Boletín Nº 10.319-12

Proyecto de ley, iniciado en moción del Honorable Senador señor Navarro, con el que modifica el decreto con fuerza de ley N° 340, sobre Concesiones Marítimas, para regular la extracción de agua de mar.

I.- Antecedentes[1]:

El agua dulce es un recurso natural único y escaso, esencial para la vida y las actividades productivas, y por tanto directamente relacionado con el crecimiento económico.

La disponibilidad de agua dulce en el mundo es limitada, además existe una distribución desigual del recurso en las distintas superficies continentales, dando lugar a zonas de abundancia y zonas de escasez de agua[2]. Ejemplo de ello es la zona norte de Chile, que es una de las zonas más secas del planeta, con escasos recursos hídricos superficiales y en la que, además, existe una creciente demanda de agua por parte de las distintas actividades productivas y el consumo humano.

Para la minería, que es y seguirá siendo una de las actividades productivas de mayor importancia en Chile, la disponibilidad y gestión adecuada del agua es clave para su sustentabilidad. Como es sabido, la actividad minera nacional se desarrolla en condiciones particulares, la mayor parte de los yacimientos están emplazados en la zona norte del país, zona que enfrenta una limitada disponibilidad del recurso hídrico, por tanto el agua se ha convertido en un insumo crítico, estratégico y de alto costo. Por tanto, esta situación de disponibilidad limitada del recurso y que además presenta una demanda creciente que compite con otros sectores de la economía, ha motivado al sector minero a seguir aumentando los niveles de eficiencia, a partir de soluciones tecnológicas y a generar nuevos mecanismos para enfrentar los nuevos desafíos en cuanto al abastecimiento del recurso hídrico en el norte del país como, por ejemplo, el uso de nuevas fuentes de agua.

Frente a esta situación de estrechez hídrica en el norte de Chile, se adiciona otro tema crítico a considerar como son los posibles impactos derivados del cambio climático. En particular, dentro de los potenciales impactos de este fenómeno sobre los recursos hídricos en esta zona, hay dos aspectos que destacan, uno derivado del cambio en temperaturas y otro de los cambios en precipitación. El primero dice relación con la reducción del área andina capaz de almacenar nieve entre las estaciones del año. Las crecidas invernales de los ríos con cabecera andina, se verán incrementadas por el consiguiente aumento de las cuencas portantes, y la reserva nival de agua se verá disminuida. En cuanto a las precipitaciones, éstas se incrementarían en primavera y verano en la región altiplánica pero disminuirían desde Antofagasta al sur del país

(alrededor de 20-25% de variación negativa). Como consecuencia, aumentaría la aridez en el norte del país[3].

Estos posibles impactos, y cómo afectarán a los distintos sectores productivos, incluyendo minería están siendo analizados por especialistas a través de distintos estudios enmarcados dentro del contexto del Plan de Acción Nacional de Cambio Climático insertado en la Estrategia Nacional de Cambio Climático.

Este Plan de Acción tiene el objetivo de establecer el nivel de vulnerabilidad de los recursos hídricos frente a escenarios climáticos proyectados a nivel de cuencas, identificando y evaluando los impactos climáticos en los sistemas hídricos seleccionados y definir las opciones que permitan la adaptación del uso de los recursos hídricos al cambio climático.

Para cumplir este propósito, el Plan de Acción Nacional de Cambio Climático en una de sus líneas de acción indica la necesidad de determinar la disponibilidad futura de agua para consumo humano, minería, agricultura y generación eléctrica, considerando los efectos del cambio climático y sus proyecciones de demanda.

En este contexto, resulta clave elaborar proactivamente una proyección de consumo de agua por parte de la industria minera.

Como punto inicial de esta tarea, cabe destacar que la Mesa Público Privada Nacional de la Gestión del Recurso Hídrico y la Minería en Chile, ha trabajado desde el año 2007 en generar información clave sobre la situación actual de la minería respecto a un insumo tan estratégico como el agua.

Uno de los resultados de la Mesa fue consensuar y validar cifras del consumo de agua de la minería del cobre en el país. Es así como en marzo 2008 se publicó el Informe Técnico “Derechos, extracciones y tasas unitarias de consumo de agua del sector minero regiones centro-norte de Chile”, realizado por Proust Consultores para la División de Estudios y Planificación de la DGA.

La información generada en este estudio, sumada a la información disponible en COCHILCO (para efectos de la elaboración de otros estudios), son la base para construir posibles escenarios de proyección de la demanda futura de agua del sector minero en función de proyecciones de producción futura de cobre.

