

Régimen de dominio de las aguas subterráneas y consecuencias para su gestión, protección, tutela y aprovechamiento

Leonardo F. Pastorino, María de las Nieves Cenicacelaya y Alfredo G. Diloreto

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP), calle 48 e/6 y 7 (1900) La Plata, Buenos Aires, Argentina.

Mail de contacto: pastorinoleonardo@yahoo.com.ar

RESUMEN

En esta ponencia se desarrolla el régimen de dominio de las aguas subterráneas que se define en el Código Civil y que tiene implicancias en otros aspectos vinculados a la gestión, protección y aprovechamiento del recurso. Se plantean distintas cuestiones interpretativas en torno a estas disposiciones y, a continuación, se presenta como algunas provincias trataron de zanjar los problemas trazados por la reforma del Código Civil en 1968 que considera a las aguas subterráneas de dominio público de los estados provinciales, aunque reconoce un derecho al “uso regular”, en la medida de “su interés” y “conforme a la reglamentación” de los superficiarios.

Palabras clave: aguas subterráneas - códigos de aguas - Código Civil – constitucionalidad

ABSTRACT

This paper describes the underground water domain regime defined in the Civil Code and that has implications in other aspects related to the management, protection and use of that resource. Several interpretation issues are discussed around those provisions and, next, the way in which some provinces have tried to solve the problems set by the Civil Code reform in 1968, which considers underground water as being of public domain of provincial states, although it recognizes a right to ‘regular use’, according to ‘its interest’ and ‘according to regulations’ of landowners.

Keywords: underground water – water law - Civil Code – constitutional review

Introducción

El agua es un elemento particularísimo y de características naturales únicas, a la vez que es esencial para la vida del hombre y de toda la naturaleza y también para el desarrollo de las distintas actividades productivas. Al derecho corresponde regularla ya que cada vez son más y más complejos los conflictos que se generan por su uso, su cada vez más notoria escasez y la contaminación, entre tantos aspectos.

Pero sin lugar a dudas, el primer aspecto al que debe abocarse la regulación del agua es el de la determinación de su régimen dominial. Se trata del primer aspecto en el tiempo, debido a que siempre los conflictos por los recursos se determinaron regulando su distribución y su sistema apropiativo. Pero es también una cuestión principal ya que directamente del régimen dominial se derivan muchas otras decisiones sobre la disposición y uso y sobre la tutela.

El régimen dominial de las aguas en el Código Civil

El Código Civil de 1869, que entrara en vigencia en 1871, decidió sobre el dominio de las aguas, al tratar de las cosas. Dicho régimen fue afectado por la reforma de dicho Código de 1968, operada por la ley 17.711. El Código resolvió un sistema acorde con la filosofía reinante en la época y que había sido consagrada en la Constitución Nacional, de favorecer la privatización de las tierras y tutelar en forma amplia la propiedad privada. Así las cosas, resolvió que muchas de las aguas formaban parte del dominio del propietario fundiario.

Ello no obstante, ya a la época de la sanción del Código, algunos “cuerpos” de agua eran visualizados como entes propios y estratégicos y concitaron la declaración de un dominio público sobre los mismos.

La reforma de 1968 materializó la preocupación de ciertas observaciones críticas de la doctrina y antecedentes reformistas, orientadas más a los usos de tipo consuntivo, sobre los que el reconocimiento de un derecho de propiedad bastante extendido sobre las aguas ponía serios límites. Fundamentalmente avanzó sobre las aguas subterráneas, objeto de este Congreso y de esta ponencia, y sobre “toda agua susceptible de satisfacer un interés general” que se declararon públicas, abriendo una extensa y aún irresuelta discusión sobre la constitucionalidad de dicha reforma.

