, durante el año 2005, y tras una tramitación de 13 años en el Congreso Nacional, se promulga la Ley 20.017/2005 de 16 de junio⁵⁸⁴, que modifica el Código de Aguas⁵⁸⁵. Aunque esta norma no altera, en lo sustancial, el régimen de gestión del uso privativo del recurso hídrico mediante el mercado de aguas, establece ciertas limitaciones⁵⁸⁶ a los derechos de aprovechamiento intentando establecer un mayor nivel de

fortalecer aún más la autoridad administrativa, permitiéndole incluso expropiar de los derechos de aprovechamiento de aguas a sus titulares sin mediar indemnización alguna. El recurso hídrico, en esta ocasión, fue verdaderamente considerado un “bien público” declarándose como tal en la propia Constitución de la República del año 25, mediante una enmienda. En consecuencia, las concesiones que podría eventualmente realizar la administración hidráulica (que en la práctica casi nunca otorgaba) dejó de regirse por el derecho privado y pasaron a ser totalmente gobernadas por la Dirección General de Aguas. Esta postura tuvo como objetivo redistribuir los derechos de agua de acuerdo con nuevos estándares de uso racional y beneficioso de tipo técnico, estrechamente vinculados con el uso y cultivo de tierras agrícolas (Cfr.: BAUER, C. J., *Canto de Sirenas...*, op. cit., p. 68). Finalmente, y como reacción al modelo anterior, el péndulo esta vez se movió hacia el otro extremo, lo que ocurrió durante la vigencia del régimen militar. Todas las políticas tendieron a la instauración de un nuevo modelo económico de corte liberal, privilegiando los mercados libres y fuertes derechos de propiedad (recordemos que el derecho de propiedad está actualmente consagrado en la Constitución Política de la República como un derecho fundamental de todas las personas), y limitando la actuación de la administración hidráulica. A grandes rasgos, este nuevo sistema se caracteriza por asignar los derechos de aprovechamiento a los titulares que lo soliciten, los cuales pasan a incorporarse a su patrimonio como derecho de propiedad, y como tal están provistos de todas las facultades que de la propiedad se derivan: su uso, goce y disposición, por tanto puede considerarse objeto de transacciones en el mercados por los particulares. Esta asignación, además, se adquiere de forma gratuita y a perpetuidad, sin necesidad de justificar el uso del recurso, no existiendo, por tanto, un orden de prelación de usos. (Cfr.: BAUER, C. J., *Canto de Sirenas...*, op. cit. p. 71 y ss.; y PERALTA TORO, F., “El mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas. La experiencia chilena”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Madrid, T. I, Civitas, 2002, pp. 153 y ss.).

⁵⁸⁴ MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. Ley 20.017/2005 de 16 de junio, que modifica el Código de Aguas.

⁵⁸⁵ Modificada por la Ley 20.099/2006 de 15 de mayo, en lo que respecta a la regularización de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas.

⁵⁸⁶ Limitaciones que van más bien dirigidas al otorgamiento de nuevos derechos de aprovechamiento por parte de la Dirección General de Aguas que al ejercicio de los derechos que ya se encuentran otorgados.

equidad social⁵⁸⁷ y tomando en consideración las demandas ecológicas sobrevivientes⁵⁸⁸.

Si bien es cierto que esta modificación al Código de Aguas constituyó un avance al aportar elementos correctivos en la definición del derecho de aprovechamiento de las aguas, no es menos cierto que para un amplio sector de la sociedad su resultado fue insatisfactorio, en razón a que desvirtuó el ideario original de la reforma⁵⁸⁹. Esta planteaba, en un principio, una nueva definición de “los derechos de propiedad respecto del agua y el alcance apropiado de las regulaciones públicas respecto a la gestión del agua”⁵⁹⁰. En definitiva, lo que se pretendía, era la recuperación de las características públicas del agua, lo cual indefectiblemente derivaba en limitar la aplicación de la herramienta del libre mercado y de la desregulación como fórmula de gestión de los recursos hídricos.

En atención a la mencionada insatisfacción social que pervivió a la reforma, nuevas propuestas legislativas se han desarrollado en el último tiempo, algunas con la pretensión de modificar el Código de Aguas, y otras que pretenden modificar directamente la Constitución Política de la República en relación con el derecho de propiedad de las aguas.

Resulta interesante destacar dos propuestas de reformas constitucionales⁵⁹¹ presentadas al Congreso Nacional⁵⁹²: el “Proyecto de Reforma

⁵⁸⁷ Incorporación del Título XI “Del Pago de Una Patente por la No Utilización de las Aguas”.

⁵⁸⁸ Incorporación del Título X “De la Protección de las Aguas y Cauces” donde establece el concepto de caudal ecológico mínimo.

⁵⁸⁹ Mensaje 283-325 de 2 de diciembre de 1992. por el que S.E. Presidente de la República inicia un proyecto de ley que modifica el Código de Aguas.

⁵⁹⁰ BAUER, C. J., *Canto de Sirenas...*, op. cit., p. 87.

⁵⁹¹ No obstante se encuentren actualmente archivadas, toda vez que el gobierno de turno del Presidente Sebastián Piñera, de la coalición de partidos de centro-derecha, pregona la protección del derecho de propiedad de los derechos de aprovechamiento como fundamento de la gestión hídrica mediante la aplicación del mercado desregulado.

⁵⁹² Véase el artículo 62 de la Constitución Política de la República de Chile: “Las leyes pueden tener origen en la Cámara de Diputados o en el Senado, por mensaje que dirija el Presidente de la República o por moción de cualquiera de sus miembros”. MINISTERIO DEL

Constitucional sobre dominio público de las aguas”, iniciado mediante moción⁵⁹³ por un grupo de senadores el día 30 de septiembre de 2008⁵⁹⁴; y el Proyecto de “Reforma Constitucional al artículo 19 N° 23 y 24”, iniciado mediante mensaje⁵⁹⁵ por el Ministerio de Obras Públicas del gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet el día 6 de enero de 2010⁵⁹⁶. Ambos persiguen elevar a rango constitucionalidad la demanialidad de las aguas⁵⁹⁷, con la finalidad de “terminar con el sistema privatista y mercantilista del agua (...) mediante una reforma constitucional que reestablezca la propiedad del Estado sobre las aguas de la Nación que sea el marco de las reformas y adecuaciones legales”⁵⁹⁸.

Sin embargo, estas propuestas difieren en el nivel de protección de la propiedad de los derechos de aprovechamiento previamente adquiridos. La moción dispone que “se declare de utilidad pública a efectos de expropiación a todas las aguas y derechos constituidos o reconocidos sobre ellas, de tal modo que sin desconocer los derechos preexistentes se establezca claramente la prioridad del Estado para disponer de ellas”⁵⁹⁹. Por otro lado, el mensaje dispone expresamente que “*los derechos que sobre las aguas se les reconozca a los particulares (...) otorgarán a sus titulares la propiedad*

INTERIOR. Decreto Supremo N° 1.150 de 1980 del 24 de octubre por el que se aprueba la Constitución Política de la República de Chile.

⁵⁹³ Moción: Iniciativa de ley presentada por parlamentarios y que, según sea el caso, puede ser suscrita por hasta cinco senadores o por hasta diez diputados. Véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. [en línea]. Glosario Legislativo. Recuperado el 25 de noviembre 2011 de http://www.bcn.cl/ayuda_folder/glosario#M.

⁵⁹⁴ Boletín N° 6124-09 Sobre el Dominio Público de las Aguas.

⁵⁹⁵ Mensaje: Iniciativa de ley presentada por el Ejecutivo. Véase: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. [en línea]. Glosario Legislativo. Recuperado el 25 de noviembre 2011 de http://www.bcn.cl/ayuda_folder/glosario#M.

⁵⁹⁶ Mensaje N° 6816-07 de S.E, la Presidenta de la República con el que se inicia un proyecto de reforma constitucional que modifica el artículo 19, numerales 23 y 24, de la Constitución Política de la República de Chile.

⁵⁹⁷ Actualmente, la demanialidad de las aguas se encuentra regulada en normas con rango de ley común, en el artículo 595 del Código Civil y en el artículo 5 del Código de Aguas.

⁵⁹⁸ Boletín N°6124-09 Sobre el Dominio Público de las Aguas.

⁵⁹⁹ *Ibid.*

sobre los mismos”⁶⁰⁰ aunque precisa que se otorgarán nuevas herramientas a las autoridades competentes, para, en caso de ser imprescindible, se limite o restrinja el ejercicio de los derechos de agua o pueda reservar caudales de aguas superficiales o subterráneas para asegurar la disponibilidad del vital elemento⁶⁰¹.

En consecuencia, los planteamientos que se pueden verificar en ambos proyectos, proponen distintos paradigmas económicos-ideológicos respecto a la gestión del recurso hídrico: la moción propone un mayor nivel de regulación por parte de la administración pública, en tanto que el mensaje solamente flexibiliza el actual sistema privatista a ultranza dotando de ciertas herramientas a la administración pública de manera mucho más condicionada.

2. CONCEPTO DE DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

Esta figura jurídica encuentra su definición en el propio Código de Aguas, en su artículo 6º, que conceptualiza al derecho de aprovechamiento de aguas como *“un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código. 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”*.

A pesar de ser este el concepto que contiene la normativa vigente, actualmente aplicable en Chile, resulta interesante destacar otras

⁶⁰⁰ Artículo Segundo, párrafo 3 del Proyecto de Reforma Constitucional que modifica el artículo 19, numerales 23 y 24, de la Constitución Política de la República de Chile.

⁶⁰¹ OJO CON EL PARLAMENTO. Observatorio Parlamentario Ciudadano. *Proyecto de Ley que Reforma el Código de Aguas* [en línea]. Recuperado el 24 de noviembre 2011 de <<http://www.ojoconelparlamento.cl/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/MOCION%20%20PROPUESTA%20DE%20REFORMAS%20AL%20CODIGO%20DE%20AGUAS.pdf>>.

definiciones doctrinales que se han elaborado respecto al derecho de aprovechamiento de las aguas con el objeto de visualizarlo desde los diferentes puntos de vista, y finalmente obtener una caracterización profunda de esta figura jurídica.

Para FIGUEROA DEL RÍO, el derecho de aprovechamiento se define como la “facultad de acceder a una fuente natural para extraer de ella una dotación de agua en un punto determinado u ocupar en el cauce mismo un cuerpo de agua para, en ambos casos, usar esas aguas en forma exclusiva”⁶⁰². Agrega que “una vez el agua del río ingresa al canal como resultado del ejercicio del derecho de uso, esta pierde su estatus de bien nacional de uso público”⁶⁰³.

Para SANTELICES NARDUCCI, y en un intento de compilar los distintos conceptos de derecho de aprovechamiento existentes hasta el momento, este consiste en “la facultad de un particular de extraer en forma exclusiva desde un punto de la fuente natural de agua, una cierta y determinada cantidad de dicho elemento para usarla en forma más o menos discrecional, hasta su consumo en la mayor parte de los casos; facultad otorgada o reconocida por una autoridad superior con sustento en cierta previa titularidad pública sobre el recurso hídrico”⁶⁰⁴.

En comparación, se puede advertir que la definición contenida el Código de Aguas presenta características más dogmáticas, mientras que las otras dos tienen un contenido más práctico. Tanto es así que FIGUEROA DEL RÍO afirma que, una vez se haya ejercido el derecho de uso sobre “el agua”, esta pierde

⁶⁰² FIGUEROA DEL RÍO, L. S., *Asignación y Distribución de las Aguas Terrestres*, Santiago de Chile, Universidad Gabriela Mistral, 1995. Citado por DONOSO, G., “Chile: estudio de caso del Código de Aguas”, en DONOSO, G., JOURAVLEV, A. (et al), *Mercados (de derechos) de agua: experiencias y propuestas en América del Sur*, Santiago de Chile, Naciones Unidas/CEPAL, 2004, p. 28.

⁶⁰³ FIGUEROA DEL RÍO, L. S., *Asignación y Distribución de las Aguas Terrestres*, Santiago de Chile, Universidad Gabriela Mistral, 1995. Citado por DONOSO, G., “Water Markets: case study of Chile’s 1981 Water Code”, *Ciencia e Investigación Agraria* N° 33 (2), Pontificia Universidad Católica de Chile, 2006, p.159. (Traducido por la autora).

⁶⁰⁴ SANTELICES NARDUCCI, H., *Medida del Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Ediciones Metropolitana, Santiago de Chile, 2002, p. 30.

su carácter de bien demanial. En consecuencia, siguiendo el planteamiento del mencionado autor, a diferencia de lo que señala la mayoría de la doctrina, no sería tan solo el derecho de aprovechamiento el que estaría ingresando al patrimonio del titular, sino que igualmente lo haría el recurso hídrico propiamente tal⁶⁰⁵, una vez que se ejercita tal derecho de aprovechamiento⁶⁰⁶.

⁶⁰⁵ Esta afirmación se ve atenuada por parte de otros autores, en tanto se ha indicado que “una vez que las aguas del río entran a un canal como consecuencia del ejercicio del derecho de aprovechamiento, pierden su carácter de bien nacional de uso público sólo en forma transitoria. Una vez que son captadas y conducidas por el canal, las aguas le pertenecerán al dueño del canal durante el tiempo que este sea capaz de retenerlas (...) no es que las aguas que entren a un canal pasen de bien nacional de uso público a bien de dominio privado, sino que ambas cualidades se superponen”. Cfr.: DONOSO, G., JOURAVLEV, A. (*et al*), *Mercados (de derechos) de agua...*, *op. cit.*, p. 28. En el mismo sentido, véase también: YÁÑEZ BENÍTEZ, R., “El mercado de las aguas en Chile”, *Ideas para Chile*, Colección Informe Especial, V. XIX N° 200, Instituto Libertad y Desarrollo, Santiago de Chile, 2008, p. 3.

⁶⁰⁶ Aún cuando el Código de Aguas del 80 viene a conformar el nuevo paradigma político económico respecto del recurso hídrico, potenciando los derechos de propiedad y entregando su gestión al libre mercado, resulta al menos intrigante advertir que hay un temor generalizado en utilizar la expresión “propiedad privada de las aguas”. Ni el legislador, ni la mayoría de la doctrina quiere desvirtualizar lo que Andrés Bello estableció en el Código Civil, que las aguas son bienes nacionales de uso público, entonces han creado esta ficción de propiedad de derechos de aprovechamiento que solo enmascara la propiedad misma sobre el recurso hídrico. Son pocos los autores como FIGUEROA DEL RÍO, que se han atrevido a afirmar que el agua, una vez se ejerce el derecho de aprovechamiento que sobre ella recae, pasa a ser propiedad privada de su titular, deja de ser dominio público. Otro autor que ha señalado lo propio ha sido BÜCHI BUC, cuando se refiere a la problemática del agua, su derroche y escasez indicando que “...el problema va a persistir mientras no se deje funcionar al mercado, para lo cual es fundamental previamente ir al reconocimiento cabal de los derechos de propiedad en el sector y de las reglas de mercado. Porque en definitiva el problema se reduce a eso, no obstante la palabra propiedad sea todavía una palabra maldita en muchos campos. El propio gobierno militar no se atrevió a usar la palabra directamente. Se habla de propiedad sobre la concesión, no de propiedad sobre la mina. Se habla de propiedad sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas, no de propiedad de las aguas. El tema es absurdo. La propiedad es de lejos el sistema que mejor resguarda la función social y la correcta asignación de los recursos. Eso se acepta en las áreas más institucionalizadas y con mayor tradición privatista. Pero se rechaza en las menos formales, que es donde el Estado tiene mayor gravitación. A menor tradición, mayor estatismo.” (véase: BÜCHI BUC, H., *La transformación económica de Chile...*, *op. cit.*, pp. 86 y 87).

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

Si se observa superficialmente la normativa vigente, aparentemente no existe mayor discusión, puesto que la ley en este punto no deja margen de duda. Además habrá de recordarse que “*cuando el sentido de la ley es claro no se desatenderá su tenor literal a pretexto de consultar su espíritu*”⁶⁰⁷, y tal como lo señala expresamente el artículo 6 del Código de Aguas, el derecho de aprovechamiento es un derecho real.

Sin embargo, tan pronto se empieza a profundizar en el estudio de esta materia también comienzan a aparecer una serie de controversias suscitadas desde antaño en la doctrina y que denotan no solo las disquisiciones respecto del derecho de aprovechamiento de las aguas, sino la eterna pugna entre los publicistas y privatistas y sus consideraciones acerca de las propias bases del ordenamiento jurídico.

Un primer aspecto controvertido que surge motivado por esta eterna pugna entre civilistas y administrativistas se centra en el intento de determinar el tipo o calidad de este derecho real. Para los primeros, el derecho de aprovechamiento corresponde a un derecho real de carácter civil, toda vez que es el propio Código de Aguas el que dispone que en su silencio primarán las disposiciones del Derecho común⁶⁰⁸. Para los segundos, en cambio, en tanto que el derecho de aprovechamiento de las aguas recae sobre un bien demanial, que nace originariamente de un acto de autoridad de la administración pública, “cuyo fundamento jurídico está obviamente en la disponibilidad jurídica que la Administración tiene sobre el dominio público de que es titular”⁶⁰⁹ o, desde otro punto de vista, considerando que es la administración pública el ente encargado de resguardar y gestionar el

⁶⁰⁷ Véase el artículo 19 del Código Civil.

⁶⁰⁸ Conforme al artículo 129 del Código de Aguas.

⁶⁰⁹ GARRIDO FALLA, F. (*et al*), *Tratado de Derecho Administrativo, op. cit.*, p. 482, conforme los postulados de la Teoría Patrimonialista del Dominio Público.

dominio público⁶¹⁰, sería lógico suponer que se tratara de un derecho real administrativo⁶¹¹.

Esta teoría, aunque defendida por connotados juristas administrativistas⁶¹² e incluso, de manera excepcional, por algunos civilistas⁶¹³, contrasta con la realidad jurídica chilena donde, de plano, y sin mayor reflexión, se procede a aplicar la normativa del Derecho común se refiere a los derechos reales. Ello se infiere de la interpretación del artículo 129 del Código de Aguas cuando señala que “*El dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue (...) por las causas y en las formas establecidas en el derecho común*”.

Conforme lo dispone la doctrina mayoritaria, en especial la doctrina civilista, cuando se hace mención a “Derecho común” habrá de entenderse Derecho civil. Por tanto, son las reglas establecidas en el ordenamiento civil las que tendrán aplicación respecto a los derechos reales en materia de derechos de aprovechamiento de aguas.⁶¹⁴ En consecuencia, y según lo dispone el artículo 577 del Código Civil, debemos entender al derecho de aprovechamiento de aguas, en tanto derecho real, como aquel “*que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona*”. Ello significa, *a priori*, que, en caso de no existir normativa especial para la adquisición, posesión y

⁶¹⁰ Conforme los postulados de la Teoría Funcionalista del Dominio Público.

⁶¹¹ Teoría reconocida al jurista HAURIOU, apoyado por PLANIOL y desarrollado por RIGAUD en *La théorie des droits réels administratifs*, 1914 (Cfr.: GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los Derechos Reales Administrativos*, op. cit., p. 12).

⁶¹² Véase: VERGARA BLANCO, A., “Los derechos reales administrativos: un tipo de derecho público subjetivo necesitado de reconocimiento en Chile”, en *XX Jornadas de Derecho Público*, V. II, Valparaíso, Edeval, 1999. pp. 460-462; VERGARA BLANCO, A., “Los derechos mineros como derechos reales administrativos”, *Revista de Derecho Público*, V. II N° 115 (mayo-agosto), Madrid, 1989, pp. 473-493.

⁶¹³ Véase: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Curso de Derecho Civil. Los bienes y los derechos reales*, Santiago, Editorial Nacimiento, 1974, p. 127.

⁶¹⁴ Para SEGURA RIVEIRO, “se ha dado por sentado que la referencia de la expresión «derecho común» es al derecho civil. Por nuestra parte no vemos la utilidad de discutir mayormente sobre este punto. Pese a ello creemos más acorde al desarrollo jurídico actual sostener que la referencia hecha al derecho común ha de comprenderse como referencia a las reglas comunes que el ordenamiento jurídico hace aplicable a todos los bienes” Cfr.: SEGURA RIVEIRO, F., *Derecho de Aguas*, Santiago de Chile, 4° ed., Legal Publishing, 2009, p. 45.

pérdida del derecho real de aprovechamiento de aguas se aplicará el Derecho civil.

No obstante esta argumentación por parte de los civilistas, es necesario detenerse un poco en el análisis del mencionado artículo 129 del Código de Aguas, el cual hace remisión a las normas del derecho civil respecto *del derecho de dominio* que recae sobre los derechos de aprovechamiento de las aguas, que es distinto del derecho de aprovechamiento propiamente tal⁶¹⁵.

De esta manera, se ha desvirtuado la fórmula de protección de los derechos en general, mediante la figura del derecho de propiedad, en vez de aplicarse los mecanismos jurídicos apropiados para la protección de los derechos reales administrativos. Esta desvirtualización parte de la base de considerar al derecho de aprovechamiento de las aguas como “una cosa” incorporal⁶¹⁶, como queda de manifiesto de la simple lectura del artículo 565 del Código Civil que dispone “*Los bienes consisten en cosas corporales o incorporales. Corporales son las que tienen un ser real y pueden ser percibidas por los sentidos, como una casa, un libro. Incorporales las que consisten en meros derechos, como los créditos, y las servidumbres activas*”, en concordancia con el artículo 576 del Código Civil que señala que “*Las cosas incorporales son derechos reales o personales*”.

Tal como está aplicada la técnica legislativa, produce como resultado la “cosificación de los derechos”. El ideal perseguido por el legislador mediante esta técnica es hacer susceptible de apropiación a los derechos, tal como se hace con las cosas corporales, con el objeto de blindarlos mediante la aplicación de la normativa protectora aplicable al derecho de propiedad,

⁶¹⁵ Más adelante se analiza este aspecto. Véase el apartado 8.3.3 de este Capítulo *infra*.

⁶¹⁶ Para un estudio más acabado acerca de las cosas incorporales véase la obra de GUZMÁN BRITO, A., *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

produciéndose, en consecuencia, la denominada “propietarización de los derechos”⁶¹⁷.

Es así como el artículo 583 del Código Civil señala que “*sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo*”. Normativa tal, que posteriormente es reforzada por la Constitución Política de la República, en su artículo 19 N° 24 inciso 1°, cuando esta dispone que “*asegura a todas las personas (...) el derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales e incorporales*”, logrando así alcanzar la máxima protección constitucional mediante la acción consagrada en el artículo 20 de la Carta Fundamental⁶¹⁸.

Para VERGARA BLANCO, quien se muestra contrario a la mencionada técnica legislativa⁶¹⁹, el ordenamiento jurídico chileno no ha reconocido validez ni seguridad jurídica a los derechos de aprovechamiento, como tales, “sino siempre a través de una desnaturalización: considerándolos o vinculándolos a la propiedad. Y sólo bajo su garantía se les presta protección. Se recurre, aún indirectamente, al viejo camino de cosificar los derechos”.

El autor critica, además, la mencionada técnica legislativa increpando al lector de la siguiente manera: “¿Cómo es posible que para garantizar un derecho subjetivo público (como lo es el derecho real administrativo que

⁶¹⁷ VERGARA BLANCO, A., “La propietarización de los derechos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso* XIV, Años 1991-1992, p. 284.

⁶¹⁸ Artículo 20 inciso 1° de la CPR: “*El que por causa de actos u omisiones arbitrarios o ilegales que sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los derechos y garantías establecidos en el artículo 19 (...) N° 24 (...) podrá ocurrir por sí o por cualquiera a su nombre, a la Corte de Apelaciones respectiva, la que adoptará de inmediato las providencias que juzgue necesarias para restablecer el imperio del derecho y asegurar la debida protección del afectado, sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes*”.

⁶¹⁹ Si bien el autor se está refiriendo expresamente al derecho de aprovechamiento de yacimientos derivado de una concesión minera, ello es plenamente aplicable al campo de los derechos de aprovechamiento de las aguas (según él mismo lo indica). Véase: VERGARA BLANCO, A., “Los derechos reales administrativos...”, *op. cit.*, p. 492.

surge de las concesiones mineras⁶²⁰) haya sido necesario recurrir a esta desfiguración del derecho de propiedad (originada, como sabemos, en la cosificación de los derechos a que ha llegado, desde hace largo tiempo, la dogmática civilista)? ¿No habría sido más correcto garantizar directamente a los derechos, como tales derechos?”. Se trata, por tanto, de “un resultado más de la inepticia doctrinaria en el tema de los derechos adquiridos en el derecho público chileno”⁶²¹.

En consecuencia, atendido este análisis, se ha podido constatar que resulta absolutamente necesario realizar una revisión profunda del ordenamiento jurídico administrativo chileno, otorgándole a los derechos reales administrativos el reconocimiento que les corresponde.

Finalmente, habiendo considerado la doctrina tradicional, que el derecho de aprovechamiento de aguas tiene la naturaleza jurídica de un derecho real de índole civil, han acordado considerar “que una vez otorgado el derecho, el titular no puede ser privado de él por la vía administrativa, es decir, no puede ser dejado sin efecto por decisión de la propia administración”⁶²² las únicas formas por las cuales podrá verse despojado de este derecho es por la vía expropiatoria dispuesta por la Constitución y la ley o bien en caso que otra persona adquiera el derecho por prescripción adquisitiva.

Otro punto que ha motivado discusión en la doctrina, guarda relación con la naturaleza mueble o inmueble de este derecho real de aprovechamiento. El Código de Aguas es claro respecto a la naturaleza de las aguas como recurso hídrico propiamente tal, disponiendo en su artículo 4 que “*Atendida su naturaleza, las aguas son muebles, pero destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble se reputan inmuebles*”, pero nada menciona

⁶²⁰ Símil del derecho real administrativo que surge del acto de autoridad que concede el derecho de aprovechamiento de las aguas.

⁶²¹ SOTO KLOSS, E., “Los derechos adquiridos en el derecho público chileno. (Réquiem para una inepticia doctrinaria)”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Vol. 81, 1984, pp. 13 y ss. Citado por VERGARA BLANCO, A., “Los derechos reales administrativos...”, *op. cit.*, p. 495.

⁶²² SEGURA RIVEIRO, F., *Derecho de Aguas...*, *op. cit.*, p. 44.

acerca de la naturaleza mueble o inmueble de los derechos de aprovechamiento que han de ejercerse sobre esas aguas.

Ciertos autores⁶²³ señalan que se trataría de un derecho mueble, por regla general, en atención a lo dispuesto en el artículo 580 del Código Civil en el sentido que “*los derechos y acciones se reputan muebles o inmuebles según sea la cosa que se deba o en que han de ejercerse*”, en concordancia con el artículo 6 del Código de Aguas, cuando define al derecho de aprovechamiento como aquél que “*recae sobre las aguas*”. En definitiva, si se considera que las aguas, atendida su naturaleza⁶²⁴, son muebles, el derecho de aprovechamiento que recae sobre ellas igualmente lo sería. En cambio, si estas se destinan al uso, cultivo o beneficio de un bien inmueble, el derecho de aprovechamiento será igualmente inmueble. Otro sector de la doctrina⁶²⁵, en cambio, sostiene que se trata, por naturaleza, de un derecho real inmueble en atención al tratamiento que ha dado el legislador a los derechos de aprovechamiento. Ejemplo de ello es que los contratos que han de versar sobre dichos derechos son siempre solemnes, cuya solemnidad la constituye la escritura pública con posterior inscripción en el Registro de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente. Además de contemplar que tales derechos son susceptibles de otorgarlos en garantía mediante la hipoteca de los mismos, figura que es propia de los bienes inmuebles.

Consideramos que el derecho de aprovechamiento propiamente tal, como derecho real administrativo, debe ser atendido conforme los postulados de la primera doctrina, siendo que las solemnidades requeridas y la posibilidad de garantizar obligaciones mediante la hipoteca del derecho guardan más bien

⁶²³ RAMOS PAZOS, R., “Adquisición y pérdida del Derecho de Aprovechamiento de Aguas por prescripción”, *Revista Universidad de Concepción* N° 176, p. 104.

⁶²⁴ Cabe advertir que en caso que la aguas estén destinadas al uso, cultivo o beneficio de un inmueble, se reputan inmuebles, (aunque por su naturaleza no lo sean,) en atención a lo dispuesto en el artículo 570 del Código Civil. La doctrina los denomina “bienes inmuebles por destinación”.

⁶²⁵ AGURTO TAPIA, P., “La naturaleza inmobiliaria del Derecho de Aprovechamiento de Aguas y sus efectos jurídicos”, *Gaceta Jurídica* N° 200, Santiago de Chile, 1997, pp. 73-79.

relación con la importancia que el legislador le ha conferido a las transferencias de dichos derechos, en razón de verse involucrado un bien nacional de uso público.

4. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

Resulta de utilidad clasificar los derechos de aprovechamiento de las aguas debido a que a partir de tal análisis será posible determinar las características y atributos del derecho de aprovechamiento. Pueden realizarse diferentes clasificaciones en función de distintos elementos tales como: la naturaleza de las aguas (superficiales o subterráneas); el destino final de las aguas (consuntividad); la prelación de captación (permanencia o eventualidad); y la temporalidad de la extracción (continuidad, discontinuidad o alternancia)⁶²⁶; entre otras.

4.1. En atención al acto que le dio origen

Se distinguen entre los derechos de aprovechamiento que se adquieren por vía originaria, y los que se adquieren por vía derivativa. Por vía originaria los derechos de aprovechamiento de las aguas se subclasifican en derechos de aprovechamiento constituidos y derechos de aprovechamiento reconocidos.

Los derechos de aprovechamiento constituidos son aquellos creados regularmente por la administración hidráulica mediante un acto de autoridad⁶²⁷. Estos, a su vez, según VERGARA BLANCO⁶²⁸, se subdividen en los derechos de aguas constituidos a partir de 1981, y los derechos de aguas constituidos antes de 1981.

⁶²⁶ Cfr.: SANTELICES NARDUCCI, H., *Medida del Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, op. cit., p. 104.

⁶²⁷ Véase el artículo 20 del Código de Aguas: "El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad".

⁶²⁸ VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. II, op. cit., pp. 323 y ss.

Los primeros son aquellos creados bajo el amparo del Código de Aguas vigente, que se ejercen sobre aguas existentes en cauces o depósitos naturales público, sean estos superficiales o subterráneos⁶²⁹. Los segundos son aquellos creados “a partir de mercedes (concesiones) otorgadas por autoridad competente”⁶³⁰ antes de la promulgación del actual Código de Aguas, y durante la vigencia de leyes anteriores, los cuales subsisten en su plenitud conforme lo dispone el artículo 310 del Código de Aguas⁶³¹, siempre y cuando se sujete su ejercicio a la normativa vigente⁶³².

Los derechos de aprovechamiento reconocidos son aquellos que derivan de usos consuetudinarios originados del uso fáctico, o ejercidos históricamente antes de la entrada en vigor de la legislación actual pero que se encuentran amparados por ella⁶³³. Esto significa que “la legislación otorga su reconocimiento como derechos a determinados usos de agua, ya sea que tales usos se estén produciendo tradicionalmente, o ya sea autorizándolos”⁶³⁴ sin que sea necesario el acto de autoridad.

Según VERGARA BLANCO, entran en esta categoría de derechos de aprovechamiento reconocidos: los usos consuetudinarios⁶³⁵, los usos

⁶²⁹ A pesar de hacer referencia a las aguas subterráneas, estas se excluyen del análisis realizado para la elaboración de la presente tesis doctoral.

⁶³⁰ VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. II, *op cit.*, pp. 323 y ss.

⁶³¹ Artículo 310 del Código de Aguas: “*Subsistirán los derechos de aprovechamiento reconocidos por sentencia ejecutoriada a la fecha de promulgación de este Código, y los que emanen: 1. De mercedes concedidas por autoridad competente, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 2º y 5º transitorios...*”.

⁶³² Conforme lo dispone el artículo 312 del Código de Aguas.

⁶³³ DONOSO HARRIS, G. (et al), *Análisis del Mercados del Agua de Riego en Chile: Una revisión crítica a través del caso de la región de Valparaíso*. Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Departamento de Economía Agraria, 2010, p. 8.

⁶³⁴ VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. II, *op cit.*, p. 327.

⁶³⁵ Los usos consuntivos derivan del uso tradicional e inmemorial de las aguas que han ejercido agricultores ribereños sin un título concesional previo. Aunque, en un principio, podría considerarse tales usos como ilegítimos o clandestinos, este ha sido permitido por la autoridad, y ha sido ejercido por la comunidad referida, con el pasar del tiempo, de manera uniforme, continua y con la convicción de que su actuar se sujeta a derecho, por tanto se trata de una costumbre reconocida por la legislación de forma expresa, y en consecuencia, legítima. Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. II, *op cit.*, p. 328.

mínimos o limitados de agua⁶³⁶, y otros derechos antiguos⁶³⁷ que reconoce la legislación vigente.

Los derechos de aprovechamiento adquiridos por vía derivativa son aquellos que han ingresado al patrimonio de su titular mediante la vía originaria pero que después este los transfiere a través de un acto de disposición a un tercero⁶³⁸.

4.2. En atención a la inscripción del título

Esta clasificación es consecuencia inmediata de la anterior, ya que los derechos de aprovechamiento constituidos bajo la legislación vigente están sujetos *per se* a un sistema registral. En cambio, los derechos constituidos bajo la legislación anterior a la del Código de Aguas de 1981 y los derechos de aprovechamiento reconocidos no necesariamente constan en el sistema de registro de títulos vigente.

Respecto a los derechos de aprovechamiento constituidos bajo la legislación vigente, la resolución que otorgue tal derecho deberá ser incorporada a una escritura pública que habrán de suscribir el interesado y el funcionario pertinente de la administración hidráulica, cuya copia deberá inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces

⁶³⁶ Son usos que la misma legislación reconoce, de principio, permitiendo que las personas los realicen directamente, sin necesidad de especial autorización o concesión, los que quedan amparados por una especie de "cláusula general de permisividad", como sucede en el caso de pozos domésticos; de aguas que nacen, corren y mueren en una misma heredad; de los lagos menores; y de las aguas halladas en las labores mineras, en la medida que sean necesarias para los trabajos de exploración, explotación y beneficio de los minerales. Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. II, *op cit.*, p. 333.

⁶³⁷ Como son los casos de los derechos de aprovechamiento reconocidos por sentencia ejecutoriada a la fecha de promulgación del Código de Aguas de 1981 (artículo 310 inciso 1º del Código de Aguas); de los derechos de aprovechamiento adquiridos por prescripción (artículo 310 N° 2 del Código de Aguas); de los derechos de aprovechamiento reconocidos a favor de la comunidades indígenas (artículo 64 de la Ley 19.233/1993, sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas), entre otros. Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. II, *op cit.*, p. 338.

⁶³⁸ Esta materia será objeto del estudio contemplado en el apartado 9 de este Capítulo *infra*.

competente⁶³⁹. Lo propio sucede con la transmisión y transferencia de los derechos de aprovechamiento llevados a cabo a partir de la fecha de promulgación de la normativa del año 81⁶⁴⁰.

Esta exigencia, sin embargo, no rige para los derechos de aprovechamiento constituidos con anterioridad al Código de Aguas de 1981, porque, si bien puede existir respecto de ellos “un título perfectamente válido expedido durante una época pasada, en tales títulos no se establecen ni el contenido ni las características esenciales que la actual legislación exige, y en muchos casos no han sido objeto de inscripción”⁶⁴¹. Tampoco los derechos de aprovechamiento reconocidos están sujetos a tal exigencia, en atención a que su validez está otorgada directa y expresamente por la norma, no requiriéndose inscripción de título alguno, habida cuenta que en la mayoría de los casos este último ni siquiera existe. Esta situación, en la práctica, ha suscitado muchos conflictos desde el punto de vista de la certeza jurídica, de conocimiento o publicidad, porque ofrece escasos antecedentes sobre la cantidad real de agua que se puede extraer de un sistema hídrico⁶⁴².

En el intento de paliar esta dificultad, el Código de Aguas de 1981 establece unas reglas⁶⁴³ más o menos simples que permiten convertir los derechos constituidos bajo la normativa anterior a la nueva nomenclatura⁶⁴⁴. Con relación a los derechos reconocidos, la norma también dispone un mecanismo para que se proceda a su inscripción⁶⁴⁵, indicando que “*El mismo procedimiento se aplicará en los casos de las personas que, cumpliendo*

⁶³⁹ Véase el artículo 150 inciso 1º del Código de Aguas.

⁶⁴⁰ Véase los artículos 113 y 114 N° 5 del Código de Aguas.

⁶⁴¹ VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. II, *op cit.*, p. 339.

⁶⁴² Cfr.: *ibid*, p. 340.

⁶⁴³ Véase los artículos 309 y siguientes del Código de Aguas.

⁶⁴⁴ Cfr.: SEGURA RIVEIRO, F., *Derecho de Aguas*, *op. cit*, p. 70.

⁶⁴⁵ Cabe recordar que si bien la ley dispone la posibilidad de practicar la inscripción respecto de los derechos reconocidos, ello no es obligatorio para el titular, ya que igualmente está amparado en sus derechos por el mero hecho del reconocimiento legal: No obstante se insta a que lo haga en atención a la utilidad que prestaría al funcionamiento del régimen, evitando confusiones respecto de los títulos y propendiendo a la publicidad y transparencia del sistema.

*todos los requisitos indicados en el inciso anterior, solicitaren inscribir derechos de aprovechamiento no inscritos, y aquellos que se extraen en forma individual de una fuente natural*⁶⁴⁶.

Los derechos de aprovechamiento adquiridos por vía derivativa también están sujetos al régimen de inscripción del título⁶⁴⁷.

4.3. En atención a la utilización de los caudales

Se dividen en derechos consuntivos y no consuntivos. El derecho de aprovechamiento consuntivo es aquel que faculta a su titular para consumir totalmente las aguas en cualquier actividad⁶⁴⁸. El derecho de aprovechamiento no consuntivo es aquel que permite emplear el agua sin consumirla y obliga a restituirla en la forma que lo determine el acto de adquisición o de constitución del derecho⁶⁴⁹.

Esta fue la primera vez donde se incluyó en la normativa nacional la idea del uso no consuntivo del agua, cuya creación “tuvo por finalidad generar el uso múltiple del recurso hídrico fomentando el desarrollo hidroeléctrico en las partes superiores de las cuencas hidrográficas, sin afectar los derechos consuntivos existentes aguas abajo”⁶⁵⁰.

Sin embargo, la técnica legislativa utilizada ha sido hondamente criticada por la doctrina, verificando que por carecer de un debate previo necesario para su configuración, su aplicación posterior ha resultado funesta para los usuarios del recurso hídrico. A juicio de BAUER, “las normas que definen la

⁶⁴⁶ Véase el artículo 2º Transitorio inciso final del Código de Aguas.

⁶⁴⁷ Véase el artículo 117 del código de Aguas.

⁶⁴⁸ Véase el artículo 13 del Código de Aguas.

⁶⁴⁹ Véase el artículo 14 inciso 1º del Código de Aguas.

⁶⁵⁰ ALEGRÍA CALVO, M. A. (*et al*), “El Mercado de Aguas: Análisis teórico y empírico”, en *IV Jornadas de Derecho de Aguas*, Santiago de Chile, Noviembre de 2001. Gobierno de Chile, Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, p. 18.

relación entre los derechos consuntivos y no consuntivos son breves y ambiguas, y su coordinación ha sido mucho más difícil de lo esperado”⁶⁵¹.

Habiéndose concedido la mayor parte de los derechos de aprovechamiento para usos consuntivos, especialmente agrícolas, en el momento de dictarse el Código de Aguas de 1981, el legislador optó, sin mayor reflexión y debate, por implementar la multiplicidad de usos del agua creando la clasificación de usos no consuntivos, logrando evadir así, cualquier indemnización que supondría la expropiación del recurso hídrico desde el sector agrícola hacia el sector hidroeléctrico.

La falta de un estudio más acabado de esta figura por parte del legislador, ha provocado que, en la práctica, hayan surgido innumerables conflictos entre “titulares de derechos no consuntivos que requieren almacenar el agua en embalses a fin de regularlas para satisfacer la demanda energética, la cual está desfasada en el tiempo, con los titulares de derechos consuntivos, cuyos requerimientos son estacionales, generalmente para uso agrícola o riego”⁶⁵².

El conflicto se suscita en orden a que, por una parte, los agricultores sostienen que los derechos no consuntivos no facultan a sus titulares para regular el caudal del cauce natural sin su acuerdo, y por otra, las empresas hidroeléctricas sostienen que el derecho no consuntivo incluye implícitamente el derecho a almacenar las aguas en los embalses y a regularlas, ya que de otro modo el desarrollo hidroeléctrico no sería viable⁶⁵³.

⁶⁵¹ BAUER, C. J., *Canto de Sirenas...*, *op. cit.*, p. 156. En este mismo sentido se han manifestado otros autores; véase: VERGARA BLANCO, A., “Perspectiva y Prospectiva Jurídica...”, *op. cit.*, p. 21; ORREGO, J. P., *Legislación e Institucionalidad...*, *op. cit.*, p. 18; DONOSO HARRIS, G. “Chile: estudio de caso del Código...”, *op. cit.* p. 29.

⁶⁵² ALEGRÍA CALVO, M. A. (*et al*), “El Mercado de Aguas...”, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁵³ Cfr.: *ibid.*

La ley al no establecer un método de resolución de conflictos entre los distintos usuarios, y tampoco reconocer ningún orden de preferencia entre un uso y otro⁶⁵⁴, propició el surgimiento de conflictos de gran escala, provocando grandes conmociones sociales en el país⁶⁵⁵.

Otra crítica que se atribuye a esta nueva clasificación, es que mediante la creación de usos no consuntivos se abrió una brecha para que empresas de grandes capitales solicitaran derechos de aprovechamiento con el solo fin especulativo de que en el futuro pudieran ser utilizadas para fines de generación eléctrica. Por mucho tiempo estas empresas retuvieron esta agua sin que ello implicase coste alguno, hasta que con la modificación del Código de Aguas, mediante la Ley 20.017/2005 de 16 de julio, se incorporase el pago de una patente por la no utilización de las aguas, con la finalidad precisa de terminar o al menos aminorar las prácticas especulativas y la tendencia monopolística del recurso fomentando el desarrollo de un mercado de aguas más flexible y dinámico.

Desde la implementación de esta modificación al Código de Aguas, la práctica ha indicado que “el efecto de la patente ha sido muy limitado, porque en 2009 por ejemplo, sólo 2,08% de los derechos de

⁶⁵⁴ Respecto a este punto, se ha de recordar el ideario político-económico que fundamentó el nuevo sistema de gestión del recurso hídrico. Una vez entregada la gestión del agua al libre juego de la oferta y de la demanda, será mediante la aplicación del mercado donde también deberán dirimirse los eventuales conflictos que se susciten dentro de este marco. En consecuencia, la administración hidráulica se ha declarado incompetente para resolver estos conflictos, y a falta de tribunales especializados en esta materia, terminan estos por resolverse por la vía ordinaria ante los Tribunales ordinarios, con los costes económicos y sociales que ello supone.

⁶⁵⁵ Ejemplos de grandes conflictos derivados de esta clasificación pudieron observarse en el suscitado en la cuenca del río Maule con la construcción de las centrales hidroeléctricas Colbún y Pehuenche y en la cuenca del río Biobío, con la construcción de las centrales Pangué y Ralco. En la actualidad, es destacable el conflicto socioambiental que tiene lugar en la región austral de Chile, donde se está tramitando la construcción de nuevas centrales hidroeléctricas en la cuenca del río Backer y del río Pascua. Esta vez el conflicto no dice relación con la dicotomía señalada acerca de usos consuntivos y no consuntivos, sino que lo que ha motivado la movilización social es la grave afectación que eventualmente sufriría el ecosistema con la implementación de grandes embalses. El conflicto, en consecuencia, si lo miramos desde el punto del recurso hídrico, consta por una parte de considerar al agua netamente como un recurso económico, y por otra considerarla como un recurso ecosocial. Para un análisis más acabado de este conflicto véase los siguientes recursos electrónicos: Desde el punto de vista de la sociedad civil: <www.patagoniasinrepresas.cl> y desde el punto de la empresa promotora del proyecto: <www.hidroaysen.cl>.

aprovechamiento afectados a un pago de patente pasó a ser utilizado o se devolvió al Estado⁶⁵⁶. En consecuencia, en la mayoría de los casos, los titulares de los derechos no consuntivos se limitan a pagar la tasa que le corresponda, cuestión que para las grandes multinacionales no les supone un verdadero gravamen, lo que le resta eficacia al sistema del pago de patentes de no uso⁶⁵⁷.

4.4. En atención a la disponibilidad del recurso

Con el solo concepto de “disponibilidad del recurso”, es posible advertir que esta clasificación hace alusión a la escasez⁶⁵⁸ del agua. En atención a la constatación de que el recurso hídrico es esencialmente escaso, la legislación ha establecido la posibilidad de constituir derechos de ejercicio permanente y de ejercicio eventual.

Son derechos de ejercicio permanente los que se otorgan con dicha calidad en fuentes de abastecimiento no agotadas, de conformidad con las disposiciones del Código de Aguas, así como los que tengan esta calidad con anterioridad a su promulgación. Los demás, que no cumplan la característica mencionada son de ejercicio eventual⁶⁵⁹.

Asimismo, el Código de Aguas establece una norma de prelación de extracción del recurso hídrico respecto de esta clasificación, señalando que los derechos de aprovechamiento de ejercicio permanente facultan para usar el agua en la dotación que corresponda salvo que la fuente de

⁶⁵⁶ CRISTI MARFIL, O. Y POBLETE CAZENAVER, C., *No Uso de Derechos de agua: ¿una decisión ineficiente o eficiente? y patentes por no uso en Chile*, Santiago de Chile, Serie Working Paper, Escuela de Gobierno, Universidad del Desarrollo, 2011, p. 57.

⁶⁵⁷ Con el solo objeto de graficar la afirmación, para el año 2011, la empresa generadora eléctrica Endesa, ha dejado de utilizar 1.753.851,97 l/s del total de su caudal y derechos de aprovechamiento concedidos, debiendo abonar al fisco en concepto de patente de no uso la cantidad equivalente a €9.971.000. Véase: DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, Resolución DGA (Exenta) 4.200/2011 de 28 de diciembre, que fija listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patente a beneficio fiscal por no utilización de las aguas.

⁶⁵⁸ Cfr.: FIGUEROA DEL RÍO, L. S., *Asignación y Distribución...*, *op.cit.*, p. 29.

⁶⁵⁹ Véase el artículo 16 del Código de Aguas.

abastecimiento no contenga la cantidad suficiente para satisfacerlos en su integridad, en cuyo caso el caudal se distribuirá en partes alícuotas⁶⁶⁰. Los derechos de ejercicio eventual sólo facultan para usar el agua en las épocas en que el caudal matriz tenga un sobrante después de abastecidos los derechos de ejercicio permanente⁶⁶¹.

4.5. En atención al tiempo de uso del recurso

Se dividen en derechos continuos, discontinuos y alternados. Son derechos de ejercicio continuo los que permiten usar el agua en forma ininterrumpida durante las veinticuatro horas del día⁶⁶². Los derechos de ejercicio discontinuo sólo permiten usar el agua durante determinados períodos⁶⁶³. Los derechos de ejercicio alternado son aquellos en que el uso del agua se distribuye entre dos o más personas que se turnan sucesivamente⁶⁶⁴.

Uno de los problemas que también se verifica en la aplicación práctica de esta clasificación es el acaparamiento del recurso, esta vez por parte de los agricultores, cuyos usos consisten mayoritariamente en usos consuetudinarios reconocidos como derechos, y que a pesar de que únicamente se ejercen en primavera y verano, han pretendido ostentar derechos continuos⁶⁶⁵.

⁶⁶⁰ Véase el artículo 17 del Código de Aguas.

⁶⁶¹ Véase el artículo 18 inciso 1º del Código de Aguas.

⁶⁶² Véase el artículo 19 inciso 1º del Código de Aguas.

⁶⁶³ Véase el artículo 19 inciso 2º del Código de Aguas.

⁶⁶⁴ Véase el artículo 19 inciso 3º del Código de Aguas.

⁶⁶⁵ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., "Perspectiva y Prospectiva Jurídica...", *op. cit.*, p. 21.

5. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

5.1. Es un derecho principal o autónomo

Conforme esta cualidad, el derecho de aprovechamiento de las aguas subsiste por sí mismo y no depende de la existencia de otro derecho. Por tanto, su titular tendrá la capacidad de disponer del mismo mediante todas las formas lícitas determinadas por el ordenamiento jurídico de manera independiente del derecho que eventualmente se tenga sobre la tierra o a cualquier otro.

Esta característica se destaca porque el derecho de aprovechamiento no siempre tuvo este carácter. En efecto, en cierto momento de la historia de Chile, y en atención a la ideología económica, social y política vigente en esa época, era considerado como un derecho accesorio al derecho que se tenía sobre la tierra⁶⁶⁶. Resulta interesante entonces verificar la forma como sucedió este vuelco en la normativa de aguas para comprender la motivación que tuvo el legislador para transformarlo en un derecho principal.

La regulación jurídica en materia de aguas, anterior a las regulaciones generadas durante la dictadura militar, derivada de las modificaciones al Código de Aguas de 1951 mediante la Ley N° 16.640, de 1967, sobre Reforma Agraria, determinó que “los derechos de aprovechamiento de las aguas no podían ser comprados, vendidos, o intercambiados privadamente o separados de la tierra a la cual habían sido asignados, sin autorización administrativa”⁶⁶⁷. En consecuencia, las aguas estaban íntimamente vinculadas a las tierras que les correspondía, y es por esa razón que el derecho de aprovechamiento de las aguas considerado como derecho de

⁶⁶⁶ Durante la vigencia del denominado “2° Código de Aguas”, en virtud del Decreto 162/1969 de 12 de marzo que fijó el texto sistematizado del Código de Aguas, modificando así el Código de Aguas de 1951 para actualizarla a los parámetros establecidos en la Ley 16.640/1967 de 28 de julio, sobre Reforma Agraria.

⁶⁶⁷ ORREGO, J. P., *Legislación e Institucionalidad...*, op. cit., p. 11.

carácter accesorio, seguiría la suerte del derecho de propiedad del bien raíz al cual había sido destinada. Ello porque la redistribución de tierras, pretendida con la reforma agraria, suponía también una redistribución de los derechos de agua, con el fin último de aumentar la eficiencia del uso agrícola del agua⁶⁶⁸.

Esta realidad cambia radicalmente el año 1979 con el Decreto Ley 2.603, de 23 de abril, normativa que se incorpora posteriormente al Código de Aguas de 1981 actualmente en vigor, que separa, por primera vez, los derechos de aguas del dominio de la tierra, permitiendo su libre comercialización, transformando así, el derecho de aprovechamiento de las aguas en un derecho principal y autónomo, desligándolo “del bien al que están destinadas las aguas o que se va a beneficiar con ellas”⁶⁶⁹.

Esta nueva realidad está también reconocida en la jurisprudencia, cuando señala la Corte Suprema que “*De conformidad al Código de 1981, el derecho de aprovechamiento de aguas pasó a ser un derecho independiente del predio que aprovecha las aguas y aún de cualquier otro*”⁶⁷⁰. Posteriormente, y siguiendo el mismo criterio, la referida máxima autoridad judicial chilena declara “*Que el recurrente al dar por infringido el inciso 2º del artículo 2º transitorio del Código de Aguas parte de una premisa errónea al pretender que el referido precepto se refiere a la regularización de derechos de agua con prescindencia de que las personas dueñas o poseedoras del predio estén usando dichas aguas. Pretende demostrar que las aguas se encuentran adscritas al predio, de ahí que señala también como infringidos los artículos 104 de la ley Nº 16.640 y 12 del Código de Aguas de 1969*”⁶⁷¹,

⁶⁶⁸ MATUS LEAL, N. (et al), *Recursos Hídricos en Chile: Desafíos para la Sustentabilidad*, Programa Chile Sustentable, Lom Ediciones, 2004, p. 49.

⁶⁶⁹ SEGURA RIVEIRO, F., *Derecho de Aguas*, op. cit., p. 49.

⁶⁷⁰ CORTE SUPREMA, 11 de abril de 1995. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 92, sección 1ª, p. 26.

⁶⁷¹ Artículo 104 de la Ley 16.640/1967 de 28 de julio, sobre Reforma Agraria y artículo 12 del Decreto 162/1969 de 12 de marzo que fija el texto sistematizado del Código de Aguas: “*No podrá cederse el derecho de aprovechamiento. No obstante, si se enajenaren, transmitieren o adjudicaren los inmuebles o las industrias para los cuales las aguas fueron destinadas, subsistirán a favor del adquirente o adjudicatario los derechos de*

*en circunstancias que de acuerdo al nuevo régimen de aguas establecido en el Código de 1981, el derecho de aprovechamiento de las aguas es independiente al predio. El precepto que se invoca para la regularización de los derechos que reclama es de meridiana claridad, en cuanto se refiere a las personas que usan el agua independientemente del titular del dominio del predio*⁶⁷².

Finalmente, “el titular del derecho de aguas puede separar el agua del terreno en que estaba siendo usada primitivamente, esto es, puede transferir libremente su derecho, en forma separada de la tierra, para que el nuevo titular pueda utilizar las aguas en cualquier otro sitio de la cuenca, sin perjuicio de las autorizaciones que deberán obtenerse previamente”⁶⁷³.

Es interesante destacar esta característica porque de ella derivan otras circunstancias que llaman mucho la atención a nivel de Derecho comparado, y que están íntimamente vinculadas a la filosofía neoliberal impulsora de la premisa básica para la existencia de un mercado de aguas, que es la “liberalización del uso de las aguas”.

Una primera circunstancia consiste en la posibilidad que tienen los particulares de “destinar las aguas a las finalidades o tipos de uso que deseen”⁶⁷⁴, ello significa que, “cuando se pide un derecho de aprovechamiento no se exige indicar a qué finalidad se van a destinar las

aprovechamiento. Sin embargo, tratándose de la enajenación o adjudicación de parte de las tierras regadas de un predio, deberá presentarse previamente, para la aprobación de la Dirección General de Aguas, el correspondiente proyecto de distribución de las aguas con sus antecedentes completos; aprobada la distribución, la Dirección General de Aguas otorgará al adquirente o adjudicatario de dichas tierras el respectivo derecho de aprovechamiento, sin sujeción a los trámites establecidos en el Título I del Libro II del Código de Aguas. La Dirección General de Aguas deberá pronunciarse sobre el proyecto de distribución de aguas dentro del plazo de 120 días, contado desde la fecha de su presentación. Las aguas destinadas a un inmueble o industria podrán ser usadas por el mero tenedor de éstos, en las mismas condiciones y limitaciones que el titular del derecho de aprovechamiento”.

⁶⁷² CORTE SUPREMA, 26 de mayo de 1996. Gaceta de los Tribunales, N° 187, Año 1996, p. 68.

⁶⁷³ VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op cit.*, p. 267.

⁶⁷⁴ *Ibid* p. 269.

aguas, ni acreditar dominio alguno sobre un predio, industria o establecimiento que va a hacer uso de ellas”⁶⁷⁵. Asimismo, cuando se transfiere un derecho de aprovechamiento, el adquirente tampoco está obligado a darle al recurso hídrico el mismo uso que constaba en el título originario⁶⁷⁶. La única limitación existente, es la relacionada con la cantidad de agua que se puede extraer de la fuente natural, debiendo el titular del derecho respetar la condición del derecho que se trate. Por tanto, se permitirá el consumo del agua extraída para el caso de los derechos consuntivos y solamente el mero uso si se trata de derechos no consuntivos⁶⁷⁷.

Esta situación es posible porque en la legislación de aguas no se establece un orden de prelación de usos⁶⁷⁸ de los recursos hídricos, suponiendo el legislador, acorde a las teorías de libre mercado, que los derechos de aprovechamiento se emplearán en el uso o destino que tenga la mayor rentabilidad económica⁶⁷⁹, el más eficiente, y que, en consecuencia, satisfaga la real necesidad de la sociedad en su conjunto.

⁶⁷⁵ SEGURA RIVEIRO, F., *Derecho de Aguas, op. cit.*, p. 49.

⁶⁷⁶ Para el cambio de uso del recurso hídrico derivado de una transacción del derecho de aprovechamiento no es necesario solicitar autorización alguna y tampoco notificar a la administración hidráulica. Cfr.: BAUER, C. J., “In the Image of the Market. The Chilean model of water resources management”, *International Journal Water*, V. 3, Nº 2, Inderscience Publishers, 2005, p. 151, (Traducido por la autora.).

⁶⁷⁷ VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op cit.*, p. 269.

⁶⁷⁸ A diferencia de lo que disponía la legislación anterior en el Código de Aguas de 1969, donde expresamente en su artículo 42 (derogado) especificaba la prelación de usos: “Si se presentaren diversas solicitudes de merced para unas mismas aguas, su concesión se hará en el siguiente orden de preferencia: 1º Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales; 2º Usos domésticos y saneamiento de poblaciones, y 3º Otros usos. Dentro de cada clase serán preferidas las actividades de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de condiciones preferirán según las fechas de sus solicitudes”. En el Código de Aguas de 1981, actualmente vigente, no se contempla ninguna norma en este sentido, sin embargo, podría observarse un cierto atisbo de uso prioritario del agua para el uso doméstico en su artículo 27, al señalar que “Cuando sea necesario disponer la expropiación de derechos de aprovechamiento para satisfacer menesteres domésticos de una población por no existir otros medios para obtener el agua, deberá dejarse al expropiado la necesaria para iguales fines”.

⁶⁷⁹ ALEGRÍA CALVO, M. A., (et al), “El Mercado de Aguas...”, *op. cit.*, p. 10.

La segunda circunstancia derivada de la liberalización de uso del agua que justificó la separación de los recursos hídricos de la tierra a la cual estaba asignada consiste en que al momento de solicitar la constitución de un derecho de aprovechamiento originario, o bien durante la transacción de derechos previamente constituidos, no es necesario justificar de forma alguna el uso que se pretende dar al recurso, y tampoco es necesario justificar el no uso del agua.

Señala el jurista VERGARA BLANCO⁶⁸⁰, que “la legislación vigente, en virtud de su deseo de dar libertad de acción a los particulares en materia económica, no obliga a los titulares de derechos de aguas a utilizar efectivamente los caudales a que tienen derecho, ni a construir las obras necesarias para hacerlo. Los particulares libremente usarán o no tales aguas y esperarán también libremente, de acuerdo a las condiciones de mercado, el momento apropiado para usarlas, o para enajenarlas a quien desee usarlas. Incluso es posible obtener el derecho de aguas nada más que para esperar, a su vez, en forma especulativa, una mejor condición de mercado y transferirlo a quien desee adquirirlo”⁶⁸¹.

⁶⁸⁰ VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op cit.*, pp. 269 y 270.

⁶⁸¹ Esta realidad no constituye un tema pacífico y ha estado sujeta a innumerables críticas en atención al acaparamiento del recurso que produjo la especulación permitida en la legislación, por constituir un rasgo propio del libre mercado, ya que en general “se considera de la más elemental prudencia que el traspaso a un privado de un bien que legalmente es definido como bien Nacional de uso público, se realice sobre una razonable convicción que dicho bien va a ser utilizado con un fin beneficioso. (Exigencia que se aplica a todos los países del mundo). (...) además, la situación resulta especialmente inaceptable si existe la convicción que de la constitución de un nuevo derecho va a resultar un perjuicio para el equilibrio de la cuenca o para el interés público. Este por ejemplo, es el caso de localidades aisladas, con escasas alternativas válidas de abastecimiento de aguas para uso doméstico y que eventualmente pueden quedar excluidas de su única fuente de abastecimiento”. Véase: PEÑA TORREALBA, H., “Modificaciones al Código de aguas y su Aporte a la Gestión del Agua”, en *Seminario Internacional: Gestión del Recurso Hídrico*, Santiago de Chile, Diciembre de 1996, República de Chile, Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, 1997, p. 19. En la práctica, se ha visto que los sectores que han resultado más perjudicados, en atención al acaparamiento que produce la especulación del recurso hídrico, son los pequeños campesinos y las comunidades indígenas. Los primeros por desconocer la normativa y no regularizar sus derechos consuetudinarios, perdiéndolos, y los segundos, y en especial las etnias asentadas al norte de Chile, “cuyas aguas ancestrales fueron inscritas por empresas mineras, privando a estas comunidades del agua para el desarrollo de sus actividades agrícolas, causando impactos medioambientales y acentuando la migración de sus integrantes hacia las ciudades”. Cfr.: ALEGRÍA CALVO, M. A., (*et al*), “El Mercado de Aguas...”, *op. cit.*, p. 15.

Esta característica, que dio lugar al acaparamiento del recurso hídrico, especialmente por parte de empresas generadoras eléctricas, suscitó mucha controversia en los distintos ámbitos de actuación social (económico, político, social y académico).

Dicha situación, sin embargo, se vio atenuada con una modificación incluida en la Ley 20.017/2005 de 16 de junio⁶⁸², que introdujo la obligación de los peticionarios de nuevos derechos de aprovechamiento, cuando se solicite un volumen de agua determinado⁶⁸³, de acompañar una memoria explicativa en la que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará⁶⁸⁴. La autoridad hidráulica procederá, en este caso, a comparar los caudales y usos que constan en la Memoria Explicativa con los requerimientos de caudales para diferentes usos establecidos en la Tabla de Equivalencias aprobada por el DS N° 743 de 30 de Agosto de 2005. Si manifiestamente no hubiera equivalencia entre la cantidad de agua que se necesita extraer, atendidos los fines invocados por el peticionario en la Memoria Explicativa, se podrá limitar, es decir, reducir el caudal de una solicitud de derechos de aprovechamiento al momento de su resolución⁶⁸⁵.

