EL AGUA COMO BIEN PÚBLICO EN EL DERECHO ARGENTINO

JORNADAS SOBRE DERECHO DE AGUAS

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DE CHILE - 2018

OSCAR A. CUADROS

DP COMO PORCIÓN DE BIENES DEL ESTADO

DP Y ESPACIO PÚBLICO (DERECHO A LA CIUDAD Y AMBIENTE)

DP Y BIENES PÚBLICOS INSTITUCIONALES (AGENCIA POLÍTICA)

DP Y RECURSOS DE USO COMÚN (OSTROM)

DP – DEFINICIONES PRIORITARIAS

A) VÍNCULO JURÍDICO ENTRE EL ESTADO Y SU DP

B) TIPO DE RELACIÓN JURÍDICA ENTRE LAS PERSONAS PRIVADAS Y DP

PRECISIONES CONCEPTUALES

- **1.- DOMINIO EMINENTE:**
  - **VÉLEZ SARSFIELD (NOTA AL ARTÍCULO 2507): PODER REGLAMENTARIO**
  - **SISTEMAS:**
    - **PROPIEDAD PRIVADA – ARTÍCULO 17 CN**
    - **PROPIEDAD COMUNISTA O ESTADUAL**
    - **PROPIEDAD COMUNITARIA – ARTÍCULO 75, INCISO 17 CN**
  - **DOMINIO PÚBLICO: RELACIÓN JURÍDICA REAL**
  - **DOMINIO PRIVADO: PROPIEDAD DE LAS MINAS (CONCESIÓN-EXT.)**

PRECISIONES CONCEPTUALES

- **2.- JURISDICCIÓN:**
  - **AUTORIDAD COMPETENTE PARA DISCERNIR EL PODER REGLAMENTARIO Y LA POLICÍA ADMINISTRATIVA (TRIBUTARIA, ECOLÓGICA, CATASTRAL)**
  - **ARTÍCULO. 237, SEGUNDO PÁRRAFO CCYC.**
  - **ARTÍCULO 240, PRESUPUESTOS AMBIENTALES (ARTÍCULO 41 CN)**
  - **CN. ART. 75, INCISOS 13/30, ETC. (CSJN: INTERFERENCIA EFECTIVA)**

PRECISIONES CONCEPTUALES

- **3.- DOMINIO ORIGINARIO DE LAS PROV. SOBRE SUS REC. NATURALES**
  - **ARTÍCULO 124 CN – ARTÍCULO 41 CN (UTILIZACIÓN RACIONAL DE LOS RECURSOS NATURALES)**
  - **DOMINIO EMINENTE + JURISDICCIÓN VS. DOMINIO PATRIMONIAL + JURISDICCIÓN**
  - **SITUACIÓN DEL ACUÍFERO GUARANÍ/LEY DE PESQUERÍAS Y FAUNA ICTÍCOLA/LEY HIDROCARBUROS**
  - **COMPATIBILIZACIÓN DE REGULACIONES Y TUTELA DE LOS FRUTOS CIVILES**

DP – REGULACIÓN NORMATIVA

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (2015) – DERECHO UNIFORME

- **TÍTULO PRELIMINAR – CAPÍTULO IV (DERECHOS Y BIENES) – ARTS. 15 Y 16**

- **LIBRO PRIMERO – PARTE GENERAL – TÍTULO III – BIENES, ´CAPÍTULO 1”BIENES CON RELACIÓN A LAS PERSONAS Y A LOS DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA”, SECCIÓN 2°, BIENES CON RELACIÓN A LAS PERSONAS, ARTÍCULOS 235 A 239.**

RÉGIMEN LEGAL - ARGENTINA

- **ARTICULO 234.- BIENES FUERA DEL COMERCIO. ESTÁN FUERA DEL COMERCIO LOS BIENES CUYA TRANSMISIÓN ESTÁ EXPRESAMENTE PROHIBIDA:**

  A) POR LA LEY;

  B) POR ACTOS JURÍDICOS, EN CUANTO ESTE CÓDIGO PERMITE TALES PROHIBICIONES.

