

Proyecto de ley, iniciado en moción de los Honorables Senadores señoras Muñoz y Allende y señores Harboe, Guillier y Pizarro, sobre el uso de agua de mar para desalinización.

Vistos. Lo dispuesto en los artículos 1°, 5°, 19° y 63° de la Constitución Política de la República; en la ley 19.300 y el D.F.L. 340 de 1960 sobre Concesiones Marítimas.

Considerando:

1.- Que la larga sequía que afectó a la zona norte y central del país - e incluso sigue afectando a algunas comunas del sur-, junto a las perspectivas científicas que indican una menor disponibilidad futura de agua, como consecuencia del cambio climático y la mayor demanda de este elemento, tanto para el consumo humano como para fines productivos, ha generado una enorme presión respecto del uso del agua de mar desalada.

Desde hace algunos años vienen aprobándose, sin mayor planificación, diversos proyectos de este tipo.

Lo anterior ha puesto las alertas respecto de la carencia de una normativa específica sobre esta materia, que resguarde el bien común; asegurando su utilización sustentable y en aras del interés nacional.

No puede permitirse que sobre el agua de mar se incurra en las mismas falencias que hoy han llevado a la escasez y concentración de derechos de aprovechamiento sobre las aguas superficiales.

2.- Que en la actualidad, los proyectos existentes basan su regulación en tres tipos de normas:

Por una parte, la disposición incorporada al artículo 593 del Código Civil por la Ley 18.565:

Art. 593. El mar adyacente, hasta la distancia de doce millas marinas medidas desde las respectivas líneas de base, es mar territorial y de dominio nacional. Pero, para objetos concernientes a la prevención y sanción de las infracciones de sus leyes y reglamentos

aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios, el Estado ejerce jurisdicción sobre un espacio marítimo denominado zona contigua, que se extiende hasta la distancia de veinticuatro millas marinas, medidas de la misma manera.

Las aguas situadas en el interior de las líneas de base del mar territorial, forman parte de las aguas interiores del Estado.

A partir de este precepto no cabe duda del dominio público de estas aguas.

Una segunda regulación, es la referida al uso del borde costero, necesaria para la instalación de las plantas desaladoras, en tanto éstas constituyen estructuras permanentes.

Al respecto, el D.F.L. N° 340, de 1960, del Ministerio de Hacienda, Ley sobre Concesiones Marítimas, define las concesiones como las "que se otorgan sobre bienes nacionales de uso público o bienes fiscales cuyo control, fiscalización y supervigilancia corresponde al Ministerio de Defensa Nacional, Subsecretaría de Marina, cualquiera que sea el uso a que se destine la concesión y el lugar en que se encuentren ubicados los bienes" (artículo 3°).

El artículo 4° dispone que todo concesionario pagará por semestres o anualidades anticipadas una renta mínima de un 16% anual sobre el valor de tasación de los terrenos, practicadas en cada caso por la Inspección de Impuestos Internos correspondiente.

El reglamento, D.S. N° 002, de 2005, en su artículo 24° clasifica las concesiones atendida la magnitud de la inversión.

Art. 24°.- Las concesiones marítimas, para los efectos de su otorgamiento y tramitación, se clasificarán, considerando el plazo de duración, el cual no podrá exceder de 50 años, y la cuantía de los capitales a invertir en dichas concesiones, del modo siguiente:

a) Concesión marítima mayor: aquella cuyo plazo de otorgamiento exceda de 10 años o involucre una inversión superior a las 2.500 Unidades Tributarias Mensuales (UTM), de acuerdo a la ponderación que realice el Ministerio.

b) Concesión marítima menor: aquella que se otorga por un plazo superior a 1 año y que no excede de 10 años e involucre una inversión igual o inferior a las 2.500 Unidades Tributarias Mensuales (UTM)

c) Permiso o autorización: aquella concesión marítima de escasa importancia y de carácter transitorio y cuyo plazo no excede de un año.

d) Destinación: aquella concesión marítima otorgada por el Ministerio a servicios fiscales, para el cumplimiento de un objeto determinado.

Por último, un tercer orden normativo lo constituye la amplia regulación sectorial de carácter urbanístico, sanitario y ambiental que debe cumplirse con el objeto de materializar los proyectos destinados a la desalación.

