

DOCTRINA

Regulación y naturaleza jurídica de los bienes indispensables consagrados en la Ley 20.998 de Servicios Sanitarios Rurales

*Regulation and legal nature of the essential goods enshrined in Law 20.998,
of Rural Water and Sanitation Services*

Ximena Castillo Parada 

Abogada, Chile

RESUMEN En noviembre de 2020 entró en vigor la Ley 20.998 que regula los servicios sanitarios rurales, normativa largamente esperada que crea la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales como encargada de la provisión de infraestructura de agua y saneamiento. Entidad que también debe apoyar el acceso y uso del agua y promover un modelo de desarrollo asociativo y comunitario en el país. Esta ley crea una nueva categoría de bienes, los bienes indispensables, cuya regulación y naturaleza se exploran en este artículo.

PALABRAS CLAVE Limitaciones al dominio, agua potable rural, bienes públicos, derecho público regulatorio, derecho humano al agua y saneamiento.

ABSTRACT In November 2020, Law 20.998 which regulates rural water and sanitation services, came into force. This is a long-awaited legal framework that creates the Sub-Directorate of Rural Water Sanitation Authority, who is responsible for providing water and sanitary infrastructure services that allow the access and use of water, by promoting Chile's associative and collaborative water management model. This law creates a new category of goods, essential goods, whose regulation and nature is explored in this article.

KEYWORDS Limits on the right to property, rural drinking water, public goods, public regulatory law, human right to water and sanitation.

Introducción

Luego de una larga etapa en el Congreso, el 14 de febrero del año 2017 fue publicada la Ley 20.998 que regula los Servicios Sanitarios Rurales (SSR), que otorga estatuto a una relevante materia que adolecía de una escasa regulación: la provisión de agua potable y el saneamiento en el ámbito rural, cuyo funcionamiento hace más de cincuenta años fue posible gracias al Programa de Agua Potable Rural.

El Programa de Agua Potable Rural nace en Chile en 1964, y su desarrollo tuvo como puntal un préstamo otorgado por el Banco Interamericano de Desarrollo. Se definió así a la Oficina de Saneamiento Rural (OSR), dependiente del ex Servicio Nacional de Salud como organismo ejecutor. Dicho rol fue asumido posteriormente por el Servicio Nacional de Obras Sanitarias (Sendos) de carácter fiscal y creado a partir de la fusión de todos los organismos vinculados al sector de los servicios sanitarios, entre ellos, la OSR. Esto, considerando que en 1931 se había creado la Dirección General de Agua Potable y Alcantarillado del Ministerio del Interior, primera entidad orgánicamente unificada y especializada en el área sanitaria del país¹ y cuyo enfoque fue la provisión de agua potable y alcantarillado para las ciudades.²

Durante 1977 se creó el referido Servicio Nacional de Obras Sanitarias, un organismo estatal que fusionó las competencias de las varias entidades que operaban en el sector.³ Poseía personalidad jurídica autónoma del Estado, de derecho público, con patrimonio propio, desconcentrada territorialmente y se relacionaba con el Estado a través del Ministerio de Obras Públicas.⁴ Esta nueva institucionalidad consideró que en las dos regiones de mayor tamaño (Metropolitana y de Valparaíso), se crearan empresas autónomas: Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias, Emos, y Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso, Esva, bajo la tutela legal del Sendos.

Este último tenía como principal función operar y mantener los sistemas sanitarios para el servicio de las poblaciones urbanas, así como dotar de agua potable a las poblaciones rurales concentradas, es decir, con una mayor densidad poblacional. Además, poseía funciones normativas y de fiscalización respecto de las empresas con las que compartía responsabilidades en el sector. Esta estructura organizacional se mantuvo hasta 1989, año en que Sendos fue desmembrado en empresas sanitarias constituidas

1. Véase <https://tipg.link/S5KA>.

2. DFL 235 de 1931: «Artículo 1. De acuerdo con lo establecido en el inciso f) del artículo 11 del decreto orgánico de los Ministerios, número 7.912, de 30 de Noviembre de 1927, y en el Decreto con Fuerza de Ley 1.430 bis, de 7 de Octubre de 1930, los servicios públicos de agua potable, de agua de mar y salobre, de alcantarillado, con excepción de los dependientes de la Empresa de Agua Potable y la Dirección de Alcantarillado de Santiago, estarán a cargo de Administraciones Provinciales bajo la alta inspección de la “Dirección General de Agua Potable y Alcantarillado”, que dependerá del Ministerio del Interior». La supervigilancia de los servicios particulares y municipales de esta misma clase será ejercida por el Director General. Véase <https://tipg.link/S5KW>.

3. Véase <https://tipg.link/S5Ks>.

4. Véase <https://tipg.link/S5Ks>.

como sociedades⁵ y fue promulgada la creación de la Superintendencia de Servicios Sanitarios.⁶

Una vez extinguido Sendos, el servicio de agua potable y alcantarillado comenzó a contar con una legislación aprobada en las postrimerías del régimen militar, sin embargo dicha normativa era en lo medular ⁷ aplicable a las concesionarias de servicios sanitarios para el área urbana.⁸

El ámbito rural comenzó a ser atendido mayoritariamente a través del Ministerio de Obras Públicas (MOP), que se hizo cargo de continuar con el desarrollo del Programa de Agua Potable Rural,⁹ sin perjuicio de que dicho rol coexistió con la participación

5. Ley que autoriza al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado, y dispone la constitución de sociedades anónimas para tal efecto (Ley 18.777, de 1989) y ley que autoriza al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado, y dispone la constitución de sociedades anónimas para tal efecto (Ley 18.885, de 1990).

6. Conforme al *mensaje* de dicha ley: «El proyecto no es un cuerpo legal aislado, sino que forma parte de un conjunto consistente y coherente con otros textos tales como la ley de tarifas, que establece un sistema de tarificación eficiente y justo para las empresas del sector; la ley de subsidios, que posibilita el acceso al servicio sanitario a las personas de escasos recursos; la ley general de servicios sanitarios, que establece un sistema de concesiones para las empresas del sector sanitario y además regula la relación de estas con los usuarios; y la ley que autoriza al Estado para desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado y que se expresa en la transformación de Emos y Esva S.A. y Esva S.A. respectivamente, normativas que conforman un todo orgánico tendiente a modernizar los servicios de agua potable y alcantarillado en beneficio de toda la comunidad al entregar un servicio de mejor calidad a todos los consumidores del país». Mensaje de 3 de octubre de 1989, disponible en <https://tipg.link/S5LS>.

7. Artículo 5 y artículo primero transitorio inciso cuarto, DFL 382 promulgado el día 30 de diciembre de 1988 y publicado con fecha 21 de junio de 1989. Dicho rol acotado al ámbito urbano, así como la «regulación» del sector durante los años 90 en adelante, se delinea completamente mediante la Ley 19.549, que relega a las empresas sanitarias a un rol de tercer gestor financiado y encargado por el Ministerio de Obras Públicas. Agrega el artículo segundo transitorio de dicha ley: «La obligación de las empresas concesionarias establecida en el inciso anterior, mantendrá su vigencia hasta que se dicte la ley que regule la institucionalidad y gestión de los sistemas de agua potable rural y expresamente las exima de esta obligación», lo que fuera consagrado, en definitiva, en el artículo noveno transitorio de la Ley 20.998.

8. Sin perjuicio del artículo 52 bis del DFL 382: «Artículo 52 bis. Los prestadores podrán establecer, construir, mantener y explotar sistemas de agua potable, alcantarillado y tratamiento de aguas servidas en el ámbito rural, bajo la condición de no afectar o comprometer la calidad y continuidad del servicio público sanitario».

