

# UN PASO ATRÁS: MANTENIMIENTO Y REGULACIÓN DE LAS AGUAS PRIVADAS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL ARGENTINO DE 2015

Por MAURICIO PINTO\* y LIBER MARTIN\*\*

## **Resumen:**

*El artículo efectúa una crítica general y particular al régimen de dominio de las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial argentino (CCyC) de 2015. Desde una perspectiva general se cuestiona tanto la competencia material del CCyC para reglar la materia, como el mantenimiento del sistema mixto de propiedad pública/privada, contradiciendo la tendencia mayoritaria que desde hace más de un siglo asigna carácter público a todas las aguas. En particular, el artículo sostiene que no sólo se perdió una gran oportunidad de sentar bases sólidas para una gestión integrada, sino que la reforma del régimen específico de algunas clases de aguas (aguas pluviales y lagos no navegables), implicó incluso un retroceso del ámbito del dominio público prevalente.*

## **Palabras clave:**

*Domino público, aguas privadas, propiedad, gestión integrada.*

## **Abstract:**

*The paper makes a general and specific analysis of water property regulations in the new Argentine Civil Code of 2015. From a broad perspective we discuss both, the material competence of the CC to regulate the matter and, keeping the mixed property system of public/private ownership, that actually contradicts the consolidated trend on the field that recommend to consider all types of water as a public good. In particular, we argue that the Civil Code reform is not only a missed opportunity to provide solid foundation for integrated water management but also it is the case that new regulation of some kinds of water (storm water and non-navigable lakes) produced the declination of the public good scope.*

\* Doctor en Derecho y Profesor Universidad Nacional de Cuyo/Universidad de Mendoza/Universidad del Aconcagua.

\*\* Doctor en Derecho. Investigador del CONICET y Profesor Universidad Nacional de Cuyo/Universidad de Mendoza.

**Keywords:**

*Public goods, private water, property, integrated water management.*

### INTRODUCCIÓN

El nuevo CCyC aprobado por la Ley 26994 ha innovado en diversos aspectos vinculados a los recursos hídricos, aunque en muchos casos con un extenso basamento en los conceptos y principios desarrollados a la luz de la normativa que reemplaza<sup>1</sup>.

Dentro de los cambios que introduce, algunos de ellos impactan en torno a las provisiones que asignan a las aguas una naturaleza privada. Así, por una parte, la norma incorpora la regulación explícita de los lagos no navegables como bienes del dominio privado del Estado, siempre y cuando carezcan de dueños (art. 236 CCyC); también refiere a la facultad particular de apropiarse de aguas pluviales que caigan o corran por terrenos públicos (art. 1947 CCyC); e incluso a la vez que omite referencia alguna a las vertientes que antes eran reguladas en el art. 2350 del antiguo Código Civil —CC—, desarrolla un nuevo discurso en relación a las aguas que surgen en terrenos particulares (art. 239 CCyC).

Esta alteración al régimen anterior presenta un impacto práctico trascendente, que se potencia en un futuro de forma creciente, afectando de manera indudable el acceso actual y potencial de la población al uso y disfrute de tales bienes.

Junto a poner en resalte que la posibilidad de que el Congreso disponga una medida de esta naturaleza es controversial, e incluso cuestionable desde la inteligencia que el mismo Código propicia en torno a los bienes de naturaleza colectiva (art. 240 CCyC), debe atenderse que más allá de la modificación legal producida, aún existen estrategias jurídicas que las políticas públicas pueden asumir en torno a la publicidad de este tipo de bienes y su acceso al público.

El objetivo de este análisis procura desentrañar las falencias y virtudes que arroja el régimen de aguas privadas sancionado, junto a poner en valor las alternativas regulatorias que resultan susceptibles de implementación.

#### *1. LA DETERMINACIÓN DEL CARÁCTER PÚBLICO O PRIVADO DE LAS AGUAS COMO MATERIA AJENA A LA NORMA CIVIL*

Como primer acercamiento al tema, se afirma la inconsistencia que presentan las normas civiles que establecen o niegan el carácter público de las aguas, principalmente en razón de que tanto el dominio público, como el régimen de las aguas de tal naturaleza, involucran contenido que excede el ámbito

<sup>1</sup> PINTO, Mauricio y MARTIN, Liber, “El régimen de las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial y su compatibilidad para la tutela ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, nro. 43, julio-setiembre 2015, p. 109.

civil, al menos en las perspectivas constitucionales que impone el sistema federal argentino.

Muchos autores se han expresado en este sentido, con mayor o menor extensión, observando que el contenido del Código Civil que regula aspectos sobre aguas presenta un exceso competencial, ya que desde la legislación civil el Congreso ha regulado aspectos que son propios de las normas de derecho público que las provincias se reservaron (art. 121 CN).

Algunos, como Marienhoff, entendieron que la norma civil no podía regular aspectos que hacen al uso de las aguas como bienes públicos, por corresponder ello al derecho administrativo. Aunque por otro lado justificaban el dictado de normas como el art. 2340 CC (hoy art. 235 CCyC) bajo el argumento de que establecer los bienes públicos y privados es propio del régimen general de las cosas, lo que consideran incluido en la materia civil<sup>2</sup>.

Otros, descartan de plano que la norma civil pueda regular sobre la determinación de los bienes de dominio público<sup>3</sup> y consiguientemente —por contraposición— cuáles corresponden al dominio privado, bajo la consideración de que la determinación del dominio público es ajena al derecho civil y propia del derecho público —provincial— que no fue delegado en la Nación.

Esta última posición es particularmente adecuada en torno a la publicidad de un bien como son las aguas, especialmente si se tiene en cuenta que el interés público —en contraposición al interés privado que guía las relaciones civiles entre particulares— es el verdadero justificativo de que ciertos bienes correspondan al dominio y uso público<sup>4</sup>, y con ello —al decir de Cano— “el Código Civil no debe contener precepto alguno sobre aguas”<sup>5</sup>.

Además de ello, también se ha sostenido que cuando la norma dispone que ciertas aguas pertenecen al dominio particular del dueño del inmueble donde se encuentra<sup>6</sup>, o incluso a una categoría de titularidad estatal, no solo se está

<sup>2</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1939, ps. 101 y 113.

<sup>3</sup> SALOMONI, Jorge L., “El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática”, *Actualidad en el Derecho Público*, nro. 14, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, p. 99. BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1956, p. 443. SILVEYRA, Carlos, *Derechos del Gobierno Nacional sobre las riberas de los ríos navegables*, Buenos Aires, Imprenta Europea, 1903. CANO, Guillermo, “La materia impositiva ante el Derecho Público Provincial”, *El Siglo Ilustrado*, Mendoza, 1935, p. 87. PIGRETTI, Eduardo, *Política legal de los recursos naturales*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975, p. 32.

<sup>4</sup> PINTO, Mauricio, “El interés público como fundamento de la concesión de aguas y la caducidad por no uso”, LL Gran Cuyo, t. 2013, p. 608. MARTIN, Liber, *Derecho de Aguas. Estudio sobre el dominio y uso de las aguas públicas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010, p. 179 y ss.

<sup>5</sup> CANO, Guillermo, “El derecho de aguas en el anteproyecto de Código Civil”, LL, t. 7, sec. Doct., p. 43.

<sup>6</sup> Así, cuando el art. 2350 CC de Vélez fijó que las vertientes que nacen y mueren en una heredad pertenecen al dueño de ésta, o dispuso que las aguas pluviales pertenecen a los dueños de las propiedades donde cayesen o entrasen (art. 2635), o que salvo que formen cauce natural las

estableciendo la naturaleza de esos bienes —públicos o privados—, sino también su pertinencia, lo que encierra un acto de disposición que debiera exigir la voluntad de su titular originario. Es muy distinta la potestad de regular las relaciones jurídicas de derecho privado mediante una norma de naturaleza civil, a establecer que ciertos bienes deben ser de propiedad de ciertos sujetos.

Aun así, el estudio del cambio legal que implica en nuevo Código Civil y Comercial presenta interés, y su análisis debe ser tenido en cuenta para desenrañar el actual régimen que presentan las aguas privadas.

En parte, porque como ha señalado Cano<sup>7</sup>, aunque se presenta como necesario que sea el derecho público el que delimite y defina el dominio público de las provincias, habiendo omitido los constituyentes tal labor, la dificultad ha sido resuelta “de hecho” por el Código Civil con alcance nacional. En la medida en que existan conflictos que se solucionen recurriendo a esta norma, aunque su legalidad y legitimidad pueda ser cuestionada por los argumentos expuestos, será necesario dilucidar su entidad y contenido.

Salomoni, por otra parte, brinda argumentos en cuanto a que aun considerando la regulación del dominio público un exceso por parte de la materia civil, el régimen puede presentar valor normativo para su aplicación en ámbitos de jurisdicción federal, siendo también aplicable en el ámbito provincial pero solo por analogía<sup>8</sup>. Con ello, la solución de conflictos sobre dominio de las aguas, allí donde el derecho público local no ha regulado tal extremo, podría realizarse por aplicación analógica de los preceptos civiles.

