

LIMITACIONES ADMINISTRATIVAS A LA PROPIEDAD EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

Por Carlos BOTASSI

SUMARIO: I. Introducción.- II. Limitaciones a la propiedad en interés público y en interés privado.- III. La cuestión medioambiental.- IV. Indemnización de los daños y perjuicios. Inconstitucionalidad del artículo 1971.- V. Las limitaciones previstas en el nuevo Código. 1. Camino de sirga. 2. Aguas públicas y privadas. Obras hidráulicas. 3. Obligación de recibir agua, arena y piedras. 4. Colocación de instalaciones y paso de obra. 5. Reglas urbanísticas. 6. Conjuntos inmobiliarios.- VI. Expropiación. Su exclusión del nuevo Código.- VII. Colofón

I. Introducción

Existe consenso al señalar que la división del Derecho en ramas no es otra cosa que una técnica para su mejor identificación, estudio y exposición. Al no existir compartimentos estancos, como lógica consecuencia, las diversas áreas en que se ha dividido a las ciencias jurídicas reconocen infinitos vasos comunicantes. En cuanto interesa a este trabajo cabe advertir que el más “privado” de todos los Derechos como es el Derecho Civil se vincula estrechamente con el Derecho Constitucional recibiendo la impronta del sistema capitalista y del régimen federal que hace al reconocimiento y defensa de la propiedad privada, junto a las atribuciones de los Estados locales para la regulación de su ejercicio. En este último aspecto el Derecho Civil se relaciona con el Derecho Administrativo interactuando recíprocamente en asuntos de gran trascendencia, como la enumeración de las personas jurídicas públicas, los derechos reales administrativos, la responsabilidad del Estado y las limitaciones impuestas al ejercicio del derecho de dominio de los particulares objeto del presente trabajo. Debido a ello no es de extrañar que las *Palabras Preliminares* de la Comisión Redactora del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC), su apartado IV denominado *Constitucionalización del Derecho Privado*, señalen: “La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. En este proyecto existe una comunicabilidad

de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales. Por primera vez hay una conexión entre la Constitución y el derecho privado, basada en los aportes de la doctrina y la jurisprudencia en este tema”¹.

La subordinación de las leyes a la Constitución, cualquiera su naturaleza y rama a la que pertenezcan, no es otra cosa que la consecuencia del sistema piramidal del orden jurídico y, como no podía ser de otra manera, el Código Civil proyectado por Dalmacio VÉLEZ SARSFIELD con vigencia a partir de 1871, coordinó su articulado con la Constitución por entonces vigente desde 1853, con las reformas de 1860. Así por ejemplo cuando el artículo 2611 del Código derogado remitía al Derecho administrativo en materia de limitaciones a la propiedad privada por razones de interés general, no hacía otra cosa que reconocer que el ejercicio del derecho de dominio queda sujeto a las leyes locales que lo reglamentan en aplicación del denominado “poder de policía de la propiedad” que encuentra sustento constitucional en la relatividad de los derechos consagrada en el artículo 14 de la Carta Magna. Sin perjuicio de ello resulta exacto que el Código nuevo enfatiza la tendencia hacia la publicización del Derecho Privado y lo hace desde su primer artículo que reza: *“Fuentes y aplicación. Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la república sea parte...”*.

Esta referencia expresa a la Constitución y a los Tratados como fuente del Derecho, más allá de que su eventual ausencia en nada hubiera cambiado el sistema jerárquico de las fuentes, constituye una innovación respecto del Código de VÉLEZ que remitía solamente a la

¹ Queda sí sintetizado lo que se había expresado en los fundamentos del Proyecto luego sancionado como Ley 26.994: *“La mayoría de los códigos existentes se basan en una división tajante entre el derecho público y privado. El Anteproyecto, en cambio, toma muy en cuenta los tratados en general, en particular de los Derechos Humanos, y los derechos reconocidos en todo el bloque de constitucionalidad. En este aspecto innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado, y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, ampliamente reclamada por la mayoría de la doctrina jurídica argentina. Esta decisión se ve claramente en casi todos los campos: la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores, de los bienes ambientales y muchos otros”*.

ley, la analogía, los principios generales y los usos y costumbres cuando resulten expresamente referidos en las leyes (arts. 16 y 17). La inclusión expresa de las fuentes supralegales deja noticia de la especial atención prodigada al Derecho Público por los redactores del CCyC.

