


Las formas jurídicas de las fuentes y reservas de agua en los Andes argentinos

Legal forms of water sources and reservoirs in the Argentine Andes

 <https://doi.org/10.48162/rev.40.009>

Mauricio Pinto  orcid.org/0000-0001-8281-5286

Facultad de Ciencias Agrarias, Universidad Nacional de Cuyo
 ticio2006@gmail.com

Liber Martin

Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo
Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas
 libermartin@hotmail.com

RESUMEN:

El artículo realiza un análisis crítico del marco jurídico de las fuentes y reservas de agua en los Andes a partir de la modificación del Código Civil y Comercial (2015), precisando la titularidad dominial del recurso hídrico en las distintas etapas de su ciclo, que incluyen a su vez la humedad atmosférica, las precipitaciones nievales y pluviales, la acumulación nival y glacial, el deshielo, el escurrimiento superficial, la acumulación hídrica en lagos y lagunas, la humedad del suelo, la percolación y formación de acuíferos, la generación de surgentes que escurren o se empantan, y el embalsamiento y encauzamiento antrópico del agua. Para concluir, se sintetizan avances y retrocesos de una reforma que no alcanzó para eliminar principios obsoletos ni mejorar todas las incoherencias existentes.

PALABRAS CLAVE: Dominio Hidráulico, Derecho de Aguas, Aguas Atmosféricas, Aguas Corrientes, Lagos, Glaciares

ABSTRACT:

The article makes a critical analysis of the legal framework of water sources and reserves in the Andes. Based on the reform of the Civil and Commercial Code (2015), it specifies the ownership of the water resource in the different stages of its cycle, including atmospheric humidity, snow and rain precipitation, snow and glacial accumulation, snowmelt, surface runoff, water accumulation in lakes and ponds, soil moisture, percolation and aquifers, springs that run off or become bogged down, and the reservoirs and water derivations. To conclude, it synthesizes the advances and setbacks of a reform, that was not enough to set aside obsolete principles or overcome all pre-existing inconsistencies.

KEYWORDS: Public Waters, Water Law, Atmospheric Waters, Running Waters, Lakes, Glaciers

INTRODUCCIÓN

El agua en la Cordillera de los Andes se presenta mediante una heterogeneidad de situaciones físicas que abarcan distintos momentos de su circulación por la hidrósfera. La humedad atmosférica, las precipitaciones núbicas y pluviales, la acumulación núbica y glacial, el deshielo, el escurrimiento superficial, la acumulación hídrica en lagos y lagunas, la humedad del suelo, la percolación y formación de acuíferos, la generación de surgentes que escurren o se empañan, el embalsamiento y encauzamiento antrópico del agua, constituyen todos fenómenos existentes en la zona andina; y cada uno presenta un régimen jurídico que le brinda un alcance particular frente a las actividades humanas.

Es generalmente aceptado que desde sus orígenes el régimen civil argentino que inició con el Código Civil (CC) –sancionado en 1869 por Ley 340– impactó en la vida económica y social argentina con notorios efectos en materias que excedían la propiamente civil. Pigretti (1975) explica en este sentido que debido a la ausencia de avances en el régimen de los recursos naturales, el Código Civil se convirtió en uno de los más importantes reguladores del aprovechamiento de la naturaleza, a pesar de que no resultaba específico en esa materia.

Sus regulaciones sobre aguas fueron la base del análisis de juristas que estaban formados bajo un marcado pensamiento civilista, que influyeron, además, en el contenido de diversas normas locales. Por ello, aun cuando se ha observado la

inconsistencia de las normas civiles en materia hídrica (Pinto y Martín, 2015), es indudable que presenta una importancia fáctica frente a un régimen constitucional que ha sido omiso en el tema (Cano, 1988), pero también como norma federal aplicable por analogía al ámbito provincial (Salomoni, 2000) y por ser objeto del reenvío que realizan diversas leyes de aguas provinciales (Pinto y Martín, 2018).

En 2015, la Ley 26994 aprobó el actual Código Comercial y Civil (CCyC) de la República Argentina. La calidad de bienes públicos o privados, y las consiguientes variables que se generan en torno a los recursos hídricos dependen en gran medida de dicho estatuto legal y su interacción con otras normas conexas, resultando de utilidad analizar la situación jurídica que frente al cambio normativo presentan las fuentes y reservas hídricas que caracterizan a la región andina.

MATERIALES Y METODOS

A partir de un diseño metodológico observacional de naturaleza no experimental implementado mediante el uso de estrategias cualitativas, se ha concretado el estudio y correlación de las regulaciones jurídicas sobre dominio de fuentes y reservas hídricas existentes en Argentina, con particular atención a los fenómenos hidrológicos propios de la Cordillera de los Andes.

El enfoque realizado se basa en un análisis dogmático y exegético de las regulaciones contenidas en el Código Civil y Comercial vigente, así como de las propias del anterior Código Civil que rigió con anterioridad. Dicha labor ha procurado establecer correlaciones que determinen similitudes y diferencias entre el régimen actual y sus antecedentes legales, dándose lugar a partir de los resultados a una discusión crítica sobre la significancia y alcance del actual régimen.