Además, también debe tenerse en cuenta que el alcance real de la norma civil es mucho más extenso, lo que potencia el interés de su estudio, ya que diversas disposiciones del derecho público provincial han adoptado la técnica del reenvío normativo para definir su propio dominio público hidráulico, así como las aguas que pertenecen al dominio privado<sup>9</sup>.

Por esas situaciones, incluso cuando entendamos que en principio la norma civil nada tiene que regular sobre las aguas y su dominio, su análisis es de interés; sea porque de hecho las regula y con ello adquiere una virtualidad jurídica; sea porque es aplicable al ámbito federal; sea porque puede extenderse

aguas pertenecen a los dueños de los terrenos donde surgen (art. 2637 CC, actual art. 239 CCyC), no sólo le asignó el carácter privado, sino que dispuso de las mismas otorgándolas en propiedad a tal titular. Y ese acto legislativo nacional, más que fijar el régimen de las cosas, importa en realidad disponer el otorgamiento de un título dominial sobre bienes que corresponden al dominio originario de las provincias. En este sentido, PINTO, Mauricio, *Los dominios originario e indígena. Su reconstrucción histórico-dogmática en el régimen jurídico argentino*, Mendoza, Universidad del Aconcagua, 2011, p. 72 y ss.

<sup>7</sup> CANO, Guillermo, *Estudio sobre línea de ribera*, t. I, Buenos Aires, CFI, 1988, p. IV-4.

<sup>8</sup> SALOMONI, Jorge L., “El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática”, *op. cit.*, p. 94.

<sup>9</sup> En este sentido, por ejemplo: arts. 1º, 3º, 9º, 11 y conc. del Código de Aguas de Chubut (Ley XVII-53); arts. 15, 23, 146, 152 y conc. del Código de Aguas de Córdoba (decreto-ley 5589); arts. 22, 25, 35, 137 y 154 del Código de Aguas de La Rioja (ley 4295); entre muchos otros.

al ámbito provincial por analogía; o sea porque el mismo derecho provincial la introduce —mediante el reenvío— dentro de su propio contenido.

## 2. LA NUEVA DEFINICIÓN DEL DOMINIO HIDRÁULICO EN LA LEGISLACIÓN CIVIL ARGENTINA. UNA OPORTUNIDAD PERDIDA

El contenido principal de la regulación civil argentina sobre las aguas y otros recursos hidráulicos refiere a la materia dominial. La misma tradicionalmente reguló bajo el dominio público de ciertos bienes vinculados a los recursos hidráulicos, y estableció el dominio privado de otros.

Básicamente, la regla de determinación del dominio público fue efectuada en el art. 2340 CC, donde se enumeraron los bienes que en general presentaban tal naturaleza, pudiéndose clasificar el dominio público hidráulico allí regulado en marítimo, fluvial, lacustre, artificial, insular y atmosférico<sup>10</sup>. Además, el Código de Vélez reguló ciertas aguas como pertenecientes al dominio privado del titular del predio donde se encuentran, revistiendo en consecuencia el carácter de *parsfundi*. Básicamente, se señalan como aguas del dominio privado, en ciertas circunstancias definidas en la norma, a las aguas de lluvia que caen en terrenos privados (art. 2635 CC), a las aguas de fuente que no forman cauce natural (art. 2637 CC) y a las de vertiente que nacen y mueren en el mismo predio (art. 2350 CC).

El nuevo Código Civil y Comercial mantiene en esencia este sistema mixto de propiedad sobre las aguas, aunque con sensibles modificaciones. Y con ello, incluso si por los motivos referidos *supra* omitiéramos considerar que la norma civil regula en exceso este aspecto, no podríamos obviar que con tal rumbo se ha desaprovechado la oportunidad de ponerse a tono con la tendencia consolidada de declarar la publicidad de todas las aguas<sup>11</sup>.

En este sentido, es evidente como en Argentina el Derecho de Aguas se sistematizó en la década del 40 imbuido de una lógica civilista —quizás justificada en su momento— que con el tiempo ha devenido obsoleta, no sólo por

<sup>10</sup> Conforme observamos en PINTO, Mauricio y MARTIN, Liber, “El régimen de las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial y su compatibilidad para la tutela ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, nro. 43, julio-septiembre 2015, p. 120, el inc. e) del art. 235 del CCyC incluye entre los bienes pertenecientes al dominio público al espacio aéreo suprayacente al territorio, con lo que las aguas atmosféricas que integran ese espacio pueden en la actualidad considerarse públicas sin los esfuerzos de interpretación que existían en el pasado.

<sup>11</sup> Esta tendencia ha sido explícitamente observada por la misma Corte Federal desde antiguo. Así, en 1924 *in re* “Fisco Nacional v. Behr, Francisco José”, Fallos 140:92, al definir el alcance de los derechos del propietario de una fuente según el art. 2637 del Código Civil, expresamente sostuvo que si bien el derecho moderno tiende a modificar el criterio tradicional, atribuyendo a la administración o a los Tribunales el derecho de reglamentar en el interés de la comunidad las aguas de las fuentes cuando estas presenten desde su origen el carácter de un curso de agua de cierta importancia, sometiéndola a un uso público —ejemplificando en este sentido a partir del derecho comparado francés—, el estado de la legislación nacional en ese momento era el que resultaba del texto claro y explícito de art. 2637.

la clara preeminencia ganada por el derecho público y ambiental en el último medio siglo, sino por el avance de la ciencia y la tecnología tanto como por el progresivo desarrollo de la institucionalidad provincial<sup>12</sup>.

Es cierto que hay alternativas a la demanialización de todas las aguas. Pero en nuestro contexto está claro que la demanio es la técnica más difundida y hasta cierto punto más efectiva, tanto para la administración<sup>13</sup> como para la protección<sup>14</sup>, lo que no se condice con la lisa y llana asignación de propiedades privadas que mantiene el nuevo Código<sup>15</sup>. El mantenimiento de la naturaleza mixta de las aguas, no impide —es cierto— pero dificulta una gestión integrada, que de por sí es compleja y difícil, y que lo será aún más en un futuro signado por alteraciones climáticas graves y un constante aumento de la oferta que presiona una demanda hídrica estática<sup>16</sup>.

<sup>12</sup> MARTIN, Liber, *Derecho de Aguas. Estudio sobre el dominio y uso de las aguas públicas*, op. cit., p. 21 y ss.

<sup>13</sup> Desde la primer Ley de Aguas occidental —la ley española de 1866— este concepto ha sido claro, en el sentido de que los buenos principios de administración exigen “la intervención del Poder público en el disfrute y aprovechamiento de aquellas cosas que, aunque son de uso común, no bastan para el consumo de todos. La sociedad no puede abandonarlas al interés o a la codicia individual sin ocasionar grandes perturbaciones en el orden público, y el fomento de la riqueza exige, por una parte, que se dé la preferencia a aquellos aprovechamientos que más puedan contribuir a ella, distribuyendo esos bienes comunes con la misma economía y acierto con que prudentemente un padre de familia distribuye los suyos. Con estas razones sostienen los escritores consagrados al estudio de este ramo especial de la Administración pública, la conveniencia de declarar del dominio público todas las corrientes de aguas como único medio de distribuirla con acierto y conciliar las necesidades de la navegación, de la agricultura y de la industria”; conf. La Exposición de Motivos de la Ley de Aguas de 1866, cuyo texto se encuentra transcrito en MARTIN, LIBER y RETORTILLO, Sebastián, *La Ley de Aguas de 1866. Antecedentes y elaboración*, Madrid, Ediciones Centro de Estudios Hidrográficos, 1963, en particular p. 767.

<sup>14</sup> DARNACULLETA GARDELLA, Mercé, *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural*, Barcelona, Cedeca, 2000, ps. 201/203, explica en este sentido que actualmente las normas jurídicas del dominio público en general y del dominio público hidráulico en especial se han tomado en un privilegiado régimen de protección ambiental, que ha sido reforzado con algunas instituciones ajenas a la institución demanial propiamente dicha. En igual sentido, también se expresa DELGADO PIQUERAS, Francisco, *Derecho de aguas y medio ambiente*, Madrid, Tecnos, 1992, p. 137, quien —con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español— sostiene que es incuestionable la relación que contemporáneamente que se plantea entre recursos naturales, tutela ambiental y dominio público, entendiendo que los valores ambientales constitucionalizados conllevan un cambio que orienta la ordenación jurídica de los recursos naturales hacia su integración en el dominio público, en la medida en que tal dominio brinda a la administración de un poderoso título de intervención que facilita el desarrollo de políticas finalistas.

