

**LA APTITUD DE LAS AGUAS PARA SATISFACER USOS
DE INTERES GENERAL COMO FUNDAMENTO DE SU
CARACTER DE BIENES PUBLICOS**

*Miguel Mathus Escorihuela
y Amílcar Moyano*

I. *Introducción*

1. En Derecho de Aguas son bienes públicos aquéllos que se encuentran afectados —directa o indirectamente— al uso público, en función de la utilidad o comodidad común que los mismos presten. En el caso, dichos bienes son las agitas en general. Es de advertir que el concepto de aguas del dominio público del Estado se origina en la aptitud de dichos bienes para realizar intereses públicos, siendo éste un criterio variable y condicionado a circunstancias de tiempo y lugar. Haciendo hincapié en este criterio contingente en su determinación, bien cabe acotar que el agua, inmersa en el mundo crítico de la revolución tecnológica y la explosión poblacional, difícilmente pueda escapar a tal condicionamiento y a su ulterior afectación. De ahí que, en la legislación mundial, las aguas —en general— hayan pasado a ser bienes del dominio público.

En Derecho no bastan los meros supuestos fácticos, sino también el acto jurídico de la afectación para llevar a las aguas como parte del dominio público. Con lo expuesto queda dicho que la Política Hídrica estadual deberá siempre considerar el nivel de calidad, la cantidad y la eficiencia con que use la comunidad el bien que se pretende afectar. La importancia de todo ello reside en que la mayoría de los países no socialistas garantizan constitucionalmente a sus habitantes en los valores que componen su patrimonio. De ahí que el acto de afectación implique necesariamente a la expropiación indemnizatoria por la cual el agua que estaba en el patrimonio de los particulares pasa al patrimonio público

del Estado expropiador. Huelga acotar que tal medida lleva consigo un cambio —conmocional o no— que si bien será necesario en la mayoría de los casos, convendrá morigerarlo facilitando el traspaso de un régimen jurídico a otro. Es evidente en hispanoamérica la tendencia a incorporar al dominio público a todas las aguas superficiales. Ya lo hicieron Perú, Chile, Ecuador y Colombia. También es visible la tendencia de acentuar los poderes gubernamentales de control del uso respecto de aguas que aún son reconocidas como partes de la propiedad de particulares. Esto último no es más que una manifestación del ejercicio del poder de policía sobre los bienes de propiedad privada y, en materia de Derecho de Aguas, abre el camino hacia la dominialidad pública. Sin perjuicio de lo anterior, cabe considerar que todo cambio en el régimen jurídico de las aguas llevará consigo a la compensación, la indemnización de daños o a la expropiación lisa y llana, toda vez que la intangibilidad patrimonial es el principio justificativo del derecho occidental. Ante esta inevitable consecuencia —inducida por el ritmo acelerado de los tiempos— el Derecho de Aguas ha recurrido a fórmulas intermedias entre el régimen privado y el público, morigerando el impacto de la expropiación. La fórmula adaptada por el legislador civil argentino —al hablar de aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general— intenta advertir sobre el cambio de los tiempos y allana la situación del planificador ante la crisis de oferta que plantea el vigésimo primer siglo. Sin embargo el alcance y efecto de esta norma, no se refiere al cambio o sustitución del titular de las aguas. La declaración de dominialidad pública de un agua que antes era privada no significa, necesariamente, que su antiguo dueño será privado de su uso, sino que los poderes gubernamentales para regularlo y controlarlo aumentarán. Las constituciones y leyes de los países no socialistas como la Argentina, aunque literalmente digan que garanten la inviolabilidad de la propiedad privada ¹, en realidad lo que están garantizando es la intangibilidad de los valores que componen el patrimonio de las personas ². Pues esas mismas cláusulas constitucionales autorizan la expropiación de la propiedad privada por causa de utilidad pública. Esto es, autorizan la pérdida o transferencia forzosa de la propiedad privada. Pero al mismo tiempo, al requerir la indemnización de tal pérdida, lo que están garantizando es que el valor del patrimonio del expropiado no sufra mengua, y ello aunque el bien expropiado haya sido forzosamente sacado de él. Referido el problema a la propiedad de las aguas, la dificultad no consiste en que ciertas aguas privadas no puedan ser extraídas del patrimonio de un particu-

1 Constitución de la República Argentina, art. 17.

2 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en "Fallos", t. 17, p. 472 y t. 153. P. 231-

lar por su declaración de dominialidad pública, sino que éste sea debidamente compensado, para que su patrimonio permanezca intangible³.

3. El problema del cambio legislativo no se agota con la determinación de reglas científicas que permitan solucionar los conflictos de intangibilidad patrimonial. A veces, el legislador advierte que siempre que se dictan leyes que privan o limitan al sujeto de facultades o derechos de que anteriormente gozaba, habrá sectores del cuerpo social que resistirán el cambio, porque sus intereses se verán ante la expectativa de ser vulnerados. Entonces resulta prudente buscar paliativos para que los cambios no provoquen una conmoción social. Entre esos paliativos suele recurrirse a la aplicación gradual de los nuevos cuerpos legales. En algunas circunstancias se recurre al otorgamiento de algunas concesiones o compensaciones a los titulares del derecho que se va a extinguir o limitar más allá de su marco funcional. Otras veces el Estado debe hacerse cargo de la indemnización. Estas medidas son llamadas, por Luis Moisset de Espánes y Joaquín López, “de transición”, ya que su finalidad es procurar la eliminación de la conmoción, facilitando el paso de un sistema a otro, creando de tal forma una etapa intermedia, en la que no suele aplicarse ni la ley nueva ni la ley vieja, sino las soluciones particulares que el legislador prevé, y que pueden tener muy diferentes matices⁴. En materia de Derecho de Aguas estos aspectos no han sido suficientemente estudiados, pero en el análisis que más adelante se efectúa se advierte que la norma introducida por el legislador argentino en 1968 importa una mera declaración de utilidad pública —genérica para todas las aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general— sin determinación específica del bien, dejando librada su especificación a las autoridades provinciales —legales o administrativas— y sin llegar al supuesto extremo de implementar —lisa y llanamente— la expropiación, con la consiguiente indemnización.

II. *Objeto de estudio*

A. El legislador civil declaró en 1968, como perteneciente al dominio público provincial, a todas las aguas que tuvieran o adquiriesen la aptitud de satisfacer usos de interés general⁵. Es evidente que dicha declaración obedecía a una realidad que los tiempos que corrían y corren dejan traslucir. Existe una tendencia definida y creciente de incorporar

3 Guillermo J. Cano, “Los cambios de legislación y sus efectos sobre la propiedad y los usos permitidos de las aguas”, doc. Con. c/ 14 /19, Mar del Plata, 1977, párr. 10.

4 Luis Moisset de Espánes y Joaquín López, “Derecho de Aguas, régimen transitorio y normas de conflicto”, ed. Dirección General de Publicaciones, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1980, p. 8.

5 Código Civil argentino, art. 2340 inc. 3.

al dominio público del Estado provincial —en el particular caso de la Argentina que constitucionalmente conforma a una federación— a las aguas que eran consideradas de propiedad privada. Así se lo ha expresado en el párrafo 2 respecto de las aguas superficiales en el ámbito de hispanoamérica y es regla general en el mundo conocido. Esta tendencia deriva del concepto físico del ciclo hidrológico, del que fluye la aserción de que el agua es una sola, y de que sólo debe haber una categoría de aguas. Resulta poco justificable —desde el punto de vista filosófico y político que —por ejemplo— las leyes de un país consideren públicas a las aguas que corren por un río, pero que cuando desde bajo el álveo se infiltran por debajo de la propiedad inmueble privada, pasen a ser propiedad privada del dueño de ésta. Respecto de las aguas subterráneas del ejemplo la reforma de 1968 ha sido explícita en declararlas como pertenecientes al dominio público del Estado. Respecto —en cambio— de las aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general, el legislador ha sido más cauteloso, ya que ha diferido este carácter a la comprobación —legal o administrativa que podrán hacer las provincias— del interés público que ocasionalmente podrán revestir algunas aguas en especial. Recién con la expropiación formalmente indemnizada podrán estas aguas decirse del dominio público estadual, mientras tanto su situación jurídica será la de seguir la suerte del terreno en el que discurren. Sin embargo, constituyendo la norma una declaración genérica de utilidad común y reconociéndose como fuente mediata al Texto Unico italiano de 1933, bien cabe el análisis de la legislación, jurisprudencia y doctrina comparada para determinar el alcance de la mencionada norma en el Derecho de Aguas argentino.

III. *Método de estudio*

5. Los antecedentes argentinos permiten tener como fuente interpretativa de la reforma legislativa de 1968, al derecho positivo italiano⁶, con la expresa salvedad de que en el derecho argentino no se facultó legislativamente para que el administrador confeccionase los “elencos de aguas públicas”. Como en el derecho italiano tal facultad existía, la doctrina prevalente sostiene que cuando el juez o el administrador en su elenco declara la dominialidad de un agua —anteriormente privada— no es procedente la indemnización porque, en rigor, el agua no era privada sino pública, y así se constataba el carácter declarativo y no constitutivo de la inscripción en el respectivo elenco⁷.

6 Joaquín López, "Dominio de las aguas*", en "Memorias del I Seminario sobre legislación de Aguas de San Salvador", El Salvador, Centroamérica, 1971, tema II, p. 3.8.

7 Luis Moisset de Espanés y Joaquín López, ob. cit., nota 4, cita 92.

En el derecho argentino —a pesar de haberse seguido el texto italiano aunque sin la referencia a los elencos— se encuentra en juego la garantía constitucional de la propiedad privada —establecida por el art. 17 de la Constitución Nacional— y aunque medie el cambio de calificación legal de las aguas que actual o potencialmente adquieren aptitud de satisfacer usos de interés general, ellas permanecerán en el patrimonio de sus titulares mientras no medie expropiación, pudiendo sostenerse que la nueva norma sólo tiene los efectos de la declaración de “utilidad pública”. Sin embargo, constituyendo la primera parte del procedimiento expropiatorio argentino, bien cabe la referencia analógica de la aptitud, las circunstancias y el interés público presente o futuro que en el derecho italiano hacen que de esta categoría de aguas pueda ser considerada del dominio público estadual. Va de suyo que, para el derecho argentino, la referencia analógica servirá al efecto de cumplimentar el trámite expropiatorio. De tal manera los elementos contingentes de esa norma genérica servirán para especificar o determinar al agua que sufrirá el trámite expropiatorio y de tal forma, podrá evaluarse la pertinente, legal y justa indemnización.

IV. *El dominio de las aguas en la legislación italiana*

A. *Consideraciones preliminares*

6. Además de la analogía legislativa que existe entre el derecho positivo italiano y la legislación civil argentina de 1968, es necesario advertir que el codificador argentino de 1869 tomó como una de sus fuentes al Código Civil italiano de 1865. La nota 2340, en el párrafo 7, dé Vélez Sársfield cita al art. 427 del mencionado Código, y en la nota 1323 el codificador argentino advierte que, habiéndose publicado el Código Italiano en 1865, deja las concordancias con el Código Sardo, para hacerlas en este nuevo Código, aunque continuando con el de Nápoles⁸.

7. La importancia que el derecho italiano tiene para la legislación argentina es evidente. Sin embargo, debe advertirse que el procedimiento de formación de las normas jurídicas italianas es esencialmente distinto al argentino. La historia del régimen político italiano tiene así, varias épocas. En un primer momento Italia es la Roma tradicional con su monarquía, república e imperio. La caída del imperio daría lugar a principados, repúblicas y “señorías” que dejarán el aporte de prolíficas normas. En 1861 Víctor Manuel asumía como rey de Italia e inauguraba el

8 Alberto O. Spota, *Tratado de Derecho de Aguas*, ed. Jesús Menéndez, Bs. As., 1841, T. I, p. 457, en nota 465.

Estado unitario. En 1946 el referéndum de Umberto II convirtió a la monarquía en república, y su Constitución entró en vigor en 1948. A diferencia de la República Argentina, en la República Italiana —a partir de 1861— existió sólo una autoridad con competencia territorial para determinar la publicidad o privacidad de las aguas ⁹.

B. *Derecho italiano intermedio*

8. Italia fue sede de la civilización romana y su derecho piedra basal de la filosofía jurídica de occidente. Mientras en la Instituta todas las aguas revestían el carácter de públicas, en el Digesto —en cambio— casi todas las aguas eran públicas. Cuando cae el imperio romano —enseña Joaquín López— sus instituciones se sucedieron con cuatro rumbos territoriales bien definidos. Italia, Inglaterra, Francia y España. De aquellas cuatro direcciones el derecho intermedio italiano adquirió un carácter esencialmente distinto. Al parecer, los príncipes italianos siguieron fielmente las disposiciones de la Instituta. Así, en Lombardía se considerarían públicas a todas las aguas, pero, como antes de la creación de aquel principado se habían creado derechos o situaciones de hecho, se respetó a los derechos adquiridos. En Mantua, en el Véneto y el Piamonte los derechos ya creados no fueron respetados y se consideró a todas las aguas públicas. Más precisamente, desde 1556 la autoridad de tierras yermas de Venecia dictó leyes declarando que todas las aguas eran públicas y a igual época se remonta el catastro o registro de aguas —ostensiblemente públicas—, y el “Istituto dell’ Incameramento delle Acque”. En Nápoles se siguió la misma orientación que en Lombardía y en 1680 se dictó una ley que declaró públicas a todas las aguas y que, sin embargo, respetó los derechos adquiridos. En cambio, en Génova —posiblemente por la influencia francesa en Liguria— se siguió el sistema galo de la ribereñidad. En las repúblicas allende al valle del Pó siempre se reconoció la necesidad de obtener concesiones para los usos posibles del agua, con lo cual la publicidad de las aguas estaba implícita. En los Estados Pontificios se reconocía —en cambio— el libre uso de aguas superficiales de menor cuantía, pero las concesiones papales eran necesarias para el uso del agua en aprovechamientos estimados de importancia, como en el caso de los molinos movidos con fuerza hidráulica. En 1782 en Toscana los principales cursos de agua fueron declarados “aguas de interés público”

9 Giovanni Conserva, "Constituzione della Repubblica Italiana", ed. Bonacci, Roma, 1974, en p. 232 y 234 comenta que, si bien la Constitución, fue concluida el 27 de diciembre de 1917, por la XVIII disposición final, entró en vigencia el 19 de enero de 1948: en su art. 1 señala que es una República, en su art. 5 que es una e Indivisible, y en sus arts. 114 y 183 alude a las regiones, provincias y comunas como entidades centralizadas del Estado unitario.

y un contrato de concesión era necesario para efectuar las derivaciones respectivas. A modo de síntesis, los párrafos antecedentes permiten asumir que —aún antes de la unificación de 1861— los territorios italianos reconocían que las aguas de mayor importancia eran siempre públicas¹⁰.