Sin poder tratar cada uno de los temas que la doctrina ha descrito y sobre los que se generaron innumerables discusiones, para lo cual remitimos a las obras clásicas del derecho de aguas, sintetizamos el cuadro respecto al régimen dominical dado por el Código Civil vigente de la forma que sigue:

* Aguas de dominio público de los estados (federal o provinciales según el lugar en que las mismas se encuentren, art. 2339 C.C.), pudiendo permitir éstos su uso y explotación a los particulares a través de permisos o concesiones. En esta categoría se encuentran, de acuerdo al art. 2340:

- el mar territorial;
- los mares interiores;
- los ríos (además de sus cauces);
- las aguas que corren por cauces naturales;

- las aguas subterráneas (aunque el mismo artículo reserva el derecho, sometido a un *ejercicio regular*, del propietario del fundo superficial de extraer las aguas subterráneas en la *medida de su interés* y con sujeción a la *reglamentación*);

- las aguas susceptibles de satisfacer un interés general;

- los lagos navegables.

* En tanto son privadas (de los particulares o de los estados, si se tratara de inmuebles no afectados al dominio público):

- las lluvias que caen en terrenos privados (art. 2635 C.C.);

- las aguas de vertientes que nacen y mueren dentro de una misma heredad (art. 2350 C.C.);

- las aguas que surgen en terrenos particulares mientras no constituyan un curso de agua por cauce natural (art. 2637) y

- los lagos no navegables (art. 2349 C.C.), aunque para algunos autores y ante la indefinición del mismo código, podría interpretarse que éstos tampoco pertenecen al propietario del fundo en el que se encuentran ya

que el artículo sólo les otorga el uso y goce de los mismos.

* Finalmente existiría un régimen particular en el art. 2636 que establece que “todos pueden reunir las aguas pluviales que caigan en lugares públicos, o que corran por lugares públicos, aunque sea desviando su curso natural, sin que los vecinos puedan alegar ningún derecho adquirido”, lo que podría interpretarse como una liberalidad por parte del soberano.

A pesar que la colocación de este régimen dominical en el Código Civil ha sido más o menos aceptada, no dejó de plantear dudas que se vienen a reinstalar ahora con la definición dada por la reforma de la Constitución Nacional disponiendo que los recursos naturales son del dominio originario de las provincias (art. 124).

Al quedar el cuadro enunciado por el Código Civil como un catálogo de aguas que integran el dominio público, forma de presentación motivada por la excepcionalidad de dicho dominio y por la necesidad de que sea una ley la que afecte las cosas al mismo, el capítulo quedó redactado como propio del derecho público o administrativo, incluido en un Código de naturaleza privada o civil. Según López (1987), la tesis que avala dicha decisión del redactor del Código Civil si bien mayoritaria, fue contestada por Carlos Silveyra y Guillermo Cano, entendiendo que calificar a los bienes como públicos o privados es una facultad privativa del poder público provincial que nunca fue delegada por las provincias en la Constitución y que se refiere directamente a una determinación esencial como ser la composición de su patrimonio público. En tanto que, el principal argumento que se ha sostenido para justificar la inclusión en el Código Civil que debe regular a las personas y bienes privados, es que no se podía, y menos en tiempo fundacionales, regular el dominio privado sin antes delimitarlo, es decir, sin antes decidir que bienes no lo integrarían. Ello en virtud de la regla que todos los bienes que no integran el dominio público, son privados, consagrada por el Código Civil en el art. 2347.

Como se dijera apenas antes, ahora que la Constitución Nacional determina el dominio originario sobre los recursos naturales en las provincias, se suma un argumento más a favor de la tesis minoritaria, puesto que deberían poder las provincias determinar el modo de disponer y proteger sus recursos decidiendo sobre un aspecto tan central del mismo. Ello no obsta, sin embargo, al argumento esgrimido por la tesis mayoritaria, ya que el dictado del Código Civil ha sido consentido al Congreso Nacional

por la Constitución Nacional originaria. Claro que nunca se determinó el contenido que debería tener y que resulta el tema más propio del derecho público, pero también se debe decir que si la explicación dada por la tesis mayoritaria fue aceptada, estimo yo también por un criterio organizacional, no habría un argumento definitivo que pudiera sostener que aún con una declaración expresa sobre el dominio de los recursos naturales, al Congreso no se le pueda haber delegado la función de clasificar los bienes de acuerdo a su titularidad dominial, como ha hecho el Código Civil; cuestión que, seguramente, traerá más de una interpretación judicial en el futuro más o menos cercano.