9. La Ley 18.902 consagró el término de Sendos y la asunción de la administración del Programa de Agua Potable por el Ministerio de Obras Públicas: «Artículo 22. Facúltase al Presidente de la República para que, en el plazo de 30 días a contar de la publicación de esta ley, mediante decreto supremo expedido por el Ministerio de Obras Públicas, suscrito además por el Ministro de Hacienda, asigne a la Dirección de Planeamiento de la Dirección General de Obras Públicas, las siguientes funciones y atribuciones:

a) Control y administración de los convenios de créditos externos contratados para obras ejecutadas por el Servicio Nacional de Obras Sanitarias y, en general, todas aquellas funciones que le competen al organismo ejecutor definido en tales convenios.

b) Otorgar a las sociedades anónimas sucesoras de las direcciones regionales del Servicio Nacional de Obras Sanitarias, los recursos de los créditos contratados con el Banco Interamericano de Desarrollo, en

de otras entidades (municipalidades y gobiernos regionales, usualmente mediante el Fondo Nacional de Desarrollo Regional, FNDR). En 1991 comienza a encargarse de la ejecución del programa la Dirección de Planeamiento del MOP y, posteriormente, la Dirección de Obras Hidráulicas.

Esta modalidad implicó que la prestación de servicios de agua potable rural se basara en la consagración de financiamientos anuales otorgados mediante sendas glosas presupuestarias, cuyo programa ejecutó formalmente el MOP hasta el año 2020. Esto, sin perjuicio de que los convenios con empresas sanitarias continuaron ejecutándose de forma posterior al inicio de la entrada en vigor de la Ley 20.998, culminándose proyectos iniciados en el marco de dichos contratos.

Conforme al mensaje presidencial que presentó la iniciativa de la Ley 20.998, el Programa de Agua Potable Rural o APR, instaurado en 2001, tiene como fin: i) dotar de agua potable a la población rural con calidad y cantidad aceptables; ii) mejorar los niveles de mortalidad y tasas de enfermedad producto de las condiciones sanitarias; iii) incrementar la conciencia de la población rural respecto al agua potable; y iv) promover el desarrollo comunitario a través de la mejora en las condiciones sanitarias.¹⁰

Teniendo en consideración el contexto histórico señalado y la reciente regulación y priorización presupuestaria en la materia,¹¹ la realidad del agua potable rural es resultado de la inversión de diversas entidades, conformándose por bienes de diversa fuente la infraestructura para los servicios sanitarios rurales. Respecto de dichos bienes hay tanto dominio, posesión, como en muchos casos, mera tenencia. Haciéndose cargo de que esta es una de las situaciones que requería urgentemente una regulación protectora, el legislador concibe en este marco normativo una nueva categoría de bienes: los bienes indispensables para la prestación de los servicios sanitarios rurales.

actual ejecución, para llevar a cabo los programas de inversión contractualmente asumidos por el Servicio Nacional de Obras Sanitarias y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1 transitorio de la Ley 18.885.

c) Disponer los actos administrativos para el servicio de la deuda pública atingente al Servicio Nacional de Obras Sanitarias.

Dicho decreto asignará el personal necesario para cumplir tales funciones, el que será destinado al efecto de entre el personal de la dotación máxima establecida para el Ministerio de Obras Públicas, incluido el personal a que se refiere el artículo 8.

Artículo 23. Las sociedades anónimas que se constituyan en virtud de lo dispuesto en la Ley 18.885 deberán asumir las obligaciones operativas contraídas por el Servicio Nacional de Obras Sanitarias en los convenios con organismos internacionales de crédito, que correspondan al territorio de su respectiva jurisdicción. Asimismo, la Empresa Metropolitana de Obras Sanitarias S.A. y la Empresa de Obras Sanitarias de Valparaíso S.A. deberán asumir dichas obligaciones en lo referente a los sistemas de agua potable rural que hayan sido financiados con recursos del Banco Interamericano de Desarrollo». Véase nota al pie 1.

10. Legislatura 356, 06 de noviembre de 2008, mensaje en sesión 78. Disponible en <https://tipg.link/S5MA>.

11. Los aumentos de presupuesto consagrados en las leyes a contar del año 2020 hablan por sí mismos y develan la creciente preocupación del legislador por una materia que, producto de la crisis climática global, ha devenido en crítica. El año 2020 el presupuesto de la nación consideró para Agua Potable Rural \$ 141.459.951, el año 2021 el presupuesto contempló \$ 253.915.311, el año 2022 \$ 287.712.733, el año 2023 \$ 325.336.094 y el año 2024 \$ 340.466.821. Disponible en <https://tipg.link/S5MI>.

En este artículo se expone, en primer lugar, la regulación positiva de estos bienes. Luego se analiza su naturaleza jurídica a la luz de la legislación administrativa y patrimonial. Finalmente, ahonda en los caracteres particulares de estos bienes y, específicamente, en qué características tienen a la luz de la doctrinaria calificación de *dominio público* en la dogmática administrativa nacional incluyendo su subsunción en los *bienes públicos* desarrollados en el análisis económico del derecho.

Regulación positiva de los bienes indispensables en la Ley 20.998 y su reglamento

Consagración legal

Según el artículo 12 párrafo 1 de la Ley 20.998, «se entienden destinados a finalidades de utilidad y salubridad pública los bienes indispensables para la prestación de los servicios sanitarios rurales». Asimismo, la norma describe de manera numerada, mas no taxativa, los siguientes bienes:

- a) Arranques de agua potable
- b) Uniones domiciliarias de alcantarillado
- c) Redes de distribución
- d) Redes de recolección
- e) Derechos de agua
- f) Captaciones
- g) Sondajes
- h) Estanques de regulación
- i) Servidumbres de paso
- j) Plantas de producción de agua potable y plantas de tratamiento de aguas servidas
- k) Inmuebles en que estén adheridos alguno de los bienes indicados en las letras f), g), h) y j) anteriores.

El citado artículo establece que la categoría de bienes indispensables corre desde el otorgamiento de la licencia, desde su adquisición o regularización o desde su puesta en operación, según el caso.

Agrega el artículo 12 que, en caso de que los bienes indispensables pierdan tal calidad, el operador deberá contar con la autorización de la subdirección para enajenarlos.

Vigencia de la afectación

De acuerdo al tenor literal de la norma es necesario distinguir el hito jurídico que principia la afectación, así como el que la culmina, retornando estos bienes al comercio jurídico común.

Operadores de SSR sujetos a reconocimiento por el solo ministerio de la ley

En este escenario se conjugan dos normas: el artículo 1 inciso segundo de la Ley y el artículo 2 transitorio de la misma, que establece la calidad de titulares de sus respectivas licencias, por el solo ministerio de la ley. Sin perjuicio de ello, la ley les exige solicitar su inscripción en el registro de operadores de servicios sanitarios rurales, dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigor del reglamento de esta ley, plazo que culmina el día 20 de noviembre de 2024.¹² En este escenario, la ley exige al operador acreditar la vigencia de su personalidad jurídica, la efectividad de estar prestando el servicio y el área que sirve.

Operadores de SSR que requieren licencia de otorgamiento

Este grupo corresponde a los operadores que:

- Siendo comités y cooperativas de agua potable rural no se encontraban prestando servicios a la entrada en vigencia de la ley.
- Siendo comités y cooperativas de agua potable rural se encontraban prestando servicios a la entrada en vigencia de esta ley, pero sin dar cumplimiento a los requisitos que la ley establece en su artículo 1, que define el ámbito de vigencia de la misma.
- No siendo comités ni cooperativas se acojan a la calidad excepcional de operador consagrada en el artículo 1 inciso tercero de la ley y artículos 1, 4 y 5 del reglamento.