C. *Código Civil de 1865*

9. El primer Código Civil italiano fue promulgado el 25 de junio de 1865 por el real decreto 2358, otorgado en virtud de la ley del 2 de abril de igual año 2215, y comenzó a regir el 1° de enero de 1866. El art. 427 del citado cuerpo —al que se refirió expresamente Vélez conforme se lo señaló en el párrafo 6— dice textualmente: “Los caminos nacionales, la ribera del mar, los puertos, las bahías, las playas, los ríos y torrentes, los puertos, los muros, los fosos, los bastiones de las plazas de guerra y de las fortalezas hacen parte del dominio público”. En cuanto se refiere al dominio público fluvial, el precepto simplemente se limita a enunciar que forman parte de él, los ríos y torrentes. El precepto enunciado debe, sin embargo, relacionarse con el art. 543 del mismo Código que textualmente dice: “Aquél cuyo fundo bordean aguas que corren naturalmente y sin obra ejecutada por el hombre, salvo las declaradas del dominio público por el art. 427, o sobre las cuales otro tenga derecho, puede, mientras transcurren, usarlas para la irrigación de sus fundos o para el funcionamiento de su industria, pero bajo la condición de restituir los sobrantes y las aguas usadas en la industria al curso ordinario. Aquél cuyo fundo es atravesado por estas aguas puede también usarlas en el trecho por el cual corren con la obligación de restituir las al curso ordinario cuando salgan de sus terrenos”. De la interpretación gramatical de este último precepto, parecería que si se dice “salvo las —aguas— declaradas del dominio público por el art. 427”, bien podría deducirse que el Código reconoce la existencia de corrientes de agua privada.

10. Las disposiciones de los arts. 427 y 543 del Código de 1865, llevaron a la doctrina a delimitar los conceptos de ríos y torrentes, para obtener así —por exclusión— a las corrientes que el legislador había mantenido como pertenecientes al dominio privado. Respecto de los ríos, el mismo Código parecía dar la respuesta y considerar que la ley se había referido a los cursos navegables o flotables conforme lo señalaba Enrico Guicciardi¹¹, aunque de acuerdo a los arts. 457 y 458 la expresión “fiumi” caracteriza tanto a los ríos que pueden ser utilizados para el trans-

10 Joaquín López, "Cursos de Aguas", en "Curso de Derecho de Aguas", ed. CELA, Mendoza, 1973, ps. 139 y 140, y Dante Caponera, "Waters Laws In Italy", ed. FAO, Roma, 1933, doc. 22.

11 Enrico Guicciardi, "Il demanio", Padua, 1934, p. 84.

porte como a los que no permiten tal uso, de acuerdo a la correcta exégesis de Alberto Spota¹². Ostensiblemente, si no había distinción que hacer en los ríos, el problema adquiriría importancia en la determinación del concepto jurídico del torrente, aunque para Filomusi-Guelfi tampoco en el concepto de torrentes había distinción que hacer porque el art. 427 incluía a todos los cursos de agua como pertenecientes al dominio público¹³, en cambio, en un criterio totalmente opuesto Pacifici-Mazzoni entendía que la ley italiana sólo se había referido a los cursos de agua perennes excluyendo al torrente discontinuo¹⁴, por último, Lorenzo Meucci¹⁵ y Pacelli¹⁶ consideraban que el legislador quiso incluir como bienes del dominio público sólo a las corrientes capaces de satisfacer usos de interés general, dejando a un lado la conceptualización de ríos y torrentes, y sometiendo la apreciación de dicha capacidad al magistrado. Ahora bien, si la interpretación de los arts. 427 y 543 del Código había originado la discusión sobre la determinación de las aguas que quedaban como corrientes del dominio privado, fue la correlación de dichos textos con la Ley de Obras Públicas de 1865 la que ocasionó el divorcio más grave en la doctrina de los autores.

D. *Ley de Obras Públicas de 1865*

11. La Ley sobre Obras Públicas del 20 de marzo de 1865, constituyó una modificación de la Ley del 20 de noviembre de 1859 sobre igual tema. En la Ley de 1865 se enumeraron las aguas del dominio público de un modo mucho más amplio al de la fórmula contenida en el Código de igual año. Esta ley denomina aguas públicas, no sólo a los ríos y torrentes, sino también a los desagües, arroyos, colectores y lagos, exigiendo para su uso título legítimo o concesión. Al respecto el art. 102 de la ley textualmente dice: "Los menores recursos naturales de aguas públicas distinguidas de los ríos y torrentes con la denominación de aguas de fosos, arroyos y desagües públicos, deben ser conservados por los propietarios de los bienes que den frente a los mismos o de aquéllos a los cuales sirven de desagüe, y de los poseedores y usuarios de sus aguas". Por su parte el art. 132 del mismo texto legislativo requiere, a falta de título legítimo, una concesión para el uso de las aguas públicas, disponiendo lo siguiente: "Nadie puede derivar aguas públicas, ni establecer sobre éstas molinos u otros artefactos, si no posee un título legítimo, o no obtiene la concesión del Go-

12 Alberto Spota, ob. cit. en nota 8, T. I, p. 460, cita 476.

13 Filomusi-Guelfi, "Diritti reali", Roma, 1891-2, p. 92.

14 Pacifici-Mazzoni, "Il codice civile Italiano commentato", Turin, 1807, 7º ed. T. I, p. 83 y ss.

15 Lorenzo Metucci, "Instituzioni di diritto amministrativo", Turin, 1909, 6º ed. p. 333.

16 Pacelli, cit. por Alberto Spota, ob. cit. en nota 8, T. I, p. 464, en cita 482.

bierno". De las disposiciones transcriptas surgía que los "menores cursos naturales" eran caracterizados por la ley como aguas del dominio público, junto a los ríos y torrentes. Sin embargo surgía inmediatamente la dificultad de compatibilizar ese dominio público con el derecho a favor de los particulares sobre las aguas corrientes distintas de los ríos y torrentes, conforme al ya mencionado art. 543 del Código. Por otra parte, si a los "menores cursos naturales" no se los consideraba como bienes públicos, carecía de sentido el art. 132 de la ley que exigía la respectiva concesión. La diversidad entre el sistema del Código y la Ley de 1865 se vería incrementada con el dictado de leyes posteriores que ampliaron el número de las aguas que debían estimarse públicas e incrementaron las divergencias doctrinarias.

E. *Ley sobre derivaciones de agutí pública de 1884.*

12. La Ley 2644 del 10 de agosto de 1884, sobre Derivaciones de Agua Pública, no resolvió la divergencia entre lo preceptuado por el Código y la Ley de 1865. Sin embargo, por el art. 25 ordenó la formación de "elencos de las aguas públicas" a la autoridad administrativa, aunque sin hacer saber cuál era el criterio diferencial de las aguas que deberían formar parte de las nóminas. El artículo en cuestión establecía: "Mediante el Ministerio de trabajos públicos se formarán los elencos —o nóminas— de las aguas públicas en el territorio de cada una de las provincias del Reino, y los mismos elencos serán publicados en todas las provincias interesadas en el curso de agua. Los interesados tendrán derecho de presentar dentro de un plazo de tres meses sus reclamos. Los elencos serán aprobados por decreto Real, oídos los Consejos provinciales, de las provincias interesadas en el curso de agua, el Consejo de trabajos públicos y el Consejo de Estado; quedando a salvo, en caso de controversia, la competencia del poder judicial". De esta forma los "elencos" debían elaborarse de acuerdo con las instrucciones que se impartían a los Prefectos y en las que el Ministro de Trabajos Públicos advertía: "La ley no define cuáles son las aguas públicas, pero tengamos en cuenta la siguiente regla, para determinar cuándo un agua es pública: aquella que, por su volumen, cantidad o masa de agua, o por la expansión de su curso puede servir a usos públicos, comerciales y agrícolas; cuando tales objetos vengan a reunirse, se puede, con fundamento, decir, que el curso de agua tiene el carácter de público" ¹⁷. En síntesis, puede

17 Giorgio Giorgi, "La dottrina delle persone giuridiche", Turin, 1927, 2^o ed., T. III, p. 370, refiere que la Administración debía poner de relieve las características que llevaban a declarar públicas las aguas, como la necesidad de satisfacer la navegación, la flotación, los usos industriales, agrícolas, higiénicos, etc.

decirse que la ley de 1884 —sin establecer el criterio distintivo entre las aguas públicas y las privadas¹⁸— ordenó a la autoridad administrativa la confección de nóminas o elencos que contuviesen a las aguas consideradas públicas, confiriéndose a la inscripción efecto declarativo y no constitutivo, y pudiendo el particular que se viera vulnerado en su derecho de propiedad sobre las aguas, reivindicarla judicialmente, mientras no se hubiese operado la prescripción adquisitiva a favor del ente. Sobre esta última circunstancia —observa Nicola Coviello— podía, sin embargo, presentarse la situación recíproca, en que —existiendo un bien del dominio público no incluido en el elenco— se dieran hechos contundentes sobre su destino al uso público, y en cuyo caso las aguas no dejaban de ser tal, pudiendo ser reivindicadas por la administración mientras no se hubiese operado la prescripción adquisitiva a favor del particular¹⁹. Todo esto indica claramente que las nóminas o elencos no eran constitutivos, sino declarativos de la dominialidad pública del agua, y que la inscripción o inclusión en los elencos importaba la publicidad hasta tanto no hubiera prueba en contrario. Lógicamente —concluye Alberto Spota— la autoridad judicial daba la última palabra y es por ello que la misma inclusión de una corriente en los elencos administrativos no podía ser considerada por el particular que pretendía un derecho de propiedad sobre la misma, como un acto que atacaba ese derecho²⁰. Si bien la Ley de 1884 no definió ni proveyó al intérprete de elementos de juicio para discriminar las aguas públicas de las privadas, las instrucciones administrativas impartidas a los Prefectos y la importancia con que fueron consideradas por los jueces en sus sentencias, señalan por vez primera los criterios con que comenzaba a formarse la costumbre jurídica extralegislativa.

F. *Primer texto único de 1916*

13. Después del 24 de mayo de 1915 —fecha en la que entró en guerra Italia— el Gobierno cayó en la cuenta que sus reservas de carbón disminuían rápidamente y que las circunstancias exigían el mayor aprovechamiento de la energía hidráulica. La Ley 671 del 22 de mayo de 1915 había otorgado al Ejecutivo la facultad de sancionar disposiciones con valor de ley para superar —en la emergencia bélica— las necesidades de la economía nacional. Para reformar la Ley sobre Derivaciones de Agua Pública de 1884 se designó una Comisión presidida por Giovanni Villa. El fin era poner en orden a las normas existentes y refundirlas en

18 Giulio Fiorenza, "Le acque pubbliche e la legge del 10 agosto 1834", Milán, 1904, p. 27.

19 Nicola Coviello, "Manuale di diritto civile italiano. Parte Generale", Milán, 1924, 3ª ed., p. 288.

20 Alberto Spota, ob. cit. en nota 8, T. I, p. 470, cita 498.

un texto legislativo armónico y, sobre todo, evitar los conflictos de competencia que originaban las atribuciones otorgadas a los Prefectos de cada provincia cuando los cursos incluidos en los elencos interesaban a más de una de ellas ²¹. El proyecto de la Comisión Villa —con algunas modificaciones— constituyó el primer texto único de 1916, mediante el decreto 1664 del 20 de noviembre. El texto aprobado no adoptó ningún criterio diferencial entre las aguas públicas y las privadas, pero estableció que serían aguas públicas las comprendidas en el elenco que debía confeccionarse. Al respecto, nada de nuevo tenía el nuevo texto. A más de ello, para elaborar esa lista o elenco de aguas públicas, el procedimiento era recurrir a las ya comentadas instrucciones ministeriales surgidas de la aplicación de la ley de 1884. En base a lo expuesto, se dijo: “Son aguas públicas aquéllas que puedan tener aptitud para satisfacer los usos agrícolas o hidroeléctricos, teniendo en cuenta la extensión o la importancia de los usos”. Lo cierto es que el nuevo texto de 1916 obligaba a la Administración a realizar la lista de las aguas públicas, pero olvidaba nuevamente determinar los requisitos que debían reunir tales aguas para su inclusión. De esta necesidad surgió el Reglamento Técnico Administrativo, que mereció aprobación mediante el decreto 85 del 24 de enero de 1917. Por su art. 1 —tomado del art. 35 inc. 1 del proyecto de la Comisión Villa— se dio por primera vez un criterio legislativo para determinar a las aguas públicas, ya que si bien la disposición emanaba de la autoridad administrativa como decreto reglamentario, la Ley 671 permitía tenerlo como cláusula ampliatoria del texto único de 1916 y entenderlo con efecto legal obligatorio para todo el Estado italiano. En este art. 1 del Reglamento Técnico Administrativo de 1917 se decía que, la jurisdicción del Magistrado supremo del agua era entender en todas las controversias referentes a la dominialidad de las aguas públicas, ya fuesen surgentes, fluentes o lacustres, considerándose a éstas, tanto aisladamente como en relación al sistema hidrográfico al que pertenezcan, teniendo en cuenta, además, su caudal o volumen, así como la aptitud para ser utilizado de cualquier modo destinadas a todo uso de interés público ²². Como se ve —expresa Alberto Spota— por este artículo se daba un criterio bastante claro para diferenciar a las aguas del dominio público de las que pertenecían a los particulares, y la Administración —que estaba obligada a organizar el catastro de las aguas públicas— sabía por este medio los

21 Barbiellini-Amidel. cit. por Alberto Spota, ob. cit. en nota 8, T. I, cita 543.

22 El texto de la estipulación del art. 1, decía textualmente en el proyecto de la Comisión Villa: “Art. 35. La sezione giurisdizionale del Magistrato alle acque decide: a) Delle controversie Interno alla demanialità delle acque, sorgenti, iluenti e lacuali, considerate tanto isolatamente quanto In relazione al sistema Idrografico al quale appartengono, tenuto conto della loro portata o volume, e dell' attitudine ad essere utilizzate o comunque destinate a qualsiasi uso di pubblico Interesse”

requisitos discriminantes ²³. Huelga acotar que, por vez primera se empleaba la fórmula abstracta materializada en la aptitud de satisfacer usos de interés público.

G. *Se jundo texto único de 1919*

14. El 9 de octubre de 1919, el gobierno italiano se decidió a unificar una serie de normas sancionadas por el Senado y dictar el decreto-ley 2161. Este segundo texto único de 1919 se caracterizó por incluir en su art. 3 al principio contenido en el art. 1 del Reglamento Técnico Administrativo de 1917, en los siguientes términos: “Serán inscriptas en los elencos todas las aguas surgentes, fuentes y lacustres que, ya sea aisladamente consideradas, ya sea por su caudal o por la amplitud de la cuenca imbrífera respectiva, o ya sea en relación con el sistema hidrográfico al cual pertenecieren tuvieran o adquiriesen la aptitud de satisfacer cualquier uso de interés público y general” ²⁴. Ostensiblemente, el criterio de determinación de las aguas públicas —aunque más específico que en leyes anteriores— permanecía siendo contingente. De ahí que, para prevenir eventuales y futuros menoscabos de los derechos de los particulares sobre las aguas que pasarían a ser públicas, el mismo decreto-ley en su art. 5 estipuló un derecho a la concesión a los usuarios afectados “con exclusión de cualquier otro solicitante”. Claro está que, este derecho procedía en el caso de que el usuario no pudiera acreditar un título legítimo para derivar las aguas públicas, o bien, que no hubiera poseído a éstas durante el treintenio anterior a la promulgación de la ley de 1884, conforme al art. 2 del mismo decreto-ley²⁵.