Conforme a una primera lectura de esta modificación, las nuevas solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas que se presenten, necesariamente deberán cumplir con el requisito de justificación de uso, intentando así poner fin a las constantes críticas de los distintos sectores sociales respecto a este tema.

⁶⁸² MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. Ley 20.017/2005 de 16 de junio, que modifica el Código de Aguas.

⁶⁸³ Cuando se solicite un volumen superior a 10 l/s en derechos consuntivos o 100 l/s en derechos no consuntivos sobre fuentes ubicadas en la Regiones de Arica-Parinacota hasta la Región Metropolitana; o bien superior a 50 l/s en derechos consuntivos o 500 l/s en derecho no consuntivos sobre fuentes ubicadas en las Regiones del Libertador General Bernardo O'Higgins hasta la Región de Magallanes y la Antártica Chilena, conforme se desprende de lo dispuesto en los incisos finales de los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5 del Código de Aguas.

⁶⁸⁴ Véase el artículo 140 N° 6 del Código de Aguas.

⁶⁸⁵ Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos*, S.I.T. N° 156, Santiago de Chile, República de Chile, Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, 2008, p. 59.

Desafortunadamente, esta afirmación dista mucho de la realidad. La normativa únicamente faculta a la autoridad hidráulica, para que en determinados casos, en atención al volumen solicitado, pueda limitar el caudal solicitado en atención a una tabla que establece las equivalencias entre caudales de agua y usos, conforme las prácticas habituales en Chile en materia de aprovechamiento de aguas⁶⁸⁶. La ley no expresa, en ninguna disposición, la obligación de justificación de uso. Tanto es así, que el propio Código de Aguas establece, en su artículo 149 inciso final, que: “*Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 147 bis, el derecho de aprovechamiento constituido de conformidad al presente artículo, no quedará en modo alguno condicionado a un determinado uso y su titular o sucesores en el dominio a cualquier título podrán destinarlo a los fines que estimen pertinentes*”.

Puede ocurrir, entonces, “que un peticionario de derecho de aprovechamiento, en sustento del caudal que demanda, presente a la autoridad antecedentes fehacientes en relación al uso declarado, pero que este no corresponda a la realidad, porque en los hechos se proyecta otro uso que no amerita la cantidad de agua solicitada por este peticionario⁶⁸⁷, lo que no significaría vulneración de la norma.

Finalmente, hay que considerar que para todos aquellos casos en que el volumen de agua solicitado sea inferior al requerido por la norma para la presentación de una memoria justificativa, no serán revisados por la autoridad hidráulica, no obstante se trate de volúmenes que pueden llegar a representar usos intensivos del recurso hídrico⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ Véase el artículo 147 bis inciso 2º del Código de Aguas.

⁶⁸⁷ TAPIA FIGUEROA, R., *¿Existe la obligación de justificar la necesidad del caudal de agua que se solicita del Estado?* [en línea]. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile-BCN Blog Legal. Un espacio de conversación de temas jurídicos y legislativos. Noviembre 2008. Recuperado el 28 de enero 2012 de <<http://bloglegal.bcn.cl/content/view/324550/Existe-la-obligacion-de-justificar-la-necesidad-del-caudal-de-agua-que-se-solicita-del-Estado.html>>.

⁶⁸⁸ Como por ejemplo, el caso de riego de hasta 20 hectáreas de suelo en territorios ubicados al sur de la Región Metropolitana. Cfr.: TAPIA FIGUEROA, R., *¿Existe la obligación de justificar...?*, *op. cit.*

La tercera y última circunstancia relacionada con la desvinculación del agua respecto de la tierra a la cual estaba destinada, guarda relación con el régimen de inscripción de títulos. En la legislación anterior, y siguiendo los parámetros previstos por la reforma agraria que se desarrollaba en el país, los derechos de aprovechamiento de las aguas eran únicamente considerados como concesiones administrativas, regidas por el Derecho administrativo. Como consecuencia de ello, no hubo lugar a transacciones particulares respecto del recurso hídrico. Entonces, lógicamente tampoco se generaron títulos respecto de los cuales hubiese que proceder a una inscripción en un registro del Conservador de Bienes Raíces⁶⁸⁹.

Con la entrada en vigor del Código de Aguas de 1981, y en atención a que respecto del derecho de aprovechamiento se ejerce una especie de propiedad cuya titularidad puede transferirse libremente a través de la celebración de actos o contratos entre privados, se hizo necesario regular un Registro de Aguas debido a las siguientes razones: En primer lugar, porque el derecho de aprovechamiento que se constituye originariamente por acto de autoridad se adquiere por la competente inscripción⁶⁹⁰, y en segundo lugar porque se establece que los actos y contratos traslativos de derechos de aprovechamiento se perfeccionan por escritura pública⁶⁹¹.

Con el objeto de cumplir con tales disposiciones legales, los Conservadores de Bienes Raíces deberán llevar un Registro de Aguas, en el cual deberán inscribir los títulos correspondientes⁶⁹².

Como esta ha sido la vía que la legislación estableció para hacer procedente la protección del derecho de propiedad sobre los derechos de

⁶⁸⁹ En el Derecho civil chileno, la forma como se practica la tradición de los bienes raíces, y por tanto, la transferencia del dominio respecto de tales bienes, es mediante la correspondiente inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces. Véase el artículo 686 y siguientes del Código Civil.

⁶⁹⁰ Véase el artículo 20 del Código de Aguas.

⁶⁹¹ Véase el artículo 113 del Código de Aguas.

⁶⁹² Véase el artículo 112 del Código de Aguas.

aprovechamiento, pareciera ser que “todo derecho ha de tener escrituras y registros”⁶⁹³, pero esta es una afirmación equivocada, y está lejos de lograr la regularización de los derechos de aprovechamiento existentes.

La regularización de los títulos, es decir, el reconocimiento de su existencia, mediante la inscripción en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces, solo resulta eficaz respecto de aquéllos derechos de aprovechamiento que han sido adquiridos durante la vigencia de la actual legislación. Sin embargo, estos no son los únicos títulos legítimos que facultan a un particular para poseer un derecho de aprovechamiento, como ocurre en el caso de los derechos reconocidos por la ley en general, o en especial los originados en usos consuetudinarios⁶⁹⁴; o cuya subsistencia haya sido declarada⁶⁹⁵; o aquellos derechos constituidos antes de 1981 que carezcan de formalización; o cualquier otro derecho (reconocido por alguna ley especial) que carezca de las formalizaciones necesarias, o incluso, en su caso, que no tenga ninguna inscripción⁶⁹⁶.

Respecto de los derechos que reconoce la ley por su solo ministerio, denominados “usos mínimos” o “limitados”⁶⁹⁷, aún cuando baste el

⁶⁹³ VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. II, *op cit.*, p. 346.

⁶⁹⁴ Véase el artículo 7 del Decreto Ley N° 2.603/1979 de 23 de abril que Modifica y Complementa Acta Constitucional N° 3; y Establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y facultades para el establecimiento del régimen general de las aguas: “Se presumirá dueño de derecho de aprovechamiento a quien lo sea del inmueble que se encuentre actualmente utilizando dichos derechos. En caso de no ser aplicable la norma precedente, se presumirá que es titular del derecho de aprovechamiento quien se encuentre actualmente haciendo uso efectivo del agua”.

⁶⁹⁵ Véase el artículo 310 del Código de Aguas: “Subsistirán los derechos de aprovechamiento reconocidos por sentencia ejecutoriada a la fecha de promulgación de este Código, y los que emanen: 1. De mercedes concedidas por autoridad competente, sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 2° y 5° transitorios; 2. De los artículos 834, 835 y 836 del Código Civil, con relación a los propietarios riberanos y del artículo 944 del mismo Código, adquirido durante la vigencia de estas disposiciones, siempre que estén en actual uso y ejercicio, y 3. De prescripción”.

⁶⁹⁶ Para todos estos casos, el Código de Aguas estableció un procedimiento para poder formalizarlos, en sus artículos 1°, 2° y 5° Transitorios. Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. II, *op cit.*, p. 346 y ss.

⁶⁹⁷ Ejemplo de ello son los usos que se ejercen “sobre las aguas que corresponden a vertientes (...), las aguas de los lagos menores (...), de lagunas y pantanos situados dentro de una sola propiedad y en las cuales no existan derechos de aprovechamiento constituidos a favor de terceros”, en cuyo caso “la propiedad de estos derechos de aprovechamiento

reconocimiento *ipso jure*, por un tema de seguridad jurídica, al particular que adquiere este derecho se le faculta para solicitar e inscribirlo previo reconocimiento judicial⁶⁹⁸.

5.2. Es un derecho que originariamente se adquiere a título gratuito y a perpetuidad

El titular de un derecho de aprovechamiento, al adquirirlo originariamente mediante el acto de autoridad, no está obligado a pagar un precio por él, se trata de un derecho obtenido a título gratuito.

La administración hidráulica, en consecuencia, frente a una solicitud de derechos de aprovechamiento deberá concederlo poniendo únicamente atención al cumplimiento de ciertos requisitos⁶⁹⁹: i) que la solicitud sea legalmente procedente, ii) que se constate técnicamente que existen recursos de aguas disponibles en la fuente natural y iii) que el nuevo uso no afecte a antiguos titulares de derechos vigentes⁷⁰⁰.

pertenece, por el solo ministerio de la ley, al propietario de las riberas", conforme lo dispone el artículo 20 inciso 2º del Código de Aguas; y los usos que se ejercen sobre las aguas procedente de "pozos para las bebidas y usos domésticos" y aquéllas halladas en las labores mineras "mientras conserven el dominio de sus pertenencias y en la medida necesaria para la respectiva exploración", según lo dispuesto en el artículo 56 del Código de Aguas.

⁶⁹⁸ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. II, *op cit.*, p. 350.

⁶⁹⁹ De conformidad con la Ley 20.017/2005 de 16 de junio, se introdujo al Código de Aguas un nuevo elemento: el caudal ecológico mínimo; que deberá ser considerado por la autoridad hidráulica al momento de otorgar un nuevo derecho de aprovechamiento. En tal sentido establece el artículo 129 bis 1 que "Al constituir los derechos de aprovechamiento de aguas, la Dirección General de Aguas velará por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente, debiendo para ello establecer un caudal ecológico mínimo, el cual sólo afectará a los nuevos derechos que se constituyan, para lo cual deberá considerar también las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial". Véase el apartado 8.2.2 de este Capítulo *infra*.

⁷⁰⁰ Véase el artículo 141 inciso 3º del Código de Aguas: "Si no se presentaren oposiciones dentro del plazo se constituirá el derecho mediante resolución de la Dirección General de Aguas, siempre que exista disponibilidad del recurso y fuere legalmente procedente. En caso contrario denegará la solicitud". Cfr.: VERGARA BLANCO, A., "Perspectiva y Prospectiva Jurídica...", *op. cit.*, p. 11.

La conservación del derecho de aprovechamiento de las aguas tampoco está sujeta al pago de impuestos o gravámenes de ninguna naturaleza⁷⁰¹. Ello constituye una situación de excepción de la legislación impositiva chilena ya que derecho de propiedad que recae sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas es el único cuyo mantenimiento no implica coste alguno para su titular⁷⁰².

Se advierte, asimismo, que los derechos de aprovechamiento son otorgados por la autoridad hidráulica a perpetuidad, es decir, la ley no establece ni plazos ni condiciones extintivas en el ejercicio de este derecho. Por tanto, no estará sujeto a una fecha de vencimiento y tampoco a causa de caducidad⁷⁰³. “Esta situación constituye una transferencia de riqueza a los particulares, de un Bien Nacional de uso Público, claramente anómala”⁷⁰⁴.

⁷⁰¹ Cabe señalar, que este fue un punto de controversia dentro de la génesis del Código de Aguas de 1981. Hemos visto que los gestores del nuevo ideario neoliberal que conforma la norma fueron principalmente un grupo de economistas de la Pontificia Universidad Católica de Chile especializados en la Universidad de Chicago bajo la dirección de Milton Friedman, razón por la cual también son conocidos como los *Chicago boys*. Fueron ellos quienes formularon la política económica general para los años posteriores a la dictadura militar chilena (véase: SANFUENTES VERGARA, E (dir.), *El Ladrillo. Bases de la política económica del gobierno militar chileno*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1992). Bajo la influencia de esta escuela se dictó el Decreto Ley 2.603/1979 de 23 de abril que Modifica y Complementa Acta Constitucional N° 3; y Establece normas sobre derechos de aprovechamiento de aguas y facultades para el establecimiento del régimen general de las aguas, el cual, en su artículo 3 inciso final establecía que “*Las contribuciones del inmueble propiamente tal y las de los derechos de aprovechamiento se pagarán separadamente, quedando en igual forma sujetas a los procedimientos y sanciones legales por el incumplimiento en dichos pagos*”. En consecuencia, establecía una innovación, toda vez que los derechos de agua iban a estar sujetos a impuestos como cualquier otro bien raíz. Los economistas del gobierno argumentaron que mediante el establecimiento de tipos impositivos sobre los derechos de aprovechamiento se fomentaría la eficiencia económica, así como la conservación de las aguas, al alentar a los propietarios de derechos de aguas a percibir ésta como una mercancía y un bien económico más que como un atributo gratuito, incentivándolos a vender cualquier caudal de aguas no utilizado o excedente, con la finalidad de reducir su carga tributaria. Sin embargo, esta lógica fue ferozmente debatida dentro del gobierno, en atención a que el sector más conservador defendía los intereses del sector agrícola, quienes, al ser los mayores usuarios del agua en aquellos años, no vieron con buenos ojos el elevado coste que tendrían que pagar por el uso del recurso. Finalmente, el Código de Aguas de 1981 abandonó el sistema propuesto de impuestos a los derechos de aguas y no impuso ningún otro tipo de tasa, ya fuese para adquirir nuevos derechos de agua de parte de la autoridad hidráulica como para conservarlos. (Cfr.: BAUER, C. J., *Canto de Sirenas...*, *op. cit.*, pp. 76 y ss.).

⁷⁰² Cfr.: ALEGRÍA CALVO, M.A. (*et al*), “El Mercado de Aguas...”, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁰³ Esta también es una novedad introducida en el Código de Aguas de 1981. Conforme la normativa anterior, el Decreto 162 /1969 de 12 de marzo, que fija el texto sistematizado del Código de Aguas (derogado) se establecían causales de caducidad del derecho de aprovechamiento, conforme lo disponía el artículo 30: “*La Dirección General de Aguas podrá*

Una vez conocidas estas características de gratuidad y de perpetuidad, y teniendo en cuenta que la autoridad hidráulica está facultada para conceder un derecho de aprovechamiento de aguas sin que sea necesario que el solicitante justifique su uso o siquiera se comprometa al uso o aprovechamiento productivo del recurso, es posible vislumbrar la razón por la cual se han generado arduas discusiones entre los distintos sectores de la sociedad tanto a nivel nacional como internacional.

Como afirma PEÑA TORREALBA, “como era previsible, un sistema de asignación (único en el mundo) mediante el cual un bien económico de la importancia del agua es entregado a perpetuidad a quien lo solicite, sin ninguna obligación ni costo, conduce a la transferencia masiva a manos de aquellos que, conociendo el vacío legislativo existente, están en condiciones de apreciar la enorme importancia estratégica de los recursos hídricos para el desarrollo nacional”⁷⁰⁵.

En consecuencia, y verificándose una serie de análisis empíricos acerca del funcionamiento de este método de asignación de recursos hídricos⁷⁰⁶ es

declarar caducados en todo o en parte los derechos de aprovechamiento, cualquiera que haya sido su origen, en los siguientes casos: a) Si no se utilizaren las aguas durante dos años consecutivos o si cesare la utilización para la cual se concedió el derecho de aprovechamiento; b) Si se da a las aguas una utilización diversa de la señalada en la concesión infringiendo lo dispuesto en el artículo 39 de este Código; c) Si se cede el derecho de aprovechamiento infringiendo lo dispuesto en el artículo 12 de este Código; d) Si se extrajeren aguas de un cauce natural infringiendo lo dispuesto en el artículo 54 de este Código; y e) Si el titular del derecho de aprovechamiento no efectuare en las obras hidráulicas, dentro del plazo que la Dirección General de Aguas le señale, las modificaciones o reparaciones necesarias para la seguridad de ellas mismas, de las poblaciones o caminos y otras de interés general”.

⁷⁰⁴ PEÑA TORREALBA, H., “Modificaciones al Código de aguas...”, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁰⁵ *Ibid.*

⁷⁰⁶ A este respecto véase el Capítulo IV de BAUER, C. J., *Canto de Sirenas...*, *op. cit.*, pp. 115-175; DONOSO HARRIS, G. (*et al*), “Análisis de los Mercados de Derechos de Aprovechamiento de Agua en las Cuencas del Maipo y el Sistema Paloma en Chile: Efectos de la variabilidad en la oferta hídrica y de los costos de transacción, en: EMBID IRUJO, A. (dir.), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del 3º milenio*, T. I, Civitas, Madrid, 2002, pp. 109-151; HEARNE, R. Y EASTER K.W., “Economic and Financial Returns from Chile’s Water Markets”, en: EASTER, K. W., ROSEGRANT, M. Y DINAR, A. (edts.) *Markets for Water. Potencial and performance*, Kluwer Academics Publishers, Boston/USA, 1998, pp. 159-171; HADJIGEORGALIS, E. Y RIQUELME, C., “Análisis de los Precios de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas en el Río

posible resaltar que, en la mayoría de los casos, se produjeron prácticas especulativas constituidas por el acaparamiento de los derechos de aprovechamiento cuyos titulares no tenían ninguna intención de hacer un uso efectivo del recurso, únicamente perseguían la obtención de lucro con las eventuales fluctuaciones al alza que obtuvieran las aguas.

Esta situación significó trabas artificiales para el uso de los recursos hídricos por parte de los verdaderos interesados en el aprovechamiento de las aguas⁷⁰⁷, desvirtuando así la teoría propuesta por los ideólogos de este nuevo sistema de asignación de recursos hídricos, obteniendo como resultado un mercado de aguas que en la práctica, y en la mayor parte de los casos, ha resultado ser ineficiente, ineficaz e inflexible, además de las innumerables externalidades negativas⁷⁰⁸ que derivaron de su aplicación⁷⁰⁹.

Tal realidad causó mucha controversia en los sectores políticos. Posteriormente, con el regreso de la democracia, fue una de las principales motivaciones que tuvieron los legisladores para llevar a cabo una serie de modificaciones al Código de Aguas⁷¹⁰.

Persiguiendo el mismo objetivo básico con el que se planteó la reforma respecto de la justificación de los usos del recurso hídrico⁷¹¹, es decir, lograr terminar con las prácticas de acaparamiento de las aguas que distorsionan el funcionamiento del mercado del agua e intentado salvar el hecho de que

Cachapoal”, *Ciencia e Investigación Agraria* N° 29 (2), Facultad de Agronomía e Ingeniería Forestal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002, pp. 91-100; entre otros.

⁷⁰⁷ Cfr.: PEÑA TORREALBA, H., “Modificaciones al Código de aguas...”, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁰⁸ Se señalan como externalidades negativas producidas por las distorsiones del mercado de derechos de aprovechamiento: los impactos sobre la equidad social, los impactos sobre la sostenibilidad ambiental, los impactos sobre el desarrollo regional, entre otros.

⁷⁰⁹ Acerca del funcionamiento del mercado como instrumento de asignación de recursos hídricos, sus ventajas e inconvenientes, véase el apartado 9.3 de este Capítulo *infra*.

⁷¹⁰ Reformas que tardaron aproximadamente 15 años en ver la luz, con la publicación de la Ley 20.017/2005 de 16 de junio, que modifica el Código de Aguas.

⁷¹¹ Referente a la incorporación del requisito de presentación de una Memoria Justificativa al momento de solicitar un derecho de aprovechamiento de las aguas, conforme se ha analizado previamente.

los derechos de aprovechamiento sean otorgados por la autoridad hidráulica a título gratuito, la Ley 20.017/2005 de 16 de junio⁷¹² incorpora al Código de Aguas el Título XI “*Del Pago de Una Patente por la No Utilización de las Aguas*”⁷¹³.

No habiendo logrando consenso con el pago de una tarifa, impuesto o canon por el uso del agua, se logró formular, en su lugar, un sistema de imposición del pago de una patente a aquellos titulares que no utilizan los derechos solicitados, el cual “queda definido como una patente anual a beneficio fiscal a la cual quedan afectos, en la proporción no utilizada de sus respectivos caudales, los derechos de agua respecto de los cuales sus titulares no hayan construido las obras de captación en los casos de derechos consuntivos, y de captación y restitución en el caso de no-consuntivos”⁷¹⁴.

Si bien la implementación de la patente de no uso ha resultado efectiva, en la mayor parte de los casos, respecto a su recaudación⁷¹⁵, no ha producido el mismo efecto respecto a los objetivos de fondo que perseguía. Las grandes empresas que habían acaparado el recurso, no se han desprendido de él mediante transacciones en el mercado, o bien mediante la renuncia a su derecho de aprovechamiento. Por otro lado, la aplicación de este instrumento podría estar causando un efecto colateral no previsto: mayor presión sobre los recursos hídricos, toda vez que induce al despilfarro del

⁷¹² MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. Ley 20.017/2005 de 16 de junio, que modifica el Código de Aguas.

⁷¹³ Véanse los artículos 129 bis 4 a 129 bis 21 del Código de Aguas.

⁷¹⁴ VALENZUELA JENSEN, C., “La patente por la no-utilización de las aguas en Chile: origen, diseño y primeras experiencias en su implementación”, En *Programa de Pasantías y Prácticas Profesionales*, División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, [s.a.], p. 10.

⁷¹⁵ “La información consignada en la web del servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas, señaló que el Fisco recaudará este año más de US\$ 63 millones por concepto de cobro de patentes de derechos de aprovechamiento de aguas no utilizados en el país”. Véase: LA OPINIÓN [en línea], Derechos de agua: Uno de los mayores caudales no usados se concentra en La Araucanía. Recuperado el 01 de febrero 2012 de <<http://www.laopinon.cl/noticia/sociedad/derechos-de-agua-uno-de-los-mayores-caudales-no-usados-se-concentra-en-la-araucania>>. Véase también: DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, Resolución DGA (Exenta) 4.200/2011 de 28 de diciembre, que fija listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patente a beneficio fiscal por no utilización de las aguas.

agua, especialmente en la zona del norte árido de Chile, donde la escasez de agua podría agravarse si los derechos sin uso comienzan a utilizarse efectivamente por titulares cuya única finalidad es eludir el pago de la patente.

Finalmente, cabe agregar, que este mecanismo no es ambientalmente sostenible, toda vez que no induce a la conservación del recurso hídrico y desconoce de plano los usos “no productivos” del agua⁷¹⁶.

5.3. Se expresa en volumen por unidad de tiempo

Así lo dispone el artículo 7 del Código de Aguas, sin especificar en concreto la medida del volumen o la unidad de tiempo que debiera utilizarse. Las denominaciones que se han empleado en la práctica para expresar el volumen y la unidad de tiempo han sido: litros por segundo o metros cúbicos por segundo, con sus abreviaciones l/s o m³/s. Esta forma de medir la cantidad del derecho de aprovechamiento constituyó una novedad del Código de 1981, ya que anteriormente las denominaciones eran convencionales, aunque con la Ley 16.640/1967 de 28 de Julio sobre Reforma Agraria, se introdujo la expresión “regador” de aguas, cuya cuantía exacta nunca fue claramente determinada⁷¹⁷.

Para salvar esta situación, y con la finalidad de uniformar la expresión de la cantidad del derecho de aprovechamiento, la normativa vigente estableció que *“Los derechos de aprovechamiento otorgados con anterioridad a este Código, y que no estén expresados en volumen por unidad de tiempo, se entenderán equivalentes al caudal máximo legítimamente aprovechado en*

⁷¹⁶ “En este sentido, parece de cierta manera ajeno a justicia, el hecho de que los privados que desean comprar derechos para usos ecológicos, ambientales, recreativos u escénicos, se encuentren ante condiciones tan desalentadoras, pues están obligados a pagar la patente por no utilización (...), especialmente si se considera que ciertos sectores económicos en alza, como el turismo, no se encuentran en un estado de igualdad jurídica y, por cierto, económica, frente al resto de las actividades económicas lícitas”. Véase: SAAVEDRA CRUZ, J. I., “Las Aguas como Bien Nacional...”, *op. cit.*, p. 226.

⁷¹⁷ Cfr.: SEGURA RIVEIRO, F., *Derecho de Aguas*, *op. cit.*, p. 51.

*los cinco años anteriores a la fecha que se produzca controversia sobre su cuantía*⁷¹⁸.

5.4. Concede al titular ciertas prerrogativas para que pueda ejercitar el derecho de aprovechamiento

El que tiene un derecho de aprovechamiento lo tiene, igualmente, a los medios necesarios para ejercitarlo. En consecuencia, si al titular se le ha otorgado un derecho de aprovechamiento respecto de las aguas que se encuentran en una fuente situada en una propiedad vecina vecina, tendrá también derecho de tránsito para ir a ella, aunque no se haya establecido en el título⁷¹⁹.

Asimismo, el titular de un derecho de aprovechamiento puede realizar, a su costa, las obras indispensables para ejercitarlo⁷²⁰, para lo cual también se le faculta a “constituir las servidumbres que sean necesarias para llevar las aguas desde el cauce natural o artificial del que las tome hasta el predio u obra en que ha de utilizarlas. Estas obras son de naturaleza diversa según la geografía de los lugares, típicamente se trate de acueductos y/o la construcción de bocatomas en predio ajeno”⁷²¹, y respecto de las cuales habrá que pagar la correspondiente indemnización⁷²².

Finalmente, si el titular necesita utilizar parte de terrenos de dominio público como única forma para hacer efectivo el ejercicio de su derecho de aprovechamiento, se le precederá a hacer concesión de dichos bienes demaniales⁷²³.

⁷¹⁸ Véase el artículo 309 del Código de Aguas.

⁷¹⁹ Véase el artículo 8 del Código de Aguas.

⁷²⁰ Véase el artículo 9 del Código de Aguas.

⁷²¹ SEGURA RIVEIRO, F., *Derecho de Aguas, op. cit.*, p. 52.

⁷²² Dispone el artículo 25 del Código de Aguas que “*El derecho de aprovechamiento conlleva, por el solo ministerio de la ley, la facultad de imponer todas las servidumbres necesarias para su ejercicio, sin perjuicio de las indemnizaciones correspondiente*”.

⁷²³ Véase el artículo 26 del Código de Aguas.

6. SUJETOS VINCULADOS AL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

Son varios los sujetos que pueden verse involucrados frente a un derecho de aprovechamiento. Si bien, en líneas generales se advierte que intervienen el titular y la administración pública, se observa que el primero puede además estar vinculado a una asociación de usuarios de aguas, y que la administración pública puede hacerse presente en distintos planos dependiendo del objetivo que se persiga con el ejercicio del derecho de aprovechamiento que se trate⁷²⁴.

A pesar de la presencia eventual de las distintas administraciones, existe una en específico que inevitablemente estará presente en cada uno de los actos de constitución originaria de los derechos de aprovechamiento de aguas conforme a la legislación vigente: la Dirección General de Aguas.

6.1. El titular del derecho de aprovechamiento de las aguas

El Código de Aguas no hace un análisis concreto y exhaustivo acerca de la persona del titular del derecho de aprovechamiento de aguas. Las disposiciones que hacen referencia a este sujeto interviniente se encuentran, por tanto, diseminadas a lo largo del mencionado cuerpo legal.

El artículo 5 del Código de Aguas parte de la base que son “los particulares” lo que están facultados para ser titulares del derecho de aprovechamiento de las aguas, al disponer que “*Las aguas son bienes nacionales de uso público y se otorga a los particulares el derecho de aprovechamiento de ellas, en conformidad a las disposiciones del presente Código*”. A continuación, el inciso 2º del artículo 6 el Código de Aguas hace referencia

⁷²⁴ Interviene el Ministerio de Medio Ambiente y el Servicio de Evaluación Ambiental, cuando se cumpla un fin de proteger el medio ambiente, interviene el Consejo Nacional de Energía, cuando la finalidad sea la implementación de centrales hidroeléctricas, la Superintendencia de Servicios Sanitarios cuando la finalidad sea el abastecimiento de agua potable y alcantarillado, entre otros.

expresa a la persona del titular indicando 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*”.

Se puede determinar *prima facie*, previo análisis de estas normas, que el legislador equipara los conceptos de “particular” y “titular”. Aparentemente no existe conflicto en considerar que en el concepto de particulares contempla tanto a las personas naturales como jurídicas que actúen en el ámbito privado. El cuestionamiento surge respecto a la posibilidad de que tal persona jurídica sea el Estado. La respuesta la encontramos también en la teoría de la *summa divisio* de los bienes, la cual determina que el Estado puede adquirir y disponer de ciertos bienes, siempre y cuando lo haga en calidad de Fisco, para lo cual le serán aplicables todas las normas correspondientes del Derecho privado, es decir, actúa en calidad de particular⁷²⁵. En el CA, se encuentra plasmada esta teoría, específicamente respecto al tema de obras hidráulicas destinadas al riego, en su artículo 11 Transitorio, el cual señala que “La Dirección General de Aguas, a petición de la Comisión Nacional de Riego y previo informe de la Dirección de Riego, otorgará derechos de aprovechamiento en las obras de riego por el Estado y total o parcialmente terminadas”.

Si bien es cierto que cada titular de derechos de aprovechamiento de aguas, sea esta persona física o jurídica, detenta sus facultades de uso y goce del recurso de manera individual, no es menos cierto que estas facultades serán ejercidas en conjunto con otros posibles titulares que también tengan derechos de aprovechamiento respecto al mismo cauce o acuífero. El Código de Aguas, respetando el principio de “libertad de uso”, reconoce a los titulares la atribución de gestionar las aguas objeto de su derecho de aprovechamiento, quienes la ejercen mediante las fórmulas asociativas dotadas de personalidad jurídica propia. Finalmente, corresponderá a esta

⁷²⁵ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., “El novísimo derecho de bienes públicos y recursos naturales en Chile. Publicatio y derechos reales administrativos”, *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica* N° 49, 2004, pp. 575-589.

persona jurídica, creada por cada uno de los titulares que conforman la comunidad de aguas, ejercer todas las atribuciones necesarias para gestionar el recurso hídrico, distribuyendo a cada uno de los usuarios la cuota que le corresponda en atención a la medida del derecho de aprovechamiento que detente⁷²⁶.

6.2. Las Organizaciones de Usuarios de aguas

La normativa que regula a estas organizaciones de usuarios está conformada básicamente por el Título III del Libro II del Código de Aguas⁷²⁷.

Resulta interesante destacar el concepto elaborado por MUÑOZ ESCUDERO, que toma como base la disposición contenida en el artículo 186 del Código de Aguas⁷²⁸, en atención a que hace referencia a todos los elementos que conforman a estas organizaciones y a sus respectivas funciones, entendiéndolas como “aquellas entidades, sin fines de lucro, con personalidad jurídica, reguladas principalmente en el Código de Aguas y que tienen por objeto, fundamentalmente, administrar las fuentes o cauces de aguas, según el caso, sobre los cuales ejercen competencia y/o las obras a través de las cuales ellas son captadas, conducidas y/o almacenadas;

⁷²⁶ Véase el artículo 186 del Código de Aguas: “Si dos o más personas tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo canal, embalse, o aprovechan las aguas de un mismo acuífero, podrán reglamentar la comunidad que existe como consecuencia de este hecho, constituirse en asociación de canalistas o en cualquier tipo de sociedad, con el objeto de tomar las aguas del caudal matriz, repartirlas entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento. En caso de cauces naturales podrán organizarse como junta de vigilancia”.

⁷²⁷ Se refieren también a estas organizaciones otros artículos del mismo Código de Aguas, el Código Civil, en la parte que regula a las personas jurídicas, el Decreto Supremo N° 187 del Ministerio de Obras Públicas, de 2 de mayo de 1983 que establece el “Reglamento sobre registro de Organizaciones de Usuarios”, entre otras de menor entidad.

⁷²⁸ Artículo 186 del código de Aguas: “Si dos o más personas tienen derechos de aprovechamiento en las aguas de un mismo canal, embalse, o aprovechan las aguas de un mismo acuífero, podrán reglamentar la comunidad que existe como consecuencia de este hecho, constituirse en asociación de canalistas o en cualquier tipo de sociedad, con el objeto de tomar las aguas del canal matriz, repartirlas entre los titulares de derechos, construir, explotar, conservar y mejorar las obras de captación, acueductos y otras que sean necesarias para su aprovechamiento. En el caso de cauces naturales podrán organizarse como junta de vigilancia”.

distribuir y, excepcionalmente, redistribuir las aguas entre sus miembros; y resolver determinados conflictos entre éstos entre sí o entre éstos y la propia organización”⁷²⁹.

Se caracterizan por estar constituidas eminentemente como personas jurídicas de derecho privado pese a que cumplen funciones de carácter público. En consecuencia, por tratarse de un acuerdo *inter privatos*, rige el principio de la autonomía de la voluntad y aún cuando se encuentra restringida en todo lo que se encuentre expresamente previsto por el Código de Aguas (con mayor libertad relativa respecto a la administración de la propia organización), las fórmulas por las que la autoridad administrativa e incluso la judicial podrían eventualmente involucrarse en tales organizaciones son de carácter excepcional y únicamente para casos de sequía o en caso de comisión de faltas graves o abusos en la distribución de aguas, o para investigar la gestión económica de la organización⁷³⁰.

Conforme lo dispone el artículo 193 del Código de Aguas; “*El derecho de cada uno de los comuneros sobre el caudal común será el que conste de sus respectivos títulos*” y se encuentran expresados en acciones. Define, MUÑOZ ESCUDERO, a cada una de estas acciones como “la parte alícuota que, respecto de las aguas que se captan, conducen, embalsan y/o distribuyen a través de las obras comunes sometidas a la competencia de una comunidad de aguas y, respecto de tales obras, le corresponde a cada comunero”⁷³¹.

El Código de Aguas contempla expresamente las siguientes personas jurídicas específicas que encajan dentro del concepto de organizaciones de

⁷²⁹ MUÑOZ ESCUDERO, G., “Las organizaciones de usuarios de aguas en general” en, VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, p. 838.

⁷³⁰ Cfr: *Ibid*, p. 841.

⁷³¹ MUÑOZ ESCUDERO, G., “Derecho de los comuneros sobre el caudal común” en, VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, p. 856.

usuarios: las comunidades de aguas⁷³², las⁷³³, las asociaciones de canalistas⁷³⁴ y las juntas de vigilancia⁷³⁵. Respecto de cada una de ellas, es destacable el análisis realizado por MUÑOZ ESCUDERO, de quien recopilamos las siguientes definiciones⁷³⁶.

Las comunidades de aguas se pueden contemplar como “aquellas organizaciones de usuarios de aguas que se forman entre dos o más personas que tienen derechos de aprovechamiento de aguas en un mismo canal, embalse o que aprovechan las aguas de un mismo acuífero”⁷³⁷. Las asociaciones de canalistas son muy similares a las comunidades de agua en todo lo referente a sus finalidades, objetivos y estructura interna. Sin embargo, su naturaleza jurídica es distinta: trátase de corporaciones⁷³⁸. Estas se rigen conforme a las reglas de la comunidad “en cuanto sean compatibles con su naturaleza”⁷³⁹ y persiguen fines de lucro⁷⁴⁰. Finalmente, se encuentran las juntas de vigilancia, las cuales se entienden como “aquellas organizaciones de usuarios de aguas formadas por las personas naturales o jurídicas y por las otra organizaciones de usuarios de aguas que en cualquier forma aprovechen aguas superficiales o subterráneas de una misma cuenca y hoya hidrográfica; y que tienen por objeto administrar y distribuir tales aguas entre sus miembros de acuerdo con sus respectivos

⁷³² Desde el artículo 187 hasta el artículo 251 del Código de Aguas.

⁷³³ Desde el artículo 252 hasta el artículo 256 del Código de Aguas.

⁷³⁴ Desde el artículo 257 hasta el artículo 262 del Código de Aguas.

⁷³⁵ Desde el artículo 263 hasta el artículo 282 del Código de Aguas.

⁷³⁶ Debido a que el estudio de las organizaciones de usuarios excede los límites del presente trabajo, únicamente incorporaremos las definiciones correspondientes para efectos orientativos.

⁷³⁷ MUÑOZ ESCUDERO, G., “Organización convencional de las comunidades de aguas” en, VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, p. 844.

⁷³⁸ Cfr.: MUÑOZ ESCUDERO, G., “Consideraciones generales sobre las asociaciones de canalistas y quiénes pueden organizarse de la misma manera” en, VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, p. 988.

⁷³⁹ Véase CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 6 de diciembre de 1983, *Dictamen N° 27.690*.

⁷⁴⁰ CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 5 de mayo de 1986, *Fallos del Mes N° 330 Año 28*, Santiago de Chile, 1986, p. 195.

derechos, explotar y conservar las obras de aprovechamiento común, construir nuevas obras relacionadas con esos objetos y mejorar las existentes, con autorización de la Dirección General de Aguas, y realizar los demás fines que les encomiende la ley”⁷⁴¹.

6.3. El rol de la Administración Pública: La Dirección General de Aguas

La institucionalidad hidráulica chilena encargada de desarrollar la actual política de gobierno sobre los recursos hídricos está conformada por una serie de administraciones⁷⁴² que ejercen su actividad en distintos niveles⁷⁴³. Un primer nivel guarda relación con las grandes decisiones políticas respecto al recurso hídrico, que son tomadas por el Presidente de la República, el Ministerio de Obras Públicas (MOP) y por el Consejo de la Comisión Nacional de Riego⁷⁴⁴. El segundo nivel está determinado por las funciones de carácter normativo y se integra principalmente por la Dirección General de Aguas (DGA) y por la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS), ambas dependientes del Ministerio de Obras Públicas. Finalmente,

⁷⁴¹ Cfr.: MUÑOZ ESCUDERO, G., “Las Juntas de Vigilancia” en, VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, p. 998.

⁷⁴² Así también lo señala SOTO OYARZÚN, “En lo que respecta a la función estatal sobre los recursos hídricos no existe en Chile una única autoridad, ni menos autónoma, encargada de la gestión, administración y protección de las aguas. Tampoco existe como tal la figura de la autoridad de cuenca, que responde a enfoques ecosistémicos ausentes en el país y donde predominan aún (...) los enfoques sectorialistas y mercantilistas que conciben el agua como un recurso natural más del mercado y además separado e inconexo del resto”. Véase: SOTO OYARZÚN, L. “Capítulo VI. Chile”, en IZA, A Y ROVERE M. (eds.), *Gobernanza del Agua en América del Sur: dimensión ambiental*, UICN Serie de Política y Derecho Ambiental N° 53, Cambridge, Reino Unido, Editores del Puerto, 2006, p. 219.

⁷⁴³ Cabe indicar que existen otras administraciones públicas que también son competentes en materia de aguas y que no aparecen contempladas en este trabajo toda vez que no se vinculan al tema específico de derechos de aprovechamiento de aguas, como son: la Corporación de Fomento de la Producción (propietaria de acciones de las compañías estatales de electricidad y agua potable); el Servicio Agrícola y Ganadero, el Instituto de Desarrollo Agropecuario; la Comisión Nacional de Energía, entre otros.

⁷⁴⁴ La Comisión Nacional de Riego depende del Ministerio de Economía. El Consejo de la Comisión Nacional de Riego está integrado por ministro de distintas carteras; de Economía, Obras Públicas, Agricultura, Hacienda y del Ministerio de Planificación y Cooperación (MIDEPLAN). Véase el artículo 2 letra a) del Decreto con Fuerza de Ley 7/1983 de 24 de agosto, que crea la Comisión Nacional de Riego.

el tercer nivel de carácter ejecutivo corresponde a la Dirección de Obras Hidráulicas, también dependiente del Ministerio de Obras Públicas⁷⁴⁵.

A pesar de que todas las instituciones anteriormente nombradas son relevantes con respecto a la gestión de del agua en Chile, este estudio se centrará particularmente en las funciones ejercidas por la Dirección General de Aguas, en atención a que es el organismo encargado de aplicar el Código de Aguas y de ejercer una serie de facultades respecto al uso privativo de las aguas⁷⁴⁶.

El Título II del Código de Aguas se refiere íntegramente a la Dirección General de Aguas. Sin embargo, a pesar de la extensión de tal disposición normativa, al intentar definir esta administración no hace más que señalar que se trata de un servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas⁷⁴⁷, para luego disponer las normas referentes a sus funciones.

En la doctrina, la conceptualización de la Dirección General de Aguas se establece en atención a las funciones que esta ejerce. En este sentido, para LARRAÍN RUIZ TAGLE, se trataría de una “instancia gubernamental (...) encargada del cumplimiento de la legislación y del desarrollo de la política nacional de los recursos hídricos, como también del control y planificación de su uso”⁷⁴⁸. Para DONOSO HARRIS, la Dirección General de Aguas es una “agencia del gobierno responsable de la planificación, desarrollo y explotación de fuentes naturales de agua. Sus tareas específicas incluyen: administración del Servicio Hidrométrico Nacional, control de actividades de

⁷⁴⁵ Cfr.: LARRAÍN RUIZ TAGLE, S. M. (*et al*), *Agua: ¿Dónde está y de quién es? Para entender lo que ocurre con las aguas en Chile*, Programa Chile Sustentable, Propuesta Ciudadana para el Cambio, Santiago de Chile, Lom Ediciones, 2004, p. 33.

⁷⁴⁶ En este mismo sentido, SOTO OYARZÚN indica que “La Dirección General de Aguas tiene bajo su cargo ‘preferentemente’ lo concerniente al ‘uso’ de las aguas”. Véase: SOTO OYARZÚN, L. “Capítulo VI. Chile”, *op. cit.*, p. 219.

⁷⁴⁷ Véase el artículo 298 del Código de Aguas: “La Dirección General de Aguas es un servicio dependiente del Ministerio de Obras Públicas. El Jefe Superior de este servicio se denominará Director General de Aguas y será de la exclusiva confianza del Presidente de la República”.

⁷⁴⁸ LARRAÍN RUIZ TAGLE, S. M. (*et al*), *Agua: ¿Dónde está...*, *op. cit.*, p. 34.

las Juntas de Vigilancia, y aprobación de todo proyecto de mejoramiento hidráulico”⁷⁴⁹.

Resulta igualmente de utilidad, revisar la visión que tiene la propia Dirección General de Aguas acerca de sí misma, quien señala que “es el organismo del Estado que se encarga de promover la gestión y administración del recurso hídrico en un marco de sustentabilidad, interés público y asignación eficiente, como también de proporcionar y difundir la información generada por su red hidrométrica y la contenida en el Catastro Público de Aguas con el objeto de contribuir a la competitividad del país y mejorar la calidad de vida de las personas”⁷⁵⁰.

Finalmente, y no obstante la importancia del análisis de los distintos puntos de vista acerca de la conceptualización formulada por la Dirección General de Aguas, consideramos que aquella que se elabora en el documento editado por MORENO RUBIO puede aportar una mayor claridad respecto al estudio concreto acerca del uso privativo de las aguas, objeto de este trabajo. Este documento define a la Dirección General de Aguas, como “un organismo del Estado encargado de la administración de recursos hídricos en Chile, debiendo para ello desarrollar una serie de labores y actividades para dar cumplimiento a sus funciones, entre otras cosas, dirimir técnica y legalmente las materias de administración de recursos hídricos que se someten a su pronunciamiento cuando dicen relación con la adquisición y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas”⁷⁵¹.

La estructura interna de la Dirección General de Aguas⁷⁵² está conformada por una Dirección General; una Subdirección; tres Divisiones: Hidrología, Legal, Estudios y Planificación; tres Departamentos: Administración de

⁷⁴⁹ DONOSO HARRIS, G., “Chile: estudio de caso del Código...”, *op. cit.*, p. 31.

⁷⁵⁰ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Ministerio de Obras Públicas. Gobierno de Chile. [en línea], *Acerca de la DGA*. Recuperado el 28 de febrero 2012 de <<http://www.dga.cl/acercadeladga/Paginas/default.aspx>>.

⁷⁵¹ MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, *op. cit.*, [s.p.].

⁷⁵² Véase el Anexo I de Chile: Organigrama de la Dirección General de Aguas.

Recursos Hídricos, Conservación y Protección de Recursos Hídricos y Administrativo y Secretaría General; y cuatro unidades funcionales dependientes de la Subdirección: Centro de Información de Recursos Hídricos (CIRH), Fiscalización, Glaciología y Nieves, Organizaciones de Usuarios/as y Eficiencia Hídrica. La DGA cuenta, además con quince Direcciones Regionales de Aguas⁷⁵³.

A pesar que el Código de Aguas en su artículo 299⁷⁵⁴ establece una serie de atribuciones y funciones relacionadas con la gestión, planificación y vigilancia del recurso hídrico, que está a cargo de la Dirección General de Aguas, existen otras de igual o mayor importancia que se encuentran diseminadas a lo largo del mencionado cuerpo legal⁷⁵⁵.

⁷⁵³ DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Ministerio de Obras Públicas. Gobierno de Chile. [en línea], *Balance de Gestión Integral Año 2009*. Recuperado el 01 de marzo 2012 de <<http://www.dga.cl/acercadeladga/informesgestion/Documents/balancegestionintegral2009.pdf>>.

⁷⁵⁴ Véase el artículo 299 del Código de Aguas: “*La Dirección General de Aguas tendrá las atribuciones y funciones que este Código le confiere, y, en especial, las siguientes: a) Planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento; b) Investigar y medir el recurso. Para ello deberá: 1. Mantener y operar el servicio hidrométrico nacional y proporcionar y publicar la información correspondiente. 2. Encomendar a empresas u organismos especializados los estudios e informes técnicos que estime conveniente y la construcción, implementación y operación de las obras de medición e investigación que se requiera. 3. Propender a la coordinación de los programas de investigación que corresponda a las entidades del sector público y a las privadas que realicen esos trabajos con financiamiento parcial del Estado. Para la realización de estas funciones la Dirección General de Aguas deberá constituir las servidumbres a que se refiere el artículo 107; c) Ejercer la policía y vigilancia de las aguas en los cauces naturales de uso público e impedir que en éstos se construyan, modifiquen o destruyan obras sin la autorización previa del servicio o autoridad a quien corresponda aprobar su construcción o autorizar su demolición o modificación; d) En el caso de que no existan Juntas de Vigilancia legalmente constituidas, impedir que se extraigan aguas de los mismos cauces sin título o en mayor cantidad de lo que corresponda. Para estos efectos, podrá requerir el auxilio de la fuerza pública en los términos establecidos en el artículo 138 de este Código, y e) Supervigilar en funcionamiento de las organizaciones de usuarios, de acuerdo con los dispuesto en este Código*”.

⁷⁵⁵ Entre otras funciones que ha de ejercer la Dirección General de Aguas se destacan las siguientes: Deberá llevar un Catastro Público de Aguas, en el que constará toda la información que tenga relación con ellas (artículo 122 inciso 1º del Código de Aguas), deberá gestionar en nuevo régimen de cobro de patentes por la no utilización de las aguas (Título XI del Libro I del Código de Aguas); deberá establecer el caudal ecológico mínimo para cada fuente superficial con el fin de velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente (artículo 129 bis 1 del Código de Aguas).

No obstante el carácter exhaustivo de las mencionadas atribuciones en el articulado del Código, en términos generales, y en el aspecto que resulta relevante respecto de este estudio, las funciones de la DGA se relacionan especialmente con el otorgamiento de derechos de aprovechamiento de las aguas⁷⁵⁶. De esta forma, las facultades de uso y goce de que pueden ser titulares los particulares mediante el derecho de aprovechamiento quedan sujetos a la previa constitución de estos mediante la implementación de un procedimiento especial administrativo establecido en el Título I del Libro II del Código de Aguas⁷⁵⁷.

Si bien la legislación otorga una amplia gama de funciones a la Dirección General de Aguas, mucho se ha discutido acerca de la efectividad de las mismas, advirtiéndose, a través de la práctica, que “las funciones de gestión y planificación de la DGA son más bien nominales; las de policía y vigilancia muy limitadas; y la capacidad de implementación de programas de uso múltiple es muy reducida. Las facultades de la DGA son más bien limitadas, ya que no puede involucrarse en la distribución de las aguas, así como tampoco en las transacciones de derechos, ni en la resolución de conflictos de agua”⁷⁵⁸. El sistema, además, no responde a una visión integrada de los recursos hídricos, habida cuenta que separa las responsabilidades de asignación de las de gestión del recurso.

Estas debilidades han sido advertidas a nivel internacional, siendo el propio Banco Mundial quien se ha encargado de formular ciertas directrices, después de un diagnóstico de la gestión de recursos hídricos en Chile realizado el año 2011. En este informe, el Banco Mundial señala

⁷⁵⁶ Cfr.: SOTO OYARZÚN indica que “La Dirección General de Aguas tiene bajo su cargo ‘preferentemente’ lo concerniente al ‘uso’ de las aguas”. Véase: SOTO OYARZÚN, L., “Capítulo VI. Chile”,..., *op. cit.*, p. 219.

⁷⁵⁷ El procedimiento administrativo por el cual se constituye originariamente el derecho de aprovechamiento de las aguas se analizará exhaustivamente en el apartado 8.2 de este Capítulo *infra*.

⁷⁵⁸ LARRAÍN RUIZ TAGLE, S. M. (*et al*), *Marco Jurídico para la Gestión del Agua en Chile. Diagnóstico y desafíos*, Santiago de Chile, Programa Chile Sustentable, 2010, p. 12.

expresamente que habrá de propenderse al fortalecimiento de la Dirección General de Aguas⁷⁵⁹.

7. OBJETO DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

El artículo 6 del Código de Aguas señala que el derecho de aprovechamiento “*Es un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas con los requisitos y en conformidad a las normas de este código*”⁷⁶⁰.

Respecto a este aspecto el tenor literal es claro, y la doctrina mayoritaria ha entendido que el objeto del derecho de aprovechamiento de las aguas, es el propio recurso hídrico, debido a que es la norma la que expresamente dispone que se trata de un derecho real “*que recae sobre las aguas*”, es decir, sobre un bien demanial que consiste en una cosa corporal, en la mayoría de los casos de carácter mueble⁷⁶¹.

No obstante, y a pesar de la sencillez de la redacción de la norma y la claridad con que determina que el objeto del derecho de aprovechamiento

⁷⁵⁹ En tal orden, el Banco Mundial estima que será necesario adoptar una serie de medidas tendentes a tal fortalecimiento, tales como: i) incrementar significativamente el presupuesto y personal de esta administración; ii) incrementar la autonomía de la DGA (mediante la posibilidad de obtener financiamiento a través de fuentes independientes, y adoptándose medidas para evitar la remoción arbitraria de su titular, el Director General de Aguas, cuyo cargo, por ser de exclusiva confianza del Presidente de la República, está sometido su voluntad, tanto respecto a su nombramiento como a su remoción); iii) aumentar el grado de autoridad de la DGA, de tal forma que tenga poder suficiente para poder negociar con los ministerios, organismos de regulación, gobiernos locales y compañías privadas; iv) incrementar la presencia de la DGA a nivel local, para que ejerza las labores de supervisión y apoyo técnicos efectivos a las organizaciones de usuarios; v) buscar una fórmula tendiente a la disminución de conflictos suscitados entre los usuarios de agua y la DGA y en la administración misma. Véase: BANCO MUNDIAL. *Chile: Diagnóstico de la Gestión de los Recursos Hídricos*. Santiago de Chile. Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe, 2011, p. xi.

⁷⁶⁰ Véase el artículo 6 del Código de Aguas.

⁷⁶¹ Recuérdese lo que se ha estudiado previamente en el apartado 3 *supra* de este Capítulo, sobre la naturaleza del derecho de aprovechamiento de las aguas y las discusiones suscitadas en doctrina al respecto.

es el agua⁷⁶², cierto sector minoritario de la doctrina plantea ciertos cuestionamientos en atención a la imposibilidad de determinar concretamente cuáles serían “esas aguas”: si una masa fungible en perpetuo fluir frente al punto de captación, o por el cauce, o por la cuenca, o perteneciente a la totalidad del sistema hídrico⁷⁶³.

Hasta la actualidad, a pesar que no se ha encontrado respuesta frente a ello debido a que no resulta posible definir la “cosa concreta y específica”, ello no ha impedido la constitución o la transferencia de los derechos de aprovechamiento de aguas y tampoco el uso mismo de las aguas. En consecuencia, la norma cumple la finalidad práctica por la cual fue dictada.

8. CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

Los derechos de aprovechamiento pueden ser adquiridos de distintas maneras⁷⁶⁴. Una de ellas es a través de un procedimiento establecido por la ley, a través del cual la administración hidráulica constituye originariamente el derecho de aprovechamiento de aguas mediante un acto de autoridad.

⁷⁶² Si bien la norma, en un primer momento, aparentemente no permita mayor discusión acerca de su objeto, esta disposición, aunque sencilla conlleva consigo el germen de una discusión mucho más profunda acerca de la posibilidad de disposición de un bien demanial y el posible reflejo de transferencia de titularidades respecto del recurso hídrico, cuestión previamente analizada en el Capítulo Primero de esta Parte y en el apartado 3 de esta Parte *supra*.

⁷⁶³ En ese sentido, SANTELICES NARDUCCI, al no poder definir concretamente la cosa material, ha indagado si acaso el objeto sobre el que recae el derecho de aprovechamiento es “otra cosa” distinta al agua, y termina señalando que se trataría de “un ente creado por el acto concesional sin el cual carece de sustancia y, además, imposible de ser aprehendido por los sentidos ni aún después de nacido en virtud del mencionado acto concesional. Extremando las ideas, expresa que la cosa sobre la que recae el derecho de aprovechamiento es el derecho mismo, de lo que resultaría afirmar que el derecho recae sobre sí mismo”. Véase: SANTELICES NARDUCCI, H., *Medida del Derecho...*, *op. cit.*, p. 34.

⁷⁶⁴ Véase la clasificación entre derechos de aprovechamiento reconocidos y constituidos del apartado 4.1 de este Capítulo *supra*.

En este apartado se procederá a analizar la naturaleza jurídica de esta constitución, el procedimiento mediante el cual se le da origen y los efectos que derivan de esta constitución originaria.

8.1. Naturaleza jurídica de la constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas

Señala el Código de Aguas que “*El derecho de aprovechamiento se constituye originariamente por acto de autoridad*”⁷⁶⁵. Por consiguiente, conforme el tenor literal de la norma, la asignación corresponde a un acto de autoridad.

Para la mayoría de la doctrina⁷⁶⁶, este acto de autoridad adopta la naturaleza jurídica de una concesión, por constituir la forma general a través de la cual la administración otorga títulos que permiten el uso privativo respecto del dominio público⁷⁶⁷. La Corte Suprema y la doctrina han entendido a la concesión como “el acto o contrato administrativo que crea a favor de un particular una capacidad o un derecho nuevo, o que transfiere al particular un derecho que es propio de la Administración y del que el particular carecía totalmente”⁷⁶⁸. Sin embargo, determinar *a priori* que el acto de autoridad se trata en realidad de una concesión puede, al menos, parecer una conclusión apresurada, razón por la cual resulta conveniente analizar

⁷⁶⁵ Véase el artículo 20 inciso primero del Código de Aguas.

⁷⁶⁶ VERGARA BLANCO, A., “Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas. En especial, de su regularización y catastro”, *Estudios Públicos* N° 69, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, 1998, p. 165; ORREGO, J. P., *Legislación e Institucionalidad...*, *op. cit.*, p. 15; SANTELICES NARDUCCI, H., *Medida del Derecho...*, *op. cit.*, p. 92; LARRAÍN RUIZ TAGLE, S. M. Y POO P. (eds.), *Conflictos por el Agua en Chile: Entre los derechos humanos y las reglas del mercado*, Santiago de Chile, Programa Chile Sustentable, 2010, p. 16; PEÑA TORREALBA, H., “Modificaciones al Código de aguas...”, *op. cit.*, p. 10.

⁷⁶⁷ Cfr.: MONTT OYARZÚN, S., *El Dominio Público...*, *op. cit.*, p. 320.

⁷⁶⁸ Véase el Considerando 6° de la sentencia de casación en el fondo, Corte Suprema, 22 de julio de 1966, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2ª Parte, Sección 1ª, Santiago de Chile, 1966, p. 277.

con mayor detenimiento la figura jurídica de la concesión⁷⁶⁹ para luego determinar si es posible subsumirla en el concepto de “acto de autoridad”.

Las concesiones administrativas, independientemente del tipo que sean, contienen una serie de elementos que las caracterizan y que constituyen su esencia. En tal sentido, la doctrina administrativista⁷⁷⁰ en general, las ha considerado tradicionalmente como una decisión discrecional de la autoridad pública correspondiente que, sin embargo, deberá basarse en una serie de criterios determinados por la normativa vigente⁷⁷¹; que están sujetas además a causas de caducidad y/o a plazos extintivos⁷⁷²; que pueden ser

⁷⁶⁹ Realizándose un breve análisis acerca de la concesión del dominio público en Derecho nacional comparado.

⁷⁷⁰ Características que han sido exhaustivamente tratadas por la doctrina administrativista, véase por ejemplo: GARRIDO FALLA, F. (*et al*), *Tratado de Derecho Administrativo...*, *op. cit.*, pp. 531 y ss.; ESTEVE PARDO, J., *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2011, pp. 528 y ss.; PLAZA MARTÍN, C., “El Dominio Público Hidráulico”, *op. cit.*, pp. 592 y ss.; SASTRE BECEIRO, M., “Sistema concesional...”, *op. cit.*, pp. 343 y ss.; SAAVEDRA CRUZ, J. I., “Las Aguas como Bien Nacional...”, *op.cit.*, p. 213; entre otros.

⁷⁷¹ En materia de concesión del dominio público hidráulico uno de estos criterios se basa en el principio de preferencia o jerarquía. (Cfr.: PLAZA MARTÍN, C. “El Dominio Público Hidráulico”, *op. cit.*, p. 593) Con el objeto de lograr el uso racional del agua, al momento de asignar los caudales disponibles la administración deberá observar un determinado orden de prelación de usos del recurso hídrico. En España, el artículo 60.1 del TRLA, establece que habrá de seguirse el orden de preferencia de usos que establecen los Planes Hidrológicos de cuenca, y en con carácter subsidiario, el que establece la Ley en el artículo 30.3 del citado cuerpo legal A falta de dicho orden de preferencia regirá con carácter general el siguiente: 1. Abastecimiento de población, incluyendo en su dotación la necesaria para industrias de poco consumo de agua situadas en los núcleos de población, y conectadas a la red municipal. 2. Regadíos y usos agrarios. 3. Usos industriales para producción de energía eléctrica. 4. Otros usos industriales no incluidos en los apartados anteriores. 5. Acuicultura. 6. Usos recreativos. 7. Navegación y transporte acuático. 8. Otros aprovechamientos. En Chile, el Código de Aguas de 1969, actualmente derogado, consideraba la concesión del dominio público hidráulico como un acto discrecional de la administración, la cual también debía cumplir con ciertos parámetros al momento de otorgar el derecho de aprovechamiento. Disponía su artículo 42 (derogado): “*Si se presentaren diversas solicitudes de merced para unas mismas aguas, su concesión se hará en el siguiente orden de preferencia: 1º Bebida y servicio de agua potable de las poblaciones y centros industriales: 2º Usos domésticos y saneamiento de poblaciones, y 3º Otros usos. Dentro de cada clase serán preferidas las actividades de mayor importancia y utilidad, y en igualdad de condiciones preferirán según las fechas de sus solicitudes*”.

⁷⁷² En el caso español el artículo 59.4 del TRLA, establece el carácter temporal de las concesiones de los recursos hídricos disponiendo de un plazo máximo de 75 años. El artículo 66 del mismo cuerpo legal, dispone que la concesión caducará por incumplimiento de alguna de las condiciones establecidas para su otorgamiento, o bien por la interrupción permanente de la explotación durante tres años consecutivos siempre que aquella sea imputable al titular. Respecto a la situación chilena, el Código de Aguas de 1969 también establecía una serie de causas de caducidad de la concesión en su artículo 30, siendo las siguientes las de carácter general: “*La Dirección General de Aguas podrá declarar*

revisadas⁷⁷³; y que, en ciertos casos, pueden suponer una contraprestación del titular de la concesión⁷⁷⁴.

El “acto de autoridad” por el cual se otorga el derecho de aprovechamiento de las aguas en Chile, en cambio, no está conformado por ninguna de esas características anteriormente mencionadas. Es más, la esencia de esta facultad de la administración hidráulica se constituye por características absolutamente contrapuestas a las señaladas.

caducados en todo o en parte los derechos de aprovechamiento, cualquiera que haya sido su origen, en los siguientes casos: a) Si no se utilizaren las aguas durante dos años consecutivos o si cesare la utilización para la cual se concedió el derecho de aprovechamiento; b) Si se da a las aguas una utilización diversa de la señalada en la concesión infringiendo lo dispuesto en el artículo 39 de este Código; c) Si se cede el derecho de aprovechamiento infringiendo lo dispuesto en el artículo 12 de este d) Si se extrajeren aguas de un cauce natural infringiendo lo dispuesto en el artículo 54 de este Código, y e) Si el titular del derecho de aprovechamiento no efectuare en las obras hidráulicas, dentro del plazo que la Dirección General de Aguas le señale, las modificaciones o reparaciones necesarias para la seguridad de ellas mismas, de las poblaciones o caminos y otras de interés general”. Además, la resolución que concedía el uso privativo del agua podía también contener un plazo, que podía ser fijado discrecionalmente por la administración, conforme lo disponía el artículo 45 inciso primero del Código de Aguas de 1969 (derogado): “Todo solicitante de una merced deberá ser persona natural o jurídica y dar seguridades respecto del aprovechamiento efectivo de la merced dentro del plazo que fije la respectiva resolución de concesión”.