RÉGIMEN LEGAL - ANÁLISIS

- **235 - DESIGNACIÓN DE LOS BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO**
- **236 – BIENES DEL DOMINIO PRIVADO DEL ESTADO**
- **237 – RÉGIMEN – USO – JURISDICCIÓN**
- **238 – BIENES DE LOS PARTICULARES**
- **239 – AGUAS DE LOS PARTICULARES**
- **240 – USO Y DERECHOS DE INCIDENCIA COLECTIVA**
- **243 – BIENES DIRECTAMENTE AFECTADOS A UN SERVICIO PÚBLICO**

RÉGIMEN LEGAL - ANÁLISIS

- ARTÍCULO 235.- BIENES PERTENECIENTES AL DOMINIO PÚBLICO. SON BIENES PERTENECIENTES AL DOMINIO PÚBLICO, EXCEPTO LO DISPUESTO POR LEYES ESPECIALES:
- A) EL MAR TERRITORIAL HASTA LA DISTANCIA QUE DETERMINEN LOS TRATADOS INTERNACIONALES Y LA LEGISLACIÓN ESPECIAL, SIN PERJUICIO DEL PODER JURISDICCIONAL SOBRE LA ZONA CONTIGUA, LA ZONA ECONÓMICA EXCLUSIVA Y LA PLATAFORMA CONTINENTAL. SE ENTIENDE POR MAR TERRITORIAL EL AGUA, EL LECHO Y EL SUBSUELO;
- B) LAS AGUAS INTERIORES, BAHÍAS, GOLFOS, ENSENADAS, PUERTOS, ANCLADEROS Y LAS PLAYAS MARÍTIMAS; SE ENTIENDE POR PLAYAS MARÍTIMAS LA PORCIÓN DE TIERRA QUE LAS MAREAS BAÑAN Y DESOCUPAN DURANTE LAS MÁS ALTAS Y MÁS BAJAS MAREAS NORMALES, Y SU CONTINUACIÓN HASTA LA DISTANCIA QUE CORRESPONDA DE CONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN ESPECIAL DE ORDEN NACIONAL O LOCAL APLICABLE EN CADA CASO;
- C) LOS RÍOS, ESTUARIOS, ARROYOS Y DEMÁS AGUAS QUE CORREN POR CAUCES NATURALES, LOS LAGOS Y LAGUNAS NAVEGABLES, LOS GLACIARES Y EL AMBIENTE PERIGLACIAL Y TODA OTRA AGUA QUE TENGA O ADQUIERA LA APTITUD DE SATISFACER USOS DE INTERÉS GENERAL, COMPRENDIÉNDOSE LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS, SIN PERJUICIO DEL EJERCICIO REGULAR DEL DERECHO DEL PROPIETARIO DEL FUNDO DE EXTRAER LAS AGUAS SUBTERRÁNEAS EN LA MEDIDA DE SU INTERÉS Y CON SUJECIÓN A LAS DISPOSICIONES LOCALES. SE ENTIENDE POR RÍO EL AGUA, LAS PLAYAS Y EL LECHO POR DONDE CORRE, DELIMITADO POR LA LÍNEA DE RIBERA QUE FIJA EL PROMEDIO DE LAS MÁXIMAS CRECIDAS ORDINARIAS. POR LAGO O LAGUNA SE ENTIENDE EL AGUA, SUS PLAYAS Y SU LECHO, RESPECTIVAMENTE, DELIMITADO DE LA MISMA MANERA QUE LOS RÍOS;