La relevancia de la distinción radica en las exigencias que la ley establece para reconocer u otorgar una licencia, acto administrativo que conforme a la ley debe formalizarse mediante un decreto del Ministerio de Obras Públicas.¹³ Sin perjuicio de esto, para el caso del reconocimiento, aun cuando la ley exija acreditar la vigencia de la personalidad jurídica de la organización, la efectividad de estar prestando el servicio y el área que sirven, los bienes que sirven al servicio sanitario deben considerarse indispensables no desde el decreto de reconocimiento de la licencia, sino que desde la entrada en vigencia de la ley. Esto, pues el reconocimiento no es constitutivo y solo formaliza una calidad jurídica existente a contar del 20 de noviembre de año 2020, es decir, tiene un carácter declarativo. Lo mismo debiera afirmarse respecto de los operadores excep-

12. Artículo único Ley 21.520 que modifica la Ley 20.998 que regula los servicios sanitarios rurales para ajustar sus requisitos y plazos de implementación.

13. El artículo 23 de la Ley señala: «El Ministerio, previo informe favorable de la Subdirección, y una vez verificado el cumplimiento de los requisitos, otorgará la licencia indefinida en los términos establecidos en el artículo 17, mediante decreto expedido bajo la fórmula “por orden del Presidente de la República”». Esta disposición, a todas luces inspirada en la Ley General de Servicios Sanitarios, consagra una formalidad injustificada, sometiendo a un largo y complejo trámite administrativo tanto el otorgamiento como el reconocimiento de más de (a la fecha) 2.400 sistemas, una realidad muy distinta al contexto urbano.

cionales señalados en el numeral 2.3, en tanto hayan estado prestando servicios a la entrada en vigencia de la ley. En todos los casos el artículo 12 debe interpretarse a la luz de los fines protectores de la misma, conforme se desarrollará más adelante.

En cambio, para el caso de los operadores a quienes se les concede una licencia nueva, es decir, que son sujetos de otorgamiento de licencia, esta tiene una naturaleza constitutiva, por lo que los bienes indispensables para dicho servicio sanitario rural solo estarán afectados a contar de la total tramitación del decreto de otorgamiento.

Por su parte, en el caso de los operadores con licencia que sumen nueva infraestructura o derechos de agua para beneficio del sistema, la entrada en vigor de la afectación comenzará una vez aprobada por la subdirección la puesta en operación de los bienes, conforme al artículo 73 letra i) de la ley.

En todos los casos la vigencia de la afectación culmina una vez que dichos bienes «pierdan tal calidad».

Tipos de bienes incluidos

La norma engloba tanto bienes muebles como inmuebles, divisibles como indivisibles, y específicos, pues la función y el servicio que prestan, que justifica la afectación, no concibe un bien indispensable genérico, el que puede perfectamente enajenarse conforme al artículo 1.510 del Código Civil. Por su parte, los bienes indispensables son por regla general bienes corporales, salvo el derecho de aprovechamiento de aguas cuya incorporalidad estaría acotada al título para la extracción, no al agua en tanto objeto. En este sentido, la subsunción de otros bienes incorporales bajo esta categoría es compleja, siendo discutible si califican en esta calidad los fondos de garantía y de reposición e inversión consagrados en los artículos 29 y 42 de la Ley 20.998. Además, los bienes indispensables son bienes no consumibles, singulares, comerciables —con la salvedad de los bienes nacionales de uso público que pueden considerarse cosas in comerciables en razón de su destino (Peñailillo, 2010: 34)—, no fungibles —aunque en rigor existen ciertos elementos del sistema que podrían considerarse intercambiables sin detrimento de su objeto, tales como las tuberías, tableros, etcétera, bienes que mediante una reposición podrían ser reemplazados por otros de similar calidad y cantidad— y de titularidad privada o pública. Esta última clasificación será el eje de este trabajo y se aborda a continuación.

Naturaleza de los bienes indispensables

En relación con los bienes indispensables se profundizará a la luz de cuatro aspectos fundamentales: titularidad, objeto, afectación y uso y protección, que permitirán definir su naturaleza jurídica *demanial* (Vanestralen, 2004: 211-262),¹⁴ es decir, de titulari-

14. Utilizo para este efecto —el que no necesariamente coincide con la tesis de dicho artículo—, la categorización de un bien como «de dominio público» en Vanestralen (2004: 211-262).

dad o régimen jurídico *publicado*, conforme a la doctrina administrativa que se desarrollará más adelante. A modo de adelanto cabe exponer la definición del *Diccionario panhispánico de español jurídico*, según el cual demanial es: «De titularidad pública, sometido a un régimen especial de utilización y protección».¹⁵

Titularidad

En primer lugar, es necesario tener a la vista la primera fuente positiva que reguló la materia: el Código Civil de 1855. Este cuerpo distingue en primer lugar a los bienes nacionales, los cuales conforme al artículo 589, son «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». Finalmente, «los bienes nacionales cuyo uso no pertenece generalmente a los habitantes, se llaman bienes del Estado o bienes fiscales».

En contraposición, los bienes que no son nacionales serán parte de la propiedad privada, también llamados por la doctrina bienes patrimoniales. Sin perjuicio de la distinción, cabe incluir en esta categoría a los bienes de propiedad del Estado en su faceta de propietario, es decir los bienes fiscales (Cordero, 2019: 171), que tienen una doble dimensión *público-patrimonial*.

Como se puede apreciar, el tema no es sencillo. Hay una norma en el Código Civil bastante interesante para efectos de este estudio, y es el artículo 592, en virtud del cual «los puentes y caminos construidos a expensas de personas particulares en tierras que les pertenecen, no son bienes nacionales, aunque los dueños permitan su uso y goce a todos. Lo mismo se extiende a cualesquiera otras construcciones hechas a expensas de particulares y en sus tierras, aun cuando su uso sea público, por permiso del dueño». Es muy común en el ámbito de la infraestructura, en particular de las obras ubicadas en el ámbito rural, que existan construcciones emplazadas sobre terrenos particulares, las cuales han sido eventualmente financiadas por el erario público —las fuentes de financiamiento de los sistemas de agua potable rural han sido variadas, como reflejo de la poca regulación existente, pudiendo ser municipales, regionales (vía FNDR), sectoriales del MOP o bien provenientes de donaciones o aportes de privados— organismos internacionales, organizaciones no gubernamentales, etcétera. Lo que este artículo del Código Civil afirma lapidariamente es que, independiente de que la infraestructura cumpla fines públicos («aun cuando su uso sea público, por permiso del dueño») dichos inmuebles pertenecen al dominio privado.

Peor aún es el escenario sin permiso del dueño, situación altamente frecuente en que las obras han sido construidas hace muchos años y los dueños que autorizaron su emplazamiento fallecieron, sin haber constituido sobre ellas un título real y/o personal de ocupación cumpliendo las formalidades que correspondan; y/o de un plazo lo sufi-

15. Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Disponible en <https://tipg.link/S5O7>.

cientemente largo como para resguardar la infraestructura. Un dictamen fundamental para analizar los casos de emplazamiento de infraestructura para agua potable en predios particulares es el número 81.906 de fecha 12 de diciembre de 2013. En este pronunciamiento, Contraloría General dictamina que podría ser admisible jurídicamente el emplazamiento de infraestructura pública en predios particulares, aunque bajo estrictos supuestos tanto formales como materiales,¹⁶ los que comúnmente no se cumplen en el caso de la infraestructura construida en la ruralidad. Se suma a lo anterior que conforme a los artículos 668 y 669, el dueño del terreno se hace dueño de la construcción si esta se realiza en su terreno por un tercero que edifique con materiales ajenos, salvo el caso en que se haya edificado, plantado o sembrado «a ciencia y paciencia del dueño del terreno», en el que este requerirá pagar las obras para «recobrar» la edificación y la plena propiedad de su predio.