⁷⁷³ En España, el artículo 65.1 y 65.2 del TRLA, establece los casos en que la concesión del dominio público hidráulico puede ser revisada: “Las concesiones podrán ser revisadas: Cuando de forma comprobada se hayan modificado los supuestos determinantes de su otorgamiento. En casos de fuerza mayor, a petición del concesionario. Cuando lo exija su adecuación a los Planes Hidrológicos. 2. Asimismo, las concesiones para el abastecimiento de poblaciones y regadíos podrán revisarse en los supuestos en los que se acredite que el objeto de la concesión puede cumplirse con una menor dotación o una mejora de la técnica de utilización del recurso, que contribuya a un ahorro del mismo”. En Chile, la normativa anterior, actualmente derogada, también establecía causales de revisión, las cuales determinaban la extinción total o parcial de la concesión. En tal sentido disponía el derogado artículo 28 inciso 1º del Código de Aguas de 1969 que “Cuando sea necesario destinar el agua a la bebida u otros usos domésticos o cuando lo requiera el desarrollo económico de una zona, el Presidente de la República, a proposición de la Dirección General de Aguas, podrá, por decreto supremo fundado, declarar la extinción total o parcial del derecho de aprovechamiento, cualquiera que sea su origen”.

⁷⁷⁴ En España, el TRLA establece una serie de disposiciones relativas al régimen económico-financiero del dominio público hidráulico, contenidas en su título VI. En su artículo 112 regula el canon de utilización de los bienes del dominio público hidráulico; en el artículo 113 el canon de control de vertidos y, en el artículo 114 el canon de regulación y tarifa de utilización de aguas. En Chile, el Código de Aguas de 1969, actualmente derogado, también establecía una tasa para la utilización del recurso hídrico, aunque su regulación era más bien somera, conforme lo disponía su artículo 26: “Autorízase al Presidente de la República para fijar tasas de uso racional y beneficioso de las aguas para las diferentes utilidades, previa realización por la Dirección General de Aguas de los estudios técnicos correspondientes”.

La Dirección General de Aguas carece de discrecionalidad para dictar el acto de autoridad, debiendo circunscribir su actividad, ante la presentación de una solicitud de derechos de aprovechamiento, a la mera revisión del cumplimiento de los requisitos que determina la ley: i) que la solicitud sea “legalmente” procedente; ii) que se constate técnicamente que existen recursos de aguas disponibles en la fuente natural; y iii) que el nuevo uso no afecte a antiguos titulares de derechos vigentes⁷⁷⁵. En consecuencia, “la Dirección General de Aguas está obligada a otorgar nuevos derechos de aguas a nuevos peticionarios una vez que se reúnan los tres requisitos recién enunciados, y en especial si se constata la existencia de caudales no otorgados previamente a otros particulares, no puede negarse a otorgar esos nuevos derechos de aguas sin infringir una garantía constitucional”⁷⁷⁶ establecida en el artículo 19 N° 23 de la Constitución de la República de Chile⁷⁷⁷.

Por esta misma razón que, dicho sea de paso, está intrínsecamente vinculada al principio de “libertad de uso de las aguas” consagrado por el ideario político y económico que regía en el momento histórico de la promulgación de la ley⁷⁷⁸, el actual Código de Aguas de 1981 no dispone que el acto de autoridad por el cual se constituye el derecho de aprovechamiento deba regirse por el principio jerárquico. En efecto, la autoridad hidráulica no deberá tomar en consideración ningún orden de prelación para el uso del recurso hídrico. Asimismo, este acto de autoridad por el cual se asigna un derecho de aprovechamiento de las aguas no está sujeto ni a plazos ni a causas de caducidad, y tampoco está sujeto a causas de revisión, sino todo lo contrario, su titular lo adquiere a perpetuidad.

⁷⁷⁵ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 270.

⁷⁷⁶ *Ibid*, p. 271.

⁷⁷⁷ Artículo 19 de la CPR: *La Constitución asegura a todas las personas (...) 23° La libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes, excepto aquellos que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres o que deban pertenecer a la Nación toda y la ley lo declare así. Lo anterior es sin perjuicio de lo prescrito en otros preceptos de esta Constitución. Una ley de quórum calificado y cuando así lo exija el interés nacional puede establecer limitaciones o requisitos para la adquisición del dominio de algunos bienes”.*

⁷⁷⁸ Recuérdese lo analizado en el apartado 2 del Primer Capítulo de esta Parte *supra*.

Finalmente, la autoridad hidráulica no puede contemplar ninguna especie de tributo que recaiga sobre la utilización del recurso hídrico⁷⁷⁹, se trata de un acto de autoridad que se otorga a título gratuito⁷⁸⁰.

El sistema actual incluso va más allá, determinando que los titulares de derechos de aprovechamiento de aguas son libres para destinar el recurso hídrico a la finalidad que deseen, no tienen la necesidad de justificar el uso a la administración hidráulica previamente a la constitución del acto de autoridad⁷⁸¹, siendo la única limitación la relativa a la cantidad de agua que se puede extraer de la fuente natural respetando la condición del derecho que se trate, permitiéndose el consumo del agua extraída en el caso del derecho consuntivo o bien el mero uso si se trata de un derecho no consuntivo⁷⁸².

Habiéndose realizado este previo análisis, se logra verificar que no resulta posible subsumir el concepto de “acto de autoridad” en las características que identifican y constituyen en su esencia al acto administrativo denominado “concesión”. Por tanto, y porque en la actualidad no se ha ahondado en esta circunstancia por parte de la doctrina chilena⁷⁸³, es

⁷⁷⁹ Conforme se ha analizado previamente, en el apartado 2.4 letra b), la Ley 20.017/2005 de 16 de junio que modifica el Código de Aguas introdujo en su Título XI del Libro I la patente por *la no utilización* de las aguas con la finalidad de enfrentar las actividades de acaparamiento del recurso hídrico y situaciones monopólicas derivadas de ello, cuestión que no significa un cambio en la característica que ahora se trata, toda vez que en la actualidad sigue sin existir un tributo que grave *la utilización* del recurso hídrico.

⁷⁸⁰ Véase el apartado 5 de este Capítulo *supra* acerca de las características del derecho de aprovechamiento de las aguas.

⁷⁸¹ Recuérdese que esta situación se vio flexibilizada con una modificación incluida en la Ley 20.017/2005 de 16 de junio que modifica el Código de Aguas, que introdujo la obligación a los peticionarios de nuevos derechos de aprovechamiento de acompañar una memoria explicativa en la que se señale la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará. Pero que, en definitiva, esta modificación no llega a ser de tal envergadura como para afirmar que actualmente se incorpora el requisito de justificación de uso, cuando, en realidad, solamente dispone una cláusula de carácter excepcional. Para una mejor comprensión de esta característica revítese el apartado 5 de este Capítulo *supra*.

⁷⁸² Cfr: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 269.

⁷⁸³ Dentro de la literatura respectiva, existen ciertos autores que no se han arriesgado en denominar al acto de autoridad como una concesión, simplemente lo nombran tal cual o bien “al acto que da origen a los derechos de aprovechamiento” o “al acto que constituye el derecho de aprovechamiento”, pero tampoco han señalado las razones porque no lo nombran como concesión. Véase: SEGURA RIVEIRO, F., *Derecho de Aguas*, *op. cit.*, pp. 59 y

preferible considerar a este acto de autoridad, único en su especie, de naturaleza jurídica *sui generis*, y denominarlo, en consecuencia, simplemente por lo que es: “un acto de autoridad” de la administración hidráulica⁷⁸⁴.

8.2. Procedimiento de constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas superficiales

La tramitación de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas sigue las mismas reglas que dispone la ley para los procedimientos administrativos en general⁷⁸⁵, además de las normas especiales contempladas en el Código de Aguas de 1981, dedica el Título I del Libro II a los procedimientos administrativos, y en especial trata sobre la constitución de derechos de aprovechamiento en su párrafo segundo, en los artículos 140 a 150 del mismo cuerpo legal⁷⁸⁶.

A continuación se procederá a revisar las fases que conforman este procedimiento administrativo que determina la constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas cuya competencia se encuentra radicada, como regla general, en la Dirección General de Aguas⁷⁸⁷.

ss; JAEGER COUSIÑO, P., “Anexo 5 – Chile”, en AAVV., *Administración de Derechos de Agua. Experiencias, asuntos relevantes y lineamientos*, Roma, Organización de Las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2003, p. 229.

⁷⁸⁴ Asimismo, se podría considerar que la doctrina mayoritaria utiliza el término “concesión” porque históricamente fue la figura utilizada por el legislador anterior en el Código de Aguas de 1969, donde el acto administrativo que daba origen al derecho de aprovechamiento de aguas era propiamente una concesión por contener todos los elementos que ella supone.

⁷⁸⁵ Véase los artículos 28 a 61 de la Ley 19.980/2003, que establece bases de los procedimientos administrativo que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, de 22 de mayo de 2003.

⁷⁸⁶ Véase el artículo 23 del Código de Aguas: “La constitución del derecho de aprovechamiento se sujetará al procedimiento estatuido en el párrafo 2º del Título I, del Libro II de este Código”.

⁷⁸⁷ Véase el artículo 147 bis inciso 1º del Código de Aguas: “El derecho de aprovechamiento de aguas se constituirá mediante resolución de la Dirección General de Aguas, o bien, mediante decreto supremo del Presidente de la República, en el caso previsto en el artículo 148”. Excepcionalmente y mediando el interés general, el derecho de aprovechamiento podrá ser constituidos directamente por el Presidente de la República en los casos en que se hubieren presentado dos o más solicitudes sobre las mismas aguas y no hubiere

8.2.1. La iniciación del procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento

Esta etapa se inicia a través de la presentación de una solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas ante Dirección General de Aguas. Están capacitados para presentar solicitudes de constitución de derechos de aprovechamiento, toda persona capaz de actuar en derecho por si o por su representante y toda persona jurídica por medio de sus representantes legales⁷⁸⁸.

Toda cuestión o controversia relacionada con la adquisición o ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas y que de acuerdo con el Código de Aguas sea de competencia de la Dirección General de Aguas, deberá ser presentada en la oficina de dicha administración del lugar donde se localiza la fuente asociada a la solicitud⁷⁸⁹. En el caso que no existiera la mencionada oficina, la solicitud deberá ser presentada ante la Gobernación Provincial respectiva⁷⁹⁰.

La solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas debe estar elaborada y firmada por la persona interesada o por su representante legal, y debe estar dirigida a la autoridad máxima de la administración hidráulica, es decir, al Director General de Aguas, debiendo contener las siguientes menciones:

recursos suficientes para satisfacer todos los requerimientos. (Conforme los disponen los artículo 148 y 142 del Código de Aguas).

⁷⁸⁸ Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., p. 39.

⁷⁸⁹ Si bien la norma no lo dispone, la Dirección General de Aguas, ha implementado un sistema telemático para facilitar la presentación de estas solicitudes, conforme lo ha determinado la nueva política de modernización del Estado. El *Sistema Electrónico de Solicitudes* (SES) permite la presentación electrónica de solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, como también la consulta del estado de su tramitación a través del portal de Internet: www.dga.cl. Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., p. 26.

⁷⁹⁰ Véase el artículo 130 inciso 1º del Código de Aguas. Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas y Procedimientos...*, op. cit., p. 26.

- 1- La individualización del solicitante⁷⁹¹;
- 2- El nombre del álveo (cauce) de las aguas que se necesita aprovechar, su naturaleza (superficiales o subterráneas, corrientes o detenidas), y la provincia en que estén ubicadas o que recorren⁷⁹²;
- 3- La cantidad de agua que se necesita extraer, expresada en medidas métricas y de tiempo (l/s, m³/s, entre otras);
- 4- El o los puntos donde se desea captar el agua⁷⁹³. Si la captación se efectúa mediante embalse o barrera ubicado en el álveo, se entenderá por punto de captación aquél que corresponda a la intersección del nivel de aguas máximas de dicha obra con la corriente natural;
- 5- La forma o modo de extraer el agua (gravitacional o mecánica);
- 6- La naturaleza del derecho que se solicita, esto es, si es consuntivo o consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas;
- 7- En caso que el derecho que se solicite sea de uno no consuntivo, debe indicarse además, el punto de restitución de las aguas, la

⁷⁹¹ La Dirección de Aguas ha recomendado que el solicitante indique su nombre completo, su número de Registro Único Tributario, la dirección postal, la dirección de correo electrónico, su número de teléfono, y cualquier otro dato que considere necesario que facilite el contacto con la DGA y que permita dar respuesta a los requerimiento de antecedentes solicitados por esta administración. Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., p. 39.

⁷⁹² Al momento de identificar la fuente, deberá señalarse el nombre según se designa en la *cartografía IGM Escala 1:50.000*. Si el cauce no tiene nombre deberá ser singularizado como "río, estero o vertiente sin nombre". Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit. p. 39.

⁷⁹³ La Dirección General de Aguas recomienda que estos datos sean expresados en *coordenadas UTM*, indicando el *Dátum* correspondiente. Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., p. 39.

distancia entre el punto de captación y el de restitución y el desnivel entre estos;

- 8- Si la solicitud recae en un derecho de aprovechamiento discontinuo, debe indicarse de forma expresa el período de tiempo en que se solicita ejercer el derecho.

En el caso que se solicite la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas respecto de dos o más cauces distintos, la Dirección General de Aguas ha recomendado que se presenten en solicitudes distintas (expedientes distintos), con la finalidad de otorgar celeridad al procedimiento. En el caso que se presentaran todos los requerimientos en una misma solicitud, podría ocurrir que ante la detención de la resolución respecto a un derecho de aprovechamiento específico se paralizara también la resolución respecto de los demás que conforman el expediente⁷⁹⁴.

Antes de la modificación del Código de Aguas, no era necesario acompañar ningún documento conjuntamente con la solicitud, salvo aquellos instrumentos referentes a la acreditación de poderes y de la representación en los casos correspondientes. Sin embargo, la Ley 20.017/2005 de 16 de junio que modifica el Código de Aguas, introdujo la obligación de presentar una Memoria Explicativa en aquellos casos en que se solicite, en una o más presentaciones, un volumen de agua superior a 10 l/s (en caso de derechos consuntivos) o 100 l/s (tratándose de derechos no consuntivos) en cuencas ubicadas desde la Región de Arica-Parinacota hasta la Región Metropolitana, o bien un volumen superior a 50 l/s (para derechos consuntivos) o 500 l/s (para derechos no consuntivos) en cuencas ubicadas desde la Región del Libertador Bernardo O'Higgins hasta la Región de Magallanes y la Antártica Chilena⁷⁹⁵.

⁷⁹⁴ Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., p. 40.

⁷⁹⁵ Estas cantidades se encuentran indicadas en los incisos finales de los artículos 129 bis 4 y 129 bis 5 del Código de Aguas.

La Memoria Explicativa deberá señalar la cantidad de agua que se necesita extraer, según el uso que se le dará⁷⁹⁶, y será presentada en la forma de una declaración jurada sobre la veracidad de los antecedentes que en ellas se incorporaren⁷⁹⁷.

Una vez que se recepciona la solicitud en la correspondiente oficina provincial de la DGA, o bien en la Gobernación respectiva, estas deberán ser ingresadas en el subsistema de expedientes del Catastro Público de Aguas denominado Registro Público de Solicitudes⁷⁹⁸, con el objeto de velar por el respeto de los derechos de preferencia de los solicitantes de derechos de aprovechamiento de aguas.

En este Registro deberá dejarse constancia de la fecha de ingreso de la solicitud; de la región, provincia y comuna a que corresponda; de la oficina en donde se efectúe su presentación; del nombre del peticionario; y de la referencia del expediente administrativo que se forma con motivo de su presentación⁷⁹⁹.

Para el caso de las solicitudes de derechos de aprovechamiento de aguas, deberá anotarse además la singularización de la fuente natural; la naturaleza del agua solicitada; el tipo de ejercicio del derecho; el caudal requerido; el punto de captación y el punto de restitución en el caso de derechos no consuntivos⁸⁰⁰.

⁷⁹⁶ Cierta sector de la doctrina ha señalado que esta modificación vino a salvar las situaciones de acaparamiento y monopolio del recurso hídrico, toda vez que a partir de la obligación de presentar una memoria explicativa el solicitante se encontraría en la necesidad de justificar el uso de tales aguas. sin embargo, en la práctica ello no ha resultado conforme a esta lógica, conforme se ha analizado en el apartado 3 de este Capítulo sobre la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento.

⁷⁹⁷ Véase el artículo 140 N° 6 del Código de Aguas.

⁷⁹⁸ El Registro Público de Solicitudes ha sido creado a partir de la disposición del artículo 27 del Decreto Supremo 1.220/1998 de 25 de julio que aprueba el Reglamento del Catastro Público de Aguas.

⁷⁹⁹ Véase el artículo 27 inciso 2° del Reglamento del Catastro Público de Aguas.

⁸⁰⁰ Véase el artículo 27 inciso 3° del Reglamento de Catastro Público de Aguas.

La solicitud o un extracto de la misma, que deberá contener los datos necesarios para una acertada inteligencia de la solicitud, deberá ser publicada dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su presentación, por una sola vez en el Diario Oficial el día 1º o 15 de cada mes, o el primer día hábil siguiente si aquellos fueren feriados, y además, en forma destacada en un diario de Santiago. Para el caso en que las presentaciones no correspondan a la Región Metropolitana, se publicarán además, en un diario o periódico de la provincia respectiva, y si no lo hubiere, en uno de la capital de la región correspondiente⁸⁰¹.

De forma adicional, la solicitud o el extracto de la misma, deberá ser difundido, dentro del mismo plazo anteriormente señalado, mediante tres mensajes radiales, los cuales deberán realizarse los días 1 o 15 de cada mes, en cualquier horario entre las 8:00 y las 20:00 horas en alguna de las radioemisoras que figuren en el “Listado de Radioemisoras”⁸⁰², que tenga cobertura en la provincia a que se refiere la respectiva presentación, o en su defecto, que tenga cobertura en la capital de la región correspondiente.

En el caso que terceros se consideren perjudicados por la solicitud de derechos de aprovechamiento de aguas podrán, por sí o a través de la Junta de Vigilancia, oponerse a la presentación dentro del plazo de 30 días corridos⁸⁰³ contados desde la fecha de la última publicación⁸⁰⁴. De este modo se verifica la participación de terceros al procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas.

⁸⁰¹ Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., p. 27.

⁸⁰² El documento “Listado de Radioemisoras” debe ser elaborado y actualizado por la Dirección General de Aguas. Debe además estar disponible en las oficinas de la DGA y en la página web del Servicio: <www.dga.cl>. Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., p. 28.

⁸⁰³ Por días corridos entiéndase “días naturales”.

⁸⁰⁴ Véase los artículos 141 inciso 2º y 132 inciso 1º del Código de Aguas.

Dentro del quinto día de recibida la oposición, la autoridad dará traslado de ella al solicitante, para que éste responda dentro del plazo de 15 días⁸⁰⁵. Pasado este plazo y habiéndose recibido respuesta o no por parte del solicitante, la DGA podrá dentro del plazo de 30 días, mediante resolución fundada, solicitar las aclaraciones, decretar inspecciones oculares y pedir los informes correspondientes para mejor resolver. Una vez que se hayan reunido los antecedentes solicitados, la DGA deberá emitir un informe técnico y dictar resolución fundada que dirima la cuestión sometida a su consideración, en un plazo máximo de cuatro meses, a partir del vencimiento del plazo de 30 días señalado anteriormente⁸⁰⁶.

En el caso que no se presentaren oposiciones dentro del plazo que dispone la ley, la Dirección General de Aguas procederá a constituir el derecho de aprovechamiento, siempre que exista disponibilidad del recurso y fuere legalmente procedente, en caso contrario denegará la solicitud. Para ambas situaciones procederá a dictar la correspondiente resolución⁸⁰⁷.

8.2.2. La instrucción del procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento

Una vez ingresada la solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas en la forma indicada anteriormente, corresponderá a la autoridad hidráulica la realización de un examen de admisibilidad de su contenido, para lo cual procederá a revisar si dicha solicitud cumple con todas las condiciones que requiere la ley, a saber:

- a) Si cumple con los contenidos mínimos establecidos en el artículo 140 del Código de Aguas⁸⁰⁸. La falta de estos contenidos mínimos en la

⁸⁰⁵ Véase el artículo 132 inciso 2 del Código de Aguas.

⁸⁰⁶ Véase el artículo 134 del Código de Aguas.

⁸⁰⁷ Véase el artículo 141 inciso final del Código de Aguas.

⁸⁰⁸ Véase el apartado 8.2.1 de este Capítulo *supra*.

solicitud implicará su denegación, por infringir lo establecido en el artículo 140 del Código de Aguas⁸⁰⁹;

- b) Si existe correspondencia entre lo señalado en la solicitud y en la publicación; Si existe discrepancia entre lo indicado en la solicitud y lo publicado, esta deberá ser denegada.

Exceptúase de tal sanción el caso en que el caudal indicado en la publicación sea distinto al contenido en la solicitud, en cuyo caso, la tramitación deberá seguir su curso considerando el menor caudal señalado entre las publicaciones o la solicitud⁸¹⁰.

Para el caso en que la publicación no contenga los datos suficientes que permitan su acertada inteligencia, la solicitud deberá ser denegada por infringir la norma del artículo 131 inciso 3º del Código de Aguas⁸¹¹;

- c) Si se han cumplido con los plazos de publicación y aviso radial;

Si no se cumplen los plazos de publicación o aviso radial, la solicitud deberá ser denegada por infringir lo establecido en el artículo 131 inciso 3º del Código de Aguas.

- d) Si se ha acompañado la Memoria Explicativa en los casos que corresponda.

⁸⁰⁹ Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., p. 30.

⁸¹⁰ *Ibid.*

⁸¹¹ Conforme el Oficio N° 950/1995 de 11 de enero de la Contraloría General de la República, el concepto de "acertada inteligencia" no implica que en la publicación deban incorporarse todos los requisitos establecidos en el artículo 140 del Código de Aguas, pudiendo omitirse la información que pueda ser inferida razonablemente de otros datos proporcionados por el peticionario. Véase: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 11 de enero de 1995, *Oficio N° 950/1995 Sobre pronunciamiento solicitado por la Dirección General de Aguas*; Ord. 861, de 1994.

Si no se adjunta el formulario al momento de presentación de la solicitud, ésta deberá ser denegada de plano por infringir lo establecido en el artículo 140 N° 6 del Código de Aguas⁸¹².

Con el objeto de resolver adecuadamente una solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas, la Dirección General de Aguas está facultada para solicitar al peticionario todos aquellos antecedentes, estudios y/o mediciones que considere necesarios para una acertada resolución.

Para dar cumplimiento a las medidas decretadas por el administración hidráulica y poder acompañar la documentación requerida, se le otorga al peticionario un plazo prudencial para su entrega, que en general no supera los 30 días hábiles. Si el peticionario no hubiese podido cumplir oportunamente con la exigencia, la autoridad procederá a reiterar la solicitud extendiéndole el plazo al 15 días hábiles, dejando constancia de que de no cumplirse con esta segunda petición se entenderá que existe falta de interés en continuar con la tramitación de la solicitud y por tanto procederá a ser denegada⁸¹³.

Los gastos que irroguen las presentaciones ante la Dirección General de Aguas, serán de cargo del interesado y los que originen las medidas que dicha Dirección adopte de oficio, serán de cargo de ella⁸¹⁴.

Si bien la regla general establece que los trámites que haya de realizar la Dirección General de Aguas son gratuitos, se plantea una excepción en el caso que la autoridad hidráulica estime necesario realizar una inspección ocular. Frente a esta situación, la DGA procederá a determinar la suma que el interesado debe consignar para cubrir los gastos de esta diligencia⁸¹⁵.

⁸¹² Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., p. 31.

⁸¹³ Véase el artículo 134 inciso 1° del Código de Aguas. Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., p. 33.

⁸¹⁴ No existe el cobro de tasas para la tramitación del procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento. Véase el artículo 135 del Código de Aguas.

⁸¹⁵ Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., pp. 27 y 34.

Tal como se ha observado, algunos de los requisitos que debe cumplimentar la solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas hace referencia a la ubicación y descripción del cauce natural desde donde se captará y/o restituirá el agua⁸¹⁶.

Con el objeto de verificar la correspondencia de los datos ofrecidos con la realidad geográfica, la autoridad hidráulica realizará una inspección *in situ* y deberá contemplar al menos lo siguiente⁸¹⁷:

- a) Verificación de existencia de la fuente de agua solicitada;
- b) Comprobación en terreno de puntos de captación y/o restitución;
- c) Efectuar las mediciones correspondientes (aforos, condiciones climáticas etc.);
- d) Elaboración de un croquis de situación;
- e) Definición de las coordenadas UTM (indicando el Dátum y/o escala correspondiente) de los puntos de captación, restitución y de los aforos que se efectúen;
- f) Elaboración de una ficha de la inspección *in situ*, donde queden registrados tanto la fecha de ella, los antecedentes recogidos y el profesional encargado de la diligencia.

La Dirección General de Aguas permite que haya un margen de error entre los datos ofrecidos y la realidad geográfica, siempre y cuando el error de los puntos de captación y/o restitución no superen los 100 metros, que el error

⁸¹⁶ Véase el artículo 140 N° 1 y N°3 del Código de Aguas.

⁸¹⁷ Conforme lo recomienda la Dirección General de Aguas. Véase: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., pp. 34 y 35.

en el dato de desnivel no sea superior a 50 metros y que el error en la distancia no sea superior a 200 metros⁸¹⁸.

En caso que se supere el margen de error permitido, conforme la evaluación que realice la autoridad hidráulica mediante el análisis de las cartas IGM o al verificar el terreno, la solicitud deberá ser denegada por infracción del artículo 140 del Código de Aguas.

En este procedimiento de constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas, también corresponde a la administración hidráulica velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente. La forma de llevar a cabo este cometido, se debe realizar mediante el establecimiento de un caudal ecológico mínimo, el cual sólo afectará a los nuevos derechos que se constituyan⁸¹⁹, para lo cual deberá considerar también las condiciones naturales pertinentes para cada fuente superficial⁸²⁰.

⁸¹⁸ *Ibid.*

⁸¹⁹ Llama la atención que la necesidad de establecer caudales mínimos ecológicos sea aplicable únicamente a los nuevos derechos que se constituyan. Al parecer la decisión del legislador en establecer esta norma ha resultado tardía, toda vez que la mayoría de los derechos de aguas superficiales ya han sido constituidos. Los derechos de aprovechamiento de aguas constituidos con anterioridad a esta reforma se encuentran amparados por la protección constitucional del artículo 19 N° 24 inciso 11°, donde se asegura a todas las personas el derecho de propiedad sobre su derecho de aprovechamiento de aguas. Por tanto, si la norma que fija caudales ecológicos mínimos permitiera a la autoridad hidráulica afectar también los derechos constituidos, estaría contraviniendo la Constitución de la República, y vulnerando derechos adquiridos. No obstante lo anterior, si se indaga el motivo que tuvo el legislador en el momento de incorporar los caudales ecológicos mínimos, se podrá observar que su intención es “*velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente*”, conforme lo dispone la primera parte del artículo 129 bis 1 del Código de Aguas. Frente a esta afirmación, habría que considerar que eventualmente los derechos de aprovechamiento previamente constituidos podrían verse afectados en cumplimiento de la cláusula de la función social de la propiedad en la forma que lo establece el artículo 19 N° 24 inciso 2° de la Constitución de la República: “*Sólo la ley puede establecer el modo de adquirir la propiedad, de usar, gozar y disponer de ella y las limitaciones y obligaciones que deriven de su función social. Esta comprende cuanto exijan los intereses generales de la Nación, la seguridad nacional, la utilidad y la salubridad públicas y la conservación del patrimonio ambiental*”. Esta posibilidad, sin embargo, está lejos de ser adoptada en atención al sistema económico-político actual que rige en Chile. Sería iluso pensar que los representantes parlamentarios pudieran llegar a conciliar un acuerdo que tendiera más a la protección del medio ambiente que a la protección de las inversiones económicas.

⁸²⁰ Véase el artículo 129 bis 1 inciso 1° del Código de Aguas.

Señala la ley que el caudal ecológico mínimo no podrá ser superior⁸²¹ al veinte por ciento del caudal medio anual de la respectiva fuente superficial. Excepcionalmente, para casos calificados y siempre y cuando no se afecte derechos de aprovechamiento existentes, previo informe favorable del Ministerio de Medio Ambiente, se faculta al Presidente de la República para que, mediante decreto fundado, fije caudales ecológicos mínimos diferentes, el que no podrá ser superior al cuarenta por ciento del caudal medio anual⁸²².

Una vez establecido el caudal mínimo ecológico por parte de la administración hidráulica, siguiendo los criterios técnicos fijados en la normativa correspondiente, deberá formar parte de la resolución respectiva, para toda nueva solicitud relacionada con la adquisición y ejercicio de los derechos de aprovechamiento de aguas que resuelva la Dirección General de Aguas⁸²³.

8.2.3. La finalización de procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento

Una vez cumplido el procedimiento indicado para la etapa de instrucción, corresponderá a la autoridad hidráulica resolver favorablemente la solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas o bien denegarla. Los criterios generales⁸²⁴ para resolver favorablemente una solicitud son los siguientes:

- a) Que la solicitud presentada sea legalmente procedente;

⁸²¹ Como mera curiosidad, resulta interesante destacar que el caudal ecológico mínimo, en vez de ser determinado por un nivel efectivamente mínimo “no podrá ser inferior a...”, se establece mediante la imposición de un nivel máximo. “no podrá ser superior a...”. Respecto a esta consideración, resulta inviable la posibilidad de que la autoridad hidráulica pueda optar por una resolución más beneficiosa para con el medio ambiente.

⁸²² Véase el artículo 129 bis 1 incisos 2º y 3º del Código de Aguas.

⁸²³ Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., p. 52.

⁸²⁴ Cfr.: *Ibid*, p. 36; y VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, op. cit., p. 270.

- b) Que exista disponibilidad de las aguas⁸²⁵ a nivel local y considerando sus implicaciones a nivel de cuenca o acuífero;
- c) Que no perjudique ni menoscabe derechos de terceros.

La Dirección General de Aguas podrá resolver constituir los derechos de aprovechamiento de aguas solicitados cuando se cumplan los requisitos que dispone la ley. Por el contrario, resolverá denegar la solicitud cuando esta no sea admitida a tramitación previo examen de admisibilidad⁸²⁶, y cuando no cumpla con los criterios generales señalados.

El acto administrativo que resuelve favorablemente la constitución de derechos de aprovechamiento de aguas deberá contener las siguientes menciones⁸²⁷:

1. El nombre del adquirente;
2. El nombre del álveo que se necesita aprovechar y el área de protección;
3. La cantidad de agua que se autoriza extraer expresada en volumen por unidad de tiempo;
4. El o los puntos precisos donde se captará el agua y el modo de extraerla;

⁸²⁵ El criterio técnico para determinar el caudal disponible lo ha de establecer la propia administración hidráulica, debiendo procurar satisfacer, en la medida de lo posible y de acuerdo a la legalidad vigente, todas las solicitudes de derechos de aprovechamientos que se presentan. La disponibilidad se deberá verificar en atención a la cantidad de recurso hídrico disponible en el punto de captación solicitado y por la demanda del recurso a respetar en la zona de estudio (derechos constituidos, caudal ecológico etc.). En definitiva, será necesario realizar un balance entre la oferta y la demanda en la fuente, y el recurso comprometido en ella. Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas...*, op. cit., p. 36

⁸²⁶ Véase el apartado 8.2 de este Capítulo *supra*. En general por incumplimiento de algunos de los requisitos formales del artículo 140 del Código de Aguas.

⁸²⁷ Véase el artículo 149 del Código de Aguas.

5. El desnivel y puntos de restitución de las aguas si se trata de usos no consuntivos;
6. Si el derecho es consuntivo o no consuntivo, de ejercicio permanente o eventual, continuo o discontinuo o alternado con otras personas; y
7. Otras especificaciones técnicas relacionadas con la naturaleza especial del respectivo derecho y las modalidades que lo afecten, con el objetivo de conservar el medio ambiente o proteger derechos de terceros.

La resolución que otorgue el derecho se reducirá a escritura pública que suscribirán el interesado y el funcionario que se designe al efecto y una copia de ella deberá inscribirse en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces competente⁸²⁸.

Finalmente, según dispone el artículo 150 inciso 2º del Código de Aguas, una vez realizada la inscripción, el interesado deberá remitir una copia autorizada de esta a la Dirección General de Aguas para que proceda a incorporarla al Catastro Público de Aguas⁸²⁹ y a emitir su certificado correspondiente.

⁸²⁸ Véase el artículo 150 del Código de Aguas.

⁸²⁹ Véase el artículo 122 del Código de Aguas: “La Dirección General de Aguas deberá llevar un Catastro Público de Aguas en el que constará toda la información que tenga relación con ellas. (...) En especial, en el Catastro Público de Aguas existirá un Registro Público de Derechos de Aprovechamiento de Aguas, el cual deberá ser mantenido al día, utilizando entre otras fuentes, la información que emane de escrituras públicas y de inscripciones que se practiquen en los Registros de los Conservadores de Bienes Raíces.”

8.2.4. La impugnación de la resolución que decide acerca de la solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento

Frente a las resoluciones que constituyan derechos de aprovechamientos de aguas o bien respecto de aquellas que denieguen las solicitudes procederán los recursos de reconsideración y de reclamación, en la forma que dispone la ley.

A través del recurso administrativo de reconsideración⁸³⁰ se persigue la impugnación de las resoluciones que hayan sido dictadas por el Director General de Aguas, por funcionarios de su dependencia o por quienes obren en virtud de una delegación. Se debe interponer por la parte interesada ante el Director General de Aguas, quien también es el competente para resolverlo, dentro del plazo de 30 días contados desde la notificación de la resolución respectiva. Su decisión deberá ser dictada dentro del plazo de 30 días contados desde la recepción del recurso.

Podrá interponerse el recurso jurisdiccional de reclamación⁸³¹ cuando se pretenda la impugnación de las resoluciones dictadas por la Dirección General de Aguas. Es competente para conocer de este recurso la Corte de Apelaciones del lugar en que se dictó la resolución que se impugna, dentro del plazo de 30 días contados desde su notificación o desde la notificación que recaiga en el recurso de reconsideración. El procedimiento se regirá conforme a las normas del Código de Procedimiento Civil, correspondientes al Recurso de Apelación⁸³².

En el caso de la interposición de cualquiera de ambos recursos, no se suspenderá el cumplimiento de la resolución que se pretende impugnar, salvo que se disponga expresamente.

⁸³⁰ Véase el artículo 136 del Código de Aguas.

⁸³¹ Véase el artículo 137 del Código de Aguas.

⁸³² Véase los artículos 186 y ss. del Código de Procedimiento Civil.

8.2.5. El silencio administrativo de la DGA

En el Derecho chileno, cuando un procedimiento administrativo especial no regula determinadas situaciones se procede a aplicar, supletoriamente, las normas correspondientes de la Ley 19.880/2003, de 22 de mayo que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

Es lo que ocurre con el caso del silencio administrativo en materia de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas durante el procedimiento seguido ante la Dirección General de Aguas: el Código de Aguas no contempla ninguna norma que resuelva la situación generada por la inactividad de la DGA respecto al ejercicio de las competencias que le son conferidas por ley para dictar las distintas resoluciones.

Frente a tal situación, lo lógico sería proceder a la aplicación supletoria del artículo 64 de la Ley 19.880/2003⁸³³ que dispone la procedencia del silencio positivo una vez el interesado haya denunciado el incumplimiento del plazo a la misma autoridad encargada de resolver el asunto y esta no proceda a resolver dentro de los siguientes cinco días, contados desde la presentación de la denuncia⁸³⁴.

⁸³³ MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, Ley 19.880/2003 de 29 de mayo que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

⁸³⁴ Artículo 64 de la Ley 19.880/2003: “*Silencio Positivo. Transcurrido el plazo legal para resolver acerca de una solicitud que haya originado un procedimiento, sin que la Administración se pronuncie sobre ella, el interesado podrá denunciar el incumplimiento de dicho plazo ante la autoridad que debía resolver el asunto, requiriéndole una decisión acerca de su solicitud. Dicha autoridad deberá otorgar recibo de la denuncia, con expresión de su fecha, y elevar copia de ella a su superior jerárquico dentro del plazo de 24 horas. Si la autoridad que debía resolver el asunto no se pronuncia en el plazo de cinco días contados desde la recepción de la denuncia, la solicitud del interesado se entenderá aceptada. En los casos del inciso precedente, el interesado podrá pedir que se certifique que su solicitud no ha sido resuelta dentro del plazo legal. Dicho certificado será expedido sin más trámite.*”

Sin embargo, la Contraloría General de la República⁸³⁵ – en adelante, CGR – ha dispuesto, a través de un sinnúmero de dictámenes que, para este caso concreto, no resulta procedente aplicar supletoriamente el artículo 64 de la Ley 19.880/2003, debido a que en esta materia existe “un procedimiento especial en que se reglan y detallan minuciosamente los trámites a que han de sujetarse las respectivas solicitudes”⁸³⁶. En consecuencia, de aplicarse el silencio positivo, significaría sustituir la preceptiva de ese título por la ficción legal del silencio positivo, es decir, se estaría eludiendo “todos los requisitos estatuidos para constituir el derecho real de aprovechamiento de aguas, el que ha de nacer al mundo jurídico, originariamente, por un acto de autoridad, conforme el procedimiento especial ya mencionado, que culmine con la resolución constitutiva del mismo, documento que se encuentra afecto a toma de razón”⁸³⁷.

Para el administrativista CORDERO VEGA, “la razón para obviar la supletoriedad no es de la ausencia de la norma, lo cual es evidente, sino que de aplicar el precepto en cuestión se desnaturaliza el procedimiento establecido en ley especial, pues, por esta vía, a juicio del órgano contralor⁸³⁸, no se podrían ejecutar ninguno de los trámites que dan garantía al procedimiento, incluidas las menciones que exige la ley, así como el trámite de toma de razón”⁸³⁹.

⁸³⁵ La Contraloría General de la República (CGR) es un órgano superior de fiscalización de la Administración del Estado, contemplado en la Constitución Política, que goza de autonomía frente al Poder Ejecutivo y demás órganos públicos. Es esencialmente una entidad de control de legalidad de los actos de la Administración del Estado, que actúa con independencia del Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional. Véase: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Quiénes somos [en línea]. Recuperado el 15 de junio 2013 de <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111>.

⁸³⁶ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 6 de septiembre de 2004, *Dictamen N° 45.191*.

⁸³⁷ *Ibid.*

⁸³⁸ Es la referencia que designa a la Contraloría General de la República.

⁸³⁹ CORDERO VEGA, L., “La supletoriedad en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo”, en *II Jornadas de Derecho Administrativo*, Valparaíso, noviembre de 2005. Universidad Católica de Valparaíso, p. 2, interpretando la norma de CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 29 de septiembre de 2004, *Dictamen N° 48.940*.

Otra interpretación que hace la CGR para efectos de no aplicar la norma del silencio positivo, guarda relación con la característica de los plazos estipulados en el Código de Aguas, señalando que no se trata de términos fatales⁸⁴⁰. En consecuencia, no se trata de un plazo obligatorio para la Administración. Lo anterior, es sin perjuicio de la responsabilidad que, en su caso, pueda significar para el órgano decisor, frente a inobservancia de los plazos establecidos por el legislador⁸⁴¹.

En consecuencia, y aún cuando a nuestro juicio se desvirtúe la aplicación supletoria de la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo, habrá de entenderse que la Dirección General de Aguas no está compelida al cumplimiento de los plazos establecidos en el Código de Aguas en lo referente al procedimiento de constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas debido a que la jurisprudencia derivada de la Contraloría General de la República ha indicado que en tal caso no opera la norma relativa al silencio administrativo. Finalmente, no opera ni el silencio positivo ni el negativo, generando una especie de indefensión del particular ante la Dirección General de Aguas.

8.3. Efectos jurídicos derivados de la constitución del derecho de aprovechamiento de las aguas

Determinar los derechos y obligaciones que emanan de los derechos de aprovechamiento de las aguas puede resultar una tarea compleja cuando no se tiene claro las categorías jurídicas que el legislador ha utilizado para conformarlos.

⁸⁴⁰ Que el término sea fatal, significa que la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento del plazo. Véase el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil.

⁸⁴¹ Véase: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 2 de junio de 2008, *Dictamen N° 25.264*, y ARÉVALO CUNICH, G., "Procedimiento de constitución del derecho de aprovechamiento de aguas" en, VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, p. 601.

Previamente se ha analizado la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento, y se ha entendido como un derecho real. Por otra parte, se ha estudiado que este derecho, en tanto cosa incorporal se encuentra, además, blindado por la Constitución Política de la República de Chile por ser susceptible de dominio por parte de su titular.

En consecuencia, para determinar los efectos del derecho de aprovechamiento de las aguas, habrá que distinguir entre aquellos derechos y obligaciones que emanan de él en consideración a su objeto, a su condición de derecho real y a los que guardan relación con el derecho de propiedad vinculado al mismo⁸⁴².

8.3.1. Facultades que se ejercen respecto la cosa objeto del derecho real

Conforme lo dispone el inciso primero del artículo 6 del Código de Aguas “*El derecho de aprovechamiento es un derecho real que recae sobre las aguas y consisten en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este código.*”. Por tanto, las facultades que detenta el titular de un derecho de aprovechamiento, en tanto derecho real, recaen directamente sobre la cosa, objeto del mismo, es decir: las aguas.

El titular del derecho de aprovechamiento podrá, en consecuencia, usar y gozar de las aguas en la forma que estime conveniente, siempre y cuando se cumpla con las estipulaciones contenidas en su título que, en general, se referirán a la clase del derecho (consuntivo o no consuntivo; permanente o eventual; continuo, discontinuo o alternado), a la cantidad de aguas que se

⁸⁴² Considerando que los efectos jurídicos, que emanan de los derechos reales y del derecho de dominio, en general, exceden de los límites del presente trabajo, centraremos el estudio únicamente en las notas distintivas relativas a las facultades derivadas del derecho de aprovechamiento de aguas propiamente tal, en tanto derecho real y, a las facultades derivadas del derecho de dominio que recae sobre el derecho de aprovechamiento.

le autoriza extraer expresada en volumen por unidad de tiempo⁸⁴³, entre otras.

Se advierte que el legislador dispone, de manera expresa, dos de las facultades materiales propias de los derechos reales: la facultad de uso y la de goce.

Recordando las lecciones del civilista ALESSANDRI RODRÍGUEZ, la facultad de uso se traduce en aplicar la cosa misma a todos los servicios que es capaz de proporcionar y la facultad de goce es la que habilita para apropiarse de los frutos y los productos que la cosa da⁸⁴⁴. En tal sentido, la jurisprudencia ha señalado que *“ni la letra ni el espíritu del Código de Aguas, ni el contexto de la legislación sobre la materia permite suponer que el derecho de aprovechamiento de aguas se refiera única y exclusivamente a las aguas mismas y no a las materias que el agua contenga. Basta examinar dicha legislación para concluir que no existe en ella disposición que implícita o explícitamente, limite o excluya la utilización o extracción de las substancias minerales o de cualquiera otra naturaleza que las aguas contengan o arrastren”*⁸⁴⁵.

No habiendo duda, entonces, respecto de la existencia de estas dos facultades, cabe indagar acerca de la facultad de disposición, tanto material como jurídica respecto a este derecho real, en atención a que el inciso primero del artículo 6 del Código de Aguas no la contempla expresamente.

⁸⁴³ Para MORALES CORTÉS, “dicha cantidad de aguas es, por una parte, un límite para su titular (no puede usar más agua de la que dice el título), y por otra parte es un supuesto abstracto independiente de que efectivamente exista tal cantidad de aguas en el cauce”. Véase: MORALES CORTÉS, V., “Uso y goce del derecho de aprovechamiento de aguas y de la concesión minera”, en *VIII Jornadas de Derecho de Minería*, Copiapó, Noviembre de 2005, Universidad de Atacama, [s.n.].

⁸⁴⁴ Cfr.: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (et al), *Tratado de Derechos Reales*, Santiago de Chile, T. I, 6ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2010, p. 38.

⁸⁴⁵ CORTE SUPREMA, 9 de enero 1970, *Fallos del Mes* N° 134, Santiago de Chile, 1970, p. 341.

Considerando a la disposición material como aquella “que habilita para destruir materialmente la cosa, transformarla o degradarla”⁸⁴⁶, y tratándose la cosa de un bien nacional de uso público, como son las aguas, habría de concluirse, de plano, que esta facultad le está vedada a los derechos de aprovechamiento de las aguas⁸⁴⁷.

Esta vehemente aseveración puede ser cuestionada, si se estima que el ejercicio de los derechos de aprovechamiento de las aguas de carácter consuntivo, en cierta medida, derivará inevitablemente en el consumo mismo de las aguas, en el agotamiento de una determinada porción del dominio público hidráulico⁸⁴⁸.

Si bien esta situación se contradice con los postulados civilistas mencionados, no ha de olvidarse que el derecho de aprovechamiento de las aguas es un derecho real de carácter administrativo, y la inevitabilidad del consumo de la porción del dominio público hidráulico se encuentra intrínsecamente vinculada a un elemento que el Derecho civil no tiene por qué considerar: el cumplimiento de una finalidad pública en aras del interés general de la nación⁸⁴⁹.

Desde el ideario que conforma el modelo de desarrollo chileno actual, la finalidad pública perseguida mediante la constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas se satisface debido a que la aplicación

⁸⁴⁶ ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (*et al*), *Tratado de Derechos Reales*, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁴⁷ En general, esta facultad es ajena a todos los derechos reales, excepto al derecho de dominio.

⁸⁴⁸ Este aspecto ha sido previamente tratado al momento de definir el derecho de aprovechamiento, expresando el autor FIGUEROA DEL RÍO que cierta porción del dominio hidráulico pierde el carácter de tal una vez ingresadas las aguas al canal propiedad del titular del derecho de aprovechamiento, y más moderadamente DONOSO HARRIS, cuando expresa que el dominio del titular se superpone al dominio público hidráulico, coexistiendo ambos al mismo tiempo.

⁸⁴⁹ Recuérdese la explicación del apartado 2 del Capítulo Primero de esta Parte *supra*. Cfr.: MONTT OYARZÚN, S., *El Dominio Público...*, *op. cit.*, p. 266. La Corte Suprema, desde antaño también se ha referido al tema de la primacía del Derecho Administrativo en razón del interés social frente al dominio privado. Véase CORTE SUPREMA, 8 de septiembre de 1922, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 21, Sección 1ª, Santiago de Chile, 1922, p. 813.

normativa tienda a la generación de inversiones, de empleo y de crecimiento de la economía nacional.

Por esta razón el uso privativo del agua estará siempre supeditado al ejercicio de una actividad económica, y en ese sentido el “aprovechamiento” habrá de entenderse como una facultad, pero también como una obligación, debido a que si bien por una parte se ingresa al patrimonio del titular del derecho una porción del dominio público que por naturaleza debería pertenecer a todos los habitantes de la nación, por otra parte, este sujeto estará obligado a lograr el mejor aprovechamiento posible de las aguas en miras al desarrollo económico del país y, en consecuencia, al cumplimiento del interés público⁸⁵⁰.

Cabe recordar que habrá ocasiones en que el titular del derecho de aprovechamiento no ejerza las facultades que le otorga la ley, y decida no utilizar el recurso que se le fue constituido. Este no uso del agua, desde la perspectiva del recurso hídrico como factor económico, rompe con el objetivo perseguido por el “aprovechamiento como obligación”, lo cual inevitablemente producirá distorsiones en el mercado, como son el monopolio y el acaparamiento del recurso.

Por esta razón, y para hacer frente a estas situaciones que no son deseadas por el modelo de desarrollo imperante, el legislador ha implementado la figura de la “Patente de No Utilización de las Aguas”, sancionando así a aquél titular que decida no ejercer las facultades que la ley le otorga⁸⁵¹, y así intentar restablecer el equilibrio propuesto entre el “aprovechamiento-facultad” y el “aprovechamiento-obligación”.

Finalmente, con relación a la facultad de disposición jurídica, basta advertir que ésta no tiene cabida respecto de las aguas, debido a que es entendida

⁸⁵⁰ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., “Los derechos mineros...”, *op. cit.*, pp. 491 y ss.

⁸⁵¹ Respecto a la patente por la no utilización de la Aguas véase el apartado 4.3 de este Capítulo *supra* y los artículos 129 bis 4 a 129 bis 21 del Código de Aguas.

como “un poder” que recae exclusivamente sobre el derecho que se tiene sobre la cosa y no sobre la cosa propiamente tal⁸⁵².

8.3.2. Facultades que se ejercen respecto del derecho real propiamente tal

La norma que hace referencia a estas facultades se encuentra dispuesta en el inciso segundo del artículo 6 del Código de Aguas, que otorga expresamente al titular de un derecho de aprovechamiento sobre las aguas las facultades de usar, gozar y disponer de él en conformidad a la ley.

Se trata pues, de un claro caso de aprovechamiento de una cosa incorporal, y así lo señala el GUZMÁN BRITO cuando dispone que “aquí se trata del aprovechamiento de los derechos en sí, no de las cosas corporales sobre que ellos recaigan eventualmente.”⁸⁵³, y explicita su postura profundizando el estudio de cada una de las facultades mencionadas previamente.

De esta manera, resulta posible advertir que la legislación, cuando otorga a su titular la facultad de uso de su derecho real de aprovechamiento, estaría tergiversando el lenguaje, generando, en definitiva, una mera apariencia. Es decir, que la legislación contemple la facultad de uso respecto de un derecho real “no significa que lo usado sea en verdad el derecho o que la operación de uso recaiga sobre él”⁸⁵⁴, sino que está legitimando a su titular para usar la cosa corporal objeto de su derecho.

Respecto a la facultad de goce como atributo de los derechos, GUZMÁN BRITO es implacable al señalar que, “La posibilidad de que frutos naturales, que en sí mismos son cosas corporales, sean generados por cosas incorporales, queda excluida por definición: una cosa que no es material no

⁸⁵² Véase el análisis de las facultades que se ejercen sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas en los apartados 8.3.2 y 8.3.3. de este Capítulo *infra*.

⁸⁵³ GUZMÁN BRITO, A., *Las cosas incorporales...*, *op. cit.*, p. 107.

⁸⁵⁴ *Ibid*, p. 108.

puede producir cosas materiales⁸⁵⁵, cuestión que es completamente aceptable respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas.

Frente a la posibilidad del goce del derecho de aprovechamiento mediante la apropiación de frutos civiles, la cuestión puede generar cierta controversia. Por una parte se ha entendido que pueden constituir frutos civiles el dinero que perciba el titular de un derecho de aprovechamiento en concepto de renta de arrendamiento de tal derecho. No obstante, el mencionado GUZMÁN BRITO se muestra contrario a tal tendencia, la cual hacemos nuestra, advirtiendo que nuevamente el lenguaje de la ley es inexacto, toda vez que, en realidad, no es que el titular del derecho de aprovechamiento arriende su derecho de aprovechamiento, sino la cosa objeto del derecho propiamente tal: las aguas.

Conforme la disposición del artículo 1916 del Código Civil, en concordancia con la del artículo 116 N° 3 del Código de Aguas, los derechos de aprovechamiento de aguas serían susceptibles de darse en arrendamiento. No obstante, aceptar tal situación, para GUZMÁN BRITO, equivaldría a admitir que el arrendatario se subrogaría en la posición del titular del derecho de aprovechamiento durante el tiempo del contrato, pudiendo oponer dicha posición a los terceros e incluso ejercer las acciones posesorias derivadas del derecho. Pero ello no sucede de ese modo, porque si bien el arrendatario podrá usar las aguas y aprovecharse de sus frutos materiales, ello no será por tener la calidad de titular del derecho de aprovechamiento sino de arrendatario de la cosa objeto de tal derecho.

En consecuencia, cuando la ley alude a la posibilidad de celebración de contratos de arrendamiento respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas, habrá que considerarlos “en relación con la cosa corporal sobre la cual el arrendador ya tiene el derecho real, con la finalidad de legitimarlo para arrendar dicha cosa con efecto de oponibilidad frente al dueño, aunque

⁸⁵⁵ *Ibid*, p. 109.

no ante terceros, a favor del arrendatario⁸⁵⁶. Finalmente, la facultad de goce, a pesar del texto de la ley, no es propia del derecho de aprovechamiento de aguas, sino que del objeto de dicho derecho, conforme lo indicado en el apartado anterior.

En último lugar, corresponde el análisis de la procedencia de la facultad de disposición respecto del derecho real de aprovechamiento, la cual hemos previamente denominado: disposición jurídica, en tanto poder que detenta el titular para desprenderse del derecho que tiene sobre la cosa⁸⁵⁷. Si bien, tal como sucede respecto de la disposición material, la norma del artículo 6 del Código de Aguas no la contempla expresamente, la doctrina ha aceptado que se trata de una facultad común a todos los derechos reales⁸⁵⁸. Para la doctrina civilista, son formas de disposición jurídica de los derechos: la renuncia, el abandono y la enajenación⁸⁵⁹.

Atendida esta formulación, nuevamente es el jurista GUZMÁN BRITO quien otorga luz acerca de la aplicabilidad de cada una de ellas respecto de los derechos reales, haciendo mención expresa de los derechos de aprovechamiento de las aguas. En ese sentido, indica que “por lo que atañe a la enajenación (cesión) de los derechos reales cabe la del derecho (...) de aprovechamiento de aguas⁸⁶⁰, en atención que así lo dispone la norma contenida en el artículo 21 del Código de Aguas⁸⁶¹. Agrega, a continuación, que “respecto a la renuncia de los derechos reales (...) el derecho de aprovechamiento podría ser renunciado⁸⁶², conforme se deduce de lo

⁸⁵⁶ *Ibid*, p. 111.

⁸⁵⁷ Cfr.: ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. (*et al*), *Tratado de los Derechos Reales*, *op. cit.*, p. 39.

⁸⁵⁸ Cfr.: *ibid* p. 42.

⁸⁵⁹ Cfr.: *ibid* p. 39.

⁸⁶⁰ GUZMÁN BRITO, A., *Las cosas incorporales...*, *op. cit.*, p. 113.

⁸⁶¹ Véase el artículo 21 del Código de Aguas: “La transferencia, transmisión y la adquisición o pérdida por prescripción de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones el Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente Código”.

⁸⁶² *Ibid*, p. 114.

dispuesto en el inciso tercero del artículo 6 del Código de Aguas⁸⁶³ en concordancia con el artículo 12 del Código Civil⁸⁶⁴.

Sin embargo, respecto del abandono, considera el autor que no es admisible respecto de los derechos reales, incluido, por tanto, el derecho de aprovechamiento de las aguas. Considera que tal actividad se verifica únicamente como una noción material, es decir, se trata de “hacer dejación de la posesión de una cosa corporal sin respecto a persona determinada, de modo que el primer ocupante pueda adquirir dicha posesión. En tales circunstancias, las cosas incorporales, atendida su inmaterialidad, no pueden ser objeto de semejante operación”⁸⁶⁵.

Cabe agregar finalmente, que resulta también posible ejercer la facultad de disposición jurídica de una manera parcial, habida cuenta que el Código de Aguas autoriza la constitución de otros derechos reales sobre del derecho real de aprovechamiento de aguas⁸⁶⁶, en especial el de hipoteca⁸⁶⁷.

⁸⁶³ Véase el inciso tercero del artículo 6 del Código de Aguas: “*Si el titular renunciare total o parcialmente a su derecho de aprovechamiento, deberá hacerlo mediante escritura pública que se inscribirá o anotará, según corresponda, en el Registro de Propiedad de Aguas del conservador de Bienes Raíces competente. El Conservador de Bienes Raíces informará de lo anterior a la Dirección General de Aguas, en los términos previstos por el artículo 122. En todo caso, la renuncia no podrá ser en perjuicio de terceros, en especial si disminuye el activo del renunciante en relación con el derecho de prenda general de los acreedores*”.

⁸⁶⁴ Véase el artículo 12 del código Civil: “*Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia*”.

⁸⁶⁵ *Ibid*, p. 115.

⁸⁶⁶ Véase el artículo 113 del Código de Aguas: “*Se perfeccionarán por escritura pública los actos y contratos traslaticios de dominio de derechos de aprovechamiento, como también la constitución de derechos reales sobre ellos y los actos y contratos traslaticio de los mismos*”.

⁸⁶⁷ Véase el artículo 110 del Código de Aguas: “*Los derechos de aprovechamiento inscritos pueden ser hipotecados independientemente del inmueble al cual su propietario los tuviere destinados. Los no inscritos sólo podrán hipotecarse conjuntamente con dicho inmueble*”.

8.3.3. Facultades que se ejercen respecto del dominio vinculado al derecho real de aprovechamiento de las aguas

Previamente hemos analizado las facultades que se ejercen sobre el derecho real de aprovechamiento propiamente tal establecidas en el inciso segundo del artículo 6 del Código de Aguas, cuyo tenor es el siguiente: “*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*”.

No obstante la realización de una primera lectura referente a las facultades del derecho real de aprovechamiento, sobre esta norma cabe también una segunda lectura, que aunque aparezca de manera subrepticia, constituye uno de los argumentos jurídicos básicos que sustenta el ideario económico que envuelve el Derecho de Aguas chileno: el dominio que se ejerce respecto de los derechos de aprovechamiento sobre las aguas.

El legislador, en su afán obsesivo de blindar al derecho de aprovechamiento de aguas y a su titular, dispuso la propietarización de este derecho real⁸⁶⁸. En consecuencia, una vez constituido el derecho de aprovechamiento de las aguas, este pasa a ingresar el patrimonio de su titular, por lo cual regirán en plenitud todas las facultades que las leyes le confieren en virtud de su calidad de propietario de tal derecho.

Es posible interpretar *prima facie*, que mediante la norma en comento, al disponer que “*El derecho de aprovechamiento sobre las aguas es de dominio de su titular...*”, se estaría cumpliendo con el objetivo de resguardar el derecho real de aprovechamiento a través del derecho real de dominio. Si seguimos un paso adelante, y recordando la disposición del artículo 583 del

⁸⁶⁸ Recuérdese el tema de la propietarización de los derechos, analizado en el apartado 3 de este Capítulo *supra*, respecto a la naturaleza jurídica del derecho de aprovechamiento de las aguas.

Código Civil⁸⁶⁹, ese dominio (o propiedad) que resguarda al derecho real de aprovechamiento en cuanto también es derecho real, y por tanto cosa incorporal, estaría a su vez amparada por el derecho de dominio, y así hasta el infinito⁸⁷⁰.

En consecuencia, si considerásemos que el titular de un derecho real de aprovechamiento, también lo es del derecho de dominio que se ejerce sobre aquel, sería lógico suponer que detenta, a su vez, todas las facultades inherentes al dominio en cuanto derecho real: usar, gozar y disponer de la cosa, objeto de ese dominio. Se advierte, de inmediato, que el objeto de este derecho de dominio no tiene un “ser real”⁸⁷¹, sino que se trata de una cosa incorporal: el derecho de aprovechamiento de las aguas, lo que deriva en otra serie de absurdos: Respecto a las facultades de uso, goce y disposición material, hemos visto previamente que los derechos no se pueden usar, disfrutar, o disponer materialmente, que dichos atributos se confunden con la cosa material objeto del derecho. Sin embargo, resulta que, en este caso, la cosa objeto del derecho de dominio tampoco es material, es otro derecho, cuestión que en la práctica se traduce en la imposibilidad de la realización de estas facultades.

Respecto de la facultad de disposición jurídica, esta podría, eventualmente, tener cabida, conforme lo hemos analizado previamente. Se entendería que el titular del derecho de dominio sobre el derecho de aprovechamiento de las aguas detenta un poder para desprenderse de su derecho de dominio por acto entre vivos mediante su, transferencia o renuncia. En ese sentido, pareciera que el legislador de aguas así lo haya entendido en ciertas ocasiones, cuando dispone, por ejemplo, en el artículo 129 del Código de Aguas que “El dominio sobre los derechos de aprovechamiento se extingue

⁸⁶⁹ Véase el artículo 583 del Código Civil: “*Sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad. Así el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.*”

⁸⁷⁰ Esta interpretación que limita con lo absurdo, ha sido analizada profundamente en: GUZMÁN BRITO, A., *Las cosas incorporales...*, op. cit., pp. 146 y ss.

⁸⁷¹ Que puede ser percibido por los sentidos, tal como ha calificado el CCCh a las cosas corporales.

por renuncia...”, o en el artículo 113 del mismo cuerpo legal que indica: “*Se perfeccionarán por escritura pública los actos y contratos traslaticios de dominio de derechos de aprovechamiento*”⁸⁷².

No obstante, consideramos que esta interpretación es errónea e inútil. Es errónea porque en realidad sobre las cosas incorporales no puede haber dominio. El artículo 583 del Código Civil, señala que lo que se ejerce sobre tales cosas es “*una especie de propiedad*”, siendo una de esas cosas incorporales, y solo una especie de propiedad, el derecho real de dominio⁸⁷³. Así, respecto del derecho real de aprovechamiento de las aguas, existiría otra especie de propiedad, distinta al dominio, y que guarda intrínseca relación con el significado del mismo vocablo “propiedad”, es decir: una especie de titularidad o pertenencia cuya característica distintiva corresponde a la exclusividad en el ejercicio de tal aprovechamiento⁸⁷⁴.