RÉGIMEN LEGAL - ANÁLISIS

- ARTÍCULO 236.- BIENES DEL DOMINIO PRIVADO DEL ESTADO. PERTENECEN AL ESTADO NACIONAL, PROVINCIAL O MUNICIPAL, SIN PERJUICIO DE LO DISPUESTO EN LEYES ESPECIALES:
- C) LOS LAGOS NO NAVEGABLES QUE CARECEN DE DUEÑO;
- ARTÍCULO 239.- AGUAS DE LOS PARTICULARES. LAS AGUAS QUE SURGEN EN LOS TERRENOS DE LOS PARTICULARES PERTENECEN A SUS DUEÑOS, QUIENES PUEDEN USAR LIBREMENTE DE ELLAS, SIEMPRE QUE NO FORMEN CAUCE NATURAL. LAS AGUAS DE LOS PARTICULARES QUEDAN SUJETAS AL CONTROL Y A LAS RESTRICCIONES QUE EN INTERÉS PÚBLICO ESTABLEZCA LA AUTORIDAD DE APLICACIÓN. NADIE PUEDE USAR DE AGUAS PRIVADAS EN PERJUICIO DE TERCEROS NI EN MAYOR MEDIDA DE SU DERECHO.
- PERTENECEN AL DOMINIO PÚBLICO SI CONSTITUYEN CURSOS DE AGUA POR CAUCES NATURALES. LOS PARTICULARES NO DEBEN ALTERAR ESOS CURSOS DE AGUA. EL USO POR CUALQUIER TÍTULO DE AGUAS PÚBLICAS, U OBRAS CONSTRUIDAS PARA UTILIDAD O COMODIDAD COMÚN, NO LES HACE PERDER EL CARÁCTER DE BIENES PÚBLICOS DEL ESTADO, INALIENABLES E IMPRESCRIPTIBLES.

  EL HECHO DE CORRER LOS CURSOS DE AGUA POR LOS TERRENOS INFERIORES NO DA A LOS DUEÑOS DE ÉSTOS DERECHO ALGUNO.

CARACTERÍSTICAS DEL RÉGIMEN LEGAL

- 1. ¿ENUNCIATIVIDAD O TAXATIVIDAD?
- 2.- ¿RÉGIMEN DE DERECHO UNIFORME Y FEDERAL?
  - PARQUES NACIONALES – PUERTOS / RÉGIMEN Y JURISDICCIÓN
- 3.- ¿INTERPRETACIÓN INCLUSIVA O RESTRICTIVA?
- 4. ¿DOMINIO PÚBLICO NATURAL Y ARTIFICIAL?
  - BIENES PÚBLICOS O BIENES DEL DP (ESPECTRO RADIOELÉCTRICO) DERECHO FRANCÉS

¿QUÉ TIPO DE VINCULACIÓN LEGAL EXISTE ENTRE EL ESTADO Y SUS BIENES DOMINICALES?

- **1. DOCTRINA DEL PODER REGLAMENTARIO O DE INTERVENCIÓN COMO MANIFESTACIÓN DEL DOMINIO EMINENTE:PRECISIONES CONCEPTUALES**
  - **BIELSA: SÓLO EXISTE DERECHO DE PROPIEDAD EN EL CASO DEL DOMINIO PRIVADO**
  - **MARIENHOFF: TITULARIDAD DEL PUEBLO – ACCIÓN MEDIANTE EL ESTADO (CONFRONTAR CON LOS DERECHOS DE CUASI PROPIEDAD DE TERCEROS)**
  - **VILLAR PALASÍ – SALOMONI: TÍTULO DE INTERVENCIÓN EN LA VIDA SOCIAL**

¿QUÉ TIPO DE VINCULACIÓN LEGAL EXISTE ENTRE EL ESTADO Y SUS BIENES DOMINICALES?

2. DOCTRINA DE LA PROPIEDAD PÚBLICA:

- **MAYER: DERECHO DE PROPIEDAD REGIDO POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO**
- **BULLRICH – FIORINI – DIEZ – COMADIRA/ESCOLA**
- **COMERCIALIDAD DENTRO DEL TRÁFICO JURÍDICO PÚBLICO (MARIENHOFF)**

¿QUÉ TIPO DE VINCULACIÓN LEGAL EXISTE ENTRE EL ESTADO Y SUS BIENES DOMINICALES?

