

## INFORME

De : Departamento Jurídico de Proyectos  
A : Departamento de Iniciativas Privadas y Proyectos Especiales  
Fecha : 19.11.21  
Asunto: **Responde consultas con relación a iniciativas privadas referidas a plantas de desalinización**

### I. ANTECEDENTES

Mediante dictamen N° E120124/2021 la Contraloría General de la República (“CGR”) se pronunció sobre la procedencia de ejecutar un proyecto de desalinización de agua de mar bajo el sistema de concesión de obra pública. Lo anterior, con motivo de una consulta efectuada por parte de la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas (“DGC”) a la aludida sede de control mediante Oficio Ord. N° 887 de 21 de septiembre de 2020, referida a la ejecución de un proyecto de desalinización multipropósito, esto es, destinado a la producción de agua con diversos fines: consumo humano, minería, riego y actividad industrial.

En el referido pronunciamiento, la CGR concluyó lo siguiente:

- a) En relación con una iniciativa que propone extraer agua de mar y desalinizarla, proveyendo de recursos hídricos a diversos demandantes mediante la concesión de un servicio de desalinización de agua de mar para su venta por unidad de medida y posterior distribución, la CGR señaló que

*[...] no se advierte en la normativa del mencionado decreto con fuerza de ley N° 850 algún precepto que permita entender como comprendida en el ámbito de atribuciones del Ministerio de Obras Públicas, la construcción de una obra en los términos precedentemente reseñados.*

- b) En relación al destino de las aguas para fines de riego al amparo de lo dispuesto en el artículo 3, letra f), del D.F.L. MOP N° 850 de 1997 (“Ley Orgánica del MOP”), que entrega al MOP la aplicación del D.F.L. N° 1.123 de 1981 del Ministerio de Justicia, que establece normas sobre la ejecución de obras de riego por el Estado, en particular, lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley Orgánica del MOP en relación a las competencias de la Dirección de Obras Hidráulicas (“DOH”), la CGR afirmó que

*[...] es dable sostener que una planta de las características anotadas solo podría ejecutarse en el marco del sistema de concesiones que compete llevar a cabo al Ministerio de Obras Públicas, si ella forma parte de una obra de riego, para lo cual no basta el destino que pretende darse al producto que genera dicha planta -agua desalinizada-, sino que es necesario que el respectivo proyecto comprenda, asimismo, instalaciones e infraestructura que propiamente correspondan al cumplimiento de ese destino específico, y que permitan calificarlo en su conjunto como una obra de riego.*

- c) Respecto a usos de agua desalinizada diversos al riego, la CGR estableció, sobre la base de lo establecido en la letra j) del artículo 7° de la Ley de Concesiones de Obras Públicas (“LCOP”) y en el artículo 3 N°25 del Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, que la provisión de agua desalada a otros usuarios puede ser concebida como un servicio complementario en el marco de un contrato de concesión de obra pública, siempre y cuando el referido servicio

*[...] cumpla con las condiciones establecidas en el Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas -a saber, su autorización y calificación como adicionales, útiles y necesarios- y, por cierto, con la normativa atinente a tales servicios complementarios.*

## II. CONSULTAS

- A. Situación jurídica de la IP N° 456 “Desaladora Planta de Agua Potable Atacama”, presentada al Consejo de Concesiones en sesión del 25 de junio de 2021. ¿Es factible desarrollar este proyecto a través de sistema de concesiones? De ser así, ¿qué condiciones debiesen verificarse a partir del pronunciamiento de CGR?**

Considerando que la IP N° 456 consiste en una planta desaladora ubicada en la región de Atacama, comuna de Caldera, complementada con un sistema de impulsión, plantas elevadoras, estanques, tuberías de distribución y líneas de transmisión eléctricas para abastecer de energía el proceso, todo con la “finalidad de ofrecer agua potable a la población de localidades cercanas como servicio básico obligatorio de la concesión”, se hace presente que no es factible desarrollar esta iniciativa a través del sistema de concesiones de obras públicas en los términos propuestos. Lo anterior, toda vez que el MOP solo cuenta con competencias para ejecutar una obra consistente en una planta de desalinización, siempre y cuando el proyecto pueda enmarcarse en una obra de riego, de conformidad con las atribuciones que la Ley Orgánica del MOP ha entregado a la DOH en esta materia.

