

DIRECTOR **NÉSTOR A. CAFFERATTA**

43

Julio / Septiembre
2015

Revista de **DERECHO AMBIENTAL**

Doctrina, Jurisprudencia, Legislación y Práctica



El Instituto El Derecho Por Un Planeta Verde Argentina brinda su aval y respaldo académico a la presente publicación, con el objetivo de coadyuvar a la promoción, estudio, investigación y difusión del derecho ambiental a nivel local, nacional, regional e internacional. www.planetaverde.org.ar

ABELEDOPERROT

ISSN: 1851-1198
RNPI: 5074815

Todos los derechos reservados
© AbeledoPerrot S.A.

Dirección, administración y redacción
Tucumán 1471
Tel.: (54-11) 4378-4733 - Fax.: (54-11) 4378-4723

Ventas
Talcahuano 494 - Tel.: (54-11) 5235-0030
Talcahuano 650 - Tel.: (54-11) 5235-9620
Figuroa Alcorta 2263 - Tel.: (54-11) 4803-2468
tr.serviciosalcliente@thomsonreuters.com
Buenos Aires - Argentina

*Hecho el depósito que establece la ley 11.723.
Impreso en la Argentina. Printed in Argentina.*

Se terminó de imprimir en la 2da. quincena de agosto de 2015,
en los talleres gráficos de La Ley S.A.E. e I.,
Bernardino Rivadavia 130 - Avellaneda
Provincia de Buenos Aires - República Argentina

EL RÉGIMEN DE LAS AGUAS EN EL NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL Y SU COMPATIBILIDAD PARA LA TUTELA AMBIENTAL

por MAURICIO PINTO y LIBER MARTÍN

I. EL RÉGIMEN CIVIL DE LAS AGUAS Y LA TUTELA AMBIENTAL

El nuevo Código Comercial y Civil —CCiv.yCom.— de la República Argentina ha sido aprobado por la ley 26.994, generando un cambio normativo que exige una revisión de conceptos y apreciaciones, la que no puede efectuarse sin atender el extenso basamento que la doctrina realizó a la luz de las experiencias pasadas y de los conceptos y principios desarrollados bajo la normativa que se sustituye con el nuevo régimen.

El Código Civil argentino —CCiv.— constituyó, con el Estado naciente, un marco rector para gran parte de la vida social y económica, trascendiendo su alcance más allá de la mera legislación civil. Esta regla general no fue una excepción en torno al recurso hídrico, ya que, ante la falta de progreso de las legislaciones sobre recursos naturales, el Código Civil se convirtió en uno de los más formidables reguladores de la actividad vinculada al aprovechamiento de la naturaleza, incluso a pesar de no tener ningún tipo de especialidad al respecto¹.

Sus disposiciones sobre aguas, tanto desde la regulación dominial y sobre usos, como desde los aspectos que hacen a las relaciones entre vecinos, se convirtieron en el eje del análisis legal de muchos juristas, imbuidos de una formación con un fuerte sesgo civilista que impactaría sobre una gran cantidad de normas locales.

Desde una perspectiva ambiental, la regulación que ha realizado el Código sobre el dominio hidráulico no es poco significativa, ya que, dentro de los instrumentos que pueden resultar idóneos para la tutela ambiental, el régimen del dominio público se

¹ Pigretti, Eduardo, Política legal de los recursos naturales, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1975, p. 32.

presenta como un estatuto que permite asignar un estatus diferencial a ciertos bienes, asegurando su carácter inalienable e imprescriptible tanto como su destino al uso por parte del público².

Tal situación, conlleva potestades exorbitantes en manos del Estado, que permiten una rápida y eficaz actuación, tanto preventiva como correctiva y/o represiva, en torno al mantenimiento del dominio público hidráulico. La extracción de aguas de los cauces u otros cuerpos hídricos, o el vertido de sustancias en ellos son todos aspectos que se encuentran fuertemente ligados al régimen de dominialidad, y que se exteriorizan no sólo en los regímenes de concesión y permiso, sino en especial en el poder de autotutela del dominio público que ejerce la autoridad estatal³.

La publificación o demanialización es una técnica usual frente a ciertos bienes que por su importancia social son excluidos del comercio y —en principio— de la posesión y/o propiedad particular, quedando destinados al uso —general o privativo— de la comunidad, pero bajo una gestión por parte del Estado, que puede intervenir ampliamente sobre los usos que se realizan de ellos y sus efectos. Por ello, en la actualidad se afirma que las normas jurídicas del dominio público en general y del dominio público hidráulico en especial se han tornado en un privilegiado régimen de protección ambiental, que ha sido reforzado con algunas instituciones ajenas a la institución demanial propiamente dicha⁴.

Las disposiciones del Código Civil han variado con el cambio normativo tanto como la realidad que habían de regular cuando esa norma fue sancionada. Y, más allá de la crisis de paradigma que puede evidenciar la regulación de las aguas, un bien público y ambiental por antonomasia, desde el ámbito civil, su análisis crítico se transforma en un ejercicio académico inevitable.

II. CONSTITUCIONALIDAD Y EFICACIA DE LA NORMA CIVIL EN EL DERECHO DE AGUAS ARGENTINO. RELATIVIDAD DE SU IMPORTANCIA

Una aclaración previa inevitable. Se trata de efectuar un análisis de la legislación de aguas contenida en el régimen civil. Y ello debe hacerse en cuanto es derecho vigente, usualmente estudiado y aplicado en el mundo de las ciencias jurídicas.

Pero no por ello debe perderse de vista la inconsistencia básica que presentan las normas civiles sobre aguas, basada, principalmente, en que el régimen de las aguas implica un contenido que excede el ámbito civil, al menos en las perspectivas constitucionales que impone el sistema federal argentino.

² Marienhoff, Miguel, Tratado del dominio público, TEA, Buenos Aires, 1960, ps. 218 y 287.

³ Marienhoff, Miguel, Tratado del dominio público, cit., p. 271, expresa con claridad el deber de la autoridad administrativa de asegurar la protección del dominio público, a cuyo efecto, en ejercicio de la función policial que le es inherente, dispone de un excepcional beneficio que le permite proceder directamente, por sí misma, sin necesidad de recurrir a la vía judicial, en ejercicio de la autotutela que dispone a través de sus propias resoluciones.

⁴ Darnaculleta i Gardella, Mercé, Recursos naturales y dominio público: el nuevo régimen de demanio natural, Cedeca, Barcelona, 2000, ps. 201/203.

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, CCiv. (hoy art. 235, CCiv.yCom.), 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 civil⁵.