3.- DOCTRINA DEL DERECHO DE PROPIEDAD COMO DERECHO REAL

- **VILLEGAS BASAVILBASO/SPOTA/SALVAT/CASSAGNE**
- **SOLUCIÓN DEL DERECHO FRANCÉS CONTEMPORÁNEO**

¿QUÉ TIPO DE VINCULACIÓN LEGAL EXISTE ENTRE EL ESTADO Y SUS BIENES DOMINICALES?

- **4. DOCTRINA MIXTA:**
  - **BORDA – DE LA RIVA: DOMINIO EMINENTE + ACCIONES PETITORIAS Y POSESORIAS**
  - **DOMINIO PÚBLICO NATURAL/DOMINIO PÚBLICO ARTIFICIAL**

¿QUÉ TIPO DE VINCULACIÓN LEGAL EXISTE ENTRE EL ESTADO Y SUS BIENES DOMINICALES?

5. DOCTRINA DEL DOMINIO IMPERFECTO –CUADROS-

(SOMETIDO A LA CARGA REAL DE INALIENABILIDAD QUE DEFINE SU RÉGIMEN JURÍDICO)

- EL TÍTULO Y MODO DE ADQUISICIÓN SON DEFINIDOS POR LA LEY O SU REGLAMENTACIÓN O SU ACTUALIZACIÓN POR VÍA DE ACTO ADMINISTRATIVO. NO SE REQUIERE INSCRIPCIÓN REGISTRAL.

- **JUSTIFICACIÓN EN LA COHERENCIA DEL RÉGIMEN**
- **DOMINIO IMPERFECTO SOBRE COSAS DE LAS CUALES EL ESTADO ES POSEEDOR (1909/1912 CCYC) – DOMINIO DESMEMBRADO/FIDUCIARIO/REVOCABLE.**

INDEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL

- *"LA PROPIEDAD PÚBLICA (…) TERMINA POR LA DESAFECTACIÓN (…) Y TAL DESAFECTACIÓN (…) PRODUCE EL EFECTO GENERAL DE CAMBIAR LA CONDICIÓN JURÍDICA DEL BIEN, QUE SE TORNA A PARTIR DE ELLA ENAJENABLE, PRESCRIPTIBLE, EMBARGABLE Y REGIDO, NO YA POR LAS DISPOSICIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO RELATIVAS A LA POLICÍA DE LOS CAMINOS Y DE LAS CALLES, SINO POR EL DERECHO CIVIL, A CUYO CAMPO DE ACCIÓN HA INGRESADO, COMO CONSECUENCIA DE AQUELLA"* (FALLOS: 146:289 Y 297; 147:154-155 Y 164-165). CSJN - "VILA, ALFREDO LUIS C/ GOBIERNO NACIONAL" (2012), V.499.XLIII Y OTRO 18 DE SEPTIEMBRE DE 2012, -CONSIDERANDO 11, TERCER PÁRRAFO-.

LA INALIENABILIDAD COMO NOTA CENTRAL

- EL DP IMPLICA QUE EL ESTADO TIENE SOBRE LOS BIENES INCLUIDOS UN DOMINIO IMPERFECTO RESPECTO DE BIENES QUE ESTÁN FUERA DEL COMERCIO, ESTO SIGNIFICA:
  - A) PODERES DE USO Y GOCE LIMITADOS NORMATIVAMENTE PARA SU ENAJENACIÓN
  - B) COMPETENCIA PARA REGLAMENTAR SU USO COMÚN Y ACORDAR USO ESPECIAL
- LOS PARTICULARES NO PUEDEN POSEER LOS BIENES DEL DP
- LA RELACIÓN QUE DEFINE LA VINCULACIÓN ENTRE TERCEROS Y EL DP ES LA TENENCIA
- POR LO TANTO: NO PUEDEN ADQUIRIRLOS POR USUCAPIÓN (IMPRESCRIPTIBILIDAD) BAJO LA CONDICIÓN DE CONSAGRACIÓN REAL Y EFECTIVA.
- DE LA MISMA CIRCUNSTANCIA SE INFIERE LA INEMBARGABILIDAD