Con todo, respecto a la provisión de agua potable como servicio básico, se hace presente lo siguiente:

- a) El régimen de concesión para el establecimiento, la construcción y la explotación de servicios públicos sanitarios desinados a producir y distribuir agua potable y a recolectar y disponer aguas servidas está regulado en el D.F.L. MOP N° 382 de 1988, Ley General de Servicios Sanitarios, normativa que regula el otorgamiento de concesiones sanitarias a particulares, las cuales son otorgadas mediante decreto supremo expedido a través del MOP, previo informe de la Superintendencia de Servicios Sanitarios. En este contexto, se advierte que la IP N° 456 no puede tener por finalidad “ofrecer agua potable”, toda vez que el desarrollo de dicha actividad está entregado a particulares mediante la figura de una concesión sanitaria de servicio público.
- b) En relación con las “líneas de transmisión eléctricas para abastecer de energía el proceso”, según da cuenta la descripción de la IP N° 456, se hace presente que la producción, el transporte, la distribución, el régimen de concesiones y tarifas de la energía eléctrica y las funciones del Estado relacionadas con estas materias se rigen por lo dispuesto en el D.F.L. N°

4/20018, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del D.F.L. N° 1, de Minería, de 1982, Ley General de Servicios Eléctricos.

- c) En virtud de lo dispuesto en la ley N° 18.885 el Estado está autorizado para desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y alcantarillado. En virtud de dicha habilitación legal, ECONSSA S.A. – en su calidad de sociedad anónima del Estado – cuenta con competencias para ejecutar un proyecto de desalinización para fines de agua potable y de alcantarillado.

A mayor abundamiento, en relación a la factibilidad de ejecutar una planta desaladora cuya finalidad sea la provisión de agua para consumo humano u *“ofrecer agua potable a la población de localidades cercanas como servicio básico obligatorio de la concesión”*, en los términos propuesto por la IP N° 456, se hace presente que a la luz del dictamen N° E120124/2021 de la CGR el MOP no tiene competencia propia ni delegada para ejecutar una obra consistente en una planta desaladora cuyo servicio básico sea la provisión de agua para consumo humano. En efecto, pese a que el informe jurídico elaborado por la DGC expresamente señaló que *“Tratándose de plantas desaladoras cuyo objeto sea la producción de agua potable para un servicio público de distribución, dicha actividad puede ser desarrollada bajo el sistema de concesiones por mandato de ECONSSA S.A., sociedad del Estado autorizada por ley a desarrollar actividades empresariales en materia de agua potable y de alcantarillado”*, no es posible sostener la misma interpretación a la luz de lo dictaminado por la CGR, toda vez que la aludida sede de control no se refirió en su pronunciamiento a la posibilidad de contar con un convenio de mandato de algún otro órgano de la administración del Estado para fines distintos al riego. En razón de ello, es posible desprender que en el marco de un contrato de concesión de obra pública, la concesión sólo puede tener como objeto el servicio básico de desalinización y posterior distribución de agua desalada para fines de riego. Para usos distintos (consumo humano, minería y/o agricultura), la CGR advierte que ellos sólo pueden ser concebidos en el marco de un contrato de concesión de obra pública a través de la vía de los servicios complementarios.