Otros descartan incluso que la norma civil pueda regular sobre la determinación de los bienes de dominio público⁶, bajo la consideración de que la determinación de dicho dominio es ajena al derecho civil y propia del derecho público —provincial— que no fue delegado en la Nación.

No podemos más que coincidir con esa apreciación, especialmente si tenemos 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 público⁷, y con ello —al decir de Cano— “el Código Civil no debe contener precepto alguno sobre aguas”⁸.

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, no sólo está estableciendo la naturaleza de esos bienes —públicos o privados—, sino también su titularidad, lo que encierra un acto de disposición que debiera exigir la voluntad de su titular originario⁹.

⁵ Marienhoff, Miguel, Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1939, ps. 101 y 113.

⁶ Salomoni, Jorge L., “El régimen del dominio público en la República Argentina: un intento de reconstrucción dogmática”, Actualidad en el Derecho Público, nro. 14, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 99; Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, t. III, Depalma, Buenos Aires, 1956, p. 443; Silveyra, Carlos, Derechos del Gobierno Nacional sobre las riberas de los ríos navegables, Imprenta Europea, Buenos Aires, 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, cit., p. 26.

⁷ Pinto, Mauricio, “El interés público como fundamento de la concesión de aguas y la caducidad por no uso”, LL Gran Cuyo, 2013-608; Martín, Liber, Derecho de aguas, estudio sobre el dominio y uso de las aguas públicas, AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2010, ps. 179 y ss.

⁸ Cano, Guillermo, “El derecho de aguas en el anteproyecto de Código Civil”, LL, t. 7, sec. Doct., p. 43.

⁹ Así, cuando el art. 2350, CCiv., fijó que las vertientes que nacen y mueren en una heredades pertenecen al dueño de ésta, no sólo le asignó el carácter privado, sino que dispuso de ellas, otorgándolas en propiedad a tal titular de predio. 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, Universidad del Aconcagua, Mendoza, 2011, ps. 72 y ss.

Aún así el estudio del cambio legal que implica en nuevo Código Civil y Comercial presenta interés.

En parte, porque, como ha señalado Cano¹⁰, aunque se presenta como necesario que sea el derecho público el que delimite y defina el dominio público de las provincias, habiendo los constituyentes omitido tal labor, la dificultad ha sido resuelta “de hecho” por el Código Civil con alcance nacional.

Salomoni, en este sentido, 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 sólo por analogía¹¹.

Incluso, 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 hidráulico¹².

Con ello, aun cuando entendamos que la norma civil nada tiene que regular sobre las aguas de dominio público, 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 al ámbito provincial por analogía, o sea porque el mismo derecho provincial la introduce —mediante el reenvío— dentro de su propio contenido.

III. CONTENIDO Y EVOLUCIÓN DE LOS PRINCIPALES ASPECTOS DE DERECHO DE AGUAS REGULADOS POR LA LEGISLACIÓN CIVIL

1. El dominio sobre los recursos hidráulicos

a) *Dominio público hidráulico y bienes privados*

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

Básicamente, la regla de determinación de bienes en el dominio público fue efectuada en el art. 2340, CCiv., donde se estipularon los bienes que, en general, presentaban tal naturaleza, pudiéndose clasificar el dominio público hidráulico allí regulado en marítimo, fluvial, lacustre, artificial.

Por otra parte, 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 *pars fundi*. Básicamente, se señalan como aguas del dominio privado, en ciertas circunstancias definidas en la norma, a las aguas de lluvia que caen

¹⁰ Cano, Guillermo, Estudio sobre línea de ribera, t. I, CFI, Buenos Aires, 1988, p. IV-4.

¹¹ Salomoni, Jorge L., “El régimen...”, cit., p. 94.

¹² En este sentido, por ejemplo: arts. 1º, 3º, 9º, 11 y concs. del Código de Aguas de Chubut (ley XVII-53); arts. 15, 23, 146, 152 y concs. del Código de Aguas de Córdoba (dec.-ley 5589); arts. 22, 25, 35, 137 y 154 del Código de Aguas de La Rioja (ley 4295); entre muchos otros.

en terrenos privados (art. 2635, CCiv.), a las aguas de fuente que no forman cauce natural (art. 2637, CCiv.) y a las de vertiente que nacen y mueren en el mismo predio (art. 2350, CCiv.).

El nuevo Código Civil y Comercial mantiene en esencia este sistema mixto de propiedad sobre las aguas —bien que con sensibles modificaciones—, desaprovechando la oportunidad de ponerse a tono con la tendencia consolidada de declarar la publicidad de todas las aguas.

En este sentido, es evidente cómo el derecho de aguas se sistematizó en la Argentina en torno a la década del 40, imbuido de una lógica civilista —quizás justificada en su momento—, pero que con el tiempo ha devenido obsoleta no sólo por 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 provincial¹³.

Es cierto que hay alternativas a la demanialización de todas las aguas. Pero en nuestro contexto está claro que es la técnica más difundida y hasta cierto punto más efectiva, tanto para su administración como para su protección, que la de la lisa y llana propiedad privada. El mantenimiento de la naturaleza mixta de las aguas no impide —es cierto— pero dificulta una gestión integrada de por sí compleja y difícil y que lo será aún más en el futuro.

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 deja abierta la puerta para que las provincias generen un régimen heterogéneo, tanto en uso de sus facultades constitucionales como de la declaración genérica que se mantiene en el inc. 3° del art. 235, CCiv.yCom. y avancen en este sentido. 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.

b) El Dominio público marítimo

De acuerdo al inc. 1° del referido art. 2340, CCiv., luego de la ley 17.711, pertenecen al dominio público los mares territoriales hasta la distancia que determine la legislación especial, independientemente del poder jurisdiccional sobre la zona contigua.

Esa regulación especial ha sido desarrollada por las leyes 23.968 y 24.543, dándose un contexto normativo donde se determina que el mar argentino se extiende hasta las 12 millas marinas, la zona contigua hasta las 24 millas marinas y la zona económica exclusiva hasta las 200 millas marinas, todas contadas desde la línea de base que fija la misma norma¹⁴. La ley 24.922 ha estipulado el dominio provincial so-

¹³ Martín, Liber, *Derecho de aguas*, cit., ps. 21 y ss.

¹⁴ La ley 23.968 adopta como punto de inicio de la medición de las referidas distancia un sistema de línea base mixto, que incluye tanto supuestos de “línea de base normal” (determi-

bre el mar argentino y los recursos vivos que en él se encuentran (hasta las 12 millas), y el dominio nacional sobre los recursos vivos los recursos vivos marinos existentes en las aguas de la Zona Económica Exclusiva argentina y en la plataforma continental argentina a partir de las doce millas que delimitan el mar territorial.