H. *Tercer texto único de 1933*

15. La necesidad de compilar nuevamente los antecedentes legales dispersos —sobre las aguas e instalaciones eléctricas— provocó el dictado del decreto 1775, conocido como el tercer texto único del 11 de diciembre de 1933. Si bien la norma se creaba a través de un decreto, la ley —del 18 de agosto de 1927— sobre delegación de facultades para redactar el texto único en materia de aguas públicas y centrales eléctricas, autoriza a concederle el valor jurídico de una ley ²⁶. Con respecto al principio de-

23 Alberto Spota, ob. cit. en nota 8, T. I, p. 490.

24 “Art. 3: Saranno inscrite negli elenchi tutte le aequae sorgenti, fluenti e lacuali, che considerate sia isolatamente, per la loro portata o per l’ampiezza del respettivo bacino Imbrifero, sia In relazione al sistema Idrografico al qua’e appartengono, abbiano o acquistino l’attitudine a qualsiasi uso di pubblico generale Interesse”.

25 Alberto Spota, ob. cit. en nota 8, T. I, p. 489, en cita 551 recuerda que fue Alessandro Marracino quien propuso —en líneas generales— este “jus praelationis”.

26 Errico Presutti, “Istituzioni di diritto amministrativo Italiano”, Mesina, Millán, 1931, 1934, 3º ed., T. I, p. 59.

terminante de la publicidad de las aguas, el art. 1 —en su primera parte— textualmente establece: “Son públicas todas las aguas surgentes, fuentes y lacustres, así como las extraídas artificialmente del subsuelo, vinculadas o incrementadas, las cuales, ya sea consideradas aisladamente, por su caudal o por la amplitud de la respectiva cuenca imbrífera, o ya sea en relación con el sistema hidrográfico al cual pertenezcan, tengan o adquieran la aptitud de satisfacer los usos públicos de interés general”. Al respecto dicha estipulación —señala Giuseppe Lampisque—, ella afirma directamente cuáles son las aguas que deben ser consideradas públicas, sin que por ello deje de ordenarse la organización de registros de tales aguas²⁷. Y en efecto, el mismo art. 1 continúa diciendo: “Las aguas públicas son inscriptas por el Ministerio de Trabajos Públicos, separadamente por provincias, en nóminas a aprobarse por decreto real, a propuesta del Ministerio de Trabajos Públicos, oído el Consejo Superior de trabajos públicos previo el procedimiento a seguir de acuerdo a lo indicado en la reglamentación. En la misma forma, pueden ser compiladas y aprobadas nóminas supletorias a fin de modificar e integrar las nóminas principales. Dentro del término perentorio de seis meses de la publicación de las nóminas principales o supletorias en la Gaceta Oficial del Reino, los interesados pueden recurrir ante los Tribunales de aguas públicas en contra de las inscripciones de los cursos de aguas en las mismas nóminas”. Debe advertirse que —entre los enunciados del artículo transcrito— se ampliaba la fórmula de los textos únicos anteriores y se incorporaba a las aguas públicas a las extraídas artificialmente del subsuelo. Sin innovar sobre la materia, el texto único de 1933 reprodujo en sus arts. 2 y 4 los arts. 2 y 5 del texto de 1919²⁸.

1. Código Civil de 1942

16. Por decreto 262, del 16 de marzo de 1942, se aprobó el texto del Código Civil en vigencia, cuyas estipulaciones son efectivas desde el 21 de abril del mencionado año. En su art. 822 señala expresamente: “Pertenecen al Estado y forman parte del dominio público... los ríos y torrentes, los lagos y las otras aguas definidas públicas por las leyes en la materia...”. Por su parte, el art. 909 establece: “El propietario del suelo tiene el derecho de utilizar el agua en él existente, salvo las disposiciones de las leyes especiales para el agua pública y para el agua subterránea”. Y el art. 910 agrega: “El propietario de un fundo limitado o

27 Giuseppe Lampis, “Il nuovo regime delle acque pubbliche”, en “Rivista di diritto pubblico e della pubblica amministrazione In Italia”, iundada por Salvatore D'Amelio, Roma, 1934, T. I, p. 74.

28 “Testo Unico delle Disposizioni sulle Acque e Impianti Elettrici”, Ilustrato con 1 lavori preparatori e la giurisprudenza, ed. por Carlo Colombo, Roma 1934.

atravesado por aguas no públicas que corren naturalmente y sobre las cuales otro no tiene derecho, puede, mientras transcurren, hacer uso de ellas para la irrigación de su terreno y para el ejercicio de su industria, pero debe restituir los sobrantes y las aguas usadas al curso ordinario". En definitiva, fuera de los ríos, los torrentes y los lagos, cualquier agua puede resultar privada, pero siempre que una ley especial no baya previsto su dominialidad. La remisión al texto único de 1933 —tanto en la enunciación de las aguas públicas, como en las que, teniendo o adquiriendo la aptitud de satisfacer usos de interés general, resulten incluidas en los elencos de aguas públicas— parecería aquí evidente. Sin embargo, la doctrina de los autores italianos discrepa notablemente en la armonización de las normas del nuevo Código y del texto único de 1933. En rigor, como el art. 822 del Código de 1942 reproduce el viejo art. 427 del Código de 1865 con la extensión de "las otras aguas definidas como públicas por las leyes de la materia", las divergencias doctrinarias se remontan al efecto jurídico atribuido a la inclusión de las aguas en los elencos administrativos. Con ello las disidencias de los autores remontan a la antigua ley de 1884, se complica subsiguientemente con la jurisprudencia sentada desde aquella época, y se definen —en última instancia— en la interpretación del texto único de 1933.

J. Conclusión

17. Antes de la vigencia del Código Civil de 1942 los diversos grupos de doctrinas se caracterizaban porque, unos hacían predominar el Código Civil de 1865 sobre las demás leyes, otros sólo tenían en cuenta a las leyes especiales considerando que el Código había quedado derogado y, por fin, el tercer grupo intentaba una conciliación entre ambas posiciones ²⁹. Después de la vigencia del Código de 1942 —que remite a las aguas públicas definidas por otras leyes de la materia— han perdido actualidad las teorías que ponían especial énfasis en el predominio de la legislación civil sobre las leyes especiales, para considerar el carácter declarativo o constitutivo que tiene la inclusión de las aguas en los elencos administrativos de las aguas públicas. Sin perjuicio de lo expuesto, se sistematizan a continuación los tres grupos de teorías clasificándolas en privatistas, públicas e intermedias.

18. Dentro de las teorías privatistas, Sebastiano Gianzana sostiene que las corrientes que son ni ríos ni torrentes, no inspiran un interés general y por ende no son públicas, constituyendo un dominio "sui generis"

29 Alberto Spota, ob. cit. en nota 8, T. I, p. 511 y ss.

de los ribereños ³⁰. Para Filomusi-Guelfi es necesario distinguir entre aguas dominiales y aguas públicas, ya que sólo los ríos y torrentes formarían las primeras y la publicidad sería también característica de las aguas privadas ³¹. En realidad estas teorías tuvieron su base y apogeo con dos decisiones del Consejo de Estado según las cuales los cursos menores constituían una propiedad privada de los ribereños ³². Posteriormente, como la enunciación normativa de las aguas públicas aumentó, los autores se inclinaron por seguir la teoría de Filomusi-Guelfi ³³. A modo de síntesis, podría decirse que —para este grupo de teorías privatistas— la inclusión en los elencos no tenía efecto declarativo, sino simplemente indicarlo de la publicidad de las aguas. De tal forma las corrientes que no sean ríos, torrentes o lagos pertenecen a los particulares. El art. 1 del texto único de 1933 fija el criterio para declarar el interés social de las aguas y no su afectación. Consiguientemente, la inclusión en los elencos determina su publicidad y no su dominialidad. En ese mismo orden de ideas, sólo las aguas definidas expresamente como públicas —tanto en el Código como en el texto de 1933— quedan afectadas al uso público y son, por ende, dominiales.

19. Dentro de las teorías publicistas se encuentran los autores que, interpretando una circular del Ministerio de Trabajos Públicos —del 29 de mayo de 1869— seguía a la doctrina francesa que consideró a todas las corrientes naturales de agua como pertenecientes al dominio público ³⁴. Ostensiblemente, este grupo de doctrinas niega la distinción —propuesta por Francesco Filomusi-Guelfi— entre aguas públicas y dominiales ³⁵. Por otra parte, la inclusión en los elencos tiene carácter declarativo y no constitutivo de la dominialidad. Es decir que —haciendo predominar el texto de 1933 sobre la legislación civil— la inscripción en las nóminas principales o supletorias tiene efecto retroactivo, haciendo que las aguas incluidas sean consideradas públicas “ex tune”. Joaquín López y Luis Moisset de Espanés señalan que es este grupo de doctrinas el prevalente en el derecho italiano actual, basándose en la opinión de Giuseppe Coletti, Emilio Mieoli y Mario Busca ³⁶.

20. Dentro de las doctrinas intermedias cabe considerar a las que

30 Sebastiano Gianzana, “Teorie delle acque private”, en “Digesto Italiano”, Turin, 1881, T. I, p. 571 en que señala que, si bien están en ese dominio del ribereño, no pueden ser consideradas como propiedad en el estricto sentido Jurídico.

31 Filomusi-Guelfi, ob. cit. en nota 13, p. 92.

32 Consejo de Estado, en fecha 3 de febrero de 1857 y 21 de enero de 18168.

33 Alberto Spota, ob. cit. en nota 8, T. I, p. 517, párr. 235, y en T. II, p. 21, párr. 927 en que explica que, en el derecho argentino, hay congruencia entre aguas dominiales y aguas públicas.

34 Francesco Pacelli, “Le acque pubbliche”, Padua, 3ª ed., 1934, T. I, 3º ed., p. 80.

35 Alberto Spota, ob. cit. en nota 8, T. I, p. 520 y cita 625.

36 Joaquín López y Luis Moisset de Espanés, ob. cit. En nota 4, p. 17, y cita 52.

—haciendo prevalecer el texto de 1933 sobre la legislación civil— atribuyen a la inclusión de las aguas en los elencos o nóminas un efecto constitutivo y no declaratorio de la dominialidad. De tal forma, la inscripción en las nóminas principales o supletorias no tiene efecto retroactivo, sino para el futuro o “ex nunc”. El hecho de que el último párrafo del art. 1 del texto de 1933 otorgue un plazo de seis meses para recurrir judicialmente la inclusión de aguas que podrían ser consideradas privadas, hace suponer que este grupo de teorías intermedias quedaría circunscripto a la equidad del magistrado. En este sentido Mario Busca ha señalado que si bien puede sostenerse de “iure condito” el efecto declaratorio, conviene de “iure condendo” que el tema sea resuelto en base a razones de equidad ³⁷.

21. La importancia de las doctrinas expuestas radica en la protección que se otorga a la intangibilidad patrimonial durante la vigencia del derecho intermedio. Por un lado, el particular que pretenda ser vulnerado en su derecho de propiedad sobre las aguas, tiene un plazo perentorio de seis meses para accionar judicialmente para obtener su reconocimiento privado o la indemnización respectiva. Sin embargo, por otra parte, si la inscripción en el elenco es calificada acertadamente por el juez, cabe considerar si procede o no el derecho a la indemnización. Si la inclusión tiene carácter declarativo de una situación que se considera que existía desde entonces, la indemnización no tendrá lugar, ya que el agua será entendida retroactivamente pública. En cambio, si la inclusión tiene efecto constitutivo o atributivo del dominio público, el juez deberá indemnizar al particular que —desde el momento de la sentencia— deja de ser propietario de las aguas. En el primer caso —del efecto declarativo— el dominio público del agua existió siempre y la inclusión o la sentencia se limita a declarar su existencia en un momento determinado. En el segundo caso —del efecto constitutivo o atributivo— el dominio público del agua existe desde el momento de la inclusión o la sentencia y se está en presencia de una expropiación que debe ser indemnizada. Debe advertirse que, en la historia del derecho italiano sobre el dominio de las aguas, la dominialidad fue siempre la regla, en tanto que la propiedad privada de las mismas existió siempre como excepción. De ahí que la intangibilidad patrimonial pueda mantenerse sin mengua, aún en los supuestos en que no es dable indemnizar. Sin embargo, en el Derecho de Aguas argentino siempre se estará en presencia de una expropiación.

37 Mario Busca, "Le acque nella legislazione Italiana", ed. Unione Tipográfica, Turin, 1902, p. 97.

V. El dominio de las aguas en la Legislación argentina

A. Consideraciones preliminares

22. En los párrafos introductorios se puso de manifiesto que, el ritmo acelerado de la historia ha precipitado la llamada crisis del agua. La revolución tecnológica y la explosión demográfica vaticinan la preocupación por una oferta de agua que —lejos de permanecer constante— amenaza con disminuir, mientras una demanda creciente se cierne con acuciante preocupación. Ante tales circunstancias la política hídrica —tanto estadual como privada— se conjuga en un accionar mancomunado, intentando cuidar de la cantidad usable del recurso hídrico, controlar su calidad y procurar su aprovechamiento más eficiente ³⁸. Sin embargo, la experiencia mundial —dentro del ámbito de la política legislativa— se ha inclinado claramente por aumentar los poderes estatales, considerando que así resulta más viable el control en los tres aspectos indicados. Por un lado se ha visto una marcada tendencia en llevar las aguas privadas al dominio del Estado, y por el otro se han visto incrementados los poderes públicos sobre la totalidad de las aguas ³⁹. Evidentemente la Argentina no está exenta de esta generalizada tendencia ⁴⁰.

23. El fluir eterno de la historia —ha dicho Joaquín López— va provocando cambios en las condiciones sociales, y ello trae como consecuencia inevitable que las normas jurídicas —todas, según algunos, o sólo las subordinadas, según otros— pierdan utilidad y no se adapten a las nuevas condiciones imperantes ⁴¹. De ahí que la reforma civil argentina de 1968, haya llevado a la categoría de públicas a ciertas aguas, y haya institucionalizado la teoría del abuso del derecho, poniendo su correlato esencial en el ejercicio funcional del derecho de propiedad. De estas dos grandes reformas, el presente documento se ocupa en especial de la primera y, dentro de ella, de la norma del art. 2340 inc. 3 que dispone textualmente: “Quedan comprendidos entre los bienes públicos —del Estado nacional o de los Estados provinciales según el lugar en que se encuentran situadas— las aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general”. Como se ha visto en los párrafos

38 Amílcar Moyano, “Derecho transitoria de aguas”, presentado al “IV Congreso Mundial de Recursos Hídricos”, IWRA, doc. 090, Bs. As., 1982, párr. 42.