Aguas subterráneas y otras aguas de interés general

Sin lugar a dudas, los temas más conflictivos con relación a las aguas son los dos introducidos con la reforma de la ley 17.711, el de las aguas subterráneas y el de "toda agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general".

Las aguas subterráneas antes de la reforma indicada, por la falta de una mención expresa, podían quedar comprendidas dentro de la propiedad del superficiario en virtud de la disposición del art. 2518 aún no derogado y que en su primer parte dispone "la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos". En línea acorde, el art. 2637 todavía reconoce de propiedad del superficiario a las aguas que "surgen" o "brotan", según la versión actual o anterior a la reforma de la ley 17.711.

La disputa por las aguas subterráneas y los avances de los conocimientos científicos habrían motivado, sin embargo, otras interpretaciones. Así, López (1987) indica algunos autores que, ya antes de la reforma, las consideraban públicas por aplicación del inciso 3º -inciso donde casualmente se las incorpora luego- siempre que corrieran por cauces naturales "subterráneos". Pero el mismo López recuerda también la postura de otros autores y de la Corte Suprema que, en "Provincia de Mendoza contra Compañía de Ferrocarriles Gran Oeste Argentino y Buenos Aires al Pacífico" (JA T. XII, p. 648) seguían sosteniendo la propiedad del superficiario.

El texto actual las convierte en públicas lo que, si se sostiene que antes eran privadas, puede interpretarse como una expropiación sin indemnización y, por lo tanto contraria al texto del art. 17 de la Constitución. Máxime en base a la idea que entiende a las aguas subterráneas como dentro de la categoría de las aguas que tienen o pueden adquirir aptitud de satisfacer necesidades generales implicando una declaración en abstracto que viola el "principio de justicia por compensación" que crea la inviolabilidad de la propiedad garantizada en el art. 17 C.N.

Para evitar ese tipo de reclamo, la misma reforma adoptó en el texto ciertos recaudos, los que, a mi juicio son insuficientes. Dejó a salvo "el ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación". Qué se entiende por "ejercicio regular", por "la medida de su interés", cuál es el alcance de la reglamentación y si ésta puede poner un costo al uso del agua, constituyen algunas discusiones que la misma reforma abrió en la doctrina. También, ciertas interpretaciones, a mi juicio no del todo acordes con los restantes alcances del ejercicio del derecho de propiedad que, vale la pena recordar, según el Código Civil es exclusivo, perpetuo y absoluto con sólo las limitaciones que surgen del Código y del ejercicio del Poder de Policía que, obviamente, no puede excluir el dominio mismo.

Se distinguió, por ejemplo, diciendo que el superficiario no puede considerarse expropiado si al tiempo de la reforma no explotaba o extraía el recurso subterráneo, relacionando esto con la teoría de los derechos adquiridos. Creo que esta postura olvida la disposición del art. 2510 que dispone que "el dominio es perpetuo, y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y aunque un tercero ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que ésta pueda adquirir la propiedad por la prescripción".

Más inviable resultaría el argumento de Moisset de Espanés (López, 1987) que cree que las aguas subterráneas no alumbradas antes de la reforma, es decir, no aprovechadas, al no ser susceptibles de tener valor no eran directamente cosas por el art. 2312. Choca esta interpretación con el art. 2510 citado e introduce un argumento de una gravedad institucional superlativa si por analogía se aplicara a todas

las cosas adheridas a una propiedad que su dueño no utiliza (Pastorino, 2009).