DISCUSION Y RESULTADOS

Los fenómenos hidrológicos andinos y su regulación dominial

El tradicional régimen civil argentino sobre aguas se centra en la materia dominial, estableciendo que determinados recursos pertenecen al dominio público, y otros al dominio privado (Pinto y Martín, 2016).

Esta distinción adquiere importancia en cuanto la regulación del dominio público implica un destacado régimen de protección ambiental (Darnaculleta i Gardella, 2000) que se encuentra fortificado con diversas instituciones ajenas a la demanio propiamente dicha. En gran parte, porque toda actividad que implique el uso o afectación de aguas públicas requiere la previa autorización y contralor estatal, lo que facilita la imposición de condiciones y la desaprobación de actividades inconvenientes (Pinto y Andino, 2019)

El dominio público fue establecido inicialmente en el art. 2340 CC, donde se dispuso los bienes que revestían tal naturaleza, pudiendo ser tal dominio marítimo, fluvial, lacustre y artificial. Este régimen del dominio público hidráulico ha continuado en el actual art. 235 del CCyC.

También el Código de 1869 reguló ciertas aguas en propiedad del dueño del predio en el que se encontraban, lo que implica que las mismas presentan el carácter de *pars fundi*. Básicamente, resultaban privadas las aguas de vertiente que nacían y morían en el mismo predio (art. 2350 CC), las de lluvia que caían en fundos privados (art. 2635 CC) y las fuentes (surgentes) que no formaban cauce natural (art. 2637 CC). El actual Código, ha contemplado las aguas privadas en los arts. 236 -lagos no navegables-, 239 -aguas de fuentes- y 1947 -aguas pluviales apropiadas mientras corre por lugares públicos-.

Esta regulación mixta, de aguas públicas y privadas, contradice la lógica sistémica que impone el ciclo hidrológico y la unidad de cuenca, lógica que en materia jurídica debiera manifestarse en lo que Vergara Blanco (1997) denomina el principio de unidad de la corriente, pudiendo sostenerse que el reciente cambio legislativo ha sido una oportunidad perdida para avanzar hacia tales conceptos (Pinto y Martin, 2016).

En los puntos siguientes se analizará el régimen dominial propio de los fenómenos hidrológicos correspondientes a la región andina, en particular las aguas en la etapa atmosférica del ciclo hidrológico, en su precipitación, posterior deshielo y escurrimiento, su enlagueamiento, su percolación y consiguiente surgencia o extracción artificial, y su embalsamiento y conducción en canales artificiales.

Las aguas atmosféricas

La humedad atmosférica es una fuente alternativa de agua en las zonas áridas y semiáridas que puede complementar a otras fuentes tradicionales (Bautista-Olivas et al, 2011), existiendo experiencias de uso de este recurso en diversos países, incluyendo Chile, Perú, Ecuador, República Dominicana, Sudáfrica, Nepal, Canarias, Cabo Verde, Namibia, México (Cereceda, 2000).

Hasta el dictado del actual Código Civil y Comercial, ninguna norma refería en forma explícita al dominio de las aguas atmosféricas, que conforman aquellas que se encuentran en el momento anterior a la precipitación pluvial. Estas aguas solo eran objeto de la regulación administrativa de actividades que alteraban el clima (arts. 90/92 Ley 12257 de Buenos Aires), aunque en algunos casos se avanzaba hacia los usos del agua (art. 158 del Código de Aguas de Córdoba); también existían regulaciones sobre siembra de nubes con fines de prevención de contingencias climáticas (Ley 6638 de Mendoza).

Dentro de la doctrina, Marienhoff (1976) analizó oportunamente el dominio de las nubes de manera específica, señalando que tales aguas atmosféricas resultaban cosas sin dueño (*res nullius*). Otros autores reconocieron en este tema la anomia del Código de 1869, y trataron de justificar el carácter público de tales aguas recurriendo a la analogía del mar territorial y el espacio aéreo (Diez, 1969; Fiorini, 1976); e incluso interpretando el dominio público del espacio aéreo por efecto de la normativa sobre aeronavegación (Pritz, 1998). También se ha sostenido que las aguas atmosféricas fueron transferidas al dominio público en virtud de la Ley 17711, que considera pública toda agua con aptitud de satisfacer usos de interés general- (Moisset de Espanés y López, 1979). Pero en todos los casos, esas opiniones autorales no encontraban un reflejo explícito en normas o pronunciamientos judiciales.

El inc. e) del art. 235 del actual Código Civil incluye al espacio aéreo dentro de los bienes del dominio público, lo que evidentemente alcanza a las aguas que resultan parte de dicho espacio. En consecuencia, sin necesidad de recurrir a forzamientos interpretativos, hoy en día no existen dudas de la publicidad de las aguas atmosféricas.

Las precipitaciones pluviales o níveas

Cuando las aguas atmosféricas precipitan, sea en forma nívea o pluvial, el régimen civil confiere distinta naturaleza dominial según el lugar donde caen.

El Código Civil de 1869 las consideraba privadas cuando cayesen o entrasen en terrenos privados (art. 2635); estableciendo que cuando caían o corrían por lugares públicos todos podían reunirlos, incluso desviando su curso natural (art. 2636).