<sup>15</sup> En este sentido, CANO, Guillermo, “El derecho de aguas en el anteproyecto de Código Civil”, op. cit., criticaba el proyecto de Código Civil de 1936 en lo que respecta a los artículos sobre aguas privadas, afirmando que “todas las aguas deben ser públicas, porque razones de orden económico así lo imponen. [...] Toda agua tiene un interés público, presente o futuro: si nacen y mueren en una misma propiedad, ello no legitima su apropiación por el dueño del fundo porque el valor económico-social del agua es tan grande, sobre todo en las zonas de cultivos por irrigación artificial, que esa causa justifica su afectación al dominio público de la comunidad”.

<sup>16</sup> PINTO, Mauricio, “Estrategias de adaptación al cambio climático desde la política y legislación de aguas en Argentina”, en *Actas de Derecho de Aguas*, nro. 2 [año 2012], Santiago de Chile, Thomson Reuters, 2013, ps. 143-186.

También es evidente que las provincias tienen muchas más facultades de las que han ejercido en la definición de su dominio público hidráulico, pero la pérdida de la oportunidad de declaración de publicidad de todas las aguas de manera uniforme y homogénea no facilita una política local en sentido contrario, siendo esperable la existencia de disputas jurídicas frente a la existencia de regímenes locales que resulten antagónicos en esta materia con la norma civil. Más aún cuando la jurisdicción para deslindar conflictos sobre la naturaleza jurídica del agua está otorgada en la generalidad de las provincias al fuero civil, formado y desarrollado bajo una perspectiva que no predomina en los principios y fundamentos del derecho que resulta aplicable a las aguas públicas.

Además, la existencia de ambos tipos de propiedades —pública y privada— sobre las aguas deja abierta la puerta para que las provincias generen un régimen heterogéneo, tanto en uso de sus facultades constitucionales, o en su caso de la declaración genérica que se mantiene en el inc. 3° del art. 235 CCyC<sup>17</sup>.

El marco constitucional argentino, parece ser el único lugar desde el cual reconstruir una teoría del dominio público de mayor consistencia que la construida hasta el momento sobre la base del Código Civil. En ese marco es posible que las provincias acometan el desafío que el nuevo Código Civil y Comercial dejó pendiente, avanzando, en uso de sus atribuciones constitucionales, en la consagración del principio de publicidad de todas las aguas que favorezca la reducción de la litigiosidad, una regulación coherente y su gestión integral.

### 3. LAS AGUAS DE DOMINIO PRIVADO. PARTICULARIDADES EN EL NUEVO RÉGIMEN

El Código de Vélez contempló como bienes del dominio privado a las aguas de lluvia que caen en terrenos privados (art. 2635 CC), a las aguas de fuente que no forman cauce natural (art. 2637 CC) y a las de vertiente que nacen y mueren en el mismo predio (art. 2350 CC).

El nuevo régimen, modula algunos de estos preceptos —caso de las aguas de fuente—, pero a la vez omite regulaciones en otros casos —vertientes— e innova frente a las aguas pluviales y a las lacustres no navegables.

<sup>17</sup> Desde la doctrina se ha entendido que la fórmula introducida por la ley 17.711 al inc. 3° del art. 2340 CC, acorde a la cual integra el dominio público “toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud para satisfacer usos de interés general” implica una declaración genérica de utilidad que habilita —previa especificación— la expropiación de las aguas privadas que sean alcanzadas por esta norma (conf. MOISSET DE ESPANES, Luis y LÓPEZ, Joaquín, *Derecho de Aguas. Régimen transitorio y normas de conflicto*, Universidad Nacional de Córdoba, 1980, p. 13. En esta línea, por ejemplo, la ley 4035 de Mendoza produjo en 1974 tal procedimiento, regulando como dominio público a las aguas subterráneas y otorgando título concesional a todo propietario de concesión que no optare por la indemnización respectiva, superando así el carácter privado que en 1924 la Corte Federal había asignado al recurso hídrico subterráneo provincial, *in re* “Provincia de Mendoza v. Cía. Ferrocarriles Gran Oeste Argentino y Bs. As. al Pacífico”, Fallos 140:282.

### 3.1. Las aguas de fuentes

En lo que respecta a las aguas de fuente, el régimen ha sido expuesto en el art. 239 CCyC<sup>18</sup>, norma que aunque presenta ciertas similitudes básicas con el régimen vigente desde la ley 17.711 en el Código Civil<sup>19</sup>, ha producido particularizaciones significativas que acentúan el régimen público.

Como primer aspecto destacable, la nueva norma desvanece del texto la posibilidad de los propietarios de la fuente de cambiar la dirección natural del recurso que habilitaba el texto anterior. Esta exclusión, asume las críticas que la doctrina había efectuado a esa facultad del propietario<sup>20</sup>, aunque lo hace de una manera somera, sin avanzar explícitamente en la negación del derecho que también se aconsejaba desde antiguo<sup>21</sup>.

Cabe preguntarse, si este silencio legal —que aunque no refiere a la potestad de variar la dirección del escurrimiento como hacía la vieja norma, tampoco la veda— impide al propietario disponer de su propiedad en el sentido omitido.

Lo cierto es que la ausencia de prohibición al respecto, en el contexto de la máxima constitucional dispuesta en el art. 19 CN, deja expedita la posibilidad de que el dueño de la fuente ejerza las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley (art. 1941 CCyC), y con ello la mera eliminación del antiguo texto nada cambia en este sentido.

En cambio, sí implica un aspecto destacable el agregado que el nuevo texto realiza a esa disposición, en cuanto supedita el libre uso de esas aguas a que las mismas no formen cauce natural. Este supuesto fáctico —la formación de cauce natural—, a la vez de que —como se considera *infra*— es el eje de análi-

<sup>18</sup> “Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho. Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles. El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno”.

<sup>19</sup> “Las aguas que surgen en los terrenos de particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas y cambiar su dirección natural. El hecho de correr por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno. Cuando constituyen curso de agua por cauces naturales pertenecen al dominio público y no pueden ser alterados”.

<sup>20</sup> MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. VII, Buenos Aires, Lajouane, 1900, p. 41. De igual manera, MARIENHOFF, Miguel, *Derecho de Aguas: estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni (contribución al estudio de las reformas al Código Civil en materia de aguas)*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1936, p. 84, critica esta posición por entenderlo injusto y atentatorio al buen uso del agua por los propietarios.

<sup>21</sup> CASTELLO, Manuel F., *Legislación de Aguas*, Universidad Nacional de Buenos Aires, 1921, ps. 47 y 55, quien propiciaba prohibir la desviación del cauce y dejar al dueño de la fuente un derecho restringido sobre las aguas.



sis en torno a la publicidad de las aguas, también resulta el determinante de una restricción dominial al dueño de la fuente: en tal caso, si la fuente genera aguas públicas que corren por cauce natural, el propietario no puede usar libremente el recurso.

La pregunta, entonces, radica en cómo es el uso —no libre— que puede realizar el propietario del predio donde se encuentra la surgente, cuando la misma forma cauce natural. En todo caso, la amplitud o extensión del mismo será variable, según las características del caso y su modulación con el interés general que acompaña al cauce público; y por ello, como redundan<sup>22</sup> tanto el mismo art. 239 como los art. 240 y 1970 CCyC, este queda sujeto al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación, sin que pueda producir usos en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho, ni que resulten incompatibles con derechos de incidencia colectiva o afecten el funcionamiento o sustentabilidad ambiental; y sólo si las aguas se manifiestan superficialmente sin encauzarse, no hay impedimentos a que disponga de ellas de manera libre.

Este régimen que ha dispuesto el nuevo Código, implica que el legislador ha entendido que las aguas surgentes encuadran en la explicación que Spota brindaba sobre el contenido y alcance del original art. 2637 CC, antes de la reforma introducida por la ley 17.711. En el estudio más preciso sobre el régimen de las fuentes que presenta la doctrina, Spota distinguía<sup>23</sup> entre el *caputfontis* y el *caputfluminis*, refiriendo el primero al lugar donde brotan las aguas —independientemente de si estas formaban un cauce natural, o si no lograban tal escurrentía—, y el segundo de los casos a cuando las aguas de la surgente se orientaban formando un cauce natural.

Esta diferencia, permitía al referido autor explicar a partir del texto legal que las aguas en el *caputfontis* eran de propiedad particular, pero a la vez sostener que el posterior encauzamiento de las mismas las transformaba, a partir de que escurrían por el cauce natural, en bienes pertenecientes a la demanio por imperio del art. 2340 inc. 3° CC.

Las implicancias de esto eran que —en la redacción del Código de Vélez<sup>24</sup>— el *caputfontis*, es decir las aguas que brotaban y revestían el carácter de privadas antes de su encauzamiento, era de utilidad pública y susceptible

<sup>22</sup> La redundancia que presenta el art. 239 es la de sostener que tales bienes privados están sujetos al régimen de policía administrativa —lo que es propio de toda propiedad particular según los arts. 14 y 28 CN—, así como que no pueden ser ejercidos de manera abusiva, o que su uso como bien del dominio público no hace perder tal naturaleza dominial, aspectos que responden a las reglas generales en tales tópicos.