Entonces, el camino posible para plantear la validez de la reforma o su carácter no expropiatorio es analizar si en el caso las aguas integran un cauce subterráneo e insistir con esa teoría que las encuadraba en el dominio público antes de la reforma en tal supuesto. Caso contrario, se tendrá que reconocer que cualquier afectación patrimonial que por aplicación del nuevo texto del inciso 3º del art. 2340 se le ocasione al superficiario, deberá conllevar su indemnización. Obviamente, la excepción está dada por el art. 2510 citado y es la de la usucapión (Pastorino, 2009).

Aún más grave es el caso de las aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general. Desde ya, si esas aguas eran antes de la reforma consideradas privadas, no puede cambiárseles el régimen sin indemnización, pero mucho menos se puede dejar sometida esa consecuencia —el paso de ser privadas a ser públicas— a un hecho futuro indicado con el vocablo “adquieran” y a las necesidades variables de una sociedad en expansión. Aquí comparto la opinión del querido maestro López que dice al respecto que se debe considerar esta incorporación de la ley 17.711 como una declaración genérica de utilidad pública, de las tantas que abundan en el derecho agrario, quedando la afectación librada a la discrecionalidad de las autoridades públicas que evaluarán el caso concreto, debiendo, llegado el caso, indemnizar al sujeto privado expropiado.

En conclusión antes esbozada por Pastorino (2009), si la intención del legislador de 1968 fue la de avanzar en un sistema que contemple a todas las aguas de dominio público debido al interés superior que las mismas tienen para nuestra sociedad y para los procesos ambientales, hubiera hecho un enorme favor a las generaciones actuales optando por otro sistema. Hubiera podido declarar todas las aguas, sin distinciones complejas y hasta absurdas, del dominio público pudiendo haber reconocido todos los derechos posibles respecto al uso a los superficiarios del momento y de por vida, declarando el bien intransmisible por actos entre vivos o por sucesión hereditaria. En ese caso sí, los sucesores no tendrían derecho, y se hubiera evitado una discusión que, luego de cuarenta años no sólo perdura sino que empieza recién a demostrar sus consecuencias, ya que es éste el tiempo en que se hace evidente la escasez del agua (Pastorino, 2009).

Digo dominio público porque era la hipótesis imperante en ese momento. En el presente, creo que se podría optar por soluciones, a mi juicio mejores, como la de considerar el agua un bien común de carácter inapropiable, garantizando simplemente los usos a partir de una adecuada reglamentación del Estado y con un sistema de decisión, y gestión ampliamente participativo, postura que hemos presentado en las audiencias públicas por la reforma al Código Civil (Pastorino, 2012).

La respuesta de las provincias a través de los Códigos de Aguas

Hemos planteado la importante relación entre la definición dominial con otros aspectos a regularse. Ello hace que, si bien ya el Código Civil dispuso que los bienes del dominio público eran provinciales o del Estado Federal, según donde se encuentren, y que ahora la Constitución Nacional determina que los recursos naturales son del dominio originario de las provincias, la clasificación de algunas aguas como de dominio privado y la solución que la reforma del Código Civil de 1968 dio a las aguas subterráneas, sigue influyendo directamente en las legislaciones provinciales.

Sobre aguas definidas como públicas, es claro que los poderes provinciales como titulares de dicho dominio público son muy superiores ya que claramente abarcan la disponibilidad y no sólo una regulación de policía de las actividades o usos que puedan hacer los privados sobre su dominio. También recordamos que en el caso de dominio público, el derecho al uso del recurso se deberá resolver a través de instituciones de derecho administrativo (público), fundamentalmente la concesión y los permisos que alcanzan en materia de aguas una particular fisonomía.

El problema con las aguas subterráneas y las dudas sobre su constitucionalidad acrecientan las dificultades para optar por un criterio de regulación a nivel provincial y atentan contra la eficacia de las normas definidas.