Los incs. 2º y 4º del art. 2340, CCiv., estipulan dentro de los bienes de dominio público a “Los mares interiores, bahías, ensenadas, puertos y ancladeros” y a las “playas del mar”. En concordancia, la ley 23.968 ha estipulado que las aguas situadas en el interior de las líneas de base forman parte de las aguas interiores de la República Argentina, lo que implica someter al régimen de publicación no sólo los espacios marítimos que existen a partir de la línea base, sino también las aguas interiores que se encuentran entre la línea de base recta y el continente¹⁵ e incluso las playas que se extienden entre la línea de base normal y la línea de ribera, y que son conformadas por la “extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan durante las altas mareas normales”.

El nuevo texto aprobado por la ley 26.994 mantiene la misma línea ya existente en este tópico.

El art. 235, CCiv.yCom., establece dentro de los bienes pertenecientes al dominio público, en este sentido, al mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental (inc. a).

Igualmente, la norma indica en su inc. b) el carácter público de las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; y aclara que se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales y su continuación hasta la distancia que corresponda, de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso.

Finalmente, el inc. e) del art. 235, CCiv.yCom., contempla dentro del dominio público a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial. Este precepto, con mejor técnica legislativa que la ley 24.922, permite sostener una afectación dominial a favor de la Nación que abarca no sólo los recursos vivos a los que refiere dicha ley, sino también el medio marino que los sostiene entre las doce millas que delimitan el mar territorial, y las doscientas millas que hacen al fin de la zona económica exclusiva.

c) El dominio público fluvial

El inc. 3º del art. 2340, CCiv., estipula que “Los ríos, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin per-

nada por las más bajas mareas) como de “línea de base recta” (determinada por la línea imaginaria que une dos accidentes geográficos). Los casos de línea de base recta que establece esa norma son “las líneas que unen los cabos que forman las bocas de los golfos San Matías, Nuevo y San Jorge, tal cual lo establece el art. 1º de la ley 17.094 y la líneas que marca el límite exterior del Río de la Plata, según los arts. 1º y 70 del Tratado del Río de la Plata y su Frente Marítimo, del 19 de noviembre de 1973” (art. 1º).

¹⁵ Mariani de Vidal, Marina, Derechos reales, t. 1, Zavalía, Buenos Aires, 2004, p. 391.

juicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación”.

El texto original de este precepto, antes de que fuera modificado por la ley 17.711, omitía referir a las aguas que tengan o adquieran interés para satisfacer usos de interés general, y consiguientemente a las aguas subterráneas que tal concepto comprende. La referida reforma introdujo tal consideración, siguiendo la doctrina que la IV Conferencia de Abogados de 1936 aconsejaba en base a la legislación italiana de la época¹⁶.

La modificación referida generó un importante debate, donde principalmente la cuestión en pugna pasaba por el efecto que presentaba la reforma frente a ciertos bienes que hasta entonces se consideraban privados, y que la reforma buscó desplazar al ámbito demanial, como ocurre con las aguas subterráneas en particular, o cualquier agua privada que bajo el nuevo régimen se considere con aptitud de satisfacer usos de interés general.

Frente al nuevo texto legal, algunos autores entendieron que la publicación se había producido por el mero imperio legal de la nueva norma civil, con lo que con la vigencia del nuevo texto se materializaba el dominio público de tales recursos¹⁷. Bajo esta percepción, destacada doctrina¹⁸ acusó la existencia de una situación inconstitucional, por haberse omitido la previa expropiación e indemnización que exige el art. 17, CN, con respecto a bienes que hasta entonces eran privados¹⁹.

Otro sector de la doctrina, en cambio, propició una interpretación superadora que veía en el nuevo texto civil una declaración genérica de utilidad pública, que debía ser seguida por la especificación del bien concreto afectado al dominio público y el trámite indemnizatorio correspondiente²⁰. En esta percepción, entonces, la norma civil por sí sólo carecía de eficacia, si no era complementada por el derecho público local mediante la especificación del bien afectado al dominio público y —en su caso— el requisito indemnizatorio que impone el art. 17, CN²¹.

¹⁶ Spota, Alberto, *Tratado de derecho de aguas*, t. II, Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1941, p. 523.

¹⁷ Bridge, Alfredo y Pina, Oscar, “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, 1977, doc. Confagua/C14/7, párrafo 10.

¹⁸ Marienhoff, Miguel, “La reciente reforma del Código Civil en materia de aguas”, *JA*, Sec. Doct., Serie Contemporánea, 1970, ps. 255 y ss.

¹⁹ Aunque antes de la ley 17.711 nada decía el Código sobre las aguas subterráneas, la Corte Suprema de la Nación (in re “Provincia de Mendoza v. Cía. de Ferrocarriles Gran Oeste Argentino y Buenos Aires al Pacífico”, sentencia del 12/5/1924, Fallos 140:282) había determinado que por aplicación del art. 2518, CCiv., las mismas revestían el carácter de *pars fundi*, y consecuentemente integraban el dominio del superficiario.

²⁰ López, Joaquín, *Código de Aguas de la Provincia de Córdoba*, Dirección Provincial de Hidráulica, Córdoba, 1973, nota a los arts. 154 y 155, p. 57; Moisset de Espanés, Luis y López, Joaquín, *Derecho de aguas. Régimen transitorio y normas de conflicto*, Universidad Nacional de Córdoba, 1980, p. 13; Moyano, Amílcar, *El valor actual o potencial de las aguas o de las aguas consideradas en sí mismas como recursos*, CELA-INCYTH, Mendoza, 1985, p. 27.

²¹ Siguiendo esta doctrina, Mendoza publicó las aguas subterráneas mediante ley 4035 de 1974.

El contenido del precepto en análisis no se limita a regular el dominio público de las aguas, sino que más bien refiere a los cursos de agua, abarcando tanto al agua como al cauce natural que la contiene. El inc. 4° del art. 2340, CCiv. —que refería a las playas de los ríos navegables, sin determinarlas—, en conjunto con el art. 2577, CCiv., se encargaban de definir la extensión física del cauce, fijándolo en base al *plenisimum flumen*.