Bajo este régimen los autores habían expuesto diversas interpretaciones. Spota (1941) consideraba como cosa sin dueño (*res nullius*) a las aguas que cayesen o entrasen en dominio privado, sosteniendo que se necesitaba de un acto positivo del propietario (como obras u artes de apropiación) para que el mismo adquiriera el dominio; por el contrario si permitía que las aguas escurriesen hacia un inmueble vecino, las mismas no eran objeto de apropiación. Marienhoff (1939) en cambio, postulaba que las aguas pertenecían por accesión al titular del predio, no siendo necesario ninguna acción para hacer nacer su dominio.

Es decir, siguiendo la tesis de Marienhoff, las lluvias o nevadas que caían sobre un predio privado pertenecían a su dueño por el solo fenómeno natural de la precipitación; mientras que en la opinión de Spota dicha propiedad se generaba solo si el dueño realizaba un acto positivo de apropiación -como sería por ejemplo, su represamiento, o incluso la generación de infraestructura que permite aprovechar deportivamente la nieve acumulada-.

En relación a las precipitaciones en lugares de dominio público, de acuerdo a Spota (1941) las mismas también eran *res nullius* apropiables; Marienhoff (1939) argumentaba que las mismas eran públicas por accesión, y en consecuencia la norma solo autorizaba su uso, correspondiendo a las provincias regular el mismo en forma independiente del dominio fijado por los preceptos civiles.

El texto legal actualmente vigente ha adoptado los conceptos de Spota, estableciendo que las aguas que cayesen en lugares público son apropiables por los particulares como cosas muebles no registrables sin dueño (art. 1947 CCyC). Esta disposición es cuestionable en cuanto resulta enmarañado asignar a las aguas una entidad totalmente independiente del suelo en el que se encuentran, especialmente considerando que el mismo Código ha tomado como concepto de ríos

y lagos que los mismos integran tanto el agua como el lecho que la contiene, y con ello es una antinomia sostener que las aguas que se encuentren o escurran en lugares públicos no adquieren tal condición (Pinto y Martín, 2016).

En cambio, el actual Código no regula las aguas pluviales caídas en dominio privado, y las deja en un estado anómico que solo se supera atendiendo el régimen general de adquisición dominial. En este sentido, en la medida en que no forman cauce natural, las precipitaciones que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo adquieren por accesión la misma naturaleza que este (art. 226 CCyC); y en consecuencia, corresponden al dueño del suelo las precipitaciones níveas mientras no deshielen y escurran, o las aguas precipitadas no se infiltren.

Los escurrimientos fluviales y glaciales

Una parte de las precipitaciones que se producen en los Andes devienen en la generación de escurrimientos, es decir, forman corrientes fluviales perennes, intermitentes o efímeras que se deslizan naturalmente por el terreno y forman los cauces de los ríos (Maderrey Rascón, 2005).

En términos generales, los cursos de agua han sido regulados por la normativa civil como bienes del dominio público, abarcando tanto al agua como al cauce natural que los contienen, y por ello, en la medida en que las agua se encaucen, son públicas. En el Código de 1869, los arts. 2340 inc. 4 y 2577 definían la extensión del cauce a partir del llamado *plenisimum flumen*, es decir, en base a las más altas aguas en su estado normal.

Este régimen fue parcialmente alterado por la Ley 17711, que solo modificó el art. 2340 y se refiere a “las crecidas medias ordinarias” como el límite de las riberas internas de los ríos, generándose así conflictos interpretativos sobre la extensión del dominio sobre los cauces; aunque un análisis integral de la norma permite concluir que la aparente antinomia entre el nuevo texto y el subsistente texto del art. 2577 no fue tal, manteniéndose siempre vigente el *plenisimum flumen* como límite físico de los cauces (López, 1974).

Superando esos textos legales discrepantes, el nuevo Código Civil y Comercial ha eliminado la referida discordancia terminológica. Actualmente los arts. 235 y 1960 adoptan claramente el criterio del *plenisimum flumen* al disponer la línea de ribera en

base al promedio de las máximas crecidas ordinarias. La única variación, en todo caso, es que se ha inducido la técnica de determinación de esas crecidas, indicando que debe basarse en un promedio de las mismas.

El art. 235 CCyC enumera como bienes del dominio público a los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose en estas últimas a las aguas subterráneas.

Dejando de lado las consideraciones que hacen a lagos, lagunas y aguas subterráneas –que se analizaran infra- se resalta que la nueva normatividad no ha alterado aspectos sustanciales del dominio público fluvial. El detalle de fenómenos hidrológicos que realiza –ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, glaciares y ambiente periglacial- es meramente enunciativo, especificando como ejemplo algunos casos de los diversos cursos de agua que en general siempre fueron considerados dentro del dominio público –como los glaciares-.

Sobre ese último fenómeno –glaciares- Marienhoff (1939) resaltó que “los ventisqueros o glaciares no son otra cosa que cursos de agua, en los que esta aparece congelada en forma característica. El ventisquero tiene los mismos elementos constitutivos de cualquier otro curso de agua: lecho y agua (está congelada); por otra parte, el ventisquero, al igual que los ríos, arroyos, etc., tiene su “curso” o corriente, aunque caracterizado por su lentitud”.