39 Guillermo J. Cano, “La legislación Iberoamericana de aguas”, en “Primer Congreso Nacional Español de Derecho de Aguas”, Murcia, 17 de mayo de 1982, párr. 28 y 27.

40 Miguel Mathus Escorihuela, “Derecho de Aguas: conceptos básicos”, en la ob. cit. en nota 10, “Curso de Aguas”, ed. CELA, Mendoza, 1073, p. 121 y ss.

41 Joaquín López, “Deficiencias en las legislaciones vigentes”, en “Annales Juris Aquarum II”, ed. AIDA, Caracas, 1978, T. 2, p. 133, nota 5.

anteriores, esta cláusula reconoce como antecedente al Derecho de Aguas italiano, donde cumple una función de norma jurídica de transición o de derecho intermedio o progresivo.

24. Cabe acotar que, si bien el Código Civil argentino recepta al art. 1 del texto único de 1933, lo hace sólo en su primera parte. De tal forma el legislador argentino no ordenó la creación de los elencos de aguas públicas, por lo cual el administrador argentino no se encuentra facultado para realizar la inclusión permitida en el derecho italiano. Ello implica que la norma en cuestión —del art. 2340 inc. 3 del Código Civil reformado en 1968— sólo sirva como declaración genérica de utilidad pública. Cumple con el recaudo primero del procedimiento expropiatorio y de ninguna forma puede admitirse que —por sí misma— haya producido la afectación y haya llevado a las aguas privadas a la categoría de aguas públicas. No puede de tal forma admitirse la interpretación que realizan Alfredo Bridge y Oscar Pina en cuanto expresan: “Podemos dejar sentado el criterio de que el agua corriente y las demás aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general, están comprendidas entre los bienes públicos”⁴². Por el contrario, debe coincidirse una vez más con Joaquín López, toda vez que —en tal caso— se encuentra en juego la garantía constitucional de la propiedad privada, establecida por el art. 17 de la Constitución Nacional y, aunque medie el cambio de calificación legal de esos bienes, permanecerán —concretamente— en el patrimonio privado de sus titulares mientras no medie expropiación, pudiendo sostenerse que la nueva norma sólo tiene el efecto de la declaración de utilidad pública⁴³. A mayor abundamiento, el art. 2511 del Código Civil —que podría considerarse como reglamentario de la norma constitucional— establece que nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa la desposesión y una justa indemnización. Y —aunque el argumento sea sólo indiciarlo— cabe señalar que Vélez en la nota al mencionado artículo recuerda que la expropiación por utilidad pública no es tratada —sino muy accesoria-

42 Alfredo Bridge y Oscar Pina, "Dominio de las aguas, cauces y obras hidráulicas, efectos del cambio de legislación y reasignación de usos", en "Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua", Mar del Plata, 1977, doc. Confagua / C 14 / 7. párr. 10, en que a pesar de lo expuesto, dicen a continuación: "En el caso de las aguas corrientes la aptitud para satisfacer usos públicos es una presunción «jure et de Jure» y por tanto no admite prueba en contrario. Las otras aguas, las que en principio el Código mantiene dentro del dominio privado, deberán ser afectadas al dominio público cuando ellas tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos públicos, para lo cual se necesitará una declaración de la autoridad en tal sentido, en base a las pautas que sobre el particular pueden establecer las legislaciones reglamentarlas del principio consagrado por el art. 2340 inc. 3 —segunda parte— del Código Civil".

43 Joaquín López y Luis Moisset de Espánes, ob. cit. en nota 4, p. 13, y la remisión de Miguel Mathus Escorihuela, en "Algunos aspectos jurídicos vinculados al uso de las aguas públicas", en el "III Simposio Nacional del Riego", ed. Comité Permanente de los Congresos Nacionales del Agua, Viedma, 1976, T. II, en ps. 233 y 240.

mente— en las leyes romanas, con lo cual la distancia con la legislación italiana se acentúa. Con las diferencias señaladas, la norma del art. 2340 inc. 3 —transcripta en el párrafo 23— importa por ser una modalidad que condiciona a lo absoluto del dominio del particular, sin ser una norma operativa en sí misma, sino indicaría de la apreciación equitativa del legislador, del administrador o el magistrado ⁴⁴. Y ello es fácil de entender, si se tiene en cuenta que el legislador nacional ha calificado genéricamente a la utilidad pública, difiriendo al legislador o administrador provincial la determinación específica del agua a expropiar y, quedando en manos del juez el establecimiento de la justa indemnización.

B. *Precisiones conceptuales de la norma*

25. Con las precisiones preliminares, la doctrina y jurisprudencia italianas pueden ser de gran ayuda para esclarecer los conceptos implicados. En primer término cabe referirse a la expresión “aguas que tengan adquieran”. Al respecto, debe recordarse que la segunda parte del art. del texto único de 1933 obligaba a la formación de nóminas o elencos principales o supletorios. Por ello —dice Rolando Ricci— la ley prevé la creación de elencos supletorios, que se deben organizar sucesivamente, y que se organizarán en las circunstancias y medidas en que el progreso de la ciencia haga susceptible de utilización —para el general y público interés— una cantidad de agua que ahora, en el estado actual de la utilización práctica, no tienen aún tal aptitud. De ahí que se haya querido incluir la palabra adquieran, especialmente en previsión de tal circunstancia, excluyendo netamente que se pretenda incluir en las nóminas de las aguas públicas a aquellas que —sin tener actualmente aptitud para satisfacer el interés general y público— tengan solamente en sí mismas una remota posibilidad de adquirir tal aptitud ⁴⁵. Al considerar estas declaraciones —señala Pedro Bonfante— que, entender que por un nuevo descubrimiento de la ciencia —en cuanto haga apta una cosa de mi propiedad para servir al uso público— pueda despojarse de mi propiedad sin indemnización y conferir a la Administración del Estado la facultad de declarar pública mi cosa, es un principio, más que de carácter socialista, inicuo. Hasta tanto ello se refiera a los usos públicos presentes, cada uno conoce su destino y sabe que si su fundo es invadido por el mar y por los ríos, sin su pequeña corriente por una mutación geológica llega a ser arroyo de notable fuerza, entrará en el dominio público. Pero cuando se habla de utilidad pública del porvenir, en virtud de nuevos descubrimientos de la ciencia, los cuales más o menos, según

44 Amílcar Moyano, op. cit. en nota 33, párr. 12.

45 Rolando Ricci, citado por Alberto Spota, ob. cit. en nota 8, T. I. p. 493, en cita 561.

las ideas y las aspiraciones dominantes, hacen que algunos bienes de propiedad privada se transformen en susceptibles de utilización pública, toda seguridad de la propiedad desaparece ⁴⁶. Alberto Spota —al comentar las críticas de Bonfante— señala que no parecen ser justificadas ante el art. 5 del texto de 1919 —reproducido por el art. 4 del texto de 1933— por el cual se acuerda a los usuarios de aguas incluidas en nóminas supletorias un derecho a la concesión del uso de las mismas con exclusión de cualquier otro solicitante. Este “jus praelationis”, esta verdadera indemnización, o “restitutum”, obviaba todo inconveniente y, en el hecho, implicaba una asimilación de la “vis socialis” a la “vis divina” ⁴⁷. Bien, entonces, pudo afirmar Rolando Ricci —en su segunda relación ante el Senado— que la situación de hecho había sido modificada o turbada lo menos posible, ya que se introdujo el citado precepto, cuyo fin es otorgar a los usuarios que no se hallen en condiciones de solicitar el reconocimiento del derecho al uso, si piden la concesión, el derecho de preferencia sobre los otros concurrentes, pero con la salvedad de llevar a cabo la más vasta utilización que en las otras solicitudes se proponga ⁴⁸. Huelga acotar que estas consideraciones, habrán de ser valoradas por el administrador o el legislador provincial cuando —reconociendo la aptitud de satisfacer un uso de interés general— tenga que especificar a un determinado tipo de aguas para expropiarlas, con la previa y justa indemnización, tal como lo señala Joaquín López en las notas 154 y 155 del Código de Aguas para la provincia de Córdoba. En este particular caso —si bien no se han especificado las aguas sujetas a expropiación— el legislador provincial otorga de antemano una prioridad para la concesión al antiguo propietario ⁴⁹. En otras provincias —como Mendoza en su ley de aguas subterráneas— el legislador, además de especificar a las aguas que afecta al dominio público, otorga una concesión automática a los actuales usuarios que no reclamen la indemnización en un término perentorio ⁵⁰.

46 Pedro Bonfante, "Notas al diritto delle Pandette de Bernardo Windsched", trad. anot. por Carlos Fadda y Paolo Emilio Bensa, Turin, 1326, V, p. 330.

47 Alberto Spota ob. cit. en nota 8, T. I, p. 489, cita 551 y p. 493, cita 581.

48 Rolando Ricci, "Atti Parlament. Senato del Regno, Legislatura, XXIV, sec. I, doc. 316 A, bis, citado por Annibale Guardoni, "Acque pubbliche e Impianti elettrici". Roana, 1935, 1937, I, p. 591, n° 666. Véase la nota 25 sobre el origen del "Jus praelationis".

49 Joaquín López, "Código de Aguas de la Provincia de Córdoba", decreto ley 5588 de 1973, arts. 154 y 155 y art. 138 sobre aguas medicinales.

50 Ley de aguas subterráneas de la Provincia de Mendoza, 4035 de 1974, en su art. 37, y Hugo Matiello, en "Régimen legal de aguas subterráneas", ed. CELA, Mendoza, 1973, p. 14 en que, al explicar el anteproyecto de la ley de referencia, expresa que esta concesión automática produce una Intervención legal del título mediante el cual se usa el agua, de forma tal que, de utilizarla en calidad de dueño se pasa a usarla en carácter de concesionario. Sin embargo —continúa el autor— esta concesión automática está sujeta a una condición resolutoria y a que su vigencia definitiva está supeditada a que su titular no opte por reclamar la indemnización dentro del término de caducidad de 90 días.

v En segundo término cabe precisar a los “usos de interés general”. Al respecto ha hecho notar Ernesto Eula que, en el campo jurídico administrativo del derecho de propiedad se observa, en muchos aspectos, una gradual y continua afirmación de los principios publicísticos, por los cuales la propiedad privada, no sirviendo sólo a las necesidades egoístas de los particulares, es elevada a la asunción de una delicada y formidable función social de cooperación, para el bienestar de la colectividad organizada. De ahí que se ve, por una parte, acentuarse el sistema de las limitaciones legales y de la injerencia administrativa a fin de tutelar intereses superiores y, por otra parte, restringirse el terreno, ya estrecho, por su afirmación, en pro del incremento de las “res publici juris”, sobre las cuales el Estado considera que debe ejercer una forma de actividad y de contralor más inmediato para alcanzar el objetivo de sus fines institucionales. Así en lo que respecta al dominio hídrico, el criterio distintivo entre las aguas privadas y las públicas ha evolucionado en favor de estas últimas. En este sentido, no sólo el hecho de estar destinada una cosa al uso público es lo que caracteriza al bien dominial, sino que, desplazando a tan anticuada fórmula legal, se adopta la más racional del uso público de general interés ⁵¹. Para Annibal Gilardoni el atributo de interés público general implica una complementación recíproca entre el criterio de la “generalidad” y el de la “publicidad”. Al respecto entiende —con verdadero acierto— que el interés público es general cuando influye, en cualquier medida y con cualquier sentido de relatividad, sobre la riqueza nacional, sobre la importancia de la producción, sobre la aptitud y la adecuación a los fines de posibilidad técnica, de utilización y de eficacia en lo atinente a la economía de la nación. En fin, un interés no es público si no es general y, si es general, llega a ser por este solo hecho, público ⁵². Errico Presutti observa, después de referirse a los ríos y torrentes, a los otros cursos de aguas naturales y a los lagos, como bienes del dominio público por estar afectados a varios usos públicos —como la navegación, la flotación y la derivación—, que a estos usos debe agregarse otro que se ejerce sobre todos los cursos de aguas naturales. Y al respecto expresa textualmente, “hace más de veinticinco años que sostuve la tesis que además de estos usos públicos, sobre todos los cursos de aguas naturales se ejerce otro, ya que sirven cada uno de ellos, para recoger y verter en el mar las aguas de una determinada cuenca. En muchos casos esto puede ser un uso público necesario, y particularmente, si el curso de agua cesara de recoger las aguas de la cuenca cuando ésta no podría tener otro desagüe”. De ahí que concluya este autor

51 Ernesto Eula, "Costituibilità di diritto privati di natura reale sopra beni demaniali", en "Rivista di diritto pubblico", 1935, 1, ps. 283 a 283,

52 Annibale Guardoni, ob. cit. en nota 48, T. II, pa. 16 y 17,

que este uso público puede ser satisfecho, no sólo por los ríos o torrentes, sino también por el mayor número de los otros cursos naturales de agua. Y agrega que, aún bajo la ley italiana de 1884 se seguía este criterio para decidir si las corrientes naturales eran del dominio público, ya que generalmente los cursos servían de desagüe a una respectiva cuenca imbrífera⁵³. Por su parte, el Tribunal Superior de las aguas públicas ha tenido ocasión de interpretar a los “usos de interés general” adoptado un criterio circunstancial. Así ha resuelto que “las aguas que tienen aptitud para cualquier uso de público y general interés, son del dominio y ello aunque fueran consideradas en el pasado como propiedad privada así hubieran sido usufructuadas y aún cuando fueran regularizadas por la mano del hombre”⁵⁴. “La simple utilización para la agricultura es suficiente para considerar a las aguas como bienes públicos”⁵⁵. Además, la mayor o menor escasez de agua, según las regiones, tiene capital importancia para determinar a la dominialidad, habiéndose declarado que “para estimar la importancia de una corriente, a los fines de establecer la aptitud de satisfacer usos públicos de general interés debe considerarse la necesidad hídrica de cada territorio”⁵⁶. A su vez, “constituye un importante elemento de juicio en la determinación de la aptitud de satisfacer usos de interés general la hoya o cuenca hidrográfica a que pertenezca el curso de agua”⁵⁷. Y en fin, “también los canales de desagüe o de avenamiento que interesan a una zona más o menos vasta de un territorio, son cursos de aguas públicas que tienen aptitud de satisfacer usos de interés general”⁵⁸. A manera de síntesis, Mario Busca cita una sentencia del Tribunal Superior de las aguas públicas en que se expresa que: “el interés público general se concreta y se realiza mediante elementos objetivos de la utilización de las aguas, esto es, extensión y bondad de las derivaciones y necesidades a cuya satisfacción se destinan”, con lo cual señala la incertidumbre del marco legal que instrumenta a dicha fórmula⁵⁹. Sin perjuicio de lo expuesto por este último autor, cabe aclarar que la expresión “usos de interés general” es empleada como elemento

53 Errico Presutti, ob. cit. en nota 23, T. I, p. 293.

54 Arturo Palombo y Vittorio Pentinaca, “Tribunale superiore delle acque pubbliche; Massimario delle derisioni del Tribunale superior delle acque pubbliche (del 19 gennaio 1220 al 27 ottobre 1934), XII, Roma, 1933, sentencia del 19 de Junio de 1920, p. 6, I, n° 1, V° acque pubbliche.

