



La propiedad del agua desalada en Chile y otros países: Casos de España, Argelia, Estados Unidos, Australia e Israel.

Autores

Eduardo Baeza G.
Email: ebaeza@bcn.cl
Tel.: (56) 32 226 3902

Pedro Harris
Email: pharris@bcn.cl

Comisión

Elaborado para la Comisión Especial sobre Recursos Hídricos, Desertificación y Sequía del Senado.

Nº SUP: 120.673

Resumen

El aprovechamiento del agua salobre en la generalidad de los países analizados requiere de títulos administrativos que les permitan a los particulares aprovechar el elemento, sujetándose en general al otorgamiento de concesiones y autorizaciones, o excepcionalmente uno de estos.

En cuanto a la propiedad del agua una vez desalada, las reglas civiles aplicables a la especificación permiten establecer que ésta seguirá en general el régimen de un bien privado, incorporado al patrimonio del especificante producto de la adquisición de mueble a mueble (régimen en vigor en nuestro país, conforme al artículo 662 del Código Civil). No obstante lo anterior, algunos Estados han alterado esta regla mediante disposiciones legales o soluciones jurisprudenciales. Así, la mantención de la propiedad pública sobre el agua desalada ha sido la solución aplicable por ley en España desde el año 2005, para la generalidad del agua; también en Argelia, aunque sólo aquella sujeta a una finalidad pública; lo mismo en Australia e Israel, al considerar las instalaciones de desalinización como “infraestructura nacional”, cuando estas son declaradas de “importancia nacional”. Por su parte, en los Estados Unidos de Norteamérica una solución en este sentido ha sido considerada por la Corte Suprema, bajo el principio de inalienabilidad de los bienes públicos.

Introducción

El presente informe se enfoca en la propiedad del agua de mar una vez desalada, presentando la situación chilena en comparación con otros países, tales como España, Argelia, Estados Unidos, Australia e Israel.

Para la elaboración de este trabajo se recurrió a un informe de la Biblioteca del Congreso Nacional, además de publicaciones internacionales sobre la materia.

La desalación como gestión privada en Chile y otros países

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. En Chile, la gestión privada del servicio en materia de desalación ha sido establecida mediante el otorgamiento de títulos concesionales o autorizatorios a favor de particulares. El título concesional se aplica respecto de la instalación de la industria y el autorizatorio se relaciona con el aprovechamiento del agua salobre por el particular que desea desalarla (Harris, 2015)¹.

No obstante, existen sistemas alternativos como el de Argelia, 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 nuestro país y España, donde este empleo sólo se afirma de manera interpretativa, a partir de disposiciones generales. Finalmente, los regímenes de propiedad privada para la desalinización son también consagrados en los Estados Unidos, ya sea bajo modalidades de permisos o contratos².

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

La publicación 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.

De acuerdo a lo anterior, surgen dos posibilidades regulatorias en relación al régimen aplicable al agua desalada. Por una parte, aquel en el cual ésta conserva su régimen público y, por el otro, aquel por el que ella es calificada como un bien privado, mediante la especificación. La Tabla 1 muestra un comparado de Chile y otros países sobre el régimen de propiedad aplicado al agua desalada.

¹ Biblioteca del Congreso Nacional BCN (2015). La desalación del agua: regímenes comparados (Informe BCN). Elaborado por Harris, P. (mayo de 2015).

² Pappas, M. (2011). Unnatural Resource Law: Situating Desalination in Coastal Resource and Water Law Doctrines, p. 93 y siguientes. Disponible en: <http://bcn.cl/2a35a> (mayo 2019)

Tabla 1. Regímenes de propiedad del agua desalada en diferentes países

País	Régimen de propiedad del agua desalada
Chile	En general, es posible considerar que la pérdida de salinidad del agua de mar provoca su desnaturalización y, por consiguiente, su desafectación al régimen propio de los bienes públicos. En nuestro país, dada la inexistencia de disposiciones que dispongan lo contrario, es posible sostener que éste es el régimen vigente, al menos por la aplicación de las reglas generales previstas por el Código Civil relativas a la adquisición de muebles. En efecto, la especificación corresponde a un tipo de adquisición 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 N° 23 de la Constitución Política de la República.
España	Actualmente la ley en España es tajante al considerar que “el agua desalada es demanial en todo caso” ³ (disposición final primera del artículo 2 de la Ley 11/2005, del 22 de junio, por la que se modifica el Plan Hidrológico Nacional).
Argelia	La Ley N° 5-12 del 4 de agosto de 1995, relativa al agua, artículo 5, señala que sólo forman parte del dominio público las aguas desaladas y las aguas submarinas desmineralizadas afectas 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 ⁴ .
Estados Unidos de Norteamérica	Aquellos estados que siguen un régimen de propiedad sujeta al <i>public trust</i> , doctrina que consagra deberes de conservación para los poderes públicos, característica que se opone a la variación de la propiedad. Conforme a este razonamiento, una propiedad pública deberá seguir siendo pública, sin perjuicio de los esfuerzos del desalinizador. La doctrina considera la posibilidad de otorgarle comisiones ⁵ al desalinizador, sin que por ello pueda ser considerado como propietario privado ⁶ . Esta teoría ha sido aceptada en materia de aguas por algunas sentencias de la Corte Suprema (v.gr: California v. Estados Unidos, 438 U.S. 645, 645-46 1978).
Israel	La legislación señala que todas las fuentes de agua (no diferencia si son marinas o continentales) son públicas. Por otra parte, las instalaciones para la desalinización de agua son consideradas como “infraestructura nacional”, cuando

³ Op. Cit. Pappas, M. (2011). Unnatural Resource Law: Situating Desalination in Coastal Resource and Water Law Doctrines, p. 93 y siguientes.

⁴ 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).

⁵ Este título es denominado por la doctrina anglosajona como “*conveyance rights*”.

⁶ Op. Cit. Pappas, M. (2011). Unnatural Resource Law: Situating Desalination in Coastal Resource and Water Law Doctrines, p. 123.

	estas son declaradas de “importancia nacional” ⁷ , circunstancia que permitiría derivar que el agua desalada es “agua pública”.
Australia (Estado de Victoria)	Las actividades de desalinización son desarrolladas por Melbourne Water y otras empresas del gobierno del Estado de Victoria encargadas del suministro de agua potable y reciclada, y de la gestión de las cuencas de abastecimiento de las ciudades ⁸ (se deriva que el agua desalada es agua pública). Sin embargo en periodo de extraordinaria crisis hídrica (2007-2010) se impulsó la construcción de una planta con inversión público-privada ⁹ .

Fuente: Elaboración propia en base a trabajo de Harris (2015)¹⁰ y otras fuentes citadas en tabla.

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)

⁷ Así se dispone en el artículo 1º de las Planning and Building Law 5725-1965 Excerpts, de 1965. Disponible en: <http://bcn.cl/2a3b4> (mayo 2019).

⁸ Melbourne Water and GHD (2007). Seawater Desalination Feasibility Study, p. 38. Disponible en: <http://bcn.cl/2a3bo> (mayo 2019).

⁹ Ferguson, B. C., *et. al.* (2013); Crisp, G., & Swinton, B. (2008). Desalination in Australia: A review. Journal of the Australian Water Association, (March), pp. 94 y 95. Disponibles en: <http://bcn.cl/2a3bz> (mayo 2019).

¹⁰ Biblioteca del Congreso Nacional BCN (2015). La desalación del agua: regímenes comparados (Informe BCN). Elaborado por Harris, P. (mayo de 2015).