La ley 17.711 modificó parcialmente el art. 2340, CCiv., en esta temática e introdujo la referencia a “las crecidas medias ordinarias” como límite de las riberas internas de los ríos. Ello generó una aparente antinomia que ha dado lugar a distintos conflictos interpretativos y aplicaciones diversas, aunque un análisis integral de la norma permite concluir que siempre subsistió el régimen original²². Este tema no es menor, ya que, como deja entrever Valls, existe un trasfondo económico de trascendencia —siempre activo en la Argentina— en torno a la actividad que delimitan —o redefinen— terrenos en torno de las playas y lechos de los cuerpos fluviales, lacustres y marítimos²³.

El nuevo texto aprobado por la ley 26.994 expresa en el inc. c) del art. 235 que pertenecen al dominio público 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 las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales.

Seguidamente, luego de indicar que los conceptos de río y lago abarcan al agua, las playas y sus lechos, delimita este último por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias en ambos casos.

Dejando de lado las consideraciones que hacen a los lagos y lagunas —que analizaremos *infra* en particular—, resaltamos que la nueva normatividad, en parte, no ha alterado aspectos sustanciales en relación al dominio público fluvial.

La enumeración que practica —ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los glaciares y el ambiente periglacial— es meramente enunciativa, y en general no hace más que detallar algunos ejemplos de cursos de agua que siempre fueron considerados dentro de tal concepto —como los glaciares²⁴—. La única modificación, posiblemente de suma trascendencia pública, reviste en la incorporación del ambiente periglacial al dominio público, seguramente por una influencia

²² López, Joaquín, “Cursos de agua”, en Curso de derecho de aguas, INCyTH, Mendoza, 1974, p. 152.

²³ Valls, Mario, “La transformación de las playas y el lecho de ríos, lagos y mares en inmuebles civiles. Su concesión”, ED 178-1072.

²⁴ Explicaba Marienhoff en su tesis doctoral que “los ventisqueros o glaciares no son otra cosa que cursos de agua, en los que ésta 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, a igual que los ríos, arroyos, etc., tiene su ‘curso’ o corriente, aunque caracterizado por su lentitud” (Marienhoff, Miguel, Régimen..., cit., p. 283).

de la ley 26.639 de Presupuestos Mínimos de Protección de Glaciares y Ambientes Periglaciares²⁵.

Con respecto a la determinación de la línea de ribera, el nuevo texto legal ha eliminado la discordancia terminológica que antes existía entre los arts. 2340 y 2577, CCiv. Hoy el art. 235, en concordancia con el art. 1960, CCiv.yCom., coinciden en definir la línea de ribera mediante el promedio de las máximas crecidas ordinarias, con lo que se ha mantenido el criterio del *plenisimum flumen*. La única variación, en todo caso, es que se ha inducido la técnica de determinación práctica de esas crecidas, indicando que ella debe basarse en un promedio de éstas²⁶.

Tanto en el Código de Vélez (art. 2750, CCiv.) como en la nueva legislación (art. 2267, CCiv.yCom.), el deslinde de la ribera corresponde a la jurisdicción administrativa.

d) El dominio público lacustre

En torno a los lagos y lagunas, el Código de Vélez se limitaba a referir a los lagos navegables y sus márgenes, incorporándolos dentro del art. 2340, CCiv., como bienes de dominio público. La ley 17.711 modificó el encuadre original, eliminando la caracterización de la magnitud de los buques que hacían público al lago navegable²⁷.

²⁵ La ley 26.639, aunque introducía un régimen tutelar tanto para glaciares como para ambientes periglaciares, refería sólo a los glaciares como bienes de carácter público. Con ello, el nuevo régimen ha extendido notoriamente la definición del dominio público que practica el art. 235, ya que el ambiente periglacial ha sido definido en la ley ambiental con referencia “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”, y con ello vastas regiones cordilleranas donde los suelos húmedos se congelan y que hasta ahora eran objeto de propiedades particulares, han pasado a estar enumeradas legalmente dentro del dominio público.

²⁶ Hasta el momento, la mera referencia a “las más altas aguas en su estado normal” que realizaba el art. 2577, CCiv., dejaba a la discrecionalidad técnica tal determinación, y aunque existían casos en que la operación de deslinde se basaban en promedios de las máximas crecidas anuales, en general se procuraba estadísticamente establecer cuál era la crecida normal para cierta recurrencia de tiempo. El nuevo texto implicará ahora dos operaciones sucesivas: una primera para determinar el límite dentro del cual una crecida se considera ordinaria (lo que conlleva el análisis estadístico en cierta recurrencia temporal), y una segunda en la que deberán promediarse las máximas crecidas que resulten ordinarias.

²⁷ Hasta la ley 17.711, para ser público se requería que el lago fuera navegable por buques de más de 100 toneladas. Con posterioridad, bastaba que el lago fuera navegable, sin interesar la magnitud de la embarcación. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Las Mañanitas S.A v. Neuquén, Provincia de s/acción declarativa de certeza”, 4/8/2009, Fallos 332:1704, en relación al art. 2639, CCiv., ha entendido que la navegación a la que alude la norma civil se aplica no sólo a los cursos navegables propiamente dichos, sino también respecto de los flotables, tanto más cuando la ley no hace distinción alguna al respecto, especificando que la flotación está incluida en el concepto legal de navegación —una especie dentro del género—, y cuando la ley habla de cursos de agua navegables, debe entenderse que también se refiere a los flotables, rigiéndose ambos conceptos por iguales principios y su rasgo característico esencial es el mismo, sólo que los cursos flotables, dada su menor profundidad, son utilizados mediante almadías, balsas, jangadas y lanchones de escaso calado.

Aunque jurisprudencialmente, un antiguo caso de 1923 se había inclinado hacia la concepción privatista que beneficia al titular del predio²⁸, la ausencia de regulación específica daba lugar a distintas consideraciones y posturas en cuanto a la naturaleza de ellos²⁹. Resaltamos las posturas de Spota y Bibiloni, quienes, en cierta forma, advertían el principio de unidad del fenómeno hidrológico, señalando que si esos la-

²⁸ Corte Sup., in re “Frederking, Gustavo v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 138:295, donde se expresó 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, sólo acuerda a los propietarios ribereños de las tierras, el derecho de usar y gozar de ellas, es decir, una mera servidumbre activa y no el derecho real de usufructo, que, por su naturaleza, es una propiedad temporaria e independiente, también por su naturaleza, de la posesión de algún inmueble, en tanto que el uso y el goce concedidos por el referido artículo del Código Civil, son derechos inseparables de la propiedad de los fundos contiguos a los lagos, y se transmiten conjuntamente con las tierras como un atributo del dominio de ellas, vale decir, perpetuos. Ese beneficio acordado a los ribereños no es, tampoco, el derecho real de uso reglamentado en los arts. 2948 y siguientes del Código Civil, pues aquél es perpetuo, inherente a la posesión de las tierras contiguas a los lagos, y tiene su origen en la ley, mientras que éste es temporario, se extingue con el titular del derecho y sólo se adquiere por contrato, por acto de última voluntad o por prescripción. Los propietarios de los lagos no navegables, conservan, pues, todos los atributos inherentes a su derecho de propiedad, que no estén afectados por la servidumbre, 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; y habiendo el gobierno de la provincia demandada dejado a salvo, en la concesión, para pescar en la laguna de Mar Chiquita, que motiva el presente juicio, los derechos de los propietarios ribereños, sin que aparezca que el ejercicio de las facultades acordadas al concesionario, sea incompatible con el de la servidumbre, o que impida que los colindantes puedan extraer el pescado necesario para sus necesidades, y que el demandante haya acreditado la adquisición del derecho del usufructo en virtud de la prescripción, corresponde 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”.