Así las cosas, puede evidenciarse una primitiva opción por regular a nivel provincial sólo las aguas públicas, entendiendo que sobre aquellas no existían dudas de los poderes provinciales y en sintonía con la ideología codicista de protección a la propiedad privada. Habiendo en el Código Civil ciertas restricciones, especialmente vinculadas con las cuestiones de vecindad, es decir privadas, y no de poder de policía, es decir en miras a intereses generales, la primer reacción fue la de

abstenerse de regular en función o en ejercicio del poder de policía sobre las aguas privadas. Más modernamente, se avanzó sobre esta posibilidad, es decir, buscando contemplar regulaciones completas del recurso, reconociendo la unicidad del mismo y manteniendo el Código Civil diferentes posibilidades en cuanto a la titularidad del dominio, el criterio fue el de regular las aguas públicas a partir de los poderes derivados de la dominialidad estatal y las privadas a través del poder de policía. Claro que, sin poder en estas breves páginas ahondar en esta cuestión de derecho administrativo, el poder de policía daría facultades de control respecto al uso, imponiendo conductas y obligaciones, pero quedaría controvertido que dicho poder llegue al punto de limitar o condicionar la disponibilidad de los bienes privados más allá de una razonable tolerabilidad que, bajo la forma de restricción, tenga alcance general, se disponga por ley y no termine por desvirtuar los derechos de disposición y aprovechamiento de la propiedad misma reduciendo considerablemente el beneficio económico que ella podría ofrecer o prestar. De esta diferenciación entre regulación en relación al dominio público o en relación al poder de policía surgirían consecuencias también concretas de otra índole, como ser la posibilidad o no de establecer un canon por el uso del recurso. En el caso de que las aguas sean públicas, el mismo estará aceptado, mientras que difícilmente pueda admitirse un canon a pagar por las aguas propias.

Como ejemplo de lo que venimos marcando, citamos al Código Rural para los Territorios Nacionales (ley 3088 de 1894) que inicialmente rigió en varias de las actuales provincias y dispuso sobre las aguas de ríos y arroyos (art. 214). En la primera ley de la provincia de San Juan, (ley 312 de 1928) se trataron las aguas superficiales, incluyéndose referencias a las aguas subterráneas más tarde, en el Código de Aguas (ley 4.426 de 1978 con modificatorias).

Por el otro lado, algunos códigos de aguas, como el de Jujuy (ley 161 de 1950), determinan que rigen el uso de las aguas públicas, pero que, además, dispone normas de policía para las aguas privadas. En igual sentido, el de Santiago del Estero (ley 4869 de 1980) regula las aguas públicas pero, también, "las restricciones" a las aguas privadas.

La Provincia de Mendoza, pionera en el derecho interno de aguas, intentó adaptarse a la reforma del Código Civil produciendo un cambio legislativo que derogó la decana ley general de

aguas de 1884, reemplazándola en 1974 por la vigente ley 4035. Por la ley de 1884 se entendía que las aguas podían ser del titular del dominio superficial o de quien pudiera alumbrarlas según que las aguas fueran extraídas por pozos ordinarios (en el primer caso) lo que hacía que las aguas se integraran a dicho dominio del fondo) o por pozos cartesianos. Se entreveía de esa forma otra interpretación, a mi modo de ver con poco sustento en la normativa del Código, de que las aguas subterráneas podrían ser cosas sin dueño o *res nullius*. Por la segunda ley citada se estableció que quien ya estaba usando el agua subterránea a la fecha de su entrada en vigencia, se transformaría en concesionario de pleno derecho, salvo que en un plazo de 90 días reclamase una indemnización, lo que haría perder el derecho de uso. Esta solución no habría generado ninguna contienda judicial, ni provocado que alguien pretendiese la indemnización en lugar del derecho a uso que varió de un derecho de índole propietaria a uno de índole concesional. Pero también es cierto que dicho régimen fue sólo aplicable a las perforaciones que se encontraban legalmente registradas y autorizadas por la autoridad competente, mientras que para los usos no registrados se estableció un plazo para solicitar la concesión con cargo de que de no hacerlo se debería cesar en el uso del recurso sin derecho a indemnización alguna.