Por último, en relación a un eventual abastecimiento de agua desalada para fines de minería, se hace presente que en caso que el proyecto propuesto pueda enmarcarse en una obra de riego, se estima que no habría inconveniente en que el concesionario ofrezca como servicio complementario el abastecimiento adicional y eventual a faenas mineras, siempre y cuando se trate de servicios *“adicionales, útiles y necesarios”* que el concesionario esté autorizado a prestar y por los cuales podrá cobrar un precio a los usuarios, en virtud del contrato de concesión y del artículo 7, letra j), de la Ley de Concesiones de Obras Públicas.

## **B. Situación jurídica de la IP N° 430 “Planta desaladora de la cuarta región de Coquimbo”, en Fase 0 de etapa de proposición**

Considerando que la IP N° 430 propone el diseño, construcción y operación de una o más plantas de desalinización *“multipropósito”* para la región de Coquimbo, junto con la prestación del servicio de desalinización y posterior distribución de agua cruda a diferentes usuarios (empresas sanitarias, agricultura, minería o industria), se hace presente lo siguiente:

- a) De conformidad a lo dispuesto en la Ley Orgánica del MOP, el MOP no tiene competencias para la construcción de una obra consistente en una planta desaladora multipropósito destinada a extraer agua de mar y desalinizarla a fin de proveer de

recursos hídricos a diversos usuarios mediante la concesión de un servicio básico de desalinización de agua de mar para su venta por unidad de medida y posterior distribución.

- b) Con todo, si el destino del agua desalada es para fines de riego, el MOP sí tiene competencias para ejecutar un proyecto consistente en una planta desaladora a través del sistema de concesiones de obras públicas, cuyo servicio básico sea la prestación de un servicio de desalinización y posterior distribución de agua desalada, siempre y cuando el proyecto comprenda instalaciones e infraestructura que correspondan al cumplimiento de ese destino específico y que permitan calificarlo en su conjunto como una obra de riego.
- c) En el marco de un contrato de concesión de obra pública es posible la prestación del servicio de desalinización y posterior distribución de agua desalada para fines distinto al riego como lo sería el consumo humano, la minería y la actividad industrial, siempre y cuando: (i) se conciba como un servicio complementario de la concesión; (ii) cumpla con las condiciones establecidas en el Reglamento de la Ley de Concesiones de Obras Públicas, esto es, su autorización y calificación como adicionales, útiles y necesarios; y (iii) cumpla con la normativa atinente a los servicios complementarios propuestos.

Lo expuesto en los literales precedentes es consistente con lo señalado por la CGR en el dictamen N° 27.396 de 2010 referido a la procedencia de ejecutar obras de riego y obras de generación eléctrica bajo el sistema de concesión de obra pública. En efecto, en dicho dictamen la aludida sede de control concluyó que

*[...] resulta procedente la ejecución del proyecto “Embalse Punilla” mediante el sistema de concesiones de obras públicas en lo que dice relación con las obras de riego, toda vez que éstas forman parte del ámbito de competencias del Ministerio de Obras Públicas. Sin embargo, distinta es la situación de las obras destinadas a la generación de energía eléctrica, dado que esta última constituye una actividad -cuyo régimen jurídico se encuentra contenido en la Ley General de Servicios Eléctricos, siendo su texto refundido, coordinado y sistematizado el fijado por el decreto con fuerza de ley N° 4/20.018, de 2006, del Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción- que no corresponde al Ministerio de Obras Públicas, de acuerdo con su competencia.*

Teniendo presente el dictamen referido en el párrafo precedente y a la luz de lo resuelto por la CGR en el dictamen N° E120124/2021, se desprende que si bien el MOP no cuenta con competencias para ejecutar una obra consistente en una planta desaladora multipropósito cuyo servicio básico de la concesión se extienda a usuarios distintos a riego, ello no es óbice para permitir al concesionario, en tanto privado, desarrollar una actividad económica lícita -esto es, el servicio de desalinización y posterior distribución de agua desalada a diversos usuarios- a través de la vía de los servicios complementarios del contrato de concesión, más aún considerando que la actividad de desalinización para fines distintos al riego hoy se desarrolla por privados (empresas sanitarias) y sociedades o empresas del Estado (CODELCO, ENAMI, ECONSSA S.A), en el marco de sus respectivas competencias, y que la actividad de desalinización constituye una necesidad en un contexto de escasez hídrica nacional.