²⁹ Consideran que los lagos no navegables son públicos: Marienhoff Miguel, Régimen..., cit., ps. 564 y ss.; Spota, Alberto, Tratado..., cit., t. II, p. 153; López, Joaquín, “El derecho federal de aguas en la legislación federal argentina”, separata del tomo XXVI de Anales, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1987, p. 49; Bibiloni, Juan A., Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino, t. 3, Buenos Aires, 1928/1932, ps. 7 y ss.; Bridge, Alfredo, Estudios de derecho de aguas, t. I, CFI, San Juan, 1970, p. 63. Por el contrario, sostienen que los lagos no navegables son de dominio privado: Cano, Guillermo, Estudios de derecho de aguas, Valerio Abeledo, Mendoza, 1943, p. 171; Allende, Guillermo, Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas, EUDEBA, Buenos Aires, 1971, ps. 84 y 325; Castello, Manuel F., Legislación de aguas, Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 1921, p. 64; Machado, José O., Exposición y comentario del Código Civil argentino, t. VI, Félix Lajouane, Buenos Aires, 1900, p. 228; Salas, Acdeel E. y Trigo Represas, Félix, Código Civil y leyes complementarias anotados, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 592.

gos eran producto del ensanchamiento de un curso público que los alimentaba o desaguaba, no podían presentar una naturaleza distinta³⁰.

El nuevo texto aprobado por la ley 26.994 ha mantenido invariable el régimen de los lagos y lagunas navegables, incluyéndolos en el inc. c) del art. 235, CCiv.yCom. Sin embargo, ha innovado con respecto a los no navegables, al regularlos en el art. 236, CCiv.yCom., como bienes privados del Estado, aunque sólo en los supuestos en que carecen de dueños.

Numerosas inquietudes pueden considerarse a partir de ese régimen. ¿Es posible que un lago no navegable carezca de dueño? Según la situación anterior al nuevo Código, esos cuerpos hídricos eran públicos o privados, pero no *res nullius*, y con ello el nuevo texto es un abstracto sin aplicación.

Por otra parte, aun si consideráramos que los lagos no navegables eran privados en el régimen anterior, el carácter de *pars fundi* que la doctrina y la Corte en Fallos 138:295 otorgaba a los lagos en estos casos impide que puedan tener un régimen autónomo al de los inmuebles que carecen de dueño, que ya es considerado en el mismo art. 236, CCiv.yCom.

Además de ello, si nos posicionamos en la doctrina que propicia el criterio publicista, éste es uno de los casos que nos permiten sostener que el nuevo Código presenta un retroceso con respecto a la tendencia actual que postula la publicidad genérica de las aguas. Sea porque el nuevo texto pretende otorgar el carácter privado a aguas que eran públicas o porque no avanza en la publicidad de aguas que eran privadas, lo cierto es que no podemos entender que en este punto la reforma haya sido provechosa.

e) El dominio público hidráulico artificial

Tanto el art. 2340, inc. 7º, CCiv., como el art. 235, inc. f), CCiv.yCom., coinciden en otorgar el carácter público a las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común.

Con ello, el nuevo régimen no ha producido alteración alguna en materia de dominio público de obras hidráulicas.

f) El dominio público atmosférico

Hasta el momento, no existía una norma que refiriera en forma expresa al dominio de las aguas atmosféricas, es decir, en el momento previo a la precipitación pluvial, con lo que la relación humana con ellas sólo era abordada mediante la regulación policial de las actividades que podían alterar el clima³¹.

Algunos autores como Marienhoff³² han analizado la cuestión dominial en esta temática, asignándoles el carácter de *res nullius*. También se ha sostenido que, no existiendo situación jurídica consolidada sobre las nubes, respecto de las que —como cosas comunes— existía a lo sumo una expectativa de aprovechamiento por los parti-

³⁰ Bibiloni, Juan A., Anteproyecto..., cit., t. 3, p. 18; Spota, Alberto, Tratado..., cit., t. II, p. 155, quien en p. 154 exponía, además, una interpretación en base al art. 2349, CCiv., que reconoce a los ribereños sólo un derecho de uso que se condice con el uso común.

³¹ En este sentido, los arts. 157 a 159 del Código de Aguas de Córdoba.

³² Marienhoff, Miguel, Régimen..., cit., p. 269; Marienhoff, Miguel, "Condición jurídica de las nubes. Nuevas sugerencias", JA 1976-III-683.

culares, ellas fueron transferidas por la ley 17.711 al dominio público en virtud de la aptitud de ellas para satisfacer usos de interés general³³.

Otros, reconociendo su ausencia en el art. 2340, CCiv., con base en la analogía, han asignado al espacio aéreo —y, por accesión, a los recursos que contiene— el carácter de dominio público, por equiparlo con el mar territorial³⁴.

El inc. e) del art. 235 del CCiv.yCom. incluye en 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 esfuerzos de interpretación analógica.

g) Dominio público de las islas

En su redacción original, el art. 2340, inc. 6°, contemplaba dentro del dominio público a las islas que se formen en el mar territorial o en toda clase de río o en lagos navegables. Este texto fue modificado por la ley 17.711, quedando bajo dicho régimen las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables, cuando ellas no pertenezcan a particulares.

El motivo de esta reforma no fue otro que el reconocimiento de la realidad existente, donde en ocasiones las autoridades públicas han desafectado y adjudicado en propiedad tales bienes³⁵, así como otros casos en que ellos habían sido adquiridos mediante usucapión declarada judicialmente³⁶, a pesar del precepto contenido en el art. 2340, CCiv.