USO GENERAL DEL DOMINIO PÚBLICO

- **PRINCIPIO GENERAL:**
  - **ARTÍCULO 237 CCYC: LAS PERSONAS TIENEN EL USO Y GOCE DE LOS BIENES PÚBLICOS DEL ESTADO SUJETO A LAS DISPOSICIONES GENERALES Y LOCALES**
- **RELACIÓN DE YUXTAPOSICIÓN LOCAL**
- **NO SON RELACIONES REALES NI SITUACIONES JURÍDICAS SUBJETIVAS**
- **SON DERECHOS PERSONALES DE USO SIN EXCLUSIVIDAD**
- **USO LIBRE Y GRATUITO – POSIBILIDAD DE DENUNCIA**

CUESTIONES RELATIVAS AL USO ESPECIAL

- **1.- PERMISOS: PRECARIOS DEFINIDOS POR ACTO ADMINISTRATIVO**
  - **- PRECARIO Y REVOCACIÓN (ARTÍCULOS 17 Y 18 LPA)**
- **2.- CONCESIONES: ESTABLES DEFINIDAS CONTRACTUALMENTE**
  - **.- TEORÍA FORMAL DEL CONTRATO - REVOCACIÓN**
- **3.- DISQUISICIONES DOCTRINALES**
- **4.- INDEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL:**

PRECISIONES JURISPRUDENCIALES

"DISTRIBUIDORA QUÍMICA S.A. C/ ESTADO NACIONAL S/ ACCIÓN DECLARATIVA", CSJN D. 439. XXXIII ORIGINARIO, CONSIDERANDOS 31 A 35: "… *LA CONFUSIÓN ENTRE PERMISO Y CONCESIÓN ES INADMISIBLE, DADA LA FUNDAMENTAL DIFERENCIA EN LA ÍNDOLE DEL DERECHO EMANADO DE CADA UNO DE ESOS ACTOS … EN EFECTO, LA EXISTENCIA DE UN PLAZO O TÉRMINO DE DURACIÓN NO BASTA, POR SÍ, PARA TENER O CALIFICAR UN ACTO COMO "CONCESIÓN" Y NO COMO "PERMISO" … PARA QUE PUEDA HABLARSE DE UNA "CONCESIÓN" Y NO DE UN MERO "PERMISO", ES NECESARIO QUE EL ACTO PERTINENTE TENGA POR OBJETO CREAR UN DERECHO SUBJETIVO SOBRE LA DEPENDENCIA DOMINICAL A FAVOR DE LA PERSONA CUYO NOMBRE APARECE OTORGADO EN EL ACTO*". **LA EMPRESA LLEVABA QUINCE AÑOS DE USO PACÍFICO DE LAS INSTALACIONES PORTUARIAS**.

PRECISIONES JURISPRUDENCIALES

"VERA GONZÁLEZ, ALCIDES J. V. ESTADO PROVINCIAL Y DIRECCIÓN DE ENERGÍA DE CATAMARCA", AL MANIFESTAR QUE "*… AUN TRATÁNDOSE DE ACTOS DE CARÁCTER PRECARIO, SU REVOCACIÓN SE ENCUENTRA CONDICIONADA A LA EXISTENCIA DE MOTIVOS SERIOS Y RAZONABLES QUE LO JUSTIFIQUEN; MÁXIME SI SE ADVIERTE QUE LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO INICIALES SE MANTUVIERON INALTERADAS AL TIEMPO DE LA REVOCACIÓN*" (FALLOS 319:1899).

CONCESIONARIO: ¿DERECHO REAL O PERSONAL?