55 Arturo Palombo y Vittorio Pentinaca, ob. cit. en nota 54, sentencia del 26 de Junio de 1922, n° 3.

56 Arturo Palombo y Vittorio Pentinaca, ob. cit. en nota 54, sentencia del 23 de Julio de 1925, p. 10, II, n° 19.

57 Arturo Palombo y Vittorio Pentinaca, ob. cit. en nota 54, sentencia del 1 de abril de 1925, p. 8, II, n° 4.

58 Arturo Palombo y Vittorio Pentinaca, ob. cit. en nota 54, sentencia del 18 de Junio de 1932, p. 9, II, n° 2.

59 Mario Busca, ob. cit. en nota 37, ps. 14, 78 y 94, y en especial, en p. 78 la sentencia del Tribunal Superior de las aguas publicas del 24 de marzo de 1930, en cita de Poro It., 1930, I, 718.

teleológico para guiar al intérprete en su apreciación de las circunstancias determinantes de la dominialidad, que en el derecho italiano están enunciadas en el art. 1 del texto de 1933. En el derecho argentino, en cambio, no existen esos criterios o circunstancias determinantes, salvo la norma del art. 2340 inc. 3 y del art. 2637 del Código Civil, referida a “las aguas que corren por cauces naturales”. Al igual que la norma que motiva al presente estudio, la fórmula indicada implica sólo una declaración genérica de utilidad pública para las aguas de fuentes o surgentes, tal como lo hacía el art. 2637 en su redacción anterior a la reforma ⁶⁰. Y, aunque esta declaración genérica no sea válida para los demás cursos de agua ante la ausencia de una norma como la estipulada en la primera parte del art. 2637 ⁶¹, es, sin embargo, aplicable a las aguas de fuente o surgentes, ya que en el derecho argentino —en materia de condición legal de los cursos de agua— es determinante el origen de los mismos; vale decir si proceden o no de un manantial; y, por ende el solo hecho de que corran por cauces naturales no decide la cuestión de su dominialidad ⁶². De cualquier manera, sin ser la fórmula comentada el único criterio determinante de la aptitud de una clase especial de aguas para satisfacer usos de interés general, en derecho argentino se acepta que el criterio teleológico o finalista para incluir a las aguas como bienes públicos, sea el uso público directo o indirecto de los habitantes ⁶³. Huelga acotar que este interés público deberá ser apreciado por el administrador o el legislador —tal como se lo señaló en el párrafo 25— cuando tenga que especificar a un determinado tipo de aguas para expropiarlas, con la previa y justa indemnización.

27. En tercer término cabe referirse al concepto de “aptitud”, cuya interpretación debe armonizar con las expresiones ya comentadas. La Corte de Casación italiana, en tribunal pleno, al rechazar un recurso contra el Tribunal Superior de aguas, señaló que la aptitud del agua para satisfacer los usos públicos y de general interés debe ser actual, o

60 Joaquín López, ob. cit. en nota 49, en su nota al art. 154 señala Igual efecto Jurídico a la norma originarla del art. 2637 del Código Civil; conforme a lo expuesto Guillermo J. Cano, en “Los Recursos Hídricos de Argentina”, ed. CEPAL-CFI, Bs. As., 1933, act. 1933, T. 6, p. 147.

61 Miguel Marienhoff, “Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas”, ed. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, Bs. As., 1971, p. 233 en que señala que todos los cursos de agua pertenecen al dominio público, con la única excepción de las aguas de fuente o surgentes —que continúan siendo privadas aunque corran por cauces naturales— y salvo el caso de que brotaren en un sitio público. Sin contemplar la excepción del art. 2337, se expresan coincidentemente César Magnani p Daniel Bustos, en “01 dominio de las aguas en el Código Civil argentino y su reforma”, en “Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua”. Mar del Plata, 1977, doc. Confagua, C - 14 - 15.

62 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 61, p. 333, literal f.

63 Miguel Marienhoff, “Tratado del dominio Público”, ed. Tea, Bs. As., 1950. p, 113, conforme a la Interpretación del art. 2340 inc. 7.

sea que subsista en el momento en el cual la cuestión de la dominialidad del agua se discute. Sentó, además, el principio de que el texto de 1933 se refiere —al hablar de aptitud de las aguas— a una posibilidad virtual de la utilización del agua y no a un efectivo destino de la misma para satisfacer usos públicos. Por fin, se determinó que no se requiere la individualidad de la aptitud del agua para uso especificado de público y general interés, pudiendo tal aptitud reconocerse independientemente de dicha precisa referencia, siempre que resulte acreditada la idoneidad del agua para las mencionadas finalidades de orden general ⁶⁴. Por otra parte, si bien la aptitud del agua debe ser actual y puede ser virtual, el Tribunal Superior de las aguas públicas consideró que —aprobando el “jus receptum” en esta materia— se acuerda efecto declaratorio a la inscripción en las nóminas, con valor “ex tune”, de tal forma que la aptitud actual se retrotrae a la anterior situación y se considera que la virtualidad queda suplantada por una concreta satisfacción de usos de interés general ⁶⁵. La Corte de Casación italiana, en tribunal pleno, ha reiterado los anteriores conceptos, interpretando que “la aptitud puede ser adquirida en un futuro, entendiendo que el aprovechamiento del agua puede realizarse en base a nuevos progresos técnicos y científicos, como en el caso de las aguas subterráneas” ⁶⁶. En el derecho argentino, la doctrina está conteste en que, una cosa es la afectación al uso público, y otra cosa muy distinta la atribución del carácter público o privado de los bienes. La asignación del carácter público a una cosa, sólo significa establecer que dicha cosa tendrá calidad dominial, como integrante o dependiente del dominio público. En cambio, la afectación significa que un bien queda efectivamente incorporado al uso público. El legislador nacional argentino ha establecido el carácter dominial de las aguas que satisfagan el interés general, asignándoles la característica de públicas. Pero, para que esas aguas queden sometidas al régimen del dominio público, es indispensable que dicha agua quede efectivamente librada al uso público. Y esto último se logra u obtiene mediante la afectación que, es la manifestación de voluntad del poder público, en virtud de la cual el agua queda incorporada al uso y goce de la comunidad. Esa afectación implica que el legislador o el administrador provincial tenga

64 “Massimario della giurisprudenza Italiana”, Corte de casac. Italiana, en sezioni unite, del 22 dic. 1838, col. 897, n° 3305, citado por Alberto Spota, ob. cit, en nota 8, T. I, p. 551, en cita 658 bis.

65 “Revista del demani” Roma, 1932, p. 137 en sentencia del 2 de marzo de 1932, y la Corte de Casación italiana en fallo dictado por sus secciones unidas, de fecha 2 de abril de 1931, en “Giurisprudenza Italiana”, Roma, 1931, p. 1°, sec. 1ª, col. 733 ha sentado Igual doctrina, citado por Alberto Spota, en ob. cit. en nota 8, T. I, p. 584, cita 536. Véase el “Jus receptum” en el párrafo 12 y 19.

66 Raffaele Bagnulo, “Le acque pubbliche nella giurisprudenza”, edizioni Cedam, Padova, 1973, p. 3, Corte Cass. Sez. Un., 8-3-1954, n° 657: Pres. Acapora P.; Est. Di Pilato; P.M. Pafurdi; Ministero LL. PP. c. Comune di Momacchio.

en cuenta la aptitud de una determinada clase de agua en el acto jurídico que la libere al uso público ⁶⁷. Y la afectación trae consigo a la expropiación y, por ende a la indemnización. Con lo cual resulta difícil de asimilar el reconocido efecto declarativo de la inclusión en el derecho italiano, al ordenamiento jurídico argentino. En cambio, de conformidad con el art. 3 del Código Civil de la República Argentina, puede decirse que el efecto de la afectación será constitutivo, ya que el acto jurídico no podrá ser retroactivo, ni aún en el caso de una disposición en contrario, toda vez que siempre estará en juego la garantía constitucional del art. 17⁶⁸.

C. *Autoridad que dictó la norma*

28. En el párrafo anterior quedó en claro que una cosa es la asignación del carácter público o privado de una cosa y, otra distinta, la afectación al uso público. La autoridad competente para realizar uno y otro acto puede ser la misma, pero en el caso de la norma en cuestión hay que distinguir entre la autoridad que dictó la norma y su autoridad de aplicación. Refiriéndose a la autoridad que dictó la norma la doctrina de los autores está conteste en que —siendo una materia propia de la legislación substantiva— lo normal hubiera sido que fuera incluida en un texto de derecho público, lo que implicaría que la norma hubiese

-
- 67 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 63, en p. 137, admitirla la posibilidad —en contra de lo expuesto— de que, siendo consideradas las aguas como bienes públicos que integran el dominio natural, la misma atribución del carácter público, haya producido simultáneamente —"ministerio legis"— la afectación. En el texto se sostiene lo contrario, ya que se considera que —al igual que en los bienes del dominio público artificial— es necesaria la "creación" —aunque sea en los hechos— de la aptitud para satisfacer usos de Interés general, perteneciendo a la soberanía reservada de las provincias el poder de afectar a las aguas, que se reconozcan como "creadoras" de tal aptitud.
- 68 Raffaele Bagnulo, ob. cit. en nota 65, en p. 2, y 23, cita nuevos casos Jurisprudenciales que confirman las tres precisiones conceptuales de la norma en el derecho Italiano: a) Trib. reg. acque Venezia, 5-11-1917: "L'art. 1, nella sua ampia locuzione, assume la pubblicità non dalle caratteristiche fisiche od Idografiche della sorgente, dalla massa d'acqua, dal corso dell'alveo o della foce, ma ricava la demanialità dalla sola possibilità ed attitudine di essa ad usi di generale Interesse. Le caratteristiche suddette de bono quindi essere considerate quali elementi di fatto, ma non i soli che consentono di rilevare più facilmente l'attitudine suddetta giacché il fiume e la massa di acque che lo alimentano, i luoghi donde sgorgano e scorrono più o meno ricchi delle medesime possono soltanto denunciare più chiaramente la pubblicità dell'acque e quindi la sua demanialità. Anche una polla di minima portata può avere l'Impressa la caratteristica della demanialità, qualora rispetto al sistema Idografico al quale appartiene serva o possa servire per gli usi e le utilità generali della vita" b) Suprema Corte, 25-3-1930: "E altresì principio pacifico che l'attitudine possa essere anche soltanto potenziale purché suscettibile di concreta realizzazione"; c) Cass. Sez. Un., 28-3-1936: "L'iscrizione dell'acqua in elenco non riveste quindi alcun valore o efficacia costitutiva bensì ricognitiva della pubblicità di quella sicché i corsi e specchi d'acqua idonei ad essere utilizzati nell'interesse della collettività debbono considerarsi pubblici indipendentemente dall'essere o non iscritti negli elenchi".

sido parte de la Carta Fundamental y su autoridad competente el constituyente nacional. Pese a ello —y como el constituyente de 1853 no incluyó la determinación de los bienes públicos y privados— la doctrina de los autores disiente en considerar a la materia como un aspecto del derecho civil o del derecho administrativo ⁶⁹. Lo cierto es que —coincidiendo todas las teorías en que la materia es propia de la legislación substantiva— debe entenderse que, conforme al art. 67 inc. 11 de la Constitución Nacional, las provincias argentinas delegaron esta facultad cuando señalaron a la autoridad nacional para dictar el Código Civil ⁷⁰. Debe advertirse que, si el principio consagrado en la Constitución es el respeto a la propiedad privada ⁷¹, el Código Civil puede extenderla a toda la que no reconozca como pública, señalando a esta última como excepción. De tal forma el legislador civil —a través de un código de fondo, que es una ley formal del Congreso de la Nación— pudo ser la autoridad que dictó la norma en cuestión.

29. En el orden de ideas expuesto, el codificador civil determinó a los bienes del dominio público en tres formas distintas. La primera fue mediante una indicación específica, como ocurre con los ríos ⁷², en que la cuestión no apareja dificultad alguna, porque el bien es del dominio público porque así lo dispone la ley expresamente, y porque siendo un bien del dominio público natural la asignación de dominialidad implica simultáneamente la afectación ⁷³. La segunda fue mediante indicación genérica, como ocurre con las obras públicas construidas para utilidad o comodidad común ⁷⁴, en que la ley general necesita de otro acto jurídico que, específicamente declare la afectación del bien, ante el supuesto de creación de la obra del ejemplo ⁷⁵. Y en fin, la tercera forma es la que, ante la ausencia de una indicación específica o genérica de la ley, recurre a la interpretación jurídica —merced a la analogía o a los principios generales del derecho autorizados en el art. 16 de la legislación civil—, como en el caso de los ventisqueros que se asimilan a los ríos, y que si bien hallaría fundamento en la legislación vigente ⁷⁶, en

69 Miguel Mathus Escorihuela. op. cit. en nota 40, en ps. 128 y 129 explica las disidencias doctrinarias.

70 Joaquín López, ob. cit. en nota 49, en nota al art. 1.

71 Miguel Mathus Escorihuela, "El derecho de propiedad en la Constitución nacional", en "Seminarios de Economía Política de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales", Universidad de Mendoza, Mendoza, 1965(p. 15 en que explica el art. 17, su alcance y doctrina.

72 Código Civil argentino, art. 2340, Incs. 2 y 3.

73 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 63, p. 157.

74 Código Civil argentino, art. 2340, Inc. 7.

75 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 63, p. 157 en que da como ejemplos la creación de calles, plazas y cementerios.

76 Código Civil argentino en el caso de los ventisqueros —que son ríos de hielo— cabría la analogía con los ríos del art. 2340, Inc. 3.

lo relativo a su afectación habrá que estarse a su existencia “ministerio legis” —en el caso de los bienes públicos del dominio natural como en los ventisqueros del ejemplo— o a la afectación por acto jurídico expreso —en el caso de los bienes públicos del dominio artificial— ya sea por ley o por acto administrativo ⁷⁷. Ahora bien, cuando el reformador civil de 1968 introduce la norma en estudio y dice textualmente, “quedan comprendidos entre los bienes públicos las aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general”, ostensiblemente adopta la segunda de las formas mencionadas. En otras palabras, el legislador ha efectuado una declaración genérica de utilidad pública.