Con la ley 17.711 se configuró un régimen en el cual —explica Cassagne³⁷— las islas han pasado a tener un “estatus especial” dentro del dominio público, quedando así como una categoría residual que puede cambiar por hechos o actos administrativos provenientes de autoridades nacionales o locales que decidan enajenarlas; incluso cabe admitir que los particulares puedan adquirir el dominio sobre ellas a través de la usucapión o prescripción adquisitiva, o incluso especificación³⁸, como han validado las autoridades judiciales en ciertos casos³⁹.

³³ Moisset de Espanés, Luis y López, Joaquín, *Derecho de aguas...*, cit., p. 13.

³⁴ Diez, Manuel M., *Derecho administrativo*, t. IV, Plus Ultra, Buenos Aires, 1969, p. 594; Fiorini, Bartolomé, *Derecho administrativo*, t. II, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1976, p. 348.

³⁵ En el orden nacional, dec.-ley 14.577/1956. En el mismo sentido, leyes 4207 y 4276 de Buenos Aires, ley 2605 de Chaco, dec. 2319/1978 de Entre Ríos, entre otras.

³⁶ La Corte Nacional ha tenido por válidos esos títulos en diversas ocasiones; ver Corte Sup., in re “Barceló, Arturo L. v. Nación”, Fallos 285:78; in re “Cardile, Pancracio v. Provincia de Buenos Aires”, Fallos 191:328; in re “Gobierno Nacional v. Franco Mercedes, Elena y Enrique”, Fallos 151:272; entre otros.

³⁷ Cassagne, Juan Carlos, “Reflexiones sobre el régimen jurídico del dominio público”, JA 2011-II-3, fascículo 13 suplemento del 29/6/2011.

³⁸ Valls, Mario, “Las islas porteñas como reserva natural”, ED 176-771, analiza este caso en torno a una formada artificialmente, que, según observa la Corte Federal, declaró del dominio civil del Gobierno Nacional en base a la especificación producida en su formación.

³⁹ Corte Sup., in re “Cardile, Pancracio v. Provincia de Buenos Aires s/interdicto de retener la posesión”, sentencia del 19/12/1941, Fallos 191:328, con nota de Spota, Alberto G., “Desafectación y venta de las islas. La usucapión de las mismas”, JA 1942-I-1015.

Aún así, y aunque tal solución fue objeto de severas críticas⁴⁰, el nuevo texto normativo que expone el art. 235, CCiv.yCom., ha mantenido igual regulación, en cuanto las islas pertenecen al dominio público, “excepto que pertenezcan a particulares”, destacándose, además, que el artículo referido también ha sumado —dentro de la enumeración de los lugares donde se pueden formar las islas del dominio público— a la zona económica exclusiva, la plataforma continental, así como estuarios y arroyos.

h) Bienes hidráulicos privados

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

Aunque autores como Marienhoff⁴¹ o Allende⁴² han confundido los conceptos de fuentes y vertientes como regulatorios del mismo fenómeno, otros autores como Spota⁴³, Bridge⁴⁴, Cano⁴⁵ y López⁴⁶ los ha distinguido con claridad, no sólo a partir de su análisis normativo sino también en razón de las fuentes seguidas por el codificador.

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, CCiv., concluyendo que regulan fenómenos hidrológicos distintos: mientras en art. 2637, CCiv., 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, CCiv., regula aguas que vierten o descienden desde puntos más elevados del terreno que han tenido sus orígenes en precipitaciones nievales o pluviales.

Ambas tesis han sido receptadas jurisprudencialmente. La tesis de Spota fue sostenida por la Corte de Mendoza⁴⁷. La posición de Marienhoff fue seguida por la Corte de Jujuy en la causa “Ledezma”, donde asimiló fuente y vertiente como un único concepto abarcativo del régimen de los arts. 2350 y 2637, CCiv.; sin embargo, llega-

⁴⁰ Entre otros, Fiorini, Bartolomé, Derecho administrativo, cit., t. II, p. 334, observa que la norma introducida por la ley 17.711 presenta una contradicción lógica, ya que si el dominio público es imprescriptible e inalienable, entonces las islas no pueden ser objeto de propiedad particular.

⁴¹ Marienhoff, Miguel, Régimen..., cit., p. 494.

⁴² Allende, Guillermo, Derecho de aguas..., cit., p. 287.

⁴³ Spota, Alberto, Tratado..., cit., t. II, p. 460.

⁴⁴ Bridge, Alfredo, Estudios..., cit., p. 70.

⁴⁵ Cano, Guillermo, “Repercusión económica de la jurisprudencia en materia de aguas de fuente o manantiales”, JA 1944-II-280.

⁴⁶ López, Joaquín, Código de Aguas..., cit., arts. 151 y 153 y sus notas, ps. 56 y 57.

⁴⁷ Sup. Corte Just. Mendoza, in re “Ruiz de Correa, Edith y otros En J: Ruiz de Correa, Edith y otros / Sucesión de Antonio Olgúin”, 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’”.

da 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 Spota y sostiene que fuente y vertiente son dos conceptos legales que no pueden confundirse⁴⁸.

El nuevo Código ha generado cierta innovación en este tema. Por un lado, ha omitido toda referencia al régimen de las vertientes. Ya no hay más en el régimen civil positivo una norma que limite el principio general de la dominialidad pública de las aguas que corren por cauces naturales para el caso de las vertientes que nacen y mueren en el mismo fundo. De donde el concepto de cauce natural se transforma en la clave para la definición del carácter público privado del curso en cuestión.

Claro que quienes ostentaban un derecho patrimonial con anterioridad al cambio legislativo podrán sostener que el art. 17, CN, impide la publicación de sus derechos sin el requisito indemnizatorio. Discusión que se asemeja a la ya mantenida con ocasión de la ley 17.711 y las aguas subterráneas.

En lo que respecta a las aguas de fuente, el régimen ha sido regulado en el art. 239, CCiv.yCom⁴⁹.(49), norma que, aunque presenta ciertas similitudes básicas con el régimen vigente desde la ley 17.711, ha producido particularizaciones significativas que acentúan el régimen público. En concreto, se ha desvanecido la posibilidad de los propietarios de la fuente de cambiar el curso o dirección natural del recurso que habilitaba el texto anterior, afirmándose con claridad que el carácter público es sólo si la fuente no forma cauce natural.

La norma también presenta cierta redundancia, al 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—, que no pueden ser ejercidos de manera abusiva, o que su uso como bien del dominio público no hace perder tal naturaleza dominial.

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

⁴⁸ Corte Sup., 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, CCiv., en su redacción anterior a la reforma de la ley 17.711, 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”.