- 1.- HAURIOU: TEORÍA DE LOS DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS
  - PROPÓSITO: ESTABILIDAD DERECHOS DE TERCEROS SOBRE EL DEMANIO
  - RESPECTO DE RELACIONES JURÍDICAS DEL TRÁFICO PÚBLICO

- 2.- DE REINA TARTIERE: ANÁLISIS DE LAS OBJECIONES
  - A) INALIENABILIDAD: DESAFECTACIÓN Y RESTRICCIONES EN EL D. PRIVADO
  - B) PRECARIEDAD DEL RÉGIMEN CONCESIONAL: DOMINIO IMPERFECTO (REVOCABLE)
  - C) VIGENCIA DEL NUMERUS CLAUSUS: DEFINICIÓN LEGAL DEL DP (EFECTOS SIMILARES)
  - DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS DEL ESTADO SOBRE EL DEMANIO
  - DERECHOS REALES ADMINISTRATIVOS DE LOS PARTICULARES SOBRE EL DEMANIO

3.- SIN EMBARGO, EN EL DERECHO ARGENTINO EL DEMANIO NO ES OBJETO DE POSESIÓN – OTRAS ALTERNATIVAS DOCTRINALES:

CONCESIONARIO: ¿DERECHO REAL O PERSONAL?

- 1.- NEGAR LA POSIBILIDAD DE RELCIONES JURÍDICAS REALES ENTRE CONCESIONARIOS Y DEMANIO (NEGAR DERECHOS REALES ADMINIST).
- 2.- AFIRMAR (MOLINARIO) QUE LA RELACIÓN REAL ES DE YUXTAPOSICIÓN CONCESIONAL.
- 3.- SOSTENER LA TESIS DE LA CUASIPOSESIÓN (LAFAILLE/MARIENHOFF)
- 4.- SOSTENER LA TESIS DE LA POSESIÓN DEL DERECHO AUNQUE NO DE LA COSA EN SÍ.
- 5.- AFIRMAR LA EXISTENCIA DE UNA RELACIÓN REAL DE TENENCIA
- 6.- AFIRMAR LA POSIBILIDAD DE LA POSESIÓN DE LA CUAL SÓLO EMERGEN DERECHOS PERSONALES

CONCESIONARIO: ¿DERECHO REAL O PERSONAL?

- **SITUACIÓN EN EL DERECHO FRANCÉS (CGPP 2009)**
  - EL TITULAR DE UNA AUTORIZACIÓN DE OCUPACIÓN TEMPORARIA DEL DOMINIO PÚBLICO TIENE UN DERECHO REAL SOBRE LAS OBRAS, CONSTRUCCIONES E INSTALACIONES DE CARÁCTER INMOBILIARIO QUE REALICE PARA EL EJERCICIO DE UNA ACTIVIDAD AUTORIZADA POR SU TÍTULO.
  - EL DERECHO TIENE UN LÍMITE TEMPORAL DE 70 AÑOS Y ES PRECARIO
  - EL DERECHO PUEDE SER CEDIDO CON ACUERDO DE LA ADMINIST.
  - EL DERECHO PUEDE SER HIPOTECADO PARA OBRAS SOBRE EL INMUEBLE
  - ES POSIBLE ESTABLECER ARRENDAMIENTOS ENFITÉUTICOS SOBRE EL DP
  - EL RÉGIMEN DE PPP ES PRECURSOR DE LA LCPPP ARGENTINA

CONCESIONARIO: ¿DERECHO REAL O PERSONAL?

- EN EL SISTEMA JURÍDICO ARGENTINO EL DERECHO DEL CONCESIONARIO ES: UN DERECHO PERSONAL QUE NACE DEL CONTRATO O DEL ACTO ADM.
- EL DERECHO PERSONAL RESULTA INDEPENDIENTE DE LA RELACIÓN REAL DE TENENCIA QUE VINCULA AL OCUPANTE ESPECIAL CON EL BIEN DEL DP.
- ASÍ, LAS POSIBILIIDAD DE DEFENSA DEL DP POR EL PARTICULAR ESTÁ ACOTADA A :
  - 1.- RESPECTO DEL ESTADO CONCEDENTE: VÍA RECURSIVA PROCEDIMENTAL O EJERCICIO DE ACCIONES CAUTELARES O CONT. O BIEN REPARATORIAS (C Y A)
  - 2.- RESPECTO DE TERCEROS: ACCIONES POSESORIAS EN FAVOR DEL POSEEDOR Y A FIN DE QUE SEA RESTITUIDO EN LA POSESIÓN (CASOS DE NECESIDAD)