**C. En relación a los servicios complementarios, ¿requieren igualmente que el MOP deba contar con uno o más convenios de mandato para estos efectos, conforme las competencias de otros órganos de la administración del Estado en la prestación de dichos servicios complementarios?**

En relación a los servicios complementarios y a la luz de lo dictaminado por la CGR, es posible sostener que no se requiere convenio de mandato, toda vez que dichos servicios son adicionales a la concesión principal de la obra y, por tanto, no están referidos al objeto específico de la concesión ni tienen el carácter de imprescindibles para su otorgamiento. En efecto, cuando en los artículos 39 de la LCOP y 96 de su Reglamento se regula el otorgamiento de convenios de mandato, se hace en el entendido que la obra principal objeto de la concesión o los bienes requeridos para ella estén entregados a la competencia de otro organismo de la administración del Estado.

Por lo tanto, existiendo una competencia propia del MOP respecto a la obra, en este caso, una obra cuyo servicio básico consista en la desalinización y posterior distribución de agua desalada para fines de riego, no se requeriría convenio de mandato respecto a los servicios complementarios que estén previstos en la obra, esto es, servicios adicionales, útiles y necesarios que el concesionario esté autorizado a prestar y por los cuáles podrá cobrar un precio a los usuarios, como sería el caso de la venta por unidad de medida de agua desalada a otros usuarios con fines de agua potable, industria o minería.

Refuerza la interpretación antes expuesta lo resuelto por la CGR en dictamen N° 9563 de 2019 referido a las competencias del MOP para ejecutar una obra pública de infraestructura ferroviaria a través del sistema de concesiones. En dicho dictamen la CGR concluyó que el MOP debe contar con un convenio de mandato de la Empresa de los Ferrocarriles del Estado para efectos de entregar en concesión una obra pública de infraestructura ferroviaria; en cambio, en la consulta efectuada por la DGC a la CGR respecto a las facultades del MOP para licitar la ejecución de plantas desaladoras a través del sistema de concesiones, la aludida sede de control no se pronunció respecto a la necesidad de contar con uno o más convenios de mandato para el caso de plantas desaladoras con fines multipropósito (a modo ejemplar, mandato de ECONSSA S.A., CODELCO y/o ENAMI, en el ámbito de sus respectivas competencias), abordando el abastecimiento de agua desalada para usos diversos al riego bajo la figura de los servicios complementarios de las concesiones de obras públicas.

Por lo tanto, el objeto de la concesión, esto es, satisfacer la demanda de riego, no se opone al desarrollo de servicios complementarios por parte del concesionario dentro del ámbito de sus competencias como privado y respetando la legislación vigente. Ello es consistente con la regulación en las bases de licitación de diversas obras concesionadas en que el MOP autorizó la prestación de servicios complementarios cuya explotación se extiende a actividades económicas que se encuentran fuera del ámbito de sus competencias. Dichas actividades económicas son posibles de desarrollar por el concesionario dentro del ámbito de sus competencias, como privado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 7 de la LCOP y 25 de su Reglamento, por constituir servicios adicionales, útiles y necesarios, servicios que no dicen relación exclusivamente con los usuarios finales de la concesión (a modo ejemplar, usuarios de riego) sino más bien con una utilidad y necesidad para la comunidad en general, por permitir la prestación de servicios fundamentales como sería el caso del agua potable, y que puede extenderse también a otros usuarios (actividad industrial y/o minera), más aún en un contexto

de satisfacción del interés público asociado al uso eficiente y sustentable de los recursos hídricos del país. Con todo, se debe tener presente que la autorización del MOP para la prestación de un servicio complementario en el ámbito del contrato de concesión de obra pública no constituye una concesión para explotar su servicio ni implica participación del MOP en el mismo.

