

El agua en el nuevo Código Civil

La autora estima que, en la redacción de la nueva norma, no se valora adecuadamente a este recurso natural estratégico para el país y la provincia. Cree que la reforma se quedó "a mitad de camino".

LOS ANDES, 05 de septiembre de 2015



Marcela M. Andino - Dra. en Derecho y miembro del Instituto del Agua y el Ambiente de la U. de Mendoza.

A partir de agosto de 2015 comenzó a regir un nuevo Código Civil unificado con el Comercial (Ley 26.994). La reforma en materia de aguas, asunto muy caro para el país y principalmente para Mendoza, motiva a realizar un análisis a los fines de concluir sobre su utilidad y pertinencia.

Como primera aproximación, podemos decir que el nuevo Código Civil **no valora adecuadamente a un recurso natural estratégico para el país como es el agua.**

La nueva normativa sigue reconociendo una categoría, aunque residual, de aguas privadas que son denominadas en el nuevo Código como "aguas de los

particulares”, (arts. 239 CCyC), cuando en realidad debería ser toda de dominio público, ya que el agua es una sola aunque en la naturaleza se presente en distintos estados (gaseoso, líquido, subterráneo o superficial).

Como adelantamos, mantener esta categoría de aguas privadas resulta inapropiado tratándose de un recurso natural estratégico y finito afectado por el cambio climático.

La mayoría de las legislaciones modernas ya no plantean la categorización del agua (en públicas o privadas), sino que la regulan en función del ciclo hidrológico y del valor estratégico económico, social y ambiental del recurso hídrico, incluyéndola sin distinciones en el dominio público, descartando así interpretaciones equívocas, y cerrando la puerta para el manejo y/o disposición de los particulares.

En 1937, Guillermo Cano -destacado mendocino especialista en Derecho de Aguas-, insistía que “todas las aguas, sin excepción, deberían ser del dominio público de la comunidad, en función de su interés público, presente o futuro, y porque el valor económico-social del agua es tan grande -sobre todo en las zonas de cultivos por irrigación artificial-, que esa causa justifica su afectación al dominio público de la comunidad”.

A partir de estos conceptos, advertimos que las reformas en esta materia, no cubren las expectativas de la doctrina especializada que en los últimos 100 años propugnó por la “publicidad” de todas las aguas (declararlas de dominio público sin distinciones).

El régimen de aguas en un Código Civil

En Argentina, dado su régimen federal de gobierno y en virtud del deslinde de competencias expresado en la Constitución Nacional, **se ha entendido que la determinación de la “dominialidad de un bien o una cosa” es ajena al Derecho Civil siendo una función propia del Derecho Público, es decir reservada a la esfera provincial y no delegada a la Nación (art.121 CN).**

Al respecto, decía Cano: “*Si las aguas son bienes del dominio público de una provincia, es a ésta a quien corresponde determinar cuáles son las aguas públicas, pues que las provincias no han delegado nunca, al Congreso federal ni a nadie, la facultad de determinar la composición de su patrimonio público*”.

De dominio público fluvial

El nuevo artículo 235 CCyC detalla los bienes pertenecientes al dominio público, es decir, aquellos bienes que serán inalienables, imprescriptibles e inembargables, y luego agrega una expresión que no puede pasarse por alto: “excepto lo dispuesto por leyes especiales”, y aquí los primeros interrogantes: ¿cuáles podrán ser los fundamentos o la necesidad de su dictado?; esas leyes especiales, ¿podrán incorporar o excluir bienes del dominio público del elenco de bienes que el Art. 235 prevé?; ¿cuál es la razón que justifica dejar abierta esta puerta?

Asimismo, el artículo enumera los bienes que quedarán afectos al régimen de “dominialidad pública”: “los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda

otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, (...)”.

La reforma incorpora como novedad a los “estuarios, arroyos, las lagunas, los glaciares y el ambiente periglacial. Salvo la inclusión del “ambiente periglacial”, lo que nos parece acertado -los glaciares ya estaban incorporados por ley 26.639-, nos preguntamos si era necesaria la enumeración de otros cuerpos de agua.

Los estuarios, arroyos y lagunas ya estaban incorporados en el Código de Vélez. ¿Cuál es la diferencia entre un arroyo y un río, o entre un lago y una laguna? Sólo una cuestión de dimensiones y cantidad de agua que corre por un cauce natural o se encuentra detenida.

Por otra parte, la reforma mantiene a la “navegabilidad” como criterio para afectar un cuerpo de agua al régimen público. La doctrina ya observó este instituto y debió ser objeto de tratamiento especial por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Las Mañanitas”, donde quedaron evidenciadas las dificultades que el concepto acarrea para determinar su alcance.

En el nuevo articulado se introducen definiciones de dudosa utilidad y que pueden generar confusiones y conflictos. Dice el nuevo artículo 235 CCyC: “Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre”, y luego agrega: “Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente...”.

Es decir detalla los elementos que conforman cada cuerpo de agua. La técnica legislativa de incorporar definiciones en un Código puede ser útil, pero en el caso de los ríos no fue oportuna. **En los ríos estacionales de origen níveo -como los de las regiones del noroeste, centro-oeste y patagónica argentina-, su volumen sufre variaciones súbitas. Nos preguntamos, entonces si en las épocas invernales, en las que los lechos no estén cubiertos de agua, algún propietario ribereño podrá discutir que allí no existe un río y pretender así extender su propiedad privada.**

La exigencia de un caudal perenne fue un tema ya zanjado por la doctrina considerando que este requisito se vincula con la existencia de agua en la mayor parte del año. La duda que surge es si hoy, con la expresa descripción de elementos que hace el artículo 235 CCyC, estos principios seguirán siendo aplicables.

Por último, y lo que creemos más absurdo, se incluye entre los bienes del “Dominio Privado del Estado” a los lagos no navegables, característica que revisten la mayoría de los lagos patagónicos de la Argentina.

Con esto podemos inferir que los lagos no navegables, que son del dominio provincial (art.124 Constitución Nacional) podrán ser “embargados” por las deudas que esa provincia registre con particulares o empresas nacionales o extranjeras, vendidos por ellas o adquiridos por prescripción.

La reforma del Código Civil era necesaria, pero en materia de aguas se quedó a mitad de camino, no valora adecuadamente este recurso estratégico y no reconoce la importancia que tienen los temas hídricos en Argentina.