Aunque el nuevo texto legal innova en un aspecto de suma trascendencia, al incorporar el “ambiente periglacial” dentro del dominio público, con seguridad por incidencia de la Ley 26639, de presupuestos mínimos de protección ambiental de glaciares y ambientes periglacial. Debe referirse que si bien dicha ley introduce un régimen tutelar que incorpora los ambientes periglaciares, solamente a los glaciares como bienes públicos, pero no así al ambiente periglacial (Martín y Pinto, 2014).

De este modo, la reciente regulación ha ampliado notoriamente el ámbito territorial del dominio público hidráulico, ya que en los términos de la legislación ambiental el ambiente periglacial implica “en la alta montaña, al área con suelos congelados que

actúa como regulador del recurso hídrico. En la media y baja montaña al área que funciona como regulador de recursos hídricos con suelos saturados en hielo”.

El resultado de este cambio normativo es que extensas regiones cordilleranas que indudablemente eran de propiedad privada, y en las que la humedad del suelo se congela en los términos de la Ley 26639, están siendo consideradas como de dominio público, generando una tensión entre las propiedades preexistentes amparadas por el art. 17 CN y la novedosa pretensión normativa.

Otro caso de aguas fluviales que deben ser precisadas son las fuentes y vertientes. El Código de Vélez contempló como aguas privadas 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).

Si bien en la doctrina diversos autores han entremezclado los conceptos de fuentes y vertientes como regulatorios del mismo fenómeno (Marienhoff, 1939; Allende, 1971), otros autores como Cano (1944), Bridge (1970) o López (1973) los han diferenciado claramente, tanto en base a un análisis normativo como también a partir de los antecedentes seguidos por el Codificador.

En este tema, Spota (1941) diferencia entre fuentes y vertientes en base a un amplio y substancial examen gramatical y normativo, que incluye las fuentes citadas por el redactor del Código de 1896 en relación a los arts. 2637 y 2350 CC, afirmando que dichos preceptos no referían a los mismos fenómenos hidrológicos: el art. 2350 CC regulaba aguas originadas en precipitaciones nievales o pluviales que vertían – descendían- desde puntos más elevados del terreno; mientras que el art. 2637 CC trataba las aguas que brotaban o surgían en terrenos particulares –es decir, que alumbran al exterior de manera natural luego de haber tenido un trayecto subterráneo-.

Ambas posturas han sido acogidas por la jurisprudencia. La tesis que distingue ambos fenómenos fue sostenida por la Suprema Corte de Justicia Mendoza (1952). La posición que confunde ambos conceptos fue seguida por la Corte de Jujuy; sin embargo, al intervenir luego en el caso la Corte Nacional, aunque el voto de la mayoría de este Tribunal rechazó formalmente considerar el conflicto, el juez Fayt

en forma disidente sostuvo que no puede confundirse a las fuentes y las vertientes ya que son dos conceptos legales diferenciables (CSJN, 1986).

De este modo, mientras que la tesis monista identifica todos los casos en uno; en la tesis dualista el fenómeno regulado como fuente se refiere a aguas que surgen del suelo -en vegas y manantiales andinos-, mientras que el fenómeno de las vertientes implica aguas que escurren en las pendientes andinas provenientes de lluvias o deshielos.

El Código sancionado en 2015 ha innovado en el tema, ya que ha prescindido de toda regulación sobre las vertientes: en el régimen civil actual no hay ninguna norma que exima del principio de dominio público a las vertientes que nacen y mueren en el mismo fundo de aquellas aguas que corren en cauces naturales.

Este cambio normativo, sin embargo, no impide que aquellos que ostentaban un derecho de propiedad anterior al cambio legislativo puedan invocar que en función del art. 17 CN no puede producirse la publicación del mismo sin que se satisfaga la exigencia de la previa indemnización. Debate que coincide con el ya producido en torno a las aguas subterráneas y la Ley 17711, según se detalla infra.

Por el contrario, los cambios que se produzcan con posterioridad a la vigencia de la nueva norma, por ejemplo mediante la unificación de heredades vecinas de modo que la vertiente comienza a nacer y morir dentro de una misma propiedad, quedan englobados en el régimen vigente al momento de su producción, y por ello no alteran la publicidad que rige como principio (Pinto y Martín, 2016).

En relación a las aguas provenientes de fuente, el artículo 239 CCyC establece:

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.

Si bien este texto resulta similar al régimen anterior, en su redacción pueden observarse significativas particularizaciones que profundizan el régimen público; en esta línea, se ha excluido la potestad de los propietarios de cambiar el curso o dirección natural del recurso, exponiéndose claramente que la fuente es privada solo si no forma cauce natural.

Los lagos y lagunas

El Código de 1869 establecía a los lagos navegables por buques de más de 100 toneladas y sus márgenes como bienes de dominio público -art. 2340-. A partir de la Ley 17711 se eliminó la magnitud de los buques, permitiendo que el lago fuera navegable sin interesar el tonelaje de la embarcación.