Por otra parte, la interpretación es inútil, debido a que para el reconocimiento y protección que se le otorga al derecho real de aprovechamiento basta su categorización como derecho real administrativo. El intento de blindarlo a través del dominio no ha supuesto un reconocimiento distinto, salvo la confusión de los legisladores e intérpretes.

En conclusión, debemos entender que cuando la norma de aguas hace referencia a actos de disposición jurídica, propios de derechos reales, no se está refiriendo al dominio⁸⁷⁵ sino que al derecho de aprovechamiento de aguas propiamente tal. Dicha facultad de disposición jurídica, en especial a lo que atañe a la transferencia por acto entre vivos de los derechos de aprovechamiento de aguas, es lo que constituye la gran novedad que ha

⁸⁷² El subrayado es nuestro.

⁸⁷³ Véase el artículo 582 del Código Civil: “*El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra la ley o contra derecho ajeno.*”

⁸⁷⁴ Cfr.: GUZMÁN BRITO, A., *Las cosas incorporales...*, op. cit., pp. 146-151.

⁸⁷⁵ Véase los artículos 113 y 129 del Código de Aguas anteriormente transcritos en el cuerpo del trabajo.

generado la norma chilena, a nivel mundial. Esta consiste en que, a través de esta facultad de disposición, se genera el mecanismo conocido por los economistas como “reasignación de los derechos de aprovechamiento de aguas”, denominado también como el mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas o simplemente, el mercado de aguas.

9. TRANSFERIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

Tal y como hemos analizado anteriormente, una vez ingresado el derecho de aprovechamiento de las aguas al patrimonio de su titular en calidad de derecho real, éste, en tanto actúe legal y legítimamente, es libre para realizar todas las facultades propias de los derechos reales: usar, gozar y disponer de su derecho de aprovechamiento⁸⁷⁶.

Es el análisis de esta última facultad de disposición respecto del cual versará el presente apartado, debido a que, como hemos adelantado, constituye la fórmula ideada por el legislador para proceder a la transferencia de los derechos de aprovechamiento, y por ende, del recurso hídrico al que está adscrito.

Desde una perspectiva general, se analiza, en primer lugar, el principio nuclear que fundamenta esta facultad de disposición jurídica del derecho real de aprovechamiento de agua. Posteriormente, se realiza un análisis más extenso, respecto de tal facultad desde el punto de vista de la dogmática jurídica y también de la ciencia económica.

⁸⁷⁶ Facultades que se ejercerán en la medida indicada en el apartado 8.3.2 de este Capítulo *supra*.

9.1. El principio de libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas

Conforme se ha analizado al inicio de este capítulo, la gestación de este nuevo sistema de libre mercado en materia de aguas estuvo íntimamente vinculada a la adaptación de las políticas económicas adoptadas en el gobierno del régimen militar, con la finalidad de implementar una nueva realidad tanto en el plano económico, propiamente tal, como también en los planos políticos y sociales⁸⁷⁷.

Habiendo sido ideadas estas políticas por un grupo mayormente conformado por expertos economistas, académicos de la Facultad de Economía de la Pontificia Universidad Católica de Chile, resulta indiscutible el hecho de que la nueva institucionalidad se encuentre imbuida de conceptos propios del lenguaje economicista.

Es por esta razón que, desde la academia jurídica, VERGARA BLANCO ha realizado el esfuerzo por interpretar este ideario y nuevas propuestas conforme el método de la dogmática jurídica. De esta forma, este autor le otorga una categorización jurídica al concepto económico de “mercado de derechos de aprovechamiento de aguas”, denominándolo como uno de los principios esenciales que inspira el Derecho de Aguas chileno: el principio de la libre transferibilidad de los derechos de aguas⁸⁷⁸.

El principio de la libre transferibilidad de los derechos de aguas consiste entonces, en “la libre disponibilidad de los derechos de aguas o la libre disponibilidad del agua misma”⁸⁷⁹.

⁸⁷⁷ Cfr.: SANFUENTES VERGARA, E., (dir.), *El Ladrillo...*, *op.cit.*, p. 19.

⁸⁷⁸ El mencionado autor considera que son dos los principios del Derecho de Aguas vigente: el principio de unidad de la corriente en el Derecho de Aguas y el principio de la libre transferibilidad de los Derechos de Aguas Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, *op.cit.*, p. 257.

⁸⁷⁹ VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, *op.cit.*, p. 502.

La importancia de este principio radica en que el Derecho de aguas chileno, a través de sus distintas instituciones deberá: otorgar la mayor protección y seguridad jurídica posible a las transacciones que se produzcan respecto de los derechos de aprovechamiento de las aguas; facilitar el libre ejercicio de estas transacciones; fomentar el acceso libre y gratuito a las titularidades de aguas; garantizar un papel restringido del Estado; y posibilitar de conformación de organizaciones de usuarios para una autónoma y descentralizada distribución del agua⁸⁸⁰.

9.2. La transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas desde el punto de vista de la dogmática jurídica

La actual normativa de aguas chilena, señala que la transferencia de los derechos de aprovechamiento de las aguas deberá realizarse conforme a las disposiciones del Código Civil, siempre y cuando no contravenga la norma especial⁸⁸¹.

El Derecho común chileno, por su parte, establece el mecanismo de transferencia de un derecho real en concreto – el derecho real de dominio –, bajo la nomenclatura de “tradicón”, indicando que *“es un modo de adquirir el dominio de las cosas y consiste en la entrega que el dueño hace de ellas a otro, habiendo por una parte la facultad e intención de transferir el dominio, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo”*⁸⁸².

Hemos visto, sin embargo, que este modo de adquirir, además de ser aplicable al derecho real de dominio, se hace extensivo a los demás

⁸⁸⁰ VERGARA BLANCO, A., “Una tríada económica y jurídica: Recursos naturales, bienes públicos y servicios públicos conexos para un balance de 30 años de liberalización económica en Chile (1980-2010)”, en FERRADA BÓRQUEZ, J. C. (coord.), *Estudios de Derecho Público. El principio de separación de poderes. Actas de las XL Jornadas de Derecho Público*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile y Thomson Reuters, 2011, pp. 665 y ss.

⁸⁸¹ Véase el artículo 21 del Código de Aguas: *“La transferencia (...) de los derechos de aprovechamiento se efectuará con arreglo a las disposiciones el Código Civil, salvo en cuanto estén modificadas por el presente Código”*.

⁸⁸² Véase el artículo 670 del Código Civil.

derechos reales. En efecto, en el mismo Código de Aguas se hace alusión a la forma como debe llevarse a cabo la tradición de los derechos de aprovechamiento de aguas⁸⁸³.

Debemos entender entonces, que “*la tradición*”⁸⁸⁴ para el caso del derecho real de aprovechamiento de las aguas, corresponde a un modo de adquirir la titularidad de los derechos de aprovechamiento de aguas y que consiste en la entrega que su titular hace de ellos a otro, habiendo por una parte la facultad de intención de transferir tal derecho, y por otra la capacidad e intención de adquirirlo⁸⁸⁵.

Para determinar la forma de realizar la tradición de los derechos de aprovechamiento de aguas, resulta necesario realizar una distinción entre la tradición de los derechos inscritos, y la tradición de los derechos no inscritos.

9.2.1. La tradición de los derechos de aprovechamiento de aguas inscritos

Previa a la transferencia propiamente tal de un derecho de aprovechamiento de aguas, las partes deberán acordar tal hecho mediante la celebración de un contrato. Se trata de un contrato solemne, conforme lo dispone el artículo 113 del Código de Aguas, toda vez que señala que “*Se perfeccionarán por*

⁸⁸³ A pesar de resultar tan clara la distinción entre la tradición del derecho de dominio y la tradición de los derechos de aprovechamiento de aguas, ambos derechos reales, tanto la doctrina, como la propia legislación se han encargado de confundir la concurrencia de ambos derechos, haciendo alusión, en algunas ocasiones, a la tradición del derecho de aprovechamiento de aguas y, en otras, a la tradición del dominio de derechos de aprovechamiento de aguas, no obstante estarse refiriendo a lo mismo. En atención a lo previamente explicado, respecto a la vinculación del dominio y el derecho de aprovechamiento en el apartado 8.3.3 de este Capítulo *supra*, consideramos oportuno advertir que, cuando la doctrina o la ley haga referencia a la tradición del dominio de derechos de aprovechamiento, hemos de entender que se refiere pura y simplemente a la tradición de los derechos de aprovechamiento de las aguas, sin otro adjetivo.

⁸⁸⁴ En el sentido expresado por la disposición del artículo 670 del Código Civil.

⁸⁸⁵ Concepto de elaboración propia.

*escritura pública los actos y contratos traslativos de dominio de derechos de aprovechamiento...*⁸⁸⁶.

Una vez celebrado el contrato solemne y concurriendo, por una de las partes, la facultad de intención de transferir tal derecho, y por la otra la capacidad e intención de adquirirlo, se deberá proceder a la entrega o transferencia del derecho de aprovechamiento en la forma como lo establece el inciso 1º del artículo 117 del Código de Aguas⁸⁸⁷: mediante la inscripción del título en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces correspondiente⁸⁸⁸.

En consecuencia, para el caso de los derechos de aprovechamiento inscritos, solamente una vez inscrito el título que lo contiene, se podrá entender que se encuentra válidamente transferido.

9.2.2. La tradición de los derechos de aprovechamiento de aguas no inscritos

Con el fin de velar por la transparencia y la certeza que debe envolver a cada una de las transferencias de los derechos de aprovechamiento, tanto la

⁸⁸⁶ Entiéndase que cuando el artículo se refiere a “dominio de derechos de aprovechamiento” no se refiere al derecho real de dominio, sino que a la mera titularidad de los derechos de aprovechamiento.

⁸⁸⁷ Véase el inciso 1º del artículo 113 “*La tradición de los derechos de aprovechamiento inscritos se efectuará por la inscripción del título en el Registro de Propiedad de Aguas del Conservador de Bienes Raíces*”. (Nótese que en esta ocasión la norma hace referencia directamente la tradición de los derechos de aprovechamiento y no a la tradición del dominio de los mismos).

⁸⁸⁸ Para la determinación del Conservador de Bienes Raíces competente, véase el artículo 118 del Código de Aguas: “*Las inscripciones se practicarán en el Conservador de Bienes Raíces que tenga competencia en la comuna en que se encuentre ubicada la bocatoma del canal matriz en el cauce natural. / Tratándose de derechos de aprovechamiento que recaigan sobre aguas embalsadas o aguas subterráneas, las inscripciones deberán hacerse en el Conservador de Bienes Raíces que tenga competencia en la comuna donde se encuentre ubicado el embalse o el pozo respectivo, pero si el embalse cubriere territorios de dos o más comunas, se inscribirán en aquella donde se encuentre ubicada la obra de entrega. Sin perjuicio de las inscripciones que procedan, los Conservadores deberán anotar, al margen de las inscripciones relativas a las organizaciones de usuarios o de las comunidades de aguas, las mutaciones de dominio que se efectúen o que se refieran a ellas*”.

ley, como las administraciones hidráulicas competentes, han hecho sucesivos esfuerzos por propender a la regularización de titularidades que no se encuentran inscritas. Tal es la situación en que se encuentran aquéllos títulos que provienen de los derechos de aprovechamiento de aguas reconocidos, que derivan que los usos consuetudinarios, o que se han ejercido históricamente, antes de la entrada en vigencia de la legislación actual⁸⁸⁹.

En general, no hay unanimidad en la doctrina respecto a la forma como ha de realizarse la tradición de los derechos de aprovechamiento de aguas no inscritos. Para cierto sector, y en atención a la necesidad de regularización y catastro de los títulos, se debe proceder en los mismos términos que respecto de los derechos de aprovechamiento inscritos. Otro sector, sin embargo, que atiende más a lo literal de la norma que a su espíritu, entiende que si la ley no distingue no le es lícito al intérprete distinguir y, en consecuencia, como la ley no se refiere expresamente a la situación de la transferencia de los derechos de aprovechamiento no inscritos, habrá de procederse conforme a las disposiciones correspondientes del Derecho común⁸⁹⁰.

Debido a que el Derecho común distingue entre bienes muebles e inmuebles para efectos de realizarse la tradición de los mismos, resulta necesario recordar el análisis referente a la naturaleza mueble o inmueble de los derechos de aprovechamiento de aguas.⁸⁹¹

⁸⁸⁹ Recuérdese lo expuesto en el apartado 4.1 de este Capítulo *supra*, referente a la clasificación de los derechos de aprovechamiento de las aguas en atención al acto que le dio origen.

⁸⁹⁰ Cfr.: ARÉVALO CUNICH, G., "De los modos derivativos de adquirir el dominio y de la prescripción del derecho de aprovechamiento de aguas" en, VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, 2011, p. 83.

⁸⁹¹ Véase el apartado 3 de este Capítulo *supra*.

Si se considera que se trata de un derecho de naturaleza mueble, entonces habrá de aplicarse el artículo 684 del Código Civil⁸⁹², esto es, de la forma “ficta” o “simbólica” de hacer la tradición que contemplan los números 3 y 4 de dicha disposición legal. Es decir, por ejemplo, entregándole el tradente al adquirente las llaves de la casa de máquinas donde está la bomba que extrae el agua desde la fuente natural, o mostrándole las obras de captación y condición de las aguas⁸⁹³.

No obstante cualquier interpretación que la doctrina estime aplicable, en la práctica, cuando el objeto de la transacción es un derecho de aprovechamiento no inscrito, las partes involucradas suelen celebrar un contrato de promesa de compraventa cuya condición, de la cual dependerá la celebración del contrato definitivo, consistirá, precisamente, en que el promitente vendedor pueda inscribir el derecho de que se trate, dentro del plazo que para tal efecto se establezca en el propio contrato de promesa⁸⁹⁴.

9.3. La transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas desde el punto de vista de la ciencia económica: El mercado de las aguas

Anteriormente, hemos adelantado que lo que en el lenguaje jurídico corresponde a la libre transferibilidad de derechos de aprovechamiento de aguas, en el lenguaje de la ciencia económica corresponde al denominado mercado de aguas.

⁸⁹² Véase el artículo 684 del Código Civil: “La tradición de una cosa corporal mueble deberá hacerse significando una de las partes a la otra que le transfiere el dominio, y figurando esta transferencia por uno de los medios siguientes: 1º Permitiéndole la aprensión material de una cosa presente; 2º Mostrándosela; 3º Entregándole las llaves del granero, almacén, cofre o lugar cualquiera en que esté guardada la cosa; 4º Encargándose el uno de poner la cosa a disposición del otro en el lugar convenido; y 5º Por la venta, donación u otro título de enajenación conferido al que tiene la cosa mueble como usufructuario, arrendatario, comodatario, depositario, o a cualquier otro título no translaticio de dominio; y recíprocamente por el mero contrato en que el dueño se constituye usufructuario, comodatario, arrendatario, etc.”.

⁸⁹³ Cfr.: FIGUEROA DEL RÍO, L. S., *Asignación y Distribución...*, op. cit., p. 58.

⁸⁹⁴ Cfr.: ARÉVALO CUNICH, G., “De los modos derivativos de adquirir el dominio y de la prescripción del derecho de aprovechamiento de aguas”, op. cit. p. 84.

Si, por una parte, en materia jurídica se analiza su dogmática, las figuras implementadas por el legislador para llevar a la práctica la facultad de disposición jurídica de los derechos de aprovechamiento, por otra, en el ámbito de la economía se analiza el desempeño del sistema de asignación y de distribución de las aguas, sea que se trate de sistemas centralizados o tradicionales, o de sistemas descentralizados, para luego determinar si cumple con unos determinados parámetros de eficiencia económica que corresponden a una asignación socialmente óptima⁸⁹⁵.

Con la entrada en vigor de la Constitución Política de la República de Chile de 1980, en virtud de la conformación del actual Orden Público Económico⁸⁹⁶ la sociedad chilena pasó a regirse por una economía basada en el libre mercado a través del principio de libertad económica, dispuesto en el artículo 19 N° 21⁸⁹⁷, que se estableció como un derecho fundamental de todas las personas⁸⁹⁸. Ello significa, tal como lo explica VERGARA BLANCO, que “la libre transferibilidad no es «una gracia» (...) del Código de Aguas

⁸⁹⁵ Cfr.: DONOSO HARRIS, G., “Proyecto de reforma al Código de Aguas: ¿mejora la asignación del recurso?”, *Panorama Económico de la Agricultura*, año 16, N° 92, 1994, pp. 4 y ss.

⁸⁹⁶ Se ha entendido, en general, al Orden Público Económico como “El conjunto de principios y normas jurídicas que organizan la economía de un país y facultan a la autoridad para regularla en armonía con los valores de la sociedad formulados en la Constitución” (Véase: CEA EGAÑA, J. L., *Tratado de la Constitución de 1980*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 158).

⁸⁹⁷ Artículo 19 N° 21 de la CPR: “*La Constitución asegura a todas las personas (...) El derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público a las seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen*”.

⁸⁹⁸ El derecho a desarrollar cualquier actividad económica lícita está consagrado como un derecho fundamental toda vez que la Constitución establece una acción constitucional con la finalidad de ampararlo en caso de privación, perturbación o amenaza de su legítimo ejercicio. (Véase el artículo 20 de la CPR, que consagra la acción de protección). A este ámbito tutela se le agrega también una acción específica denominada “Recurso de Amparo Económico”, establecida por el artículo único de la Ley N° 18.971 de 10 de marzo de 1990 y entendida por la jurisprudencia como “una acción jurisdiccional de carácter conservador, especial y popular, en la que el actor no necesita tener interés actual en el recurso, creada con el objeto de cautelar la garantía constitucional de la libertad económica que se consagra en el artículo 19 de la Constitución Política en ambos incisos de su número 21 (...) para denunciar todas las infracciones a dicha norma constitucional...” (CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 26 de enero de 1995, confirmada por la Sala Constitucional de la Excm. Corte Suprema, *Gaceta Jurídica* N° 177, Santiago de Chile, 1995, pp. 20 y siguientes).

(...) es un principio que informa toda la institucionalidad chilena (...) y se produce en todos los sectores”⁸⁹⁹.

En consecuencia, con el objeto de que se implementara, en la práctica, la libertad de todas las personas para realizar cualquier actividad económica lícita, se procedió a la liberalización de ciertos bienes, como son los recursos naturales, puesto que representan un elemento esencial en el desarrollo de las actividades económicas más importantes del país y que se encuentran interrelacionadas unas con otras⁹⁰⁰.

En un mercado de agua, el recurso hídrico se reasigna mediante el intercambio de algún tipo de titularidad respecto de los derechos de aprovechamiento, ya sea a través de la celebración de un contrato de arrendamiento, cuando se realiza por un período limitado de tiempo, o a través de la celebración de un contrato de compraventa, cuando se realiza a perpetuidad. Las interacciones entre los arrendadores y arrendatarios y entre los compradores y vendedores de derechos son las que constituyen el mercado de agua⁹⁰¹.

Para que se produzca una transacción de esta índole en los mercados de derechos de aprovechamiento, señala COLBY⁹⁰² que será necesaria la concurrencia de las siguientes condiciones:

⁸⁹⁹ Vergara Blanco, A., *Derecho de Aguas*, T. II, *op. cit.*, p. 503.

⁹⁰⁰ Tal es el caso de las aguas, que son absolutamente necesarias para la implementación de otros sectores productivos como son: el sector de la energía, de la minería, el sector agrícola y el sanitario. Cfr.: VERGARA BLANCO, A., “Una tríada económica y jurídica...”, *op. cit.*, p. 661.

⁹⁰¹ Cfr.: LEE, T. R., JOURAVLEV, A. S., *Los precios, la propiedad y los mercados en la asignación del agua*, Santiago de Chile, Serie Medio Ambiente y Desarrollo N° 6, CEPAL/ONU, 1998, p. 12; Y DONOSO HARRIS, G. (*et al*), “Análisis de los Mercados de Derechos...”, *op. cit.*, p. 113.

⁹⁰² COLBY; B. G., “Economic impacts of water law – state law and water market development in the Southwest”, *Natural Resources Research*, Vol. 28 N° 4, p. 723, 1988. Citado por LEE, T. R., JOURAVLEV, A. S., *Los precios, la propiedad...*, *op. cit.*, p. 15.

- El vendedor debe recibir una oferta de precio que por lo menos iguale tanto las rentabilidades sacrificadas debido a los derechos de agua a que ha renunciado como los costos de transacción y transporte que sufraga;

- El comprador tiene que esperar que la rentabilidad de la compra supere tanto el precio pagado al vendedor como los costes de transacción, de almacenamiento y transporte que sufraga;

- Para el comprador, los costos totales vinculados a la utilización del mecanismo de mercado para la adquisición de derechos de aguas, tienen que ser inferiores a los costos que se generaría mediante la utilización de una fuente de suministro alternativa.

9.3.1. Fundamentación para el establecimiento del mercado como herramienta de gestión de los recursos hídricos:

El aspecto teórico

En términos generales se ha considerado que “el problema central de toda economía es utilizar eficientemente los recursos, por naturaleza escasos, para derivar de ellos un máximo de producto que permita satisfacer adecuadamente las necesidades crecientes de la población”⁹⁰³. Conforme a este paradigma, resulta indudable, al menos teóricamente que, cualquiera que sea el sistema por el cual una economía concreta se decante – un sistema centralizado y estatista o bien un sistema descentralizado mediante la aplicación de la herramienta de mercado –, la filosofía inspiradora de ambos, para resolver el mencionado problema, será siempre la búsqueda de un nivel de asignación socialmente óptimo, que a su vez reportará el máximo bienestar posible a toda la sociedad en su conjunto. Es en este contexto, y considerando al agua como un recurso económico⁹⁰⁴, que desde la ciencia

⁹⁰³ SANFUENTES VERGARA, E. (dir.), *El Ladrillo...*, op. cit., p. 66.

⁹⁰⁴ Recuérdese el análisis del agua como recurso económico conforme el principio N° 4 de la Declaración de Dublín sobre el agua y el desarrollo sostenible. Véase: SOLANES, M. Y

económica se ha generado la escuela de la economía de los recursos naturales, y aún en términos más especializados: la escuela de la economía del agua.

La elección de un sistema descentralizado o de mercado que actualmente rige en Chile para efectos de la gestión del recurso hídrico, tal como lo hemos analizado previamente⁹⁰⁵, tiene un fundamento más bien reactivo respecto del sistema regente en el gobierno anterior a su instauración, en el sentido de considerar que toda gestión de índole económica dejada en manos del Estado, es, por esencia, nefasta.

Habiéndose finalmente optado por un sistema descentralizado para la gestión de los recursos naturales, se ha entendido que para resolver el problema de la escasez del recurso hídrico, estos debieran ser manejados “como una mercancía totalmente negociable, sujeta a las fuerzas de la oferta y la demanda en un mercado sin regulaciones, y que el valor económico del agua sea el mismo que su precio en el libre mercado”⁹⁰⁶.

En términos concretos, el objetivo que persigue la implementación de la herramienta de mercado para la gestión del recurso hídrico, es el de “establecer un esquema ágil, de fácil acceso al sector privado, que le permita a cualquier agente de producción o servicios, disponer de un bien que es básico y fundamental para cualquier desarrollo productivo”⁹⁰⁷.

Además de establecerse la herramienta de mercado para la gestión del agua como una fórmula reactiva al sistema anterior, la elección chilena se ha respaldado en un sinnúmero de estudios teóricos que han tendido a

GONZÁLEZ-VILLARREAL, F., “Los principios de Dublín reflejados en una evaluación comparativa de ordenamientos institucionales y legales para la gestión integrada del agua”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, T. II, Madrid, Civitas, 2002, pp. 463-506.

⁹⁰⁵ Véase el apartado 1 de este Capítulo *supra*.

⁹⁰⁶ BAUER, C. J., “Vendiendo agua...”, *op. cit.*, p. 7.

⁹⁰⁷ PERALTA TORO, F., “El mercado de los derechos de aprovechamiento...”, *op. cit.*, p. 160.

demostrar las distintas ventajas que supone respecto a otros sistemas de asignación del recurso. Dichas ventajas se encuentran recopiladas por el economista DONOSO HARRIS, donde se establece que las fuerzas de un mercado perfecto, ideal del sistema de asignación de las aguas chileno, tendrían los siguientes efectos beneficiosos⁹⁰⁸:

- Inducen a los usuarios a considerar el costo de oportunidad de poseer derechos de aguas⁹⁰⁹;
- Estimulan un ajuste más rápido en la asignación del agua entre diversos usos⁹¹⁰;
- Evitan o disminuyen los conflictos como resultado del cambio de uso del agua⁹¹¹;
- Ahorran inversión global en nueva infraestructura y reducen la inversión pública al ser parcialmente reemplazada por inversión privada a cargo de los propios usuarios⁹¹²;

⁹⁰⁸ DONOSO HARRIS, G., "Chile: estudio de caso del Código de Aguas", *op. cit.*, p. 36.

⁹⁰⁹ Ello significa que, "cuando existe un mercado de derechos de aprovechamiento, los usuarios del recurso cuentan con los incentivos para realizar compras y/o ventas, que posibilitan la reasignación de los derechos de aprovechamiento, si es que los usos alternativos le entregan al recurso hídrico un mayor valor que los usos actuales. Así, por ejemplo, un agricultor se beneficiará al vender su derecho de aprovechamiento cuando el valor del agua para la agricultura, dado por la utilidad esperada de su uso agrícola, es menor al precio ofrecido por el comprador." En: DONOSO HARRIS, G. (*et al*), *Análisis del Mercados...*, *op. cit.*, p. 12.

⁹¹⁰ Ello ocurrirá, por ejemplo, en el caso de que las empresas sanitarias, en cierto momento, requieran con urgencia la obtención de un caudal determinado de agua para satisfacer la prestación de sus servicios en las ciudades. La posibilidad de transferir el agua desligada de la tierra, permitirá a tales empresas comprar rápidamente agua sin tener que comprar tierra o expropiar agua. Véase: GAZMURI, R., "Conceptos básicos en políticas de agua basadas en el mercado", VVAA., *Contribuciones al taller sobre aspectos de la privatización de las empresas de servicio público relacionadas con el agua en las Américas*, Santiago de Chile, CEPAL, 1997, p. 40.

⁹¹¹ Como ejemplo, logra evitar ciertos conflictos de índole ambiental, toda vez que la posibilidad de modificación del uso del agua propendería a la disminución de construcción de megaproyectos destinados a la obtención del recurso hídrico para las ciudades, toda vez que estos pueden adquirirse en el mercado donde los usuarios agrícolas venden sus aguas excedentarias. Cfr.: GAZMURI, R., "Conceptos básicos...", *op. cit.*, p. 40.

- Reducen la presión sobre nuevas fuentes de agua⁹¹³.

También, desde el punto de vista del análisis teórico, para que se obtengan las ventajas anteriormente mencionadas, es necesario que el mercado de derechos de aprovechamiento cumpla con unas determinadas condiciones, que permitirán catalogarlo de eficiente, competitivo o perfecto. Siguiendo, nuevamente, a DONOSO HARRIS⁹¹⁴, las condiciones indispensables para establecer un sistema de mercado de los derechos de aprovechamiento eficiente son las siguientes:

- Que el recurso hídrico sea escaso⁹¹⁵;
- Que el recurso hídrico tenga un sentido de individualidad⁹¹⁶;
- Que los derechos de aprovechamiento de aguas se encuentren legalmente protegidos⁹¹⁷;
- Que los derechos de aprovechamiento se encuentren claramente definidos⁹¹⁸;
- Que los titulares de derechos de aprovechamiento tengan la capacidad de transferirlos libremente⁹¹⁹;

⁹¹² En un sistema de libre mercado de recursos hídricos le corresponde a la iniciativa privada financiar, construir y administrar la infraestructura hidráulica del país. Así lo señala: GAZMURI, R., "Conceptos básicos...", *op. cit.*, p. 37.

⁹¹³ Recuérdese que cualquiera sea el agente que requiera del recurso hídrico para llevar a cabo su actividad productiva, antes de concurrir a la administración solicitando la constitución de un nuevo derecho de aprovechamiento, concurrirá al mercado para comprar un derecho que ya ha sido previamente otorgado.

⁹¹⁴ DONOSO HARRIS, G. (*et al*), *Análisis del Mercados del Agua...*, *op. cit.*, pp. 14 y 15.

⁹¹⁵ Es decir, cuando el agua presenta un precio de escasez.

⁹¹⁶ Ello significa, que pueda separarse de la tierra, para efectos de su transacción.

⁹¹⁷ El hecho de que exista una normativa concreta que tenga por objeto proteger las titularidades de los derechos de aprovechamiento aporta una seguridad que propende a un amplio margen de actuación entre oferentes y demandantes del recurso.

⁹¹⁸ Los derechos de aprovechamiento deben estar plenamente definidos en cuanto a caudal, localización, propietario y tipo de derecho, entre otros aspectos.

- Que existan regulaciones adecuadas que aborden las externalidades, perjuicios contra terceros, y el interés público, entre otras⁹²⁰;
- Que el contexto cultural de la sociedad sea acorde con el paradigma económico⁹²¹;
- Que se contemple un método de información transparente y veraz respecto del inventario del recurso hídrico⁹²²;
- Que se contemple una infraestructura que permita transportar y almacenar el recurso hídrico objeto de la transacción⁹²³;
- Que exista un mecanismo ágil para resolución de conflictos suscitados entre los distintos usuarios del sistema⁹²⁴.

Tanto las ventajas de la aplicación del sistema descentralizado de asignación del recurso hídrico como las condiciones que son requeridas para que aquel sea eficiente y competitivo corresponden a un análisis de tipo teórico realizado por los distintos economistas que se han dedicado a su estudio.

⁹¹⁹ Esta condición también se ha de asegurar por vía normativa.

⁹²⁰ Advirtiéndose que los mercados pueden generar externalidades negativas, es necesario buscar fórmulas tendentes a superarlas, con el fin de propender siempre al equilibrio de las fuerzas de la oferta y de la demanda.

⁹²¹ Para que se desarrolle un mercado competitivo, será necesario que la sociedad en su conjunto considere al mercado como un mecanismo eficiente de asignación y además, que los derechos de aprovechamiento son transferibles como cualquier otro bien.

⁹²² Se fomenta el ingreso de potenciales usuarios del agua al mercado de aguas cuando estos pueden obtener la información idónea acerca de la medida y características de cada uno de los derechos de aprovechamiento que allí se transan. Por tal razón se ha de propender la creación de mecanismos transparentes y oportunos de información pública (sistemas de registro o de catastro).

⁹²³ Para que se generen transacciones intersectoriales es menester contar con una infraestructura que permita la transferencia de los recursos hídricos. En un sistema de libre mercado, son los propios usuarios quienes deben asumir el costo de establecimiento de tales estructuras, y por esta razón, deberá existir una regulación que tienda al fortalecimiento de las organizaciones de usuarios.

⁹²⁴ Esta condición también se cumple cuando existen normas tendientes al fortalecimiento de las organizaciones de usuarios y el reconocimiento de su autorregulación.

Como contrapartida a estos estudios, algunos autores se han dedicado a indagar acerca del funcionamiento práctico de los mercados de aguas. En tal contexto, el modelo chileno fue ampliamente observado a nivel mundial, por constituir el ejemplo más claro de la implementación de un sistema liberal a ultranza. Los resultados obtenidos de tales estudios han sido variados. En ciertos casos se ha alabado el funcionamiento de los mercados de aguas chileno y, en otros, ha primado la crítica. En este último caso se la ha planteado con fines tendientes a la abolición del sistema y la pretendida intención de la vuelta al sistema centralizado, o bien con fines tendientes al mejoramiento del sistema existente, proponiéndose, a la vez, soluciones respecto de las debilidades verificadas.

9.3.2. El funcionamiento del mercado de aguas: El aspecto práctico

Una vez implementado en la práctica el sistema de libre mercado respecto de los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile, conforme al corolario establecido por el legislador constitucional, se sumaron al extenso catálogo de estudios teóricos, un catálogo, esta vez no tan extenso, de estudios de carácter empírico. A través de estos últimos análisis, tal como lo señalan DOUROJEANNI y JOURAVLEV, se ha podido observar que la implementación de la herramienta de mercado ha supuesto importantes avances para la gestión del recurso hídrico. No obstante, también se ha podido constatar que el mencionado sistema, en la práctica, adolece de importantes vacíos y limitaciones⁹²⁵.

Resulta interesante verificar la forma como el economista DONOSO HARRIS ha tratado la problemática del sistema de asignación de los recursos hídricos. Por una parte, distingue aquellos problemas que si bien están presentes en el sistema de mercado, existirían también cualquier otro que fuese el

⁹²⁵ Cfr: DOUROJEANNI, A., Y JOURAVLEV, A., *El Código de Aguas de Chile: entre ideología y la realidad*, Serie Recursos Naturales e Infraestructura. Santiago de Chile, Naciones Unidas/CEPAL, 1999, p. 8.

mecanismo de asignación y, por otra, aquellos problemas que se encuentran directamente relacionados con el sistema de asignación de mercado.

Se identifican como problemas independientes del sistema de asignación⁹²⁶ los costos de transacción inevitables, las externalidades generadas por una inadecuada definición de los derechos y la incertidumbre respecto de la disponibilidad del recurso hídrico.

Se identifican como problemas dependientes del sistema de mercado para la asignación de los recursos hídricos⁹²⁷ la falta de información adecuada y oportuna; la falta de coincidencia entre los derechos nominales y reales, el conflicto entre usuarios por venta de derechos consuetudinarios, los costos de transacción evitables y la especulación y acaparamiento de derechos no consuntivos.

Es posible observar que estas problemáticas guardan únicamente relación con el punto de vista económico-mercantil del sistema de asignación elegido. No obstante, también es necesario tener en cuenta otros estudios que hacen referencia a ciertas deficiencias del sistema desde un punto de vista económico-social y económico-ambiental⁹²⁸.

En tal sentido, también habrá de considerarse como fallas del sistema de asignación de los recursos hídricos actualmente vigente en Chile, aunque no estén directamente vinculados a la aplicación de la herramienta de mercado propiamente tal, pero que indudablemente se gestan a su interior: los impactos sobre la equidad social, la falta de una gestión integrada de

⁹²⁶ Cfr.: DONOSO HARRIS, G. (*et al*), *Análisis del Mercados del Agua...*, *op. cit.*, p. 38. Un resumen del análisis realizado a en este trabajo se encuentra en el Anexo III, Anexos Chile *infra*.

⁹²⁷ Cfr.: *Ibid*, p. 43.

⁹²⁸ A este respecto, resulta de suma relevancia el estudio realizado por BAUER, quien analiza con admirable profundidad y objetividad (a pesar de que en Chile haya sido tildado de “anti-mercado”) los resultados de los mercados de aguas chilenos desde el año 1990 hasta el año 2004. Véase la entrevista realizada a CARL BAUER en: COMISIÓN NACIONAL DE RIEGO, “El agua es un bien escaso y un mercado regulado puede ser útil”, *ChileRiego* N° 38, Gobierno de Chile, Ministerio de Agricultura, p. 12. Y: BAUER, C. J., *Canto de Sirenas...*, *op. cit.*

recursos hídricos, la ineficiente forma de resolución de conflictos de naturaleza social respecto del agua y la limitada protección ambiental que se le otorga a los recursos hídricos⁹²⁹.

Aún cuando estas dificultades, desde el punto de vista económico, no sean consecuencia directa del mercado, resulta indudable que tal herramienta tampoco ha servido para resolverlas del todo. En consecuencia, habría que plantearse la necesidad de modificar el marco institucional actual, en el sentido de propender a la regulación de este mercado con el objeto resolver todos estos temas que, incluso al día de hoy, no se han podido resolver.

9.3.3. La vía al perfeccionamiento del mercado como herramienta de gestión del recurso hídrico

Conforme se ha podido apreciar, la implementación del mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas en Chile no ha estado exenta de críticas en atención a las debilidades y obstáculos resultantes de la propia *praxis*. Ello ha motivado el surgimiento de movimientos sociales que tienden a mirar al recurso hídrico como un factor eco-social, en vez de un factor meramente productivo, pretendiendo incluso un regreso al sistema centralizado o estatal de asignación del mismo. No obstante la existencia de tales críticas y dificultades, los gobiernos de turno que se han sucedido desde el restablecimiento la democracia han siguiendo implementado políticas públicas tendentes al fortaleciéndolo del mercado de derechos de aprovechamiento mediante el mejoramiento de sus estructuras.

En este punto, consideramos necesario recordar que el ideario primigenio que tuvo el legislador para liberalizar la gestión de los recursos hídricos era posibilitar el desarrollo económico del sector energético, minero, agrícola y sanitario⁹³⁰. Teniendo en cuenta este objetivo primordial, ¿podemos decir

⁹²⁹ Cfr.: BAUER, C. J., *Canto de Sirenas...*, *op. cit.*, p. 117.

⁹³⁰ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., "Una tríada económica y jurídica...", *op. cit.*, p. 661.

que al día de hoy este se haya logrado? Considero que la respuesta es categórica: Sí.

Aún reconociendo toda la problemática planteada y los costos sociales y ambientales que aún no se ha resuelto de manera efectiva, es indudable que el sistema ha cumplido con el objetivo esencial planteado: el crecimiento económico del país⁹³¹. En tal sentido, se puede observar que el sistema de asignación de los recursos hídricos actual, ha permitido la generación de nuevos proyectos mineros, ha fomentado el sector agrícola a través del cultivo de frutas y verduras de alto valor para la exportación, ha propiciado el desarrollo de la energía hidroeléctrica mediante la creación de derechos de aguas no consuntivos y ha permitido la implementación de empresas sanitaria en el sector privado que posibilitó una ampliación generalizada de la red de abastecimiento y alcantarillado domiciliario en las ciudades⁹³².

Ahora bien, si consideramos que el objetivo de cualquier modelo económico es propender al bien común de la sociedad en su conjunto, resulta posible afirmar que el paradigma propuesto por el legislador liberal se rompe. Para propender al bien común la herramienta de libre mercado utilizada sin mayores regulaciones ha resultado ineficaz. En consecuencia, se hace indispensable la intervención del Estado, el que, a través de sus poderes legislativo y ejecutivo, den el tratamiento que corresponde al recurso hídrico: más que como un factor productivo, un factor ecosocial⁹³³.

La tendencia actual por parte del gobierno y de los órganos reguladores está enfocada al mejoramiento de los mercados de aguas. Para el logro de tal

⁹³¹ Hemos preferido utilizar el concepto “crecimiento”, toda vez que en el cumplimiento de los postulados originales del legislador mediante las fórmulas propuestas, resulta imposible catalogar su resultado como un “desarrollo sostenible”.

⁹³² Cfr.: BAUER, C. J., *Canto de Sirenas...*, op. cit., pp. 182 y 183.

⁹³³ Cfr.: AGUILERA KLINK, F., *La nueva economía del agua*, op. cit., pp. 34 y ss.

objetivo se han planteado los siguientes desafíos de cara a los próximos años⁹³⁴:

- Perfeccionamiento de los actuales sistema de información de mercado y de la regularización de títulos;
- Búsqueda de fórmulas que tiendan a la disminución de costos de transacción;
- Implementación de mecanismos que propendan a la equidad y participación generalizada en los mercados de los derechos de aprovechamiento;
- Establecimiento de un sistema que impida la sobreexplotación de las cuencas, con la finalidad de gestionar los conflictos entre usuarios consuntivos y no consuntivos el recurso.

Asimismo, desde la óptica del gobierno, se ha manifestado una preocupación respecto a otros temas que tangencialmente se vinculan al funcionamiento del mercado, para lo cual proponen los siguientes avances⁹³⁵:

- Mejoramiento de la protección de los requerimientos hídricos para los ecosistemas y servicios asociados;
- Fortalecimiento de la Dirección General de Aguas;
- Fortalecimiento de las organizaciones de usuarios;
- Avanzar hacia un sistema de gestión integrada de cuencas.

⁹³⁴ Conforme al siguiente documento solicitado por el Gobierno de Chile, a través de la Dirección General de Aguas del Ministerio de Obras Públicas: BANCO MUNDIAL. *Chile: Diagnóstico de la Gestión...*, op. cit., p. 32.

⁹³⁵ *Ibid*, pp. 25 y ss.

Finalmente, en nuestra consideración, merece destacarse la propuesta de implementación de mecanismos que fomenten el uso efectivo de los derechos de aguas. Si bien es cierto que, con esta medida, se pretende especialmente evitar con las prácticas de acaparamiento del recurso hídrico, especialmente respecto de los titulares de usos no consuntivos, esta fórmula no es novedosa ya que sigue el mismo ideal planteado por los legisladores originarios del sistema: el uso efectivo del agua.

En el documento de diagnóstico presentado por el Banco Central⁹³⁶, únicamente se han observado los denominados usos tradicionales del agua, incluyendo expresamente, esta vez, a las aguas subterráneas. Y aunque se establezca que la gestión de los recursos ha sido lo más sostenible posible, en ningún momento se plantean acerca de los usos no tradicionales del recurso y menos aún respeto al no uso del recurso.

En consecuencia, las políticas de gestión del recurso hídrico en Chile, tienden hoy, con incluso más ahínco, a lo que en España fue conocido como el “regeneracionismo” o la política expansionista del agua. En tal sentido resulta muy figurativo recordar la cita correspondiente a un soberano de Sri Lanka del siglo XII: “No dejemos que ni una gota de lluvia que caiga sobre esta isla vuelva al océano sin antes haber servido a la humanidad”⁹³⁷.

⁹³⁶ BANCO MUNDIAL. *Chile: Diagnóstico de la Gestión...*, op. cit.

⁹³⁷ Citado por: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, op. cit., p. 260.

TERCERA PARTE

ANÁLISIS COMPARATIVO ACERCA DEL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN CHILE Y ESPAÑA

UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS EN ESPAÑA Y CHILE. UN ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO

Carolina de Lourdes Riquelme Salazar

Dipòsit Legal: T.59-2014

El derecho al uso privativo de las aguas en España y Chile. Un estudio de Derecho comparado

CAPÍTULO PRIMERO

LA CONFORMACIÓN DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO Y SU RÉGIMEN DE UTILIZACIÓN

A través de este capítulo, se contrastarán los mecanismos ideados tanto por el legislador español como el chileno, para incorporar las aguas al dominio público. Se explicará la evolución histórica, partiendo de la base que muchos de los antecedentes aplicables a España, también fueron aplicados a Chile cuando este formaba parte del Reino de Castilla.

Posteriormente, se hará referencia al régimen de utilización del dominio público, tanto en España como en Chile, considerando las diferencias que se han podido observar respecto a la justificación del derecho al uso privativo de las aguas y la forma en que cada uno de estos Estados ha establecido para permitir el ejercicio de estos derechos.

1. LA INCORPORACIÓN DE LAS AGUAS AL DOMINIO PÚBLICO

Para determinar la génesis de la conformación del dominio público hidráulico en el ordenamiento jurídico español debemos remontarnos al tratamiento y clasificación de las cosas en el antiguo Derecho Romano. Es tal su importancia, que GALLEGO ANABITARTE ha llegado a señalar que, “es un hecho extraordinario, pero el Derecho romano de las aguas ha estado y está presente en todos los estudios de aguas del Derecho occidental. El tronco común del que salen el actual Derecho francés, anglosajón, alemán y español, es el Derecho romano y muy en concreto determinadas y específicas regulaciones de la Instituta de Justiniano y del Digesto”⁹³⁹.

⁹³⁹ GALLEGO ANABITARTE, A., “El Derecho español de aguas...”, *op. cit.*, p. 16. También expresa su importancia, SERNA VALLEJO cuando indica que “el Derecho romano, y en particular el Derecho romano justinianeo, ha marcado de manera decisiva el pensamiento jurídico europeo como consecuencia de la renovada importancia que la compilación de Justiniano adquirió a partir del siglo XI y de la influencia que ejerció sobre los derechos de los diferentes Reinos en el marco de la Recepción del Derecho Común. Esto explica que, en los siglos modernos y también en el XIX, los juristas que se ocuparon del régimen de las

A través del transcurso de los años, las instituciones reguladas por el Derecho Romano van adquiriendo un distinto cariz, conforme a las bases que hayan regido en el sistema político y social imperantes en los sucesivos períodos de la historia, razón por la cual y dependiendo del objeto regulado, este se adapta o simplemente, deja de regir. En este sentido, los sistemas jurídicos propios de la Edad Media, y el que surgió a consecuencia de la Revolución Francesa, significaron un cambio en el tratamiento de las cosas, que también se constituyen en el fundamento de la concepción moderna del dominio público en España.

En Chile, el origen de la concepción del dominio público no dista del español, si consideramos que durante el período de la colonia, en el “Reino de Chile” regía el Derecho Castellano, lo que significa que también proviene del Derecho Romano y del Derecho Medieval propio de aquella época. Sin embargo, el Derecho Castellano tenía cabida de forma conjunta con el Derecho Municipal, conformado en general por Ordenanzas emitidas por los Virreyes, y con el Derecho Indígena, que se basaba en la costumbre de los pueblos originarios, todos los cuales conformaban el Derecho Indiano⁹⁴⁰.

En consecuencia, la línea evolutiva respecto al tratamiento jurídico de los bienes en Chile, a partir de ese momento, se bifurca dando lugar a una evolución paralela respecto al Derecho que regía en España, siguiendo los planteamientos fijados por los ideales de la Independencia y de la República, hasta llegar a su concepción moderna. No obstante, sea esta una labor propia del legislador nacional, indudablemente ha debido observar la doctrina del Derecho comparado, especialmente las provenientes de España y Francia.

cosas públicas tuvieron siempre presente el tratamiento recibido por esta materia en el Derecho justinianeo”: SERNA VALLEJO, M., “Los bienes públicos...”, *op. cit.*, p. 39.

⁹⁴⁰ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op.cit.*, p. 99 y, DOUGNAC RODRÍGUEZ, A., “Régimen jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI”, *Revista Chilena de Derecho*, N° 10, 1984, p. 55.

1.1. La génesis común de la configuración del dominio público hidráulico de España y Chile

1.1.2. Las aguas en la *summa divisio* de las cosas en el Derecho Romano

Si bien en este período, no hubo construcción dogmática alguna del dominio público, el concepto moderno de cosa pública proviene de distintas clasificaciones jurídicas que fueron elaboradas por los juristas romanos, quienes distinguían, dentro de las *res humani iuris*, contrapuestas a las *res divini iuris*⁹⁴¹, entre las *res publicae*, que pertenecen, en sentido estricto al *populus Romanus*, en cuanto comunidad organizada; las *res communes omnium*, que son comunes a todos los hombres, y que conforme al Derecho de gentes podían ser usadas por cualquier persona que lo necesitara y siempre y cuando no impidiera el ejercicio del mismo derecho que tenían los demás (como el aire, el agua corriente y el mar con su ribera)⁹⁴²; y las *res privatae*. Además, se subclasificaba a las *res publicae*, entre las *res publicae in uso publico*, cosas destinadas al uso público mediante un edicto especial denominado *publicatio* (como las calles, puentes, foros, termas o plazas); y las *res in patrimonio populi o in pecunio populi o in patrimonio fisci*, en tanto erario público o patrimonio del fisco o del príncipe⁹⁴³. Tanto las *res divini iuris*, como las *res communes omnium* y las *res publicae in uso publico*, se configuran además, como *res extra commercium*⁹⁴⁴.

⁹⁴¹ Clasificación que aparece en un texto de Gayo contenido en el Digesto que establece la *summa divisio* de las cosas, en cosas de derecho divino y humano. Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 29.

⁹⁴² En general, los juristas del Derecho Romano clásico, entendieron a estos bienes (las aguas, el aire y el mar) como *res publicae*, sin otro adjetivo, y solamente uno, Marciano, los catalogó como *res communes omnium*, considerando que pertenecían a todos en virtud del Derecho Natural: “*Et quidem naturali iure omnium sunt illa; aer, aqua profluens, et per hoc litora maris*” (Marciano, D. 1, 9, 2, pr.-1). Cfr.: SERNA VALLEJO, M., “Los bienes públicos...”, *op. cit.*, p. 40; y VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op.cit.*, p. 30.

⁹⁴³ Cfr.: SERNA VALLEJO, M., “Los bienes públicos...”, *op. cit.*, p. 40.

⁹⁴⁴ Cfr.: LÓPEZ RAMÓN, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Navarra, Civitas, 2012, p. 27.

Habiéndose establecido la *summa divisio* de las cosas en el Derecho Romano, cabe indagar a qué clasificación concreta pertenecen las aguas. Aparentemente, y tal como fluye de la explicación previa, las aguas deberían entenderse como *res communes omnium*. Sin embargo, esta conclusión puede ser precipitada si consideramos los textos de diferentes jurisconsultos que fueron recogidos en las *Institutas*, donde se establece, por una parte, que por Derecho Natural, son comunes el aire, el agua corriente, el mar y sus costas⁹⁴⁵, y por otra que, todo los ríos y los puestos son públicos⁹⁴⁶.

En consecuencia, si la delimitación de los conceptos respecto a las aguas no pudo ser establecida por los propios juristas romanos, difícilmente han podido hacer más los estudiosos de esta disciplina del Derecho. Así lo ha advertido también GALLEGO ANABITARTE, quien señala que “entre todos los bienes públicos y comunes el agua corriente es uno de los más conflictivos jurídicamente (...) puesto que es evidente que se superponen ambas categorías: los ríos públicos, que son las corrientes que fluyen de forma ininterrumpida, son evidentemente también *res communes*, puesto que son *aqua profluens*.”⁹⁴⁷.

1.1.3. La categorización de las aguas en el Antiguo Régimen de España

La clasificación de las cosas y la difícil categorización de las aguas en alguna de ellas constituyen una materia que los ordenamientos jurídicos del medioevo europeo heredan del Derecho Romano. Ello queda fielmente reflejado en una serie de disposiciones contenidas en Las Partidas de Alfonso X del siglo XIII, conforme a las cuales, las aguas pueden perfectamente integrarse en aquella clase de bienes susceptible de ser

⁹⁴⁵ Véase el Libro II, Título I, epígrafe 1 de las *Institutas*: “*Et quidem naturali iure communia sunt omnium et haec: aer, aqua profluens, et per hoc litora maris...*”. Cfr.: GALLEGO ANABITARTE, A., “El Derecho español de aguas...”, *op. cit.*, p. 110.

⁹⁴⁶ Véase el Libro II, Título I, epígrafe 2 de las *Institutas*: “*Flumina autem omnia et portus publica sunt...*”. Cfr.: GALLEGO ANABITARTE, A., “El Derecho español de aguas...”, *op. cit.*, p. 110.

⁹⁴⁷ GALLEGO ANABITARTE, A., “El Derecho español de aguas...”, *op. cit.*, p. 100.

adquiridos por los hombres; en los bienes comunes a todos los seres humanos o no; en los bienes que pertenecían solo a los seres humanos y que podían ser utilizados por éstos fueran o no habitantes del lugar respectivo; en los bienes que pertenecían a las ciudades o villas, cuya utilización correspondía únicamente a sus habitantes; en los del señorío imperial o real; y en los bienes destinados al culto⁹⁴⁸.

Sin embargo, a lo largo de la Edad Media, se logra establecer una concepción más o menos general acerca de la naturaleza jurídica de las aguas, a consecuencia del orden de prelación de normas contenido en el Ordenamiento de Alcalá de Alfonso XI, de 1348, el que dispone que se aplicarán en primer término las normas contenidas en él, en su defecto, aquellas contenidas en los Fueros Municipales, para finalmente y de forma residual y excepcional, aplicarse Las Partidas⁹⁴⁹. En tal contexto, las aguas adquieren un cariz patrimonialista, puesto que pasaron a ser consideradas regalías del príncipe⁹⁵⁰, tal como lo dispone el Título 32 del Ordenamiento de Alcalá, al recoger las Leyes del Fuero de Nájera de 1076: “todas las aguas (...) e todas las rentas dellas, rindan al Rey”⁹⁵¹.

Si bien, en un principio, esta patrimonialización tuvo el carácter de absoluta, en tanto se entendía que el patrimonio del príncipe estaba conformado tanto por los bienes que le pertenecían en virtud de conquistas o herencias y aquellos que le pertenecían como cabeza de la Corona, incluidas las aguas. Paulatinamente se va produciendo la separación de este respectivo grupo de bienes, pasando el patrimonio de la Corona a identificarse con el Fisco, la

⁹⁴⁸ DOUGNAC RODRÍGUEZ, A., “Régimen jurídico de las aguas...”, *op. cit.*, p. 51. Para un estudio *in extenso* sobre el tratamiento de las aguas en Las Partidas, véase: GALLEGO ANABITARTE, A., “El Derecho español de aguas...”, *op. cit.*, pp. 128-143; y VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, pp. 45-82.

⁹⁴⁹ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 71.

⁹⁵⁰ Cfr.: LÓPEZ RAMÓN, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos*, *op. cit.*, p. 28; PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico”, *op. cit.*, p. 509; GALLEGO ANABITARTE, A., “El Derecho español de aguas...”, *op. cit.*, p. 22; VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 45, entre otros.

⁹⁵¹ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 71.

Cámara o la Hacienda, y que en su equivalente moderno, corresponde a los bienes de dominio público⁹⁵².

1.2. La bifurcación de la línea evolutiva respecto a la regulación del dominio público hidráulico en los ordenamientos jurídicos de España y Chile

1.2.1 La evolución del concepto de dominio público hidráulico en España: Desde el surgimiento del Estado constitucional hasta nuestros días

Una vez entrado el siglo XIX, y bajo influjos liberales pretendidos por los ideales de la Revolución Francesa, España ingresa al período del Estado constitucional con la aprobación de la denominada “Constitución de Cádiz” de 1812⁹⁵³. Durante el proceso de construcción de este Estado, a mediados del siglo XIX, los juristas españoles, siguiendo la obra de juristas franceses, en especial de PROUDHON⁹⁵⁴, y en consideración al impacto que causa la desamortización sobre los patrimonios públicos, comienzan a elaborar una teoría del dominio público para España⁹⁵⁵.

La teoría proudhoniana establecía que el dominio público nacional estaba conformado por aquellas cosas destinadas al uso de todos, cuya propiedad no pertenecía a nadie de forma exclusiva, y sobre los cuales el poder público

⁹⁵² Cfr.: LÓPEZ RAMÓN, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos*, op. cit., p. 29, y VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, op. cit., p. 46.

⁹⁵³ Cfr.: GALLEGO ANABITARTE, A., “El Derecho español de aguas...”, op. cit., p. 23.

⁹⁵⁴ La primera obra que recogió los postulados de Proudhon en España se le es atribuida a MANUEL COLMEIRO, en el año 1850, quien considera que el dominio público comprende “las cosas que corresponden en plena propiedad a la Nación y en cuanto al uso a todo el mundo”. Véase: COLMEIRO, M., *Derecho administrativo español*, 1ª ed. T. II, Madrid y Santiago de Compostela, Librería de D. Ángel Calleja, 1850, pp. 6 y 7; citado por SERNA VALLEJO, M., “Los bienes públicos...”, op. cit., p. 51.

⁹⁵⁵ Cfr.: SERNA VALLEJO, M., “Los bienes públicos...”, op. cit., p. 51; LÓPEZ RAMÓN, F., *Sistema jurídico de los bienes...*, op. cit., p. 31, entre otros.

únicamente tenía el deber de garantizar su acceso a la sociedad⁹⁵⁶. En definitiva, se produce una expansión del concepto de *res publicae*, reduciendo las *res communes* a su mínima expresión⁹⁵⁷. Esta teoría se mantuvo vigente en España hasta inicios del siglo XX, cuando se empieza a dar cabida a la teoría patrimonialista de Hauriou⁹⁵⁸.

La teoría patrimonialista de HAURIOU conceptualiza al dominio público como una manifestación del derecho de propiedad que el Estado ejerce sobre determinados bienes en razón de su utilidad pública⁹⁵⁹. No obstante, se trataría según BALLBÉ MALLOL, de una propiedad de índole peculiar, distinta a la contenida en el Derecho común, una especie de propiedad administrativa, donde su elemento teleológico se encuentra establecido en virtud de la destinación directa de las cosas a una función pública⁹⁶⁰.

Actualmente, sigue prevaleciendo en la doctrina administrativista esta visión subjetiva o patrimonialista del dominio público, cuya base se gesta en el Derecho francés. Sin embargo ha surgido una nueva corriente, que no ha podido ser desplazada por la doctrina mayoritaria y que ha logrado cada vez una mayor adhesión: la doctrina objetiva o funcionalista del dominio público⁹⁶¹. Esta teoría, cuyo mayor exponente es VILLAR PALASÍ, considera

⁹⁵⁶ PROUDHON, V., *Traité du domaine public u de la distinction des biens*, 1ª ed., T. I, Dijon, V. Lagier, 1843, pp. 241 y 244; citado por SERNA VALLEJO, M., “Los bienes públicos...”, *op. cit.*, p. 49.

⁹⁵⁷ A este respecto GALLEGU ANABITARTE señala que “El moderno Derecho español de Aguas se va a caracterizar por la expansión de las aguas como *res publicae* y la desaparición de su concepción como *res communes*: todas las aguas corrientes quedan sometidas, salvo el uso común, a la previa autorización del Estado para su aprovechamiento”. Cfr.: GALLEGU ANABITARTE, A., “El Derecho español de aguas...”, *op. cit.*, p. 102.

⁹⁵⁸ Esta teoría se divulga en los trabajos de FERNÁNDEZ DE VELASCO. Para un estudio en detalle véase: FERNÁNDEZ DE VELASCO, R., “Naturaleza jurídica del dominio...”, *op. cit.*, pp. 230-236.

⁹⁵⁹ Cfr.: SERNA VALLEJO, M., “Los bienes públicos...”, *op. cit.*, p. 49.

⁹⁶⁰ BALLBÉ MALLOL, M., “Concepto de dominio público”, *Revista Jurídica de Catalunya*, nº 5, 1945, pp. 25-73; citado por GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *La titularidad de los bienes...*, *op. cit.*, p. 51.

⁹⁶¹ Cfr.: PAREJO ALFONSO, L., “La *summa divisio* de las cosas. Las cosas públicas: El patrimonio de las administraciones y el dominio público”, en PAREJO ALFONSO, L. Y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos*, T. I, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 77.

que el dominio público no responde a una cuestión de propietarización de determinados bienes por parte de la Administración pública, sino a una potestad, un título jurídico de intervención que permite a esta determinar los usos de las cosas calificadas como públicas conforme a los intereses generales⁹⁶².

Respecto al ordenamiento jurídico español, merece destacarse el tratamiento que recibe el dominio público hidráulico por parte de la Ley de Aguas de 1866-1879⁹⁶³, que sin distinguir de forma expresa las aguas de dominio público y las de dominio privado, calificaba como públicas ciertas aguas⁹⁶⁴, y otras tantas como aquellas que pertenecían a al dueño del predio por donde discurrían⁹⁶⁵, o que eran de propiedad de particulares, de los Municipios, de las Provincias y del Estado⁹⁶⁶.

Esta distinción que contemplaba la Ley de Aguas de 1866-1879 de forma tácita, tuvo su reconocimiento expreso y literal en las disposiciones respectivas del Código Civil de España, estableciendo en su artículo 407⁹⁶⁷

⁹⁶² VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho Administrativo*, *op. cit.*

⁹⁶³ Recordemos que ambas Leyes son consideradas por la doctrina como un único cuerpo legal, debido a que la segunda reprodujo sustancialmente la primera con retoques de escasa importancia. Véase el apartado 1 del Capítulo Primero de la Primera Parte de este trabajo.

⁹⁶⁴ Las aguas pluviales que discurrían por barrancos o ramblas cuyos cauces fueran del mismo dominio público, las que nacieran continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio público, o las provenientes de manantiales o arroyos que corrieran por sus cauces naturales y los ríos, y los lagos y lagunas formados por la naturaleza siempre y cuando ocuparan terrenos públicos. (Véase los artículos 2, 4 y 17 de la Ley de Aguas de 1879).

⁹⁶⁵ En el caso de las aguas vivas, manantiales y corrientes que nacieran continua o discontinuamente en los predios respectivos. (Véase el artículo 5 de la Ley de Aguas de 1879).

⁹⁶⁶ En el caso de las aguas muertas o estancadas formadas en los respectivos terrenos. (Véase el artículo 17 de la Ley de Aguas de 1879).

⁹⁶⁷ Artículo 407 del CCEsp: "*Son de dominio público: 1.º Los ríos y sus cauces naturales. 2.º Las aguas continuas o discontinuas de manantiales y arroyos que corran por sus cauces naturales, y estos mismos cauces. 3.º Las aguas que nazcan continua o discontinuamente en terrenos del mismo dominio público. 4.º Los lagos y lagunas formados por la naturaleza en terrenos públicos y sus álveos. 5.º Las aguas pluviales que discurran por barrancos o ramblas, cuyo cauce sea también del dominio público. 6.º Las aguas subterráneas que existan en terrenos públicos. 7.º Las aguas halladas en la zona de trabajos de obras públicas, aunque se ejecuten por concesionario. 8.º Las aguas que nazcan continua o discontinuamente en predios de particulares, del Estado, de la provincia o de los pueblos,*

las aguas de dominio público, y en su artículo 408⁹⁶⁸ las aguas de dominio privado.

Aunque la clasificación de aguas privadas que establece el CCEsp se haya entendido derogada a partir de la promulgación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, cierto sector de la doctrina civilista ya había considerado que, en realidad, la expresión dominio privado no guardaba relación con una especie de propiedad propiamente dicha sobre las aguas. Para LACRUZ BERDEJO, la denominación “dominio privado de las aguas” cumplía el único objeto de indicar que, sobre determinadas aguas, el propietario del predio donde nacen o por las cuales discurran tendría un derecho de aprovechamiento, en las condiciones dispuestas por el artículo 412 del cuerpo legal referido⁹⁶⁹.