II.- Uso de Agua de Mar en la Minería[4]:

La minería de cobre en la Región de Antofagasta aporta al Producto Interno Bruto (PIB) de nuestro país cerca del 10% del total, donde las miles de toneladas de fino extraídas en la zona corresponden al 16,6% de la producción mundial y el 52,8% de lo producido en nuestro país. Si analizamos el PIB regional, encontramos que el

62,7% corresponde a la actividad minera y el porcentaje restante son actividades que están encadenadas a esta.

Existe consenso que la minería es importante para Chile y las cifras así lo demuestran. Sin embargo, la actividad minera no está exenta de desafíos y es por ello que a la hora de proyectar la actividad en los próximos años surgen las siguientes preguntas: ¿Cómo la minería enfrentará la escasez de agua en la región? y ¿cómo se hará cargo del uso de agua de mar?.

En este contexto, el sector productivo minero sabe que para proyectarse de manera sustentable requiere de agua y dada la escasez del recurso hídrico en el norte de Chile, en particular en la Región de Antofagasta, ha obligado a la industria a buscar nuevas fuentes de agua. Según datos entregados por la Comisión Chilena de Cobre (Cochilco) la demanda de agua fresca de la minería de cobre esperada al 2021 va desde los 13 m3/seg en 2013 a los 18 m3/seg, lo que representa un aumento del 38%. Por su parte, el abastecimiento estimado de nuevos proyectos con agua de origen marino es de 5,4 m3/seg, lo que implicaría una disminución del 23,9% del total de agua fresca continental demandado si no se utilizara dicho recurso.

Es ahí que el uso de agua de mar surge como opción real para el uso en la minería. Compañías como Minera Esperanza, actual Centinela, primera faena a gran escala en utilizar agua de mar, sin desalar, en su proceso productivo. Para lograr esto, se impulsa agua de mar desde su muelle ubicado en la localidad de Michilla, trasladando el recurso mediante un acueducto de 145 kilómetros longitud que desemboca en una piscina ubicada a un costado de su planta concentradora situada en la comuna de Sierra Gorda.

El agua de mar desalada es sometida a un tratamiento de osmosis inversa, electrodiálisis, destilación multiefecto (MED), evaporación flash (MSF) o destilación por energía solar. Luego, a través de un proceso físico-químico se eliminan los minerales y se obtiene el agua dulce. Por otro lado, también hay procesos productivos que utilizan agua de mar directamente solo con un tratamiento básico que elimina material orgánico e inorgánico, pero no su contenido salino.

Cifras[5]

En la Región de Antofagasta el uso de agua de mar y desalada en la minería ha tenido un alza sostenida en los últimos años. En 2013, y con los proyectos de desalación en funcionamiento, se utiliza 659 L/s de agua desalada, mientras que el agua de mar directa sin procesar llega a los 1.613 L/s. Entre las faenas mineras que actualmente utilizan agua de mar está la ya mencionada Minera Centinela, que capta el recurso desde Michilla, y también Minera Escondida. Si consideramos los proyectos que se encuentran en fase de evaluación de factibilidad o de aprobación, la utilización de

agua de mar en la minería alcanzaría los 4.793 L/s de agua desalada y 1.815 L/s de agua de mar.

Sin embargo, los costos de energía en Chile siguen siendo muy altos (0.12 US$/kWh), esto hace que no todos los proyectos u operaciones mineras puedan usar agua de mar (salada o desalada) y en algunos casos incluso los hace inviables. En promedio, el costo de impulsión por cada 1000 m.s.n.m. varía entre 1 a 1.5 US$, por lo que trasladar un metro cúbico de agua de mar desalada sobre los 3.000 m.s.n.m. es del orden de los 4 a 7 US$ y supera en más de cuatro veces los costos de captar el agua dulce en la cordillera, llegando en algunos casos hasta 10 veces. El valor de agua fresca es aprox. 1.6 US$/m3.

Proyección[6]

El director del Centro de Investigación Tecnológica de Agua en el Desierto (Ceitsaza), Leonardo Romero, es concluyente al señalar que “la utilización de agua de mar no es solo una solución para las mineras, sino también una forma de liberar el agua dulce para otros usos y permitir la restauración de ecosistemas dañados”.

Romero agrega que el uso de agua de mar (desalada o no), el reuso y la construcción de un modelo de gestión integral regional del recurso que facilite la toma de decisiones, son, al parecer, la solución inmediata y efectiva para descomprimir el estrés hídrico en que se encuentra la Región de Antofagasta. Por lo mismo, el uso de este recurso debe estar asociado a un modelo de negocios que tome en cuenta el aspecto social, dado la inversión y el costo operacional que implica impulsar el agua a las faenas mineras por sobre los 2000 m.s.n.m.