Al respecto, la jurisprudencia ha dispuesto que la navegación como concepto se aplica tanto a los cursos propiamente navegables, como también a aquellos de menor profundidad que resultan flotables por ser utilizados mediante balsas, almadías, lanchones y jangadas de calado escaso. Sin embargo, aunque también ha subordinado dicha noción a las características del tráfico que se presente, ya que para ser navegable tiene que servir como medio de transporte público continuo basado en un interés general, conformando así un tráfico fluvial organizado desde la perspectiva económica (CSJN, 2009); criterio que limita severamente los casos en los que los lagos resultan navegables y por consiguiente, públicos.

Con respecto a los lagos no navegables, aunque un vetusto antecedente judicial sostenía la naturaleza privada de los mismos en beneficio del titular del predio ribereño (CSJN, 1923), la inexistencia de un régimen legal específico daba lugar a diversas posturas sobre el dominio público de los mismos, destacándose los argumentos de Spota (1941) y Bibiloni (1930) que en base al concepto de unidad del fenómeno hidrológico sostenían que cuando los lagos resultaban del ensanchamiento de un río que los alimentaba o desaguaba presentaban la misma naturaleza que dicho curso.

El texto del nuevo Código Civil y Comercial ha mantenido sin cambios el régimen de los lagos navegables (art. 235 inc. c), pero en el art. 236 ha innovado en relación a los lagos no navegables, incluyéndolos dentro de los bienes privados del Estado en aquellos supuestos en que carezcan de dueños.

Este régimen presenta numerosas inconsistencias. Por una parte, no puede sostenerse lógicamente que un lago no navegable carezca de dueño, siendo que según el anterior régimen era discutible si resultaban del dominio privado o del dominio público, pero de ningún modo podían ser tenidos como *res nullius*. El efecto de esta situación es que el nuevo texto es un abstracto sin aplicación (Pinto y Martín, 2015) en la medida en que al no existir lagos sin dueños que por imperio de la nueva norma puedan ser incluidos en el dominio privado estatal, el nuevo precepto carece de todo sentido con excepción de aquellos lagos que ya fueran desde el régimen anterior bienes privados del Estado.

Sobre esto último, incluso en la hipótesis de que en el régimen anterior los lagos no navegables fueran privados, el carácter de *pars fundi* que la doctrina y jurisprudencia (CSJN, 1923) les otorgaba para sostener tal tesis impide ahora que los mismos tengan un régimen autónomo al que corresponde a los inmuebles que carecen de dueño, lo que hace redundante el régimen de los lagos y los inmuebles que contiene el mismo art. 236.

Además de ello, este caso muestra la involución del nuevo Código con respecto a la tendencia actual que postula la publicidad genérica de las aguas, colocando a estos cuerpos de agua en una situación jurídica endeble, en la medida en que los bienes privados del Estado pueden ser enajenados por venta, donación e incluso prescripción adquisitiva en favor de particulares, siendo esto último muy factible en lagos andinos que se encuentran aislados en el interior de grandes estancias (Pinto y Martín, 2016).

Posiblemente, la solución a este retroceso y debilidad en la titularidad estatal resulte la afectación de los lagos no navegables de propiedad estatal al dominio público mediante el dictado de leyes provinciales, como es la experiencia analizada infra en materia de aguas subterráneas. Mendoza ha avanzado en este sentido mediante la Ley 9190.

Las aguas subterráneas

El original Código de 1869 omitía toda referencia a las aguas subterráneas, lo que había llevado a la jurisprudencia a sostener que las mismas revestían el carácter de *pars fundi*, es decir, que estaban alcanzadas por la propiedad privada del dueño del predio superficial (CSJN, 1924).

En 1968, la Ley 17711 modificó el art. 2340 del Código Civil, e incluyó en los bienes públicos a “toda otra agua que tenga o adquiriera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas”. Dicha modificación generó diversos debates en relación al efecto del cambio normativo en relación a aquellas aguas que eran privadas bajo las leyes anteriores, como en particular ocurría con las aguas subterráneas.

Algunos autores sostuvieron que el carácter público de las aguas subterráneas había sido impuesto por la mera vigencia de la nueva norma, con lo que su dictado materializaba la publicación de tales recursos (Bridge y Pina, 1977). Sin embargo, importantes juristas sostuvieron que tal interpretación daba lugar a la inconstitucionalidad del régimen, ya que se había omitido la expropiación previa y la indemnización que impone el art. 17 CN para traspasar bienes privados al dominio público (Marienhoff, 1970).

Un tercer sector autoral, procurando una visión superadora del conflicto constitucional, sostuvo que la nueva norma debía ser considerada una declaración genérica de utilidad pública, lo que requería que la misma fuera especificada mediante normas provinciales que determinaran en concreto el bien afectado al dominio público y satisficieran el requisito indemnizatorio del art. 17 CN (Moisset de Espanés y López, 1979). En esta tesis, la norma civil carecía de eficacia si no era complementada por las normas locales.

Siguiendo esta doctrina, las Provincias donde existían importantes usos de aguas subterráneas buscaron brindar seguridad jurídica y eficacia a la publicidad de las aguas subterráneas mediante su afectación expresa al dominio público, contemplando el correspondiente mecanismo indemnizatorio para aquellos que los requirieran (Ley 4035 de Mendoza).