Frente a estos escenarios es que el artículo 12 de la Ley 20.998 aparece como una protección fundamental, pues justamente en el ámbito de los bienes que sirven a los sistemas de agua potable rural, así como en infraestructura de otra clase, varían y abundan los casos en que el dominio de los terrenos no es fiscal y se genera una controversia sobre el dominio que, en muchos casos, ha implicado bloqueos al acceso del operador para prestar el servicio, con la consecuente afectación a los derechos de los usuarios.¹⁷

La protección consagrada en el artículo 12 de la ley es relevante también porque en la práctica es inabordable regularizar el dominio de los bienes de particulares que sirven a un servicio sanitario rural. En primer lugar, por motivos presupuestarios; en segundo, por el desgaste tanto administrativo como judicial que aquella empresa irrogaría. A diciembre de 2023 existían en la base de datos oficial del MOP, 2.422 sistemas de servicios sanitarios rurales (Ministerio de Obras Públicas, 2024), sin perjuicio de los servicios que prestan la provisión de agua potable y/o saneamiento al margen de dicho listado y que podrían ser incorporados al registro de operadores conforme al artículo 1 de la ley inciso tercero.¹⁸

De acuerdo al artículo 73 de la ley, algunas funciones de la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales son:

- m) Estudiar, aprobar e informar al Ministerio las solicitudes de expropiaciones de bienes inmuebles y derechos de aguas requeridos para la prestación de los servicios sanitarios rurales.
- n) Comprar o adquirir bienes inmuebles y derechos de aprovechamiento de aguas, ya sea con fondos del Estado o con aportes de los operadores o beneficiados, para la prestación de los servicios sanitarios rurales.

16. Disponible en <https://tipg.link/S5OP>.

17. Recientemente, recursos de protección rol 6014-2024, Corte de Apelaciones de Temuco y rol 3-2024, Corte de Apelaciones de Copiapó.

18. «Esta ley se aplicará a todas las organizaciones y personas señaladas en el inciso segundo, existentes a su entrada en vigencia, que hayan recibido aportes del Estado y a todas aquellas que se incorporen al registro de operadores de servicios sanitarios rurales con posterioridad».

Por lo tanto, la ley concibe como un escenario prioritario, mas no único conforme al artículo 12, la titularidad estatal de los bienes que sirven a los servicios sanitarios rurales. Esta concepción se asemeja a la concebida por el DFL 382 de 1988, Ley General de Servicios Sanitarios. En este sentido, el régimen de los servicios sanitarios urbanos (esencialmente concesional) contempla un estatuto similar para los bienes que sirven a dicha prestación de servicio. Conforme a ello, se distinguen los bienes nacionales de uso público que sirven a una concesión de servicio público —ejemplo típico las calles o caminos—, de los bienes afectos a una concesión de servicio público. Esta categoría incluye a los bienes muebles o inmuebles que sirven al servicio público, cuya titularidad puede corresponder al Estado o a privados, considerándose una afectación de los mismos debido a los fines que coadyuvan a satisfacer. La gran diferencia entre ambas clases de bienes radica en el grado de afectación a las facultades inherentes al dominio, conforme a ello tratándose de bienes públicos (o publicados) aplican en un máximo grado las restricciones al dominio concebidas en la ley: inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad.

Objeto

Conforme a la nueva normativa que regula los SSR estos bienes tienen por objeto satisfacer la utilidad y salubridad pública con un rol que sea esencial para la prestación de los servicios sanitarios rurales. La definición, como se ha señalado, contempla un listado no taxativo, sin embargo, el Reglamento de la Ley (aprobado mediante Decreto Supremo núm. 50/2019 del Ministerio de Obras Públicas), aunque agrega al listado ejemplar las plantas elevadoras y equipos de presurización, al mismo tiempo acota el ámbito de protección de la norma legal mediante la exclusión expresa de algunos bienes.

En primer lugar, el reglamento excluye a la sede social y su equipamiento de la categoría en estudio, siempre y cuando se encuentre separada del terreno en que se ubica la fuente de agua, estanques o plantas de tratamiento o alguna otra instalación sanitaria indispensable para la prestación del servicio.¹⁹ A este respecto, cabe recordar que los Comités de Servicios Sanitarios Rurales (antes conocidos como Comités de APR) se rigen, en tanto organizaciones comunitarias que son, por la Ley 19.418 de Juntas de Vecinos y demás Organizaciones Comunitarias. Por su parte, las cooperativas se rigen por la Ley General de Cooperativas, aunque con la salvedad de que, conforme al artículo 1 de la Ley 20.998, no pueden tener fines de lucro.

El inciso final del artículo 15 del reglamento también excluye de la categoría de bienes indispensables a «los vehículos motorizados o de tracción humana, las bodegas, insumos, materiales de construcción y repuestos, así como cualquier otro bien de titu-

19. Agrega el artículo 15 inciso tercero del Reglamento que, para el caso en que la sede se ubique en el mismo terreno de las instalaciones del servicio, se podrá liberar el inmueble constituyendo una servidumbre perpetua de uso, acueducto y de tránsito, inscrita en el Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservador de Bienes Raíces respectivo en favor del Ministerio de Obras Públicas o, en su defecto, mediante subdivisión predial del inmueble.

laridad del operador que no se utilice en la producción y distribución de agua potable, recolección y tratamiento y disposición final de aguas servidas».

De acuerdo a la norma reglamentaria expuesta, es posible interpretar que un bien para ser considerado indispensable, además de no encontrarse expresamente excluido conforme al artículo 15 del reglamento, debe cumplir una finalidad *directamente* involucrada en alguna de las cuatro fases que implica la prestación de servicios sanitarios rurales: a) producción de agua potable, b) distribución de agua potable, c) recolección de aguas servidas y d) tratamiento y disposición final de aguas servidas. Esta interpretación restrictiva de una norma planteada en los términos amplios ya citados, parece dogmáticamente adecuada considerando su naturaleza jurídica de limitación al dominio.

La definición de si un bien cumple una finalidad *directamente* involucrada en alguna de las cuatro fases corresponde, en definitiva, al organismo técnico aludido en el artículo 12 de la Ley 20.998, es decir, a la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales, quien tiene la potestad de autorizar la enajenación de estos bienes. Esta autorización se debe traducir en un acto administrativo que, sin perjuicio de no encontrarse reglado, debe encontrarse técnicamente fundado, ámbito en que no solo debe respetarse la normativa legal vigente, sino también las reglas de la ciencia que sean aplicables al bien en cada caso concreto (geografía, ingeniería, electromecánica, construcción, etcétera).

Afectación

La afectación está asociada a la aplicabilidad de los principios asociados por la doctrina al carácter de dominio público de un bien (inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad) (Cordero, 2019: 110 y 154).

Conforme al *Diccionario panhispánico de español jurídico*,²⁰ la segunda acepción de la palabra *afectación* es aplicable al objeto de este estudio:

1. Gral. Acción y efecto de afectar.
2. Adm. Adscripción de un bien o derecho patrimonial a un uso o servicio públicos.

La afectación, en tanto limitación al dominio, se encuentra consagrada positivamente en el Decreto Ley 1.939 de 1977, que aprueba Normas sobre adquisición, administración y disposición de bienes del Estado, en su artículo 64, en virtud del cual por decreto dictado a través del Ministerio de Bienes Nacionales²¹ podrán afectarse bienes inmuebles fiscales al uso público.

El decreto ley (consecuente con la materia regulada en dicha norma) acota el ámbito de aplicación de la afectación a bienes: 1. inmuebles y 2. fiscales; es decir, propios del Es-

20. Real Academia Española, *Diccionario panhispánico del español jurídico*. Disponible en <https://dpej.rae.es/lema/afectaci%C3%B3n>.

21. Antaño Ministerio de Tierras y Colonización, denominación que fue actualizada mediante el Decreto Ley 3.274 de 1980, que crea al Ministerio de Bienes Nacionales y fija su estructura orgánica.

tado y regidos por el derecho patrimonial. Sin embargo, es posible deducir que también se entienden bajo un concepto amplio de afectación los bienes nacionales de uso público (BNUP), así el artículo 65 se refiere a la desafectación, señalando que «los terrenos desafectados en conformidad a lo dispuesto en el artículo precedente, *así como los que perdieren su calidad de bienes nacionales de uso público* con motivo de la aprobación o modificación de un plano regulador, se sujetarán, en cuanto a su administración y disposición, a las normas de la presente ley». La norma, para los efectos de este estudio, no es relevante, en tanto al limitar la calidad de BNUP producto de la aprobación o modificación de un plano regulador, se refiere a inmuebles ubicados en sectores urbanos. Sin embargo, permite dogmáticamente agrupar tanto a los bienes fiscales afectados conforme al DL 1.939/1977 como a los BNUP en un similar estatus jurídico.