Por tanto, el dictamen N° E120124/2021 de la CGR debe necesariamente interpretarse en el sentido que si bien el MOP tiene competencias para entregar en concesión una obra consistente en una planta desaladora con fines de riego, ello no tiene el alcance de prohibir al MOP la licitación de una obra destinada al riego y que, a su vez, permita la prestación de otros servicios compatibles y complementarios que optimicen la utilización del recurso hídrico, que no afecten el funcionamiento de la planta desaladora y que además mejore las condiciones económicas de la licitación.

Por último, el concepto de servicios complementarios definido en la LCOP y en su Reglamento, esto es, aquellos servicios adicionales, útiles y necesarios que el concesionario está autorizado a prestar y por los cuales podrá cobrar un precio a los usuarios, ha sido comprendido en la práctica administrativa, a través de la dictación de resoluciones aprobatorias de bases de licitación y decretos de adjudicación tomados de razón por la CGR, como actividades económicas que, pese a encontrarse fuera del ámbito de competencias del MOP, son posibles de desarrollar por el concesionario en tanto esté autorizado por el MOP en el marco de un contrato de concesión de obra pública, se trate de actividades lícitas compatibles con el servicio principal, cuya utilidad y necesidad pueda orientarse tanto al usuario del servicio básico como a un usuario distinto, incluyendo a la comunidad en general, y no sea contrario a la moral, a las buenas costumbres o al orden público.

**D. De lo expuesto en la minuta de la División Jurídica DGC *Consulta respecto a las facultades del Ministerio de Obras Públicas para licitar la ejecución de plantas desaladoras multipropósito a través del sistema de concesiones de obras públicas*, ECONSSA S.A. cuenta con competencias para ejecutar un proyecto de desalinización para fines de agua potable y de alcantarillado. No obstante ello, dada su condición de sociedad estatal y no de empresa pública, no es claro si ECONSSA S.A. estaría habilitada para mandar al MOP al tenor de lo dispuesto en los artículos 39 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y 96 de su Reglamento, toda vez que su configuración jurídica no se encuentra dentro de la categoría de “empresa pública” u “organismo integrante de la administración del Estado” a lo cual hacen referencia las normas antes indicadas. El pronunciamiento de la CGR no hace referencia a otros OAE con competencia para desarrollar plantas desaladoras. Al respecto, ¿puede otro órgano de la administración del Estado mandar esta obra pública, conforme establece el inciso segundo del artículo 39 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas?**

De conformidad a lo dispuesto en el dictamen N° E120124/2021 de la CGR, el MOP tiene competencia propia para ejecutar una obra pública cuyo servicio básico de la concesión sea el servicio de desalinización y posterior distribución de agua desalada para fines de riego. En este contexto, estando la obra referida dentro del ámbito de competencias del MOP, no se requiere convenio mandato de otro órgano de la administración del Estado para su entrega en

concesión, en conformidad a lo dispuesto en los artículo 39 de la Ley de Concesiones de Obras Públicas y 96 de su Reglamento.

Para usos diferentes al riego (agua potable, industria o minería), el dictamen de CGR previamente referido señala que la provisión de agua desalada para estos fines puede concebirse en el marco de un contrato de concesión de obra pública por la vía de los servicios complementarios. En tal caso, si bien la CGR no se pronuncia expresamente sobre la necesidad de contar con un convenio de mandato en ese caso, se estima que no se requeriría toda vez que dichos servicios son adicionales a la concesión principal de la obra y, por tanto, no están referidos al objeto específico de la concesión ni tienen el carácter de imprescindibles para su otorgamiento. En efecto, cuando en los artículos 39 de la LCOP y 96 de su Reglamento se regula el otorgamiento de convenios de mandato, se hace en el entendido que la obra principal objeto de la concesión o los bienes requeridos para ella estén entregados a la competencia de otro organismo de la administración del Estado.