El actual Código, no ha innovado en este tópico.

Los embalses y cauces artificiales

En forma coincidente, el art. 2340 inc. 7 CC y el art. 235 inc. f) CCyC incluyen dentro del dominio público a los canales, puentes y cualquier otra obra construida para utilidad o comodidad común. De este modo, el actual régimen no altera de ningún modo el carácter público de las obras hidráulicas como diques, azudes, canales, u otras que beneficien a una colectividad de usuarios.

Limitaciones dominiales vinculadas a las aguas

En forma tradicional el régimen civil ha contemplado las limitaciones impuestas a la propiedad privada con fundamento en el interés privado; las limitaciones que se imponen por interés público corresponden a preceptos del derecho administrativo.

Dichas limitaciones pueden implicar tanto restricciones al normal ejercicio de la propiedad para que se ejerza en forma compatible con el adecuado uso del agua, o servidumbres que desmembrando la exclusividad de la propiedad permitan a terceros acceder materialmente al uso del agua (Pinto, 2004).

Al regular restricciones basadas en relaciones vecinales el nuevo Código Civil y Comercial se ha dispuesto que la aplicación subsidiaria en relación a las restricciones establecidas por el derecho administrativo (art. 1970). Esta subordinación de la norma civil a la administrativa es adecuada en la medida en que las relaciones comunitarias resultan más acordes a la esfera social –y por consiguiente, al interés público- que a las esferas personal e individual que se relaciona a la ley civil; junto a ello, se resalta que gran parte de las regulaciones civiles suelen coincidir con las fijadas en las leyes administrativas, siendo eficaz el sistema de subsidiariedad estipulado en beneficio de las normas de interés público.

Como restricciones previstas en la nueva ley civil, el art. 1975 CCyC establece que los dueños de inmuebles ribereños no pueden realizar obras que alteren el curso natural de las aguas o modifiquen su dirección o velocidad, a menos que sea meramente defensiva. Si algún ribereño resulta perjudicado por trabajos de otros ribereños o de un tercero, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior puede remover el obstáculo, construir o reparar obras defensivas, y reclamar al causante tanto el valor de los gastos como la indemnización de los daños. Si el obstáculo se origina en un

caso fortuito, la norma estipula que el Estado debe restablecer las aguas a su estado anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo.

Esta regulación coincide en parte con aspectos que antes contemplaba el Código de 1869 en los arts. 2642 a 2646; sin embargo, el nuevo texto legal se limita solo a las obras defensivas.

Desde una perspectiva crítica, puede observarse que la actual norma cae en un exceso competencial, debido a que las leyes civiles no pueden autorizar modificaciones al dominio público sin entrometerse con contenidos que son exclusivos del derecho público que deben legislar las provincias.

Por otra parte, el precepto comentado asigna responsabilidad al Estado por obstáculos generados por motivos fortuitos, aspecto que debe limitarse en función del art. 2 inc. a) de la Ley 26944, de Responsabilidad del Estado, según el cual la responsabilidad estatal que se deriven de casos fortuitos o fuerza mayor queda eximida salvo que sea asumida expresamente por ley especial. Sin embargo, en el esquema de esa norma la responsabilidad estatal es propia del derecho público, por lo que las Provincias no pueden ser objeto de responsabilidades dispuestas en el régimen civil sancionado por el Congreso.

También resalta el art. 1976 CCyC que contempla la recepción de agua, arena y piedras cuando se desplazan desde otro fundo si no han sido degradadas ni hubo interferencia del hombre en su desplazamiento, pudiendo derivarse también el agua extraída artificialmente, la arena o las piedras que arrastra el agua cuando no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben. Este precepto contiene un cambio sustancial con el antiguo régimen (arts. 2632, 2633, 2648 y 2650 CC), que prohibía hacer correr aguas generadas artificialmente sobre el predio vecino, e imponía como obligación que los desagües sean a la vía pública o indemnizar los perjuicios cuando ello no sea viable; y además desarrolla ciertos principios que estaban presentes en diversos preceptos del Código decimonónico (los arts. 2634, 2638, 2647, 2649, 2651, 2652 y 2653), aunque con una simplificación extrema que neutraliza la previsión casuística de importantes supuestos más específicos.

El art. 1974 CCyC regula el camino de sirga, antigua restricción contenida en los arts. 2639/2640 del Código de 1869. De acuerdo a esta norma en los inmuebles

colindantes con las orillas o riberas de cauces aptos para el transporte por agua debe dejarse libre una franja en toda la extensión del curso, en la que no puede hacerse ningún acto que menoscabe aquella actividad. El nuevo texto legal ha reducido la franja afectada por dicho camino, desde un máximo de treinta y cinco metros en algunos supuestos, a quince metros para todos los casos.