<sup>23</sup> SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho de Aguas*, t. II, Buenos Aires, Jesús Méndez, 1941, p. 466 y ss.

<sup>24</sup> “Las aguas que broten en los terrenos privados, pertenecen a los dueños de éstos, y pueden libremente usar de ellas, y mudar su dirección natural. El simple hecho de correr por terrenos inferiores, no da a los dueños de estos, derecho alguno. Pero si fuesen el principal alimento de un río, o fuesen necesarias a algún pueblo, están sujetas a expropiación por utilidad pública”.

de expropiación, por presentar un innegable interés público que emana de los usos a los que está destinado el dominio público hidráulico que se nutre de esa surgente. Todo ello, sin perjuicio del carácter público de las aguas del cauce que era alimentado por la fuente expropiable.

De tal modo, puede sostenerse que la norma actual, siguiendo la interpretación de Spota, ha *aggiornado* el discurso legal preexistente, asumiendo un régimen complejo que no altera las propiedades existentes, y en donde aunque exista una propiedad particular en el *caputfontis*, esa propiedad se diluye en la medida en que las aguas se encauzan y se tornan públicas, en concordancia con el régimen siempre vigente de los arts. 2340 CC y 235 CCyC.

Este encuadre lleva a que:

a) si las aguas surgentes no se encauzan, el particular es su propietario y puede usarlas libremente;

b) si las aguas surgentes, luego de anegar y brotar en el área del *caputfontis*, conforman un cauce natural, el propietario puede usar de las mismas<sup>25</sup> antes de que “constituyan cauce natural”; pero este uso no es libre sino que se encuentra sujeto a las restricciones que se fijan por interés público, lo que sin dudas se vincula a la existencia del dominio público que conforman esas aguas al encauzarse.

Esa última posibilidad, ha innovado sensiblemente el régimen, en cuanto la norma antes vigente brindaba una amplia libertad al propietario del fundo de emergencia<sup>26</sup>; mientras que ahora ha limitado tal derecho, dentro de las posibilidades que estatuye en los arts. 14 y 28 CN.

Además de ello, aunque desde la ley 17.711 el Código nada refiere a la eventual expropiación del *caputfontis*, ello siempre es posible bajo las reglas generales del art. 17 CN, y en particular con la declaración genérica de utilidad pública que —como ya expresamos— se considera presente en el inc. 3° del art. 235 CCyC en relación a las aguas que adquieran aptitud para satisfacer usos de interés general; con lo que la antigua referencia a tal extremo en el Código de

<sup>25</sup> PULIDO BOSCH, Antonio, *Nociones de hidrogeología para ambientólogos*, Universidad de Almería, 2014, p. 358 y ss., expone, por ejemplo, diversas técnicas de aprovechamiento de las aguas de surgentes, que incluyen embalsamientos y zanjas drenantes que facilitan la captación del recurso.

<sup>26</sup> En 1924 la Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Fisco Nacional v. Behr, Francisco José”, Fallos 140:92, con cita del antecedente obrante en el Código de Napoleón, había entendido que la interpretación y alcance del art. 2637 del Código Civil, son la de que “el propietario de un fundo en el cual se encuentra una fuente puede disponer de ella a su albedrío, empleándola en todos los usos, sean éstos de utilidad o de placer; puede detener su corriente, extinguirla o dirigirla a su voluntad; puede privar de ella a las heredades inferiores y transmitirla a título oneroso a toda otra heredad; [...] el propietario del suelo tiene el derecho de hacer en él todos los trabajos que juzgue propios para descubrir las aguas subterráneas que se encuentran allí, no siendo de ningún modo responsable hacia los propietarios de los fundos vecinos si el resultado de estos trabajos fuese el de cortar las corrientes subterráneas que llevan agua a sus fundos para alimentar sus fuentes, pozos, cisternas, etcétera”.

Vélez era una redundancia que no habilitaba su concreción, del mismo modo que el silencio de esa posibilidad no impide que se produzca.

Por otra parte, el régimen civil ha sido claro y constante, desde el Código de Vélez, pasando por la ley 17.711 a la actualidad, en cuanto a que el hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de estos derecho alguno. Es decir, la asignación del carácter privado a las aguas se restringe al *caputfontis*, sin que otros particulares aledaños puedan pretender dominio alguno sobre aguas que —encauzadas— corresponden al dominio público.

En concordancia con ello, la norma reafirma<sup>27</sup> que los particulares en general —sean titulares prediales del *caputfontis* o de los predios ubicados aguas abajo—, no deben alterar esos cursos de agua, cuyo uso no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles.

Estos argumentos, permiten sostener que el legislador con el nuevo CCyC no ha alterado en lo sustancial el régimen dominial de las fuentes, sino que simplemente ha dado al mismo una nueva redacción que confirma y explicita el alcance con que la norma fue oportunamente interpretada doctrinalmente<sup>28</sup>, dejando de lado otras potenciales interpretaciones<sup>29</sup>.

### 3.2. Las aguas de vertientes

El nuevo Código ha generado cierta innovación —al menos en apariencia— en torno a las aguas de vertientes. Mientras que el Código de Vélez entendía que las vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad son de propiedad, uso y goce del dueño de la misma (art. 2350 CC), el nuevo texto omite toda referencia a las “vertientes”, así como también a la referida regla que disponía efectos al carácter intrapredial de esos cauces.

Esta exclusión de las vertientes, implica diversas aristas de análisis, ya sea desde las perspectivas que equiparaban las mismas a las fuentes que regulaba el art. 2637 CC, o desde las perspectivas que diferenciaba ambos fenómenos hidrológicos, y consiguientemente ambos regímenes.

<sup>27</sup> Este otro extremo, es una redundancia más de la norma civil, que reafirma aspectos propios de la teoría del dominio público que debe desarrollar el derecho público.

<sup>28</sup> MOISSET DE ESPANES, Luis y LÓPEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 7, explican que una nueva norma puede resultar interpretativa, cuando el sentido de la norma anterior era confuso o dudoso; en estos casos, el texto nuevo viene a complementar a la vieja norma, integrándola como si hubiera integrado el régimen original. En este mismo sentido, en la p. 14 analizan diversos casos en los que el contenido y alcance del dominio privado sobre las aguas resulta dudoso (entre ellos el del régimen de las fuentes), y donde una nueva ley podría tener una función aclaratorio.

<sup>29</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, op. cit.*, p. 501, donde —a partir de su confusión entre fuentes y vertientes— sostenía que los manantiales que nacían y morían en una misma heredad eran privados, incluso si formaban cauces naturales.

Autores como Marienhoff<sup>30</sup> o Allende<sup>31</sup> han confundido los conceptos de fuentes y vertientes como regulatorios del mismo fenómeno, sosteniendo que los arts. 2637 y 2350 CC debían aplicarse como un sistema único que regía el mismo objeto. En esta posición, aunque se reconoce que hidrológicamente “vertiente” no aplica a las aguas que broten en una heredad, sostienen que el régimen legal de los referidos preceptos refiere a una misma situación dada por aguas subterráneas que afloran al exterior, con lo que legalmente vertiente arroja un significado jurídico distinto, equiparable a un manantial o fuente.

Otros autores como Spota<sup>32</sup>, Bridge<sup>33</sup>, Cano<sup>34</sup> y López<sup>35</sup> los ha distinguido con claridad, no solo a partir de su análisis normativo de los textos vigentes —y la contradicción que entre ellos se genera si se equiparan las vertientes a las aguas surgentes—, sino también en razón de las fuentes —chilenas, francesas y brasileras— seguidas por el Codificador, que regulaban fenómenos distintos.

Spota, en este sentido, expone la distinción entre las fuentes y vertientes a partir de un extenso y medular análisis gramatical, normativo y de las fuentes citadas por el Codificador como inspiración de los arts. 2350 y 2637 CC, concluyendo que regulan fenómenos hidrológicos distintos: mientras el art. 2637 CC refiere a aguas que brotan o surgen en terrenos particulares —es decir que naturalmente alumbran al exterior luego de haber tenido un trayecto subterráneo—, el art. 2350 CC regula aguas que vierten o descienden desde puntos más elevados del terreno que han tenido sus orígenes en precipitaciones niveas o pluviales.

Ambas tesis han sido receptadas jurisprudencialmente, aunque con un predominio efectivo de la interpretación que separaba ambos conceptos. La tesis de Spota fue sostenida por la Corte de Mendoza<sup>36</sup>. La posición de Marienhoff fue seguida por la Corte de Jujuy en la causa “Ledesma”, donde asimiló fuente y vertiente como un único concepto abarcativo del régimen de los arts. 2350 y 2637 CC; sin embargo, llegada esta causa a la Corte Nacional, aunque la mayoría del Tribunal no trató el tema de fondo al rechazar en lo formal el recurso extraordinario, el voto disidente de Fayt concuerda con las argumentaciones de

<sup>30</sup> *Ibid.*, *op. cit.*, p. 494.