Sin embargo, el alcance de la afectación en términos de principios no está señalado expresamente, sin perjuicio de lo cual es posible afirmar que los bienes afectados al uso público conforme al DL 1.939 así como los bienes nacionales de uso público son inalienables, imprescriptibles e inembargables, en tanto mantengan dicha calidad.

Sin embargo, en cuanto los bienes fiscales tienen el carácter de bienes patrimoniales, en principio no comparten los mecanismos de afectación, con la salvedad de que su titular es una persona jurídica de derecho público: el Fisco. Conforme a ello, los bienes fiscales en tanto no califiquen en las causales señaladas en el Código de Procedimiento Civil son embargables y prescriptibles (artículo 2.497 CC) (Cordero, 2019: 154), aunque dicha prescriptibilidad es discutible. A diferencia del escenario teorizado por el autor, no parece inconcebible una prescripción adquisitiva de un bien afecto a un servicio público; en el caso de los bienes afectos a infraestructura puede perfectamente darse una regularización de *retazos* de predios, que tienen proyección futura de uso para la comunidad, pues el Estado no tiene la capacidad humana de ejercer actos dominicales permanentemente en todo su patrimonio inmueble. Lo anterior, sin siquiera considerar las múltiples sentencias que han concedido accesiones en terrenos de cauces —bienes nacionales de uso público— en las que ni siquiera se ha emplazado al Consejo de Defensa del Estado y que serán materia de otro estudio.

Una visión diversa exhiben Atria y Salgado, en cuyo trabajo se expone que la afectación no es un rasgo exclusivo del dominio público, siendo piedra angular en el derecho patrimonial incluida la propiedad fiscal patrimonial. En esto los autores siguen a Santiago Montt, autor que en la doctrina nacional es el mayor exponente de la teoría del dominio público (Atria y Salgado, 2016: 20).

En el caso de los bienes indispensables, estos se encuentran en un claro régimen de afectación, aunque no integral, puesto que, si bien son inembargables, sí pueden ser enajenados mediando autorización de la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales, que se erige en el organismo facultado para definir su indispensabilidad, aunque solo en cuanto dejen de servir al sistema del que eran parte. En este sentido, podríamos señalar que los bienes catalogados como indispensables pueden ser susceptibles de enajenación una vez que pierdan la funcionalidad que los define como indispensables, entendiéndose que son enajenables desde el momento en que se pueda paralizar su uso

sin generar perjuicios en la higiene pública, ya que, es desde ese momento en que dejan de ser inembargables según el artículo 445 número 17 del Código de Procedimiento Civil²² en consonancia con el señalado artículo 12 de la Ley 20.998. La definición de la funcionalidad, en definitiva, queda asignada a la autoridad administrativo-técnica competente, es decir, la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales.

En suma, el régimen de los bienes indispensables permite la protección no solo de los bienes patrimoniales particulares que se sirvan a un SSR, sino que también bienes propiamente fiscales, los que sin esta norma podrían ser eventualmente embargables, objeto de enajenación conforme al DL 1.939/1977 y eventualmente de prescripción, si aplicamos el 2.497 del Código Civil.

Enajenación de los bienes indispensables

La enajenación es un concepto jurídico complejo, cuyo sentido y alcance aún despierta matices en la doctrina. La doctrina civilista ha homologado la enajenación con la tradición, de acuerdo con esto, la enajenación produce la transferencia del dominio o bien la constitución de otro derecho real distinto de aquel sobre un bien (Vial, 2020: 170).

Sin perjuicio de esto, es posible concebir la enajenación en un sentido amplio o en un sentido estricto. En un sentido amplio la enajenación es, en la línea señalada, todo acto mediante el cual el titular transfiere su dominio a otra persona, o constituye sobre su derecho un nuevo derecho real en favor de un tercero, el que viene a limitar o gravar el derecho del propietario. En cambio, en un sentido estricto, la enajenación es el acto por el cual el titular transfiere su derecho real de dominio a otra persona (Vial, 2020: 170-171). En otras palabras, es el acto que hace salir de un patrimonio un derecho para que pase este a formar parte del patrimonio de otra persona. La enajenación en su acepción amplia considera, por ende, tanto cuando se transfiere el dominio como cuando se constituye una hipoteca, prenda o servidumbre. En el sentido estricto, en cambio, solo se enajena cuando se transfiere el derecho de dominio, debiendo hablarse en los demás casos solo de una limitación o gravamen al dominio.

Un gran óbice para la configuración de la enajenación bajo un alcance unánime está dado porque el Código Civil ha utilizado el concepto de manera mixta, utilizando la expresión enajenación en un sentido amplio. Por ejemplo, en los artículos 1.464 (Vial, 2020: 171), 2.387 y 2.414, en los que la prenda y la hipoteca se consideran como una forma de enajenación. Sin embargo, en otras disposiciones del Código, la palabra enajenación está usada en un sentido restringido; por ejemplo, en los artículos 393, 1.135, o 1.754. En estos casos, el legislador no comprende los gravámenes dentro de la enajenación, regulándolos de forma independiente.

22. Señala el artículo 445 del CPC: «No son embargables: Los bienes destinados a un servicio que no pueda paralizarse sin perjuicio del tránsito o de la higiene pública, como los ferrocarriles, empresas de agua potable o desagüe de las ciudades, etcétera; pero podrá embargarse la renta líquida que produzcan».

En cualquier caso, es claro que los contratos relativos a derechos personales tales como el arriendo o el comodato no se incluyen dentro del concepto de enajenación, pues no implican ni disponer del dominio del bien ni gravarlo en términos reales.

Por lo tanto, para determinar el sentido de la palabra enajenación habrá que atender al texto de la disposición en que se mencione. En el caso del artículo 12 existen dos principios en colisión, pues por un lado se trata de una norma de limitación a la propiedad, por lo que debiera interpretarse *prima facie* de forma restrictiva. Sin embargo, también es una norma cuya finalidad claramente es proteger la provisión de agua potable y saneamiento para la comunidad. Si lo primero se encuentra constitucionalmente consagrado en el artículo 19 número 23 y 24 de la CPR, lo segundo tiene respaldo en el primer numeral del citado artículo, así como en el numeral octavo, eventualmente —sobre todo en el caso de los bienes indispensables para el saneamiento—. Así, una interpretación razonable del concepto de enajenación contenido en el artículo 12 de la ley debe tener en cuenta y ponderar todos estos derechos y principios a ellos subyacentes.

Este trabajo concluye que, ante la coexistencia de los principios interpretativos señalados, debe primar el estatuto protector que consagra el artículo 12 de la Ley 20.998, por lo que el concepto de enajenación debe ser interpretado en un sentido amplio, es decir, incluyendo no solo la disposición de los bienes sino también su gravamen. Esta interpretación es consistente con todas las disposiciones de la Ley 20.998 señaladas, que reafirman la necesidad de proteger los citados bienes en la medida que estos sirvan a la producción o distribución de agua potable, o bien a la recolección, tratamiento o disposición de aguas servidas. Todas las citadas fases forman parte del derecho humano al agua potable y al saneamiento, consagrados de forma copulativa en la normativa internacional, lo que fuera plasmado en el artículo quinto inciso cuarto del Código de Aguas, en virtud del cual «el acceso al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial e irrenunciable que debe ser garantizado por el Estado». Esta consagración legal es conteste con las normas constitucionales antes transcritas, por lo que no se vislumbra cómo podría imperar una interpretación restrictiva del artículo 12 y su limitación a enajenar los bienes indispensables en él consagrada.