Finalmente, en relación a las servidumbres que pueden limitar el dominio, el nuevo Código ha simplificado notoriamente el régimen, lo que demandará en el futuro una técnica contractual más detallada. Lejos del Código de 1869, que era sumamente reglamentarista al regular las servidumbres de acueducto (arts. 3082/3092), de recibir aguas (arts. 3093/4103) y de sacar aguas (arts. 3104/3107); el nuevo Código solo enumera como servidumbres forzosas a las de acueducto y de recibir agua (art. 2166), contemplando que la indemnización por su imposición debe ser fijada judicialmente si el dueño del fundo afectado no conviene al respecto con el beneficiario de la servidumbre.

Acceso al uso de las aguas

El Código de 1869 contenía diversas reglas sobre uso de las aguas públicas. Entre ellas, por ejemplo, el art. 2349 CC contemplaba el uso de los lagos por sus ribereños, o el art. 2642 CC prohibía extraer agua de los cauces si no se tenía una concesión.

Estas regulaciones eran indebidas en la medida que, como explica Marienhoff (1939), es un exceso inconstitucional de la materia civil regular el uso del agua pública. Se corrigió esta situación en un avance claramente positivo, el actual Código presenta una depuración de tales contenidos, limitándose en el art. 237 CCyC a referir en forma genérica que el uso y goce de los bienes públicos debe darse bajo las disposiciones generales y locales, sin disponer ninguna norma en relación al uso del agua.

De este modo, todo aspecto referido al uso y preservación de las aguas públicas es un acervo de la legislación de aguas locales, lo que se ha manifestado en las diversas Leyes y Códigos de Aguas dictados en las provincias cordilleranas, los que presentan diversas variables muchas veces coincidentes en torno al acceso y uso del agua pública (Martin y Pinto, 2020).

CONCLUSIONES

Las variadas formas físicas que presentan las fuentes y reservas de aguas en los Andes argentinos se corresponden con distintas naturalezas y formas jurídicas. Este paradigma de regulación a partir de los tipos o clases de aguas ha configurado, sin embargo, un régimen complejo e incoherente que comienza por desconocer la unidad elemental del ciclo hidrológico con el mantenimiento simultáneo de aguas de naturaleza jurídica pública y privada, y culmina con la regulación fragmentada según el tipo o clase de agua que se trate.

Esa incertidumbre jurídica e incoherencia relativa respecto del régimen aplicable a las aguas de los Andes ha evolucionado con la sanción del Código Civil y Comercial de 2015 pero no ha desaparecido, pudiéndose reseñar que:

- 1- La nueva norma presenta avances claros en la definición del dominio público de las aguas atmosféricas, aunque ha dado lugar a un régimen incompleto y contradictorio en relación al dominio de la precipitación.
- 2- En materia de escurrimientos, la nueva norma supera la controversia previa existente sobre la extensión de los cauces; y ha tenido una clara tendencia publicista al erradicar de sus regulaciones a las vertientes privadas y acentuar el carácter público de las fuentes; también al incorporar el ambiente periglacial al dominio público, aunque produciendo una tensión y potencial conflicto con el derecho de propiedad preexistente sobre esas áreas.
- 3- Con respecto a lagos, por el contrario, se observa un retroceso en su ámbito de publicidad, tanto por el criterio jurisprudencial restrictivo sobre el alcance de la navegabilidad que amplía los supuestos de lagos no navegables, como por la regulación privatista de los lagos no navegables. En ese contexto crece la importancia de las posibles estrategias en la publicación mediante leyes provinciales.
- 4- No ha habido alteración, en cambio, con relación al carácter público de las aguas subterráneas y las obras hídricas.

- 5- El nuevo Código reconoce la preminencia del régimen administrativo en materia de limitaciones dominiales y usos del agua, lo que resulta más coherente en mérito al interés público que caracteriza los usos del agua.

BIBLIOGRAFIA

- Allende, G. (1971). *Derecho de Aguas con acotaciones hidrológicas*, Buenos Aires: Eudeba
- Bautista-Olivas, A. L., Tovar-Salinas, J. L., Palacios-Velez, O. L., y Mancilla-Villa, O. R. (2011). La humedad atmosférica como fuente opcional de agua para uso doméstico. *Agrociencia*, 45(3), 293-301.
- Bibiloni, J. A. (1930). *Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino*, 3, Buenos Aires: V. Abeledo
- Bridge, A. (1970). *Estudios de Derechos de Aguas*, I, San Juan: CFI
- Bridge, A. y Pina, O. (1977). Dominio de las aguas, cauces y obras hidráulicas, efectos del cambio de legislación y reasignación de usos. En *Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua*, Mar del Plata, doc. Confagua/C14/7
- Cano, G. (1944). Repercusión económica de la jurisprudencia en materia de aguas de fuente o manantiales. *Jurisprudencia Argentina*, II, 275-285.
- Cano, G. (1988). *Estudios sobre Línea de Ribera*, I, Buenos Aires: CFI
- Cereceda, P.(2000). Los atrapanieblas, tecnología alternativa para el desarrollo rural. *Revista Medio Ambiente y Desarrollo*, XVI (4), 51-56
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1923), in re Frederking, Gustavo c. Provincia de Buenos Aires, Fallos 138: 295.
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1924), in re Provincia de Mendoza v. Cía. de Ferrocarriles Gran Oeste Argentino y Bs. As. al Pacífico Fallos 140:282
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (2009), in re Las Mañanitas S.A. c/Neuquén, Provincia de s/acción declarativa de certeza, Fallos 332:1704
- Corte Suprema de Justicia de la Nación (1986), in re Agrícola e Industrial c/Estado Provincial, Fallos 308:641
- Darnaculleta I Gardella, M. (2000). *Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural*, Barcelona: Cedeca.