<sup>31</sup> ALLENDE, Guillermo L., *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Buenos Aires, Eudeba, 1971, p. 287.

<sup>32</sup> SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho de Aguas*, *op. cit.*, t. II, p. 460.

<sup>33</sup> BRIDGE, Alfredo, *Estudios de Derechos de Aguas*, t. I, San Juan, CFI, 1970, p. 70.

<sup>34</sup> CANO, Guillermo, “Repercusión económica de la jurisprudencia en materia de aguas de fuente o manantiales”, JA 1944-II- 280.

<sup>35</sup> LÓPEZ, Joaquín, *Código de Aguas de la Provincia de Córdoba*, *op. cit.*, arts. 151 y 153 y sus notas, ps. 56 y 57.

<sup>36</sup> Sup. Corte Just. Mendoza, *in re* “Ruiz de Correa Edith y otros en J: Ruiz de Correa Edith y otros/sucesión de Antonio Olguín”, 3/3/1952, ubicación S 051-268: “Es un error invocar los arts. 2350 y 2637 del Código Civil como normas que rigen fenómenos físicos idénticos. No se puede confundir al interpretar los dos textos legales las aguas que provienen de fuentes” y las de ‘vertientes’. Si el agua brota desde abajo de la tierra, se debe denominar de ‘fuente’. Si baja de las laderas de las montañas por deshielo o precipitaciones pluviales debe llamarse ‘vertiente’”.

Spota y sostiene que “fuente” y “vertiente” son dos conceptos legales que no pueden confundirse<sup>37</sup>.

Más allá de ello, en lo que a este análisis interesa, en ambas posiciones existen situaciones en que por efecto del art. 2350 CC existían aguas privadas: la postura dualista de Spota implicaba que las aguas de “vertientes” reguladas en esa norma eran una excepción al principio de publicidad del art. 2340 CC sobre publicidad de cauces, de modo que los cauces originados en vertientes eran excepcionalmente privados si concluían en la misma propiedad en que nacían; y la postura monista de Marienhoff implicaba que las aguas de fuentes o manantial mantienen el carácter privado incluso si forman cauce natural, en la medida en que mueran dentro del mismo predio en que surgen. ¿Qué ocurre, entonces, con esas aguas —en uno y otro caso— ante la omisión de referencia a las vertientes y la regla contenida en el art. 2350 CC?

Como consideración genérica, la mera omisión que realiza el actual texto legal no diluye la existencia de dominios consolidados bajo la norma preexistente: cuando un bien pertenece indiscutidamente al dominio particular, la garantía constitucional expuesta en el art. 17 CN impone su permanencia en el patrimonio privado de sus titulares mientras la expropiación no se concrete de manera efectiva<sup>38</sup>.

En este sentido, la exclusión de la regla del art. 2350 CC en el nuevo texto importa que el mismo deja de considerar la existencia de una excepción al principio estipulado en el art. 235 CCyC, sea que se considere que esa excepción —como sostiene la tesis monista— se aplica a las aguas encauzadas que regula el actual art. 239 CCyC, o que se refiera a aguas de vertimientos que se originan fuera del caso de las surgencias, como sostenía la tesis dualista. Pero para que ello sea aplicable a las propiedades existentes al momento de sancionarse la nueva norma, esas propiedades deben ser expropiadas de manera acorde a las precisiones constitucionales. Cuestión que se asemeja a los análisis y cuestionamientos suscitados con ocasión de la ley 17.711 y la entonces novedosa inclusión de las aguas subterráneas en el art. 2340 CC<sup>39</sup>.

En ese marco, las aguas de vertientes que —por nacer y morir en un mismo predio— se consideraban privadas por aplicación del art. 2350 CC, deben ser afectadas al uso público e indemnizadas conforme exige la garantía constitucional del art. 17, para que tenga efecto la omisión que ha realizado la nueva norma

<sup>37</sup> CSJN, *in re* “Ledesma Sociedad Anónima, Agrícola e Industrial v. Estado Provincial”, Fallos 308:641, donde el Dr. Fayt concluye: “Los términos ‘aguas que broten...’ que empleaba el legislador en el art. 2637 CC, en su redacción anterior a la reforma de la ley 17711, es admisible que alcancen a los manantiales, pero no puede extenderse a las vertientes, que se caracterizan porque en ellas el agua se colecta, y cuya condición de privadas está limitada por los requisitos del art. 2350 del citado Código”.

<sup>38</sup> MOISSET DE ESPANES, Luis y LÓPEZ, Joaquín, *op. cit.*, p. 13.

<sup>39</sup> MARIENHOFF, Miguel, “Acerca de la reforma del Código Civil en materia de aguas”, JA, Sección Doctrina, Serie Contemporánea, 1974.

a la excepción al principio de publicidad de las aguas que corren por cauce natural que fija el art. 235 CCyC.

Este encuadre, según establece el art. 7° CCyC, en cuanto a la situación jurídica de los predios con vertientes que implica la nueva norma no tiene efectos retroactivos, y con ello, aunque la norma es de aplicación inmediata, toma la situación conformada bajo la vieja ley en el estado en el que se encontraba al tiempo en que se sanciona la nueva norma, y no puede afectar la constitución o extinción de la situación constituida bajo la vieja norma<sup>40</sup>. Por ello, las propiedades que disponía el art. 2350 CC no se diluyen por la inexistencia de regla similar en la nueva legislación.

Sin embargo, este proceso puede tener particularidades que —más allá de esa consideración genérica— determinen soluciones *ad hoc* según las circunstancias del caso. Un ejemplo de ello, sería la administración efectiva como públicas de las aguas que eran privadas bajo la vieja norma, o su especificación como bienes públicos de modo que pueda considerarse que las mismas han sido objeto de afectación; todo ello produciría la publicación de las aguas sin perjuicio del derecho del particular a reclamar económicamente<sup>41</sup>, lo que en el derecho público debe ser encausado por el procedimiento de expropiación inversa<sup>42</sup>.

De igual modo, si se hubiera producido el fraccionamiento de predios donde se encontraban las vertientes privadas, de modo que dejan de nacer y morir en la misma heredad, al dejar de responder al supuesto reglado en el art. 2350 CC las mismas se transforman en públicas<sup>43</sup>; esto ocurre independientemente de si tal situación se produce antes o después del cambio normativo, ya que en definitiva la nueva situación no permite el dominio privado de las aguas en ninguno de los dos regímenes, con lo que el principio de publicidad opera normalmente. Esta máxima debe aplicarse incluso en situaciones como las referidas por Cano<sup>44</sup>, donde en los registros continúan formalmente subsistiendo los empadronamientos de estas aguas como privadas, ya que tales registros no

<sup>40</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 29 y ss.

<sup>41</sup> CSJN, causa nro. 19.079, “Bergadá Mujica, Héctor v. Provincia de Río Negro”, fallo del 5/9/2002, reseñado en DJ 2002-3, La Ley, p. 1159, donde se ha establecido que “cuando una provincia realiza una obra pública sobre un terreno particular y con conocimiento de éste, lo entrega al uso colectivo, ya no puede mantenerse la distinción entre el terreno —que seguiría en el dominio particular regido por el Código Civil— y la obra perteneciente al público y ajena por ende al régimen de dicho Código, pues se trata en adelante de un bien del dominio público respecto del cual no cabe el ejercicio de acciones reales como la reivindicatoria”. En el caso, la Corte hizo lugar a la acción subsidiaria promovida en los términos del art. 2779 CC para dar lugar a la indemnización que la enajenación forzosa del terreno implicaba.

<sup>42</sup> PINTO, Mauricio (coord.); ANDINO, Mónica y ROGERO, Gladys, *Ley de Aguas de 1884. Comentada y concordada*, Mendoza, Irrigación edita, 2006, ps. 94 y 180.

<sup>43</sup> SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho de Aguas*, op. cit., t. II, p. 514.

<sup>44</sup> CANO, Guillermo, *Reseña crítica de la legislación y administración de aguas de Mendoza*, Mendoza, 1967, p. 34, quien observa que las vertientes existentes en propiedades donde inicialmente nacían y morían, pero que por fraccionamiento dominial han cambiado su condi-

resultan constitutivos de derechos, sino meramente descriptivos de un derecho que existe *iure imperii* por efecto del art. 2350 CC<sup>45</sup>.

La nueva norma, a su vez, se aplica sin dificultad al caso en que las situaciones de hecho que determinaban la asignación del carácter privado previsto en el —ya no vigente— art. 2350 CC se produzcan con posterioridad a la sanción del actual Código; es el caso, por ejemplo, de una vertiente que nacía y moría en propiedades diferentes, pero que por la unificación dominial comienza a encuadrar en el supuesto fáctico del art. 2350 CC luego de que el mismo ha dejado de conformar parte del derecho vigente<sup>46</sup>. En este caso, el dominio privado nunca se constituyó antes de la nueva norma, y bajo la misma ya no puede constituirse por contravenir el art. 235 CCyC, sin que exista una excepción legal que avale lo contrario.