Años más tarde, y en ese mismo sentido, el TC en su sentencia 227/1988 dispuso que, aún cuando en el Código Civil se haya clasificado a determinadas aguas como dominio privado, ello no significaba el establecimiento de un derecho de propiedad reconducible al régimen general definido en el artículo 348 del CCEsp., sino que tenía por objeto indicar una facultad de apropiación o aprovechamiento privativo preferente, accesoria a la propiedad del predio en que nacen, de las aguas efectivamente utilizadas mientras discurren por sus cauces naturales en ese mismo predio⁹⁷⁰.

desde que salgan de dichos predios. 9.º Los sobrantes de las fuentes, cloacas y establecimientos públicos”.

⁹⁶⁸ Artículo 408 del CCEsp: “*Son de dominio privado: 1.º Las aguas continuas o discontinuas que nazcan en predios de dominio privado, mientras discurran por ellos. 2.º Los lagos y lagunas y sus álveos, formados por la naturaleza en dichos predios. 3.º Las aguas subterráneas que se hallen en éstos. 4.º Las aguas pluviales que en los mismos caigan, mientras no traspasen sus linderos. 5.º Los cauces de aguas corrientes, continuas o discontinuas, formados por aguas pluviales, y los de los arroyos que atravesen fincas que no sean de dominio público”.*

⁹⁶⁹ LACRUZ BERDEJO, J. L. (*et. al.*), *Elementos de Derecho Civil*, T. III, Vol. 1, Barcelona, Bosch, 1979, p. 270. Aunque este autor no incorpora a las aguas subterráneas a su tesis, nada obstaba a que hubieran podido incluirse, debido a que los derechos que surgían para un titular de aguas superficiales eran los mismos que surgían para un titular de aguas subterráneas. Cfr.: ALCAÍN MARTÍNEZ, E., *El aprovechamiento privado...*, *op. cit.*, p. 68.

⁹⁷⁰ STC 227/1988, de 29 de noviembre de 1988.

Posteriormente, y bajo la influencia del ideario establecido en la Constitución española de 1978 que supuso una reivindicación del calificativo de dominio público respecto de ciertos bienes, se procede a dictar la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, la cual desde su Exposición de Motivos pone en claro la intención del legislador en considerar la totalidad de las aguas como bienes de dominio público, salvaguardando los derechos adquiridos conforme a la normativa anterior⁹⁷¹, y para lo cual dispone en su artículo 2 la enumeración de los bienes que constituyen el dominio público hidráulico. Este precepto, finalmente fue incorporado en el actual artículo 2 del TRLA, con matizaciones mínimas⁹⁷², con lo cual, la conformación de las aguas como parte integrante del dominio público se encuentra actualmente vigente.

1.2.2 La evolución del concepto de dominio público hidráulico en Chile: Desde la época colonial hasta nuestros días

Hemos considerado conveniente establecer el punto de inflexión en este momento histórico, debido a que habiendo sido el territorio, que hoy corresponde al Estado de Chile, incorporado al Reino de Castilla, desde ese momento se dio inicio a la formación de un nuevo ordenamiento jurídico el cual también estaba conformado por las normas castellanas. En

⁹⁷¹ Véase el párrafo 5º de la Exposición de Motivos de la Ley 29/1985 de 2 de agosto, de Aguas *“Todas estas peculiaridades, indiscutibles desde el punto de vista científico y recogidas en su doctrina por organismos e instancias internacionales, implican la necesidad de que los instrumentos jurídicos, regulen, actualizadas, las instituciones necesarias, sobre la base de la imprescindible planificación hidrológica y el reconocimiento, para el recurso, de una sola calificación jurídica, como bien de dominio público estatal, a fin de garantizar en todo caso su tratamiento unitario, cualquiera que sea su origen inmediato, superficial o subterráneo. Este planteamiento impone, por tanto, como novedad la inclusión en el dominio público de las aguas subterráneas, desapareciendo el derecho a apropiárselas que concedía la Ley de 1879 a quien las alumbrase. Esta declaración no afecta necesariamente a los derechos adquiridos sobre las aguas subterráneas, alumbradas al amparo de la legislación que se deroga, dado el planteamiento opcional de integración en el nuevo sistema que la Ley establece”*.

⁹⁷² Este tema se encuentra tratado con mayor extensión en el apartado 1 del Capítulo Primero de la Primera Parte de este trabajo. Para un análisis exhaustivo acerca de la evolución de los conceptos de dominio público y privado de las aguas en España, véase: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., *Derecho de Aguas*, op. cit., pp. 105-194; PÉREZ PÉREZ, E., *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 39-82.

consecuencia, su aplicación también arrastra sus antecedentes, como lo es el Derecho Romano.

No obstante, la bifurcación se genera, en razón a que el Derecho Antiguo Castellano era solo uno de los elementos integrantes de este nuevo orden jurídico, el cual se ha denominado por los historiadores jurídicos como Derecho Indiano, que regía a la par con el Derecho Municipal (Derecho para las Indias) y con el Derecho Indígena, de carácter consuetudinario⁹⁷³.

Si bien el recurso hídrico, en el Derecho Castellano medieval, constituía un bien de difícil clasificación, tal como lo hemos señalado previamente⁹⁷⁴, dicha dificultad no se manifiesta, por regla general, en su aplicación en el Reino de Chile debido a que en virtud de la Disposición de 14 de septiembre de 1519 de Carlos I, todos los bienes que no reconociesen otro dueño pasaban a considerarse de realengo⁹⁷⁵. Sin embargo, en la práctica, en un inicio los textos indianos difirieron de la normativa castellana considerando a todas las aguas como comunes destinadas al uso común, y solo posteriormente pasan a adquirir la calidad de *iura regalia*.

Una vez decretada la Independencia el día 12 de febrero de 1818⁹⁷⁶, sigue rigiendo el Derecho Indiano, descartándose el hecho de considerar el Derecho de las cosas como *iura regalia*. En consecuencia, subsiste la confusión conceptual, entre cosas públicas y cosas comunes, la que fue observada entre los años 1846 y 1847 en un trabajo presentado en la

⁹⁷³ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 99.

⁹⁷⁴ Véase el apartado 1.1.3. de este Capítulo *supra*.

⁹⁷⁵ Cfr.: DOUGNAC RODRÍGUEZ, A., “Régimen jurídico de las aguas...”, *op. cit.*, p. 51. No obstante tal postura, VERGARA BLANCO advierte que aparecen en distintas fuentes diversas denominaciones para referirse a la naturaleza jurídica del vínculo entre las aguas y su titular: “*iura regalia*”, “bienes comunes”, “cosas comunes”, “bienes del soberano”, “realengos”, “*res publicas*” e incluso “dominio eminente”, queriendo referirse a “dominio público”. Indica además, que esta variedad terminológica evidencia un profundísimo problema dogmático que guarda relación con el dominio y la propiedad y con lo público y lo común, y que hasta el día de hoy dividen a la doctrina. Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 106.

⁹⁷⁶ Reconocida por España tardíamente, el 24 de abril de 1844.

Gaceta de los Tribunales, por un autor cuya identidad no se ha podido establecer a lo largo de los años. Tal autor expresa que es imperativo determinar a quién le corresponde el dominio de las aguas, el cual aboga por la publicación de las “aguas vivas” o corrientes, entendiéndola como la incorporación de estos bienes al “patrimonio común de la especie humana”, y permitiendo que la “aguas muertas” sean sometidas al régimen de dominio privado⁹⁷⁷. Indudablemente, llama la atención la distinción precoz entre aguas vivas y muertas verificadas por este autor anónimo, la cual solo posteriormente, el año 1866, sería establecida en la Ley de Aguas de España.

La evolución en el tratamiento de las aguas, a partir de este momento, a pesar de haberse desvinculado de la normativa española en lo formal a raíz de la independencia, en lo material, esta aún es recogida por la doctrina chilena en consideración a su carácter de Derecho comparado. Ello se confirma, en virtud de la publicación de la parte doctrinaria de la voz “Agua” de la Enciclopedia española de Derecho y Administración, de Arrazola en la Gaceta de Tribunales, con el fin de servir de orientación a los legisladores de aguas de la época⁹⁷⁸.

No obstante que el legislador haya observado la tendencia del Derecho español, en esta materia, termina por decantarse por el Derecho francés para regular el dominio de las aguas, tal como se desprende de las disposiciones correspondientes del Código Civil chileno de 1855⁹⁷⁹, en los que se considera factores como la navegabilidad y la calidad de ribereño para su determinación. Así, pertenecen al dominio público: los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales, los grandes lagos navegables, y las aguas pluviales no canalizadas; y pertenecen al dominio privado: las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad, los pequeños

⁹⁷⁷ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 132.

⁹⁷⁸ Cfr.: *Ibid.*, pp. 134 y ss.

⁹⁷⁹ El que comenzaría a regir desde el 1º de enero de 1857.

lagos no navegables, las que corren por cauces artificiales, las aguas pluviales canalizadas⁹⁸⁰.

La primera codificación del Derecho de Aguas en Chile, del año 1951, en nada dista de lo establecido en el Código Civil respecto al dominio del recurso hídrico. Esta situación cambia rotundamente en virtud de la promulgación de la Ley 16.640/1967, sobre Reforma Agraria, de 28 de julio, que dispuso por primera vez en Chile, que todas las aguas del territorio nacional pasarían a ser consideradas bienes nacionales de uso público⁹⁸¹, la que fue incluida en el Código de Aguas de 1969, en virtud del su artículo 9, procediendo a expropiar las aguas que eran de dominio privado, conforme a la disposición de su artículo 10⁹⁸².

Esta publicación generalizada de todas las aguas, se mantiene hasta el día de hoy, conforme las disposiciones actuales del Código Civil⁹⁸³, y del Código de Aguas⁹⁸⁴, que señalan que se trata de bienes nacionales de uso público⁹⁸⁵.

Conforme se ha podido apreciar, tanto la legislación de España como la de Chile han adoptado la teoría de la *publicatio*. Sin embargo, la conceptualización que se le otorga a aquellos bienes que son objeto de esta *publicatio* ha sido distinta. La normativa española se ha decantado por el concepto de “dominio público” y la chilena por el concepto de “bienes

⁹⁸⁰ Véase los artículos 595, 596, 837 y 838 del texto original CCCh (disposiciones actualmente derogadas).

⁹⁸¹ Véase el artículo 94 inciso 1º de la Ley 16.640/1967, sobre Reforma Agraria, de 28 de julio.

⁹⁸² Ministerio de Justicia. Decreto 162/1969, de 12 de marzo, que fija el texto sistematizado del Código de Aguas.

⁹⁸³ Artículo 595 del Código Civil chileno: “*Todas las aguas son bienes nacionales de uso público*”.

⁹⁸⁴ Artículo 5 del Código de Aguas: “*Las aguas son bienes nacionales de uso público (...)*”.

⁹⁸⁵ Se ha entendido por la doctrina que el legislador ha subsumido al dominio público bajo el concepto de “bienes nacionales de uso público” o “bienes que deben pertenecer a la nación toda”. Cfr.: ZÚÑIGA URBINA, F., “Constitución y dominio público” *Ius et Praxis*, nº 11 V. 2, 2005, p. 91. Para una referencia más general acerca de la evolución del concepto véase el apartado 1 del Capítulo Primero del la Segunda Parte *supra*.

nacionales de uso público”. A este respecto, CELUME BYRNE ha entendido que la óptica observada por el legislador chileno se caracteriza por la ausencia del vínculo subjetivo y por la elevación del teleológico. Es decir, la conceptualización de “bienes nacionales de uso público”, en contraposición al concepto de “dominio público” atiende más al cumplimiento de un fin público que a su asignación a la Administración bajo un vínculo dominical⁹⁸⁶. En nuestro parecer, tal diferencia no genera mayores implicaciones, debido a que en ambos casos se persigue el mismo objetivo: la protección de ciertos bienes mediante su exclusión del ámbito de susceptibilidad de adquisición por parte de los particulares, configurándolos como bienes inapropiables y, por ende, *res extra commercium*, con el fin último de resguardar el interés general de la sociedad, el medio ambiente⁹⁸⁷ y el bien común⁹⁸⁸.

Aparentemente, la denominación que cada ordenamiento jurídico ha elegido a este respecto, obedece a factores exógenos que tuvieron en consideración los legisladores de los respectivos Códigos Civiles. Si bien es cierto que ambos siguieron los principios liberales contenido en el Código demanial francés de 1790 y del Código napoleónico de 1804, el codificador civil español replicó el concepto de “*domaine public*”. En cambio, el codificador civil chileno, aún cuando recoge los ejemplos referido a este “*domain public*”, le otorga una denominación distinta con el objeto de fortalecer la idea de que se trata de bienes que “están publicados para posibilitar y regular el libre, equitativo e igualitario acceso de los particulares a su uso común o a su explotación privativa, según sus finalidades y vocaciones.”⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶ Cfr.: CELUME BYRN, T. A., “El mercado chileno de derechos de aprovechamiento de aguas y su coexistencia con la lógica pública de las aguas corrientes”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Usos del agua. Concesiones, autorizaciones y mercados del agua*, Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, p. 296, (en prensa).

⁹⁸⁷ Respecto a la finalidad de protección del medio ambiente véase: BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Instituciones de Derecho...*, op. cit.; y DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural*, Barcelona, Cedecs, 2000.

⁹⁸⁸ Véase *supra* el apartado 1 del Capítulo I de la Primera Parte, y el apartado 1 del Capítulo I de la Segunda Parte.

⁹⁸⁹ VERGARA BLANCO, A., “Naturaleza jurídica ...” op. cit., p. 81.

A nuestro juicio, ninguno de tales conceptos es mejor que el otro, debido a que ambos quieren significar lo mismo. Ahora bien, si a la semántica debiéramos referirnos, consideramos que sería más apropiado tratar a estos bienes objetos de la *publicatio*, como una “especie de propiedad pública”, más que “dominio público” o “bienes nacionales de uso público”. De este modo, se evitaría confundir la voz “dominio”, con el derecho real, que permite a su titular usar, gozar y disponer de la cosa, propio del Derecho civil, que de modo alguno corresponde a la finalidad perseguida por el legislador administrativista⁹⁹⁰. Asimismo, se evitaría utilizar el vocablo “nacional”, que deriva, a su vez, del concepto de “Nación”, que denota una idea más bien romántica y que se encuentra más vinculada al Derecho Internacional Público. Además, que la “especie de propiedad pública” permita el uso público, sea este común o privativo, es una característica que le es inherente y que no necesita ser expresada en el propio concepto.

La inclinación hacia el concepto de “especie de propiedad pública”, la fundamentamos en el razonamiento que sigue GUZMÁN BRITO⁹⁹¹, y en la teoría funcionalista de este denominado “dominio público”. El autor se enfoca en el significado del vocablo “propiedad”, que hace referencia a algo que es “propio de”, una especie de titularidad, que, a su vez, conforme a la teoría funcionalista no significa dotar a una persona – la Administración pública – de la calidad de dueño de los bienes públicos, sino que de la potestad para sacar determinados bienes de la esfera de la apropiabilidad, con la finalidad de protegerlos y ordenar su utilización⁹⁹², en virtud del interés general⁹⁹³.

⁹⁹⁰ En caso alguno significa que el Estado está facultado para usar, gozar y disponer de los bienes de “dominio público” de forma exclusiva y excluyente.

⁹⁹¹ Cfr.: GUZMÁN BRITO, A., *Las cosas incorporales...*, op. cit., pp. 146-151.

⁹⁹² Lo que incluye la facultad de establecer aprovechamientos privativos sobre los mismos.

⁹⁹³ Cfr.: VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 32-33.

2. EL DERECHO AL USO PRIVATIVO DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO

2.1. Los usos que se pueden ejercer sobre el dominio público hidráulico

Considerando que en la legislación chilena no se recoge el término “dominio público” en general, de forma literal, sino que su contenido ha sido conceptualizado como “bienes nacionales de uso público”, resulta lógico que no se haya establecido una clasificación concreta relativa a la utilización del dominio público. No obstante, es posible observar que es el propio concepto el que hace referencia al uso, caracterizándolo además, como público.

Los mecanismos por los cuales el “público” puede acceder a este uso podrían haber sido clasificados por la propia legislación, siguiendo la metodología que ha plasmado el ordenamiento jurídico español respecto al uso dominio público, que distingue entre usos comunes y privativos. Sin embargo, la normativa chilena guarda silencio a este respecto, y establece las diferentes clases de usos de un modo más bien disperso, sin identificar si pertenecen a alguna categoría específica. Por tal razón, la doctrina chilena se ha valido del Derecho comparado para poder agrupar de forma esquemática los tipos de usos que pueden ejercerse sobre el dominio público.

De este modo, y tal como se deriva de la literatura jurídica respectiva⁹⁹⁴, la clasificación que distingue entre el uso común y privativo del dominio público, ha sido recogida de la legislación y doctrina española, entendiendo al primero como aquél que “corresponde, en forma general y continua, a todos los habitantes de la República”⁹⁹⁵, conforme a lo dispuesto en el

⁹⁹⁴ Cfr.: MONTT OYARZÚN, S., *El Dominio Público...*, op. cit., p. 266.

⁹⁹⁵ ZÚÑIGA URBINA, F., “Constitución y dominio público”, op. cit., p. 91.

artículo 589 del CCCh.⁹⁹⁶; y al segundo como el aprovechamiento que corresponde de forma exclusiva a un particular que haya obtenido la preceptiva autorización o permiso de la autoridad competente⁹⁹⁷.

Asimismo la jurisprudencia, cuando se ha manifestado acerca del uso de los “bienes nacionales de uso público” sin expresar una tipología concreta, ha distinguido usos cuya clasificación solo ha advertido la doctrina. Así, en ciertas ocasiones, los tribunales han establecido que los bienes nacionales de uso público “son usados indistintamente por todos los habitantes, sin que puedan atribuirse los beneficios que ellos reportan a nadie en particular, sino a toda la comunidad”⁹⁹⁸, lo que se entiende como un uso común y, otras ocasiones ha manifestado que “El uso y goce de los bienes nacionales de uso público que corresponde a los particulares, entre los cuales se encuentran las aguas que corren por cauces naturales, está sujeto a las disposiciones legales y a las ordenanzas generales o locales; y en materias de ríos o esteros, la concesión o merced de la autoridad competente es la base de la reglamentación para dicho goce y uso.”⁹⁹⁹, lo que equivale al uso privativo.

La ausencia de una clasificación que distinga entre usos comunes y privativos, en general, cuestión que se replica respecto al dominio público hidráulico, no ha sido un tema que ha preocupado en demasía a los actores

⁹⁹⁶ Artículo 589 del CCCh.: “*Se llaman bienes nacionales aquellos cuyo dominio pertenece a la nación toda. / Si además su uso pertenece a todos los habitantes de la nación, como el de calles, plazas, puentes y caminos, el mar adyacente y sus playas, se llaman bienes nacionales de uso público o bienes públicos*”.

⁹⁹⁷ Como se desprende del artículo 598 del CCCh.: “El uso y goce que para el tránsito, riego, navegación y cualesquiera otros objetos lícitos, corresponden a los particulares en las calles, plazas, puentes y caminos públicos, en el mar y sus playas, en ríos y lagos y generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, estarán sujetos a las disposiciones de este Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen.”, y del artículo 599 del CCCh.: “*Nadie podrá construir, sino por permiso especial de autoridad competente, obra alguna sobre las calles, plazas, puentes, playas, terrenos fiscales y demás lugares de propiedad nacional*”.

⁹⁹⁸ CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, 6 de noviembre de 1987, confirmada por la Corte Suprema, Revista de Derecho y Jurisprudencia, T. 84, 1987, Sección. 5ª, Santiago de Chile, 1987, p. 318.

⁹⁹⁹ CORTE SUPREMA, 16 de agosto de 1912, *Repertorio* T. 10, Sección 1ª, Santiago de Chile, 1912, p. 605.

jurídicos chilenos, quienes se han respaldado en cierta doctrina española que alega que el uso común no ha sido estipulado expresamente en la mayoría de las legislaciones¹⁰⁰⁰ en consideración a su obviedad¹⁰⁰¹. Ahora bien, considerando que el uso privativo escapa a esta obviedad, conformándose como la excepción al régimen general de utilización de los bienes públicos, su regulación en Chile ha sido exhaustiva¹⁰⁰².

Aún cuando estamos de acuerdo con que la utilización privativa del dominio público o de los bienes públicos deba estar tratada de forma intensa por el ordenamiento jurídico con el objeto de cumplir su finalidad última, que es el bien común, consideramos que el desinterés por el tratamiento del uso común puede repercutir negativamente en el interés de la comunidad, especialmente tratándose del dominio público hidráulico, en consideración al carácter de indispensable que tiene el recurso para la subsistencia de la vida en el planeta.

Si en algún momento la utilización común de las aguas pudo haber sido considerada obvia, o como lo señala MONTT OYARZÚN, “la manifestación más simple y espontánea del uso milenario que los hombres otorgan a los bienes que forman parte de la estructura básica de la vida en comunidad”¹⁰⁰³, estimamos que actualmente, en muchas ocasiones, esta comunidad se ha visto privada de su realización. En consecuencia, algo que a todas luces parecía tan obvio, como bañarse en un río, abrevar el ganado o simplemente contemplar el paisaje, en realidad no lo es cuando, en virtud de la utilización privativa intensiva, se hayan contaminado las aguas o simplemente estas hayan desaparecido¹⁰⁰⁴.

¹⁰⁰⁰ Cfr.: SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo...*, op. cit., p. 567.

¹⁰⁰¹ Cfr.: PARADA VÁSQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo*, op. cit., p. 61.

¹⁰⁰² Conforme se ha puesto de manifiesto en el Capítulo Segundo de este trabajo.

¹⁰⁰³ MONTT OYARZÚN, S., *El Dominio Público...*, op. cit., p. 266.

¹⁰⁰⁴ En clara contravención al artículo 6 letra d) de la LPAAPP, que establece el principio de “dedicación preferente al uso común frente al uso privativo”.

Si bien es cierto que, tanto la normativa española como la chilena han contemplado mecanismos que tienden a asegurar la protección ambiental del recurso hídrico¹⁰⁰⁵, en general lo hacen imponiendo trabas y condiciones al uso privativo, intentando, de ese modo, establecer un equilibrio entre los usos económicos y los usos sociales y ambientales. Tal vez, tal equilibrio, no pasa por sobrerregular el uso privativo¹⁰⁰⁶, sino por regular a la par, tanto el uso privativo como el uso común¹⁰⁰⁷.

2.2. Justificación del derecho al uso privativo del dominio público hidráulico

A cualquier intérprete lego de la norma, podría al menos caberle la duda acerca de la plausibilidad de que se otorguen derechos de uso de forma exclusiva y excluyente a un titular determinado sobre bienes que, en general, se encuentran afectos al “uso de todos”, entendiendo que el uso privativo al satisfacer un interés particular, se contrapone al interés general que se resguarda a través del uso común de los bienes públicos. Sin

¹⁰⁰⁵ Ciertamente, la normativa española es más rigurosa, en comparación a los mecanismos de protección del recurso hídrico ideados por el legislador chileno. Ello no es más que el reflejo del sistema económico imperante y el desarrollo que actualmente pretenden en cada uno de estos países.

¹⁰⁰⁶ Los usos comunes no requerirían de una regulación específica, conforme se desprende *sensu contrario*, de la siguiente afirmación de Rosa Moreno: “Los usos privativos tienen, obviamente, una regulación más detallada, con mayor motivación en el dominio público hidráulico habida cuenta de la importancia y esencialidad que tiene el aprovechamiento del recurso.” En: ROSA MORENO, J., “Dominio Hidráulico”, en PAREJO ALFONSO, L. Y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los Bienes Públicos*, T. III, Navarra, Aranzadi, 2009, p. 275.

¹⁰⁰⁷ Aún cuando este no sea el tema central del presente trabajo, nuestra intención es, a lo menos, dejar planteado el cuestionamiento, considerando que si se ha configurado todo un régimen jurídico respecto al “derecho” al uso privativo de las aguas, eventualmente también podría regularse el “derecho” al uso común de las aguas. A un paso hacia la elaboración de este concepto se encuentra el carácter que SÁNCHEZ MORÓN le otorga al uso común general, quien lo considera como un “interés legítimo que faculta a los usuarios del bien para oponerse y reaccionar, judicialmente en su caso, frente a cualquier alteración ilegal del régimen de utilización de los bienes de dominio público destinados al uso público, interponiendo los recursos pertinentes.” En: SÁNCHEZ MORÓN, M., “Los bienes públicos...”, op. cit., p. 55. Pueden marcar cierta pauta para una posible discusión de este tema los siguientes trabajos: DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Recursos naturales...*, op. cit.; BARCELONA LLOP, J., “Consideraciones sobre el dominio público natural”, en SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, T. II, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 2085-2112; TEJEDOR BIELSA, J., “Bienes públicos y medio ambiente”, en LÓPEZ RAMÓN, F. Y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 73-89, entre otros.

embargo, tal contraposición de intereses no es tal, como lo ha advertido la doctrina, sino que lo que se pretende es precisamente propender hacia el bien común, que es el fin último de la *publicatio*.

En la mayoría de los casos, el administrado que solicite un derecho de aprovechamiento del dominio público hidráulico tiene como objetivo la obtención de un beneficio económico, que pasará a integrar su patrimonio personal. Sin embargo, la Administración solo otorgará este derecho cuando implique, a su vez, la generación de beneficios generales para el resto de la sociedad. Así, por ejemplo, cuando la administración otorga derechos de aprovechamiento de aguas destinadas al riego de cultivos agrícolas, entiende que la sociedad en general también será beneficiada, de forma indirecta, debido a que podrá acceder a alimentos que, de otro modo, no podría obtener. Sucede lo propio en el caso de derechos de aprovechamiento de aguas destinadas a la generación de energía eléctrica, donde el beneficio también repercute en el bienestar social, puesto que dicha energía estará destinada a la comunidad, en general.

Ahora bien, desde la perspectiva de los Estados liberales, la justificación pareciera ser meramente de índole económica, donde el recurso hídrico es apreciado únicamente en atención a su carácter de factor de producción¹⁰⁰⁸. Aún así, y sin descartar los posibles beneficios económicos que se pretendan, nada obsta para que el bien común que pretende la *publicatio* sea considerado desde otro punto de vista. En este orden de ideas, eventualmente un particular podría solicitar a la administración pública el otorgamiento de un derecho al uso privativo de las aguas simplemente para perseguir una finalidad ambiental, como sería la recuperación de acuíferos. Esto, por supuesto, redundaría en beneficio de la colectividad. En tal caso,

¹⁰⁰⁸ Aunque el caso chileno esta situación esté exacerbada, España no se encuentra del todo ajena a esta realidad, a pesar de que su modelo de desarrollo tienda más a lo social.

estaríamos empezando a considerar al recurso hídrico como un factor ambiental¹⁰⁰⁹ o eco-social.

En cualquier caso, sea que la *publicatio* del dominio público hidráulico se justifique en virtud de razones económicas, sociales o ambientales, la razón profunda de su existencia es la diferente cristalización en cada época que tiene cada comunidad humana del concepto de bien común, interés público, justicia o utilidad pública, o como se desee llamar a este criterio último y fundamental de toda convivencia humana y por lo tanto de Derecho”¹⁰¹⁰.

2.3. Forma de ejercer el derecho al uso privativo del dominio público hidráulico

Para que la *publicatio* del dominio público pueda cumplir el objetivo que la justifica, es decir, para que pueda efectivamente propender al interés general, es necesario que en cada ordenamiento jurídico se establezca un marco básico de actuación que coordine e integre los diferentes usos del recurso hídrico. Es lo que se ha denominado como la planificación hidrológica de cuenca¹⁰¹¹.

En España, el tratamiento jurídico de la gestión administrativa de los recursos hídricos es de larga tradición¹⁰¹², y encuentra su actual asidero

¹⁰⁰⁹ En Chile, en atención a su modelo de desarrollo, este ideal es prácticamente impensado. De forma excepcional se ha tratado en: SAAVEDRA CRUZ, J. L., “Las aguas como bien...”, *op. cit.* En España, en cambio, existe un amplio sector de la doctrina que se ha referido a este tema. Véase DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Recursos naturales ...*, *op. cit.*; BARCELONA LLOP, J., “Consideraciones sobre el dominio...”, *op. cit.*; TEJEDOR BIELSA, J., “Bienes públicos...”, *op. cit.*; BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Instituciones de Derecho ... op. cit.*; entre otros.

¹⁰¹⁰ GALLEGO ANABITARTE, A., “El Derecho español ...”, *op. cit.*, p. 103.

¹⁰¹¹ No es nuestra intención realizar un estudio exhaustivo acerca de la planificación hidrológica en España y en Chile, sino que solamente reflejar el panorama general de la gestión administrativa de los recursos hídricos en ambos países, con especial énfasis en la implementación del principio de unidad de cuenca.

¹⁰¹² “Los primeros intentos sistemáticos de formulación y anticipación de la gestión hídrica se remontan en España al siglo XIX. El carácter público de los aprovechamientos hidráulicos no fue reconocido hasta las Cortes de Cádiz (Constitución de 1812), a partir de las cuales se fue gestando una inquietud política y legal por la planificación, entendida como la racionalización del uso del agua y su necesaria institucionalización. De esta época datan

jurídico en la disposición del artículo 40.1 del TRLA que señala que *“La planificación hidrológica tendrá por objetivos generales conseguir el buen estado y la adecuada protección del dominio público hidráulico y de las aguas objeto de esta ley, la satisfacción de las demandas de agua, el equilibrio y armonización del desarrollo regional y sectorial, incrementando las disponibilidades del recurso, protegiendo su calidad, economizando su empleo y racionalizando sus usos en armonía con el medio ambiente y los demás recursos naturales.”*¹⁰¹³.

En la normativa chilena de aguas correspondiente, por su parte, no encontraremos una disposición semejante, que contemple el amplio abanico de objetivos que persigue la norma anteriormente descrita. Sin embargo, encontraremos su homónimo en el artículo 299 del CA que dispone que: *“La Dirección General de Aguas, tendrá las atribuciones y funciones que este Código le confiere y, en especial, las siguientes: a) Planificar el desarrollo del recurso en las fuentes naturales, con el fin de formular recomendaciones para su aprovechamiento”*.

De la sola lectura de ambos preceptos, se puede inferir el modelo de desarrollo que rige en cada uno de estos Estados. El Estado español ha pretendido, a través de la planificación hidrológica, que sigue los parámetros de la DMA, alcanzar un desarrollo sostenible del recurso hídrico. Para ello, se ha establecido la necesidad de otorgarle al agua su correspondiente importancia ambiental, más que comercial, disponiendo de una gestión integrada de los recursos hídricos, adecuando el marco organizativo estatal y autonómico de gestión, fomentando la participación ciudadana en la

las Leyes de Aguas de 1866 y 1879, siendo esta última de tal calidad que estuvo en vigor hasta 1985.”, en: SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. T., RODRÍGUEZ FERRERO, L. Y SALAS VELASCO, M., “La gestión del agua en España. La unidad de cuenca”, *Revista de Estudios Regionales* Nº 92, 2011, p. 202.

¹⁰¹³ El actual texto del artículo 40 del TRLA deriva de una modificación de la cual fue objeto, en virtud de la disposición del artículo 129 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social, por la cual se incorpora al Derecho español la Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un nuevo marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas, también conocida como Directiva Marco del Aguas, - en adelante, DMA -.

elaboración de la planificación hidrológica y posibilitando la recuperación de costes por los servicios relacionados con la gestión del agua¹⁰¹⁴. En cambio, el Estado de Chile, cuyo modelo de desarrollo se basa en la teoría económica neoliberal, en ningún momento hace referencia a la calidad ambiental del recurso hídrico como objetivo de la gestión administrativa, e incluso establece que la eventual planificación que pueda determinar la DGA, nunca tendrá el carácter de vinculante. Se trata de meras “recomendaciones”. La labor del legislador chileno tiene su lógica, ya que habiendo instaurado el mecanismo de libre mercado para la asignación de los recursos hídricos, es de suponer que sea a través de este donde se logre la más eficiente y eficaz gestión de las aguas.

Aún cuando se entregue al mercado la gestión de los recursos hídricos, y que la DGA solo pueda elaborar recomendaciones que contemplen pautas para la planificación, el ordenamiento jurídico de aguas chileno ha establecido, a estos efectos, el principio de unidad de cuenca¹⁰¹⁵. Este principio se fundamenta en el artículo 3 del CA que dispone que “*Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de la misma corriente. / La cuenta u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen en ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente.*” Esta disposición, si bien contempla uno de los principios esenciales que deben sustentar el Derecho de Aguas en atención a las

¹⁰¹⁴ Cfr.: CASADO CASADO, L., “Principales repercusiones de la Directiva Marco del Agua en el ordenamiento jurídico español”, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Nuevo Derecho de Aguas*, Navarra, Aranzadi, 2007, 157-198. Para profundizar en este tema véase: ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., “La calidad ambiental de las aguas como eje vertebrador de la normativa comunitaria”, en PÉREZ PÉREZ, E. (coord.), *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*, Madrid, Ecoiuris, 2003, pp. 95-126; y, en general, la obra completa coordinada por PÉREZ PÉREZ, E. (coord.), *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*, Madrid, Ecoiuris, 2003.

¹⁰¹⁵ También denominado, “principio de unidad de la corriente” en: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, pp. 239- 256.

implicaciones que genera¹⁰¹⁶, no ha tenido una implementación práctica, a pesar, de haber sido consagrada jurisprudencialmente¹⁰¹⁷.

En la práctica chilena, este principio se encuentra quebrantado en virtud del “seccionamiento de los ríos”. Concretamente, se trata de “un hecho natural que se produce en algunos cauces, por su especial configuración hidrográfica”¹⁰¹⁸, y se verifica cuando, “a medida que las aguas de un río van siendo utilizadas, tales usos lo agotan en ciertos tramos de su recorrido, quedando su álveo al descubierto; para luego, por medio de filtraciones o afluencias de otras aguas, reaparecer nuevamente sus aguas”¹⁰¹⁹. El legislador de aguas chileno, de forma excepcional, ha aprovechado este “hecho natural”¹⁰²⁰, para permitir que las organizaciones de usuarios se constituyan ya no respecto de una cuenca, sino solamente sobre un caudal, e incluso más, solamente sobre una sección del cauce¹⁰²¹. Este seccionamiento podrá ser modificado o suprimido por la autoridad correspondiente únicamente en caso de obtenerse un mejor aprovechamiento de las aguas por la implementación de obras de embalse, trasvase u otras captaciones subterráneas¹⁰²², o en caso de extrema sequía¹⁰²³.

¹⁰¹⁶ Sostiene VERGARA BLANCO que “este principio tiene implicaciones en varios aspectos del Derecho de aguas, como en el tema de la contaminación de las aguas; en la administración de la cuenca; en la distribución de la aguas a los titulares de derechos de aguas; en fin, en la constitución de nuevos derechos”, en VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 248.

¹⁰¹⁷ SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE TALCA, confirmada por la CORTE SUPREMA, 4 de agosto de 1906: “No puede sostenerse como principio general que un río y su afluente sean entidades distintas que no tengan relación entre sí, puesto que los afluentes son los que contribuyen a formar el caudal de aguas del río”.

¹⁰¹⁸ ARÉVALO CUNICH, G., “Principio de la unidad del cauce o de la corriente”, en VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2011, p. 7.

¹⁰¹⁹ VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 249.

¹⁰²⁰ Al menos nos cabe la duda acerca de cuán natural será este hecho, si efectivamente proviene del agotamiento del recurso por su uso intensivo en las primeras secciones de un río.

¹⁰²¹ Véase el artículo 264 del CA.

¹⁰²² Véase el artículo 265 del CA.

¹⁰²³ Véase el artículo 314 del CA.

Para VERGARA BLANCO, la construcción jurídica del principio de unidad de cuenca, o de la corriente, como lo ha denominado, es el actual “nudo gordiano” del Derecho de Aguas chileno, estimando que la práctica jurídica y administrativa “ha tendido a crear un concepto jurídicamente amplio de seccionamiento”¹⁰²⁴, que a nuestro juicio, vulnera uno de los principios que es pilar del Derecho de aguas, en general.

Considerando que el desarrollo e implementación del principio de unidad de cuenca que actualmente rige en España, se encuentra a años luz respecto a la situación que hemos descrito para Chile, sería de mucha utilidad, que tanto la doctrina como el legislador de aguas chileno observase el proceso de gestación de la planificación hidrológica de cuenca español y su implementación, en conjunto con las pautas otorgadas por la DMA, en vista a una futura modificación que realmente haga efectivo el principio y que tienda a un manejo integrado de cuencas¹⁰²⁵.

¹⁰²⁴ VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, T. I, *op. cit.*, p. 255-256. En ese mismo sentido: ARÉVALO CUNICH, G., “Principio de la unidad...”, *op. cit.*, p. 8.

¹⁰²⁵ Para un estudio más acabado acerca de la planificación hidrológica en España y del principio de unidad de cuenca, véase: FANLO LORAS, A., “La unidad de cuenca en la jurisprudencia constitucional”, *Anuario Jurídico de la Rioja* N° 14, Universidad de La Rioja, 2009, “Las competencias del Estado y el principio de unidad de gestión de cuenca a través de las Confederaciones Hidrográficas”, *Revista de Administración Pública* N° 183, 2010, pp. 309-334, “Planificación Hidrológica en España estado actual de un modelo a fortalecer”, *Revista de Administración Pública* N° 169, 2006, pp. 265-299; CASADO CASADO, L., *Los vertidos...*, *op. cit.*, pp. 117-149; PALLARÉS SERRANO, A., *La Planificación Hidrológica ...*, *op. cit.*, y “Estudio de las principales aportaciones relativas a la participación del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Planificación Hidrológica”, en, CHINER MONTORO, M. J. (coord.), *El Agua: Estudios Interdisciplinarios*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 159-173, entre otros.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS. ESPECIAL REFERENCIA AL TÍTULO ADMINISTRATIVO QUE CONSTITUYE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO

A través de este capítulo, se analiza de forma crítica y comparada la regulación de los derechos de aprovechamiento de las aguas en los ordenamientos jurídicos español y chileno. Aún cuando existan otras fórmulas de constituir tales derechos, el estudio recae, prioritariamente sobre el acto administrativo correspondiente que le da origen – la concesión, en el Derecho de aguas de España, y el acto de autoridad, en el Derecho de aguas de Chile - . Desde esta perspectiva se procede a revisar el desarrollo normativo de los derechos de aprovechamiento de aguas en España y en Chile, su conceptualización y la determinación de su naturaleza jurídica.

Asimismo, se aplica un criterio crítico – analítico, para determinar las diferencias y similitudes de un sistema y otro, respecto de los elementos objetivos y subjetivos que lo configuran. Se destaca la reflexión realizada sobre los efectos jurídicos derivados de la constitución de este derecho de aprovechamiento, especialmente en lo referente a su transferibilidad desde el punto de vista de la ciencia jurídica y de la ciencia económica.

1. DESARROLLO NORMATIVO DE LA TEMÁTICA

El uso de los recursos hídricos, tal como hemos podido apreciar de la evolución del concepto de dominio público, siempre ha sido una de las mayores preocupaciones del legislador, considerando que el agua constituye un elemento esencial e indispensable para el sustento de la humanidad y de su vida en sociedad. Sin embargo, ello no significa que tal utilización haya estado regulada de la misma manera en los distintos ordenamientos jurídicos

a través de los últimos siglos, sino que ha estado más bien dispersa y carente de un régimen uniforme¹⁰²⁶.

A lo largo de este estudio, hemos podido constatar que en el ordenamiento jurídico español, la utilización del recurso hídrico recibió un tratamiento sistematizado en virtud de la Ley de Aguas de 3 de Agosto de 1866. Lo propio ocurrió en el ordenamiento jurídico chileno, más tardíamente, mediante la primera codificación en materia de Aguas, el año 1951.

Resulta interesante observar que tanto la legislación civil española como la chilena contienen, en sus respectivos Códigos Civiles, disposiciones referentes a la utilización del recurso hídrico. En Chile, esta realidad jurídica no ha planteado mayores conflictos, toda vez que la codificación en materia de aguas es posterior a la codificación civil¹⁰²⁷. En cambio, el CCEsp¹⁰²⁸, entró en vigor con posterioridad a la Ley de Aguas de 1866-1879, y si bien, en general, sigue el mismo planteamiento establecido por el legislador de aguas, no estuvo exento de discusiones en la doctrina quienes advirtieron una serie de conflictos que planteaba esta duplicidad normativa.

Actualmente, en ambos ordenamientos jurídicos no se presentan mayores controversias respecto a la aplicación normativa referente a la utilización de las aguas, debido a que su regulación se encuentra establecida en normas más o menos recientes: en España, el Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el TRLA y, en Chile, el Código de Aguas de 1981, con sus respectivas modificaciones.

¹⁰²⁶ Solamente, en el segundo tercio del siglo XIX surge la necesidad de regular una "realización coordinada y planificada de las distintas explotaciones" del recurso hídrico. Cfr.: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., "La elaboración de la Ley de Aguas...", *op. cit.*, p. 14.

¹⁰²⁷ Conforme a la aplicación de los principios de especialidad y temporalidad, en aquellas materias donde pueda existir controversia respecto a la utilización de los recursos hídricos, rige la norma especial sobre la general y la norma vigente actual sobre la anterior.

¹⁰²⁸ Real Decreto de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil.

2. CONCEPTUALIZACIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

Desde la primera codificación de aguas del año 1951¹⁰²⁹, el legislador chileno establece de forma clara y expresa el concepto de derecho de aprovechamiento de las aguas, el que hemos considerado símil del derecho al uso privativo de las aguas, en tanto que expresa un derecho de carácter real que se ejerce sobre las aguas de forma exclusiva y excluyente, conforme la normativa que lo regula. No obstante su contenido haya variado en ciertos aspectos¹⁰³⁰, el concepto en sí mismo, se ha mantenido inalterado desde entonces. Actualmente está dispuesto en el artículo 6 del Código de Aguas¹⁰³¹ como *“un derecho real que recae sobre las aguas y consiste en el uso y goce de ellas, con los requisitos y en conformidad a las reglas que prescribe este Código. 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”*.

Una conceptualización como la señalada se encuentra absolutamente ausente en el ordenamiento jurídico de aguas español. Si bien es cierto que la concepción “derecho de aprovechamiento” fue recogida por el legislador de aguas decimonónico, este nunca le confirió una definición expresa, sino que se sirvió de tal concepto para calificar todo uso del agua cualquiera

¹⁰²⁹ MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 9.909/1951, de 28 de mayo, que fija los textos definitivos del Código de Aguas (derogado).

¹⁰³⁰ En el CA de 1951, se establecía expresamente el carácter de dominio público de las aguas sobre las cuales recaía el derecho de aprovechamiento. En el CA de 1981 desaparece la expresión “dominio público”, porque el artículo 5 del mismo cuerpo legal, en concordancia con el artículo 595 del CCCh lo subsume en el concepto de “bienes nacionales de uso público” (Véase el apartado primero del Capítulo Segundo de la Primera Parte de este trabajo). Asimismo, hemos podido constatar que en el CA de 1951 las facultades de uso, goce o disposición que se le otorgaba al titular del derecho de aprovechamiento recaían directamente sobre las aguas, a diferencia de lo que dispone la actual normativa, que determina el uso y el goce se han de ejercer sobre las aguas, pero la facultad de disposición únicamente podrá ejercerse respecto del derecho de aprovechamiento, lo que consideramos del todo correcto en consideración al principio de inalienabilidad del dominio público. (Véase el apartado 2 del Capítulo Segundo de la Segunda Parte *supra*).

¹⁰³¹ MINISTERIO DE JUSTICIA. Decreto con Fuerza de Ley 1.122/1981, de 29 de octubre, que fija el texto del Código de Aguas.

fuese su intensidad¹⁰³². Fue el legislador civilista, quien en el año 1889, valiéndose del término recogido en la Ley de Aguas de 1866/1879, dispuso ciertas normas relativas al “aprovechamiento de aguas públicas”. Conforme a su tenor literal, como método interpretativo, hemos entendido que tal concepto fue adoptado para hacer referencia a la utilización privativa del demanio público hidráulico. Sin embargo no lo dota de mayor contenido, salvo su forma de adquisición y de extinción¹⁰³³.

En el TRLA, actualmente vigente, el legislador ha optado por no utilizar el concepto “derecho de aprovechamiento”. En su lugar, ha preferido el concepto de “derecho al uso privativo de las aguas” para expresar lo mismo. En efecto, se observa de los distintos artículos referentes a esta materia como en una serie de ocasiones el legislador recae en la utilización del concepto “aprovechamiento” entendiéndolo como uso privativo. Es esta incoherencia en el manejo de los conceptos contenidos en el TRLA la que nos induce a suponer que el objetivo perseguido por el legislador al establecer el concepto de “derecho al uso privativo” fue, más bien, alejarse de la legislación civilista, en consideración a la eterna pugna que existe entre los administrativistas y civilistas por el intento de delimitar el ámbito de actuación de una u otra rama del Derecho¹⁰³⁴.

Además, cabe considerar, que en ningún precepto del TRLA dota de contenido a este “derecho al uso privativo de las aguas”, limitándose a regular su forma de adquisición y extinción, sin prestarle mayor atención al derecho que la norma le está confiriendo a su titular, su caracterización y los efectos que ella genera¹⁰³⁵.

Es esta la razón, unida al hecho que el “derecho de uso” está dotado de un contenido diverso en sede civil, y que el concepto “derecho privativo” resulta

¹⁰³² Véase el apartado 2, del Capítulo Segundo de la Segunda Parte *supra*.

¹⁰³³ Véase los artículos 409, 410 y 411 del CCEsp.

¹⁰³⁴ Cfr.: GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los derechos reales...*, *op. cit.*, p.15.

¹⁰³⁵ Cfr.: ALCAÍN MARTÍNEZ, E., *El aprovechamiento privado...*, *op. cit.*, p. 108.

redundante, toda vez que basta con establecer que se trata de un “derecho” de índole subjetiva, para entender que es privativo para su titular, lo que nos ha impulsado a preferir el concepto de “derecho de aprovechamiento” a lo que el TRLA establece como “derecho al uso privativo”.

En términos de Derecho comparado, tanto desde el punto de vista de su concepto como de su contenido, además del análisis correspondiente de las normas contenidas en el TRLA referentes al derecho al uso privativo de las aguas, consideramos que el tratamiento dispuesto en el CACH a este respecto, puede servir como base orientativa para su configuración, en el sentido de vislumbrar para el Derecho de Aguas en España una especie de sistematización del derecho de aprovechamiento, en tanto derecho al uso privativo del recurso hídrico.

Finalmente, nos hemos atrevido a formular una definición para el derecho de aprovechamiento de las aguas en España, en base a los trabajos de la doctrina, tanto civilista¹⁰³⁶ como administrativista¹⁰³⁷, y a la configuración de este en el Derecho chileno, como “un derecho real administrativo que confiere a su titular el uso y goce exclusivo y excluyente de una porción de los recursos que integran el dominio público hidráulico, con las limitaciones administrativas que establece la ley en pos del interés público general”.

3. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

Del análisis del concepto de derecho de aprovechamiento, se puede colegir que este se conforma como un derecho subjetivo de carácter real en los dos ordenamientos jurídicos tratados. En el Derecho de aguas chileno se encuentra expresamente establecido en el artículo 6º del CA; y aunque el

¹⁰³⁶ Cfr.: ALCAÍN MARTÍNEZ, E., *El aprovechamiento privado...*, op. cit., p. 109.

¹⁰³⁷ Cfr.: PLAZA MARÍN, C., “El dominio público...”, op. cit., p. 587, ESCUIN PALOP, C., *Presente y Futuro...*, op. cit., p. 190 y, NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión ...*, op. cit., p. 125.

Derecho de aguas español no haga lo propio en su TRLA, tanto la doctrina como la jurisprudencia han confirmado que el derecho al uso privativo de las aguas - respecto del cual hemos adoptado su homónimo a efectos de este trabajo - se encuentra configurado como un derecho real.

En general, se trata de un tema peliagudo en la doctrina, en virtud de la eterna pugna entre civilistas y administrativistas, quienes a pie forzado intentan darle el enfoque que sea más apropiado conforme a sus respectivas disciplinas. Por tal razón, en un principio, la doctrina administrativista española era renuente a considerar que un derecho originado en sede del Derecho administrativo pudiera adoptar el carácter de una norma cuyo tratamiento se encontraba en sede del Derecho civil, como es el caso de los derechos reales¹⁰³⁸.

Una vez superado ese primer conflicto, y habiendo los administrativistas aceptado que el derecho de aprovechamiento de las aguas conforma un derecho real¹⁰³⁹, surge el dilema respecto a la determinación de la normativa concreta que regirá este derecho real, si acaso habrá de considerarlo un derecho real civil, o un derecho real administrativo. A este respecto, hemos podido constatar, a lo largo de este estudio, que la postura mayoritaria para la doctrina española resulta ser totalmente opuesta a la doctrina chilena.

En España, la doctrina es prácticamente unánime en considerar que se trata de un derecho real de carácter administrativo, en consideración a que ha de ejercerse sobre un bien de dominio público en cuya utilización privativa debe resguardarse su intrínseca vinculación con el interés general¹⁰⁴⁰. En ese

¹⁰³⁸ Respecto al tratamiento de los derechos reales administrativos véase: GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los derechos reales...*, *op. cit.*

¹⁰³⁹ Para lo cual también observaron ciertas disposiciones generales en materia de dominio público, como el artículo 97.1 de la LPAP.

¹⁰⁴⁰ Cfr.: GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los derechos reales...*, *op. cit.*, pp. 11-27; PLAZA MARÍN, C., "El dominio público...", *op. cit.*, p. 587; MARTÍN-RETORTILLO, S., "La elaboración de la Ley de Aguas...", *op. cit.*, p. 259; NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, p. 128, GARRIDO FALLA, F. (*et al*), *Tratado de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 482; entre otros.

mismo sentido se ha expresado la jurisprudencia cuando expresa que “el dominio público, al ser inalienable está sustraído al tráfico jurídico privado, pero resulta susceptible de un tráfico jurídico público que permite la constitución de un derecho real administrativo de concesión que habilita al uso privativo de los bienes que lo integran”¹⁰⁴¹. Por tanto, si la fuente de estos derechos se encuentra en el Derecho administrativo, resulta de lo más lógico entender que deba tener ese mismo carácter y ser regulada conforme a las directrices de dicha disciplina. Otro sector de la doctrina, no persigue que el derecho de aprovechamiento de aguas pase a ser considerado de naturaleza real civil, sino que admitiendo que se trata de un derecho real administrativo, solamente propone que sean las normas del Derecho civil las que se apliquen a efectos del reconocimiento y protección de los titulares de tales derechos¹⁰⁴².

En Chile, por otra parte, si bien el carácter real del derecho de aprovechamiento se encuentra determinado de forma expresa por la norma correspondiente, casi no ha habido discusión para determinar si se trata de un derecho real de índole civil o administrativo. La ausencia de posiciones a este respecto, obedece a que Chile se ha estructurado, por esencia, en base a principios privatistas, establecidos desde el siglo XIX por el Código Civil, cuyas normas han permeado prácticamente toda la actividad de la sociedad.

Esta situación se manifiesta también en la legislación de aguas, la que, al no contener disposición alguna que determine si se trata de un derecho real o civil, expresa que debe regir lo que el Derecho común – entiéndase Derecho civil – señale al respecto¹⁰⁴³. De este modo, se ha considerado que una vez otorgado el derecho de aprovechamiento, su titular no podrá ser privado de este por la vía administrativa, es decir, la Administración pública, habiendo dictado el acto de autoridad por el cual da origen al derecho de

¹⁰⁴¹ STS 754/1989, de 5 de junio de 1989.

¹⁰⁴² Cfr.: ALCAÍN MARTÍNEZ, E., *El aprovechamiento privado...*, op. cit., pp. 151-232.

¹⁰⁴³ De la interpretación del artículo 129 del Código de Aguas.

aprovechamiento, se desvincula del mismo, careciendo de cualquier poder interventor al respecto¹⁰⁴⁴.

Sin embargo, un sector minoritario de la doctrina administrativista¹⁰⁴⁵, en base a un concienzudo análisis de la doctrina española comparada, ha reclamado el reconocimiento de los derechos de aprovechamiento como derechos reales de carácter administrativo, por estar estrechamente vinculado con el dominio público respecto del cual corresponde a la Administración pública su gestión y protección.

De nuestra parte, adoptamos la postura general de la doctrina administrativista, y consideramos que el derecho de aprovechamiento constituye un derecho real administrativo. Sin embargo, ello no debería significar que las normas únicamente regulen la intervención que tenga la Administración pública al respecto, sino que habrá de regularse, a la par, el contenido de tal derecho real desde el punto de vista de su titular, donde cobra sentido la aplicación del Derecho civil¹⁰⁴⁶. En definitiva, planteamos la necesidad de analizar la realidad que ha de plasmarse en los ordenamientos jurídicos de una forma coherente e integradora, superándose los resquemores a sobrepasar los límites de las distintas disciplinas del Derecho y entendiendo al Derecho sin adjetivos, como la ciencia jurídica general que ha de regular la vida en sociedad.

Finalmente, hemos podido apreciar los dos extremos doctrinarios que rigen esta materia. El ordenamiento jurídico de aguas chileno, donde prácticamente no se discute que el derecho real de aprovechamiento es de naturaleza civil y el ordenamiento jurídico de aguas español, donde se encuentra asentada la tesis que el derecho real de aprovechamiento es de naturaleza administrativa. En ambos casos, se puede observar las

¹⁰⁴⁴ Cfr.: SEGURA RIVEIRO, F., *Derecho de Aguas*, *op. cit.*, p. 44.

¹⁰⁴⁵ Cuyo principal precursor es VERGARA BLANCO. Al respecto véase: VERGARA BLANCO, A., "Los derechos reales administrativos...", *op. cit.*, pp. 460-462 y VERGARA BLANCO, A., "Los derechos mineros...", *op. cit.*, pp.473-493.

¹⁰⁴⁶ Cfr.: ALCAÍN MARTÍNEZ, E., *El aprovechamiento privado...*, *op. cit.*, p. 109.

debilidades derivadas del resquemor de regular la figura jurídica a través de instituciones o principios que rige la disciplina jurídica del “bando contrario”, y es esta barrera la que estimamos necesario superar. Si bien el desarrollo teórico de los derechos reales administrativos en España se encuentra en un estadio más avanzado respecto de Chile, es indudable que persiste la necesidad de regular su contenido. Para estos efectos, y en vista a tal regulación de *lege ferenda*, es donde cobra sentido el aporte proveniente de las normas y teorías civilistas.

En el otro extremo encontramos el Derecho de aguas chileno, el cual se encuentra imbuido y encandilado a tal nivel por el Derecho civil, que solamente una doctrina excepcional¹⁰⁴⁷ ha podido vislumbrar la figura del derecho real administrativo y la necesidad de su regulación. En este sentido, la modificación que suponemos necesaria es aún más profunda y debe partir del desarrollo y el fortalecimiento del Derecho administrativo en general, para que en su sede se analice concienzudamente la figura del derecho real administrativo, y una vez logrado tal cometido – equiparable a la etapa actual que se observa en España – pasar a dotarla de contenido mediando el aporte que pueda provenir del Derecho civil.

4. SUJETOS VINCULADOS AL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

4.1. El titular del derecho de aprovechamiento de las aguas

En el estudio que hemos realizado a este respecto, no se han presentado mayores dificultades para determinar al titular del derecho de aprovechamiento en los ordenamientos jurídicos de aguas respectivos. Ambos sistemas incluyen dentro de la categoría de “titular” tanto a las personas naturales como a las jurídicas. Sin embargo, se han podido

¹⁰⁴⁷ La mayoría de los trabajos que plantean la necesidad del desarrollo de la figura del “derecho real administrativo”, corresponden a la autoría de VERGARA BLANCO.

apreciar ciertas matizaciones entre uno y otro, que guardan relación con la concurrencia de determinadas condiciones para que tales personas naturales o jurídicas puedan obtener este estatus de “titular”.

En el Derecho de aguas de España, solamente podrán ser titulares de derechos de aprovechamiento de las aguas, aquellas personas naturales o jurídicas que hayan obtenido una concesión¹⁰⁴⁸, o que para tal efecto haya celebrado un contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas en calidad de cesionario¹⁰⁴⁹, o que haya resultado adjudicatario de tales derechos a través de un centro de intercambio¹⁰⁵⁰.

Por su parte, en el Derecho de Aguas de Chile, el Código de Aguas no se refiere de forma expresa a los titulares como personas naturales o jurídicas, simplemente señala que los derechos de aprovechamiento se otorgan a “los particulares”. No obstante, se ha entendido que tal referencia, al igual que en el Derecho de aguas de España, hace alusión a personas naturales o jurídicas¹⁰⁵¹. Estas personas pasan a ser titulares de derechos de aprovechamiento una vez la Administración Hidráulica así lo haya determinado mediante un acto de autoridad¹⁰⁵².

Ahora bien, si en la determinación de los titulares como personas naturales o jurídicas, ambos ordenamientos siguen un parámetro común, este se rompe respecto a las limitaciones que se imponen a cada uno de ellos, para el mantenimiento de dicha condición. En el ordenamiento jurídico de aguas español, el titular del derecho de aprovechamiento se encontrará siempre

¹⁰⁴⁸ Véase el artículo 104 del RDPH. Igualmente se puede adquirir el uso privativo por disposición legal, sin embargo, tal como hemos advertido en la introducción de este trabajo, se trata de un tema, respecto del cual solamente hemos hecho una breve referencia por no tratarse del tema central de esta tesis.

¹⁰⁴⁹ Véase el artículo 67.1 del TRLA.

¹⁰⁵⁰ Véase el artículo 71.1 del TRLA.

¹⁰⁵¹ Véase el apartado 6.1 del Capítulo Segundo de la Segunda Parte *supra*.

¹⁰⁵² El acto de autoridad es el resultado de un procedimiento especial que se asimila al establecido en la normativa española para otorgar un la concesión. Véase el apartado 8.1 del Capítulo Segundo de la Segunda Parte *supra*.

vinculado al acto concesional que le dio origen, en consecuencia, por regla general, el titular de la concesión será también el titular del derecho de aprovechamiento. Constituye una excepción a esta regla los casos mencionados a efectos del contrato de cesión y de la adjudicación de tales derechos a través del centro de intercambio, pero aún en tal caso, estos derechos quedan sometidos a la validez del acto concesional primitivo¹⁰⁵³.

En el ordenamiento jurídico de aguas chileno, en cambio, si bien el derecho de aprovechamiento surge originariamente de un acto de autoridad, una vez aquél haya ingresado al patrimonio de su titular este es libre para transferirlo por acto entre vivos, mediante la celebración de los contratos que se establecen en el CCCh. En definitiva, el acto de autoridad, por lo general, no tiene por objeto fijar limitaciones a su ejercicio, y sus eventuales futuros titulares no necesariamente estarán vinculados con la Administración en virtud de un título concesional, sino que su vínculo será netamente contractual con aquel titular que haya dispuesto de su derecho¹⁰⁵⁴.

De la experiencia chilena, se puede observar que la mejor manera de permitir el libre intercambio de derechos de aprovechamiento es desvinculándolo del título originario que los contiene. No importa tanto la titularidad de un acto de autoridad que constituye el derecho de aprovechamiento, sino que la titularidad proveniente del derecho de propiedad – consagrado constitucionalmente – sobre el derecho de aprovechamiento. En consecuencia, es la propiedad la que se transa en el mercado y no el acto constitutivo por el cual la Administración otorga de forma originaria tales derechos.

¹⁰⁵³ Actualmente habrá que agregar también la situación que se encuentra establecida en la DA 14ª del TRLA, incorporada en virtud de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, (proveniente del Real Decreto Ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente) que permite expresamente la transferencia de la propia concesión mediante la celebración del contrato de cesión, para el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas subterráneas en el ámbito del Plan Especial del Alto Guadiana.

¹⁰⁵⁴ Este es uno de los argumentos por los cuales entendemos que el denominado “acto de autoridad” no es el equivalente al “acto concesional”.

Durante los últimos tiempos, el Derecho de aguas en España, acorde con las actuales tendencia liberalizadoras de la economía, ha tendido a la flexibilización de las transferencias respecto de los derechos al uso privativo de las aguas, mediante la celebración del contrato de cesión y de las transacciones realizadas en el seno de los centro de intercambio. Sin embargo, en ningún caso se había permitido la desvinculación del titular originario de la concesión, que seguía manteniendo su estatus y por ende, se mantenían también las obligaciones que sobre él recaían, so pena de hacer caducar su título. Esta situación sufre un cambio importante, mediante la implementación de la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente, la cual contempla la posibilidad de que en virtud de un contrato de cesión se transfiera, además de un derecho de aprovechamiento, el propio título concesional que lo contiene, en el caso de las aguas subterráneas para el ámbito del Plan Especial del Alto Guadiana. Si bien es cierto que se trata de una situación excepcional, abre una brecha para que en el futuro esta posibilidad pueda ser ampliada, en el supuesto que esta tendencia liberalizadora se generalice aún más.

En términos generales, consideramos que, cualquiera que sea la técnica legislativa por la cual se pretendan modificaciones sustanciales respecto a la regulación de los recursos naturales de un Estado, debería establecerse un mecanismo previo de debate ciudadano para la determinación prioritaria acerca del modelo de desarrollo que se pretende. Si del resultado de tal debate, se estima que el modelo pretendido es el de liberalización de los recursos considerándolos pura y simplemente como factor de producción, entonces bastaría con seguir el modelo chileno. Si, en cambio, resulta elegido un modelo que pretende la conservación y protección de los recursos hídricos, pero que a su vez permita un desarrollo económico, entonces un modelo como el chileno los llevaría al completo fracaso. ¿Es entonces viable el actual sistema español que otorga amplias facultades a la Administración con el fin de cumplir con los objetivos de protección y conservación del medio acuático, pero que a su vez permite la transferencia

de las concesiones saltándose los procedimientos generales establecidos al efecto mediante la implementación de varias normas que lo permiten?