Refuerza esta interpretación el artículo 82 de la ley, que se refiere a los bienes fiscales que sirven a un SSR, según el cual por decreto supremo suscrito por el ministro de Obras Públicas bajo la fórmula «por orden del Presidente de la República» las obras o proyectos financiados o ejecutados por el Estado que integren un sistema sanitario rural podrán ser cedidos o transferidos a cualquier título a los operadores, con los gravámenes, condiciones y limitaciones que establece esta ley. La citada norma al señalar tanto las obras (bienes en principio inmuebles, aunque podrían ser eventualmente muebles) como los proyectos, ciertamente incluye no solo bienes corporales sino también incorporeales, es decir, diseños o estudios. En cuanto a los derechos de aprovechamiento de aguas, señala que los derechos de propiedad fiscal que sean necesarios para la prestación de servicios sanitarios rurales serán cedidos condicionalmente a los operadores vinculados a la licencia de servicio sanitario rural. Dichos derechos de aprovechamiento se mantendrán en uso de los operadores en tanto sean destinados para la

prestación del servicio sanitario rural. En todos los escenarios, el legislador concibe un estatuto *demanial* o de *interés público* para estos bienes.

Sin perjuicio de interpretar la palabra *enajenación* contenida en el artículo 12 de la Ley 20.998 en su alcance amplio, es necesario destacar que la adjudicación no constituye enajenación, por lo tanto, en caso de existir una partición de bienes hereditarios o la adjudicación por liquidación de bienes pertenecientes a una sociedad, lo que incluye la sociedad conyugal, dicho acto, en rigor, no debiera requerir la autorización de la Subdirección. Lo anterior, de todas maneras, no equivale a sustraer a los bienes sociales o propios de una comunidad del ámbito de protección de los bienes indispensables. Esto, pues el artículo 12 prescribe la necesaria autorización de la subdirección para enajenar dichos bienes solo «en caso de que los bienes indispensables pierdan tal calidad». Por lo tanto, si, por ejemplo, hay infraestructura de un servicio sanitario rural emplazada en el predio de una comunidad heredera del derecho de dominio de un titular que autorizó su construcción en tiempos pasados, la adjudicación singular del predio para un heredero específico ciertamente no requiere participación de la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales; sin embargo, dicho bien continuará gravado a sus fines, aun cuando tenga a un propietario singular declarado con un título inscrito a su favor.

Esta característica también acerca a los bienes indispensables a una calidad *demanial* puesto que, si bien la ley no los declara inalienables de manera expresa, en tanto cumplan el fin de prestar el servicio sanitario no pueden ser enajenados ni aun con la autorización de la Subdirección o, en el caso de las adjudicaciones, sin perjuicio de la declaración de dominio subyacente a ellas, al estar estos bienes gravados a su función pública de tipo sanitaria.

Uso y protección

Deber de cuidado

El artículo 40 de la Ley 20.998 consigna dentro de las obligaciones de los operadores en su letra f) efectuar un correcto uso de los fondos y bienes de la organización, priorizando en su caso el plan de inversiones y, de ser necesario, realizar una auditoría. A este respecto se contempla, como contrapartida a dicha obligación, la facultad de la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales de asistir a los operadores mediante capacitaciones y realizar auditorías (artículo 73 letra h y l de la ley). El legislador, en este sentido, ha sido previsor del alto grado de responsabilidad que implica la administración de una licencia y sus bienes, contemplando el apoyo del Estado, que lógicamente debe estar más presente en sistemas de menor tamaño.

El artículo 44, por su parte, adscribe a los operadores el uso y goce exclusivo de los bienes indispensables, que solo podrán ser utilizados para la realización de las actividades indicadas en dicha ley y reglamento, salvo autorización de la asamblea general (si se trata de un comité) o la junta general (en el caso de las cooperativas), adoptada en sesión extraordinaria y por mayoría simple, siempre que ello no afecte en grado alguno

la provisión de los servicios sanitarios rurales. Sin embargo, el legislador, consciente de la relevancia que puede tener esta autorización para el devenir del sistema, exige que la asamblea o junta general sesione con al menos el 50% más uno de sus miembros «y previo informe a la Subdirección». Esta norma no puede sino interpretarse en un sentido armónico con el estatuto protector para el sistema que estos bienes encarnan, por lo que cabe concluir que dicho informe podría ser eventualmente controvertido por la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales, activándose el artículo 12 de la Ley 20.998 en tanto el desarrollo de otras actividades pudieren importar una enajenación, como ya se ha expuesto en este trabajo.

Obligación de inventario

La categoría de bienes indispensables no solo implica un estatuto protector para los mismos (y, consecuentemente, para el funcionamiento de los servicios sanitarios) sino que también irroga una serie de obligaciones para el operador, encaminadas justamente a optimizar su protección legal. Esta regulación continúa la línea trazada por el DFL 382/1988 para el concesionario de servicios sanitarios urbanos, quien tiene la obligación de mantener un inventario actualizado de sus bienes afectos, debiendo entregar a la Superintendencia de Servicios Sanitarios (SISS) un catastro de los bienes afectos a la concesión. A partir de este inventario es que la SISS podrá otorgar la certificación de que un bien se encuentra afecto a la concesión y aplicar, en su caso, las reglas de la liquidación, caducidad y administración provisional que para tales bienes se dispone; reglas que son aplicables y perduran respecto de los nuevos titulares (Molina, 2017: 87).

En el caso de los operadores de servicios sanitarios rurales, también se contempla una obligación de inventario, requisito para obtener la licencia. En este caso, el legislador nuevamente otorga a la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales la función de recibir las solicitudes de licencia, las que conforme al artículo 20 de la Ley 20.998 deberán contener, entre otras: i) La identificación de las fuentes de agua y sus respectivos derechos, en el caso de la licencia de producción rural de agua potable²³ y ii) Un inventario valorizado de bienes, derechos y obligaciones, y un estado de situación con una antigüedad no superior a treinta días a la fecha de su presentación, que deberá contener el análisis correspondiente a cada una de sus cuentas.

Casos en que el operador deja de ser licenciatario

Una primera situación se regula a propósito de la caducidad de la licencia, de acuerdo al artículo 31 de la ley. En tal escenario, el comité o cooperativa podrá disponer de las instalaciones ejecutadas, salvo los bienes indispensables.

23. Agrega la citada norma que la licenciataria deberá tener la propiedad o el uso de estos derechos, circunstancia que deberá acreditarse en la forma y plazos que defina el reglamento.

Para el caso de insolvencia del operador, dictada la resolución de liquidación de una licenciataria, el tribunal competente deberá notificarla de inmediato a la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales, a fin de que el ministerio designe un administrador temporal, quien deberá realizar un inventario de los bienes de la licenciataria con el objeto de identificar los bienes indispensables para la prestación del servicio sanitario rural objeto de la respectiva licencia. El administrador designado debe velar por la adecuada provisión del servicio hasta su licitación y tendrá las facultades de administración establecidas en el artículo 35 de la ley, respecto de los bienes indispensables de la licencia, pudiendo enajenar solo los bienes que no tengan el carácter de indispensables, a fin de pagar a los acreedores que existan. Para tales efectos, prevalecerán estas normas sobre las contenidas en la Ley 20.720 o la que la reemplace. Conforme a la resolución de liquidación y determinadas las facultades del liquidador, se declarará la continuación de las actividades económicas de la licenciataria, quedando esta, en todo caso, inhibida de pleno derecho de la administración de la licencia y de sus bienes indispensables, en virtud del artículo 37.

Por su parte, el artículo 38 prescribe que, habiendo transcurrido un año contado desde la notificación a la Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales de la resolución de liquidación de la licenciataria, el Ministerio de Obras Públicas deberá disponer la licitación de la licencia, incluidos los bienes indispensables, los que pasarán de pleno derecho a la administración del nuevo licenciatario que se adjudique dicha licitación.