30. La norma de 1968 inicia —con la declaración genérica de utilidad pública— el procedimiento de la expropiación. La competencia del legislador es así, exclusiva y discrecional, pero no es arbitraria ni es ilimitada, ya que tiene como presupuesto constitucional a la utilidad pública que han de tener los bienes expropiados ⁷⁸. Dentro de las facultades del órgano, la doctrina se ha preguntado si esa declaración de utilidad pública ha de ser específica o puede ser genérica, como en el caso en cuestión. Vale decir, si el legislador debe determinar en cada caso, y en forma específica, cual es el bien a expropiar, o puede, por lo contrario, establecerlo en forma genérica, delegando en el legislador o administrador local la facultad de su especificación. Con referencia a los bienes del dominio público artificial y a las facultades delegadas al administrador, la Corte ha dicho en el “leading case”, “Dirección Nacional de Vialidad contra Badaracco y Bottaro” que, cuando se trata de obras de carácter general, como son los caminos, la garantía constitucional de inviolabilidad de la propiedad no importa la obligación de dictar una ley especial para cada una de las propiedades afectadas, por cuanto no incumbe al Congreso entrar al detalle o estudio de los terrenos necesarios para la realización de la obra pública, siendo esto del resorte de las autoridades administrativas. Basta para consolidar el principio de la inviolabilidad de la propiedad, la autorización general para expropiar que haga la ley respectiva, calificando la obra de cuya construcción se trate ⁷⁹. Conteste con la jurisprudencia, la doctrina admite la posibilidad de una declaración genérica, poniendo el acento en que —tratándose de bienes del dominio público artificial— la especificación en la afectación es

77 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 63, en ps. 139 a 102 explica que también podría efectuarse la afectación por hechos, sin embargo —se sostiene en el texto— que la seguridad Jurídica obliga a una afectación por voluntad expresa, en la que se debe prescindir del mero hecho.

78 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en “Fallos”, t. 251, p. 248.

79 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en “Fallos”, t. 133, p. 88, y en sentido coincidente t. 120, p. 333 y t. 150, p. 334 en cita de Manuel Diez, “Derecho Administrativo”, ed. Plus Ultra, Bs. As., 1975, p. 250.0

—por principio— local o provincial ⁸⁰. Y, si bien puede ser a través de la autoridad administrativa, bien puede ser mediante especificación del legislador local ⁸¹. Conforme a lo expuesto, nada obsta a que la norma en cuestión, sea asimilada en alcance y contenido a la declaración genérica de utilidad pública efectuada por el legislador civil para los bienes del dominio público artificial ⁸².

D. *Autoridad de aplicación de la norma*

31. Asignado el carácter dominial a través de una declaración genérica, es necesaria la comprobación de la “aptitud de las aguas para satisfacer un uso de interés general” para especificarlas y proceder a su afectación, a través de la autoridad de aplicación. En un Estado federal —como la Argentina— la Nación pudo dictar la norma, pero no le cabe —en principio— aplicarla ⁸³. Son las provincias las que, advirtiendo que existen en su territorio aguas con tal aptitud, deben afectarlas. Este poder surge del art. 104 de la Constitución Nacional, conforme al cual las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal, caracterizándose sus atributos por ser residuales e ilimitados ⁸⁴. Y, en rigor, esta facultad de afectar a estas aguas al dominio público es en principio de las provincias, porque formando las aguas parte del territorio del Estado en el que discurren, puede advertirse que en la República Argentina sólo existe como territorio del gobierno federal, la Capital, Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur ⁸⁵. Sólo cuando se trate de aguas que se encuentren en el territorio federal podrá la nación afectarlas.

32. La afectación puede resultar de una ley o de un acto administrativo. Las aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general forman parte del dominio público natural —ya que son así consideradas por el estado en que la naturaleza las presenta u ofrece— y requieren de este acto jurídico de afectación ⁸⁶. Va de suyo que los bienes del dominio público natural no pueden afectarse mediante hechos, sino a través de actos jurídicos, que manifiesten la voluntad del

80 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 63, p. 137.

81 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 63, ps. 139 y 160.

82 Código Civil argentino, art. 2340, inc. 7. Véase el párrafo 27 y la nota 67.

83 Joaquín López, ob. cit. en nota 49, en su nota al art. 138 comenta la adopción de este criterio —mencionado en el texto— respecto de las aguas medicinales.

84 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en “Fallos”, t. 9, ps. 278 y 279, y t. 147, p. 178; y Miguel Marienhoff, ob. cit. nota 63, p. 129.

85 Pedro Frías, “Introducción al Derecho Público Provincial”, ed. Depalma, Bs. As., 1883, p. 188 y cita 18.

86 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 63, ps. 156 a 162, en que aparentemente parecería indicar que no necesitan de afectación. Véase nota 67.

poder público —ya sea a través del legislador o del administrador— de destinar el bien al fin previsto, que —en el caso— es satisfacer los usos de interés general. También la Corte, al dar la noción conceptual de afectación, sólo la vincula a una manifestación de voluntad del poder público ⁸⁷. Sin embargo, la misma Corte ha declarado que las vías de comunicación, cuando han sido incorporadas al uso y goce común con el asentamiento de las autoridades y de los propietarios desde tiempo inmemorial, se convierten en bienes del dominio público ⁸⁸. Evidentemente, el asentimiento de las autoridades no implica un acto jurídico expreso de afectación, pero la sentencia del juez que declara al bien como afectado al dominio público sí implica una manifestación de voluntad del poder público. Huelga acotar entonces que, si en principio ha de aceptarse que la afectación sea producida localmente por una ley o un acto administrativo, también cabe la posibilidad de que la efectúe la sentencia del magistrado con efecto constitutivo. En el caso de la norma que se estudia, sólo ha existido afectación legislativa, como en el caso de las aguas medicinales y de los lagos no navegables de la provincia de Córdoba, que han sido destinados al uso público por los arts. 138 y 148 del respectivo Código de Aguas. Sin embargo, como bien lo explica el autor del Código, en las notas 18 y 274, la atribución, modificación o extinción del dominio es de exclusiva competencia judicial, en virtud de la garantía del art. 17 de la Constitución nacional, cuando no habiéndose iniciado juicio expropiatorio, el magistrado deba afectar el bien e indemnizar al antiguo propietario ⁸⁹. En el caso de afectación por sentencia, ella sólo procederá cuando el Estado sea parte de un juicio en el que se discuta la dominialidad y su efecto “inter partes” será el fundamento de ulteriores actos jurídicos, sin que por ello la sentencia tenga validez universal.

33. Para surtir efectos jurídicos la afectación requiere el cumplimiento de determinados requisitos, a) Ante todo es indispensable el asentimiento de la respectiva autoridad expresado a través de un acto jurídico —ya sea una ley, un acto administrativo o, por excepción, una sentencia— que haya manifiesta la voluntad del poder público ⁹⁰. b) Las aguas deberán hallarse libradas al uso público en forma efectiva y ac-

87 Corte Suprema de Justicia de la Argentina, en "Fallos", t. 145, p. 314; t. 147, ps. 330 y 331 y "Rev. de Jurisprudencia Argentina", t. 22, ps. 40, 43, 47 y 49 y "Fallos", t. 182, p. 380.

88 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en "Fallos", t. 149, ps. 71 y 76. y en t. 161, ps. 420 y 423.

89 Joaquín López, ob. cit. en nota 48, en notas 18, 274 y 154. Véase el párr. 27 del testo.

90 Véase los fallos citados en nota 87.

tual⁹¹, y por ende, no podrán afectarse las aguas cuyo uso sólo sea potencial o futuro⁹², aunque la Corte ha entendido —al referirse a una construcción— que la afectación pudo hacerse en la obra a punto de terminarse⁹³, con lo cual bien puede aceptarse la jurisprudencia italiana en cuanto reconoce una afectación al uso público virtual, siempre y cuando la aptitud de las aguas para satisfacer usos de interés general exista en el momento en el cual la cuestión de la dominialidad se discuta judicialmente⁹⁴. c) Las aguas, en fin, deberán hallarse en poder del Estado por virtud de un título jurídico que le haya permitido adquirir el dominio de esas aguas, es decir que no mediando el procedimiento expropiatorio, sólo podrá afectarse a las aguas de los particulares con su consentimiento expreso o con la decisión judicial que, ordenando la afectación, obligue al Estado a indemnizar⁹⁵, d) De la afectación derivará —como consecuencia jurídica fundamental— que las aguas, desde el momento mismo del dictado de la ley, del acto administrativo o de la sentencia, queden electivamente incorporadas al dominio público y sometidas a los principios que rigen a dicha institución, con lo cual el acto jurídico de la afectación tendrá siempre efecto constitutivo y no declarativo de una dominialidad “ex tunc”, como sucede en el derecho italiano, y es explicable ante una dominialidad que existió desde las antiguas leyes romanas⁹⁶.

34. Cabe por último referirse al alcance obligatorio del acto jurídico de la afectación. a) En el caso de la afectación por ley, va de suyo que el alcance de la manifestación de voluntad del legislador tiene efecto obligatorio universal, ya que éste es el carácter esencial del acto legislativo. b) En el caso de la afectación por acto administrativo, y existiendo como antecedente una ley nacional genérica, se sigue la necesidad de que el ejercicio de la función administrativa local produzca efectos jurídicos generales en forma directa, siendo así necesarios los actos jurídicos que la doctrina llama reglamentos. Y que, para alcanzar esa validez universal, requieren de la publicación para tener ejecutividad⁹⁷. c) Por fin, en el caso de la afectación por sentencia —conforme se lo señaló en el párrafo 32—, debe admitirse que la propiedad privada del

91 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en “Fallos”, t. 104, ps. 210 y 214, y “Rev. de Jurisprudencia Argentina”, t. 1051-I, ps. 23, 38 y 37, y “Rev. Jurídica La Ley”, t. XVI, p. 922.

92 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en “Fallos”, t. 133, p. 159.

93 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en “Fallos”, t. 121, ps. 35 y 37.

94 Véase el párr. 25 y 27 del texto, y las notas, 64, 66 y 63.

95 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en “Fallos”, t. 119, ps. 158 y 160.

96 Véase el párr. 8, 12, 17 y 21 del texto y compárese con lo expresado en el párr. 27 de igual texto en su parte final.

97 Agustín Gordillo, “Introducción al Derecho Administrativo”, ed. Abeledo-Perrot, 24 edición, Bs. As., 1966, p. 188.

agua se pierde también por la transmisión judicial del dominio, cualquiera que sea su causa, de acuerdo con el art. 2610 del Código Civil argentino. Al comentar este último artículo Héctor Lafaille señala que, al transferirse el dominio por fallo judicial, se pierde para el propietario anterior, sea cual fuera la causa de aquél, y es esta última frase la que pone de manifiesto que los casos enumerados por el artículo no son los únicos. Por otra parte —continúa Lafaille— al hablar de ejecución de sentencia, se vale el texto de un concepto genérico que incluye a toda categoría de pleitos ⁹⁸. Sin embargo, la afectación por sentencia sólo procederá cuando el Estado sea parte en un juicio en el que se discuta la dominialidad y, su efecto —válido sólo entre las partes— será el fundamento de posteriores actos jurídicos, sin que por tal motivo pueda pretenderse que la decisión del magistrado tenga alcance general o universal. Es evidente que, si el acto de afectación tiene por objeto destinar a las aguas al uso público de todos los que habitan el territorio bajo jurisdicción del Estado, el alcance del mismo debe ser generalizado para ellos. De ahí que la afectación por ley o acto administrativo sea la regla, y la efectuada por sentencia la excepción.

E. *Intangibilidad patrimonial en la aplicación de la norma*

35. El cambio de la condición jurídica de una categoría de aguas, o más concretamente la inclusión —por la afectación— en el dominio público de una categoría de aguas que hasta ese momento integraba el dominio privado de los habitantes, debe hacerse respetando celosamente las garantías constitucionales que protegen al derecho de propiedad. En países con una Constitución como la argentina, es contraria a derecho toda inclusión en el dominio público de una categoría de aguas que hasta entonces formaba parte del dominio privado de los particulares, sin que tal inclusión no sea precedida por una justa y plena indemnización. Lo contrario constituye un despojo o confiscación que la Carta Fundamental prohíbe expresamente. La Corte ha dicho que el término propiedad, tal como se lo emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional o en otras disposiciones de este estatuto, comprende todos los intereses apreciables que un hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad, lodo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones del derecho privado, sea que nazca de actos administrativos, a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente in-

98 Héctor Lafaille, "Derecho Civil, Tratado de los Derechos Reales", Bs. As., 1943, T. III, p. 613, n° 812, y en Igual sentido Segundo Linares Quintana, "Gobierno y Administración de la República Argentina", ed. Tea, Bs. As., 1959, T. II, p. 319.

terrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad ⁹⁹. Lo expuesto permite sostener que la Ley Fundamental garantiza a la totalidad de valores que integran el patrimonio de los habitantes y asegura, por ende, su intangibilidad. De tal forma, cualquier mengua obliga a una indemnización. Referido el problema a la propiedad de las aguas, él no consiste en que ciertas aguas privadas no puedan ser extraídas del patrimonio de un particular por su declaración de dominialidad pública, sino que éste sea debidamente compensado, para que su patrimonio permanezca intangible. Si bien los Estados provinciales —o en la eventualidad el Estado nacional— tienen la facultad de declarar que cualquier agua privada tiene o adquiere la aptitud de satisfacer usos de interés general y, por ende incorporarla al dominio público, esta incorporación debe ser previa y justamente indemnizada ¹⁰⁰. Sin embargo, en general, las leyes de los países no socialistas —como la Argentina— reconocen que, si bien existe el derecho a una indemnización plena, hallan su interpretación en los precedentes jurisprudenciales que refieren tal compensación a las pérdidas patrimoniales reales, y no a la mera privación de beneficios potenciales, ni al cese de lucros solamente imaginados ¹⁰¹.

36. Al mismo tiempo en que surgía la necesidad de llevar al dominio público a las aguas que hasta entonces habían sido privadas, en muchas naciones creció la tendencia de incluirlas como dominiales, pero sin hacer referencia a ningún tipo de indemnización ¹⁰². En el derecho italiano, la doctrina prevalente es que, las aguas incluidas en las nóminas públicas pueden ser inscriptas en virtud de una dominialidad anterior al registro, con lo cual no se hace lugar a ningún tipo de indemnización ¹⁰³, ya que el efecto declarativo de la inclusión supone que las aguas fueron siempre del dominio público; en este sentido se pronuncia Annibale Gilardoni, para quien la inscripción en los elencos retrotrae la naturaleza jurídica del agua “al hecho del uso o del interés público”, produciendo la caducidad inderogable de toda acción tendiente a demostrar que el agua en cuestión sea pública, si no es deducida en el término de seis meses, al transcurso del cual las nóminas se constituyen en prueba plena e incontrovertible de la publicidad del agua, a tal punto que, en el derecho italiano moderno, “no existen y no pueden existir aguas privadas

99 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en “Palios”, t. 145, p. 307, in re “Bourdie contra Municipalidad de la Capital”, 16-12-1025.