### 3.3. Las aguas pluviales

En lo que respecta a las aguas pluviales, el Código de Vélez las consideraba privadas cuando cayesen o entrasen en terrenos privados (art. 2635 CC); estableciendo que cuando caían o corrían por lugares públicos todos podían reunirlos incluso desviando su curso natural (art. 2636 CC).

Este régimen daba lugar a ciertas disquisiciones doctrinarias. Mientras Spota sostenía que las aguas que cayesen o entrasen en dominio privado eran *res nullius*, y por ello era necesario un acto positivo del propietario para adquirir su dominio mediante su apropiación con obras o artes (ya que si las dejaba correr hacia el inmueble vecino nunca las adquiriría)<sup>47</sup>, Marienhoff se inclinaba por sostener que dichas aguas pertenecían a la titular del inmueble por accesión, y con ello no era necesario ninguna acción del titular para hacer nacer su dominio<sup>48</sup>. En cuanto a las aguas caídas en lugares públicos, Spota también les asignaba el carácter de *res nullius* apropiables<sup>49</sup>; mientras que Marienhoff se inclinaba por sostener que eran públicas por accesión y que la ley por ello sólo

---

ción jurídica a aguas públicas, muchas veces de manera anómala subsisten registralmente como privadas.

<sup>45</sup> LÓPEZ, Joaquín, “Registro de Aguas”, en *Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires, Universidad, 1980, p. 715

<sup>46</sup> SPOTA, Alberto, *op. cit.*, p. 515, sostiene que en este caso —cuando los predios se unificaban de modo que la vertiente se transformaba en intrapredial— las aguas no perdían bajo el antiguo Código la calidad de públicas, ya que según su parecer no puede aceptarse que un acto de voluntad de particulares desafecte un bien del dominio público. Contrariamente, entendemos que no era la voluntad de los particulares la que asignaba o negaba el carácter de bien público a esas aguas, sino una situación fáctica regida por los arts. 2340 y 2350 CC, con lo que del mismo modo en que el fraccionamiento dominial quitaba el carácter privado que otorgaba el art. 2350 CC, la unificación dominial debía tener el efecto contrario.

<sup>47</sup> SPOTA, Alberto, *op. cit.*, p. 359.

<sup>48</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, *op. cit.*, p. 248.

<sup>49</sup> SPOTA, Alberto, *op. cit.*, p.360 y ss.

autoriza su uso, el que debía ser regulado por las provincias con respecto a las aguas de su jurisdicción en forma independiente de la norma civil (ya que esta carecía de valor legal con respecto a las regulaciones de uso de aguas públicas provinciales)<sup>50</sup>.

El nuevo texto legal ha omitido regular sobre las aguas pluviales que cayesen o entrasen en el dominio privado. En cambio, con las aguas que cayesen o corriesen en lugares públicos, el art. 1947 CCyC ha dispuesto que son apropiables por los particulares como cosas muebles no registrables sin dueño.

La solución legal adoptada es cuestionable. En parte, porque difícilmente pueda asignarse a los fluidos que se encuentran en el suelo una entidad totalmente independiente del mismo, al menos teniendo en cuenta el concepto que el mismo Código ha tomado con respecto al mar, ríos y lagos, que integra tanto el agua como el lecho que la contiene. Pero especialmente porque nuevamente ha profundizado la tendencia contraria a la inclusión general de las aguas en el dominio público, catalogando como privado un caso de recurso hídrico que no lo era en la anterior legislación.

Por otra parte, no deja de exteriorizar un pensamiento teórico, que conceptualiza el recurso hídrico de manera estanca y aislada de su ciclo natural, lo que genera cierta antinomia indeseable. Las lluvias, en definitivas, son las que al tomar escurrimiento conforman los cauces de agua, reconocidos como públicos. Aunque podría decirse que —en el concepto de la tesis dualista expuesta *supra*— la vieja norma excepcionaba el principio de la publicidad cuando el cauce nacía y moría en un único predio, existía cierta coherencia regulatoria al considerar que las aguas de lluvia que corrían por el dominio público —lo que incluye su encausamiento— eran susceptible de uso, lo que nos remite a las reglas del uso común del dominio público hidráulico, libre para todas las personas.

Pero la nueva norma genera una contradicción desafortunada. Por una parte, las aguas de lluvia que corren por lugares públicos —y que por presentar escorrentía forman un cauce natural— integran el dominio público, y a pesar de ello la nueva norma establece que pueden transformarse en privadas por apropiación, lo que desnaturaliza totalmente el régimen publicista. Y por otra parte, las caídas en lugares públicos sin que tomen escurrimiento son tratadas como un bien completamente independiente del mismo, ignorando en este caso la relación física que se genera entre el suelo y los fluidos que en el mismo asientan<sup>51</sup>.

Hubiera sido comprensible que este tipo de disposiciones se aplicaran a las aguas que cayesen en dominio privado. Pero la necesaria relación física que presenta el agua y el suelo en el que se encuentra o escurre, hace que resulte irrazonable su tratamiento diferencial con respecto al dominio público en el que se

<sup>50</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas*, op. cit., p. 252 y ss.

<sup>51</sup> En esta misma línea, el nuevo Código en su art. 225 redefine la regla del antiguo art. 2314 CC, que consideraba inmuebles por su naturaleza a las partes fluidas que forman su superficie y profundidad del suelo.



encuentran. Especialmente cuando se ha dejado librado a una completa anomia a las aguas precipitadas en terrenos privados.

### 3.4. Las aguas lacustres

En gran parte de nuestro país, los lagos son objeto de fuertes debates en torno a su dominio, y en especial en relación al disfrute de los mismos por parte de la comunidad, con diversos conflictos judiciales en que se discute el tema, principalmente en el entorno patagónico y del litoral<sup>52</sup>.

El Código Civil era claro en cuanto a la publicidad de los lagos navegables, aunque antes de la ley 17.711 limitaba el caso a aquellos lagos navegables por buques de más de cien toneladas. Sin embargo, su letra era poco precisa en cuanto al carácter de los lagos no navegables: no eran enumerados de manera expresa como bienes públicos ni como bienes privados, aunque el art. 2349 atribuía el uso y goce de los mismos a los propietarios ribereños.

Una antigua jurisprudencia ha sostenido el carácter privado de los lagos no navegables<sup>53</sup>, postura que en la doctrina es sostenida por Machado<sup>54</sup> y Allende<sup>55</sup>.

<sup>52</sup> Un ejemplo notable es el caso del Lago Escondido de Río Negro, con sentencia firme del Superior Tribunal de Justicia de Río Negro 064/2009, ordenando a la provincia garantizar el acceso, sin que todavía el mismo pueda hacerse efectivo.

<sup>53</sup> LA Corte Suprema de Justicia de la Nación, en su sentencia del 17/8/1923 *in re* “Frederking, Gustavo v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 138:295, entendió que por aplicación de los principios generales de nuestro derecho, la propiedad de los lagos y lagunas no navegables, corresponde al dueño de la tierra en que se ha formado el lago o laguna, y a sus sucesores; y tratándose en el caso de una laguna no navegable, de cuyo lecho la provincia de Buenos Aires, dueña originaria de la tierra que lo forma, no enajenó el dominio, esa laguna constituye un bien que forma parte del patrimonio privado de la expresada provincia, respecto del cual el art. 2349 del Código Civil, solo acuerda a los propietarios ribereños de las tierras, el derecho de usar y gozar de ellas. Los propietarios de los lagos no navegables, conservan, pues, todos los atributos inherentes a su derecho de propiedad y, por lo tanto, la facultad de usar, gozar y disponer de los beneficios de dichos lagos, en lo que exceda de las necesidades de los fondos colindantes. En el caso, el Gobierno demandado había otorgado una concesión para pescar en la laguna de Mar Chiquita, pero dejando a salvo y de manera compatible con el derecho de los ribereños, por lo que se dispuso el rechazo de la demanda deducida a fin de que se condene a la provincia de Buenos Aires a reconocer el derecho del actor a pescar libremente en la expresada laguna dentro de los reglamentos de orden general, y la falta de derecho de la demandada para dar concesiones de pesca que limiten o anulen las facultades del actor. MARIENHOFF, Miguel, *Derecho de Aguas: estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni (contribución al estudio de las reformas al Código Civil en materia de aguas)*, op. cit., p. 94, cuestiona abiertamente esta decisión, entendiendo que la resolución de la causa por los principios generales del derecho, y no por los principios de leyes análogas que determinan la publicidad de las aguas, por lo que considera que el fallo violenta las reglas del art. 16 CC.