En el caso de la Provincia de Córdoba, el Código de Aguas sancionado por decreto-ley 5589/73 distinguió aquellas aguas alumbradas que contaban con una sentencia judicial que las declaraba integrantes del dominio privado, las que no podrían concretar el traspaso decidido por el Código Civil al dominio público sin contar con la pertinente indemnización, de aquellas otras que no contaban con la sentencia citada. Para estas últimas, se consideraba que la reforma de la ley 17.711 había efectivizado la afectación en el entendimiento que antes de dicha ley tampoco eran claramente privadas, ante la falta de certeza jurídica.

De la lectura del Código cordobés surge una detallada casuística para lograr que aquellos derechos reconocidos anteriormente a la sanción de la ley 17.711 puedan transformarse al sistema común que reconoce la dominialidad pública del agua subterránea, generando un proceso voluntario por el cual los titulares de derechos preexistentes, aún con sentencia judicial que reconociera un dominio, puedan presentarse a solicitar ante la Autoridad la conversión de dicho derecho, con los alcances

que hubiera tenido, en una concesión administrativa.

Así, el Código de Aguas de Córdoba plantea la cuestión en sus disposiciones transitorias y finales. El art. 277 indica una regla general en el sentido que “los aprovechamientos anteriores a la vigencia de este código, legítimamente realizados conforme a la ley 3997, darán derecho a su titular a obtener concesión del mismo uso y jerarquía que la anterior, sin otro recaudo que la presentación de su título dentro de los ciento veinte días desde la fecha de vigencia de este código”. El artículo siguiente indica que “los titulares de los aprovechamientos aludidos en el decreto 9782/70, sin otro recaudo, son titulares de la concesión otorgada por ese decreto”.

Específicamente, el art. 279 plantea una “discrepancia sobre la naturaleza de las aguas” disponiendo que: “los que pretendan tener derecho al uso de aguas que podrían considerarse privadas antes de la sanción de la Ley Nacional 17.711 y que ahora, por aplicación de ese cuerpo legal, son públicas, deberán denunciar su aprovechamiento a la autoridad de aplicación dentro de los noventa días de la fecha en que este código entre en vigencia, indicando volumen o por ciento del caudal que utilizan, uso efectuado y superficie cultivada- si es para riego- en el mismo plazo. Podrán solicitar concesión para el uso que vienen efectuando, la que les será acordada sin otro recaudo que verificar la exactitud de la declaración”.

En tanto, el art 280 reconoce derechos adquiridos: “cuando exista sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada que declare privadas a aguas que conforme la ley 17.711 son públicas, su titular podrá en cualquier momento renunciar a su derecho y obtener concesión de uso de las aguas que aprovecha por título de derecho civil”. Por el artículo siguiente “igual derecho que el del artículo anterior podrá ejercer el titular de aguas que son privadas, según el régimen vigente”.

“Los titulares de aprovechamientos de hecho deberán solicitar concesión conforme a las normas del libro II, título II, capítulo. III de este código. Si esta solicitud es presentada dentro de los noventa días de la vigencia de este código, la concesión les será acordada siempre que exista caudal suficiente una vez abastecidas las concesiones aludidas en los arts. 277, 278 y 279 y el uso aludido en el art. 280 de este código” (art.282).

El art. 283 delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de prorrogar los plazos indicados en los artículos 277, 279 y 282.

Siguiendo este mismo modelo, podemos citar el Código de Aguas de Santiago del Estero, el cual aprobado por ley 4869 de 1980, dispone en forma similar en los artículos 276 a 283, bajo el título de “Disposiciones transitorias y protección de situaciones consolidadas”.

Otro caso, con redacción bastante más simple y enunciando solo el reconocimiento de “derechos adquiridos” es el de la Provincia de Neuquén, cuyo art. 60 declara respetar los derechos adquiridos sobre aguas subterráneas hasta la sanción del mismo y no hasta la modificación de la ley 17.711, algunos años anterior. El Código fue aprobado por ley 899 de 1975. En tanto, también en las disposiciones transitorias se delega al Poder Ejecutivo la conformación de un procedimiento, a dictarse en los seis meses siguientes a la sanción de la ley, para sanear y convertir los derechos preexistentes sobre aguas, en especial los del art.60 mencionado (arts. 197 a 199).