Naturaleza de los bienes indispensables y el sentido de su propiedad

La tradición jurídica contemporánea occidental consagra como un pilar del liberalismo el derecho de propiedad, en tanto derecho subjetivo consagrado en todas las constituciones modernas (Cordero, 2008: 493-525). En esta línea, el concepto de propiedad que emana de la codificación tanto europea como americana se basa en la titularidad (el sujeto propietario) antes que en el objeto del derecho (Cordero, 2008: 493-525).

Sin embargo, dicha concepción ha recibido matices de la doctrina. Así, a comienzos del siglo XX, Duguit cuestiona la factibilidad del ejercicio antisocial u asocial de la propiedad. El autor francés, ciertamente influido por la sociología de Auguste Comte y Emile Durkheim, refleja una nueva era en la dogmática de la propiedad, ciertamente reactiva al liberalismo clásico individualista plasmado en el Código Civil francés. Esta nueva visión no implica el desconocer la existencia de la propiedad privada, sino que reconocer que subyace a ella una función social además de individual (Flores, 2014: 93-111). Un ejemplo clarísimo en nuestra legislación administrativa se consagra en virtud de la Ley 20.017, que introduce la patente por no uso de un derecho de aprovechamiento de aguas, la que sanciona la propiedad de un derecho de aprovechamiento sin el aprovechamiento respectivo, sea con fines especulativos o por mera negligencia. El legislador, comprendiendo el carácter vital del recurso hídrico,²⁴ limitó el carácter

24. Señala el mensaje de dicha ley, de sorprendente fecha 02 de diciembre de 1992 (la ley fue promulgada

originalmente absoluto del derecho de aprovechamiento de aguas, aplicando un gravamen asociado a su (no) ejercicio, el cual fue intensificado mediante la Ley 21.435, que consagra la extinción del mismo por no uso incorporando el artículo 134 bis al Código de Aguas.

La concepción señalada marca un paso desde la «propiedad especulación» a la «propiedad función», lo que implica la eventual coexistencia de una pluralidad de propiedades, en consideración a las distintas funciones sociales que puedan obtenerse de los bienes, rompiendo con el modelo civil codificado de la propiedad. Esta visión reviste a la propiedad no solo de derechos, sino también de funciones y afectaciones en aras del bien común.

Por su parte, bajo una aproximación distinta, existe doctrina administrativa que señala que más allá de bienes estatales, existen bienes privados o públicos conforme a la normativa constitucional y legal vigente. Esta visión, de tipo funcionalista, reconoce la existencia de bienes públicos, mas no de propiedad estatal, realizando su función y no su titularidad pública (Vergara, 2015: 299-334).

Finalmente, desde diversas fuentes se ha erigido en la doctrina nacional el considerar aplicable en nuestro sistema la noción de *dominio público*, que en términos simples es un conjunto de bienes que de acuerdo al ordenamiento jurídico, pertenecen al Estado y se destinan al uso público directo o indirecto de los habitantes (Cordero, 2019: 27).

Sin embargo, desde ya cabe reconocer que, en tanto dicho instituto proviene de la doctrina francesa y española, con bases incluso positivas, dicha institución no tiene parangón en el estatuto nacional de los bienes públicos, basado en la normativa ya expuesta en este trabajo, es decir, la Constitución Política (artículo 19 número 23 y 24) y el Código Civil (artículos 589 y siguientes). Conforme a ambas fuentes, en nuestro derecho solo tienen la calidad de bienes públicos en un sentido estricto los bienes nacionales de uso público, es decir, aquellos cuyo uso pertenece a todos los habitantes de la Nación (Cordero, 2007: 271). Esto no obsta a considerar dogmáticamente aplicable el contenido de esta teoría a los bienes indispensables, bajo los detalles que se exponen en el siguiente párrafo.

el año 2005) que «uno de los desafíos y problemas mayores a que la sociedad chilena se verá enfrentada en los próximos años es el que se relaciona con la disponibilidad de recursos de aguas, en cantidad y calidad apropiadas, para responder a los requerimientos de su desarrollo económico y social, en un proceso que signifique, además, respeto al medio ambiente y a la calidad de vida de nuestros ciudadanos. El país se encuentra enfrentado a condiciones generales críticas de escasez y de contaminación acentuadas en las zonas más áridas, que requieren de normas legales eficaces para solucionar esas dificultades. La actual legislación adolece de excesiva permisividad y pasividad frente a la administración y conservación de este recurso escaso y finito, defectos que deben ser corregidos a la brevedad para evitar situaciones de crisis que, en definitiva, conduzcan a soluciones intempestivas y poco razonadas. La acumulación de derechos de aguas en forma desmesurada sin que exista un uso actual o futuro previsible, sino únicamente la posibilidad de lucrar con ellos, no obstante su obtención original gratuita, constituye el germen de dificultades muy graves para el desarrollo futuro del país». Mensaje de la Ley 20.017 que modifica el Código de Aguas. Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=239221>.

Análisis de los bienes indispensables bajo la categoría de «bienes públicos»

La propiedad, o más genéricamente el estudio de los derechos reales, es uno de los ámbitos del derecho que empalma de forma cercana con la economía (Peñailillo, 2010: 14) Lo anterior no obsta a reconocer que la propiedad es una institución antes que un derecho subjetivo, con el interés general como fundamento —que reconoce la autonomía individual de cada sujeto encarnada en un derecho subjetivo— (Atria y Salgado, 2016: 9), el que funda la idea de *función social* de la propiedad consagrada primariamente a partir de 1925 en nuestro ordenamiento jurídico y consolidada en la Constitución de 1980.

La noción de *bienes públicos* puede ser relacionada con la ciencia económica.²⁵ Esta confluencia ha sido analizada por Atria para «referirse a bienes que tienen ciertas peculiaridades, tal que no pueden ser provistos a través del mercado. Se trata de bienes que no facultan a su titular a excluir su goce, porque son bienes no excluyentes, y que una vez que existen pueden ser consumidos sin rivalidad, por lo que el que los adquiere no pierde por compartirlos posteriormente» (Atria, 2015: 7). Señala, en este sentido, Atria (2015:9):

En la esfera privada la ley fija los límites dentro de los cuales cada uno puede usar su propio poder para lograr sus fines [...] el espacio público es el espacio donde el poder que se usa está siempre expuesto a una demanda de legitimación. Y su ejercicio solo puede ser legitimado alegando que ese ejercicio conviene a todos. [...] el espacio público es un espacio de domesticación de poderes fácticos. La pretensión de lo público es que ahí nos encontramos como ciudadanos iguales. El interés que buscamos es el interés común, por eso ningún interés particular tiene fuerza legitimatoria: el poder que cada uno tiene es el mismo.

El mismo autor señala en otra publicación que los bienes nacionales de uso público y los bienes públicos en un sentido económico no son equiparables, siendo aquello una muestra de la «colonización que ha sufrido el pensamiento jurídico por la economía de mercado». No obstante, la *publificación* de su régimen es la manera de que estos bienes sirvan al interés común (Atria y Salgado, 2016: 24).

Frente a esto cabe preguntarse: la titularidad de los bienes indispensables; ¿es relevante? (Cordero, 2019: 162) Si se analizan estrictamente a la luz de las nomenclaturas afianzadas en la ciencia social económica, los bienes indispensables no son públicos, esto, pues son excluibles y eventualmente rivales. En principio, solo podrán disfrutar el servicio de agua potable y/o saneamiento de un SSR los socios y/o usuarios a quien se les haya otorgado factibilidad de servicio, extendiéndose el goce a las personas que utilicen las instalaciones domiciliarias de cada usuario. No se trata del goce de las aguas del mar, las que podrían ser utilizadas por todos, así como el aire que respiramos. Por

25. Una vinculación de la ciencia económica moderna con las raíces románicas de la noción de bienes comunes se encuentra en Cordero (2019: 167).

otro lado, el uso del agua potable para una piscina ciertamente reduce la disponibilidad de esta para otros usuarios, pudiendo afectar la presión o, peor aún, la disponibilidad de la fuente.