El uso de agua de mar irá creciendo y ya existen esfuerzos para que esta alza siga. En 2013, ingresó al parlamento un proyecto de ley presentado por un grupo transversal de diputados que plantea que aquellas empresas mineras cuya extracción de agua continental sobrepase los 150 L/s, tendrán obligatoriamente que incorporar el agua de mar dentro de sus procesos productivos. En ese sentido, Leonardo Romero señala que pese a que no hay una obligación legal, las empresas mineras ya consideran el uso de agua oceánica.

“En este momento, pensar que un nuevo proyecto minero funcione con agua continental ya es cosa del pasado. Toda nueva iniciativa de este tipo ya tiene asumido que tiene que incorporar agua de mar a sus procesos. Si bien no es obligación por ley, las empresas que están dedicadas al rubro minero ya saben que su fuente de agua es el Océano Pacífico”.

Lo señalado por Leonardo Romero también lo reafirma Cochilco en sus proyecciones del uso de agua de origen marino, donde se ve un considerable aumento en demanda

de agua de mar para el año 2021, en su mayoría como fuente de abastecimiento en nuevos proyectos. Según este organismo, el monto proyectado de inversión en operaciones que utilizarán agua de mar con su respectivo sistema de impulsión alcanzará los US$ 5.447 millones.

III.- Régimen Jurídico del Mar[7]:

La regulación del mar se compone de normas internas de rango constitucional, legal y reglamentario, y por tratados internacionales destinados a regular la utilización del mar y la explotación de los recursos, como se sintetiza a continuación.

1. Tratados Internacionales[8]

Chile suscribió la Convención del Mar de las Naciones Unidas[9], que según su preámbulo busca "establecer por medio de esta Convención, con el debido respeto de la soberanía de todos los Estados, un orden jurídico para los mares y océanos que facilite la comunicación internacional y promueva los usos con fines pacíficos de los mares y océanos, la utilización equitativa y eficiente de sus recursos, el estudio, la protección y la preservación del medio marino y la conservación de sus recursos vivos.".

2. Regulación Constitucional y Legal (Propiedad de las Aguas)[10]

El artículo 19 Nº 23 de la Constitución Política de la República (C.P.R.) establece como bienes del Estado, aquellos que deben pertenecer a la nación y son declarados en ese rango por ley.

Los bienes estatales están excluídos del comercio humano, sólo admiten su uso y goce por medio de autorizaciones, permisos o concesiones temporales administrativas.

El artículo 585 del Código Civil contempla "la alta mar" como una de aquellas cosas que la naturaleza ha hecho comunes a todos los hombres, disponiendo que no es susceptible de dominio, que ninguna nación, corporación o individuo tiene derecho de apropiársela, y que su uso y goce es determinado entre individuos de una nación por las leyes de ésta, y entre distintas naciones por el derecho internacional.

Luego, el artículo 593 del Código Civil dispone que el "mar adyacente", hasta la distancia de 12 millas marinas, es mar territorial y de dominio nacional, y que forman parte de las aguas interiores del Estado.

El artículo 595 del Código Civil dispone que todas las aguas, entre las que se incluyen las marítimas son bienes nacionales de uso público.

Luego, el artículo 598 del Código Civil dispone que generalmente en todos los bienes nacionales de uso público, incluyendo el mar y sus playas, el uso y goce estarán

sujetos a las disposiciones del mismo Código, y a las ordenanzas generales o locales que sobre la materia se promulguen.

Finalmente, el artículo 599 del Código Civil dispone que 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.

En este sentido, la utilización de los bienes nacionales de uso público relacionados con el mar, se regula en el Decreto con Fuerza de Ley N° 340 sobre Concesiones Marítimas del año 1960 y su reglamento contenido en el Decreto Supremo Nº 2 publicado el 20 de Abril de 2006 del Ministerio de Defensa Nacional.

IV.- Explotación del Mar[11]:

Uno de los usos privativos del mar tiene lugar mediante las Concesiones Marítimas, las que otorgan derechos para que un particular, mediante un acto administrativo denominado Concesión, pueda hacer uso y goce de manera privativa de este bien nacional de uso público.

El artículo 2º del D.F.L. Nº 340 dispone que la entrega de las concesiones es una facultad privativa del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría Para Las Fuerzas Armadas, las que pueden ser entregas sobre:

- Playas de mar;
- Terrenos de playas fiscales dentro de una faja de 80 metros de ancho medidos desde la línea de más alta marea de la costa litoral;
- Concesiones de roca;
- Concesiones de fondos de mar;
- Concesiones de porciones de agua dentro y fuera de las bahías; y,
- Concesiones en ríos o lagos navegables por buques de más de 100 toneladas, como así también sobre las playas de los mismos.