⁴⁹ “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”.

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 u artes (ya que si las dejaba correr hacia el inmueble vecino nunca las adquiriría)⁵⁰, Marienhoff se inclinaba a sostener que dichas aguas pertenecía la titular del inmueble por accesión, y con ello no era necesaria ninguna acción del titular para hacer nacer su dominio⁵¹. En cuanto a las aguas caídas en lugares públicos, Spota también les asignaba el carácter de *res nullius* apropiables⁵²; mientras que Marienhoff se inclinaba por sostener que eran públicas por accesión y que la ley por ello sólo 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 ésta carecía de valor legal con respecto a las regulaciones de uso de aguas públicas provinciales)⁵³.

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

La solución legal adoptada es cuando menos cuestionable. En parte, porque difícilmente pueda asignarse a los fluidos que se encuentran en el suelo una entidad totalmente independiente de él, 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.

2. Limitaciones dominiales vinculadas a las aguas

Otro aspecto regulado desde la norma civil hace a las limitaciones dominiales impuestas a la propiedad privada con fundamento en el interés privado, mientras que aquellas que se imponen por interés público son propias de las regulaciones de derecho administrativo⁵⁴.

Las limitaciones tradicionalmente han estado previstas en la norma civil, sea mediante restricciones impuestas al ejercicio del dominio para que se desarrolle de un modo normal o sea mediante servidumbres que generan un desmembramiento del carácter exclusivo de la propiedad en beneficio de terceros.

En materia de restricciones, el nuevo Código Civil y Comercial ha establecido una aplicación subsidiaria de las restricciones civiles basadas en la vecindad con respecto a las establecidas por el derecho administrativo en base al interés público (art. 1970, CCiv.yCom.), lo que estimamos adecuado no sólo en cuanto las relaciones comunita-

⁵⁰ Spota, Alberto, Tratado..., cit., t. II, p. 359.

⁵¹ Marienhoff, Miguel, Régimen..., cit., p. 248.

⁵² Spota, Alberto, Tratado..., cit., t. II, ps. 360 y ss.

⁵³ Marienhoff, Miguel, Régimen..., cit., ps. 252 y ss.

⁵⁴ Pinto, Mauricio, "Limitaciones al dominio vinculadas al uso de aguas" LL Gran Cuyo 2004-742.

rias hacen más a la esfera social —y propia del interés público— que a la personal e individual que regula la norma civil, sino porque debido a ello gran parte de estas regulaciones suele coincidir con similares dictadas en base al interés público, y frente a los intereses fundantes, es correcto que la norma civil se someta a la administrativa.

Dentro de las restricciones previstas en este sentido por la ley 26.994, el art. 1975, CCiv.yCom., regula los obstáculos en los cursos de las aguas, estableciendo que los dueños de inmuebles linderos a un cauce no pueden realizar ninguna obra que altere el curso natural de las aguas o modifique su dirección o velocidad, a menos que sea meramente defensiva. Si alguno de ellos resulta perjudicado por trabajos del ribereño o de un tercero, puede remover el obstáculo, construir obras defensivas o reparar las destruidas, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior, y reclamar del autor el valor de los gastos necesarios y la indemnización de los demás daños. Si el obstáculo se origina en un caso fortuito, el Estado sólo debe restablecer las aguas a su estado anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo.

Esta norma de alguna manera coincide en aspectos que antes regulaban los arts. 2642 a 2646, CCiv., aunque el régimen nuevo se limita a las obras defensivas. Debemos resaltar que existe un exceso en la actual norma, ya que ni siquiera con fines defensivos la norma civil puede autorizar una modificación del dominio público que no pertenece a la propiedad privada.

El contenido final de la norma, que asigna responsabilidad al Estado en caso de que deba removerse un obstáculo generado por motivos fortuitos, es el supuesto que limita la eximición de responsabilidad que estipula el art. 2º, inc. a), de la ley 26.944, de Responsabilidad del Estado, aplicable al gobierno federal. Pero en el esquema de esa norma, que sostiene la responsabilidad estatal como un aspecto del derecho público, no resulta aplicable a las jurisdicciones provinciales una asignación de responsabilidad contenida en el Código Civil.

El art. 1976, CCiv.yCom., regula la recepción de agua, arena y piedras, estableciendo que debe recibirse el agua, la arena o las piedras que se desplazan desde otro fondo si no han sido degradadas ni hubo interferencia del hombre en su desplazamiento, pudiendo derivarse el agua extraída artificialmente, la arena o las piedras que arrastra el agua, si se prueba que no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben.

Esta norma genera un cambio sustancial con los arts. 2632, 2633, 2648 y 2650, CCiv., que prohibían hacer correr aguas generadas artificialmente sobre el predio vecino, e imponían la obligación del desagüe a la vía pública o indemnizar los perjuicios si tal desagüe no fuera viable; y desarrolla los principios que antes se observaban en los arts. 2634, 2638, 2647, 2649, 2651, 2652 y 2653, CCiv., aunque implica una simplificación llamativa de ellos que desvanece la consideración de una cantidad de casos cotidianos o más específicos.

El denominado camino de sirga, restricción dominial expresada en los arts. 2639 y 2640, CCiv., ha sido regulado en el nuevo art. 1974, CCiv.yCom. Acorde a este régimen, el dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad. De este modo, el cambio sustancial ha sido la modificación de la franja afectada, que se ha fijado en quince metros para todos los casos —cuando antes podía extenderse hasta treinta y cinco metros—. Aunque

la navegación a la sirga carezca de aplicación práctica, la reducción de la franja de la servidumbre ha sido objeto de fuertes críticas, teniendo en cuenta la creciente conflictividad generada ya no por la determinación de la naturaleza jurídica sino sobre todo por las formas de acceso a los cursos de aguas públicas⁵⁵.

En cuanto a las limitaciones al dominio mediante servidumbres, el nuevo Código ha simplificado el régimen de una manera también llamativa. Mientras que el Código de Vélez resultaba fuertemente reglamentarista en esta temática⁵⁶, el actual Código ha optado por sólo enumerar dentro de las servidumbres forzosas a la servidumbre de acueducto —cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante o para la población—, y la servidumbre de recibir agua —extraída o degradada artificialmente de la que no resulta perjuicio grave para el fondo sirviente o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías— (art. 2166, CCiv.yCom.). En estos casos se contempla que si el titular del fondo sirviente no conviene la indemnización con el del fondo dominante o con la autoridad local, si está involucrada la población, se la debe fijar judicialmente.