De lo anterior podemos concluir que sin existir una regulación específica, la normativa general sobre uso del borde costero, ha ido definiendo un estatuto para este tipo de plantas, el que, sin embargo, mantiene ciertos vacíos e imperfecciones.

3.- Que una de estas deficiencias es la determinación de la naturaleza jurídica del resultado del proceso de desalación, lo que deriva en la titularidad sobre el agua desalada resultante.

Al respecto, se han esbozado múltiples teorías. En el Régimen Jurídico de la Desalación del Agua Marina, la autora Concepción Jiménez Shaw expone algunas de ellas.

Reseña que Embid remarca el carácter artificial de estas aguas y su clara vinculación con una actividad de "producción", manifestando que con el propósito de "incentivar esta práctica" sería conveniente posibilitar su tráfico jurídico y "la consiguiente posibilidad de obtener beneficios económicos de ella"

En este sentido, reseña que la normativa existente en el derecho español (ver apartado correspondiente) aun cuando las sujeta al dominio público hidráulico, ello ocurre sólo "cuando se integren en masas de agua continental -superficiales o subterráneas- se encuentren o discurren éstas por cauces naturales o artificiales.". Mientras ello no ocurre "es posible comerciar con ellas, pues no son inalienables".

Otro autor, González Antón, citando a Andrés Molina, expone la existencia de dos opciones de regulación.

"La primera -afirma- consiste en que el agua sigue siendo dominio público marítimo-terrestre, aunque se puede hacer libre uso de la misma por el desalador". Explicando esta solución indica que sería similar a la posibilidad que tiene el dueño de un predio de utilizar las aguas pluviales.

A continuación expone que la ventaja de esta teoría radica en darle un mayor margen de acción a los poderes públicos. Con todo, entre sus dificultades está la de extender el dominio marítimo-terrestre tierra adentro, con las dificultades prácticas para asignar competencias entre los órganos del Estado.

Una segunda opción, para este autor es sostener que la desalación transforma el agua, la que se vuelve "un producto industrial libremente apropiable por el transformador". Por este motivo, "la naturaleza jurídica del agua será la de su titular y su destino".

Así, si su titular es público y su destino un uso de servicio público, también tendrá este carácter el agua resultante. Si ello lo realiza un privado el agua resultante será privada y se podrá comerciar con ella hasta que se incorpore al dominio público.

En este punto, Jiménez Shaw profundiza remarcando que el valor del trabajo de desalar y su costo en relación al valor de la materia hace que ésta se adquiera por quien aplica los medios y la inversión para llevar a cabo esta transformación.

Entre nosotros, este proceso está definido en el artículo 662 del Código Civil, que define la especificación, que se verifica cuando de la materia perteneciente a una persona, hace otra persona una obra o artefacto cualquiera, como si de uvas ajenas se hace vino, o de plata ajena una copa, o de madera ajena una nave.

En tales condiciones la regla general es que el dueño de la materia pueda reclamar la obra pagando al autor por la hechura. Sin embargo, el inciso tercero impone una contraexcepción, representada en el hecho que la obra o resultado "valga mucho más" que la materia prima, que sería el caso de la "producción" de agua desalada.

Legislación española

La legislación española constituye un interesante referente sobre esta regulación.

Así, la Comunidad de Canarias a través de la Ley 12/1990 y su reglamento del 2002, constituye el primer intento regulatorio sobre desalación en la península ibérica. Lo anterior fluye de la importancia de esta fuente de producción de agua para el abastecimiento humano en dicho territorio insular. Por lo mismo, la actividad se consideraba de servicio público.

En el resto de España regía el Real Decreto 1327/1995, que entregaba la situación a una concesión si su destino era general y a autorización si la realizaban los particulares, corporaciones locales o comunidades de regantes.

En 1999 se dictó una nueva Ley de Aguas, que contempló dos normas de importancia en el análisis que realizamos.

En primer término incorporó una nueva letra e) al artículo 2°. Ello significó declarar como dominio público hidráulico las aguas provenientes de la desalación cuando una vez fuera de la planta se incorporen a cualquiera de los restantes acuíferos o caudales que forman parte de dicho dominio.