Conforme al artículo 3º del D.F.L. N° 340, las Concesiones Marítimas pueden tener cualquier destino, siendo irrelevante ello para su calificación. Además, al tratarse de un derecho creado por un acto administrativo, se encuentran sujetos a un plazo máximo de 50 años (arts. 3 y 5 del Reglamento de Concesiones Marítimas) y a un régimen de caducidad por incumplimiento de algunas de las obligaciones que se imponen al momento de otorgarse la concesión respectiva.

V.- Aspectos Legales de las Concesiones para el Establecimiento de Plantas Desalinizadoras[12]:

Dependiendo de la naturaleza de la infraestructura que se utilice para la operación de la planta desalinizadora, la Concesión Marítima que la ampare podrá incluir distintos espacios marítimos, tales como playa de mar, terreno de playas fiscales, concesiones de roca, de fondo de mar y cuerpos de agua[13].

La Concesión que se entrega es para la "utilización" de los bienes, por lo que ella ampara sólo la instalación de la infraestructura, y no la extracción de los mismos. Efectivamente, el Reglamento de Concesiones Marítimas, al definir qué debe entenderse por porción de agua, dispone, en su artículo 1º Nº 31, que es el "Espacio de mar, río o lago, destinado a mantener cualquier elemento flotante estable", sin hacer referencia alguna a la extracción del mismo.

Por este motivo, puede sostenerse que existe un título concesional específico que permitiría la extracción de agua de mar para su posterior desalinización. No obstante, el artículo 4º del Reglamento establece que corresponde a la Dirección General del Territorio Marítimo y Marina Mercante Nacional, autorizar la extracción de materiales varios que se encuentren en las áreas sujetas a su fiscalización y control. Conforme con ello, si se considera al agua de mar como un material, la extracción del mismo, para su posterior desalación podría encontrarse ello autorizado a partir de este artículo.

Además, hay que tener presente la Ley N° 19.300 de 2010, Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, cuyos artículos 73 y siguientes se refieren a materias

---

[1] Comisión Chilena del Cobre Dirección de Estudios y Políticas Públicas. Gestión del Recurso Hídrico y la Minería en Chile. "Proyección Consumo de Agua en la Minería del Cobre 2009-2020" de/09/2009. Páginas 4 y 5.

[2] Fuente: http://epa.gov/region01/students/pdfs/ww_intro.pdf, Documento "All the Water in the World".

[3] Fuente: Plan de Acción Nacional de Cambio Climático 2008-2012, CONAMA.

[4] Fuente: http://ecitecno.cl/uso-de-agua-de-mar-en-la-mineria-presente-y-futuro-de-una-tecnologia-en-evolucion/

[5] Ibídem 4.

[6] Ibídem 5.

[7] Fuente: Plantas Desalinizadoras de Agua Marítima: Marco Normativo y Propuesta de Modificación Legal. Elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional. Páginas 2, 3 y 4.

[8] Ibídem 7.

[9] Publicada como ley de la República mediante Decreto Supremo N° 1393, publicado en Diario Oficial el 18 de noviembre de 1997. Disponible en: http://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/convemar_es.pdf (Marzo, 2015).

[10] Ibídem 8.

[11] Fuente: Plantas Desalinizadoras de Agua Marítima: Marco Normativo y Propuesta de Modificación Legal. Elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional. Páginas 4, 5, 6 y 7.

[12] Ibídem 11.

[13] Así la planta desaladora de Antofagasta se encuentra amparada mediante el Decreto de Concesión Marítima N° 255, de 10.07.2002, del Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina.

relacionadas con permisos ambientales previstos en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA).

VI.- Rol del Estado para impulsar Plantas Desalinizadoras[14]:

En el marco constitucional vigente el Estado actúa conforme al Principio de Subsidiariedad positiva activa o positiva, con la finalidad de obtener el bien común (incisos 3° y 4° del artículo 1° C.P.R.).

Además, la integración armónica y la igualdad de oportunidades para la población es uno de los objetivos primarios del Estado para la consecución del bien común (inciso 5 Art. 1º C.P.R.).

La disponibilidad de recursos hídricos, en este caso, las aguas marinas, se enmarcaría dentro de la consecución de estos objetivos; el consumo de agua potable sería parte fundamental de los siguientes derechos:

- Derecho a una vida digna (Art. 1º inc. 1º).

- Derecho a la vida y la integridad física y psíquica de las personas (Art. 19 Nº 1) el derecho a la protección de la salud (“corresponderá (al Estado) la coordinación y control de las acciones relacionadas con la salud” (Art. 19 Nº 9).

- Derecho a realizar actividades económicas, como el uso y goce de predios agrícolas y actividades de la industria y la minería (al amparo del Art. 19 N° 24 en relación al Art. 19 Nº 23).