A su turno, de acuerdo con la ciencia jurídica, tampoco sería posible clasificar los bienes indispensables como bienes públicos, si es que se atiende a su titularidad.²⁶ Sin embargo, existen elementos de dogmática jurídica que permiten considerarlo bajo el régimen de lo público:

Poseen las características de los bienes demaniales: Los bienes indispensables son inembargables, inalienables e imprescriptibles, en tanto cumplan su fin. Sin perjuicio de si la categoría de *dominio* público aplica en nuestro sistema jurídico en términos generales, es claro que el legislador de forma expresa ha considerado los tres puntales de dicha categoría jurídica al servicio de los bienes indispensables.

Aunque afectados al fin público que satisfacen: Lo anterior es fundamental. Los bienes indispensables se encuentran bajo un régimen de afectación estricto, en tanto sirvan para los fines que se encuentran satisfaciendo. El derecho de propiedad (sea fiscal o particular) ha de limitarse en pos de un derecho que debe ser más relevante, cual es, el derecho a la vida y a la integridad psíquica, sobre la base que se construye el derecho humano de acceso al agua potable y al saneamiento. Esto significa que la norma consagrada no es arbitraria ni expropiatoria, puesto que el derecho de propiedad plena se recupera en tanto el bien deje de servir a los vitales fines que el legislador grava.

Deben ser inventariados y considerados para efectos de tarifa: La afectación tiene una obligación correlativa, cual es el inventario de los bienes, independiente de su titularidad, en tanto sirvan al sistema. Como contrapartida, estos bienes forman parte del patrimonio base según el cual se ha de calcular la tarifa, en tanto no sean bienes aportados por el Estado.

Conclusiones

Los bienes indispensables creados por la Ley 20.998 son uno más de los aportes fundamentales que dicha legislación ha implicado para la protección del derecho humano de acceso al agua potable y para la consolidación institucional de un modelo comunitario autogestionado y apoyado por el Estado que esta ley viene en consagrar.

Una interpretación tanto lógica como sistemática del artículo 12 de la Ley 20.998 conlleva que, en tanto cumplan el fin de prestar el servicio sanitario, estos bienes no pueden ser enajenados (lo que incluye no solo las transferencias de dominio, sino la constitución de cualquier derecho real) ni aun con la autorización de la subdirección, o en el caso de las adjudicaciones, sin perjuicio de la declaración de dominio subyacente a ellas. En cualquier caso, estos bienes no pueden ser desafectados si cumplen su función, al estar gravados a dicha función pública de tipo sanitaria.

26. Cordero deja en claro que ni siquiera los bienes fiscales podrían ser bienes *públicos* bajo la dogmática internacional (Cordero, 2019: 157).

No obstante la teoría del *dominio público* continúa siendo discutida en la dogmática administrativista actual, los bienes indispensables, en tanto sirvan a los fines sanitarios que consagra el artículo 12 de la Ley 20.998, ostentan todas las características de los bienes que forman parte del dominio público. Con esto el legislador ha intensificado la relevancia de la función pública de los bienes, lo que a la luz de la doctrina administrativa y económica comparada importa un progreso normativo, que refuerza los compromisos adquiridos por el Estado de Chile a nivel internacional en torno a promover el acceso al agua potable y al saneamiento, en su cualidad de derecho humano de reciente e indiscutible consagración y mérito.

Ciertamente, estas áreas del derecho: derecho público, derecho de aguas y derecho de la infraestructura, se encuentran altamente influidas por disciplinas distintas a la ciencia jurídica. No olvidemos la base esencialmente económica sobre la cual se dictó el Código de Aguas de 1980, cuyo *telos* ha mutado conforme a la superación del paradigma neoliberal, siendo a nuestro juicio fundamental incorporar al bien jurídico protegido por el artículo 12 de la Ley 20.998 elementos no solo jurídicos, sino también técnicos (en el sentido de ciencias no jurídicas) que permitan dar un contenido preciso al nuevo marco legal, conteste con el fin último del legislador, que es la protección y promoción al acceso al agua potable y saneamiento; uno de los pilares vitales en la vida de todos los habitantes del territorio nacional y cuya labor en definitiva es uno de los más nobles fines que el Estado ha de cumplir. En este sentido, el *régimen de lo público* aparece como una respuesta dogmáticamente satisfactoria no obstante la falta de respaldo unánime de la teoría del dominio público en la actualidad.

Referencias

- ATRIA, Fernando (2015). «Derechos y mercancías y el sentido de lo público». *RED/DOC*. Disponible en <https://tipg.link/S5RL>.
- ATRIA, Fernando y Constanza Salgado (2016). «La propiedad, el dominio público y el régimen de aprovechamiento de aguas en Chile». Santiago: Thomson Reuters.
- CORDERO, Eduardo (2006). «La dogmática constitucional de la propiedad en el derecho chileno». *Revista de Derecho* (Universidad Austral de Chile), 19 (1): 125-148.
- . (2007). «El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 29.
- . (2008). «De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad». *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), 31: 493-525.
- . (2019). «Dominio público, bienes públicos y bienes nacionales». Valencia: Tirant Lo Blanch.
- FLORENCIA, María (2014). «La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: Una relectura desde la perspectiva historiográfica». *Historia Constitucional*, 15: 93-111. Disponible en <https://tipg.link/S5RO>.

- MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, Subdirección de Servicios Sanitarios Rurales (2024). Unidad de Registro de Operadores.
- MOLINA, María Gabriela (2017). «Régimen de afectación de bienes en los servicios públicos sanitarios chilenos: Una aplicación matizada en un régimen liberal». *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 25: 81-94.
- PEÑAILILLO, Daniel (2010). «Los bienes, la propiedad y otros derechos reales». Santiago: Jurídica de Chile.
- VANESTRALEN, Hernando (2004). «Bienes de titularidad pública: Patrimoniales y de dominio público. Una aproximación al sistema español». *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (Universidad del Rosario), 6 (1): 211-262.
- VERGARA B., Alejandro (2015). «Derecho de bienes públicos en Chile. Recuento doctrinario y actualidad normativa». En *El dominio público en Europa y Latinoamérica* (pp. 299-334). Lima.
- VIAL, Víctor (2003). *Teoría General del Acto Jurídico*. 5.ª edición. Santiago: Jurídica de Chile.

Sobre la autora

XIMENA CASTILLO PARADA es abogada de la Universidad de Chile y magister en Derecho Internacional por la Universidad de Heidelberg y Universidad de Chile. Asesora técnica legal del Ministerio de Obras Públicas, Chile. Su correo electrónico es ximenaisabelcp@gmail.com.  <https://orcid.org/0009-0001-8973-4072>.

REVISTA DE DERECHO PÚBLICO

La *Revista de Derecho Público* es publicada desde 1963 por el Departamento de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. Aparece dos veces al año. Su propósito es la difusión de los avances del derecho público nacional e internacional y la socialización de artículos de investigación inéditos de la comunidad académica nacional e internacional.

DIRECTORA

Ana María García Barzelatto

SECRETARIO DE REDACCIÓN

Felipe Peroti Díaz

fperoti@derecho.uchile.cl

ASISTENTE DE REDACCIÓN

Jaime Phillips Letelier

jphillips@derecho.uchile.cl

SITIO WEB

revistaderechopublico.uchile.cl

CORREO ELECTRÓNICO

rdp@derecho.uchile.cl

LICENCIA DE ESTE ARTÍCULO

Creative Commons Atribución Compartir Igual 4.0 Internacional



La edición de textos, el diseño editorial
y la conversión a formatos electrónicos de este artículo
estuvieron a cargo de Tipografía

www.tipografica.io