100 Joaquín López, ob. cit. en nota 49, en su nota 154.

101 Guillermo J. Cano, op. cit., en nota 3, párr. 11.

102 Miguel Marienhoff, “El derecho de propiedad privada sobre aguas frente al cambio del derecho objetivo”, en “Conferencia de Naciones Unidas sobre el Agua”, Mar del Plata, 1977, doc. Confagua C / 14 / 3, p. 1.

103 Mario Busca, ob. cit. en nota 37, ps. 77 y ss., párr. 40. Véase el párr. 19 y 21 del texto.

y de propiedad privada y mucho menos derechos privados sobre las aguas”, toda vez que el Estado las tiene atribuidas a título soberano y no en calidad de propietario ¹⁰⁴ ; Enrico Guicciardi no ve obstáculo alguno para que el derecho del individuo ceda ante el derecho del Estado, siempre que ello se lo efectúe con carácter general, o sea de un modo igual para todos los habitantes, mediante una modificación del derecho objetivo vigente; Renato Alessi piensa de igual forma, agregando que en tales supuestos no procede indemnización alguna; y lo mismo opina Guido Zanobini ¹⁰⁵ . En el derecho colombiano ha sido Hernando Devis Echandía, el que llegando a la misma conclusión que los autores italianos, ha sostenido que, con respecto a los bienes de uso público, no puede haber derechos adquiridos por particulares ya que se trataría de leyes de orden público y, de tal forma, sus nuevas disposiciones tendrían aplicación general, aún en el caso de que afectaran derechos adquiridos ¹⁰⁶ . Algo similar ocurre con la teoría de algunos autores venezolanos: así Allan Brewer Carías señala que, cuando el Estado declara ciertos bienes como del dominio público por voluntad del legislador, lo que hace en realidad, es excluirlos del ámbito de la propiedad privada, sin necesidad de indemnizar a los antiguos propietarios que no sufren la especificidad del sacrificio, sino un cambio del derecho objetivo por ley que afecta a todos por igual, estableciendo que la propiedad privada no puede existir, y que la que existía se extingue por imposibilidad en el objeto ¹⁰⁷ ; en igual sentido Pedro Pablo Azpúrua, Amelio Useche, Eduardo Buroz, Cecilia Soza de Mendoza, Sebastián Martín Retortillo y el autor precedente, han señalado que la declaratoria general del carácter público de todos los recursos hídricos, no ocasionaría para el Estado ninguna obligación de indemnizar a las aguas y cauces basta entonces privados, porque no se estarían ante una expropiación forzosa, sino ante el cambio de régimen jurídico de los bienes, realizado con carácter general por el legislador, y ante el cual no pueden haber derechos adquiridos¹⁰⁸.

104 Annibale Gilardoni, ob. cit. en nota 43, T. II, ps. 48, 46 y 200; citado textualmente por Alberto Spota, ob. cit. en nota 8, T. I, ps. 10 y su cita 9 bis, p. 453 y su cita 450, p. 403 y su cita 577, p. 501 y su cita 579 al final, p. 503 y su cita 584, p. 505 y su cita 563 al final, y en p. 545 su cita 655; e Igualmente citado por Mario Busca, ob. cit. en nota 37, p. 88.

105 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 63, que en p. 132 cita a los autores mencionados en el texto.

106 Hernando Devis Echandía, "El régimen de las aguas en derecho colombiano", ed. Antena, Bogotá, 1944, n° 9 y ss., ps. 31 y ss., citado por Joaquín López y Luis Moisset de Espánes, en ob. cit. en nota 4, p. 17 y cita 53.

107 Allan Brewer Carías, "Derecho y administración de las aguas y otros recursos naturales renovables", en "Colección Derecho y Desarrollo" n° 2, ed. Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, ps. 83, 88 y 900.

108 Pedro Pablo Azpúrua, Amelio Useche, Eduardo Bustos, Cecilia Sosa de Mendoza, Allan Brewer Carías y Sebastián Martín Retortillo, en "Criterios y principios para un reordenamiento Jurídico de las aguas", Caracas, 1974, p. 17, en cita de Allan Brewer Carías, ob. cit. en nota 107, p. 80 en su cita 1008.

Otros autores negaron la obligación de indemnizar, diciendo que el legislador implica un acto de ejercicio de la soberanía —tal como lo señalara Gilardoni— llegando a explicar que, la ley que causa el perjuicio es la expresión de la voluntad general y, por ende, la voluntad de los, que sufren el daño ¹⁰⁹. Por su parte Enrique Sayagués Laso contribuía a tales teorías señalando que, para que exista obligación de indemnizar, se dice que el daño sufrido debe ser especial, excepcional, exceder los sacrificios normales propios de la vida en sociedad, y que si la ley afectara por igual a todos o a un gran número de personas, es decir, si en los hechos sus efectos fueran realmente generales, no surgiría obligación de indemnizar ¹¹⁰. A modo de síntesis, podría decirse que las teorías precedentes, descartando el principio de “garantía patrimonial” protegido mediante el procedimiento expropiatorio, se plantearon la problemática de la “responsabilidad del Estado por acto legislativo”. Huelga acotar que, en el derecho argentino no cabe descartar a ninguno de los dos sistemas, ya que ambos protegen la inviolabilidad de la propiedad privada garantizada por la Constitución y el ordenamiento jurídico hace viable el procedimiento expropiatorio como la responsabilidad del Estado por acto del legislador. Ahora bien, inmersa en la historia jurídica europea, la legislación italiana se debate igualmente entre el “principio de la inmunidad del soberano” y el “dogma de la garantía de la propiedad” sin haber pasado de alcanzar un “status” transaccional con fuertes altibajos. Ciertamente —dice Juan Alfonso Santamaría Pastor—, la progresiva socialización de la vida económica —en el derecho público europeo— parece imponer un renacimiento del “principio de inmunidad” como una exigencia de viabilidad para la tarea conformadora de la Administración providencial, pero el “principio de garantía” está aún muy lejos de ser totalmente descartado ¹¹¹. Sin perjuicio de lo expuesto, en el ordenamiento jurídico italiano, se ha sentado a través de la “Corte Costituzionale” la doctrina de la interpretación “constitucionalizante”. Según la sentencia n° 7 de 1966, las normas deben ser interpretadas reduciendo al máximo sus contradicciones constitucionales, pudiendo cambiarse el sentido originario de la ley cuestionada y aceptarse el derecho al resarcimiento aunque la misma ley no lo exprese, pero sólo en el supuesto de las leyes expropiatorias ¹¹². De aceptarse esta última teoría —que es

109 Miguel Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", ed. Abeledo-Perrot, Bs. As., 1973, T. IV, ps. 693, 694 y 735, autores citados en su nota 89.

110 Enrique Sayagués Laso, "Tratado de Derecho Administrativo", Montevideo, 1953, T. I, p. 610.

111 Juan Alfonso Santamaría Pastor, "La teoría de la responsabilidad del Estado legislador", en "Revista de Administración Pública", ed. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1972, n° 68, p. 132 en literal a, y p. 135.

112 Bartolomei, "L'espropriazione nel diritto pubblico", I, ps. 364 y ss., citado por Juan Alfonso Santamaría Pastor, op. cit. en nota 111, p. 133, en su cita 180, y Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 1009, p. 792, en su párr. 1683.

controvertida al punto de negarse el resarcimiento también a las leyes expropiatorias ¹¹³ — el derecho italiano aceptaría la indemnización en términos similares a los del ordenamiento jurídico argentino.

37. En el derecho argentino, toda vez que exista la privación total del derecho de propiedad —de las aguas en el caso—, el Estado que las afecta deberá indemnizar al antiguo dueño. Cuando el reformador civil de 1968 dispuso que “las aguas que tengan o adquieran la aptitud, de satisfacer usos de interés general quedan comprendidas entre los bienes públicos”, lo hizo sin derogar el carácter de perpetuidad atribuido al dominio, el cual, sin contar con el asentimiento del interesado, sólo puede desaparecer mediante expropiación. Ello implica que, toda vez que el legislador, el administrador o el magistrado afecten al uso público a una determinada clase de aguas, el propietario desposeído deberá ser previamente indemnizado, a) Si la afectación de las aguas la realiza el legislador local, resulta prudente que en la misma ley se fije la indemnización o, en su defecto, se compense al antiguo dueño con una concesión automática de uso —tal como lo hace la ley de aguas subterráneas de la provincia de Mendoza— o con un derecho de prelación en el otorgamiento de la concesión de uso —tal como lo hace el Código de Aguas de la provincia de Córdoba— para que la intangibilidad patrimonial quede de esta forma preservada, b) De igual forma podrá el administrador especificar, afectar y obligar al pago de la indemnización o compensación mediante el reglamento fundado en ley. c) Y ante el litigio concreto entre el Estado y el particular, igual competencia tendrá el juez en su sentencia. Huelga acotar que, si la ley o el reglamento no determina la indemnización o compensación, el juez siempre tendrá la facultad de apreciar los daños y perjuicios efectivamente sufridos y hacer lugar al resarcimiento, debido a la garantía constitucional del art. 17 ¹¹⁴. Y es, precisamente, en esta instancia judicial donde coincidirá siempre el “principio de garantía” con el “dogma de la inmunidad soberana”, toda vez que la responsabilidad del Estado por acto legislativo se resolverá siempre en un juicio expropiatorio con efecto obligatorio “inter partes” y no universal ¹¹⁵. En este sentido, la Corte ha declarado en el caso “Rosauer contra provincia de Mendoza” que el Estado es responsable del daño causado por leyes o decretos que vulneren garantías constituciona-

113 Duni, “Lo Sttto e la responsabilit... patrimoniale”. Milano, 1968, p. 531, citado por Juan Alfonso Santamaría Pastor, op. cit. en nota 111, p. 133, en su cita 1800, en que explica que para este autor sería también Inaplicable la indemnización en el supuesto de leyes expropiatorias.

114 Segundo Linares Quintana, ob. cit. en nota 98, T. II, ps. 319 y ss.

115 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 109, T. IV, ps. 749 y 750, punto 4º, aunque no explica los efectos de la responsabilidad.

les y, en el caso “Castro contra Prieto” que la declaración judicial sólo puede traer como consecuencia su aplicabilidad al caso concreto ¹¹⁶ . Mientras la ley ¹¹⁷ o el reglamento pueden establecer pautas y procedimientos para la indemnización o la compensación en forma genérica, el resarcimiento por vía judicial —aun responsabilizando al Estado por acto legislativo ¹¹⁸ — tendrá efecto sólo entre las partes, pudiendo el magistrado resolver el juicio expropiatorio aún cuando las partes no hubiesen planteado la violación del art. 17 de la Constitución nacional¹¹⁹.

38. Cabe ahora referirse a la extensión de la indemnización por la expropiación efectuada a través de la afectación. En el derecho argentino, la doctrina y la jurisprudencia está conteste en que la indemnización procede ante el daño específico infligido al antiguo propietario, con lo cual el procedimiento resarcitorio que pudiese establecer la ley o el reglamento debe contemplar las pautas que permitan la evaluación de los daños en cada caso particular, lo que será examinado sin dificultad por el juez cuando el caso se resuelva por sentencia. A pesar de lo expuesto y, si bien la doctrina de los autores coincidiría con lo dicho, en el desarrollo de sus teorías y en la práctica legislativa han arribado a soluciones muy opuestas. Por su parte, Alberto Spota sostiene que, si el acto legislativo constituye un verdadero supuesto expropiatorio procede el resarcimiento ¹²⁰ , sin embargo estima que la inclusión de las aguas en el dominio público no importa una “transmissio” del dominio, porque tal inclusión tiene efecto declarativo y retrotrae la dominialidad a manos del Estado “ex tune”, si los presuntos interesados para oponerse a la inscripción no se presentaren en el término perentorio de seis meses ¹²¹ ; va de suyo que la legislación y jurisprudencia italiana han influido notablemente en la concepción del autor, pero parecería igualmente ostensible que, en el derecho argentino, no se puede establecer un plazo de caduci-

116 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, conforme al orden enunciado en el texto, en “Fallos”, t. CLXXIX, p. 169, t. CCIV, ps. 181 y 185.

117 Joaquín López, ob. cit. en nota 49, en su nota 155, y Amilcar Moyano, op. cit. en nota 38, párr. 20.

118 Manuel Diez, ob. cit. en nota 79, T. V. 1971, ps. 144 a 156; Segundo Linares Quintana, ob. cit. en nota 98, 11, ps. 400 a 408 y 413 a 417.

119 Germán Bidart Campos, “Hacia la declaración de oficio de la inconstitucionalidad”, en “El Derecho”, t. 74, p. 385; del mismo autor, “La función política y constitucional de la Corte Suprema”, en “El Derecho”, t. 71, ps. 865 y ss.; Ricardo Haro, “El control de oficio de constitucionalidad”, en “El Derecho”, t. 64, ps. 641 y ss., y Néstor Pedro Sagüés, “Sobre el planteamiento de inconstitucionalidad de las normas, por parte de los órganos del Estado”, en “El Derecho” t. 66, ps. 514 y ss.

120 Alberto Spota, “Tratado de Derecho Civil. El Sujeto del Derecho. Personas Jurídicas”, Bs. As., 1951, p. 573, citado por Miguel Marlenhoff. ob. cit. en nota 109, p. 755 en su cita 121.

121 Alberto Spota, ob. cit. en nota 8, T. II, ps. 24 y 25; y del mismo autor, “Proyecto de código de aguas para la provincia de Buenos Aires”, ed. Legislatura Provincial, art. 25 y su nota.

dad para que el titular de un derecho que se pretende vulnerar deba presentarse —obligatoria y perentoriamente— para no sufrir la mengua y mantener intangible su patrimonio; por el contrario, correspondería que fuese el Estado el que arbitrarse la forma de garantizar la intangibilidad patrimonial, sin compeler al titular a iniciar su oposición, bajo la sanción de ser desposeído sin indemnización alguna; por otra parte, la norma —que es objeto de este estudio— sólo tomó la primera parte del texto italiano de 1933, por lo que, ni el legislador, ni el administrador, ni el juez están facultados para realizar elencos o nóminas principales o supletorias de las aguas que, por tener o adquirir la aptitud de satisfacer usos de interés general, deben ser inscriptas como aguas públicas. Para Miguel Marienhoff, la norma en estudio implementa un cambio en el derecho objetivo y, no sólo se hace viable la indemnización con el acto efectivo de la afectación, sino que también responsabiliza al Estado por el acto del legislador ¹²², que se encuentra así obligado a indemnizar como si se tratase de una expropiación ¹²³, operándose de tal forma una “transmissio” del dominio con efecto “ex nunc” que, al respetar los derechos adquiridos por el antiguo dueño, debe ser justa, actual, integral y monetariamente indemnizada ¹²⁴ y su monto establecido por el magistrado ¹²⁵. Para Guillermo J. Cano, el efecto expropiatorio que tiene la norma en cuestión haría viable la indemnización, ante una afectación expresa de determinadas aguas, pero tal resarcimiento no sería pleno, sino una compensación por el daño concreto que se infringe al antiguo propietario, evaluado su monto conforme al valor patrimonial atribuible a las concesiones o permisos de uso que otorgue la autoridad, estableciendo un plazo de noventa días para reclamar la compensación y fijando una caducidad por la no utilización durante un año de haberse producido la afectación ¹²⁶. Para Joaquín López, partiendo de la base de considerar a la norma en estudio como a la calificación legislativa de utilidad pública con que se inicia la expropiación, la indemnización debe cubrir únicamente el daño emergente causado por la “transmissio” y no a las expectativas por mayor valor, ni al lucro cesante; pero, para evitar estas erogaciones que deberá hacer el Estado —continúa el autor— es conveniente dar a los particulares que usaban aguas a título de dueño y, que ahora

122 Miguel Marienhoff, "La reciente reforma del Código Civil en materia de aguas", en "Rev. de Jurisprudencia Argentina", "Doctrina. Serie contemporánea". 1970. p. 255 y ss. y en especial ps. 253 a 261.