VII.- Sistema de Concesiones[15]:

Conforme a la actual Carta Fundamental, los órganos públicos deben desarrollar políticas públicas en áreas de bien común, que involucre el interés nacional, en que los privados por sí solos no pueden actuar o bien lo hacen de manera deficiente (principio de subsidiariedad del art. 1° C.P.R.)[16].

El abastecimiento de agua para consumo humano, riego y labores productivas estratégicas para el desarrollo del país, como la minería, califican como actividades de interés nacional, lo que justificaría la necesidad de regular[17].

---

[14] Fuente: Plantas Desalinizadoras de Agua Marítima: Marco Normativo y Propuesta de Modificación Legal. Elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional. Páginas 4, 5, 6 y 7.
[15] Ibídem 14.
[16] Argumentación de Ramírez Arrayás, José Antonio, “Estatuto Jurídico Aplicable a Proyectos de Plantas Desalinizadoras”. Asesor Ministerio de Obras Públicas. Coincidente con descripción de marco normativo legal y constitucional contenido en “Chile Planta Desalinizadora de Antofagasta (CH-0171) Informe Impacto Ambiental y Social, Banco Interamericano de Desarrollo”, Julio, 2003. Disponible en: http://idbdocs.iadb.org/wsdocs/getdocument.aspx?docnum=442108 (Marzo, 2015).
[17] Ibídem 16.

Por ello, hasta la fecha se ha recurrido a un mecanismo determinado para la intervención del Estado en esta materia, que sería la asociación público - privada, mediante el sistema de Concesiones contemplado en la Ley de Concesiones y su reglamentación complementaria[18]. Cabe recordar, que el artículo 1º de la Ley de Concesiones, autoriza a regular bajo su amparo las "licitaciones o concesiones que deben otorgarse respecto del uso y goce de bienes nacionales de uso público".[19]

VIII.- Suministro Energético[20]:

La Ley de Concesiones permite desarrollar áreas de servicios que se convengan (Art. 1º).

Esto admite idear en las Bases de Licitación, actividades complementarias que permitan viabilizar y optimizar el modelo de negocios que haga atractivo el interés de particulares para formar parte de esta asociación público privada.

El abastecimiento energético de este tipo de plantas puede ser parte de los requerimientos de instalación.

IX.- Sistema de Concesiones: Procedencia Jurídica[21].

La actuación del Estado propia del marco jurídico especial de "asociatividad público-privada" al amparo del Sistema de Concesiones, no constituye una "actividad económica" propia del denominado "Estado Empresario" (art. 19 N° 21 CPR), por lo que no requiere de Ley de Quórum Calificado.

El Estado, mediante la Ley de Concesiones (Art. 1) está habilitado para convocar a licitaciones y aceptar iniciativas privadas sobre bienes nacionales de uso público declarados por ley (art. 19 N° 23 C.P.R.), entre los cuales se encuentran las aguas marítimas.

X.- Conclusión sobre Necesidad de Modificaciones Legales para la Actividad de Desalinización[22]:

Las consideraciones anteriores permiten sostener que las actividades de desalinización no requerirían modificaciones legales para realizarse, requiriéndose el cumplimiento de calificaciones ambientales positivas dentro del proceso regular del SEIA y las autorizaciones sectoriales.

---

[18] Ibídem 17.
[19] Ibídem 18.
[20] Fuente: Plantas Desalinizadoras de Agua Marítima: Marco Normativo y Propuesta de Modificación Legal. Elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional. Páginas 4, 5, 6 y 7.
[21] Ibídem 20.
[22] Ibídem 21.

Estas descripciones de normativa general y particular habrían sido reconocidas en el EIA de Escondida, que habría obtenido su RCA aprobados sin reparos de legalidad.

XI.- La Desalación del Agua: Regímenes Comparados[23].

La desalación corresponde a una técnica utilizada por algunos países para combatir el estrés hídrico de las últimas décadas, con variaciones de sus elementos estructurales, los que van desde el régimen propio del agua salobre, hasta aquel aplicable al agua desalada, pasando por la actividad misma de desalación de agua de mar.

En relación al aprovechamiento del agua salobre, si la generalidad de los países analizados requieren de títulos administrativos que les permitan a los particulares aprovechar del elemento hídrico (Chile, España, Argelia), sólo excepcionalmente la actividad de desalación sigue el régimen de servicio administrativo en sentido estricto (que es el caso de la Isla de Canarias, en España), sujetándose en general al otorgamiento de concesiones o autorizaciones (que es el caso de España y Chile, donde el desarrollo de la actividad en general reclama de ambos títulos) o únicamente concesiones (como parece ocurrir en el caso de Argelia).