Esta simplificación del régimen de servidumbre seguramente deberá ser suplida por una mejor técnica contractual guiada por la autonomía de la voluntad, que contemple supuestos que antes podían delegarse en la regulación de fondo. Aun así, la desregulación del contenido de las servidumbres no es necesariamente positivo. Siendo el agua un bien que en ocasiones supera la esfera individual de los intereses directos, sería posiblemente apropiado un régimen básico de las relaciones civiles que se constituyan en relación al recurso hídrico, especialmente teniendo en cuenta que la libertad no puede desplegarse plenamente cuando la ley no toma a su cargo todo aquello que no es reductible a un mero intercambio particular, ya que en estos casos se asigna al contrato la tarea de definir lo que la ley debe significar, por exceder el mero interés patrimonial de los contratantes y reflejar el bien común⁵⁷.

3. Acceso al uso de las aguas

De manera impropia, el Código de Vélez presentaba numerosas reglas que estaban aspectos propios del uso de las aguas públicas. Así, por ejemplo, el art. 2341, CCiv., regula el uso y goce de los bienes públicos en general según disposiciones administrativas y civiles; el art. 2349, CCiv., autorizaba el uso de los lagos por sus riberones o el art. 2642, CCiv., prohíbe la extracción de agua de los cauces sin concesión.

Con claridad, Marienhoff⁵⁸ ha señalado que tal regulación es un exceso de la materia civil que conlleva una situación inconstitucional.

⁵⁵ Es elocuente la historia jurisprudencial del 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 él pueda hacerse efectivo.

⁵⁶ El Código Civil hasta ahora vigente regulaba las servidumbres de acueducto (arts. 3082 a 3092, CCiv.), de recibir aguas (arts. 3093 a 4103, CCiv.) y de sacar aguas (arts. 3104 a 3107, CCiv.).

⁵⁷ Supiot, Alain, *Homo juridicus. Ensayo sobre la función antropológica del derecho*, Siglo Veintiuno, Buenos Aires, 2012, p. 222.

⁵⁸ Marienhoff, Miguel, *Régimen...*, cit., p. 113: "...el Código Civil nada tiene que hacer respecto al uso y goce de los bienes públicos. Esto es así no sólo porque tal materia pertenece al

En nuevo Código ha presentado una marcada depuración en este sentido, lo que constituye un avance. Como un aspecto genérico, el art. 237, CCiv.yCom., refiere al uso y goce de los bienes públicos bajo las disposiciones generales y locales, no estipulando con posterioridad ninguna norma referida al uso del agua.

IV. CONCLUSIONES

El nuevo Código Civil y Comercial ha mantenido, en general, los lineamientos del Código anterior y la reforma sustancial efectuada por la ley 17.711. Desconociendo una tendencia consolidada desde hace más de un siglo y acrecentada en la actualidad, el nuevo Código mantiene el obsoleto sistema mixto de propiedad sobre las aguas, contrariando el elemental principio de unidad del ciclo hidrológico y manteniendo innecesarias contradicciones.

Sin embargo, introduce modificaciones relevantes en múltiples aspectos del derecho de aguas, desde la naturaleza jurídica de las distintas clases de aguas, hasta las limitaciones al dominio.

Entre los primeros destaca fundamentalmente la inclusión del ambiente periglacial en el dominio público, lo que potencia el efecto tutelar que ya había considerado sobre los glaciares de manera explícita la ley 26.639, de Presupuestos Mínimos de Protección de Glaciares y Ambiente Periglacial. Es relevante, asimismo, la reafirmación del *plenisimum flumen* como criterio para la determinación de la línea de ribera, bien que morigerado por la forma de su definición, así como la fundamentación positiva brindada al dominio público atmosférico.

Dentro del ámbito de las aguas privadas, se elimina la distinción entre fuentes y vertientes, reduciendo el presupuesto fáctico del dominio privado a la no formación de cauce natural, aunque la falta de normas de transición puede generar conflictos en relación a las propiedades donde se aleguen derechos existentes. También la definición de los lagos no navegables sin dueño en el dominio privado del Estado y la consagración de la apropiabilidad de las aguas pluviales caídas en lugares públicos son aspectos novedosos que permiten superar diferencias doctrinarias en la materia, aunque ambos contrarían las tendencias publicistas actuales y excluyen a estas aguas de la técnica de tutela a través de la publicación dominial.

Respecto de las limitaciones al dominio vinculadas a las aguas, destaca, en general, la reducción y simplificación de la marcada casuística de la norma anterior, y en particular la sustancial reducción de la franja del camino de sirga. El abandono del anterior sistema reglamentarista en materia de servidumbres vinculadas al uso del agua llevará a que el libre acuerdo entre particulares dé lugar al contenido de este instituto, lo que puede resultar objetable en torno a acuerdos civiles que refieren a un bien que va más allá de la mera esfera individual de los contratantes.

Puede afirmarse, en consecuencia, que en sentido contrario a la reforma operada en la materia por la ley 17.711 de 1968, y salvo el supuesto del ambiente periglacial,

derecho público y no al derecho privado —que constituye el objeto del Código Civil— sino porque siendo este último una ley de la Nación, no podrá válidamente contener normas sobre uso y goce de bienes públicos situados en las provincias, ya que entonces la Nación aparecería legislando sobre una materia ajena a su competencia”.

la modificación de la ley 26.994 expande el ámbito privado sobre el dominio hidráulico. Esta expansión se refleja bien en las modificaciones introducidas respecto de los lagos no navegables, la apropiabilidad de las aguas pluviales caídas en fundos públicos, la reducción del camino de sirga, la ausencia de reglas legales sobre servidumbres civiles vinculadas al agua y la reducción de limitaciones dominiales en general. Todo ello, en definitiva, disminuye sensiblemente tanto el contenido del dominio público hidráulico como de las limitaciones al actuar particular en torno al recurso hídrico, lo que puede ser una estrategia legislativa cuestionable desde la óptica que asigna al dominio público y al rol estatal un papel trascendental en la tutela del entorno.

Como aspecto positivo, el nuevo Código Civil y Comercial preferencia el régimen de derecho público como estatuto propio del uso de las aguas. No sólo depura el exceso de la norma anterior, excluyendo disposiciones sobre usos de las aguas que son eminentemente administrativas, sino que incluso otorga carácter subsidiario a las restricciones dominiales establecidas en la materia con respecto a las propias del derecho administrativo.

Seguramente las normas locales sobre uso y tutela del dominio público hidráulico desempeñarán un rol vital en la eficacia de la publicación de las aguas como técnica de gestión ambiental.