<sup>54</sup> MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, op. cit., t. VI, p. 228. Este autor, a pesar de que atribuye el carácter privado a la propiedad privada del Estado, o de los dueños de los terrenos ocupados por esos lagos, sostiene que el art. 2349 se aplicaba al caso en que la propiedad del lago fuera estatal, y que en esos casos el lago sólo podía ser usado por el ribereño, pero no apropiado por el mismo, justificando ello en que el ribereño no adquiere el terreno que el lago deja desocupado por la disminución del agua (art. 2578 CC).

<sup>55</sup> ALLENDE, Guillermo L., op. cit., p. 325.

Pero desde la doctrina también se exponían con solvencia valiosos argumentos en base a los cuales se sostenía la publicidad de los lagos no navegables.

Bibiloni sostenía en este sentido que el silencio del Código en cuanto a la propiedad de esos lagos —que separándose de su fuente chilena sólo refiere al uso y goce por particulares pero no a la propiedad— implicaba que no había variado el régimen anterior, siendo por ello aplicable la legislación indiana —en la que las aguas en general eran públicas—, de modo que el art. 2349 CC al reconocer el uso y goce a los ribereños resultaba concordante con la regla del art. 2341 CC —que atribuye ese uso y goce de los bienes públicos a los particulares—, aunque limitaba en este caso tal principio solo a los ribereños; y que además, en su parecer, el argumento que atribuye a los mismos el carácter privado por no estar enumerados en el art. 2340 CC cae en una petición de principio que retuerce y destruye su propio argumento, en cuanto de la misma manera puede sostenerse que por no estar en el art. 2342 CC son públicos, siendo que además los lagos que son atravesados o dan origen a cursos de agua son parte de las aguas públicas que corren por cauces naturales, con la sola excepción del art. 2350 CC<sup>56</sup>. Spota se expresaba en sentido coincidente, reafirmando esta postura<sup>57</sup>.

Marienhoff, por su parte, aunque rechazaba las argumentaciones de Bibiloni, sostenía idéntica conclusión en torno a la publicidad de los lagos no navegables; argumentando que la falta de regulación del dominio de estas aguas llevaba a la aplicación de los principios de las leyes análogas, las que otorgaban el carácter público a las aguas<sup>58</sup>; aunque aconsejaba un cambio de legislación, de modo que se transformaran en privados —del Estado o de particulares— aquellos lagos no navegables que no estuvieran vinculados a la escorrentía de un río<sup>59</sup>.

La postura de estos autores aparece coincidente en cuanto atribuyen el carácter de público, y la necesidad de que así sea, especialmente en aquellos lagos que se encuentran vinculados a cauces de agua, sea que los alimentan o que los descargan. Y ello es lógico porque procurar lo contrario implicaría ignorar la existencia de una unidad física entre un lago y los cauces de agua que llegan o salen de él. El lago, en este sentido, no es más que un ensanchamiento del cauce de agua, y no puede ser regulado de manera estanca sin contradecir las leyes naturales.

<sup>56</sup> BIBILONI, Juan Antonio, *Anteproyecto de Reformas al Código Civil*, t. III, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1930, ps. 11 a 23.

<sup>57</sup> SPOTA, Alberto, *op. cit.*, p. 153 y ss.

<sup>58</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, *op. cit.*, p. 566. En sentido coincidente, DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. IV, Buenos Aires, Plus Ultra, 1969, p. 588.

<sup>59</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Derecho de Aguas: estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni (contribución al estudio de las reformas al Código Civil en materia de aguas)*, *op. cit.*, ps. 93 a 96.

El nuevo Código Civil y Comercial, aunque mantiene la publicidad de los lagos y lagunas navegables (art. 235), ha modificado el encuadre legal de los no navegables, atribuyéndolos de manera explícita al dominio privado del Estado cuando carecen de dueño (art. 236). Numerosos cuestionamientos genera esta solución.

Por una parte, la nueva disposición descarta la posibilidad de que se pueda considerar que las aguas de los lagos no navegables resulten públicas, lo que contradice no solo las doctrinas que interpretaban la legislación anterior en ese sentido, sino que además desconoce las recomendaciones que desde los distintos especialistas se efectuaban en aras de la publicidad de las aguas<sup>60</sup>, e incluso aquellas que desde la jurisprudencia del más alto Tribunal nacional se habían generado *obiter dictum* al momento de aplicar normas vigentes sobre aguas privadas<sup>61</sup>.

El cambio legislativo, en este sentido, no sólo ha desaprovechado la oportunidad de avanzar en la publicidad de las aguas, sino que incluso —al expedirse de manera explícita sobre la naturaleza privada de las aguas en cuestión— ha desbaratado las posibilidades interpretativas que propiciaban los expertos hacia el carácter público de los lagos no navegables.

Por otra parte, aunque asigna la referida propiedad al dominio privado del Estado, ello lo hace en la medida en que los mismos carezcan de dueños, con lo que el posicionamiento de la nueva legislación fija como regla la propiedad particular de los lagos no navegables, y por excepción, cuando no presenten dominio de un particular, pertenecerán al Estado como bien del dominio privado.

Aunque esta técnica legislativa permite superar las tensiones en aquellos casos en que preexistan títulos en favor de particulares, por reconocimiento judicial u otros orígenes, a la vez, reconoce también que el dominio estatal de los lagos no navegables —además de excepcional— es endeble, y puede ser enajenado por voluntad del Estado —mediante venta o donación—, o incluso por prescripción adquisitiva que practiquen los particulares interesados en adquirir tales bienes, siendo esto altamente probable en numerosos casos en que las aguas lacustres se encuentran aisladas de la comunidad en el interior de grandes estancias.

<sup>60</sup> CANO, Guillermo *et al.*, *Estudio sobre la línea de ribera*, t. I, Buenos Aires, CFI, 1988, p. IV-5, propiciaba reformar el régimen para también incluir explícitamente a los lagos no navegables en el dominio público; ello sin perjuicio de expresarse en favor de la tesis que los consideraba públicos (*op. cit.*, t. II, p. An. IV/63). BIBILONI, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 7 y ss., donde aclara que esta propuesta no implica una modificación del régimen vigente sino solo una aclaración frente a las malas interpretaciones doctrinales. SPOTA, Alberto, *op. cit.*, p. 162.

<sup>61</sup> CSJN, *in re* “Fisco Nacional v. Behr, Francisco José”, Fallos 140:92, al aplicar el art. 2637 del Código Civil, expresamente observó que esa norma vigente desconocía que el derecho moderno tiende a modificar el criterio tradicional, atribuyendo a la administración o a los Tribunales el derecho de reglamentar en el interés de la comunidad las aguas de las fuentes cuando estas presenten desde su origen el carácter de un curso de agua de cierta importancia, sometiéndola a un uso público.

Sin lugar a dudas el legislador en este punto no ha tenido conciencia de la trascendencia e implicancias de la solución que ha dado al tema. Allende<sup>62</sup> explica en este sentido la importancia de los lagos no navegables en nuestro país, advirtiendo que los mismos cubren una extensión no despreciable del territorio argentino, resaltando lagunas como la del Iberá —Corrientes— con más de 500 km<sup>2</sup>. Bibiloni, en igual sentido, luego de sostener que es “cosa de no creer” que se propicie el carácter privado de los lagos no navegables a pesar de la trascendencia del caudal que muchos de ellos presentan, observa que “si es bien privado del Estado, puede ser enajenado o prescrito, y pasa a poder de particulares, ese caudal sin precio, que se malbarata por imprevisión, por favoritismo, y o se destruye por impotencia de los dueños para constituir una explotación intensa, o se traduce en un monopolio de que son víctimas las poblaciones sacrificadas por una legislación imprevisora”<sup>63</sup>.

Por otra parte, la insistencia del legislador en atar la configuración del dominio público hidráulico al carácter navegable de los lagos, desoyendo la doctrina especializada, presenta un efecto contraproducente aún mayor a la luz de la moderna jurisprudencia en la materia. La navegabilidad, como concepto jurídico contemporáneo, es muy diverso en su alcance al sentido que la *communis opinio* le otorga.

En este sentido, aunque en parte la Corte Federal<sup>64</sup> ha entendido que la navegación a la que alude la norma civil y la flotación son conceptos equiparables —lo que ampliaría significativamente el alcance del art. 235 CCyC—, a la vez restringe su verdadero alcance al sostener que:

Que sentada la identidad referida, es necesario precisar que cuando la ley de fondo habla de un curso de agua navegable su expresión no debe ser confundida con la navegabilidad de hecho. Ello es así ya que los ríos no navegables legalmente pueden prestarse de hecho a cierta navegación, que más bien debe ser definida como “cuasi navegación”, ya que carece de los caracteres necesarios para que el respectivo curso de agua sea considerado legalmente navegable. El concepto legal de la navegabilidad de un curso de agua está subordinado a la índole del tráfico que allí se realice, ya que para serlo debe servir como medio de transporte continuo, para el transporte público de personas y cosas, debe responder a un interés general y a una idea económica del tráfico

<sup>62</sup> ALLENDE, Guillermo L., *op. cit.*, p. 315.