En relación al agua desalada, las reglas civiles aplicables a la especificación permiten concluir que ésta seguirá en general el régimen de un bien privado, incorporado al patrimonio del especificante producto de la accesión de mueble a mueble (que es el régimen en vigor en nuestro país). Sólo de manera reciente algunos estados han alterado este estatuto mediante la incorporación de disposiciones expresas en un sentido diverso, que prevén la publificación del agua desalada. Es lo que ocurre desde el año 2005 en España respecto de la generalidad del agua, como también en el caso de Argelia, aunque sólo en relación a aquella sujeta a una finalidad de utilidad pública.

La desalación de agua puede consistir en una actividad puramente privada, puramente pública, o sujeta a un régimen concesional, que desconcentra su realización a favor de los particulares. Estos últimos regímenes parecen corresponder a las reglas generales aplicables en el derecho comparado, tanto por la naturaleza del agua como por el emplazamiento de las industrias desalinizadoras.

El aprovechamiento del agua salobre[24]

En relación al aprovechamiento del agua salobre, deben distinguirse al menos dos aspectos. Por un lado, el régimen de bienes aplicables al estatuto jurídico del agua (1) y, por el otro, el título administrativo que es exigible para su aprovechamiento (2).

---

[23] Fuente: La Desalación del Agua: Regímenes Comparados. Elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional. Pedro Harris Moya, Asesoría Técnica Parlamentaria.
[24] Ibídem 23.

1. El régimen de bienes aplicable al agua salobre[25]

La naturaleza jurídica aplicable al agua salobre incide en los títulos administrativos que permiten su aprovechamiento. En efecto, más allá del mar territorial, la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar de 1982 califica a las aguas como un "patrimonio común de la humanidad"[26], lo que permite aprovechar el elemento sin necesidad de título alguno. A contrario, al interior del mar territorial el agua pierde el estatuto de res communis, quedando su calificación dentro de las atribuciones soberanas de los estados ribereños. A estos efectos, tanto España como Chile recurren a la calificación de bien público, régimen que a diferencia de las cosas comunes sí permite requerir de un título administrativo para la desalación del agua.

2. El título administrativo para la desalación del agua[27]

El funcionamiento de una industria desalinizadora requiere, a lo menos, dos títulos administrativos relacionados. Primero, aquel que autoriza el emplazamiento de la instalación y, segundo, el aplicable al hecho de aprovechar el agua. En este sentido, tanto Chile como España utilizan el régimen concesional respecto del primer aspecto, y el autorizacional en relación al segundo.

En efecto, la instalación de una industria desalinizadora en nuestro país debe entenderse sujeta al régimen de Concesiones Marítimas, consagrado por el Decreto con Fuerza de Ley N° 340 de 1960 y su reglamento, régimen conforme al cual es indiferente "el uso a que se destine la concesión y el lugar en que se encuentren ubicados los bienes" (artículo 3 del Decreto con Fuerza de Ley N° 340 de 1960). Ahora bien, si en principio el título concesional sólo es aplicable a la instalación (y no al aprovechamiento del agua), un título administrativo en este sentido puede entenderse exigido por el artículo 4 del Reglamento. Conforme a esta disposición: "corresponderá especialmente a la Dirección el autorizar la extracción de materiales varios que se encuentren en las áreas sujetas a su fiscalización y control"[28].

Una situación similar se produce en España, si se considera que la instalación desalinizadora se sujeta a una concesión de riego y que el aprovechamiento mismo puede también entenderse sujeto a un régimen autorizacional. En efecto, esta situación puede entenderse prevista indirectamente por la Ley de Costas, a partir del concepto de rentabilidad de la operación. Al menos, si se considera que conforme al artículo 51.1 de la Ley mencionada: "estarán sujetas a previa autorización administrativa las actividades en las que, aun sin requerir obras o instalaciones de ningún tipo, concurran circunstancias especiales de intensidad, peligrosidad o rentabilidad, y asimismo la ocupación del dominio público marítimo-terrestre con

---

[25] Ibídem 24.
[26] Artículo 136, que califica a la Zona como patrimonio común de la humanidad.
[27] Ibídem 25.
[28] Rodrigo Bermúdez, Legislación aplicable a las plantas desalinizadoras de agua, informe BCN, 2009.

instalaciones desmontables o con bienes muebles"[29]. Todo lo cual puede entenderse aplicable si se considera la utilidad que obtendrá el titular de la instalación luego de que tenga lugar el procedimiento aplicable a la desalación de agua de mar.

La desalación de agua de mar[30]

Si bien la producción de agua potable puede calificarse como una misión de servicio público, su gestión no siempre se desarrolla de la misma manera. Así, si en algunos casos es una gestión pública (1), en otros consiste en una simple gestión privada (2).