Cabe también destacar que el Código Unificado, además de reiterar en su artículo 1970 lo dispuesto en el recién recordado artículo 2611, reconoce que la regulación de la responsabilidad del Estado pertenece al Derecho Administrativo y constituye una atribución de las provincias (arts. 1764 y 1765). Sin perjuicio de estas expresas exclusiones de su sistema, el CCyC contiene un gran número de disposiciones aplicables tanto a nuestra materia como a cualquier otra del orden jurídico argentino, que cabe sumar a la recién recordada cuestión de las fuentes de su artículo 1º. Así por ejemplo: interpretación, vigencia y eficacia temporal de la ley (arts. 2, 5 y 7); modos de contar los intervalos del derecho (art. 6); inexcusabilidad de la ignorancia de las leyes (art. 8) y principio de buena fe (art. 9) ².

II. Limitaciones a la propiedad en interés público y en interés privado

Con alguna variante terminológica que no altera su esencia, la doctrina coincide en definir a las limitaciones a la propiedad establecidas en protección del interés público como el conjunto de medidas que condicionan el ejercicio del derecho de propiedad individual para que armonice con los intereses colectivos ³. No se trata de que el Estado posea una atribución especial en cuya virtud restringe o limita la propiedad, sino que es el derecho de propiedad el que ya admite de antemano la limitación ⁴.

² La buena fe en la interpretación de las leyes e interpretación y ejecución de los contratos públicos constituye un principio esencial y añejo en el Derecho Administrativo. Ver GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1983; GORDILLO, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, F.D.A., Buenos Aires, 10ª ed., 2009, t. 1 p. X-28.

³ Ver por todos MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, t. V p. 19.

⁴ BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 6ª edición, 1965, t. IV. pp. 371 y sigs., quien clasifica las limitaciones en cuatro

Su regulación aparece en la Antigua Roma donde eran numerosas las normativas que limitaban el derecho de propiedad desde un punto de vista *iuspublicista*; apuntando -incluso- a temáticas que se nos antojan relativamente modernas como la ordenación urbana de las ciudades que incluía no sólo la conservación de los edificios sino también del paisaje ⁵. “*Del mismo modo que se planteaba en el mundo romano un interés específico y directo en temas de urbanismo y de estética de las ciudades, evitando legislativamente un empobrecimiento de la urbe en beneficio de las casas palaciegas de las clases altas fuera de Roma, así también se advierte en la legislación romana un interés notablemente prioritario en defender a los propios particulares de los excesos urbanísticos de sus vecinos*” ⁶.

En cuanto a la caracterización de las limitaciones impuestas en el interés privado no cabe más que decir que son aquellas destinadas a asegurar la convivencia pacífica entre vecinos.

En ambos casos su soporte constitucional no es otro que la potestad otorgada al legislador en el artículo 14 CN para reglamentar (limitar y reducir, si fuera el caso) el ejercicio de la totalidad de los derechos individuales. Se trata del empleo del poder de policía por parte del Congreso y de su aplicación concreta por parte del Poder Administrador (función de policía) con la finalidad de imponer un ejercicio socialmente aceptable del derecho de dominio. Cuando el poder y la función de policía se ejercen sobre inmuebles ubicados en ciudades, impulsados por el deber de protección al interés colectivo

categorías: meras restricciones; servidumbres públicas; ocupación temporaria y expropiación.

⁵ GÓMEZ BUENDÍA, Carmen, “Conservación y estabilidad de los edificios en las fuentes jurídicas clásicas”, en FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio (Director), GEREZ KRAEMER, Gabriel (Editor), *Hacia un Derecho Administrativo y Fiscal Romano*, Dykinson, Madrid, 2013, t. II, p. 207.