A nuestro parecer, es legítima la intención del legislador tendente a flexibilizar el sistema de transferencia de los derechos de aprovechamiento con el objeto de paliar efectos de la sequía, o de simplemente hacer más eficiente y eficaz el uso del agua. Sin embargo, estimamos que la técnica legislativa utilizada no ha sido de las mejores, cuya apariencia denota cierta improvisación, habida cuenta que las modificaciones a que nos hemos referido contravienen las normas contenidas en el mismo TRLA y en su RDPH. No es nuestra pretensión, además de escapar a este estudio, proponer las bases para una posible reforma en ese sentido. No obstante, dentro de nuestra modesta aportación, nos disponemos a sugerir que, al menos, se revise todo el sistema de concesiones de los derechos de aprovechamiento de las aguas, para desde allí, comenzar a formular las modificaciones que se consideren oportunas, en orden a flexibilizar los mecanismos de transferencias que se pretende.

4.2. Las Organizaciones de Usuarios

En los dos sistemas jurídicos que hemos analizado, también se han configurado fórmulas asociativas para efectos de coadyuvar en la administración de los recursos hídricos. Independiente de la denominación que se les puede haber otorgado en uno y otro, se trata de agrupaciones de titulares de derechos de aprovechamiento a las cuales la ley les encomienda un buen orden del aprovechamiento colectivo de las aguas de dominio público que pertenezcan a un mismo acuífero¹⁰⁵⁵.

A este respecto, contrasta la naturaleza jurídica que adoptan estas organizaciones de usuarios. En la legislación de aguas española, estas se

¹⁰⁵⁵ Concepto general que hemos elaborado en base al estudio realizado en los apartados 6.2 del Capítulo Segundo de la Primera Parte y 6.2 del Capítulo Segundo de la Segunda Parte *supra*.

han configurado como corporaciones de Derecho público cuyo objeto es administrar la explotación de un aprovechamiento colectivo de forma compartida con el Organismo de cuenca respectivo. En cambio, en la legislación de aguas chilenas, aún cuando persigan el mismo objeto, han adoptado el carácter de personas jurídicas de Derecho privado. Y, aunque, en efecto, también ejercen una labor de gestión sobre los recursos hídricos, tienen una especie de autodeterminación que impide la intervención de la autoridad administrativa a este respecto. Solamente en casos excepcionalísimos – sequías, faltas graves o abusos en la distribución – la ley ha permitido que intervenga la Administración.

Se trata, en consecuencia, de otra característica derivada del ideario político, económico y social, propuesto en cada uno de estos Estados. Uno con marcada intervención de la administración, propio de un sistema social democrata, y el otro donde la Administración se encuentra reducida a su mínima expresión, propio de un sistema neoliberal.

4.3. La Administración Pública Hidráulica

Una vez analizado el rol que detentan las respectivas Administraciones relativo a los derechos de aprovechamiento de las aguas, hemos podido corroborar, con aún mayor precisión, que el modelo de desarrollo adoptado por cada uno de los Estados determina los efectos de todas las políticas sectoriales, lo que incluye a las aguas y al medio ambiente.

Hemos adelantado que en Chile, en consideración a su modelo de desarrollo neoliberal, ha reducido la presencia de las distintas Administraciones a su mínima expresión. El organismo al cual le corresponde, por excelencia, la administración de los recursos hídricos y la determinación de su utilización, es la Dirección General de Aguas. Si bien es cierto que la ley le confiere a esta Administración la constitución de derechos de aprovechamiento, es necesario recordar que solamente se trata de una asignación originaria, ya

que luego pueden ser transferidos libremente por su titular, sin que medie intervención alguna de dicho organismo¹⁰⁵⁶.

La DGA, además, no está capacitada para resolver, de forma discrecional, si otorga o no los derechos de aprovechamiento de aguas, y tampoco para indagar acerca de su justicia. En general, solamente le corresponde verificar el cumplimiento de tres condiciones: a) que la solicitud sea legalmente procedente; b) que se constate técnicamente que existen recursos de aguas disponibles en la fuente natural y; c) que el nuevo uso no afecte a antiguos titulares de derechos vigentes¹⁰⁵⁷, las que una vez verificadas, solo le cabe resolver favorablemente la solicitud.

En contraposición, España se ha conformado como un Estado de bienestar, donde la Administración pública se encuentra fortalecida con el fin de asegurar el bien común en aras del interés general y sus facultades alcanzan a todos los sectores, en especial al ámbito del dominio público. Por tal razón, tanto los Organismos de cuenca¹⁰⁵⁸, como la Dirección General de las Aguas perteneciente al Ministerio de Agricultura Alimentación y Medio Ambiente¹⁰⁵⁹, gozan de amplias facultades relativas a la administración del dominio público hidráulico, lo que incluye la gestión de los derechos de aprovechamiento de las aguas.

Los derechos de aprovechamiento se encuentran vinculados, de forma permanente, al título concesional que le da origen¹⁰⁶⁰, cuestión que es de suma importancia, si consideramos que la resolución que resuelve favorablemente la concesión de derechos de aprovechamiento puede

¹⁰⁵⁶ Véase el apartado 9 del Capítulo Segundo de la Segunda Parte *supra*.

¹⁰⁵⁷ Véase el artículo 141 inciso 3º del Código de Aguas.

¹⁰⁵⁸ Los que se constituyen como Confederaciones hidrográficas respecto a las cuencas intercomunitarias y conforme a la denominación que le asigne la correspondiente Comunidad Autónoma respecto de las cuencas intracomunitarias.

¹⁰⁵⁹ En caso que correspondan a obras o actuaciones de interés general del Estado, conforme lo dispone el artículo 24 letra a) del TRLA.

¹⁰⁶⁰ Considerando la excepción tratada en el apartado 4.1 de este Capítulo *supra*.

imponer una serie de condicionantes que deberán ser cumplidos cabalmente por su titular, so pena de caducidad de la concesión. En virtud del establecimiento de tales condiciones, podemos confirmar que la Administración hidráulica no solo debe velar por el uso económico del recurso, sino que también ha de atender a cuestiones de índole ambiental y social¹⁰⁶¹.

En vista a la importancia que reviste el recurso hídrico, consideramos que la legislación de aguas chilena no solamente debería atender a su carácter de bien económico, sino que debería dirigir sus esfuerzos a establecer un régimen de equilibrio donde pudieran confluir los intereses económicos, sociales y también ambientales. En este sentido hacemos nuestra la disposición del preámbulo de la Ley de Aguas de 1985, que señala que la disponibilidad de las aguas *“debe lograrse sin degradar el medio ambiente en general, y el recurso en particular, minimizando los costes socioeconómicos y con una equitativa asignación de las cargas generadas por el proceso, lo que exige una previa planificación hidrológica y la existencia de unas instituciones adecuadas para la eficaz administración del recurso”*¹⁰⁶².

5. OBJETO DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

La cosa sobre la cual ha de recaer el derecho de aprovechamiento, aunque adopte distintas denominaciones, está claramente determinada tanto en el Derecho de Aguas español como en el chileno: el dominio público hidráulico.

El legislador de aguas chileno, ha establecido expresamente, en el artículo 6 del Código de Aguas, que el derecho de aprovechamiento es un derecho

¹⁰⁶¹ Véase el artículo 115.2 del RDPH. A este respecto, cabe destacar que la implementación de un sistema que tienda a proteger y conservar el recurso hídrico viene impulsada por el esfuerzo que ha realizado la Comunidad Europea en tal dirección y que ha sido plasmado mediante la DMA.

¹⁰⁶² Véase el Preámbulo de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas.

real “*que recae sobre las aguas*”. Siendo esta una norma cuyo sentido es claro, no se deberá desatender a su tenor literal. En contraposición, el legislador de aguas español, si bien no contempla una norma expresa para estos efectos, también lo ha entendido así, conforme a la interpretación de una serie de preceptos contenidos en el TRLA. Así, se subentiende de la sola mención del Título en que está contenido el derecho al uso privativo, el cual se refiere a la “utilización del dominio público hidráulico”, y aún más certeramente, de la disposición de su artículo 52.1 que señala las formas como se adquiere el “*derecho al uso privativo (...) del dominio público hidráulico*”.

Pese al diáfano contenido de esta norma, hemos observado que cierto sector de la doctrina española tiende a confundir el objeto de la concesión con el objeto del derecho de aprovechamiento del recurso hídrico¹⁰⁶³, señalando que para ambos casos se trataría del dominio público hidráulico. Lo cierto es, que el objeto de la concesión es el derecho de aprovechamiento y que, el objeto del derecho de aprovechamiento es el dominio público hidráulico.

Habiéndose considerado que es el dominio público hidráulico, o más bien, una porción del mismo constituido por una cierta corriente o masa de agua en perpetuo fluir¹⁰⁶⁴, pueden generarse ciertas desconfianzas acerca de una potencial vulneración al principio de inalienabilidad. Sin embargo, en ambos Derechos de agua, se ha considerado que en ningún caso se estaría vulnerando tal principio, debido a que, en ningún momento, la Administración estaría transfiriendo la propiedad o titularidad del recurso hídrico, solamente

¹⁰⁶³ Así sucede, por ejemplo, con FERNÁNDEZ DE ACEVEDO, quien, en algunas ocasiones, señala que las concesiones de aguas tienen por objeto una concreta parcela de un bien de dominio público, y en otras, que el objeto jurídico de la concesión de aguas es el derecho de aprovechamiento de las aguas, en: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, *op. cit.*, pp. 192 y 193.

¹⁰⁶⁴ Véase el artículo 61.3 del TRLA y cfr.: SANTELICES NARDUCCI, H., *Medida del derecho...*, *op. cit.*, p. 34.

es reflejo del ejercicio de su potestad en virtud de la cual posibilita su utilización con la finalidad última de satisfacer el interés público¹⁰⁶⁵.

6. CONSTITUCIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

6.1. Naturaleza jurídica del acto de constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas

Se ha podido advertir, a lo largo de esta investigación, que el Derecho administrativo en España se encuentra en un estadio de desarrollo más avanzado respecto al desarrollo del Derecho administrativo chileno¹⁰⁶⁶. Esta afirmación adquiere mayor fundamentación en consideración al análisis que hemos realizado acerca de la naturaleza jurídica del acto de constitución de los derechos de aprovechamiento en ambos ordenamientos jurídicos.

El Derecho de aguas español es claro a este respecto, el cual entiende que el derecho al uso privativo – derecho de aprovechamiento – del dominio público hidráulico se constituye a través de un acto administrativo de naturaleza concesional¹⁰⁶⁷. Es decir, la naturaleza jurídica del acto de constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas es pura y simplemente la concesión administrativa¹⁰⁶⁸.

¹⁰⁶⁵ Cfr.: MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “El exceso de poder como vicio...”, *op. cit.*, p. 166; y VERGARA BLANCO, A., “Evolución y principios del derecho de aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile”, *op. cit.*, p. 464.

¹⁰⁶⁶ Lo que enlazamos con el argumento presentado anteriormente respecto a los niveles de intervención y potestades que se le otorgan a las Administraciones públicas en un modelo social-demócrata y neoliberal de desarrollo.

¹⁰⁶⁷ Aún cuando el artículo 52.1 del TRLA establece que el derecho al uso privativo de las aguas se adquiere por disposición legal o por concesión administrativa, hemos considerado que solamente la concesión corresponde a un “acto constitutivo”, y que la disposición legal corresponde más bien a un “acto declarativo”, una facultad del legislador (aunque posteriormente se deban seguir ciertos trámites administrativos). Véase el apartado 8.1 del Capítulo Segundo de la Primera Parte *supra*.

¹⁰⁶⁸ Si bien es cierto que la doctrina ha indagado, a su vez, acerca de la naturaleza jurídica de la concesión y aún cuando hemos reflejado sus principales disquisiciones respecto a su

La concesión administrativa del dominio público, en general, conforma todo un régimen jurídico de carácter complejo, en el Derecho administrativo español, el cual se conforma por sus propios elementos, características, causa y efectos¹⁰⁶⁹. Se trata del régimen común aplicable a todas las concesiones, y por supuesto también a la concesión de derechos de aprovechamiento de las aguas, en todo aquello que no haya sido regulado por la norma especial. En este caso, la norma especial se constituye especialmente por las disposiciones pertinentes del RDPH¹⁰⁷⁰.

El legislador de aguas chileno, por otro lado, ha establecido una nomenclatura, a nuestro juicio, novedosa para determinar la naturaleza jurídica del acto de constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas, disponiendo en el artículo 20 inciso 1º del Código de Aguas que se trata de “un acto de autoridad”. Ante tal conceptualización consideramos necesario indagar acerca de su contenido que literalmente no queda claro. En definitiva, ¿de qué acto de autoridad en concreto se trata?

La doctrina mayoritaria chilena considera que tal acto de autoridad corresponde a la concesión, por configurarse como el mecanismo que tiene la Administración para otorgar títulos que permiten el aprovechamiento del dominio público, en general¹⁰⁷¹. Sin embargo, hemos considerado que esta mera declaración no constituye razón suficiente para determinar que este acto de autoridad se trate efectivamente de una concesión. Por tal razón, hemos estimado necesario verificar si los elementos propios de la concesión en el Derecho administrativo comparado español, podían eventualmente subsumirse o asimilarse a este “acto de autoridad”.

consideración como acto unilateral o como contrato, no constituye objeto de este análisis. Véase *ibid*.

¹⁰⁶⁹ Para profundizar en estos temas véase: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, *op. cit.*

¹⁰⁷⁰ Especialmente las normas contenidas en el Capítulo III del Título II del RDPH.

¹⁰⁷¹ Cfr.: MONTT OYARZÚN, S., *El Dominio Público...*, *op. cit.*, p. 320.

Del análisis realizado hemos podido constatar los siguientes elementos característicos que guardan relación con el acto de autoridad y que sirven para contrastar con elementos de la concesión en el Derecho administrativo español:

- a) La Administración pública hidráulica chilena (DGA) carece de discrecionalidad para dictar el acto de autoridad . Tal como hemos indicado anteriormente, ante la presentación de una solicitud de derechos de aprovechamiento si esta es legalmente procedente; si consta la existencia de recursos de aguas disponibles; y si con este nuevo uso no se afecta a otros titulares, entonces solo le cabrá a la Administración hidráulica resolver favorablemente tal solicitud¹⁰⁷²;
- b) La autoridad hidráulica carece de toda potestad para determinar cualquier orden de prelación para el uso del recurso hídrico, la que tampoco está establecida en la legislación;
- c) La Administración hidráulica carece de la potestad para establecer, en el acto de autoridad, cualquier plazo o causas de caducidad o de revisión, y tal como en el caso anterior, la legislación tampoco establece estas condicionantes. El derecho de aprovechamiento se otorga a perpetuidad;
- d) La Administración hidráulica no puede establecer en el acto de autoridad tributo alguno que tenga como base imponible la utilización del recurso hídrico. Se trata de un acto que se otorga a título gratuito;
- e) Los solicitantes de nuevos derechos de aprovechamiento de aguas, en general, no necesitan presentar justificación alguna para acceder a ellos¹⁰⁷³.

¹⁰⁷² Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas, op. cit.*, p. 270.

¹⁰⁷³ Salvo excepciones, que hemos tratado en el apartado 2.4 de este Capítulo *supra*.

Habiéndose verificado tales circunstancias, nos ha parecido muy difícil, por no decir que prácticamente imposible, aseverar que este acto de autoridad constituya un símil de la concesión administrativa que se consagra en el Derecho Público español. Por tales razones hemos optado por evitar referirnos a esta figura como una concesión, considerándolo un acto de carácter *sui generis*, y limitar su denominación a lo que literalmente expresa el Código de Aguas: un acto de autoridad.

En tanto consideramos que el recurso hídrico reviste una importancia no solamente económica, sino que fundamentalmente ambiental y social, la desvinculación de la Autoridad respecto del acto de constituye los derechos de aprovechamiento nos parece, del sumo, peligrosa. Desde el punto de vista de la ciencia económica, hemos podido apreciar que todos los mercados generan fallos, y ante este escenario, donde la Administración brilla por su ausencia ¿quién y cómo se podría hacer efectivo un sistema de responsabilidades que tenga por finalidad resguardar el interés público o el medio ambiente? Como no existe esta vinculación administrativa, todo conflicto suscitado en esta esfera deberá ser conocido, en última instancia, a través de un largo y engorroso procedimiento ordinario del cual conoce la jurisdicción civil. Estimamos que esta fórmula no es válida para cuestiones relacionadas con la protección de los intereses generales y del bien común, esta es labor propia del Derecho administrativo, y por tal razón este acto de autoridad debería recibir el tratamiento de una concesión, con todos los elementos que la componen.

6.2. El procedimiento de constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas

Tanto en el Derecho Administrativo español como en el chileno, se contemplan normas de carácter general que contienen los supuestos básicos para cualquier procedimiento administrativo. En España rige, al respecto, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, y en

Chile, la Ley 19.989/2003, de 22 de mayo, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. En ambas se contemplan las etapas de iniciación, instrucción y finalización.

Es este el esquema que siguen las respectivas normativas sectoriales relativas a los recursos hídricos. Para el caso español, el procedimiento de constitución de los derechos de aprovechamiento, que no es más que el procedimiento de concesión, se encuentra generalmente establecido en el artículo 79 del TRLA y desarrollado en la Sección 2, del Capítulo III, del Título II del RDPH. En el caso chileno, este procedimiento se encuentra regulado en el Título I del Libro 2º del Código de Aguas. En dichas disposiciones se pone de manifiesto que el legislador evita referirse al término “concesión” o “concesional”, y básicamente se refiere al procedimiento “de adquisición y ejercicio de los derechos de aprovechamiento”¹⁰⁷⁴ o “de constitución del derecho de aprovechamiento”¹⁰⁷⁵ o “el acto administrativo en cuya virtud se constituye el derecho”¹⁰⁷⁶; lo que a todas luces refuerza nuestra postura a no considerar el acto de autoridad como una concesión.

A lo largo del análisis hemos podido vislumbrar ciertas notas distintivas, que pueden parecer más bien superficiales, y otras que se caracterizan por ser diametralmente opuestas. Dentro del primer grupo, hemos advertido en la etapa de iniciación del procedimiento en el Derecho de Aguas chileno, que la solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento debe ser difundida, además de publicada en medios escritos idóneos, a través de mensajes radiales, lo que se hace con el fin de que la información llegue efectivamente a sectores agrícolas distantes, donde sea probable que no llegue la prensa escrita. Asimismo, llama la atención que, las oposiciones a

¹⁰⁷⁴ Véase el artículo 130 del Código de Aguas.

¹⁰⁷⁵ Véase el artículo 140 del Código de Aguas.

¹⁰⁷⁶ Véase el artículo 149 del Código de Aguas.

las solicitudes por parte de terceros que se sientan perjudicados tenga lugar en esta etapa, con anterioridad a la revisión formal de la petición¹⁰⁷⁷.

En la fase de instrucción, las diferencias que hemos observado no presentan mayor relevancia, considerando que todas tienden a la revisión de antecedentes y comprobación de datos, de forma general.

Es la etapa de finalización la que manifiesta las mayores diferencias entre uno y otro procedimiento, lo que no es más que producto de lo que hemos repetido en reiteradas ocasiones, la contraposición entre un Estado que contempla una Administración fortalecida y otro en que la Administración se encuentra reducida a su mínima expresión. En definitiva, si en el Derecho de Aguas español, se ha establecido una serie de condiciones que deberán estar expresadas en la resolución que concede el derecho de aprovechamiento¹⁰⁷⁸, en el Derecho de Aguas chileno el legislador no permite la imposición de ningún requisito o condición por parte de la Administración, para el ejercicio de un derecho que ha debido constituir¹⁰⁷⁹.

Finalmente, cabe referirnos a la regulación del silencio administrativo en uno y otro procedimiento de constitución del derecho de aprovechamiento de las aguas. En caso que el Organismo de cuenca o, excepcionalmente, el Ministerio de Medio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, no haya resuelto la petición en el término de dieciocho meses, se deberá entender como denegada. En consecuencia, opera el silencio negativo¹⁰⁸⁰

¹⁰⁷⁷ Hemos estimado que el Código de Aguas dispone este orden con la finalidad que en la etapa de instrucción la autoridad hidráulica cuente de antemano con todos los elementos y posturas relevantes para su conocimiento, con el fin de dotar de rapidez al procedimiento, conforme al principio de celeridad que lo ha de inspirar, conforme lo establece el artículo 7 de la Ley 19.989/2003, de 22 de mayo, que establece bases de los procedimientos administrativos.

¹⁰⁷⁸ Véase el artículo 115 del RDPH.

¹⁰⁷⁹ Recalamos el verbo “ha debido” porque a la Administración no le cabe discernir acerca de la conveniencia o justicia de una solicitud, solamente deberá verificar si esta es legalmente procedente, si existe la disponibilidad de aguas y si no perjudica a terceros, de cumplirse estos criterios necesariamente deberá constituir el derecho de aprovechamiento solicitado. Cfr.: MORENO RUBIO, L. A. (ed.), *Manual de normas...*, op. cit., p. 52.

¹⁰⁸⁰ Véase el artículo 116 del RDPH.

En el caso chileno, frente al silencio de la DGA, el Código de Aguas no contempla norma alguna que determine sus efectos, razón por la cual habría de aplicarse supletoriamente, la Ley 19.880, de 22 de mayo, que establece bases de los procedimientos administrativos. Esta norma, en su artículo 64, dispone que una vez el interesado haya denunciado la inactividad de la autoridad administrativa ante ella misma, si en el plazo de cinco días esta no procede a resolver, operará el silencio positivo.

Sin embargo, la jurisprudencia administrativa¹⁰⁸¹, derivada de la Contraloría General de la República¹⁰⁸², y la doctrina administrativista¹⁰⁸³, han determinado unánimemente que esta norma supletoria no tiene aplicación para el caso de los derechos de aprovechamiento de aguas, debido a que significaría desvirtuar todo el procedimiento establecido para tal efecto. Sin embargo, conforme ha dictaminado la CGR, tampoco opera el silencio negativo, sino que simplemente no opera la norma relativa al silencio, puesto que ha considerado que los plazos dispuestos en el Código de Aguas no son fatales, es decir, que a su vencimiento no derivan en la extinción de la facultad que le corresponde¹⁰⁸⁴.

En la práctica, a los solicitantes que se vean afectados por esta situación, solo le cabe seguir insistiendo a través de las correspondientes denuncias ante la misma DGA, o bien denunciar la inactividad ante la CGR que a su vez solo tiene capacidad para instar a la DGA a que resuelva lo más pronto posible, pero sin facultades para interponer sanciones concretas. Todo lo

¹⁰⁸¹ CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 6 de septiembre de 2004, *Dictamen N° 45.191*.

¹⁰⁸² Recordemos que la Contraloría General de la República (CGR) es un órgano superior de fiscalización de la Administración del Estado, contemplado en la Constitución Política, que goza de autonomía frente al Poder Ejecutivo y demás órganos públicos. Es esencialmente una entidad de control de legalidad de los actos de la Administración del Estado, que actúa con independencia del Poder Ejecutivo y el Congreso Nacional. Véase: CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA. Quiénes somos [en línea]. Recuperado el 15 de junio 2013 de <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/appmanager/portalCGR/v3ESP?_nfpb=true&_pageLabel=P18200239681286226265111>.

¹⁰⁸³ CORDERO VEGA, L., "La supletoriedad...", *op. cit.*, p. 2.

¹⁰⁸⁴ Recuérdese que el término sea fatal, significa que la oportunidad para ejecutar el acto se extingue al vencimiento del plazo. Véase el artículo 64 del Código de Procedimiento Civil.

cual deriva en un estado de incertidumbre e indefensión del interesado, ante la autoridad administrativa, lo que bajo cualquier punto de vista nos parece que desvirtúa todo el sentido de protección al interés público que debe guardar la Administración pública. Ante esta grave situación, no podemos más que sugerir, de *lege ferenda* del CA, se incorpore, de forma expresa, el silencio negativo ante la inactividad de la DGA.

7. EFECTOS JURÍDICOS DERIVADOS DE LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

A lo largo de la presente investigación acerca del régimen jurídico aplicable a los derechos de aprovechamiento de las aguas, hemos podido comprobar que el Derecho administrativo de España se encuentra ampliamente desarrollado. La doctrina que se le vincula está muy especializada y las teorías que han elaborado, que son de larga y reconocida tradición, han sido de tal envergadura que constituyen una fuente formal muy importante para el desarrollo del Derecho administrativo chileno.

En consecuencia, consideramos que, hasta este punto, la regulación del derecho de aprovechamiento de aguas chileno, ha sido superado en cuanto a precisión y manejo de las instituciones administrativas, por el Derecho de aguas de España. Sin embargo, es a partir de este punto donde se revierte la situación, atendido a la resistencia del legislador de aguas a configurar un estatuto para los titulares de los derechos de aprovechamiento que han sido concedidos por la Administración hidráulica. En general, se trata del permanente resquemor de entrar a regular materias que parecieran ser propias del Derecho privado.

A este respecto, es necesario hacer una distinción previa, porque de la constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas en España, se pueden establecer efectos para sus titulares que guardan relación con su carácter de concesionario, y otros que son consecuencia de la naturaleza

real de dicho derecho. Los derechos y obligaciones que emanan del acto concesional se encuentran expresamente establecidos, por ser materia propia del Derecho Administrativo¹⁰⁸⁵. Sin embargo, la legislación guarda silencio frente a los derechos y obligaciones que le puedan surgir en su calidad de titular de un derecho real, y la doctrina que se ha manifestado al respecto, mayormente de índole civilista, no ha sido muy considerada¹⁰⁸⁶.

Es en este aspecto donde eventualmente, la doctrina chilena, en conjunto con la doctrina civilista, podría servir de base para la conformación de unas determinadas reglas por parte de la doctrina administrativista, superando así la barrera que impide la evolución de una teoría general del Derecho.

Considerando la relativa ausencia en el tratamiento del derecho de aprovechamiento de las aguas como derecho real administrativo, necesariamente hemos de recurrir a las disposiciones del Derecho civil, en tanto sean aplicables de forma coherente con aquél.

Para DIEZ-PICAZO, las facultades que se agrupan en los derechos reales, en general, parecieran ser las siguientes: a) Facultad de realización directa e inmediata del interés del titular; b) Facultad de exclusión de la intervención de otras personas; c) Facultad de disposición (enajenación, cesión, etc.) de la propia situación jurídica; d) Facultad de preferencia o prioridad entre los diferentes derechos reales que entran en colisión¹⁰⁸⁷.

Respecto de tales atributos, únicamente reconocemos como tales a la facultad de realización directa e inmediata, que consiste precisamente en el uso y goce del derecho y a la facultad de disposición, en tanto potestad intrínseca de realización del derecho que puede existir *erga omnes*. Por otra parte, consideramos que la exclusión de la intervención de otras personas

¹⁰⁸⁵ Véase el apartado 8.3.1 del Capítulo Segundo de la Primera Parte *supra*.

¹⁰⁸⁶ Tal es la posición de ALCAÍN MARTÍNEZ, E., *El aprovechamiento privado del agua...*, *op. cit.*, pp. 151-232.

¹⁰⁸⁷ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, *op. cit.*, p. 815.

no se trata propiamente de una facultad, sino de una característica propia de los derechos reales, todos los cuales se tienen, sin respecto a otra persona, y respecto a la determinación de un orden de preferencia, tampoco la vislumbramos como una facultad, sino que más bien a una forma de resolver o prevenir un eventual conflicto derivado de una superposición de títulos que contengan tales derechos.

En definitiva, y en concordancia con la normativa civil chilena referente, las atribuciones que hemos considerado relevantes a este respecto son las facultades de uso, goce y disposición de los derechos de aprovechamiento de las aguas constituidos a través del acto concesional, en tanto derechos reales administrativos.

Que el titular del derecho de aprovechamiento se encuentre facultado para su realización directa, significa que tiene la atribución de disfrutar de la cosa, objeto de su derecho, de manera que pueda usarla (*ius utendi*), que pueda servirse de la cosa permitiendo la obtención y apropiación de los frutos (*ius fruendi*), y que pueda consumir la cosa, siempre y cuando el destino económico de ésta consista en ser consumida (*ius abutendi*)¹⁰⁸⁸. Por otra parte, la facultad de disposición ha sido entendida por DIEZ-PICAZO como “la posibilidad que tiene un titular de enajenar, ceder o transmitir a terceros su derecho, por vía negocial, de autolimitarlo, constituyendo otros derechos menores o, finalmente, de extinguirlo por medio de una renuncia”¹⁰⁸⁹.

A continuación, centraremos nuestra atención en la facultad que consideramos de carácter esencial de los derechos reales: la facultad de disposición. Es a través de ella que se le permite a un titular transferir *inter vivos* su derecho de aprovechamiento de las aguas.

¹⁰⁸⁸ Para el caso de los derechos de aprovechamientos consuntivos, donde materialmente una parte del agua se consume y otra regresa a su cauce natural por infiltración.

¹⁰⁸⁹ DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, op. cit., p. 818.

8. TRANSFERIBILIDAD DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

8.1. El principio de libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas

Conjuntamente con el principio de la unidad de la corriente, el principio de libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento, constituye uno de los ejes centrales que fundamenta el Derecho de Aguas chileno. Su reconocimiento expreso en el Código de Aguas de 1980 significó la liberalización de las transacciones de los derechos de aprovechamiento, de forma conjunta o separada de la tierra, permitiéndole a sus titulares el libre uso y destino del recurso hídrico¹⁰⁹⁰. Esta liberalización se encuentra amparada por la propia CPR, en tanto establece el derecho fundamental de todas las personas para desarrollar cualquier actividad económica lícita¹⁰⁹¹ y fortalecida en virtud de la disposición que otorga a sus titulares, el derecho de propiedad sobre su derecho de aprovechamiento¹⁰⁹².

En virtud de tales disposiciones los titulares de derechos de aprovechamiento al haberlo adquirido pura y simplemente, sin sujeción a condición alguna por parte de la Administración hidráulica, podrán transferirlos sin limitación alguna. Consecuentemente, al realizar una transferencia, las aguas pueden cambiar libremente su destino, sin que deba atender a ningún orden de prelación, y para estos efectos pueden ser separadas de la tierra. Asimismo, no será necesario justificar uso futuro alguno, tampoco se le impondrá al nuevo titular la utilización efectiva de los

¹⁰⁹⁰ Cfr.: VERGARA BLANCO, A., *Derecho de Aguas*, op. cit. p. 257.

¹⁰⁹¹ Véase el artículo 19 N° 21 de la CPR.

¹⁰⁹² Véase el artículo 19 N° 24 del la CPR.

caudales¹⁰⁹³, y ni siquiera deberá limitar sus derechos respecto a demandas ecológicas para el mantenimiento del caudal¹⁰⁹⁴.

En el Derecho de aguas de España, hemos adelantado que este no ha sido un tema de concienzudo análisis por parte de la doctrina administrativista. Sin embargo, hemos podido encontrar ciertas referencias interesantes¹⁰⁹⁵ de las cuales destacamos la labor de FERNÁNDEZ ACEVEDO, que si bien trata acerca del tráfico jurídico-privado de la concesión, en general¹⁰⁹⁶, nada impide subsumir su análisis respecto a la transferibilidad de los derechos de aprovechamiento derivados de una concesión.

En términos amplios, en virtud del artículo 103 de la derogada Ley General de Obras Públicas, que permitía al particular transferir libremente las concesiones otorgadas sobre el dominio público, se proclamó una especie de regla general de libre transmisibilidad, y se consideró que cualquier limitación o prohibición a su efecto debería estar establecida expresamente¹⁰⁹⁷. Esta interpretación restrictiva, fue abandonada posteriormente, aunque hemos podido comprobar que la idea aún subyace de forma matizada. En este sentido, López Ramón ha indicado que “la transmisión de las concesiones de aguas ha de considerarse libre, aunque sujeta a autorización administrativa al objeto de comprobar que continúan aplicándose las cláusulas del título originario.”¹⁰⁹⁸.

¹⁰⁹³ Aunque posteriormente deba pagar una patente por no uso del recuso hídrico. Véase los artículos 129 bis 4 y ss. del Código de Aguas.

¹⁰⁹⁴ Si bien la normativa ha sido modificada, estableciéndose un caudal ecológico mínimo, esta norma solamente puede ser aplicada a los nuevos derechos de aprovechamiento que se constituyan originariamente por acto de autoridad, en respeto a los derechos previamente adquiridos. Véase el artículo 129 bis 1 del Código de Aguas.

¹⁰⁹⁵ Véase: PAREJO GÁMIR, R., “Transmisión y gravamen de concesiones administrativas”, *Revista de Administración Pública* N° 107, mayo/agosto, 1985, pp. 7-78; y MOREU BALLONGA, J. L., “La oscura redacción del mercado del agua por la Ley 46/1999”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* N° 7, enero/febrero, 2000, pp. 281 y ss.

¹⁰⁹⁶ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, *op. cit.*, pp. 317 y ss.

¹⁰⁹⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Principios de Derecho Administrativo*, V. II, 2ª ed, 2000, p. 532, citado por FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, *op. cit.*, p. 319, quien advierte que tal idea se encuentra en esta edición específica y que desaparece en las posteriores.

¹⁰⁹⁸ LÓPEZ RAMÓN, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos*, *op. cit.*, p. 240.

A la postre, esta libertad para la transmisión de los derechos de aprovechamiento de aguas, de forma alguna puede establecerse como un principio, tal y como se establece en el ordenamiento jurídico de aguas chileno. Se trata de sistemas completamente opuestos, derivados, a su vez, del modelo de desarrollo que cada uno de estos países ha establecido.

8.2. La transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas desde el punto de vista de la dogmática jurídica

En consideración al principio de libre transmisibilidad, el ordenamiento jurídico de aguas chileno establece un régimen para la realización de transacciones sobre los derechos de aprovechamiento que guarda una intrínseca relación con las normas pertinentes del Código Civil. En efecto, en el CA se sigue la misma denominación jurídica que ha sido establecida por el CCCh para configurar al modo de adquirir el dominio de las cosas¹⁰⁹⁹: la tradición.

Así, podemos concluir que no se establece figura jurídica especial alguna para que se pueda llevar a cabo la tradición de los derechos reales de aprovechamiento, cuestión que también deriva del principio de libre transferibilidad.

Por parte del Derecho de Aguas de España, el artículo 63 del TRLA dispone expresamente la posibilidad de la “transmisión de aprovechamientos de agua”. Este precepto nos ha resultado de mucho interés en el transcurso de este estudio, en primer lugar porque se refiere expresamente a la denominación “aprovechamiento”, en vez de su homónimo “derecho al uso privativo”¹¹⁰⁰, y en segundo lugar porque entiende que lo que se transfiere es el derecho de aprovechamiento y no la concesión, lo que sirve de base para

¹⁰⁹⁹ Recordemos que para el Derecho Civil chileno, los derechos reales son cosas incorporales. Véase el artículo 576 del CCCh.

¹¹⁰⁰ El análisis acerca de la terminología jurídica se ha analizado en el apartado 2 del Capítulo Segundo de la Segunda Parte *supra*.

intentar corregir las continuas confusiones conceptuales en que ha incurrido, a nuestro juicio, la mayoría de la doctrina administrativista española.

En consecuencia, debe quedar claro que el objeto del comercio jurídico no es una porción del dominio público hidráulico, que por principio es *res extra commercium*, “sino solo el derecho a usar o aprovechar dicha porción, para fines predeterminados por el título concesional y con sujeción a las concretas condiciones que dicho título contiene, especificaciones que por el simple hecho de la transmisión no pueden sufrir alteración alguna”¹¹⁰¹. En definitiva, lo que se permite, de forma general, es el cambio del elemento subjetivo del derecho de aprovechamiento, pero no el objeto del derecho de aprovechamiento – las aguas – y tampoco el título que le da origen – la concesión – .

Mediante la Ley 46/1999, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas, se incorporó al ordenamiento jurídico de aguas el contrato de cesión y los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas. Estas nuevas figuras jurídicas vinieron a complementar y regular la transmisión de los derechos de aprovechamiento establecida en el artículo 63 del TRLA, anteriormente señalado. Tanto los contratos de cesión, como los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, se encuentran regulados de forma detallada y minuciosa en las normas respectivas del TRLA y del RDPH¹¹⁰², y se caracterizan esencialmente, por la fuerte intervención que la Administración pública hidráulica ejerce sobre estos mecanismos de transmisión.

Mediante los contratos de cesión celebrados a través de los centros de intercambio o de forma independiente a ellos, se genera una modificación respecto al titular del derecho de aprovechamiento de las aguas, pero, en general, se deberán mantener los mismos términos y condiciones

¹¹⁰¹ FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, op. cit., pp. 320.

¹¹⁰² Las cuales han sido objeto de análisis en los Capítulos Tercero y Cuarto de la Primera Parte *supra*.

establecidas en el título concesional¹¹⁰³, respecto del cual el concesionario, titular originario del derecho de aprovechamiento, no se desprende.

Si la pretensión de los posibles contratantes se encuentra dirigida a cualquier otra modificación de índole objetiva, no podrá operar la transmisión del derecho de aprovechamiento, sino que deberán instar a la Administración hidráulica, a través de otra vía, establecida por el artículo 64 del TRLA “para cuya obtención el RDPH ha establecido una tramitación procedimental más compleja y tortuosa”¹¹⁰⁴.

A todas luces, la transferibilidad de los derechos de aprovechamiento goza de un régimen jurídico establecido especialmente al efecto, en el cual la Administración pública goza de un importante rol interventor. Frente a esta realidad, la ausencia de un régimen de tales características en el ordenamiento jurídico de aguas chileno, ha derivado en una menor protección del recurso hídrico y en la generación de una serie de conflictos de índole socio-ambiental que pueden ser revisados a diario en la prensa local e internacional¹¹⁰⁵.

8.3. La transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de las aguas desde el punto de vista de la ciencia económica: El mercado de las aguas

Generalmente, cuando se hace referencia al agua, se tiende a pensar en un recurso natural, que como tal, goza de protección en la mayoría de los

¹¹⁰³ Excepcionalmente puede operar el cambio de uso siempre y cuando corresponda al orden de preferencia superior al establecido en la concesión. Como contraexcepción, el cambio de uso incluso puede operar respecto a un derecho de menor rango y – de ser agrícola – podrá, además, ser utilizado en un terreno distinto del previsto en la concesión original, respecto a las aguas subterráneas en el ámbito del Plan Especial del Alto Guadiana. Véase la Ley 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente y el Real Decreto Ley 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente.

¹¹⁰⁴ Cfr.: FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas...*, op. cit., pp. 320.

¹¹⁰⁵ Como ejemplo de tales conflictos, véase la plataforma “Patagonia sin represas”. <http://www.patagoniasinrepresas.cl/final/>

ordenamientos jurídicos. Si bien es cierto que tal percepción general no ha cambiado, actualmente habrá que tenerse en cuenta que el recurso hídrico, desde la Declaración de Dublín sobre el agua y el desarrollo sostenible¹¹⁰⁶, adquirió relevancia jurídica desde una concepción distinta: el reconocimiento del agua como un recurso económico.

Reconocer al agua como un recurso económico tiene importancia en atención a que en tal calidad será susceptible de ser considerado como objeto de transacciones comerciales, sea que estas se produzcan en el ámbito del Derecho público o del Derecho privado. Y cualquiera que sea la elección de los ordenamientos jurídicos occidentales respectivos en dicho sentido, tendrá gran influencia para determinar las fórmulas económico-sociales-ambientales de gestión de un recurso que es escaso. Es en este contexto que ciertos autores consideran la existencia de mercados de agua como corolario del carácter económico del agua, estimando que conforman una herramienta útil para optimizar el uso de este recurso.¹¹⁰⁷

Para poder determinar, con mayor propiedad, si se puede justificar o no la utilización de la herramienta del mercado para la gestión del agua, es necesario previamente hacer alusión a que tanto el territorio de España como el de Chile han estado permanentemente afectados por la sequía, que obedece a su irregularidad geográfica y cronológica de disponibilidad natural del recurso hídrico¹¹⁰⁸. Esta realidad ha motivado permanentemente al legislador a implementar mecanismos que tiendan a resolver tal problemática¹¹⁰⁹.

¹¹⁰⁶ NACIONES UNIDAS, *Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible*, Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente, 26-31 Enero de 1992, Dublín, Irlanda.

¹¹⁰⁷ SOLANES, M Y GONZÁLEZ-VILLARREAL, F., "Los principios de Dublín...", *op. cit.*, p. 467.

¹¹⁰⁸ NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, p. 35.

¹¹⁰⁹ Ante esta problemática se dio lugar al "regeneracionismo" de Joaquín Costa, luego de la gran depresión agraria de fines del siglo XIX, que proponía "rehacer la geografía de la patria" evitando que las aguas fueran a perderse en el mar. (NAVARRO CABALLERO, T. M., *Los Instrumentos de Gestión...*, *op. cit.*, p. 38).

Es necesario recordar que el Estado, a través de sus órganos, tiene como función velar por el bienestar de la población, por lo cual deberá buscar las fórmulas que estime apropiadas para gestionar este recurso indispensable para la vida.

En España, uno de los principales instrumentos, por el cual se pretende lograr la más eficaz gestión del recurso hídrico, está constituido por la concesión que habilita para su uso privativo. Esta herramienta, y considerando el modelo de desarrollo del país, goza para su aplicación de una marcada intervención administrativa, que se justifica en atención a la protección del interés general en tanto que las aguas constituyen parte integrante del dominio público hidráulico. Frente a esta realidad, tanto material como jurídica, varios autores han considerado que se lograría una gestión más eficiente si se aplicara un instrumento de carácter distinto: el mercado.

La aplicación del mercado como instrumento de gestión, si bien es de reciente data, se ha implementado en otros sectores del Derecho Ambiental. En tal sentido, algunos autores han entendido que, para asegurar la protección ambiental, es preciso acudir a instrumentos de mercado. En general, ello ha tenido aplicación práctica para el cumplimiento de fines de interés público específicos, mediante la creación de mercados secundarios o mercados sobre títulos de origen administrativos. Estos mercados se caracterizan porque su objeto deriva de un título asignado por el poder público y también porque su funcionamiento exige una regulación intensa y compleja¹¹¹⁰. Entre estos mercados sobre títulos administrativos, además del mercado de derechos de aguas, se encuentran los mercados de derechos

¹¹¹⁰ ESTEVE PARDO, J., "El mercado de títulos administrativos: asignación objetiva, reasignación transparente", en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Derecho del Medio Ambiente. Estudios de Derecho Público Económico. Homenaje a S. Martín-Retorillo*, Madrid, Civitas, 2003, pp. 742 y ss.

de emisión, los mercados de derechos aéreos o concesiones de licencias de radiodifusión, y el mercado de cuotas pesqueras¹¹¹¹.

La justificación de la utilización del mercado, como instrumento de gestión de las aguas viene principalmente dado por la incapacidad que la Administración hidráulica ha demostrado para resolver el tema de la escasez del recurso y propender a la redistribución del mismo. En tal sentido GARRIDO COLMENERO, entiende que los pilares que sostienen la previsión del mercado como instrumento de gestión del agua son dos “de una lado, la aceptación clara y diáfana de la incapacidad, indeterminación o incompetencia de la Administración hidráulica para (...) potenciar el uso racional de las aguas; y de otro, la fe depositada en el mercado para lograr mejores resultados económicos que los que el sistema hidráulico ha permitido”¹¹¹².

En la misma línea, ARIÑO ORTIZ Y SASTRE BECEIRO, señalan que la Administración, en los últimos veinte años, no ha hecho frente a las responsabilidades que sobre ella recaen. En efecto, ni han controlado, ni registrado los derechos concesionales, ni ha asumido las tareas de gestión de nuevos suministros, ni –hasta bien poco- había efectuado la planificación a nivel nacional de los recursos hídricos¹¹¹³.

Además del aspecto negativo de la gestión hidráulica llevada a cabo por la Administración pública, la doctrina¹¹¹⁴ justifica la utilización del mercado en atención a los beneficios que con él se producirían, destacando los siguientes:

¹¹¹¹ SANZ RUBIALES, I. (et al), *El Mercado de Derechos a Contaminar. Régimen Jurídico-Público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Valladolid, Lex Nova, 2007, pp. 35-36.

¹¹¹² GARRIDO COLMENERO, A., “Ventajas y limitaciones al uso del mercado en la asignación de recursos hídricos”. *VI Conferencia Internacional del Seminario Permanente de Ciencia y Tecnología del Agua. Economía del Agua: hacia una mejor gestión de los recursos hídricos*, Iberdrola, Valencia, 2000, p. 4.

¹¹¹³ ARIÑO ORTIZ, G. Y SASTRE BECEIRO, M., “Los mercados de aguas...”, *op. cit.*, p. 357.

¹¹¹⁴ GARRIDO COLMENERO, A., “El mercado del agua. Una visión desde la perspectiva económica”, *Revista de Gestión Ambiental* N°7, Julio/1999, pp. 36-37.

- a) Hace menos conflictiva la política de reducción del consumo del agua de regadío para asegurar el urbano, promoviendo a la vez la defensa de la calidad ambiental y la riqueza natural, puesto que se fundamenta en la voluntariedad de las partes. Además, el mercado irá seleccionando a los usuarios que más fácilmente puedan prescindir del agua, al tiempo que da señales a los que son más reticentes a vender proveyéndoles de incentivos para mejorar la eficiencia de los usos;
- b) Propende a la transmisión generalizada de información sobre el coste de oportunidad del agua a todos los usuarios que operen en una zona en la que se producen transacciones;
- c) Cuando la sequía llega a imposibilitar que se satisfagan todas las demandas de una zona, el mercado actúa ágil y eficazmente para repartir los recursos escasos;
- d) Favorece la transferencia de riesgos del que resultan ganancias netas del bienestar económico privado y, en general, también social.

Lo cierto es que, a pesar que se haya considerado al mercado como el mejor gestor del recurso hídrico, estimamos que al momento de hacer uso del mismo siempre deberá resguardarse el interés público y la protección ambiental, por lo cual la intervención administrativa resultará indispensable.

Los autores ARIÑO ORTIZ Y SASTRE BECEIRO, consideran que toda intervención administrativa en el funcionamiento del mercado es errónea¹¹¹⁵, y que desvirtúa la esencia del mismo, en atención a que defienden el criterio puramente economista clásico de mercado. Sin embargo, y acorde con lo que señala AGUILERA KLINK, constituye un error grave identificar de manera tendenciosa la expresión *libre mercado* como sinónimo de *mercado sin*

¹¹¹⁵ ARIÑO ORTIZ, G Y SASTRE BECEIRO, M., *Leyes de Aguas...*, op. cit., p. 114.

reglas. “Una sociedad civil requiere la existencia de un sistema de autoridad para reconocer y aplicar los derechos de propiedad y los contratos. Y ese sistema de autoridad tiene que expresarse en términos de normas sociales y de las relaciones legales que define y aplica”¹¹¹⁶.

Consideramos que el máximo cuidado que preste la Administración pública al mercado de aguas, mediante su intervención, es poco puesto que deberá estar siempre atenta a las situaciones de fraude a la Ley y a conductas abusivas que puedan derivar en el acaparamiento a favor de personas acaudaladas en detrimento de aquéllas carentes de recursos económicos, más aún considerando que se trata de un recurso demanial e indispensable para el mantenimiento de la vida en el planeta¹¹¹⁷. En este mismo sentido se ha expresado MARTÍN MATEO, quien señala que “el uso del agua, como acreditan viejos códigos, es inseparable del Derecho, que sirve para arbitrar una solución de conflictos entre usuarios actuales pero también futuros, propiciando el que las generaciones venideras no vean mermadas sus posibilidades de uso vía contaminación, de acuíferos subterráneos especialmente. No sobran las normas, sino más bien faltan, al menos en lo que respecta a su eficacia y optimización jerarquizada de los aprovechamientos”¹¹¹⁸

9. INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LA REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE LAS AGUAS

Los modelos de gestión de los recurso hídricos que hemos estado analizado a lo largo de este estudio, presentan una serie de características esenciales que, al mismo tiempo que los identifica, los diferencia posicionándolos en dos extremos. De un lado se encuentra el modelo español, de carácter

¹¹¹⁶ AGUILERA KLINK, F., *Los mercados de agua en Tenerife*, Colección Nueva Cultura del Agua, Bilbao, Bakeaz, 2002, pp. 19-21.

¹¹¹⁷ En atención a la experiencia comparada del mercado de aguas chileno.

¹¹¹⁸ MARTÍN MATEO, R., “El agua como mercancía”, *Revista de Administración Pública* N° 152, mayo/agosto, 2000, p. 15.

centralizado, que dota a la Administración pública de amplias facultades y, del otro, el chileno, de carácter descentralizado y liberalizado, donde la Administración pública se encuentra reducida a su mínima expresión.

Considerando que “los instrumentos o técnicas de intervención administrativa no son sino los medios que permiten desarrollar y hacer efectiva la función encomendada por el ordenamiento jurídico a las Administraciones en cualquier ámbito de la realidad social”¹¹¹⁹, a través de este estudio se ha podido apreciar la medida, la intensidad, o la delimitación de dicha intervención en el ámbito de la gestión de los recursos hídricos en cada uno de los sistemas referidos.

En el ordenamiento jurídico español, la intervención administrativa relativa a los recursos naturales en general, se encuentra consagrada a nivel constitucional en el artículo 45.2 de la CE que establece que “*Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva*”. A este respecto, la jurisprudencia ha señalado que este precepto constituye el arranque del ejercicio de las potestades administrativas¹¹²⁰. En definitiva, al mismo tiempo que se exige a la Administración pública el cumplimiento de una serie de principios concordantes con el desarrollo sostenible, le otorga la potestad para intervenir en ciertas actividades particulares, en pos del cumplimiento de dichos principios.

La doctrina ha elaborado diversos estudios acerca de los mecanismos de intervención administrativa en materia ambiental, con el objeto de intentar clasificarlos o agruparlos según sus peculiaridades¹¹²¹. No obstante,

¹¹¹⁹ CASADO CASADO, L., *Los veridos en aguas...*, *op. cit.*, p. 97.

¹¹²⁰ STS de 8 de noviembre de 1995.

¹¹²¹ Para profundizar sobre este tema véase: JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, Bosh, 1995, pp. 213-214; FONT LLOVET, T., “Instrumentos jurídicos en la protección del medio ambiente”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* Nº 5, 1994, p. 37; MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*,

independientemente de la categoría a la que correspondan, en lo que respecta a los derechos de aprovechamiento de las aguas, interesa destacar la potestad de la Administración hidráulica en el marco de la planificación hidrológica y de la concesión de los derechos al uso privativo de las aguas, previamente tratadas. Recordemos que el rol que cabe a la Administración pública hidráulica en el ámbito de la concesión de los recursos hídricos¹¹²², e incluso en el ámbito de las figuras de flexibilización del modelo tradicional, con los contratos de cesión¹¹²³ y centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas¹¹²⁴, se encuentra enmarcado dentro del mecanismo macro de la planificación hidrológica¹¹²⁵, que ha seguido los parámetros dispuestos por la DMA.

Por su parte, la CPR de Chile consagra en su artículo 19 N° 8 el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, encomendando al Estado el deber de velar para que este derecho no sea afectado y de tutelar la preservación de la naturaleza. Aparentemente, tal como sucede respecto de la norma constitucional española previamente referida, esta disposición también conformaría el “arranque de las potestades administrativas”¹¹²⁶ en materia de recursos naturales, incluidas las aguas. Según ha expresado BERMÚDEZ SOTO, este deber “es del Estado, de todo él, en materia ambiental. Éste debe ser entendido en relación con los órganos que lo componen, cada uno dentro de la esferas de sus propias competencias, recayendo con especial intensidad sobre aquel conjunto de órganos que de forma continua y permanente se encuentran al servicio de la comunidad nacional y de las personas que la integran, tal es la Administración del Estado. Pero no exime al resto de órganos para que dentro del ámbito

V. 1, Madrid, Trivium, pp. 111-134; LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo*, 11ª edición, Madrid, La Ley, 2010, p. 263 y ss., entre otros.

¹¹²² Véase el apartado 8 del Capítulo Segundo de la Primera Parte *supra*.

¹¹²³ Véase el apartado 5.2 del Capítulo Tercero de la Primera Parte *supra*.

¹¹²⁴ Véase el apartado 5.1 del Capítulo Cuarto de la Primera Parte *supra*.

¹¹²⁵ Tal como lo hemos revisado en el apartado 2.3 del Capítulo Primero de la Tercera Parte *supra*.

¹¹²⁶ Concepto recogido de la STS de 8 de noviembre de 1995.

propio de sus competencias atiendan al cumplimiento de este deber constitucional”¹¹²⁷ En consecuencia, habrá de entenderse que este deber-potestad recae no sólo en la Administración pública, sino que también respecto del poder legislativo y judicial¹¹²⁸.

Sin embargo, en lo relativo a la constitución de los derechos de aprovechamiento de las aguas¹¹²⁹, el “arranque de la intervención administrativa”, en el nivel contemplado por el artículo 19 N° 8 de la CPR, comienza y termina en esta disposición. Ello es consecuencia de la liberalización de los recursos naturales, en virtud de la aplicación del artículo 19 N° 23 de la CPR que garantiza a todas las personas la libertad para adquirir el dominio de toda clase de bienes¹¹³⁰. Por esta razón, la Administración hidráulica no está facultada para constituir un derecho de aprovechamiento de forma discrecional, es decir, ante la presentación de una solicitud, si esta es legalmente procedente; si existen los recursos solicitados; y si no se afecta a derechos de terceros, la DGA “deberá” constituirlo¹¹³¹. Si bien es cierto que el CA ha sufrido una importante modificación, coherente con el planteamiento del legislador constitucional, imponiendo a la DGA, en el procedimiento de constitución de derechos de aprovechamiento, el deber de velar por la preservación de la naturaleza y la protección del medio ambiente a través de la implementación de un caudal ecológico mínimo¹¹³², en la práctica, esta casi no ha tenido aplicación,

¹¹²⁷ BERMÚDEZ SOTO, J., “Roles del Consejo de Defensa del Estado en la protección del medio ambiente: acción ambiental y recurso de protección en materia ambiental”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, V. XX, 1999, p. 244.

¹¹²⁸ Cfr.: GUZMÁN ROSEN, R., *La regulación constitucional del ambiente en Chile. Aspectos sustantivos y adjetivos*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005, p. 101.

¹¹²⁹ En general, las actividades que puedan generar un daño al medio ambiente se encuentran sometidas al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y en este sentido le es inherente la intervención administrativa derivada del artículo 19 N° 8 de la CPR. Pero ello es independiente de la eventual solicitud de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas.

¹¹³⁰ Conforme lo hemos previamente analizado en el apartado 1 del Capítulo Primero de la Segunda Parte *supra*.

¹¹³¹ Salvo las excepciones donde se le requiere al solicitante que justifique el uso que le dará a las aguas. Véase los apartados 5.1 y 8.1 del Capítulo Segundo de la Segunda Parte.

¹¹³² Véase el artículo 129 bis 1

considerando que son pocos los caudales disponibles susceptibles de ser constituidos originariamente¹¹³³.

Una vez constituido el derecho de aprovechamiento, la Administración hidráulica en España no se desvincula de su titular, sino que seguirá atado a él mientras se mantenga vigente el título concesional que dio origen a tal derecho, pues siempre tendrá la facultad de revisarlo y a decretar su caducidad si se dejan de cumplir las condiciones que se hayan establecido. Incluso es más, aún possibilitándose la transacción de los derechos de aprovechamiento mediante la celebración de contratos de cesión o de su transferencia a través de los centros de intercambio, la Administración mantendrá su rol interventor, especialmente en lo referente a la autorización de la celebración de los respectivos contratos. La Administración hidráulica en Chile, en cambio, una vez ha constituido el derecho de aprovechamiento se desvincula de su titular ya que aquel pasa a incorporarse a su patrimonio en calidad de derecho de propiedad, conforme lo dispone el artículo 19 N° 24 de la CPR. La constitución derivativa de derechos de aprovechamiento, llevada a cabo mediante la aplicación de la herramienta de mercado se encuentra libre de toda intervención administrativa.

Finalmente, la razón que determina el grado de intervención administrativa proviene del modelo de desarrollo establecido en estos Estados. En España, es consecuencia de su configuración como una democracia social y en Chile, de su configuración como una democracia liberal¹¹³⁴.

¹¹³³ Véase el apartado 8.2.2 del Capítulo Segundo de la Segunda Parte *supra*.

¹¹³⁴ Por consiguiente, "la historia, la situación económica, la cultura, incluso las creencias religiosas de una determinada sociedad dejan su impacto en el ordenamiento jurídico, como construcción social y cultural y, específicamente, en este caso, en el derecho de aguas", tal como lo ha señalado: ÁLVAREZ CARREÑO, S. M., "Los derechos privados sobre el agua en países de Common Law: Reflexiones sobre su evolución y adaptación a las necesidades de cambio", *Revista General de Derecho Administrativo* N° 25, 2010 p. 3.

CONCLUSIONES³⁷⁵

Primera

El objeto de la presente tesis doctoral ha sido aportar una reflexión de carácter jurídico comparado respecto del actual régimen de derecho al uso privativo de las aguas – configurado como derecho de aprovechamiento – en España y Chile, a partir de un análisis crítico de la normativa vigente – sin olvidar sus raíces históricas – y de su interpretación jurisprudencial, atendiendo también a la doctrina científica, con el fin último de poner de relieve sus respectivas fortalezas y debilidades, al tiempo que se realizan algunas sugerencias y propuestas de mejora para ambos regímenes. Con el fin de lograr tal cometido se ha considerado indispensable examinar cada uno de los sistemas jurídicos de forma separada, de modo que el estudio realizado respecto al modelo español se encuentra plasmado en la primera parte de este trabajo, y el referente al modelo chileno, en la segunda. En ambas partes se ha intentado seguir una misma estructura formal, en vista a generar un panorama equilibrado que permitiera, con posterioridad, realizar un adecuado análisis comparativo de ambos sistemas, el cual conforma la tercera parte de esta tesis.

Segunda

El régimen jurídico aplicable a los derechos al uso privativo de las aguas, configurados como derechos de aprovechamiento, en España se encuentra íntimamente vinculado con su calidad de Estado social y democrático que sienta las bases para la determinación de su modelo de desarrollo. Así, con el fin último de alcanzar el bien común, se ha dotado a la Administración pública de intensas potestades para intervenir en el ámbito de las actividades económicas, lo que incluye la constitución de los derechos de

³⁷⁵ Véase la versión en inglés en el apartado de Anexos Generales (Anexo II).

aprovechamiento de aguas. Además, en su calidad de miembro de la Unión Europea debe cumplir una serie de directrices que guardan relación con los efectos ambientales de la política hidrológica. Observando las actuales preocupaciones en torno a la significación del agua en tanto recurso natural y ambiental indispensable para la supervivencia del planeta, y en tanto factor económico de producción, nos parece del todo lógico que su utilización privativa se encuentre regulada de modo tal, que permita a la administración la verificación del cumplimiento de las condicionantes que lo permiten. Finalmente, a raíz de la actual crisis a que se ve enfrentado el país, el legislador ha intentado flexibilizar el sistema de constitución de los derechos de aprovechamiento de aguas, posibilitando su transacción a través de contratos privados. Si bien esta tendencia ha provocado la disminución del nivel de intervención de la Administración hidráulica, lejos está de eliminarla. En efecto, de lo que se trata, es de intentar lograr un equilibrio entre la estatización y la flexibilidad en materia de constitución de derechos de aprovechamiento.

Tercera

El actual mecanismo de constitución de derechos de aprovechamiento de aguas en Chile, tiene su origen en el Código de Aguas de 1981. Se trata de un cuerpo normativo que tuvo gestación en pleno auge del régimen militar, que sentó las bases de un nuevo modelo de desarrollo económico y social de corte liberal. Habiéndose puesto fin a un régimen socialista, a través de la dictadura impuesta el año 1973, la finalidad de lograr el bien común estaba muy lejos de ser alcanzado mediante los mecanismos centralizados. Muy por el contrario, propugnaban que tal ideal solamente podría ser logrado desde el ámbito del propio individuo, mediante la aplicación de la herramienta de libre mercado. En consecuencia, se redujeron las potestades administrativas al mínimo necesario, lo que también afectó el grado de su intervención respecto a los derechos de aprovechamiento. A partir de ese momento, la DGA únicamente mantuvo la potestad para constituirlos

originariamente, mediante un acto de autoridad, y que solo tiene por objeto la verificación de ciertos requisitos formales, careciendo, en lo absoluto, de discrecionalidad para dictarlo. Una vez dictado el acto de autoridad, la DGA se desvincula completamente del título cuyo derecho pasa a integrar el patrimonio de su titular en calidad de derecho de propiedad, lo que a su vez, le permite transarlo libremente en el mercado. Este mercado, modelo insigne de la teoría neoliberal carece, por supuesto, de cualquier intervención administrativa. El resultado, a nuestro juicio, ha sido nefasto en consideración a sus externalidades negativas. Si por una parte, propició un crecimiento económico, por otra, generó una serie de impactos sobre la equidad social, la falta de una gestión integrada de recursos hídricos, la ineficiente forma de resolución de conflictos socio-ambientales y la limitada protección ambiental. Es en este aspecto donde cobra sentido la intervención administrativa, siendo a nuestro entender, importante y necesaria.