1. La desalación como gestión pública[31]

El modelo de gestión pública ha sido el implementado originalmente en España, por la Ley de Aguas de Canarias de 1990, que consistió en la primera legislación de dicho país sobre la materia[32].

En efecto, el artículo 5 de la Ley de Aguas de Canarias de 1990 señalaba que "al objeto de cumplir los principios enumerados en el artículo anterior [entre los cuales se consagraba compatibilidad del control público y la iniciativa privada respecto de los aprovechamientos hidráulicos] y en relación con el dominio públicos hidráulico, la Comunidad Autónoma de Canarias declara como servicios públicos las actividades consistentes en: 1) La producción industrial de agua, mediante técnicas de potabilización, desalación, depuración u otras semejantes". Sin embargo, el régimen previsto por esta ley fue posteriormente liberalizado en el resto del país, conforme al Real Decreto 1327/1995, del 28 de julio, sobre las instalaciones de desalación de agua marina o salobre, que consagró por primera vez la desalación como gestión privada.

2. La desalación como gestión privada[33]

Si bien la incorporación de particulares no desnaturaliza per se el carácter público que posee un servicio en cuestión, ello sí influye en el modelo de gestión que es consagrado por él. Como se ha señalado, a nivel comparado la gestión privada del servicio en materia de desalación ha sido establecida mediante el otorgamiento de títulos concesionales o autorizatorios a favor de particulares, tanto en España como en Chile.

La similitud que presenta la gestión privada en ambos países es que la desalación supone el otorgamiento de por lo menos dos títulos administrativos relacionados. Por una parte, un título concesional, que se aplica respecto de la instalación de la industria

[29] Concepción Jiménez, El régimen jurídico de la desalación en España – Los problemas ambientales, en: Desalación de agua con energías renovables, UNAM, México, 2015, p. 88.
[30] Fuente: La Desalación del Agua: Regímenes Comparados. Elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional. Pedro Harris Moya, Asesoría Técnica Parlamentaria.
[31] Ibídem 30.
[32] Ibídem 31.
[33] Ibídem 32.

y, por el otro, uno autorizatorio, relacionado con el aprovechamiento del agua salobre por el particular que desea desalarla. Un sistema alternativo ha sido consagrado en Argelia, mediante la Ley Nº 5-12 del 4 de agosto de 1995, relativa al agua, que en principio establece un único título administrativo para estos efectos: la concesión, que contempla por lo demás de manera expresa un uso destinado para desalar el agua de mar, a diferencia de lo que ocurre en España y en nuestro país, donde este empleo sólo se afirma de manera interpretativa, a partir de disposiciones generales. En efecto, el Título V, Capítulo 1 de la esta ley consagra dos secciones independientes, dedicadas al régimen autorizatorio y concesional, respectivamente. Y conforme al artículo 77 de la ley, quedan sujetas al régimen concesional de utilización de recursos en agua, entre otros, el establecimiento de instalaciones de desalación de agua de mar o de desmineralización de aguas submarinas.

Una vez analizadas las posibilidades de configurar el régimen del aprovechamiento del agua salobre y de desalación, queda por determinar la propiedad del agua desalada.

La propiedad del agua desalada[34]

Dos posibilidades regulatorias se presentan en relación al régimen aplicable al agua desalada. Por una parte, aquel en el cual ésta conserva su régimen público (1) y, por el otro, aquel por el que ella es calificada como un bien privado, mediante la especificación (2).

1. La afectación pública[35]

La publificación corresponde al estado primitivo del agua salobre en la mayor parte de los países, que califican el agua de su mar territorial y costas bajo este régimen jurídico. Si bien esta calificación puede ser debatida una vez ocurrida su desalación, en ciertos casos ella es consagrada de manera expresa. Es lo que ocurre en España y Argelia.

En efecto, la legislación española de 1999 consagraba la afectación pública del agua desalada de manera limitada, condicionándola a su vertimiento a un cauce o a su mezcla con el agua natural (artículo 2). No obstante, actualmente la ley en España “es tajante al considerar que el agua desalada es demanial en todo caso”[36] (disposición final primera del artículo 2 de la Ley 11/2005, del 22 de junio, por la que se modifica el Plan Hidrológico Nacional). Una situación similar, aunque más limitada, parece derivarse en cambio de la legislación de Argelia, conforme a su Ley Nº 5-12 del 4 de agosto de 1995, relativa al agua. Según lo dispone su artículo 5, sólo forman parte del dominio público las aguas desaladas y las aguas submarinas desmineralizadas afectas

[34] Ibídem 33.
[35] Ibídem 34.
[36] Ibídem 35.

a un fin de utilidad pública. Esta referencia final permite mantener el régimen de propiedad privada respecto del agua que no se encuentra sujeta a dicha afectación, lo que en general ocurre mediante la especificación privada[37].