Resta finalmente decir, que aun admitiéndose la constitucionalidad de la reforma de 1968, lo cierto es que la misma, si bien califica el dominio de las aguas subterráneas como públicas, reconoce en el superficiario un derecho a su “uso regular”. También esta terminología deja bastantes interrogantes. ¿Qué es regular? ¿Es conforme a las reglas o reglamentos, y por lo tanto la forma y cantidad queda determinada por dichas normativas?; ¿es sinónimo de uso racional, es decir de aquél que no lleva al agotamiento, y por lo tanto la reglamentación también puede limitar la cantidad en miras del aprovechamiento común y sostenible?; o ¿es conforme a los usos y costumbres tradicionales, por lo tanto se trata de equiparar la cantidad autorizada con aquella que se venía utilizando previo a la reforma o aquella que los nuevos superficiarios podrán demandar en un esquema de uso tradicional excluyendo emprendimientos nuevos y que dispongan del recurso por sobre la media normal?.

Aquí el Código de Santiago del Estero contempla algunas disposiciones que parecen enrolarse en esto último precepto. Al legislar sobre aguas subterráneas, impone el principio general de la necesidad de permiso o concesión administrativa para el alumbramiento del agua (art.160), la autoridad deberá otorgar un máximo de agua a extraer por mes o por año (art. 168), aunque por principio todas son eventuales y quedan sujetas a las posibilidades del acuífero (art. 161). Por ellas, la Administración fijará el costo del agua (art. 6). En cambio, por el art. 159 no se requiere de permiso o concesión cuando concurren los siguientes supuestos: a)

la perforación sea efectuada o mandada a efectuar por el propietario del terreno sin el auxilio de medios mecánicos; b) el agua se extraiga por baldes o recipientes movidos por fuerza humana o animal o molinos movidos por agua o viento; pero no por artefactos accionados por motores y c) el agua se destine a necesidades domésticas del propietario superficiario o del tenedor del predio. En tales casos deberá darse aviso a la autoridad de aplicación la que está autorizada para solicitar la información que establezca el reglamento y para realizar las investigaciones y estudios que estime pertinentes.

En la Provincia de Buenos Aires el Código se refiere, como objeto de regulación, a todo el recurso hídrico provincial (incluyendo, por primera vez, incluso, al Río de la Plata). Incluye a las aguas del dominio público y a las aguas privadas, dando indicaciones particulares en cada caso. Hace algunas referencias que confirman la adhesión al sistema dominical dispuesto por el Código Civil e incluso el título IX referido a limitaciones al dominio parece haberse redactado complementando algunas restricciones impuestas en el Código Civil, de lo que da confirmación el decreto reglamentario (ver arts. 137 y 138 del decreto 3511/08). Concretamente, sobre aguas subterráneas dispone que su uso y aprovechamiento se rige por el Título III que refiere a las aguas y cauces públicos, con lo que parece no dejar blanco a dudas respecto a que las aguas subterráneas lo sean.

Aquí si determina un juego de derechos diferentes para los superficiarios, pero no en cuanto a la disponibilidad del agua o al derecho a su uso "regular". Todos pueden explorar aguas subterráneas en suelo propio, salvo una prohibición específica de la Autoridad del Agua (AdA, que a su vez puede aconsejar al Poder Ejecutivo la fijación de zonas de vedas), pero sí debe solicitarse autorización para la perforación. En cambio, en los terrenos de terceros sólo se puede explorar con autorización de la AdA.