<sup>63</sup> BIBILONI, Juan Antonio, *op. cit.*, p. 11.

<sup>64</sup> CSJN, *in re* “Las Mañanitas SA v. Neuquén, Provincia de s/acción declarativa de certeza”, sentencia del 4/8/2009, Fallos 332:1704, donde expresó que “se aplica no solo a los cursos navegables, propiamente dichos, sino también respecto a los flotables, tanto más cuando la ley no hace distinción alguna al respecto. La flotación está incluida en el concepto legal de navegación (es una especie dentro del género); cuando la ley habla de cursos de agua navegables, debe entenderse que también se refiere a los flotables. [...] Es por ello que ambos conceptos se rigen por iguales principios; su rasgo característico esencial es el mismo; solo que los cursos flotables, dado su menor profundidad, son utilizados mediante almadías, balsas, jangadas y lanchones de escaso calado”. En concordancia: SPOTA, Alberto, *op. cit.*, p. 48.

fluvial organizado. Es por ello que la posibilidad accidental y transitoria de conducir una embarcación por un curso de agua, no lo convierte por ese solo hecho en legalmente navegable.

Esta interpretación judicial, que no surge de modo alguno del texto legal, juega notoriamente en contra del alcance del dominio público lacustre que ha contemplado el nuevo Código, e incluso se presenta contraria a la explicación que en el tema realiza la más destacada doctrina<sup>65</sup>. A ello sumamos que el interés general que justifica la publicidad de los lagos, actualmente, tiene menos que ver con la navegación —de gran trascendencia en la época en que se dictó el derecho decimonónico—, y más con otras variables como el interés ambiental o el interés colectivo en el buen uso social de un recurso cada vez más estratégico<sup>66</sup>.

Es una incógnita si, en casos futuros, estos conceptos serán mantenidos o replanteados por la jurisdicción. Pero hoy por hoy, su consideración pone en jaque gran parte del dominio público lacustre.

### CONCLUSIONES

Más allá de las consideraciones sobre la inclusión de disposiciones atributivas de dominios públicos o privados en una norma de naturaleza civil, destaca en el nuevo Código Civil y Comercial el desarrollo de preceptos que alteran, en mayor o menor medida, la configuración previa que presentaba el dominio hidráulico.

Centrándonos en las aguas privadas, el análisis del nuevo régimen, sin embargo, aunque presenta ciertos aspectos positivos, puede considerarse tanto una oportunidad perdida para conducir la legislación argentina hacia las tendencias y necesidades actuales en la materia, como también un retroceso en tal sentido.

Es una oportunidad perdida, ya que no se ha profundizado con respecto a los avances que la ley 17.711 practicó en 1968 al modificar el inciso tercero del art. 2340 CC, manteniéndose, en cambio, un sistema mixto donde las propiedades civiles sobre los recursos hídricos son contempladas a la par de las públicas. Unificar la condición jurídica de la totalidad de las aguas dentro del dominio público, hubiera respondido a las exigencias sociales contemporáneas sobre un recurso escaso y de alta incidencia social, como es el agua.

Pero además —en cierto modo— el nuevo texto legal importa un retroceso, en cuanto precisa regulaciones alejándose del régimen publicista. Los lagos no navegables se consolidan en un dominio privado que antes era discutido, y que incluso en la actualidad se acrecienta a la luz de las interpretaciones juris-

<sup>65</sup> MARIENHOFF, Miguel, *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, op. cit., ps. 568/569. SPOTA, Alberto, op. cit., ps. 49 y153.

<sup>66</sup> MARTIN, Liber, *Derecho de Aguas. Estudio sobre el dominio y uso de las aguas públicas*, op. cit., p. 90. PINTO, Mauricio, “El interés público como fundamento de la concesión de aguas y la caducidad por no uso”, LL Gran Cuyo, t. 2013, p. 608.

prudenciales sobre el alcance jurídico del concepto de navegabilidad; las aguas pluviales han quedado en una situación de anomia cuando precipitan en terrenos particulares, pero cuando caen o corren en terrenos públicos pueden ser apropiadas por particulares, a pesar de que su situación física debiera conducir a su inalienabilidad por constituir un caso de *parsfundi* en relación con esos terrenos públicos, e incluso a pesar de que las aguas que corren integran expresamente el dominio público hidráulico.

Por otra parte, la nueva regulación ha precisado ciertos aspectos en torno al régimen de las fuentes, clarificando nociones que eran discutidas interpretativamente, consolidando así en el discurso legal conceptos propiciados por la doctrina más publicista. Aunque este aspecto puede ser valorado, lamentablemente la omisión de la regulación sobre vertientes, sea como régimen permanente o transitorio, conlleva dificultades de aplicación que podrían haberse evitado.

### BIBLIOGRAFÍA

- ALLENDE, Guillermo L., *Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas*, Buenos Aires, Eudeba, 1971.
- BIBILONI, Juan Antonio, *Anteproyecto de Reformas al Código Civil*, t. III, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1930.
- BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, t. III, Buenos Aires, Depalma, 1956.
- BRIDGE, Alfredo, *Estudios de Derechos de Aguas*, t. I, CFI, San Juan, 1970.
- CANO, Guillermo, “El derecho de aguas en el anteproyecto de Código Civil”, LL, t. 7, sec. Doct.
- “La materia impositiva ante el Derecho Público Provincial”, *El Siglo Ilustrado*, Mendoza, 1935.
- *Reseña crítica de la legislación y administración de aguas de Mendoza*, Mendoza, 1967.
- *Estudio sobre línea de ribera*, t. I, Buenos Aires, CFI, 1988.
- “Repercusión económica de la jurisprudencia en materia de aguas de fuente o manantiales”, JA 1944-II.
- CASTELLO, Manuel F., *Legislación de Aguas*, Universidad Nacional de Buenos Aires, 1921.
- DARNACULLETA I GARDELLA, Mercé, *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural*, Barcelona, Cedeca, 2000.
- DELGADO PIQUERAS, Francisco, *Derecho de aguas y medio ambiente*, Madrid, Tecnos, 1992.
- DIEZ, Manuel María, *Derecho Administrativo*, t. IV, Buenos Aires, Plus Ultra, 1969.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, *La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

- LÓPEZ, Joaquín, *Código de Aguas de la Provincia de Córdoba*, *op.cit.*, arts. 151 y 153 y sus notas.
- “Registro de Aguas”, en *Estudios de Derecho Civil*, Buenos Aires, Universidad, 1980.
- MACHADO, José Olegario, *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, t. VII, Lajouane, Buenos Aires, 1900.
- MARIENHOFF, Miguel, *Derecho de Aguas: estudio crítico y de legislación comparada del anteproyecto del doctor Bibiloni (contribución al estudio de las reformas al Código Civil en materia de aguas)*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1936.
- *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires, Valerio Abeledo, 1939.
- “Acerca de la reforma del Código Civil en materia de aguas”, JA, Sección Doctrina, Serien Contemporánea, 1974.
- MARTIN, Liber, *Derecho de Aguas. Estudio sobre el dominio y uso de las aguas públicas*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2010.
- MOISSET DE ESPANES, Luis y LÓPEZ, Joaquín, *Derecho de Aguas. Régimen transitorio y normas de conflicto*, Universidad Nacional de Córdoba, 1980.
- PIGRETTI, Eduardo, *Política legal de los recursos naturales*, Buenos Aires, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, 1975.
- PINTO, Mauricio, *Los dominios originario e indígena. Su reconstrucción histórico-dogmática en el régimen jurídico argentino*, Mendoza, Universidad del Aconcagua, 2011.
- “Estrategias de adaptación al cambio climático desde la política y legislación de aguas en Argentina”, en *Actas de Derecho de Aguas*, nro. 2 [Año 2012], Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013.
- “El interés público como fundamento de la concesión de aguas y la caducidad por no uso”, LL Gran Cuyo, t. 2013.
- PINTO, Mauricio (coord.); ANDINO, Mónica y ROGERO, Gladys, *Ley de Aguas de 1884. Comentada y concordada*, Mendoza, Irrigación edita, 2006.
- PINTO, Mauricio y MARTIN, Liber, “El régimen de las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial y su compatibilidad para la tutela ambiental”, *Revista de Derecho Ambiental*, nro. 43, julio-setiembre 2015.
- PULIDO BOSCH, Antonio, *Nociones de hidrogeología para ambientólogos*, Universidad de Almería, 2014.
- SALOMONI, Jorge L., “El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática”, *Actualidad en el Derecho Público*, nro. 14, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000.
- SILVEYRA, Carlos, *Derechos del Gobierno Nacional sobre las riberas de los ríos navegables*, Buenos Aires, Imprenta Europea, 1903.
- SPOTA, Alberto, *Tratado de Derecho de Aguas*, t. II, Buenos Aires, Jesús Méndez, 1941.