Cuarta

La teoría del dominio público hidráulico se encuentra consagrada a nivel legal tanto en el ordenamiento jurídico español como en el chileno. En ambos casos corresponde a una manifestación de la *summa divisio* de los bienes, en virtud de la cual se sustraen de la esfera de la apropiabilidad privada determinados bienes, en general recursos naturales y de especial significación social, a través del ejercicio de la técnica de la *publicatio*. Mediante esta potestad legislativa, se provee al recurso hídrico de un régimen jurídico exorbitante tendente a su protección para el cumplimiento de fines intrínsecamente vinculados al interés público y a la promoción del bien común. Cualquiera que sea la denominación que cada ordenamiento jurídico le otorgue – dominio público hidráulico en España, y bienes nacionales de uso público, en Chile – *la publicatio* no solo legitima al legislador para configurarlos como bienes *extra commercium*, sino también para determinar la forma de utilizarlos. Generalmente, es a través del uso

común como se logra el cumplimiento de los intereses generales, y aún cuando su ejercicio sea aparentemente obvio, no debe ser desatendido por la legislación para evitar cualquier impedimento en su realización por parte de la sociedad en su conjunto. No obstante, estos mismos intereses, eventualmente solo podrán ser satisfechos mediante la utilización privativa del recurso hídrico, es decir, otorgando la titularidad del derecho a aprovecharlo a una persona determinada para que lo ejerza exclusiva y excluyentemente.

Quinta

La posibilidad que proporciona la *publicatio*, en orden a establecer un uso privativo del dominio público hidráulico, es decir, un uso que supone la restricción del mismo para todos los demás ciudadanos es, sin lugar a dudas, un tema complejo que debe ser tratado por el legislador con mucha cautela, de forma minuciosa, y siempre teniendo a la vista el interés general indispensable. Conforme el análisis comparativo realizado, se destaca el loable esfuerzo tanto del legislador de aguas español como del chileno, quienes han logrado configurar una especie de estatuto jurídico especial dentro de cada ordenamiento jurídico de aguas, con el objeto de regular esta utilización exclusiva y excluyente de los recursos hídricos, aún cuando, en esencia, los mecanismos elegidos para su implementación sean, en efecto, diametralmente opuestos. Estas diferencias encuentran su explicación en el modelo de desarrollo imperante en cada uno de estos Estados. España, al conformarse como un Estado social y democrático de Derecho, y al ser miembro de la Comunidad Europea, ha seguido la lógica requerida para la verificación de un desarrollo sostenible, para lo cual ha establecido una intensa intervención administrativa tendente a posibilitar el uso del recurso hídrico como factor económico de producción siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones impuestas por la Administración hidráulica que tienen como fin proteger y conservar el recurso hídrico en pos del bien común. Chile, a su vez, se conforma como un Estado democrático – liberal,

y ha entregado el cumplimiento del bien común a las normas que regulan el libre mercado, permeando también la gestión de los derechos de aprovechamiento, en el intento de alejar al máximo cualquier intervención que la Administración Pública pudiera ejercer al respecto.

Sexta

En el ordenamiento jurídico hidráulico chileno, el derecho a usar el recurso hídrico de forma exclusiva y excluyente ha recibido la denominación dogmática de “derecho de aprovechamiento de las aguas” desde la primera codificación en materia de aguas de 1951. El ordenamiento jurídico español, a su vez, no ha seguido un orden sistemático a este respecto. El legislador de aguas decimonónico se refirió a este derecho como un “aprovechamiento” y de tal forma fue posteriormente recogido por el legislador civilista. Sin embargo, con la entrada en vigor del TRLA, se contempla la denominación de “derechos al uso privativo de las aguas”, aunque en varios preceptos vuelve a referirse al “aprovechamiento de las aguas”. Ante esta situación, que solo tiende a generar confusiones, se ha estimado necesario aunar esfuerzos por unificar los conceptos recogiendo el término “derecho de aprovechamiento”, tal como lo hiciera el legislador de antaño y dotarlo de un claro contenido dogmático, tal como lo ha hecho el legislador de aguas chileno. De ese modo, se evitaría cualquier disquisición frente al “derecho real de uso” del ámbito civil y la redundancia en la utilización del término “privativo”, habida cuenta que el solo hecho de conformarse como un derecho subjetivo lo supone.

Séptima

El derecho de aprovechamiento de las aguas tiene la naturaleza jurídica de un derecho real administrativo que, si bien ha sido ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia española, y en menor medida por la

chilena, es, a nuestro juicio, un tipo de derecho público subjetivo necesitado de tratamiento en ambos ordenamientos jurídicos. El desarrollo, de *lege ferenda*, del derecho de aprovechamiento como un derecho real administrativo, supondría suplir la total falta de contenido dogmático del concepto de derecho de aprovechamiento de las aguas en España. Para la construcción de esta figura, en primer lugar, hemos considerado necesario reestructurar la regulación referida a la concesión al uso privativo de las aguas, haciéndole aplicable toda la normativa que le guarde relación. De ese modo, hemos intentado establecer un concepto, sus elementos objetivos y subjetivos y también sus efectos. En segundo lugar, y especialmente en lo que respecta a los efectos de este derecho real administrativo de aprovechamiento, hemos tenido en cuenta las disposiciones propias del Derecho civil, por considerarlo un referente en materia de derechos reales. En lo que respecta al ordenamiento jurídico chileno, es indispensable que este sea reconocido para que posteriormente pueda ser mayormente regulado desde el ámbito del Derecho administrativo, permitiendo a la Administración Pública Hidráulica una adecuada injerencia en orden a proteger efectivamente los intereses generales de la Nación.

Octava

Tanto en el Derecho de Aguas español como en el chileno, tienen la capacidad de goce para ser titulares del derecho al uso privativo de las aguas – configurado como un derecho de aprovechamiento – tanto las personas naturales como las jurídicas. Sin embargo, en lo que respecta a la capacidad de ejercicio de este derecho, cada uno de los ordenamientos exige el cumplimiento de una serie de condiciones – previas y / o concomitantes – cuya rigurosidad varía en atención a la intensidad de la intervención administrativa que se encuentre consagrada en los respectivos sistemas jurídicos. De este modo, en España, el titular de un derecho de aprovechamiento deberá cumplir una serie de estrictos requisitos que le impone el acto administrativo concesional, desde el momento mismo del

nacimiento del derecho hasta su extinción. Ello significa que, en general, solo podrán ser titulares de derechos de aprovechamiento aquellas personas que hayan obtenido la preceptiva concesión que le da origen y ejercitarla en los términos que esta supone. Son excepcionales los casos en que la ley permite que otra persona, distinta al titular de la concesión, sea titular del derecho de aprovechamiento – el cesionario del contrato de cesión o el adquirente de la oferta de cesión celebrada en el ámbito de los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas – y aún así, estos contratos se encuentran, a su vez, regulados de forma restrictiva y con una marcada intervención por parte de la Administración hidráulica. En el caso de Chile, únicamente el titular de un derecho de aprovechamiento originario se encontrará vinculado al acto de autoridad que le da origen y solo a efecto de cumplir unos requisitos mínimos que permite el nacimiento de tal derecho. Una vez constituido el derecho, este se desvincula del acto de autoridad que le dio origen y pasa a adquirir una existencia propia, que le posibilita ser libremente transferido a través del mercado de derechos de aprovechamiento, sin que medie interferencia alguna de la Administración hidráulica. Desde nuestro punto de vista, el Derecho no debe mantenerse al margen de los cambios sociales, sino que debe acompañarlos y, de cierta manera, encauzarlos. Por esta razón, y en atención al momento histórico actual, la tendencia está en flexibilizar los sistemas centralizados permitiendo la injerencia de la sociedad civil en la toma de decisiones de manera más directa. En consecuencia, nos parece apropiado permitir el libre ejercicio de los derechos al uso privativo de las aguas en la medida que no sea contrario a los principios propios de un desarrollo sostenible, para lo cual, una regulación adecuada desde la Administración pública será siempre necesaria.

Novena

El objeto del derecho de aprovechamiento de las aguas recae, precisamente, sobre “las aguas”. Se trata de un derecho que se ejerce sobre

los recursos hídricos, sobre el dominio público hidráulico. Esta tajante afirmación es la que genera los resquemores de ciertos sectores acerca de la potencial vulneración al principio de inalienabilidad. No obstante, en ningún caso la Administración transfiere la titularidad del recurso hídrico, sino solamente el derecho a utilizarlo de forma exclusiva y excluyente, mediante la implementación de la técnica de la *publicatio*, que toma forma del acto constitutivo de dicho derecho, cualquiera sea su denominación – concesión, en el ordenamiento jurídico español y acto de autoridad , en el chileno – . Finalmente, y con el fin de evitar las confusiones conceptuales que se han advertido por parte de cierta doctrina española, cabe advertir que, en nuestra opinión, el objeto de la concesión no es una porción del dominio público hidráulico, sino el derecho de aprovechamiento que se ejerce sobre esa porción del recurso hídrico. Por su parte, esta porción del dominio público hidráulico es la que conforma el objeto del derecho real de aprovechamiento.

Décima

En el Derecho Administrativo, el título jurídico que, por excelencia, constituye el derecho de aprovechamiento es la concesión. En el ordenamiento jurídico de aguas de España, el tratamiento que ha recibido el acto administrativo concesional es extenso y profuso, y goza de larga tradición. A este respecto, la normativa de aguas chilena señala que el derecho de aprovechamiento se constituye, originariamente, en virtud de un título al cual ha denominado como “acto de autoridad”. La doctrina mayoritaria ha considerado que este acto de autoridad corresponde, en la práctica, a una concesión. En tal sentido, tanto en el Derecho de aguas español como en el chileno, se establece un procedimiento constitutivo de tales derechos que es muy similar; contemplándose en ambos las fases de iniciación, instrucción y finalización. A pesar de lo anterior, los estatutos referentes al acto constitutivo de ambos ordenamientos jurídicos de aguas disienten profundamente en tres aspectos relevantes. En primer lugar, en lo referente

al contenido elemental de este acto administrativo, se puede observar que la Administración hidráulica chilena carece de discrecionalidad para dictar el acto de autoridad, considerando que ante la presentación de una solicitud que sea legalmente procedente, sobre aguas disponibles y que no afecte derechos de terceros anteriormente constituidos, la resolución necesariamente deberá ser favorable. Además, la Administración hidráulica, no está facultada para determinar o exigir el cumplimiento de órdenes de preferencia para el uso del recurso; tampoco puede establecer plazos o causas de caducidad o de revisión del título; no puede establecer tributo alguno por la gestión de los servicios relacionados con el agua; y, finalmente, no se encuentra facultada para exigir al solicitante que justifique el uso del agua que solicita. En consecuencia, considerando el desarrollo que ha tenido la figura del acto concesional en el Derecho de Aguas español, resulta posible afirmar que el “acto de autoridad” por el cual se constituyen los derechos de aprovechamiento en Chile, no se puede conceptualizar como una concesión por no cumplir con su contenido esencial. A la postre, la mejor herramienta para implementar este derecho es, según nuestro parecer, a través del acto administrativo concesional, el cual deberá estar integrado a un sistema de planificación hidrológica que respete una serie de principios, como la unidad de cuenca, la protección al medio ambiente, la participación ciudadana y la recuperación de costes de la gestión.

En segundo lugar, respecto a la etapa de finalización del procedimiento, el efecto negativo del silencio administrativo se encuentra expresamente establecido en la norma española de aguas correspondiente. En cambio, nada dispone el legislador de aguas chileno a este respecto, siendo necesaria la remisión a la norma correspondiente a los procedimientos administrativos en general, conforme a la cual procedería el silencio positivo. En la práctica, tampoco se ha aplicado el silencio positivo y así lo ha respaldado la jurisprudencia administrativa, aún cuando en ningún caso ha dispuesto que deba aplicarse el silencio negativo, lo que sin duda significa un grave problema para los administrados que se mantienen en un

permanente estado de incertidumbre e indefensión. En último lugar, merece destacarse el hecho que en la normativa española de aguas aún cuando regula los efectos jurídicos derivados de la concesión, una regulación sistemática que guarde relación con los efectos jurídicos derivados del derecho de aprovechamiento se encuentra prácticamente ausente. En franca oposición se presenta el Derecho de aguas chileno, que dedica prácticamente la integridad de su Código de Aguas a regular los efectos jurídicos propios del derecho de aprovechamiento. La importancia de regular este tema en el ámbito del Derecho de aguas viene motivada por la necesidad de regular el estatuto jurídico que determine tanto los derechos como los deberes del titular de un derecho de aprovechamiento, donde cobra relevancia su carácter subjetivo y su naturaleza real administrativa. En consecuencia, consideramos que el legislador de aguas español debe proceder a regular las facultades de uso, goce y disposición del derecho real administrativo de aprovechamiento de aguas.

Undécima

La disposición del derecho de aprovechamiento de las aguas es la facultad inherente a este derecho real que merece una regulación intensiva, considerando que significa su transmisión *inter vivos*, mediante la vía comercial. En Chile, siguiendo los parámetros que supone su modelo de desarrollo neoliberal, rige el principio de libre transferibilidad de los derechos de aprovechamiento de aguas. Tal liberalización para el comercio de estos derechos se encuentra actualmente amparada por la propia Constitución de la República de Chile, en virtud de su artículo 19 N° 21 y N° 24, la cual blindo a los titulares de derechos de aprovechamiento consagrándolos también como derechos de propiedad. Es esta total liberalización la que ha permitido que el derecho se desvincule del título que le da origen y de cualquier injerencia que pretenda ejercer la Administración pública a su respecto. En España, por su parte, si bien se contempla la posibilidad de transmitir los derechos de aprovechamiento, hemos observado que muchas veces se ha

confundido con la transmisión de la concesión – que no es lo mismo - . En efecto, mediante la implementación de los contratos de cesión y de la adquisición de las ofertas de cesión realizadas en el seno de los centros de intercambio de derecho de aguas, se ha permitido que una persona distinta al titular de la concesión sea titular del derecho de aprovechamiento que de aquella deriva. En todo caso, está lejos de establecerse la liberalización total contemplada en el ordenamiento jurídico chileno, debido a la fuerte intervención administrativa que rige en la celebración de los referidos contratos. A este respecto nos parece adecuado insistir que, si bien la tendencia liberalizadora de los derechos de aprovechamiento no se encuentra cabalmente desarrollada, toda vez que su implementación aún es reciente, la Administración pública debe continuar ejerciendo todas aquellas potestades tendentes a resguardar el interés general y el bien común, con el fin de evitar los efectos negativos que se presentan en un el sistema liberal extremo, como es el chileno.

Duodécima

La transferencia del derecho al uso privativo de las aguas corresponde a lo que en lenguaje de la ciencia económica se denomina “mercados de aguas”. La justificación de la utilización del mercado como herramienta idónea para llevar a cabo la reasignación de los recursos hídricos se encuentra principalmente en el hecho de que, hasta ahora, la Administración hidráulica se ha demostrado incompetente para gestionar el agua, en atención a que no ha llevado a cabo de manera competente sus tareas de registro, de gestión de nuevos suministros, todo ello complementado con la tardía regulación de la planificación nacional de los recursos hídricos. Sin embargo, es necesario advertir que la “mano invisible”, descrita por Adam Smith, no necesariamente deriva en un resultado satisfactorio y justo, muy por el contrario, conforme se puede apreciar, de manera comparada, con el sistema de gestión del agua en Chile. Allí, la fórmula de reasignación del recurso hídrico carece de cualquier intervención de la Administración

pública, y sus efectos han sido desastrosos: acaparamiento del recurso en manos de los denominados “aguatenientes” mayormente constituidos por empresas extranjeras; aumento del valor del precio de transacción, lo que impide la participación del sector social que carece de recursos económicos; encarecimiento de las prestaciones energéticas, derivadas de la generación de la hidroeléctrica; encarecimiento de las prestaciones de abastecimiento y saneamiento del agua, entre otros efectos. En consecuencia, la utilización del mercado como gestor del recurso hídrico, solamente se puede justificar, a nuestra opinión, en la medida que la Administración pública pueda activamente intervenir en él, en pos del interés común y de la protección del medio ambiente. Considerando que en el ordenamiento jurídico de aguas español, la transferencia de los derechos de aguas se realiza en el marco de los contratos de cesión y de los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas, ciertos autores han considerado que configuran una especie de mercado de aguas distinto al modelo clásico, en atención a que involucra la intervención de la administración. En cambio otros autores, y precisamente en atención a tal intervención, consideran que no configura un real mercado. De cualquier forma, lo que hay que tener claro en nuestro parecer, es que nunca será un “mercado del agua”, puesto que las aguas no son susceptibles de transacción por pertenecer al dominio público hidráulico, por lo que sería más propio decir “mercados de derechos de aprovechamiento de las aguas”. Finalmente, considerando que el Derecho de Aguas español posibilita que los derechos al uso privativo puedan ser transferidos por la vía comercial, no nos cabe más que concluir que se trata de un verdadero mercado de aprovechamiento de las aguas. Indudablemente no se rige por el mismo corolario de principios económicos que se consagran en Chile, por lo cual no corresponde a un mercado completamente liberalizado, sino que considerando la intervención administrativa existente a su respecto, se trata de un “mercado regulado” de derechos de aprovechamientos de agua.

FUENTES DE REFERENCIA

BIBLIOGRAFÍA

ABRIL CAMPOY, J. M., *La Rescisión del Contrato por Lesión. Enfoque doctrinal y jurisprudencial*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2003.

AGUDO GONZÁLEZ, J., “La regulación de los usos de agua en el Derecho español”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, N° 115, 2011, pp. 579-625.

AGUILERA KLINK, F., *Los mercados de agua en Tenerife*. Colección Nueva Cultura del Agua, Bilbao, Bakeaz, 2002.

- *La nueva economía del agua*, Madrid, Editorial Catarata, 2008.

AGURTO TAPIA, P., “El derecho de aprovechamiento es un derecho real que no recae sobre las aguas. Error en las definiciones de los Códigos de Aguas y en el artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de 1980”, *Gaceta Jurídica* N° 186, Santiago de Chile, 1995, pp. 9-15.

- “La naturaleza inmobiliaria del derecho de aprovechamiento de aguas y sus efectos jurídicos”, *Gaceta Jurídica* N° 200, Santiago de Chile, 1997, pp.73-79.

ALCAÍN MARTÍNEZ, E., *El aprovechamiento privado del agua y su protección jurídica*, Barcelona, José María Bosch Editor, 1994.

- “Aspectos jurídico-privados del mercado del agua. Especial referencia a las aguas subterráneas”, en MELGAREJO MORENO, J. Y MOLINA GIMÉNEZ, A. (coords.), *Los mercados del agua. Análisis*

jurídicos y económicos de los contratos de cesión y bancos de agua.
Navarra, Thomson Civitas, 2005, pp. 255-284.

- “La protección jurídico-privada del derecho de aprovechamiento de aguas”, *Diario La Ley*, Nº 7.366, Sección Tribuna, 22 Mar. 2010, Año XXXI, Editorial La Ley, Grupo Wolters Kluwer.

ALCALÁ ZAMORA, N., *La concesión como contrato y como derecho real*,
Imprenta y Enc. De Julián Espinosa, Madrid, 1918.

ALEGRÍA CALVO, M. A. (et al), “El Mercado de Aguas: Análisis teórico y empírico”, en: *IV Jornadas de Derecho de Aguas*, Santiago de Chile, Noviembre de 2001. Gobierno de Chile, Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A. Y SOMARRIVA UNDURRAGA, M., *Curso de Derecho Civil. Los bienes y los derechos reales*, Santiago, Editorial Nacimiento, 1974.

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, A., (et al), *Tratado de Derechos Reales*, Santiago de Chile, Tomo I, 6ª ed., Editorial Jurídica de Chile, 2010.

ÁLVAREZ CARREÑO, S. M. (et al), “El derecho administrativo y la protección del medio ambiente”, en VICENTE GIMÉNEZ, T. (dir.), *Justicia ecológica y protección del medio ambiente*, Madrid, Trotta, 2002.

- “La calidad ambiental de las aguas como eje vertebrador de la normativa comunitaria”, en PÉREZ PÉREZ, E. (coord.), *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*, Madrid, Ecoiuris, 2003, pp. 95-126.
- “Los derechos privados sobre el agua en países de Common Law: Reflexiones sobre su evolución y adaptación a las necesidades de

cambio”, *Revista General de Derecho Administrativo* N° 25, 2010, pp. 1-48.

ARÉVALO CUNICH, G., “De los modos derivativos de adquirir el dominio y de la prescripción del derecho de aprovechamiento de aguas” en, VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, pp. 81-90.

- “Principio de la unidad del cauce o de la corriente”, en VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, 2011, pp. 7-9.
- “Procedimiento de constitución del derecho de aprovechamiento de aguas” en, VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, pp. 594-601.

ARIÑO ORTIZ, G Y SASTRE BECEIRO, M., *Leyes de Aguas y Política Hidráulica en España. Los mercados regulados del agua*, Granada, Comares, 1999.

- “Los mercados de aguas como forma de gestión”, GRANDE, N., ARROJO AGUDO, P. Y MARTÍNEZ GIL, J. (coords.) *Una cita europea con la nueva cultura del agua: La Directiva Marco. Perspectivas en Portugal y España*, II Congreso Ibérico sobre planificación y gestión de aguas. Zaragoza. Institución “Fernando el Católico”, 2001.

BALAIRÓN PÉREZ, L., *Gestión de recursos hídricos*, Barcelona, Edicions UPC, 2000.

BANCO MUNDIAL. *Chile: Diagnóstico de la Gestión de los Recursos Hídricos*. Santiago de Chile. Departamento de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Región para América Latina y el Caribe, 2011.

BAUER, C. J., "Vendiendo agua, vendiendo reformas. Lecciones de la experiencia chilena", *Revista Ambiente y Desarrollo*, Vol. XIX, Nº 3 y 4, CIPMA, 2003, pp. 6-9.

- *Canto de Sirenas. El derecho de aguas chileno como modelo para reformas internacionales*. Colección Nueva Cultura del Agua, Bilbao, Bakeaz, 2004.
- "In the Image of the Market: The Chilean model of water resources management", *International Journal Water*, Vol. 3, Nº 2, Inderscience Publishers, 2005, pp. 146-165.

BARCELONA LLOP, J., "Consideraciones sobre el dominio público natural", en SOSA WAGNER, F. (coord.), *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI*, T. II, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2000, pp. 2085-2112.

BERMÚDEZ SOTO, J., "Roles del Consejo de Defensa del Estado en la protección del medio ambiente: acción ambiental y recurso de protección en materia ambiental", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, V. XX, 1999, pp. 243-270.

BETANCOR RODRÍGUEZ, A., *Instituciones de Derecho Ambiental*, Madrid, Editorial La Ley, 2001.

BRUFAO CURIEL, P., *La revisión ambiental de las concesiones y autorizaciones de aguas*, Bilbao, Bakeaz-Fundación Nueva Cultura del Agua, 2008.

- “El régimen jurídico de las sequías: Crítica a la regulación extraordinaria y urgente de un fenómeno natural y cíclico propio del clima”, *Revista de Administración Pública* N° 187, enero – abril 2012, pp. 199 – 239.

BÜCHI BUC, H., *La transformación económica de Chile. Del estatismo a la libertad económica*, Bogotá, Grupo Editorial Norma, 1993.

CALATRAVA LEYVA, J., “Experiencia de los Instrumentos de Mercado en España”, en EXPOAGUA ZARAGOZA. *Economía y Finanzas del Agua*. Zaragoza, 2008, pp. 489-492.

CAMPO GARCÍA, A., “Comentarios sobre la Ley de Modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de aguas, desde el punto de vista de los usuarios regantes” en EMBID IRUJO, A. (dir.), *La Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999 de 13 de diciembre)*, Madrid, Civitas, 2000. pp. 489-495.

CARO-PATÓN CARMONA, I., “Contrato de cesión de derechos al uso privativo de aguas públicas”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 464-480.

CARO-PATÓN CARMONA, I. Y MENÉNDEZ MARTÍNEZ, C., “Concepto, determinación e implantación de los caudales ecológicos. El problema de su afección a derechos concesionales preexistentes”, *Revista Española de Derecho Administrativo* N° 124, 2004, pp. 573-610.

CASADO CASADO, L., *Los vertidos en aguas continentales. Las técnicas de intervención administrativa*, Granada, Comares, 2004.

- “Principales repercusiones de la Directiva Marco del Agua en el ordenamiento jurídico español”, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Nuevo Derecho de Aguas*, Navarra, Aranzadi, 2007, 157-198.

CASADO PÉREZ, V., “Administraciones públicas y mercados en la gestión del agua”, *Revista General de Derecho Administrativo* N° 25, 2010, pp. 1-50.

CEA EGAÑA, J. L., *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

CELUME BYRN, T. A., “El mercado chileno de derechos de aprovechamiento de aguas y su coexistencia con la lógica pública de las aguas corrientes”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Usos del agua. Concesiones, autorizaciones y mercados del agua*, Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, pp. 293-304, (en prensa).

COBACHO GÓMEZ, J. A., “El contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas públicas”, en AAVV, *Derecho de Aguas*, Murcia, Instituto Euromediterráneo del Agua. Fundación del Consejo de Europa, 2006, pp. 363-378.

COMISIÓN NACIONAL DE RIEGO, “El agua es un bien escaso y un mercado regulado puede ser útil”, *ChileRiego* N° 38, Gobierno de Chile, Ministerio de Agricultura, pp. 12-13.

COMOS GUILLEM, J. A., “Nuevas formas de reasignación de caudales. Especial atención a los bancos públicos de agua”, *Tractat de l'aigua. Revista valenciana interdisciplinaria de l'aigua*. N°1 / Primer cuatrimestre de 2008, pp. 62-71.

COLBY; B. G., “Economic impacts of water law – state law and water market development in the Southwest”, *Natural Resources Research*, V. 28 N° 4, 1988, pp. 721-749.

CORDERO VEGA, L., “La supletoriedad en la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo”, en *II Jornadas de Derecho Administrativo*, Valparaíso, noviembre de 2005, Universidad Católica de Valparaíso.

- CRISTI MARFIL, O. Y POBLETE CAZENAVE, C., *No Uso de Derechos de agua: ¿una decisión ineficiente o eficiente? y patentes por no uso en Chile*, Santiago de Chile, Serie Working Paper, Escuela de Gobierno, Universidad del Desarrollo, 2011.
- DARNACULLETA I GARDELLA, M., *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural*, Barcelona, Cedecs, 2000.
- DEL SAZ, S., *Aguas subterráneas, aguas públicas (El nuevo Derecho de Aguas)*, Monografías Jurídicas, Madrid, Marcial Pons, 1990.
- DIEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, 4ª ed., Madrid, Civitas, 1995.
- DOUGNAC RODRÍGUEZ, A., “Régimen jurídico de las aguas en Chile durante el siglo XVI”, *Revista Chilena de Derecho*, Nº 10, 1984, pp. 51-78.
- DOUROJEANNI, A., Y JOURAVLEV, A., *El Código de Aguas de Chile: entre ideología y la realidad*, Serie Recursos Naturales e Infraestructura. Santiago de Chile, Naciones Unidas/CEPAL, 1999.
- DONOSO HARRIS, G., “Proyecto de reforma al Código de Aguas: ¿mejora la asignación del recurso?”, *Panorama Económico de la Agricultura*, año 16, Nº 92, 1994, pp. 4-11.
- (et al), “Análisis de los Mercados de Derechos de Aprovechamiento de Agua en las Cuencas del Maipo y el Sistema Paloma en Chile: Efectos de la variabilidad en la oferta hídrica y de los costos de transacción”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del 3º milenio*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2002, pp. 109-151.

- “Chile: estudio de caso del Código de Aguas”, en DONOSO, G., JOURAVLEV, A. (et al), *Mercados (de derechos) de agua: experiencias y propuestas en América del Sur*, Santiago de Chile, Naciones Unidas/CEPAL, 2004, pp. 25-48.
- (et al), *Análisis del Mercados del Agua de Riego en Chile: Una revisión crítica a través del caso de la región de Valparaíso*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Departamento de Economía Agraria, 2010.

EMBID IRUJO, A., *Precios y Mercados del Agua*, Madrid, Civitas, 1996.

- “El mercado del agua. Consideraciones jurídicas en torno al Proyecto de Reforma de la Ley de Aguas”, *Revista de Gestión Ambiental* N°7, Julio/1999, pp. 1-9.
- *La Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999 de 13 de diciembre)*, Madrid, Civitas, 2000.
- “Evolución del derecho y de la política de agua en España”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2002, pp. 17-62.
- “Asignación del agua y gestión de la escasez en España: los mercados de derechos de aguas”, en EXPOAGUA ZARAGOZA, *Economía y Finanzas del Agua*, Zaragoza, 2008, pp. 450-460.
- “La crisis del sistema concesional y la aparición de fórmulas complementarias para la asignación de recursos hídricos. Algunas reflexiones sobre los mercados de derechos de uso de agua”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Uso del agua. Concesiones, autorizaciones y*

mercados del agua, Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, pp. 25-82. (en prensa).

ESCUIN PALOP, C., *Presente y Futuro del Derecho de Aguas en España*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

ESTEVAN ESTEVAN, A Y LA CALLE MARCOS, A., *Transferencias de Derechos de Agua entre Demandas Urbanas y Agrarias. El caso de la Comunidad de Madrid*, Cuaderno de I+D+I" N°1, Madrid, Canal de Isabel II, 2007.

ESTEVE PARDO, J., "El mercado de títulos administrativos: asignación objetiva, reasignación transparente", en COSCULLUELA MONTANER, L. (coord.), *Derecho del Medio Ambiente. Estudios de Derecho Público Económico. Homenaje a S. Martín-Retorillo*, Madrid, Civitas, 2003.

- *Lecciones de Derecho Administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

FANLO LORAS, A., "La unidad de cuenca en la jurisprudencia constitucional", *Anuario Jurídico de la Rioja* N° 14, Universidad de La Rioja, 2009.

- "Las competencias del Estado y el principio de unidad de gestión de cuenca a través de las Confederaciones Hidrográficas", *Revista de Administración Pública* N° 183, 2010, pp. 309-334.

- "Planificación Hidrológica en España estado actual de un modelo a fortalecer", *Revista de Administración Pública* N° 169, 2006, pp. 265-299.

FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., *Las concesiones administrativas de dominio público*, Navarra, Thomson Civitas, 2007.

FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. J., “Las aguas terrestres”, en BOCANEGRA SIERRA, R. (dir.), *Lecciones de Dominio Público*, Madrid, Colex, 1999, pp. 105-141.

FIGUEROA DEL RÍO, L. S., *Asignación y Distribución de las Aguas Terrestres*, Santiago de Chile, Universidad Gabriela Mistral, 1995.

FONT LLOVET, T., “Instrumentos jurídicos en la protección del medio ambiente”, *Revista Aragonesa de Administración Pública* Nº 5, 1994, pp. 35-60.

GALLEGO ANABITARTE, A., “El Derecho español de aguas en la historia y ante el Derecho comparado”, en GALLEGO ANABITARTE, A., MENÉNDEZ RAXACH, A., Y DÍAZ LEMA, J. M., *El Derecho de Aguas en España*, Madrid, Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, 1986, pp. 13-385.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E., *Dos estudios sobre la usucapión en Derecho administrativo*, 2ª ed., Madrid, Tecnos, 1974.

GARCÍA DE ENTERRÍA, E Y FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo II, 8º ed., Madrid, Thomson Civitas, 2000.

- *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, 14º ed., Navarra, Thomson Civitas, 2008.

GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., “Las concesiones de aguas”, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Navarra, Thomson Civitas, 2007, pp. 329-352.

GARRIDO COLMENERO, A., “¿Qué papel pueden jugar los mercados de agua?”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Precios y Mercados del Agua*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 305-318.

- “El mercado del agua. Una visión desde la perspectiva económica”, *Revista de Gestión Ambiental* N°7, Julio/1999. pp. 31-41.
- “Consideraciones económicas sobre la regulación de los mercados de aguas”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *La Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999 de 13 de diciembre)*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 497-524.
- “Ventajas y limitaciones al uso del mercado en la asignación de recursos hídricos”, *VI Conferencia Internacional del Seminario Permanente de Ciencia y Tecnología del Agua. Economía del Agua: hacia una mejor gestión de los recursos hídricos*, Iberdrola, Valencia, 2000, [s.p.].

GARRIDO COLMENERO, A., CALATRAVA, J. Y REY, D., “La flexibilización del régimen de concesiones y el mercado de aguas en los usos de regadío”, en EMBID IRUJO, A., *Usos del Agua. Concesiones, autorizaciones y mercados del agua*, Pamplona, Thomson Reuters, 2013, pp. 177-196, (en prensa).

GARRIDO FALLA, F. (et al), *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. I, Madrid, Tecnos, 2002.

- *Tratado de Derecho Administrativo*, Vol. II, 13º ed., Madrid, Tecnos, 2012.

GAZMURI, R., “Conceptos básicos en políticas de agua basadas en el mercado”, VVAA., *Contribuciones al taller sobre aspectos de la privatización de las empresas de servicio público relacionadas con el agua en las Américas*, Santiago de Chile, CEPAL, 1997, pp. 33-42.

GÓMEZ RAMOS, A., “Gestión de la escasez, incertidumbre y mercados de opción en España”, en EXPOAGUA ZARAGOZA, *Economía y Finanzas del Agua*, Zaragoza, 2008, pp. 464-476.

GONZÁLEZ GARCÍA, J. V., *La titularidad de los bienes del dominio público*, Monografías jurídicas, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998.

- “Notas sobre el régimen general del dominio público”, GONZÁLEZ GARCÍA; J. V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., *Los Derechos Reales Administrativos*, Cuadernos Civitas, Madrid, Civitas, 1975.

GUZMÁN BRITO, A., *Las cosas incorporales en la doctrina y en el derecho positivo*, 2ª ed., Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 2006.

GUZMÁN ROSEN, R., *La regulación constitucional del ambiente en Chile. Aspectos sustantivos y adjetivos*, Santiago de Chile, Lexis Nexis, 2005.

HADJIGEORGALIS, E. Y RIQUELME, C., “Análisis de los Precios de los Derechos de Aprovechamiento de Aguas en el Río Cachapoal”, *Ciencia e Investigación Agraria* N° 29 (2), Facultad de Agronomía e Ingeniería Forestal de la Pontificia Universidad Católica de Chile, 2002, pp. 91-100.

HERNÁNDEZ-MORA, N. Y DE STEFANO, L., “Los mercados informales de aguas en España: Una primera aproximación”, en EMBID IRUJO, A., *Usos del agua. Concesiones, autorizaciones y mercados del agua*, Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2013, pp. 375-403, (en prensa).

HEARNE, R. Y EASTER K.W., “Economic and Financial Returns from Chile’s Water Markets”, en EASTER, K. W., ROSEGRANT, M. Y DINAR, A. (eds.),

Markets for Water. Potencial and performance, Boston/USA, Kluwer Academics Publishers, 1998, pp. 159-171.

HUERGO LORA, A., “Sanciones Rescisorias”, en LOZANO CUTANDA, B. (dir.), *Diccionario de Sanciones Administrativas*, Madrid, Iustel, 2010, pp. 1000-1011.

JAEGER COUSIÑO, P., “Anexo 5 - Chile” *Administración de Derechos de Agua. Experiencias, asuntos relevantes y lineamientos*, Roma, Organización de Las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación, 2003, pp. 209-241.

JORDANO FRAGA, J., *La protección del derecho a un medio ambiente adecuado*, Barcelona, Bosh, 1995.

LARRAÍN RUIZ TAGLE, S. M. Y POO P. (edts.), *Conflictos por el Agua en Chile: Entre los derechos humanos y las reglas del mercado*, Santiago de Chile, Programa Chile Sustentable, 2010.

LARRAÍN RUIZ TAGLE, S. M. (et al), *Agua: ¿Dónde está y de quién es? Para entender lo que ocurre con las aguas en Chile*, Santiago de Chile, Programa Chile Sustentable. Propuesta Ciudadana para el Cambio, Lom Ediciones. 2004.

LARRAÍN RUIZ TAGLE, S. M. (et al), *Marco Jurídico para la Gestión del Agua en Chile. Diagnóstico y desafíos*, Santiago de Chile, Programa Chile Sustentable, 2010.

LEE, T. R., JOURAVLEV, A. S., *Los precios, la propiedad y los mercados en la asignación del agua*, Santiago de Chile, Serie Medio Ambiente y Desarrollo N° 6, CEPAL/ONU, 1998.

LÓPEZ PELLICER, J. A., “El llamado mercado del agua en la Ley 46/1999”, en *Reflexiones sobre el futuro del agua ante el Siglo XXI. Libro homenaje a Emilio Pérez Pérez*, Consejería de Agricultura, Agua y Medio Ambiente, Murcia, 2001, ver pp. 355-377.

LÓPEZ RAMÓN, F., *Sistema jurídico de los bienes públicos*, Navarra, Civitas, 2012.

LOZANO CUTANDA, B., *Derecho ambiental administrativo*, 11ª ed., Madrid, La Ley, 2010.

MARTÍN MATEO, R., *Tratado de Derecho Ambiental*, VV. I y II, Madrid, Trivium, 1991 y 1992 respectivamente.

- “El agua como mercancía”, *Revista de Administración Pública* Nº 152, mayo/agosto, 2000, pp. 7-27.

MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., “El exceso de poder como vicio del acto administrativo”, *Revista de Administración Pública*, Nº 23, mayo/agosto 1957, p. 166. pp. 83-177.

- “La elaboración de la Ley de Aguas de 1866” en *Revista de Administración Pública*, Nº 32, mayo/agosto 1960, pp. 11-54.
- *Derecho de Aguas*, Madrid, Civitas, 1997.
- “Reflexiones sobre la problemática actual de la gestión de las aguas”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Gestión del agua y medio ambiente*, Madrid, Civitas, 1997, p. 21-55.

MATUS LEAL, N. (et al), *Recursos Hídricos en Chile: Desafíos para la Sustentabilidad*, Santiago de Chile, Programa Chile Sustentable, Lom Ediciones, 2004.

MELGAREJO MORENO, J. Y LÓPEZ ORTIZ, M. I., “¿Son los contratos de cesión de derechos y los bancos de agua instrumentos convenientes para mejorar la gestión del agua?”, *Tractat de l'aigua. Revista valenciana interdisciplinària de l'aigua*, N°1 / Primer quadrimestre de 2008, pp. 54-61.

MELGAREJO MORENO, J. Y MOLINA GIMÉNEZ, A. (coords.), *Los Mercados del Agua. Análisis jurídicos y económicos de los contratos de cesión y bancos de agua*, “Estudios y monografías de economía”, Navarra, Thomson Civitas, 2005.

MENÉNDEZ REXACH, A., “Reflexiones sobre un mercado de derechos de agua en el ordenamiento jurídico español”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Precios y Mercados del Agua*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 139-177.

- “Consideraciones sobre los mercados de aguas en España. En especial, los contratos de cesión de derechos de aprovechamiento en la legislación estatal de aguas”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, T. I, Madrid, Civitas, 2002, pp. 65-81.
- “El dominio público como institución jurídica: Configuración histórica y significado actual en el Derecho Público español”, *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, N° 10, 2004, pp. 209-226.

MOLINA GIMÉNEZ, A., “La cesión de derechos de aprovechamiento de aguas en España. Análisis crítico y propuestas”, en MELGAREJO MORENO, J. Y MOLINA GIMÉNEZ, A. (coords.), *Los Mercados del Agua*, Navarra, Thomson Civitas, 2005, pp. 57-93.

- “Centros de intercambio de derechos de agua”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Diccionario de Derecho de Aguas*, Madrid, Iustel, 2007, pp. 322-331.

MONTT OYARZÚN, S., *El Dominio Público. Estudio de su régimen especial de protección y utilización*, Santiago de Chile, 2ª ed., Legal Publishing Chile, 2009.

MORALES CORTÉS, V., "Uso y goce del derecho de aprovechamiento de aguas y de la concesión minera", en *VIII Jornadas de Derecho de Minería*, Copiapó, Noviembre de 2005, Universidad de Atacama, [s.p.].

MORENO RUBIO, L. A. (edt.), *Manual de Normas y Procedimientos para la Administración de Recursos Hídricos*, S.I.T. N° 156, Santiago de Chile, República de Chile, Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, 2008.

MOREU BALLONGA, J. L., "El marco jurídico de la política hidráulica: claves históricas y diagnóstico", en *El agua a debate desde la Universidad. Por una Nueva Cultura del Agua*, I Congreso Ibérico sobre Gestión y Planificación de Aguas, Zaragoza, 14 - 18 de septiembre de 1998.

- "La desalación de aguas marinas en la Ley 46/1999", *Revista de Administración Pública* N° 152, Mayo/Agosto 2000, pp. 29-72.
- "La oscura redacción del mercado del agua por la Ley 46/1999", *Revista General de Legislación y Jurisprudencia* N° 7, enero/febrero, 2000, pp. 31-72.
- "Propiedad, usos, transmisión y 'precio' de las aguas públicas y de las aguas privadas", en CAMPOS PALACÍN, P., CASADO RAIGÓN, J. M., Y MAESTU UNTURBE, J. (dirs.), *Hacia las cuentas económicas del agua en España*, Madrid, Ediciones del Consejo General de Economistas, 2006, pp. 23-45.

MUÑOZ ESCUDERO, G., "Consideraciones generales sobre las asociaciones de canalistas y quiénes pueden organizarse de la misma manera" en,

VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, 2011, pp. 988-993.

- “Derecho de los comuneros sobre el caudal común” en, VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, 2011, p. 856.
- “Las Juntas de Vigilancia” en, VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, 2011, p. 998-1006.
- “Las organizaciones de usuarios de aguas en general” en, VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, 2011, pp. 838-843.
- “Organización convencional de las comunidades de aguas” en, VERGARA BLANCO, A. (dir.), *Código de Aguas Comentado. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot – Legal Publishing Chile, 2011, pp. 844-845.

NAVARRO CABALLERO, T. M., “La Intervención administrativa en el contrato de cesión y en los centros de intercambio de derechos al uso privativo de las aguas”, en MELGAREJO MORENO, J. Y MOLINA GIMÉNEZ, A. (coords.), *Los Mercados del Agua*, Navarra, Thomson Civitas, 2005, pp. 227- 253.

- *Los Instrumentos de Gestión del Dominio Público Hidráulico. Estudio especial del contrato de cesión de derechos al uso privativo de las aguas y de los bancos públicos del agua*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

- “¿Representa un verdadero ‘mercado del agua’ el contrato de cesión de derecho al uso privativo de las aguas?”, *Revista Aranzadi Derecho Ambiental*, N°11, Año 2007-1, pp. 203-211.
- “Las transacciones de derechos al uso del agua y su transferencia a las cuencas receptoras Tajo-Segura”, *Revista Aranzadi Derecho Ambiental*, N° 14, Año 2008-2, pp. 103-121.
- “Experiencias actuales de los bancos del agua en España. Estudio de los casos del Guadiana, Guadalquivir; Júcar y Segura”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, N° 76, enero-abril 2010, pp. 349-379.
- “Reflexiones sobre la última reforma en materia ambiental. La quimera de la simplificación administrativa”, en NAVARRO CABALLERO, T. M. (dir.), *Estudios jurídicos constitucionales y administrativos con especial referencia a la Administración local. Homenaje al profesor José Antonio López Pellicer*, Universidad de Murcia, 2013, pp. 517-548.

ORREGO, J. P., *Legislación e Institucionalidad para la Gestión de Las Aguas*, Santiago de Chile, Terram Publicaciones, 2002.

PALLARÈS SERRANO, A., *La planificación hidrológica de cuenca como instrumento de ordenación ambiental sobre el territorio*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2007.

- “Estudio de las principales aportaciones relativas a la participación del Real Decreto 907/2007, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de Planificación Hidrológica”, en CHINER MONTORO, M. J. (coord.), *El Agua: Estudios Interdisciplinarios*, Barcelona, Atelier, 2009, pp. 159-173.

PAN MONTOJO, F., “Legislación de Aguas”, *Revista de los Tribunales*, 9ª ed., Madrid, Góngora, 1928.

PARADA VÁSQUEZ, J. R., *Derecho Administrativo*, T. I., 19ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2012.

- *Derecho Administrativo*, T. III, 13ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2012.

PAREJO ALFONSO, L., “El régimen de la utilización de los bienes y derechos de dominio público. Autorizaciones y concesiones”, en CHINCHILLA MARÍN, C. (coord.), *Comentarios a la Ley 33/2003, del Patrimonio de las Administraciones Públicas*, Madrid, Thomson Civitas, 2004, pp. 433-474.

- “La *summa divisio* de las cosas. Las cosas públicas: El patrimonio de las administraciones y el dominio público”, en PAREJO ALFONSO, L. Y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los bienes públicos*, T. I, Navarra, Aranzadi, 2009, pp. 35-96.

PAREJO GÁMIR, R., “Transmisión y gravamen de concesiones administrativas”, *Revista de Administración Pública* Nº 107, mayo/agosto, 1985, pp. 7-78.

PEÑA TORREALBA, H., “Modificaciones al Código de aguas y su Aporte a la Gestión del Agua” en *Seminario Internacional: Gestión del Recurso Hídrico*, Santiago de Chile, Diciembre de 1996, República de Chile, Ministerio de Obras Públicas, Dirección General de Aguas, 1997.

PERALTA TORO, F., “El mercado de los derechos de aprovechamiento de aguas. La experiencia chilena”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2002, pp. 153-167.

PÉREZ MARÍN, A. (dir.), *Derecho de las Aguas Continentales. (A propósito de la ley de Aguas para Andalucía con comentario a su articulado)*, Madrid, Iustel, 2011.

PÉREZ PÉREZ, E., *La propiedad del agua. Sistema estatal y sistema canario*, Barcelona, Bosch, 1998.

- “La reforma de la propiedad del agua en la Ley 46/1999, de 13 de diciembre”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tomo I, Madrid, Civitas, 2002, pp. 459-469.
- (coord.), *Aplicación en España de la Directiva Europea Marco de Aguas*, Madrid, Ecoiuris, 2003.

PLAZA MARTÍN, C., “El dominio público hidráulico” en GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009.

POTHIER, R J., *Tratado de las Obligaciones*, Versión a cargo del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, Dirección General de Anales de Jurisprudencia y Boletín Judicial. Buenos Aires, 2003.

RAMOS PAZOS, R., “Adquisición y pérdida del Derecho de Aprovechamiento de Aguas por prescripción”, *Revista Universidad de Concepción* N° 176, pp. 98-117.

RODRÍGUEZ-ARANA, J., “La caducidad de las concesiones de aguas”, en GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Navarra, Thomson Civitas, 2007, pp. 353-383.

- ROJAS CALDERÓN, C., “Las organizaciones de usuarios de aguas en España y Chile”, en GÓNZALEZ-VARAS IBÁÑEZ, S. (coord.), *Nuevo Derecho de Aguas*, Navarra, Thomson Civitas, 2007, pp. 685-713.
- ROSA MORENO, J., “Dominio Hidráulico”, en PAREJO ALFONSO, L. Y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.), *Derecho de los Bienes Públicos*, T. III, Navarra, Aranzadi, 2009, pp. 237-290.
- SAAVEDRA CRUZ, J. I., “Las Aguas como Bien Nacional de Uso Público. Bases para un camino regulatorio que promueva un uso sustentable”, *Justicia Ambiental* N° 1, Año I, mayo/2009, pp. 203-266.
- SAINZ MORENO, F., “El dominio público: una reflexión sobre su concepto y su naturaleza”, *Revista de Administración Pública* N° 150, 1999, pp. 477-514.
- SÁNCHEZ MARTÍNEZ, M. T., RODRÍGUEZ FERRERO, L. Y SALAS VELASCO, M., “La gestión del agua en España. La unidad de cuenca”, *Revista de Estudios Regionales* N° 92, 2011, pp. 199-220.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., “Los Bienes Públicos en general”, en SÁNCHEZ MORÓN, M. (dir.), *Los Bienes Públicos (Régimen jurídico)*, Madrid, Tecnos, 1997, pp. 19-77.
- SANFUENTES VERGARA, E. (dir), *El Ladrillo. Bases de la política económica del gobierno militar chileno*, Centro de Estudios Públicos, Santiago de Chile, 1992.
- SANTAMARÍA PASTOR. J. A., *Principios de Derecho Administrativo General*, Madrid, 2ª ed., Iustel, Tomo II, 2009.
- SANTELICES NARDUCCI, H., *Medida del Derecho de Aprovechamiento de Aguas*, Ediciones Metropolitana, Santiago de Chile, 2002.

SANZ RUBIALES, I., (et al) *El Mercado de Derechos a Contaminar. Régimen Jurídico- Público del mercado comunitario de derechos de emisión en España*, Valladolid, Lex Nova, 2007.

SANZ RUBIALES, I. Y CARO-PATÓN CARMONA, I., “Los mercados artificiales de recursos naturales”, en SANZ LARRUGA, F. J., GARCÍA PÉREZ, M. Y PERNAS GARCÍA, J. J., *Libre mercado y protección ambiental. Intervención y orientación ambiental de las actividades económicas*, INAP, 2013, pp. 461-488.

SASTRE BECEIRO, M., “Sistema concesional de derechos de aguas y su aprovechamiento”, en AAVV, *Derecho de Aguas*, Murcia, Instituto Euromediterráneo del Agua, 2006, pp. 337 - 361.

SEGURA GRAIÑO, R., “La introducción en España de un mercado de aguas a la luz de la experiencia californiana”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Precios y Mercados del Agua*, Madrid, Civitas. 1996, pp. 319-324.

- “Evaluación de la Implementación de los Mercados de Agua en España”, en EXPOAGUA ZARAGOZA, *Economía y Finanzas del Agua*. Zaragoza, 2008, pp. 483-485.

SEGURA RIVEIRO, F., *Derecho de Aguas*, 4º ed., Santiago de Chile, Legal Publishing, 2009.

SERNA VALLEJO, M., “Los bienes públicos: formación de su régimen jurídico”, en GONZÁLEZ GARCÍA, J. V. (dir.), *Derecho de los bienes públicos*, 2ª ed., Valencia, Tirant Lo Blanch, 2009, pp. 39-66.

SETUÁIN MENDÍA, B., “La reforma de la Ley de Aguas: un recorrido por los aspectos más relevantes de la tramitación parlamentaria de la Ley 49/1999, de 13 de diciembre”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *La Reforma de la*

Ley de Aguas (Ley 46/1999 de 13 de diciembre), Madrid, Civitas, 2000, pp. 235-288.

SOLANES, M Y GONZÁLEZ-VILLARREAL, F., “Los principios de Dublín reflejados en una evaluación comparativa de ordenamientos institucionales y legales para la gestión integrada del agua”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *El Derecho de Aguas en Iberoamérica y España: Cambio y modernización en el inicio del tercer milenio*, Tomo II, Madrid, Civitas, 2002, pp. 463-506.

SOTO KLOSS, E., “Los derechos adquiridos en el derecho público chileno. (Réquiem para una ineptia doctrinaria)”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Vol. 81, 1984, pp. 13-23.

SOTO OYARZÚN, L., “Capítulo VI. Chile”, en IZA, A Y ROVERE M. (eds.), *Gobernanza del Agua en América del Sur: dimensión ambiental*, UICN Serie de Política y Derecho Ambiental N° 53, Cambridge, Reino Unido, Editores del Puerto, 2006.

TEJEDOR BIELSA, J., “Bienes públicos y medio ambiente”, en LÓPEZ RAMÓN, F. Y ESCARTÍN ESCUDÉ, V. (coords.), *Bienes públicos, urbanismo y medio ambiente*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 73-89.

TRILLO GUARDIA, C., “La Ley 46/1999 de modificación de la Ley de Aguas, vista por la Comunidad General de Riegos del Alto Aragón”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *La Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999 de 13 de diciembre)*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 543-554.

VALENZUELA JENSEN, C., “La patente por la no-utilización de las aguas en Chile: origen, diseño y primeras experiencias en su implementación”, en *Programa de Pasantías y Prácticas Profesionales*, División de Recursos Naturales e Infraestructura de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe, [s.a.].

VÁSQUEZ COBOS, C., “La regulación de los contratos de cesión de derechos de uso de aguas”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *La Reforma de la Ley de Aguas (Ley 46/1999 de 13 de diciembre)*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 159-231.

VERGARA BLANCO, A., “La teoría del dominio público: el estado de la cuestión” *Revista de Derecho Público*, V. I, Nº 114, Enero-Marzo 1989, pp. 27-58.

- “Los derechos mineros como derechos reales administrativos”, *Revista de Derecho Público*, V. II Nº 115 (mayo-agosto), Madrid, 1989, pp. 473-493.
- “La propietarización de los derechos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso XIV*, Años 1991-1992, pp. 281-291.
- “El mercado de aguas en el Derecho chileno. Titularidades privadas y libertad de transacción”, en EMBID IRUJO, A. (dir.), *Precios y Mercados del Agua*, Madrid, Civitas. 1996, pp. 325-339.
- “Perspectiva y Prospectiva Jurídica del Mercado de Derechos de Aguas Chileno”, *Charlas Derechos de Aguas 1996*, Santiago de Chile, Colegio de Abogados de Chile, 1997, pp. 3-28.
- *Derecho de Aguas*, Santiago de Chile, TT. I y II, Editorial Jurídica de Chile, 1998.
- “Estatuto jurídico, tipología y problemas actuales de los derechos de aprovechamiento de aguas. En especial, de su regularización y catastro”, *Estudios Públicos Nº 69*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Públicos, 1998, pp. 155-205.

- “Los derechos reales administrativos: un tipo de derecho público subjetivo necesitado de reconocimiento en Chile”, en *XX Jornadas de Derecho Público*, Valparaíso, V. II, Edeval, 1999, pp. 460-462.
- “Naturaleza jurídica de los «Bienes Nacionales de Uso Público»”, *Ius Publicum*, N° 3, 1999, pp. 73-83.
- “El derecho de la sequía: La redistribución de aguas”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, V. I, N° 2, julio-diciembre 1999, pp. 361-370.
- “El novísimo derecho de bienes públicos y recursos naturales en Chile. Publicatio y derechos reales administrativos”, *Derecho Administrativo. Revista de Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica* N° 49, 2004, pp. 575-589.
- “Evolución y principios del derecho de aguas en Hispanoamérica. El caso de Chile”, en AAVV., *Derecho de Aguas*, T. II, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp. 454-480.
- “La *summa divisio* de bienes y recursos naturales en la Constitución de 1980”, *Ius Publicum* N° 12, 2004, pp. 105-126.
- “Una tríada económica y jurídica: Recursos naturales, bienes públicos y servicios públicos conexos para un balance de 30 años de liberalización económica en Chile (1980-2010)”, en FERRADA BÓRQUEZ, J. C. (coord.) *Estudios de Derecho Público. El principio de separación de poderes. Actas de las XL Jornadas de Derecho Público*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile y Thomson Reuters, 2011, pp. 651-676.
- “Focalizando la agenda de un recurso común: el desafío de potenciar la autogestión de las aguas en Chile”, *Temas de la Agenda*

Pública. Centro de Políticas Públicas UC, N° 56, Año 7, noviembre 2012.

VILLAR PALASÍ, J. L., *Derecho Administrativo*, T. I, Madrid, Universidad de Madrid, 1968.

YÁÑEZ BENÍTEZ, R., “El mercado de las aguas en Chile”, *Ideas para Chile*, Colección Informe Especial, Vol. XIX N° 200, Instituto Libertad y Desarrollo, 2008, pp. 5-31.

ZÚÑIGA URBINA, F., “Concepto de leyes y tipos de leyes”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XVIII, 1997, pp. 259-276.

- “Constitución y dominio público”, *Ius et Praxis*, n° 11 V. 2, 2005, pp. 65-101.

WEBGRAFÍA

ALCAÍN MARTÍNEZ, E., “La protección jurídico-privada del derecho de aprovechamiento de aguas” *Diario La Ley* [en línea]. Recuperado el 30 de abril 2013, de <<http://diariolaley.laley.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAA AAAEAO29B2AcSZYIji9tynt/SvVK1+B0oQiAYBMk2JBAEOzBiM3mkuw daUcjKasqgcpIVmVdZhZAZO2dvPfee++999577733ujudTif33/8/XGZkAW z2zkrayZ4hgKrlHz9+fB8/ltps0ny287s/mO7S//fo//fo//v0//u/MJu266x8Wk0/ 28XvxWX+Jpt8tvMLi9nss6dvdujZvffg4f0Hv/Ayr5uiWn62t7O7s3Nv5+AX NniWT+cvs4v8s7NIMS2qcdas3qFdcX5NAN9cr/LPzrOyyX9hPqmqtwG43 9+A+X8AilEaC5sAAAA=WKE>>.

ARROJO AGUDO, P. (coord.), “Transferencia de derechos privativo de uso de aguas en España. Estado de la cuestión”, Informe elaborado para la Dirección General de Aguas del Ministerio de Medioambiente, en FNCA

[en línea]. Recuperado el 28 de mayo de 2010 de <<http://www.fnca.eu/guia-nueva-cultura-del-agua/images/documents/Economia/EXT%20Transferencia%20dchos.%20privativos%20de%20uso%20de%20aguas.pdf>>.

BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE. [en línea]. *Glosario Legislativo*. Recuperado el 25 de noviembre de 2011, de <http://www.bcn.cl/ayuda_folder/glosario#M>.

CONSEJERÍA DE AGRICULTURA, PESCA Y MEDIO AMBIENTE, *Proyecto de decreto por el que se autoriza la constitución de bancos públicos del agua en las demarcaciones hidrográficas de las cuencas mediterráneas andaluzas, del Guadalete y Barbate, y del Tinto, Odiel y Piedras, y se establece su régimen de funcionamiento*, Junta de Andalucía [en línea]. Recuperado el 05 de mayo 2013, de <http://www.juntadeandalucia.es/medioambiente/portal_web/agencia_andaluza_del_agua/nueva_organizacion_gestion_integral_agua/participacion/docs_informacion_publica/abiertos/borrador_decreto_banco_publico_agua.pdf>.

DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Ministerio de Obras Públicas. Gobierno de Chile. [en línea], *Acerca de la DGA*. Recuperado el 28 de febrero de 2012, de <<http://www.dga.cl/acercadeladga/Paginas/default.aspx>>.

DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS. Ministerio de Obras Pública. Gobierno de Chile. [en línea], *Balance de Gestión Integral Año 2009*. Recuperado el 01 de marzo de 2012, de <<http://www.dga.cl/acercadeladga/informesgestion/Documents/balancegestionintegral2009.pdf>>.

EMBID IRUJO, A., "Una nueva forma de asignación de recursos: El mercado del agua". *OP, Revista del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos*. N° 50. Año 2000. La Gestión del Agua. Volumen I. [en línea]

Recuperado el 28 de junio de 2009, de <http://hispagua.cedex.es/documentacion/revistas//op/50/op50_6.htm#introduccion>.

LA OPINIÓN [en línea], *Derechos de agua: Uno de los mayores caudales no usados se concentra en La Araucanía*. Recuperado el 01 de febrero de 2012, de <<http://www.laopinon.cl/noticia/sociedad/derechos-de-agua-uno-de-los-mayores-caudales-no-usados-se-concentra-en-la-araucania>>.

NAREDO, J. M., *Lo público y lo privado, La planificación y el mercado, en la encrucijada actual de la gestión del agua en España*, “Panel Científico-Técnico de Seguimiento de la Política de Aguas”, Fundación Nueva Cultura del Agua. [en línea]. Recuperado el 22 de junio de 2009, de <<http://www.unizar.es/fnca/varios/panel/24.pdf>>.

OJO CON EL PARLAMENTO. Observatorio Parlamentario Ciudadano. *Proyecto de Ley que Reforma el Código de Aguas* [en línea]. Recuperado el 24 de noviembre de 2011, de <<http://www.ojoconelparlamento.cl/wp-content/plugins/downloads-manager/upload/MOCION%20%20PROPUESTA%20DE%20REFORMA%20AL%20CODIGO%20DE%20AGUAS.pdf>>.

SASTRE BECEIRO, M., *La regulación del mercado del agua en España: cómo armonizar los usos económicos con el interés público*”, en CEIGRAM [en línea]. Recuperado el 25 de agosto 2012 de <<http://www.ceigram.upm.es/sfs/otros/ceigram/Contenidos%20Investigaci%C3%B3n/contenido%20seminarios%20cientificos/LA%20REGULACI%C3%93N%20DEL%20MERCADO%20DEL%20AGUA%20EN%20ESPA%C3%91A.ppt>>.

TAPIA FIGUEROA, R. *¿Existe la obligación de justificar la necesidad del caudal de agua que se solicita del Estado?* [en línea]. Biblioteca del Congreso

Nacional de Chile-BCN Blog Legal. Un espacio de conversación de temas jurídicos y legislativos, Noviembre 2008. Recuperado el 28 de enero 2012, de <<http://bloglegal.bcn.cl/content/view/324550/Existe-la-obligacion-de-justificar-la-necesidad-del-caudal-de-agua-que-se-solicita-del-Estado.html>>.

NORMAS JURÍDICAS

INTERNACIONAL

NACIONES UNIDAS, *Declaración de Dublín sobre el Agua y el Desarrollo Sostenible*, Conferencia Internacional sobre Agua y Medio Ambiente, Dublín, Irlanda, 26-31 Enero de 1992.

UNIÓN EUROPEA

COMUNIDAD EUROPEA, Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un nuevo marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas.

ESPAÑA

Estado

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, 1978, (BOE núm. 311 de 29 de Diciembre de 1978).

LEY 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. (Vigente hasta el 25 de julio de 2001) (BOE núm. 189 de 8 de agosto de 1985).

LEY 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. (BOE núm. 285 de 27 de Noviembre de 1992).

LEY 46/1999 de 13 de diciembre, de modificación de la Ley 29/1985, de 2 de agosto, de Aguas. (BOE núm. 298 de 14 de Diciembre de 1999).

LEY 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. (BOE núm. 264 de 04 de Noviembre de 2003).

LEY 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. (BOE núm. 313 de 31 de Diciembre de 2003).