El art. 86, dispone acerca del derecho reconocido por el inciso 3 del art. 2340, pero aparentemente en vía incidental, es decir, una vez que se otorga un derecho de exploración o explotación por terceros, ya que se reafirman todos los derechos de propiedad reconocidos por el Código Civil, pero con las restricciones que impone el Código de Aguas (vinculadas con la tolerancia de terceros explorando o explotando en su propio fundo) y se exige una citación para que haga valer los derechos al uso regular, en el domicilio real, si se conociere, en el constituido ante la AdA o, sino, por edictos

(art. 86). Esta regulación parece, a pesar de su vaguedad, partir de la idea de que nadie tiene nada que reclamar hasta tanto alguien no comience a explorar o explotar en su propio fundo. Tal vez esa política se basa en que, en líneas generales, nunca se había reglamentado, cobrado o afectado en algún modo por la extracción del agua subterránea en el propio fundo. Sin embargo, el Código tampoco aclara nada de lo que pasaría en caso que una explotación autorizada pusiera en riesgo el caudal o de las aguas subterráneas para propietarios colindantes o que, aún más alejados, toman agua del mismo acuífero. Como en otros casos en los que, en la práctica, parece que la disposición del Código Civil no genera demasiadas controversias o inquietud, es de notar que este art. 86 no ha sido reglamentado por el decreto 3511/08).

Conclusiones

Hemos puesto en evidencia que la regulación del dominio de las aguas subterráneas es todavía una cuestión irresuelta. Se discute aún la potestad de ser regulada en el Código Civil; la constitucionalidad de la norma del art. 2340 inc. 3 que las contempla y se han esbozado muchas interpretaciones para justificar dicha constitucionalidad. A su vez, se ha mostrado como las provincias intentan perfeccionar el sistema del Código Civil a través de sus Códigos de Aguas, consolidando la opción por la calificación publicista aunque reconociendo que la cuestión no quedó zanjada con la reforma al Código Civil. Sobre esas respuestas provinciales, basadas fundamentalmente en la idea de reconocer derechos adquiridos previos y la consideración de que los mismos se obtuvieron al usar o extraer el agua, ya hemos puesto también nosotros nuestros interrogantes. Finalmente, la reforma del Código introdujo una cláusula compensatoria reconociendo los derechos al uso regular, cláusula también de ambigua interpretación y, por ende, de muy difícil implementación en los códigos o normas provinciales.

Así las cosas, queda esperar alguna definición con efecto expansivo a nivel de la Corte Suprema o un cambio legislativo para poder salir de este estado de incertidumbre. Mientras ello no ocurra, las respuestas provinciales pueden tener un grado de eficacia en tanto y en cuanto signifiquen en la práctica no afectar en forma considerable los derechos derivados de la propiedad evitando planteos

judiciales al respecto. Un margen de actuación de hecho existe. Son para analizar en profundidad, para quien busque un modelo a seguir, las aplicaciones concretas en Mendoza u otras provincias signadas por la escasez. En el caso de Buenos Aires y otras caracterizadas por la abundancia, parece aceptarse en beneficio del ambiente y de una gestión integral y apropiada del recurso toda reglamentación de policía, pero quedan dudas de lo que pueda ocurrir en caso de que se determinen cánones por extracción o se limite la misma en forma tal que se afecte el derecho de disposición y el correlato económico de todo derecho propietario. Llegado a ese punto, la doctrina ha ofrecido algunas interpretaciones que avalan una postura mayoritaria a favor de la convalidar el dominio público del Estado, pero, aún así, la palabra final estará en el Poder Judicial que seguramente se pronunciará considerando iguales cuestiones antes anunciadas, es decir, la intensidad de la afectación patrimonial a los superficiarios.

Referencias

- Cano, G., 1979, *Recursos hídricos internacionales de la Argentina*, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires.
- Cano, G., 1935, El derecho de aguas en el anteproyecto de Código Civil, *La Ley*, T.7, Secc. Doctrina, p. 43.
- López, J., 1987, El derecho de aguas en la legislación federal, *Anales*, T. XXVI, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, p. 23.
- Pastorino, L., 2009, *Derecho agrario argentino*, Abeledo Perrot, Buenos Aires.
- Pastorino, L., 2012, Ponencia presentada en la Audiencia Pública para la Reforma de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, realizada el día 28 de agosto de 2012, disponible en <http://ccycn.congreso.gob.ar/ponencias/buenosaires/>