Asimismo, el nuevo artículo 12 bis, luego convertido en artículo 13 en el texto refundido de 2001, señala que "Cualquier persona física o jurídica podrá desarrollar la actividad de desalación de agua de mar, previas las correspondientes autorizaciones administrativas respecto a los vertidos que procedan, a las condiciones de incorporación al dominio público hidráulico y a los requisitos de calidad, según los usos a que se destine el agua.

Lo anterior sin perjuicio de las autorizaciones y concesiones demaniales dispuestas en la Ley de Costas y a las que procedan según la normativa sectorial si a la desalación se asocian otras actividades industriales reguladas, así como los actos derivados de la intervención y uso del suelo.

Autorizaciones y concesiones que dependan de más de un organismo público se tramitarán en un solo expediente.

La desalación de aguas continentales se someterá al régimen previsto en esta ley para la explotación del dominio público hidráulico."

Dicha regulación mantuvo dos problemas.

El primero es que el agua producida por la desalación habitualmente se consumía, por lo que el artículo 2, letra e) no resultaba muy aplicable.

El artículo 13, en tanto, implicaba que el proceso de desalación podía ser desarrollado por "cualquier persona física o jurídica".

Una modificación del 2005 estableció como parte del dominio público hidráulico, "Las aguas procedentes de la desalación de agua de mar", sin mención a su incorporación, en acuíferos, por lo que ésta siempre tendrá consideración demanial.

Respecto del artículo 13, nuevas versiones introducidas en leyes de 2005 y 2007, han buscado clarificar tanto el procedimiento aplicable como las competencias para las decisiones a que éstos den lugar.

La enmienda a este precepto, según lo explica el Grupo Parlamentario Socialista, que lo impulsó "tiene como finalidad resolver determinados aspectos relativos a la operación y explotación de obras e instalaciones de desalación de interés general. Delimita las competencias sobre concesiones de aguas desaladas, que corresponderán a la administración competente sobre la demarcación en la que se ubique la instalación."

4.- Que, en cambio, en la legislación chilena no ha existido esa preocupación, careciéndose de normas específicas, generando con ello dudas relevantes que buscan ser subsanadas a través de esta moción.

En primer término, respecto del origen del derecho a captar agua marina para su utilización en el proceso de desalación. Éste se ha entendido incorporado en el otorgamiento de concesiones marítimas.

Al respecto, habitualmente se sostiene que se trata de un uso común y que la abundancia de este elemento permite que de la utilización no resulte merma ni afecte el uso de otros.

Sin embargo, a este respecto cabe tener presente lo señalado por Blanquez "Se trata de una concesión de «ocupación» de un bien inmueble (el lecho marino y la zona marítimo-terrestre), que no puede ser confundida con una concesión de «aprovechamiento» de un bien mueble (el agua marina). Además no se trata de un aprovechamiento «normal» del agua marina por ser conforme con el destino principal de ese bien (por ejemplo, para la producción de moluscos, o para el baño, como sucede en las instalaciones de talasoterapia), sino «anormal» por no ser conforme a dicho destino e implicar un proceso industrial de transformación artificial del agua marina. Por todo ello, y contra lo que ha afirmado algún sector de la doctrina, no cabe entender que la concesión de ocupación del inmueble incluye también la concesión del aprovechamiento consuntivo del agua marina como recurso natural."¹

Existe, por tanto, la necesidad de clarificar si la concesión marítima autoriza el aprovechamiento consuntivo de agua marina y las características o limitaciones de ello.

Una segunda materia no resuelta es el régimen jurídico aplicable al producto de la desalación, el agua desalada.

¹ Público y privado en el régimen jurídico de la desalación del agua. David Blanquer.

Al respecto se analizó la existencia de diversas teorías jurídicas, siendo las principales, aquélla que le otorga al resultado el mismo carácter que tenga su titular y el destino de uso y la que sugiere la existencia de una apropiación por el productor en razón de la intervención del modo de adquirir acceso, en su variante de especificación, producto que el producto tiene un mayor valor que la materia prima.