LEY 11/2012, de 19 de diciembre, de medidas urgentes en materia de medio ambiente. (BOE núm. 305 de 20 de Diciembre de 2012).

REAL DECRETO-LEY 9/2006, de 15 de septiembre, por el que se adoptan medidas urgentes para paliar los efectos producidos por la sequía en las poblaciones y en las explotaciones agrarias de regadío en determinadas cuencas hidrográficas (BOE núm. 222 de 16 de Septiembre de 2006).

REAL DECRETO-LEY 17/2012, de 4 de mayo, de medidas urgentes en materia de medio ambiente. (BOE núm. 108 de 05 de Mayo de 2012).

REAL DECRETO LEGISLATIVO 1/2001 de 21 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas. (BOE núm. 176 de 24 de Julio de 2001).

REAL DECRETO, de 6 de noviembre de 1863, que regula la inscripción de los bienes y derechos reales del Estado y de las Corporaciones Civiles, en virtud de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1861 y el Real Decreto de 11 de noviembre de 1864 (derogado). (GACETA DE MADRID de 9 de noviembre de 1863).

REAL DECRETO, de 24 de julio de 1889, texto de la edición del Código Civil (Vigente hasta el 22 de Julio de 2014). (GACETA de 25 de Julio de 1889).

REAL DECRETO 849/1986, de 11 de abril, por el que se aprueba el Reglamento del Dominio Público Hidráulico (BOE núm. 103 de 30 de Abril de 1986).

REAL DECRETO 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamentos de Bienes de las Entidades Locales. (BOE de 07 de Julio de 1986).

REAL DECRETO 1664/1998, de 24 de julio, que aprueba el Plan Hidrológico del Tajo (BOE núm. 191 de 11 de agosto de 1999).

REAL DECRETO 13/2008, de 11 de enero, por el que se aprueba el Plan Especial del Alto Guadiana. (BOE núm. 21 de 4 de enero de 2008)

Comunidades Autónomas

CATALUÑA, Decreto Legislativo 3/2003, de 4 de noviembre, por el cual se aprueba el texto refundido de la legislación en materia de aguas de Cataluña. (DOGC núm. 4015 de 21 de Noviembre de 2003).

CATALUÑA, Decreto 188/2010, de 23 de noviembre, de aprobación del Plan de gestión del distrito de cuenca fluvial de Cataluña (DOGC núm 5764 de 26 de noviembre de 2010).

ANDALUCÍA, Ley 9/2010, de Aguas de Andalucía. (BOJA núm. 155 de 09 de Agosto de 2010 y BOE núm. 208 de 27 de Agosto de 2010).

Otras

RESOLUCIÓN de 8 de julio de 2008, de la Secretaría de Estado de Medio Rural y Agua, por la que se publica el Convenio de colaboración entre la Administración General del Estado y la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha para el desarrollo de distintas actuaciones contenidas en el Plan Especial del Alto Guadiana.

CHILE

DIRECCIÓN GENERAL DE AGUAS, Resolución DGA (Exenta) 4.200/2011 de 28 de diciembre, que fija listado de derechos de aprovechamiento de aguas afectos al pago de patente a beneficio fiscal por no utilización de las aguas.

JUNTA DE GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Decreto Ley 1/1973, de 11 de septiembre, sobre el acta de constitución de la Junta de Gobierno.

JUNTA DE GOBIERNO DE LA REPÚBLICA DE CHILE, Decreto Ley 128/1973, de 12 de noviembre, que aclara el sentido y alcance del Decreto Ley 1/1973.

MINISTERIO DE AGRICULTURA. Ley 16640/1967 de 28 de julio, sobre Reforma Agraria.

MINISTERIO DEL INTERIOR. Decreto Supremo N° 1.150 de 1980 del 24 de octubre por el que se aprueba la Constitución Política de la República de Chile.

MINISTERIO DE JUSTICIA. Ley 9.909/1951, de 28 de mayo, que fija los textos definitivos del Código de Aguas.

MINISTERIO DE JUSTICIA. Decreto 162 /1969 de 12 de marzo, que fija el texto sistematizado del Código de Aguas.

MINISTERIO DE JUSTICIA, Decreto Ley 1552/1976 de 13 de septiembre de 1976 sobre los derechos y deberes constitucionales.

MINISTERIO DE JUSTICIA. Decreto con Fuerza de Ley 1122/1981, de 29 de octubre, que fija el texto del Código de Aguas.

MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS. Ley 20.017/2005 de 16 de junio, que modifica el Código de Aguas.

MINISTERIO SECRETARÍA GENERAL DE LA PRESIDENCIA, Ley 19.880/2003 de 29 de mayo, que establece las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.

REPÚBLICA DE CHILE, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Política de la República, Tomos I-XI, Sesiones N° 1-417, celebradas desde el 24 de septiembre de 1973 al 5 de octubre de 1978.

REPÚBLICA DE CHILE, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Sesión N° 170, de 27 de noviembre de 1975.

REPÚBLICA DE CHILE, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Sesión N° 182, de 14 de enero de 1976.

REPÚBLICA DE CHILE, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución Política de la República, Sesión N° 183, de 2 de marzo de 1976.

REPÚBLICA DE CHILE, Actas Oficiales de la Comisión de Estudio de la Nueva Constitución, Política de la República, Sesión N° 389, de 27 de junio de 1978.

REPÚBLICA DE CHILE, Constitución de la República de Chile, de 18 de septiembre de 1925 (derogada).

REPÚBLICA DE CHILE, Constitución de la República de Chile, de 11 de septiembre de 1980 (actualizada mediante el Decreto 100/2005, de 17 de septiembre, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile). (DO de 22 de septiembre de 2005).

REPÚBLICA DE CHILE, Ley 19.980/2003, de 22 de mayo, que establece bases de los procedimientos administrativo que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado.

REPÚBLICA DE CHILE, Ley 1552/1902, de 28 de agosto, que aprueba el Código de Procedimiento Civil.

S. E. LA PRESIDENTA DE LA REPÚBLICA, Mensaje con el que se inicia un proyecto de reforma constitucional que modifica el artículo 19, numerales 23 y 24, de la Constitución Política de la República de Chile.

JURISPRUDENCIA

España

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 227/1988, de 29 de noviembre de 1988.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 243/1993, de 15 de julio de 1993.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 149/2011, de 28 de septiembre de 2011.

TRIBUNAL SUPREMO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso), de 12 de julio de 1985, (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1985/4213).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso), de 7 de marzo de 1987, (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1987/3505).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso), de 5 de febrero de 1988, (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1988/659).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 754/1989,(Sala de lo Contencioso, Sección 1ª), de 5 de junio de 1989, (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1989/4494).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso, Sección 1ª), de 28 de junio de 1989, (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1989/4919).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso, Sección 5ª), de 13 de febrero de 1990, (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1990/1430).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª), de 8 de noviembre de 1995, (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 1995/8299).

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO (Sala de lo Contencioso, Sección 3ª), de 18 de octubre de 2000, (Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi 2000/8170).

Chile

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 2 de diciembre de 1996, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo II, N° 6, Santiago de Chile, 1996, pp. 138-158.

CORTE SUPREMA

CORTE SUPREMA, 16 de agosto de 1912, *Repertorio T.* 10, Sección 1ª, Santiago de Chile, 1912, p. 605.

CORTE SUPREMA, 8 de septiembre de 1922, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 21, Sección 1ª, Santiago de Chile, 1922, p. 813.

CORTE SUPREMA, 22 de julio de 1966, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, 2ª Parte, Sección 1ª, Santiago de Chile, 1966, p. 277.

CORTE SUPREMA, 9 de enero 1970, *Fallos del Mes* N° 134, Santiago de Chile, 1970, p. 341.

CORTE SUPREMA, 11 de abril de 1995. *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, Tomo 92, sección 1ª, Santiago de Chile, 1995, p. 26.

CORTE SUPREMA, 26 de mayo de 1996. *Gaceta de los Tribunales*, N° 187, Santiago de Chile, 1996, p. 68.

CORTE DE APELACIONES

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 5 de mayo de 1986, *Fallos del Mes* N° 330 Año 28, Santiago de Chile, 1986, p.195.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, 26 de enero de 1995, confirmada por la Sala Constitucional de la Excma. Corte Suprema, *Gaceta Jurídica* N° 177, Santiago de Chile, 1995, pp. 20 y siguientes.

CORTE DE APELACIONES DE TALCA, confirmada por la CORTE SUPREMA, de 4 de agosto de 1906.

CORTE DE APELACIONES DE PUERTO MONTT, 6 de noviembre de 1987, confirmada por la Corte Suprema, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, T. 84, 1987, Sección. 5ª, Santiago de Chile, 1987, p. 318.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 6 de diciembre de 1983, *Dictamen* N° 27.690.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 11 de enero de 1995, *Oficio* N° 950/1995 *Sobre pronunciamiento solicitado por la Dirección General de Aguas*; Ord. 861, de 1994.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 6 de septiembre de 2004, *Dictamen* N° 45.191.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 29 de septiembre de 2004, *Dictamen* N° 48.940.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, 2 de junio de 2008, *Dictamen* N° 25.264

ANEXOS

ANEXOS GENERALES

ANEXO I

CONCLUSIONES (VERSIÓN EN INGLÉS)

CONCLUSIONS

First

The purpose of this PhD thesis is to provide a comparative legal reflection on the current regime of the right to exclusive water use (*derecho al uso privativo de las aguas*) – configured as water use right (*derecho de aprovechamiento*) - in Spain and Chile, from a critical analysis of the current regulations - without forgetting its historical roots - and its jurisprudential interpretation, also considering scientific doctrine; with the ultimate aim to highlight their respective strengths and weaknesses, while making other suggestions and proposals for improvement for both regimens. In order to accomplish this task it has been considered essential to analyze each of the legal systems separately, so that the study regarding the Spanish model is embodied in the first part of this paper, and the reference to the Chilean model in the second. Each of these sections follow the same formal structure in order to generate a balanced overview that would, thereafter, conduct a proper comparative analysis of both systems, which configure the third part of this thesis.

Second

The legal regime applicable in Spain to the right to exclusive water use configured as water use right, is closely linked to its configuration as a social and democratic State of law, which provides the basis for determining its development model. Thus, with the ultimate goal of achieving the common good, it has provided the public administration of strong powers to intervene in the field of economic activities, including the establishment of water use rights. In addition, as a member of the European Community, Spain must follow a set of guidelines related to the environmental effects of water policy. Noting the current concerns about the significance of water as a natural resource and environmental imperative for the survival of the planet, and as an economic factor of production, it seems completely logical that exclusive use is regulated in such a way that allows administration to verify the fulfillment of the conditions that allow it. Finally, because the current crisis affecting the country, the legislature has attempted to relax the constitution system of water use rights, allowing the transaction through private contracts. While this trend has decreased the level of involvement of the water administration, is far from eliminated. Indeed, what is sought is to try to strike a balance between state intervention and flexibility in terms of use rights constitution.

Third

The current constitution mechanism of water use rights in Chile, has its origin in the 1981 Water Code. It is a regulatory body that was created at the height of the military regime, which laid the foundations of a neoliberal model of economic and social development. The dictatorship imposed in 1973 ended a socialist regime, and suppressed the model of centralized planning to achieve the common good. Quite the contrary, the new regime argued that such an ideal could only be achieved by the private sector through the application of free market tools. Consequently, they limited the powers of

administration, which can also be observed regarding their intervention to water use rights. In this area the DGA (General Directorate of Waters) should constitute them originally, by an act of authority that aims only the verification of certain formal requirements, lacking discretionary powers to dictate. After this, the DGA is detached completely from the title, and the right becomes part of the person's estate of its owner as a property right, which can trade it freely in the market, which to be efficient, it lacks any administrative intervention. The result, in our view, has been disastrous because of its negative externalities. If on the one hand led to economic growth, on the other, led to a series of impacts on social equity, lack of integrated management of water resources, inefficient way of resolving environmental conflicts and limited environmental protection. It is in these cases where administrative intervention makes sense, being in our opinion, important and necessary.

Fourth

The theory of public water domain is regulated both in the Spanish legal system and in the Chilean system. In both cases corresponds to a manifestation of the *summa divisio* of goods, under which certain goods are subtracted from the sphere of private appropriability, usually natural resources and goods of special social significance, through the exercise of *publicatio* technique. Through this legislative power, it provides strong legal protection to water resources for compliance purposes intrinsically linked to the public interest and promote the common good. Whatever the legal name each granted - public water domain in Spain, and national goods for public use in Chile - the *publicatio* not only legitimates the legislator to set them as assets *extra commercium*, but also to determine how to use them. Generally, compliance with the general interests is achieved through the joint use of public property, and even when its exercise is seemingly obvious, should not be neglected by the legislation, to avoid any hindrance in its execution by the whole society. However, these same interests, eventually can only be

satisfied by private use of water resources, ie, granting ownership of the right to use it to a particular person exclusive and excluding.

Fifth

The possibility that *publicatio* provide, in order to establish a private use of public water, ie a use that involves the restriction for all other citizens is, without doubt, a complex issue that must be addressed by the legislator with caution, so thorough, always taking into account the general interest indispensable. As the comparative analysis shows, it should be noted the commendable efforts of legislators of water law from Spain and Chile, who have managed to set up a kind of special legal status within each water law system in order to regulate this exclusive and excluding use of water resources, even when, in essence, the selected mechanisms for implementation are, in fact, diametrically opposed. These differences are explained by the development model that applies in each of these states. Spain, to settle as a social and democratic state of law, and to be a member of the European Community, has followed the logic required for verification of sustainable development, for which it has established a strong administrative intervention aimed to enable the use of water resources as an economic factor of production, on the condition that they meet a number of obligations imposed by the water administration, which aim to protect and conserve water resources in pursuit of the common good. Chile, in turn, is formed as a liberal democratic state, stating that the rules governing the free market are adequate to achieve the common good, also including the management of water rights, in an attempt to prevent the intervention of the Public Administration in this regard.

Sixth

In the Chilean water law, the right to use water resources uniquely and exclusively, has been called "water use rights" from the first 1951 Water Code. The Spanish legal system, in turn, did not follow a systematic order in this regard. The nineteenth waters legislator referred to this right as a "use" and so was later picked up by the civil law. However, with the entry into force of TRLA, established the name of "right to exclusive water use", although in several precepts again refers it as " water use". In this situation, which only tends to generate confusion, I consider it necessary to join efforts to unify the concepts picking the term " water use rights ", as did the legislature of yesteryear and give it a clear dogmatic content, as has Chilean legislator made. This would avoid any confusion with the "right of use" of civil code and redundancy in the use of the term "exclusive", considering that the mere fact of being formed as an subjective right, assumed this circumstance.

Seventh

The water use rights has the legal nature of an administrative "right *in rem*", although it has been widely recognized by the Spanish jurisprudence and doctrine, and to a lesser extent by the Chilean, is, in our view, a kind of subjective public right in need of treatment in both legal systems. The development of water use rights as a subjective public right, *de lege ferenda*, help put an end to the total lack of dogmatic content of the concept of water use rights in Spain. To construct this figure, first, we considered necessary to restructure the regulation relating to the water use rights concession, making it applicable all related regulations. Thus, we tried to establish a concept, objective and subjective elements and their effects. Second, and especially in regard to the effects of this water use right as administrative "right *in rem*", we have taken into account the provisions of civil law themselves, considering it a benchmark in "right *in rem*" matters. In regard to Chilean law, it is essential that this be recognized so that later can be largely regulated from the field of

administrative law, allowing a proper Hydraulic Public Administration interference in order to effectively protect the general interests of the nation.

Eighth

Both the Spanish Water Law, as in the Chilean system, the natural and legal persons have the legal capacity to be entitled as holder of the right to exclusive water use - configured as water use rights -. However, with respect to the ability to exercise this right, each of the jurisdictions require compliance with a number of conditions - before and / or attendant - whose rigor varies in response to the intensity of the established administrative intervention in their respective legal systems. Thus, in Spain, the water right holder must meet a number of stringent requirements imposed by the administrative concession from the moment of entitlement to the time of extinction. This means that, in general, may only have rights to use those who have obtained the necessary concession that trigger and exercise it in the terms that this entails. They are exceptional cases where the law allows another person other than the holder of the concession, holds the right to use - the assignee of the contract of assignment or the purchaser of the assignment offer held in the water exchange centres - and yet, these contracts are, in turn, regulated strictly and with a strong intervention by the water administration. In the case of Chile, only the original water right holder will be linked to the action of authority that trigger the water use rights, just to meet minimum requirements allowing the birth of such right. Once constituted the right, this is decoupled from the act of authority which originated and acquired a life of its own, which allows be freely transferred through the water rights market without interference from the water administration. From our point of view, the law should not stay out of the social changes, but must accompany them and, in a way, channeling. For this reason, and considering the current historical moment, the trend is that centralized systems to relax allowing the direct involvement of civil society in decision-making. Consequently, it seems appropriate to allow the free exercise of the water use rights to the extent not contrary to the proper

principles of sustainable development, for which adequate regulation by the public administration will always be necessary.

Ninth

The object of the water use rights rests precisely on "the waters." It is a right that is exercised over water resources on public water domain. This categorical statement generates resentment from certain sectors about the potential violation of the principle of inalienability. However, in any case, the Administration transferred the ownership of water resources, but only the right to use it unique and exclusively, by implementing the *publicatio* technique, which takes the form of the act establishing this right, whatever its name - concession, in the Spanish legal system, and act of authority in Chile -. Finally, and in order to avoid conceptual confusions that have been noticed in some Spanish doctrine, it should be noted that, in our opinion, the object of the concession is not a portion of public water, but the water use rights exercised over that portion of the hydric resource. In turn, this portion of public water domain is forming the object of the "right *in rem*" of use.

Tenth

In administrative law, the concession is usually the legal title created by the "use right". In water domestical legal system in Spain, the administrative act of the concession has been addressed in extensive and profuse, and enjoys a long tradition. In this regard, the Chilean water law states that the "use right" is set up under a title which has been termed as "act of authority". The majority doctrine considered that this act of authority corresponds, in practice, to a concession. In this regard, both the Spanish water law as in Chile, have created a similar procedure for the establishment of such rights; contemplating in both phases of initiation, instruction and completion. Despite this, both water legal systems set different statutes concerning the consitutive

act in three important aspects. First, with respect to the elemental content of this administrative act, we can see that the Chilean water administration lacks discretion to dictate the act of authority, considering that before the filing of an application that is lawful, on available water resources and does not affect the rights of third previously constituted, the resolution must necessarily be favorable. In addition, the water Administration is not authorized to determine or enforce orders of preference for the use of the resource, nor can set deadlines or grounds for revocation or revision of the title, can not establish any tax by the service management related to water, and finally, is not authorized to require the applicant to justify the use of water requested. Consequently, considering the development that has taken the figure of the concession act in the Spanish Water Law, it can be said that the "act of authority" which constitute the harvesting rights in Chile, can not be conceptualized as a concession for not complying with its substance. In the end, the best tool to implement this right is, in our opinion, through concessional administrative act, which must be integrated into water planning system that respects a set of principles, as the basin unity, protection of the environment, public participation and cost recovery management. Second, with respect to the stage of completion of the procedure, the negative effect of administrative silence is expressly set out in relevant waters Spanish rule. Instead, in Chilean water law, the legislator has not created specific rules in this regard, requiring referral to the rule for general administrative procedures, under which positive silence proceed. In practice, as established by administrative jurisprudence, has not been applied positive silence, although in no case has ordered to be applied negative silence, which certainly means a serious problem for the citizen, which remain in a permanent state of uncertainty and helplessness. Lastly, it is worth mentioning the fact that the Spanish water law, even when it regulates the legal effects arising from the concession, there is no systematic regulation relevant to the legal effects of the water use rights. Chilean water law to the contrary, devote almost the integrity of its Water Code to regulate the legal effects of the water use rights. The importance of regulating this issue in the field of water law is motivated by the need to regulate the legal status

determined both the rights and the duties of the holder of a right of use, what becomes important due to its subjective nature and its administrative right *in rem* nature. We therefore consider that the Spanish legislator should proceed to regulate the powers of use, enjoyment and disposition of the administrative right *in rem* use of water.

Eleventh

The ability to transfer the water use rights is an inherent faculty of this right, which deserves intensive regulation, considering that means its transmission *inter vivos*, through trade. In Chile, following the parameters involved in its neoliberal development model, applies the principle of free transferability of water use rights. Such liberalization for trade in these rights are currently protected by the Constitution of the Republic of Chile, under Article 19 No. 21 and No. 24, which shields the water use rights holders, enshrining those rights as property rights, too. Is this full liberalization that has allowed that the right is decoupled from the title that originates it, and prevent any interference by the public authorities in their regard. In Spain, meanwhile, although there is a possibility to transfer the rights of use, we observed that the legislator often been confused with the transfer of the concession - which is not the same -. Indeed, through the implementation of the contract of assignment and the acquisition of the assignment offer held in the water exchange centres, the legislator has allowed a person other than the holder of the concession holds the water use rights that derives from the concession. In any case, is far from established full liberalization contemplated in the Chilean legal system, due to strong governing administrative intervention in the celebration of the contracts. In this respect it seems appropriate to insist that while liberalization trend of water use rights is not fully developed, since its implementation is still recent, public administration should continue to exercise all those powers designed to protect the public interest and the common good, in order to avoid the negative effects that occur in extreme liberal system, as in Chile.

Twelfth

The transfer of the right to private use of the water corresponds to what in the language of economics is called "water markets". The justification for using the market as a useful tool to carry out the reallocation of water resources is mainly in the fact that, so far, the water administration has shown itself incompetent to manage water resources, considering that it has not carried out competently the registration tasks and management of new supply, all complemented by late regulation of national planning of water resources. However, it is necessary to note that the "invisible hand" described by Adam Smith, not necessarily results in a fair and satisfactory outcome, quite the contrary, as can be seen, in a comparative way, with the water management system in Chile. There, the formula for reallocation of water resources intervention lacks any public administration, and its effects have been disastrous: resource hoarding in the hands of the so-called "*aguatenientes*" - water hoarders - mostly foreign companies; increase in the value of the transaction price, which prevents the participation of the poorest section of the population; increase in the prices of energy derived from hydropower generation; rise in cost of water supply and sanitation, among other effects. Consequently, the use of the market as manager of water resources can only be justified, in our opinion, to the extent that the public administration can actively intervene in it, in the common interest and the pursuit of environmental protection. Considering that in the Spanish water law, the transfer of water rights is done in the framework of the contract of assignment and in the water exchange centres of water use rights, some authors have considered that form a kind of water market different from classical model, considering that involves management intervention. In contrast, other authors, and precisely in response to such intervention, consider that not configure one real market, at all. However, in our opinion, it seems clear that never will be a "water market", since the waters are not likely to be traded because they belong to public water domain, so it would be more proper to say "water use rights market". Finally, considering that the Spanish Water

Law enables exclusive use rights can be transferred through trade, we can but conclude that this is a real market for water use rights. Certainly not governed by the same corollary of economic principles enshrined in Chile, so it does not correspond to a fully liberalized market, but considering the existing administrative intervention regarding them, it is a "regulated market" of water use rights.

ANEXOS ESPAÑA

ANEXO I

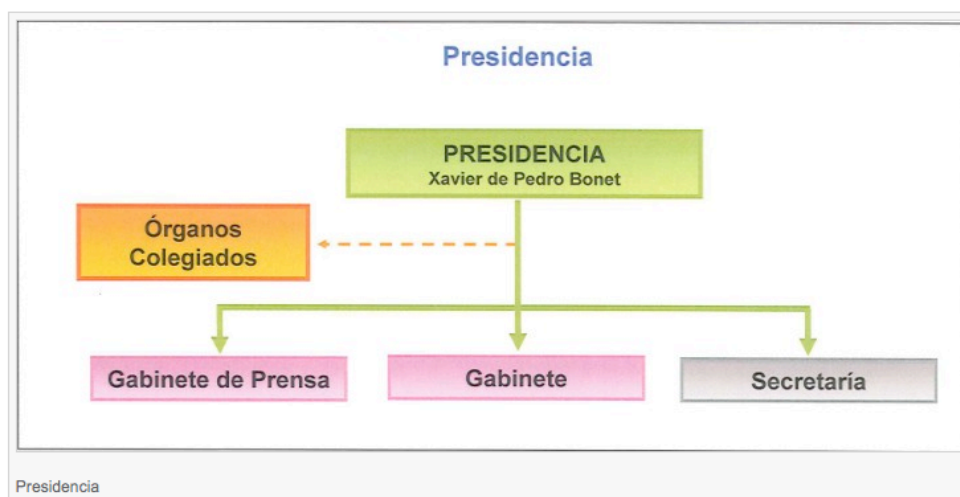
ORGANIGRAMA DE LA CONFEDERACIÓN HIDROGRÁFICA DEL EBRO

1. Organigrama General



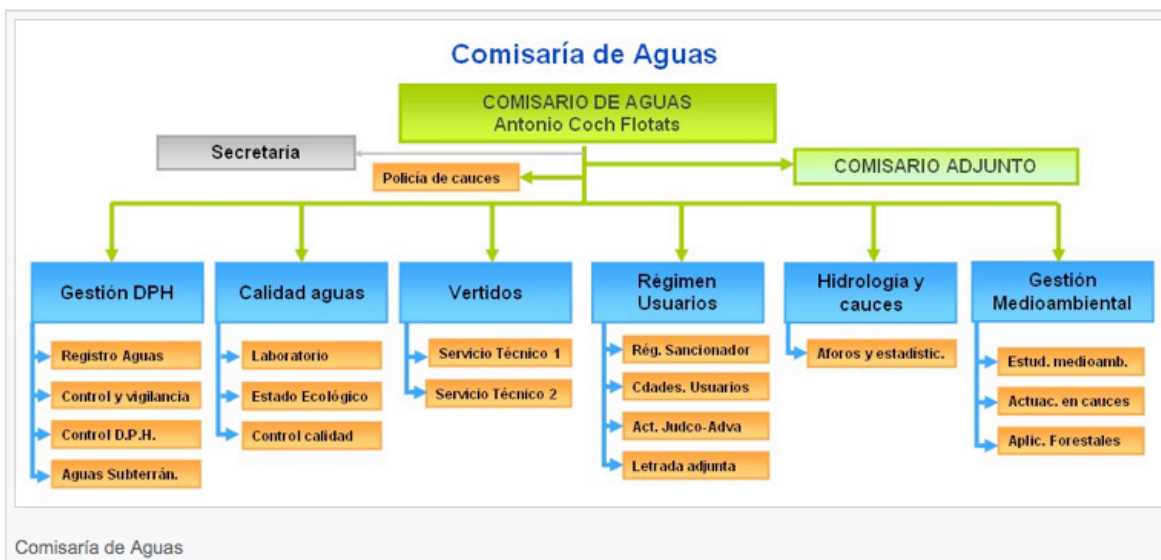
Fuente: Confederación Hidrográfica del Ebro

2. Organigrama de la Presidencia



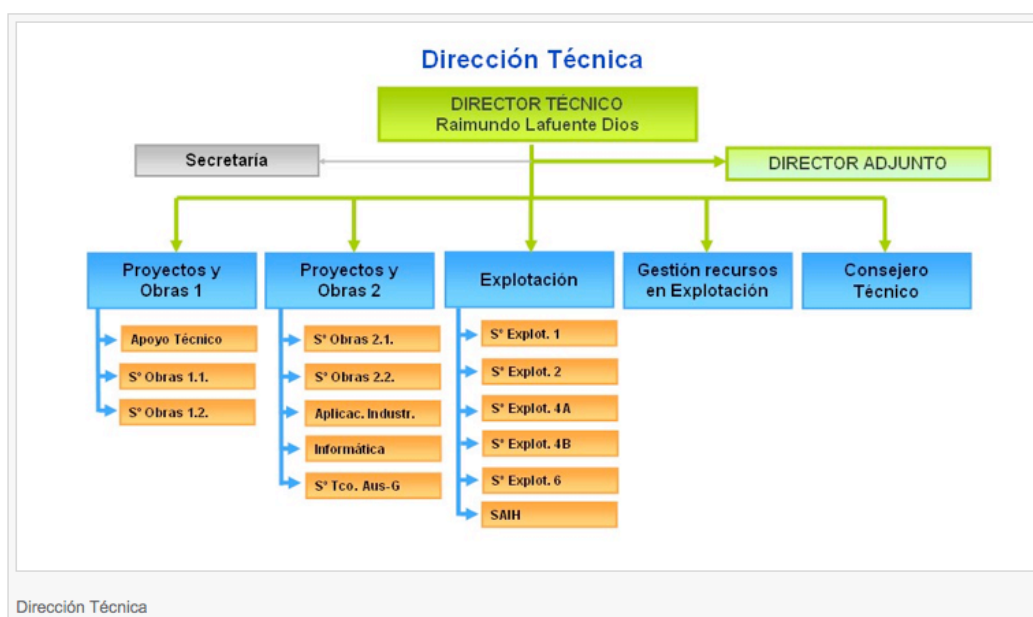
Fuente: Confederación Hidrográfica del Ebro

3. Organigrama de la Comisaría de Aguas



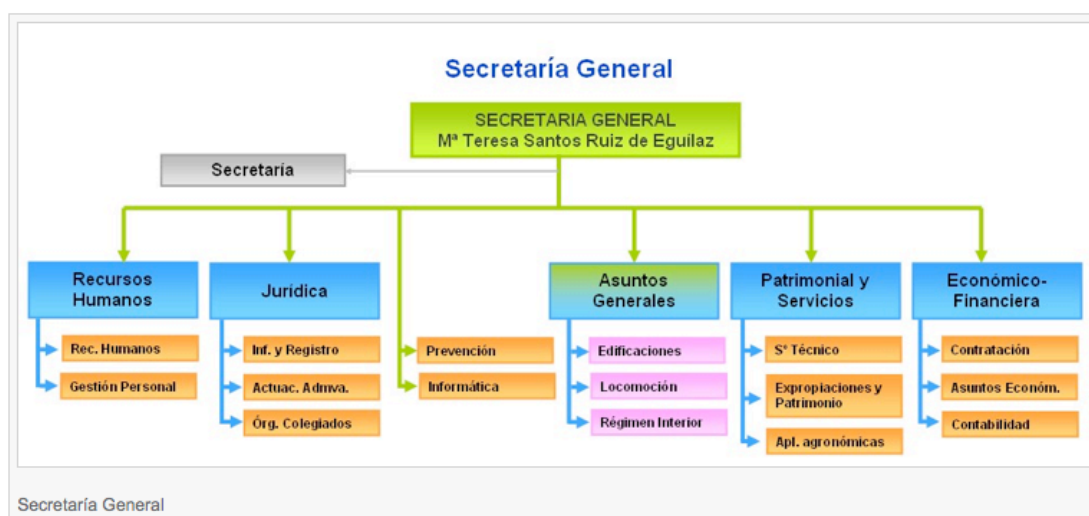
Fuente: Confederación Hidrográfica del Ebro

4. Organigrama de la Dirección Técnica



Fuente: Confederación Hidrográfica del Ebro

5. Organigrama de la Secretaría General



Fuente: Confederación Hidrográfica del Ebro

6. Organigrama de la Oficina de Planificación Hidrológica



Fuente: Confederación Hidrográfica del Ebro

ANEXO II

CASOS DE CELEBRACIÓN DE CONTRATOS DE CESIÓN DE DERECHOS AL USO PRIVATIVO DE LAS AGUAS

1. **Cesión celebrada entre la Comunidad de Regantes del Canal de Estremera y el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura¹**

Se trata de una zona regable de mediados del siglo pasado en la que unos novecientos regantes están agrupados en la Comunidad de Regantes del Canal de Estremera actualmente en funcionamiento.

Esta Comunidad de Regantes cuenta con una concesión de derechos privativos sobre las aguas del embalse de Estremera en el río Tajo de 30'97 hectómetros cúbicos al año, inscrita en el Registro de Aguas, según información suministrada por la Confederación Hidrográfica de Tajo.

Desde un punto de vista hidrológico, en el periodo analizado (1970-2000), las aportaciones medias anuales al canal de Estremera ascendieron a 30 hectómetros cúbicos al año, derivadas mediante la presa de Estremera.

El análisis económico ha puesto de manifiesto que la productividad del agua para el conjunto de la zona regable del canal de Estremera es de 0,0721 euros por metro cúbico de agua utilizada.

Estos datos hacen pensar que esta zona reúne las condiciones potenciales para un intercambio de derechos de uso privativo de las aguas. Sin embargo, la existencia del antecedente que se va a comentar puede afectar negativamente las condiciones en principio favorables.

¹ Resumen del trabajo realizado por: ESTEVAN ESTEVAN, A Y LA CALLE MARCOS, A. *Transferencias de Derechos de Agua entre Demandas Urbanas y Agrarias. El caso de la Comunidad de Madrid*. "Cuaderno de I+D+I" N°1. Madrid, Canal de Isabel II, 2007. pp. 156-157.

La Comunidad de Regantes del Canal de Estremera suscribió con el Sindicato Central de Regantes del acueducto Tajo-Segura un contrato de cesión de derechos de uso privativo de las aguas. El contrato se firmó por los presidentes de ambas entidades, Saturnino Gómez Terciado y Francisco del Amor el día 10 de febrero de 2006² Sin embargo, el asunto fue llevado a la Junta General Extraordinaria de la Comunidad de Regantes del Canal de Estremera de fecha 19 de febrero de 2006 que fue convocada el 25 de enero de 2006³

El contrato de cesión fue presentado oficialmente ante el Ministerio de Medio Ambiente para su autorización que fue concedida por resolución de la Dirección General del Agua del Ministerio de Medio Ambiente de fecha 10 de marzo de 2006. La tramitación fue correcta según informó la Abogacía del Estado, constando los informes de la Dirección General de Desarrollo Rural del Ministerio de Agricultura, Pesca y Alimentación; Dirección General de Agricultura de la Consejería de Medio Ambiente de la Comunidad de Madrid; Consejería de Agricultura y Pesca de la Junta de Andalucía; Consejería de Agricultura, Pesca y Alimentación de la Generalitat Valenciana; Consejería de Agricultura y Agua de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia; Consejería de Obras Públicas, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha, además de las Confederaciones Hidrográficas del Segura y del Tajo del Ministerio de Medio Ambiente⁴.

En el contrato la Comunidad de Regantes del Canal de Estremera cede al Sindicato Central de Regantes del acueducto Tajo-Segura para el año hidrológico de 2006 su derecho de uso privativo de 31'05 hectómetros cúbicos de aguas al amparo del Real Decreto Ley 15/2005⁵ que han sido

² Periódico ABC [11-02-2006].

³ Boletín Oficial de la Provincia de Toledo [02-02-2006].

⁴ Boletín Oficial de las Cortes Generales [D 386, 16-05-2006] p. 209.

⁵ MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE. *Nota de prensa del Informe de situación de la sequía*. Diagnóstico de la situación a 10 de marzo de 2006.

trasvasadas a través del acueducto Tajo – Segura⁶ con una compensación económica de 0'1856 euros por metro cúbico.

La comparación de la productividad del agua estimada en el presente estudio de 0,0721 euros por metro cúbico, con la cantidad de 0'1856 euros por metro cúbico pagada por el Sindicato Central de Regantes del Acueducto Tajo-Segura, arroja una diferencia muy notable. Cabe preguntarse por los efectos que pueda tener de precio de referencia para los contratos futuros y su capacidad para dificultarlos, más allá de la inexistencia de las infraestructuras necesarias para poder transportar las aguas de la cesión.

Recuérdese lo mencionado respecto de la «compensación económica» que puede mediar en los llamados intercambios de derechos de uso privativo de las aguas. La elección de la expresión «compensación económica» en vez del término «precio» parece tener su fundamento en que el cedente no debe de obtener un mayor beneficio económico cediendo el agua que usándola, dada la forma casi gratuita en que la adquirió y su carácter de dominio público.

El pago por metro cúbico de más del doble del valor de su productividad difícilmente puede considerarse una «compensación económica». Parece que en ese caso se supera el objetivo de compensar, resarcir, reparar o indemnizar el daño, perjuicio o detrimento patrimonial que padece el cedente al privarse del uso del agua cedida.

Como consecuencia, este antecedente puede tener efectos económicos sobre un posible nuevo contrato de cesión, es improbable que quienes han cedido sus derechos por un precio de 0'1856 euros por metro cúbico, estén dispuestos a aceptar voluntariamente una «compensación económica» de aproximadamente 0,0721 euros por metro cúbico.

⁶ Boletín Oficial de las Cortes Generales [I 500, 20-06-2006] p. 62.

Al no haber accedido a la autorización del referido contrato ni a los informes obrantes en el expediente, se desconocen los criterios que han llevado al Ministerio de Medio Ambiente a su aprobación y a la aceptación del señalado precio como «compensación económica», excluyendo su facultad de «establecer el importe máximo de la compensación».

2. Cesión celebrada entre la Comunidad de Regantes del Canal de Henares con la Mancomunidad de Aguas del Sorbe⁷

Es una zona regable originalmente privada pero que, a principios del siglo, pasado pasó a manos públicas en la que unos mil ochocientos regantes están agrupados en la Comunidad de Regantes del Canal del Henares actualmente en funcionamiento.

Esta Comunidad de Regantes cuenta con unos derechos concesionales de derechos privativos sobre las aguas fluyentes del río Henares de 5.600 litros por segundo de los que 3 mero cúbicos por segundo salen del embalse de Alcorlo, ambas se hallan inscritas en el Registro de Aguas según información suministrada por la Confederación Hidrográfica del Tajo.

Desde un punto de vista hidrológico en el periodo analizado (1979-2000), las aportaciones medias anuales al canal del Henares ascendieron a 59'3 hectómetros cúbicos al año.

El análisis económico ha puesto de manifiesto que la productividad del agua para el conjunto de la zona regable del canal del Henares es de 0,0476 euros por metro cúbico de agua utilizada.

Estos datos hacen pensar que esta zona reúne las condiciones potenciales para un intercambio de derechos de uso privativo de las aguas. Sin

⁷ Resumen del trabajo realizado por: ESTEVAN ESTEVAN, A Y LA CALLE MARCOS, A. *Transferencias de Derechos de Agua entre Demandas Urbanas y Agrarias...* op. cit. pp.157-159.

embargo, también en este caso nos existe un antecedente que puede afectar las condiciones inicialmente favorables.

La Comunidad de Regantes del Canal de Henares firmó un contrato el 8 de febrero de 2002 con la Mancomunidad Aguas del Sorbe para la cesión de hasta 20 hectómetros cúbicos al año. El caudal instantáneo a derivar se fijó entre 300 y 1.300 litros por segundo. Durante los meses de septiembre a abril será como máximo de 1.300 litros por segundo y, durante los meses de mayo a agosto, será como máximo de 300. En dicho contrato media un pago de una cuota anual fija de 38.000 euros, y un pago por metro cúbico de 0,01 euros para los primeros 4 hectómetros cúbicos, y de 0,02 para los consumos a partir de esa cantidad. Además, los consumos realizados en junio, julio y agosto se abonarán en cualquier caso a 0,03 euros por metro cúbico. Todos los precios se actualizan con el IPC.

El contrato se halla vigente y ha sido objeto de cesión efectiva los meses de julio a octubre de 2002 con un volumen de 4 hectómetros cúbicos y de junio de 2005 a enero de 2006 con un volumen de 14.

La existencia de un contrato de cesión parcial de los derechos de uso no impide que la Comunidad de Regantes pueda realizar una nueva cesión. La legislación vigente no limita el número de cesiones que pueda realizar un cedente siempre que tenga derechos de uso que ceder.

No obstante, téngase en cuenta que el volumen susceptible de cesión «en ningún caso podrá superar al realmente utilizado por el cedente», ni ser «superior al concedido».

En el presente caso una nueva cesión parece que no debería superar los 39'3 hectómetros cúbicos al año (los 59'3 que se vienen utilizando menos los 20, ya objeto de cesión en el vigente contrato).

3. Cesión celebrada entre la Mancomunidad de Canales de Taibilla con la Comunidad de Regantes del Canal de las Aves⁸

La Comunidad de Regantes del Canal de Aves es titular de una concesión de aguas procedente del río Tajo con destino a regadío. La Mancomunidad de Canales de Taibilla, Organismo autónomo de la Administración General del Estado adscrito al Ministerio de Medio Ambiente –actualmente inmerso en su transformación en agencia estatal de acuerdo con la Ley 28/2006, de 18 de julio- tiene como principal función el abastecimiento de agua potable a las poblaciones cuyos municipios formen parte de la misma. En virtud del contrato suscrito en 2006, la comunidad de regantes cedió un volumen de veinte hectómetros cúbicos de agua procedente de sus recursos del río Tajo que la Mancomunidad destinaría a garantizar su dotación máxima para abastecimiento de poblaciones, lo que naturalmente dejaba abierta la posibilidad de que efectivamente tales caudales no fueran efectivamente utilizados si aquélla resultaba finalmente cubierta. La infraestructura hidráulica utilizada sería el trasvase Tajo-Segura.

⁸ Resumen del trabajo realizado por: NAVARRO CABALLERO, T. M. “Las transacciones de derechos al uso del agua y su transferencia a las cuencas receptoras Tajo-Segura”. En *Revista Aranzadi Derecho Ambiental*, N° 14. Año 2008-2. p.119.

ANEXOS CHILE

ANEXO I

ORGANIGRAMA DGA



FUENTE: Dirección General de Aguas

ANEXO II

DIAGRAMA DE TRAMITACIÓN DE SOLICITUDES DE CONSTITUCIÓN DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO

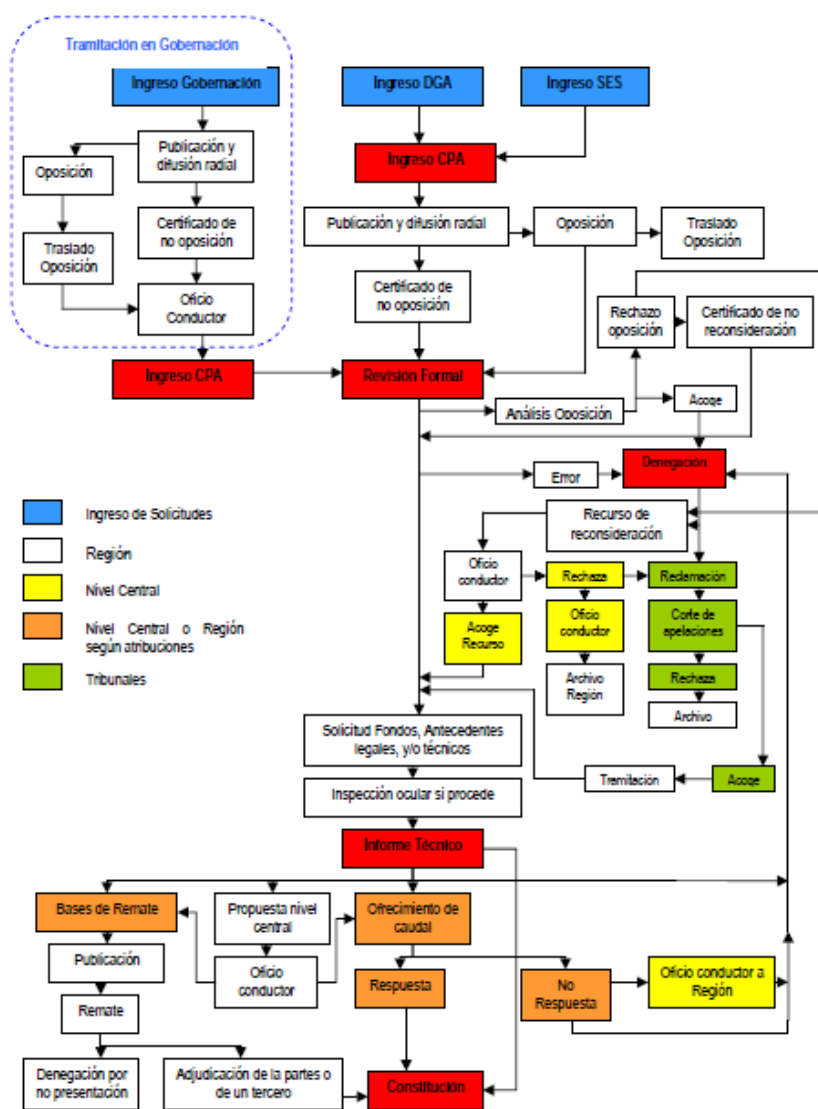


Figura 3.- Diagrama de flujo de tramitación de solicitudes.

Fuente: Dirección General de Aguas

ANEXO III

FUNCIONAMIENTO DEL MERCADO DE DERECHOS DE APROVECHAMIENTO DE AGUAS EN EL ÁMBITO AGRÍCOLA

1. Mercado de Agua para Irrigación: Una Aplicación al Sistema Paloma de la Cuenca del Limarí, Chile⁹

Introducción

La cuenca del Limarí, ubicada en la cuarta región de Chile, en una zona semiárida. Cuenta con aproximadamente 65,000 hectáreas de tierra irrigada, que se destinan principalmente a la producción hortícola, de granos, pastos y otros valiosos cultivos perennes como uva de exportación y uva para pisco.

El régimen hídrico de la cuenca del Limarí se caracteriza por ser principalmente nival, es decir, se nutre de los deshielos que ocurren en la Cordillera de Los Andes, y por una media de precipitación anual de 140 mm. Una característica esencial de esta Cuenca es la existencia de tres embalses interconectados: Embalse Cogotí, Embalse Recoleta y Embalse Paloma. En conjunto, estos embalses conforman la subcuenca llamada "Sistema Paloma" con una capacidad de almacenamiento de mil millones de m³, con un flexible sistema físico de distribución de aguas basado en compuertas, y con un conjunto de sifones y canales que permiten interconectar los distintos sectores de riego de esta subcuenca. En la actualidad, el Sistema Paloma está constituido por seis organizaciones de usuarios o asociaciones de regantes (AR). El área en estudio se ha acotado a las cuatro principales AR: Junta de Vigilancia del Río Limarí y sus afluentes (JVRL); Asociación de Canalistas del Canal Camarico (ACCC); Asociación de Canalistas del Embalse Recoleta (ACER); y Asociación de

⁹ Resumen del estudio realizado por CRISTI. O. (*et al*), *Mercado de Agua para Irrigación: Una Aplicación al Sistema Paloma de la Cuenca del Limarí, Chile*, encargado por el BANCO MUNDIAL en colaboración al Programa de Manejo de Recursos Hídricos del Gobierno de Chile.

Canalistas del Embalse Cogotí (ACEC).

Mecanismo de asignación de las aguas en el Sistema Paloma

Legalmente el Sistema Paloma divide la Cuenca del Limarí en dos secciones: el sector de riego que se encuentra sobre los embalses y el sector bajo éstos, conocido como Sistema Paloma. En este último sector el agua se distribuye a los predios directamente desde los embalses y su red de canales asociada. Los derechos (acciones) de agua están definidos en términos de metros cúbicos de agua almacenada por derecho. El agua se distribuye simultáneamente a los predios, siendo necesario un sistema rotativo (también llamado turnos) de distribución sólo en las peores sequías.

En el Sistema Paloma la responsabilidad de la distribución de las aguas recae en la Junta de Vigilancia del Sistema Paloma, la que a su vez esta subordinada a la Dirección de Riego. Cada año, esa entidad suma la cantidad de agua almacenada en el sistema y establece la cantidad de agua que le corresponde a cada sector de riego – y por tanto a cada AR- en base a porcentajes históricos de asignación. El volumen total de agua a distribuir en el Sistema depende del volumen total almacenado. Cuando el volumen en el Sistema es menor a 500 millones de m³, el máximo volumen de agua asignable es el 50% del volumen almacenado. Sobre los 500 millones de m³ cúbicos el máximo asignable es de 320 millones. Finalmente si el volumen es de 1,000 millones de m³ se dictamina dotación libre para las asociaciones.

Una vez que se ha realizado la distribución del agua entre las AR, éstas se encargan de asignar el volumen de agua que les corresponde entre sus miembros. Cada regante recibe una dotación de agua que se obtiene de multiplicar el número total de acciones que posee por la dotación en m³ asociada a cada acción. La dotación por acción es determinada, para cada temporada, por cada una de las AR.

Funcionamiento del mercado del agua para irrigación en el Sistema Paloma

La Cuenca del Limarí, en el área bajo los embalses, se caracteriza por poseer un activo mercado de aguas en el que coexisten un mercado spot y un mercado de transacciones permanentes. En el primero, se transan volúmenes determinados de agua. En el segundo, tienen lugar las compras y ventas de derechos de agua.

MERCADO SPOT

En el mercado spot, compran derechos agricultores que enfrentan déficits de agua incluso en las temporadas normales y por tanto les interesa adquirir un mayor número de derechos a fin de aumentar el promedio de agua de que disponen. Pero junto a ese motivo estructural, hay también agricultores que adquieren derechos por el motivo de estabilización. Este es el caso de agricultores aversos al riesgo que prefieren mantener un sobrestock de derechos, cuyas dotaciones no utilizan en las temporadas normales, a fin de eliminar el riesgo de ir al mercado spot y no encontrar el agua que necesitan.

En cuanto al comportamiento de los precios por m³, en el mercado spot, hay evidencia de que estos reflejan la escasez relativa del recurso. Al analizar el período 95-00, se observa que el máximo precio real por m³ de agua se alcanza, en todas las asociaciones, en la temporada 96-97, que es de plena sequía. Al comparar los precios reales por m³ de agua entre la temporada 96-97 y una temporada normal como la del 99-00, se observa que en la temporada de sequía los precios son, dependiendo de la asociación, entre 3 y 12 veces mayor que en la temporada normal. La capacidad del mercado spot para reflejar la escasez relativa del agua se manifiesta también a través del coeficiente de correlación entre disponibilidad de agua, medida por el volumen de las dotaciones de cada temporada, y el precio real promedio entre asociaciones por m³ que alcanza a -0.921 para las cinco temporadas del período 95-00.

MERCADO PERMANENTE

En el mercado permanente, el alza sistemática de los precios reales de las acciones, indica que este mercado ha sido capaz de reflejar la mayor escasez relativa del agua generada por una expansión sostenida de la demanda de este recurso en el tiempo. A modo de ejemplo, durante el período 86-00, los precios de las acciones de agua han experimentado aumentos reales que van desde un 41% a un 240%, según la asociación de que se trate. Se observa también en este mercado una cierta heterogeneidad en los precios de los derechos entre asociaciones, la cual, sin embargo, tiende a disminuir en el tiempo, salvo para el caso de ACEC. Los mayores precios relativos de unas asociaciones con respecto a otras se explican, principalmente, por diferencias en la escasez relativa de opciones permanentes de adquisición de aguas. Más específicamente se puede distinguir entre dos mercados: uno concentrado en el área bajo el Embalse Paloma, que con un número relativamente mayor de regantes y distintos rendimientos marginales por el agua, presenta la posibilidad de encontrar, con cierta facilidad oferentes de derechos; y otro, que abarca el área bajo el Embalse Cogotí y sobre el Embalse Paloma, con una oferta de derechos limitada por la existencia de pocos agricultores, muchos de los cuales son productores de uva de exportación con una gran valoración marginal por el agua.

Finalmente, el comportamiento de los precios de los derechos de agua en este mercado no parece estar influenciado de modo significativo por las variaciones en la disponibilidad de agua entre temporadas. Estos derechos son acciones, y como tales su precio depende del valor marginal del agua a lo largo del tiempo, debidamente actualizada por un factor de descuento. Sin embargo, la información recogida sugiere que esta regla tiende a romperse en situaciones de sequía prolongada como ocurrió en las temporadas 94-95, 95-96, 96-97; después de esas temporadas extremadamente secas, el precio de los derechos si se relaciona con la disponibilidad de agua.

En términos agregados (todas las asociaciones en conjunto), desde la aprobación del código de aguas en el año 1981 hasta el año 2000, más de un 27% del total de acciones se ha traspasado a través del mercado de transacciones permanentes.

El análisis del comportamiento del mercado de transacciones permanentes a lo largo del tiempo, muestra como la actividad de este mercado ha ido incrementándose a lo largo de los años. Este resultado estaría reflejando que el mercado de transacciones permanentes requiere de un tiempo de maduración, y que en este caso alcanza a casi 10 años.

2. Análisis del Mercado del Agua de Riego en Chile: Una revisión crítica a través del caso de la Cuenca del Aconcagua¹⁰

El río Aconcagua se encuentra ubicado en la Región de Valparaíso correspondiente a la zona central de Chile. Contempla un clima templado mediterráneo, observándose en la zona norte de la región una escasa humedad atmosférica. Está dividido administrativamente en cuatro secciones, más la sección del río Putaendo que ha operado de manera separada, lo que comprende un total de cinco secciones en toda la cuenca del Aconcagua. Cuenta con aproximadamente 213.176 hectáreas de tierra irrigada, que se destinan principalmente a la producción hortícola, de granos, pastos y de uva.

El régimen hidrológico es de alimentación mixta (nivo-pluvial). En sus zonas altas y media, el río Aconcagua es de régimen preferentemente nival, con incrementos en el caudal en los meses de primavera producto de los

¹⁰ Resumen del estudio realizado por Donoso Harris, G. (et al), *Análisis del Mercados del Agua de Riego en Chile: Una revisión crítica a través del caso de la región de Valparaíso*, Santiago de Chile, Pontificia Universidad Católica de Chile, Departamento de Economía Agraria, 2010. Este se basó en el análisis de la información recabada en los registros del Conservador de Bienes Raíces, y de entrevistas a distintos actores relevantes, como agricultores, empresas mineras, sanitarias y a la Administración hidráulica, para el período 2000-2008.

deshielos cordilleranos. Por otra parte, en la sección baja del río, se presenta un régimen pluvial, por lo que se presentan crecidas en el caudal asociado directamente con las precipitaciones.

Análisis de la información recopilada en los Registros

- De la base de datos, 152 observaciones no cuentan con información de caudal, lo que equivale aun 9% del total .
- De la base de datos, 332 observaciones no cuenta con información del valor de transacción, lo que representa un 20% del total

Resultados obtenidos de los grupos focales realizados a agricultores canalistas pertenecientes a la Segunda y Tercera sección de la cuenca del río Aconcagua.

| Nombre | Sección río | Canal | Superficie de predio (há) | Principales actores / regadores | Tipo de Contrato | De donde obtiene información de compra/venta de | Técnica de Riego | Periodos de Mayor Uso del Agua | Compra o arrienda en periodos de escases | Fortalezas de su organización | Debilidades de la organización |
|--------------------|-------------|------------------------|---------------------------|--|---|--|--|--------------------------------|--|---|--|
| Carlos Romero | 2da Sección | Romeral | 12 | Agricultores 5 a 10 há y sitios 0,5 há | derechos otorgados DGA | Oferta directa por comprador | Surco | Agosto - Mayo | No | NR | NR |
| Luis Gonzalez | 2da Sección | El Escorial | 10 | Agrícola Paiquen - Agrícola Manzur | derechos otorgados DGA | No hay transacciones a la fecha | Surco | Agosto - Abril | No | NR | NR |
| Luis Leon | 3a Sección | Calle Larga y Pochay | 15 | Esvál | derechos otorgados DGA | De los canales donde se venden | Aspersión | Sept - Abril | No | Antigüedad y Capacidad administrativa | Falta de recursos para infraestructura |
| Julio Galleguillos | 3a Sección | Candelaria y Comunidad | 3 | Agricultores - Sanitarias y Termoeléctricas | derechos otorgados DGA | No ha podido ubicar este tipo de información | Goteo | Sept - Abril | No | Permite postular a beneficios gubernamentales | Crecimiento urbano complica la administración del recurso |
| Liliana Soya | 3a Sección | Candelaria y Comunidad | 8 | Agricultores - Directiva Canal Candelaria - Agricultores s/derechos (roban agua) | derechos otorgados DGA | Diario / Tasadores de la Banca / Ex dirigentes del Canal / Vendedores Comisionistas / Remates Judiciales | Surco / Goteo | Sept - Abril | No | Actual directiva real interes en tema agua y capacidad administrativa | Falta de fondos - falta de regularización de títulos - apatía accionistas y morosidad en los pagos |
| Manuel Salas | 3a Sección | Candelaria y Comunidad | 1,2 | Agricultores y agua que utiliza la minería | derechos otorgados DGA | Datos otros propietarios / Avisos económicos | Tendido / Aspersión (para fertilizar y cuando no hay agua) | Sept - Abril | No | Compromiso para lograr la legalización del canal ante la DGA | Morosidad en los pagos - falta de interés por mejorar la infraestructura |
| Eliana Iriarte | 3a Sección | Candelaria y Comunidad | 0,5 | Minería Codelco | NR | NR | Surco | Dic - Abr | No | NR | Morosidad en los pagos |
| Samuel Larrain | 3a Sección | San Pedro | 44 | Agricultores - Sanitarias y Termoeléctricas | NR | Secretaría de la Asociación | Surco / Aspersión / Microjet | Agosto - Mayo | No | Interes de dar un buen servicio - buen manejo administrativo - cuotas bajas | Falta de participación de los accionistas |
| José Muñoz | 3a Sección | El Melón | 21,5 | Codelco - Esvál - Angloamerican | Compra venta y derechos otorgados por DGA | Por la prensa | Goteo / Aspersión | Agosto Abril | No | Buena Organización - Respeto a estatutos y codigos de aguas interes por mejorar infraestructura | El no tener derechos permanentes en la tercera sección del río |

(Fuente: Elaboración de los autores)

De este cuadro se desprende que ningún entrevistado declaró haber comprado o arrendado agua en periodos de escasez. Los entrevistados de la Tercera Sección indicaron que en épocas de déficit, realizan acuerdos con la Segunda Sección para que algunos de los canalistas de ésta cierren sus bocatomas y permitan el paso del recurso hacia la Tercera Sección. Esta forma de proceder no es compraventa ni arriendo, sino que solidaridad entre regantes. Existen también otros regantes con disponibilidad de agua subterránea, lo que permite diversificar sus fuentes del recurso hídrico. Sin embargo, existen también regantes que asumen el costo de no contar con agua en tiempos de escasez.

Como primera aproximación, respecto de la presencia de un mercado de derechos de aguas dinámico y bien constituido, la percepción de los propios entrevistados es de que este tipo de transacciones son muy poco habituales. Tal como se menciona más arriba, la mayoría de las personas entrevistadas obtuvo sus derechos de agua a través de un otorgamiento por parte de la DGA, y las transacciones están directamente asociadas a la compraventa de tierras. Con todo, como se mencionó más arriba, uno de los asistentes declara haber comprado derechos adicionales para su predio.

Respecto de la relación con la Autoridad, los agricultores mencionan que ésta es prácticamente inexistente. En este sentido existe una demanda por mayor presencia tanto en promover la fiscalización y apoyar en el correcto cumplimiento de la normativa, así como facilitar las posibilidades de acceso a financiamiento para mejorar las condiciones de infraestructura de los canales.

Conclusiones

De los talleres realizados con agricultores y representantes de asociaciones de canalistas, se desprende que el sector agrícola tiene presente que el recurso hídrico será cada vez más escaso por su creciente demanda producto del aumento de la superficie plantada, especialmente de frutales.

Sin embargo, todos ellos se oponen al desarrollo del mercado de derechos de aprovechamiento, debido a los altos costos asociados para modificar la infraestructura de la red canales. Por otro lado, el sector considera como indisoluble el lazo entre el agua y la tierra, por lo que la transferencia exclusiva de derechos de aprovechamiento no la consideran como alternativa viable.

Dicha posición contrasta con la opinión entregada por la industria y la institucionalidad. A partir de las entrevistas realizadas a representantes de actores económicos industriales (empresa sanitaria y minera) y a la institucionalidad pertinente (Dirección General de Aguas), se puede decir que existe consenso en que el mercado, si bien es incipiente, es la mejor manera de reasignar el recurso desde agentes que lo valoran menos hacia quienes lo valoran más, y esperan que se vaya desarrollando con el tiempo. Asimismo, coinciden en que un elemento fundamental para la profundización del mercado de derechos de aprovechamiento, es la generación de información de acceso público acerca del mercado: quiénes poseen derechos, dónde los ejercen y cuántos derechos poseen, entre otros aspectos. El acceso a este tipo información disminuiría los costos de transacción, las asimetrías de información y la alta dispersión de precios, lo que permitiría que el mercado se profundice. La mejor forma de disponer de esta información es que la DGA complete el catastro de transacciones de derechos de aprovechamiento de aguas establecido en la Reforma al Código de Aguas del año 2005. En forma paralela, los conservadores de bienes raíces deben informar permanentemente a la DGA de las transacciones inscritas en sus registros. La acción conjunta de la DGA y los conservadores de bienes raíces es un elemento fundamental para la profundización y perfeccionamiento del mercado de derechos de aprovechamiento de aguas.

El mercado de derechos de aprovechamiento en la cuenca del Aconcagua, en términos generales, es poco profundo. En el análisis tanto de la fuente subterránea (Acuífero Quillota) como en las fuentes superficiales consideradas (Sección Putaendo, Primera Sección, Segunda Sección y

Tercera Sección), no se encontró una tendencia clara de que el valor del recurso se esté incrementando en el tiempo, a pesar de que en los talleres con agricultores y en entrevistas con representantes de industrias y de la institucionalidad se indicó que el recurso hídrico en la cuenca actualmente es escaso, y que se espera que la demanda por el recurso aumente. Lo anterior podría estar explicado en parte por la oposición generalizada al desarrollo del mercado de derechos de aprovechamiento por parte del sector agrícola, que generaría la existencia de un mercado informal del recurso, donde los agentes económicos lo reasignan temporalmente, sin acudir al mercado formal.

Asimismo, se pudo observar que en algunos mercados, existen diferencias entre los precios de compra por tipo de agente y en los precios de venta según el tipo de agente. Lo anterior refleja que los sectores económicos valoran de diferente manera el recurso.