2. La especificación privada[38]

Si el carácter salobre del agua de mar es uno de los atributos que identifican a esta clase de agua, es posible considerar que su pérdida de salinidad provoca su desnaturalización y, por consiguiente, su desafectación al régimen propio de los bienes públicos.

Si se considera la inexistencia de disposiciones que dispongan lo contrario (como ocurre en España y Argelia), es posible sostener que éste es el régimen vigente en nuestro país, al menos por la aplicación de las reglas generales previstas por el Código Civil relativas a la accesión de mueble a mueble. En efecto, la especificación corresponde a un tipo de accesión que se verifica "cuando de la materia perteneciente a una persona, hace otra persona una obra o artefacto cualquiera" (artículo 662 del Código Civil). De este modo, la producción de agua desalada seguiría un curso similar al aprovechamiento de otros bienes naturales, como los bienes mineros, donde el especificante pasa a adquirir por sus labores, sin perjuicio que en principio dichos elementos se encuentren excluidos del régimen de propiedad, por aplicación del artículo 19 Nº 23 de la Constitución Política de la República.

XII.- Cobro por Actividad de Desalinización de Agua de Mar y Propuesta Normativa[39]:

La legislación chilena no contempla el pago de derechos o patentes por la extracción de agua marítima, sin perjuicio de la obligación de pago de patente comercial por la actividad comercial, en virtud de la Ley de Rentas Municipales[40].

POR TANTO, VENGO EN PROPONER EL SIGUIENTE:

PROYECTO DE LEY

ARTÍCULO ÚNICO: Modificase el Decreto con Fuerza de Ley N° 340 sobre Concesiones Marítimas en el siguiente sentido:

---

[37] Ello contrasta con el régimen de la concesión, que prevé otorgarlas, ya sea para el cumplimiento de una finalidad de utilidad pública o por el sólo interés del concesionario (artículo 77).

[38] Fuente: La Desalación del Agua: Regímenes Comparados. Elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional. Pedro Harris Moya, Asesoría Técnica Parlamentaria.

[39] Fuente: Plantas Desalinizadoras de Agua Marítima: Marco Normativo y Propuesta de Modificación Legal. Elaborado por la Biblioteca del Congreso Nacional. Páginas 7, 8, y 9.

Agréguese un artículo 3° Bis nuevo: “Para conceder el uso particular por la extracción de agua de mar deberá otorgarse mediante decreto de concesión por el Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaria para las Fuerzas Armadas.

Son Concesiones de extracción de agua de mar para los efectos de esta ley, aquellas que se otorgan para fines de extraer el agua de mar para fines industriales, comerciales o de consumo humano, en las áreas fijadas como apropiadas por el Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaria para las Fuerzas Armadas.

Un reglamento establecerá la renta y/o tarifa que en unidades tributarias mensuales pagará el concesionario de extracción de agua de mar, los periodos de pagos, ya sea por semestres o anualidades, el lugar de pago y los litros por segundo que se considerarán para determinar la renta y/o tarifa.”

---

[40] El artículo 23 del Decreto Ley N° 3.063, de 1979, sobre Rentas Municipales, dispone que “El ejercicio de toda profesión, industria, oficio, comercio, arte o cualquier otra actividad lucrativa secundaria o terciaria, sea cual fuere su naturaleza o denominación, está sujeta a una contribución de patente municipal, con arreglo a las disposiciones de esta ley”. Sobre la patente específica a otorgar, el artículo 24 del citado D.L. dispone que la patente grava la actividad que se ejerce por un mismo contribuyente, en su local, oficina, kiosco o lugar determinado con prescindencia de la clase o número de giros o rubros distintos que comprenda. Luego, el artículo 13 del Decreto N° 484, de 1980, del Ministerio del Interior, que aprobó el Reglamento para la aplicación de los artículos 23 y siguientes del D.L. N° 3.063, dispone que, recibida la solicitud, la municipalidad otorgará patente definitiva en aquellos casos en que el solicitante cumpla con los requisitos legales y reglamentarios establecidos para el giro o actividad correspondiente. Finalmente, el artículo 14 del Decreto N° 484 dispone que las patentes deberán ser clasificadas en conformidad a la nomenclatura determinada por el Servicio de Impuestos Internos (SII) en el Clasificador de Actividades Económicas, según el rubro principal que declare el contribuyente. El Clasificador señalado corresponde al listado de “Códigos de Actividad Económica” elaborado por el SII.