Cabe tener presente, con todo, lo señalado por Blanquez, cuando manifiesta que "En cualquier caso, conviene aclarar que después de otorgada la concesión de aprovechamiento privativo del agua marina, no se adquiere el «dominio» sobre el recurso sino el «aprovechamiento» de cada metro cúbico de agua una vez captada. Aunque el aprovechamiento del agua sea privado su dominio sigue siendo público; la concesión administrativa no es título jurídico de atribución del dominio del agua sino de su aprovechamiento. Una de las facultades que forman parte del aprovechamiento privativo que resulta de la concesión administrativa es la limitación o la exclusión del uso por terceros del mismo bien, pero en el haz de facultades no se incluye la libre disposición del recurso. Lo que confiere la concesión demanial no es la propiedad sino su aprovechamiento, y esa utilización no es libremente disponible por el titular de la concesión, sino que está afectada al concreto destino que causalmente legitima el otorgamiento de la concesión y consiguiente atribución del aprovechamiento."²

Tercero, se carece de una definición pública en torno a las orientaciones y prioridades en el uso de mar, que compatibilicen los objetivos públicos o privados.

A este respecto, si bien la actual normativa inespecífica ha sido suficiente para la generación de algunos proyectos resulta claramente inadecuada para un uso en mayor escala.

Es indispensable que el Estado asuma un rol decisivo para cautelar el bien común en el uso de un bien nacional de uso público, garantizar el uso eficiente del borde costero, evitar el daño ambiental y maximizar los beneficios para los usuarios.

Reiteramos, en tal sentido una convicción respecto de que no puede permitirse replicar con el agua desalada los mismos errores existentes con el agua terrestre.

² David Blanquer. Op.cit.

Cuarto, se carece de una atención acerca del riesgo ambiental tanto de uso de agua de mar en mayor cantidad que la actual, cuanto de la generación de los derivados y externalidades de la desalación, como las salmueras.

5.- Que los senadores que suscriben están conscientes que la normativa propuesta contiene aún vacíos y debe ser complementada con muchas otras definiciones, particularmente en el ámbito de la gestión pública de la desalación.

Sin embargo ello no forma parte del ámbito de iniciativa parlamentaria, bajo el actual texto constitucional.

Por lo anterior, los senadores que suscriben vienen en presentar el siguiente:

PROYECTO DE LEY

Artículo 1°.- El agua desalada resultante del funcionamiento de las plantas que utilicen aguas de mar constituye también un bien nacional de uso público, que puede ser aprovechado por los titulares de la concesión marítima que la fundamente, exclusivamente en la cantidad y con la finalidad que fueron requeridos.

El titular de la concesión marítima deberá restituir a uno o más acuíferos cualquier exceso, en las condiciones adecuadas para no producir daño al medio ambiente.

Artículo 2°.- Existirá una Estrategia Nacional de Desalinización que tendrá por objeto la determinación de las orientaciones y prioridades para el uso del agua de mar y la instalación de plantas con dicho objetivo, procurando su utilización preferente para el consumo humano, doméstico y el saneamiento; el uso eficiente, armónico y sustentable del borde costero; evitar daños ambientales; recuperar acuíferos terrestres sobreexplotados, a través de su relleno y la sustitución de derechos de aprovechamiento que recaigan sobre ellos y minimizar los costos de este recurso tanto para el consumo domiciliario como productivo. Se ocupará, asimismo, de coordinar los esfuerzos públicos y privados que apunten hacia dicho objetivos.

Artículo 3°.- Modifíquese el D.F.L. 340, de 1960, sobre Concesiones Marítimas del modo que sigue:

1.- Incorpórese en el inciso primero del artículo 3°, la siguiente parte final:

"Los solicitantes de agua de mar destinadas al funcionamiento de plantas desalinizadoras deberán señalar la cantidad de agua que requieren, expresada en litros por segundo y justificar su finalidad."

2.- Incorpórese el siguiente Artículo 3° bis:

"Artículo 3° bis. Siempre prevalecerá el uso para el consumo humano, doméstico y el saneamiento y para la mantención de un caudal ecológico en los acuíferos."

3.- Incorpórese en la letra b) del inciso primero del artículo 7°, entre la palabra "reglamento" y la coma que le sucede, la frase: ", especialmente en lo referido a las cantidades y objetivos de extracción de agua autorizados"

Adriana Muñoz D'Albora
Senadora