123 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 109, p. 751.

124 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 109, conforme resulta de relacionar lo expuesto en los párrafos 1663 d), y 1335 a 1378.

125 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 109, en su párr. 1339.

126 Guillermo J. Cano, "Anteproyecto de la ley sobre dominio de las aguas y bienes conexos", arts. 13 a 17 en "Anteproyectos de Legislación Nacional de Aguas", Bs. As., 1972, conforme a lo expuesto en p. XXI.

se consideran públicas por afectación, la opción de seguir las usando a título de concesionarios sin compensación, o de recibir esta última sin el respectivo derecho de uso; dicha opción —aclara el autor— deberá hacerla el particular, ya que el Estado no puede imponerla; la solución sería entonces que, una vez declaradas públicas a todas las aguas, se fijen los plazos dentro de los cuales aquellas personas que las usaban a título de dueño puedan optar por pasar a la categoría de concesionarios o recibir la compensación; el recibo de la compensación implicará la pérdida del derecho al uso del agua: este sistema —aclara Joaquín López— trae la ventaja de que aquellos que realmente hagan uso beneficioso y rentable del agua, van a preferir pasar a la categoría de concesionarios, mientras que los que no lo hacen, perderán el uso del agua, serán indemnizados en la forma en que la legislación establece, es decir sólo a través de la compensación en el daño emergente, y esta agua, anteriormente privada, incorporada al dominio público, podrá ser usada beneficiosamente por nuevos concesionarios, a los cuales —si la política aconseja— puede fijárseles una carga por la obtención de la concesión que permitirá el pago de las expropiaciones a aquellas personas o corporaciones que eran anteriores titulares del agua; de esta manera —entiende el autor— se puede modernizar el sistema de propiedad del agua, sin graves trastornos sociales, ni gastos excesivos ¹²⁷. A modo de síntesis, podría decirse que, virtualmente Spota propugnaría la ausencia de indemnización, Marienhoff pretendería una indemnización plena y, López y Cano auspiciarían sólo una compensación ¹²⁸. Y, en realidad, sólo esta última tesis contempla la juricidad y legalidad del cambio, toda vez que los derechos de propiedad privada se transforman —conforme a los hechos— en derechos de uso individualizados, sin haber en la “transmissio” ningún daño, aunque, claro está, la intervención del título hará que quien era poseedor continúe, en cambio, como tenedor, pero permaneciendo intangible el patrimonio del antiguo titular que sigue aprovechando igualmente el agua ¹²⁹.

127 Joaquín López, "Conflictos que puede causar el uso de las aguas", en "Memoria del Primer Seminario sobre Legislación de Aguas de San Salvador", El Salvador, Centroamérica, 1871, Tema VI, p. 6,5; y del mismo autor, ob. cit. en nota 49, sus notas 277 a 282; en Igual sentido, INELA, "Proyecto de Código de Aguas para Bolivia", 1970, art. ISO y Hugo Matiello, op. cit. en nota 50 p. 14 y ley de Mendoza 4035, art. 37, en que si bien siguen la doctrina de Joaquín López en el art. 154 del Código de Aguas de Córdoba, disienten en no darle la opción al particular, toda vez que autorizan una concesión legislativa y automática de uso, cuando el particular no solicita la Indemnización en un plazo de noventa días, con lo cual la opción es Impuesta por el Estado.

128 Renato Alessi, "Instituciones de Derecho Administrativo", traduc. 34 ed. italiana por Buenaventura Pellisé Prats, e. Bosch, Barcelona, 1970, t. II, en p. 501, en el párr. 332 señala las divergencias en Italia sobre la medida de la indemnización, siendo el "resarcimiento" más amplio, y la "Indemnización" más restringida.

129 Guillermo Allende, "Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas", ed. Eudeba, Bs. As., 1971, p. 280 en que, pese a la existencia de compensación, dice que una cosa es ser dueño, y otra distinta, tener concesión.

39. Aceptada la compensación como la forma de garantizar la intangibilidad patrimonial, máxime cuando existe el asentamiento del afectado, quedaría por resolver qué es lo que en realidad se compensa. Por ejemplo, en el caso de las aguas subterráneas del reformado código civil, la declaración de utilidad pública que implica la norma nacional, no traería aparejada compensación para el superficiario que no las extrajo del subsuelo; su falta de aprehensión material trae como consecuencia que no se las considere incorporadas al patrimonio del que eventualmente hubiese sido su antiguo dueño; conforme a la doctrina de los art. 2311 y 2312 de la legislación civil las aguas subterráneas no extraídas del subsuelo no son cosas y carecen en consecuencia de valor; de igual forma, sería imposible evaluar el daño que la “transmissio” haría compensable, toda vez que no podría demostrarse el perjuicio real y concreto que sufre el propietario superficiario; pero, si el superficiario las extrajo con anterioridad a la “transmissio”, medió aprehensión material y las incorporó a su patrimonio con una inversión concreta, con lo cual, la afectación hará surgir para el antiguo titular una compensación equivalente al daño emergente, demostrable en forma concreta. Pero, tratándose de aguas superficiales que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general, la compensación por la “transmissio” será inevitable, porque tales aguas están materialmente incorporadas al dominio de los particulares y son susceptibles de valores junto a la tierra a que acceden; de tal forma, y de resultas de la afectación, habrá un daño concreto que compensar por el menor valor del inmueble y por el perjuicio derivado del uso o no uso de las aguas.

F. *Desafectación*

40. El efecto jurídico de la afectación por ley, reglamento o sentencia no es otro que el de someter a determinadas aguas al régimen de la dominialidad, ya que el carácter o naturaleza dominial de las mismas no deriva de la afectación, sino del art. 2340 inc. 3 del legislador civil que les asignó —en forma genérica— el respectivo carácter público. De ahí que, cuando pudiera producirse un cambio de uso público en una determinada clase de aguas —por contaminación, agotamiento de la fuente, etc.—, no habría lugar para una nueva afectación, ya que el efecto de ésta es someter a las aguas al régimen de la dominialidad. Y, por otra parte, tampoco cabría la desafectación, ya que los “usos de interés general” no sólo son los beneficios, sino también los riesgosos y peligrosos que el Estado debe prevenir o atenuar¹³⁰.

130 Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 63, ps. 130 a 130 y 168 a 169 y nota del codificador civil argentino 2340, inc. 3, en que habla de la multitud de usos necesarios.

41. Sin perjuicio de lo expuesto, podría resultar por excepción la necesidad de desafectar a determinadas aguas, sustrayéndolas a su destino de uso público, haciéndolas salir del dominio público para ingresarlas al dominio privado del Estado o de los particulares. Desde luego, el principio es que los bienes desafectados ingresan al dominio privado del Estado conforme lo señala el art. 2342 inc. 1 de la legislación civil y, sólo por excepción al dominio privado de los particulares. De tal forma, si se pretendiese que la reforma civil de 1968 derogó a antiguas disposiciones que aún persisten, podría decirse que el art. 2340 inc. 4 derogó al art. 2577 y, al desafectar la corriente superficial que va desde las “crecidas medias ordinarias” hasta “las más altas aguas en su estado normal”, llevó a estas corrientes esporádicas y marginales al dominio privado del Estado¹³¹.

42. La desafectación deberá resultar de un acto expreso del poder público, tal como el acto de afectación. Por ley —como en el caso del ejemplo anterior si se acepta tal derogación—, por reglamento o, en fin, por sentencia. Por eso es que Otto Mayer pudo decir que la manera en que la propiedad pública termina corresponde a la forma jurídica de su origen ¹³². A modo de ejemplo, por sentencia se pudo expropiar y afectar las aguas surgentes del art. 2637, indemnizando su valor; e igualmente por sentencia, pudo el juez autorizar al dueño del fundo de donde brotan su apropiación, después de haber dejado de ser parte de un río y haber sido consecuentemente desafectadas ¹³³. Va de suyo que, la facultad de desafectar las aguas en estudio es en principio de las provincias y no de la nación¹³⁴.

G. *Conclusión*

43. Cuando el codificador civil argentino de 1968 dispone que “quedan comprendidos entre los bienes públicos todas las aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general”, asigna mediante una ley formal de la nación la naturaleza jurídica dominial a las aguas que, reuniendo tal aptitud, pertenecían a los particulares. La ley

131 Joaquín López, ob. cit. en nota 10, p. 152.

132 Otto Mayer, "Le droit administratif allemand", París, 1903, 1006, T. III, p. 178, citado por Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 63, p. 182.

133 Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, en "Tallos", t. 140, p. 101, citado por Miguel Marienhoff, ob. cit. en nota 01, su cita 42; y tallo "Seleme c. provincia de Catamarca", en L.L., T. II, p. 79 citado por Guillermo J. Cano, "Régimen Jurídico económico de las aguas en Mendoza", ed. Librería de la Universidad, Mendoza, 1941, ps. 43 y 35.

134 Miguel Marienhoff, "Bienes Públicos", ed. Valetio Abeledo, Bs. As., 1911, p. 42, literal d), en contradicción con lo dicho en el texto.

nacional importa una declaración genérica de utilidad pública y satisface la exigencia constitucional del instituto expropiatorio que requiere calificación legislativa.

44. Assignada la dominialidad de las aguas en una forma genérica, las provincias —o la nación en su caso— podrán destinar efectivamente al uso público a las aguas que tengan la aptitud de satisfacer usos de interés general, especificando o determinando a dichas aguas y afectándolas o consagrándolas a dicho destino. La ley, el reglamento o la sentencia causará la afectación y el efectivo traspaso al dominio público que, por ser expropiatorio, deberá ser previamente indemnizado.

45. La indemnización expropiatoria se circunscribirá al daño emergente y, por ende, será en rigor una compensación. Podrá imponerla el legislador, el administrador y el magistrado. Por ley o reglamento la técnica jurídica normativa aconseja el establecimiento de pautas o criterios generales que permitan arreglos razonables fuera de la órbita del magistrado. Ante la ausencia de la ley o el reglamento, o ante la ausencia legislativa o reglamentaria de un procedimiento extrajudicial de compensación, o ante el fracaso del mismo, la instancia judicial deberá, en su caso, dictar sentencia, ordenando la afectación y fijando la compensación, o simplemente señalando el monto compensatorio.

46. Sin alterar la naturaleza indemnizatoria de la compensación, la política y técnica legislativa aconsejan equiparar la compensación con el daño emergente, y atribuir en el mismo acto de la afectación un derecho de prioridad en el uso al antiguo dueño, o bien una concesión automática cuando este último no solicite expresamente la compensación. De tal forma se protegen los derechos adquiridos y queda intangible el derecho que el propietario del fundo superficial, en los hechos, posee del agua.

47. Con el cambio de uso público a una determinada clase de aguas afectadas, no se requerirá una nueva afectación y, por lo general no es viable que se llegue al caso de su desafectación. Sin embargo, si este último caso fuese el que corresponde —por no satisfacer las aguas ningún uso de interés general— tal aptitud deberá ser valorada por el legislador, el administrador o el juez que procedió a la afectación.

VI. Conclusiones finales

48. El art. 2340 inc. 3 del Código Civil argentino recepta la primera parte del art. 1 del texto italiano de 1933, pero precisamente porque la ley argentina no obliga a la confección de los elencos —principales o

supletorios— que el legislador italiano ordenó hacer, surgen las diferencias que sustancialmente separan a un ordenamiento de otro, sin perjuicio de que ciertas precisiones doctrinarias, jurisprudenciales y legislativas ayudan al Derecho de Aguas argentino.

49. En el Derecho de Aguas italiano, el administrador debe hacer la inclusión de las aguas públicas en los elencos principales o supletorios. Esa inclusión es tan genérica que, en una sentencia del 15 de junio de 1931, la “Corte de Cassazione Civ.” estableció que, bastando la inscripción en los elencos de aguas públicas de un curso principal, debe comprenderse que por ese solo hecho quedan también inscriptas todas las aguas que contribuyen a ese curso, aun las surgentes que pudieran constituir parte del mismo sistema hidrográfico. Ostensiblemente quedan inscriptas —en forma tácita— aguas que ni siquiera han visto la superficie y, por ello Mario Busca señala que, el peligro consiste en que ineludiblemente el término para oponerse pasará inadvertido y de tal forma consentida, sin saberse, la inscripción del agua como pública ¹³⁵. Y a lo expuesto se suma que, casi sin disidencias, la jurisprudencia italiana entiende que esta inclusión administrativa sin oposición, retrotrae el dominio de las aguas a manos del Estado con efecto “ex tunc”, sin dar lugar a indemnización. Lo cual es solo explicable porque la historia del Derecho de Aguas en Italia es —en términos generales— su siempre presente publicación.

50. En el Derecho de Aguas argentino, las aguas para ser efectivamente públicas necesitan, indefectiblemente, del acto de afectación. Y la norma del art. 2340 inc. 3 sólo instrumenta una declaración de utilidad pública y no una afectación. Quedando esta última, en la competencia discrecional de las autoridades locales para evaluar en cada caso la genérica aptitud e indemnizar con una compensación. Al efectuarse la eventual afectación, lo será siempre “ex nunc” y su naturaleza expropiatoria obligará constitucionalmente a resarcir el daño emergente de la “transmissio”, con lo cual es posible la intervención del título dejando intangible al patrimonio del antiguo propietario, que continuará con su aprovechamiento, no ya como poseedor, sino como tenedor ¹³⁶.

135 Mario Busca, ob. cit. en nota 37, p. 95, en comentario a “Mass. Foro It.”, 1931, 455.

136 Alfredo Bridge, “Proyecto de Carta Federal del Agua”, ed. SETOP, CRAS, Incorporado al “VIII Congreso Nacional del Agua”, Rio Negro, Viedma, 1977, en p. 44, en su art. 63 dispone textualmente: “La declaración legal que Incorpora a algunas manifestaciones de los recursos hídricos, que anteriormente no eran de carácter al momento de la sanción legislativa deben Indemnizarse, por cuanto tal cambio público al dominio público del Estado, no supone que las situaciones existentes de régimen Jurídico no constituye expropiación”, con lo cual se aparta de la solución propugnada en el texto.