- Diez, M. (1969). *Derecho Administrativo*, IV, Buenos Aires: Plus Ultra.
- Fiorini, B. (1976). *Derecho Administrativo*, II, Abeledo Perrot: Buenos Aires
- López, J. (1973). *Código de Aguas de la Provincia de Córdoba*, Córdoba: Dirección Provincial de Hidráulica.
- López, J. (1974). Cursos de Agua. *Curso de Derecho de Aguas*, vol I, Mendoza: INCyTH, 135-166.
- Maderey Rascón, Laura E. (2005). *Principios de Hidrogeografía. Estudio del ciclo hidrológico*, México: UNAM
- Marienhoff, M. (1939). *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Buenos Aires: V. Abeledo.
- Marienhoff, M. (1970). La reciente reforma del Código Civil en materia de aguas. *Jurisprudencia Argentina*, Sec. Doct., 255-268.
- Marienhoff, M. (1976). Condición jurídica de las nubes. Nuevas sugerencias. *Jurisprudencia Argentina*, III, 683-690.
- Martin, L. y Pinto, M. (2014). La protección del ambiente glacial. *Revista de Derecho Administrativo Económico*, 18, Santiago de Chile, 99-117.
- Martin, L. y Pinto, M. (2020). Water permits and concessions for irrigation in Argentina. Status quaestionis and trends in comparative perspective. *Revista de la Facultad de Ciencias Agrarias*, UNCuyo, Tomo 52-2, 204-214.
- Moisset de Espanes, L. y López J. (1979). Derecho de Aguas. Régimen Transitorio y Normas de Conflicto. *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad nacional de Córdoba, 331-2, 335-363.
- Pigretti, E. (1975). *Política legal de los recursos naturales*, Buenos Aires: Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales.
- Pinto, M. (2004). Limitaciones al dominio vinculadas al uso de aguas. *La Ley Gran Cuyo*, 742-751.
- Pinto, M. y Andino, M. (2019). El procedimiento sancionatorio ambiental en Argentina. En M. García Pachón (dir), *Procedimiento sancionatorio ambiental*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 711-750.
- Pinto, M. y Martin, L. (2015). El régimen de las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial y su compatibilidad para la tutela ambiental. *Revista de Derecho Ambiental*, Abeledo Perrot, n° 43, 109-127.

Pinto, M.Y MARTIN, L. (2016). Un paso atrás: mantenimiento y regulación de las aguas privadas en el nuevo Código Civil y Comercial argentino de 2015. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, 2016-I, Abeledo Perrot, 67-89.

Pinto, M. y Martin, L. (2018). Análisis crítico del impacto del nuevo Código Civil y Comercial en el Derecho de Aguas. En R.Pizarro y A.Buteler, *El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el Derecho Administrativo*, Buenos Aires: La Ley, 407-431.

Pritz, O. (1998). Dominio público: el elemento objetivo. En J.C. Cassagne (dir), *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1095-1121.

Salomoni, J. L. (2000). El régimen del dominio público en Argentina: un intento de reconstrucción dogmática. *Actualidad en el Derecho Público*, 14, Ad-Hoc, 81-110.

Spota, A. (1941). *Tratado de Derecho de Aguas*, II, Buenos Aires: Jesús Menéndez.

Suprema Corte de Justicia de Mendoza (1952), in re Ruiz de Correa Edith Y Otros, *Libro de Sentencias*, 051-268.

Vergara Blanco, A. (1997). El principio de la unidad de la corriente en el derecho de aguas. *Revista de Derecho de Aguas*, Universidad de Atacama, Vol. VIII, 41-50.

LOS AUTORES

Mauricio Pinto es Abogado, Diplomado en Estudios Avanzados en Propiedades Públicas y Medio Ambiente, Máster en Derecho Ambiental y Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza; Profesor de Derecho Ambiental en la Universidades Nacional de Cuyo y Aconcagua; dirige proyectos de investigación, posgrado y es autor de numerosas publicaciones y trabajos sobre ambiente, derecho de aguas y recursos naturales, derecho administrativo y derechos humanos. Se desempeña como Director de Asuntos Ambientales en la Fiscalía de Estado de la Provincia de Mendoza.

Liber Martin es Abogado, Diplomado en Economía y Doctor en Derecho por la Universidad de Zaragoza; Profesor de Derecho Administrativo, Ambiental y de los Recursos Naturales de las Universidades Nacional de Cuyo y Mendoza e Investigador de CONICET. Ha sido Becario Posdoctoral de la FMSH y Profesor Visitante en la Université Paris I Panthéon Sorbonne, UC Boulder y la Universidad de California. Dirige proyectos de investigación, posgrado y es autor de numerosas publicaciones y trabajos sobre ambiente, derecho de aguas y recursos naturales, derecho administrativo y derechos humanos.