⁶ LLANOS PITARCH, José María, “Protección administrativa de las servidumbres privadas”, en la obra colectiva citada en la nota precedente, p. 219. Destaca este autor que en el siglo I d. C se prohibieron determinadas edificaciones como manera de preservar aspectos estéticos de la *urb* y existían disposiciones administrativas que establecían “*servidumbres de luces y vistas a favor de particulares, partiendo del reconocimiento de ese derecho subjetivo por parte de una disposición pública*” (p. 225).

o en apoyo de la convivencia pacífica en el “vecindario”, la cuestión resulta atinente al Derecho Urbanístico ⁷.

Las limitaciones, como género, reconocen cuatro especies:

1º) Restricciones o meras restricciones: son generales y fundadas en necesidades colectivas directas, tanto los propietarios alcanzados como los beneficiarios aparecen absolutamente indeterminados.

2º) Servidumbres públicas: configuran un derecho real administrativo, en cuya virtud un tercero ejerce atribuciones sobre un bien ajeno o se emplean como técnica para impedir que el titular del dominio use y goce en plenitud su propiedad.

3º) Ocupación temporánea (algunos autores la denominan “servidumbre temporánea”): el Estado toma la tenencia del bien por un lapso de tiempo ⁸.

4º) El Estado adquiere el dominio del bien por considerarlo de utilidad pública, reemplazando su valor mediante el pago de una indemnización al sujeto expropiado.

Existen figuras afines a la expropiación como la requisa civil (regulada por los Estados locales) y militar (de exclusiva incumbencia del Estado Nacional por su vinculación con el ejercicio de la defensa de la soberanía). También el decomiso acarrea la pérdida de la pro-

7 “La intervención o acción del Estado en la formación, planificación y desarrollo de las ciudades se concreta a través de distintas técnicas de intervención que desembocan en una limitación al ejercicio del derecho de propiedad ...en el Derecho Administrativo clásico la técnica de limitación de derechos privados por causa de interés público operaba como una categoría genérica integrante tanto del capítulo de la policía, como del llamado régimen administrativo de la propiedad privada, reconociéndose en este último tres clases de limitaciones que apuntan al modo y grado en que se afectan los tradicionales principios del dominio privado y según afectara su carácter absoluto (restricción), exclusivo (servidumbre), o perpetuo (expropiación)” (HUTCHINSON, Tomás, su Prólogo a TALLER, Adriana y ANTIK, Analía, *Curso de Derecho Urbanístico*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2011, p. 18).

8 El Dec. Ley 21.499/77, define la figura en los artículos 57 y 58: “Cuando por razones de utilidad pública fuese necesario el uso transitorio de un bien o cosa determinados, mueble o inmueble, o de una universalidad determinada de ellos, podrá recurrirse a la ocupación temporánea”. “La ocupación temporánea puede responder a una necesidad anormal, urgente, imperiosa, o súbita, o a una necesidad normal no inminente”, en este caso no se prevé la indemnización que se establece cuando la ocupación no responde a razones de extrema urgencia y es dispuesta por ley (arts. 59 y 62).

piedad de cosas muebles pero lo hace como consecuencia del ejercicio del poder de policía sanitario o bromatológico o como sanción accesoria de una condena penal o administrativa y no constituye una forma de limitación a la propiedad que interese a los fines de este trabajo. Mientras la expropiación otorga derecho a indemnización no ocurre lo mismo con el decomiso debido a que los bienes afectados carecen de amparo legal.

El Código de VÉLEZ dispuso que “*las restricciones impuestas al dominio privado sólo en el interés público, son regidas por el derecho administrativo*” (art. 2611, ubicado en el Título VI, *De las restricciones y límites del dominio*”, del Libro Tercero, *De los derechos reales*). Y, como lo había recordado el codificador en su nota, “*las restricciones impuestas al dominio por sólo en el interés público, por la salubridad o seguridad del pueblo, o en consideración a la religión, aunque se ven en casi todos los códigos, son extrañas al Derecho Civil. Las leyes u ordenanzas sobre la alineación de los edificios, establecimientos de fábricas, bosques propios para la marina, cultivo de tabaco por el estanco de ese ramo de comercio, etc., no crean relaciones de derecho entre los particulares, y no pueden por lo tanto entrar en un Código Civil. Las restricciones al dominio privado en mira de salvar otros derechos de las propiedades contiguas, son principalmente el único objeto de este título*”.

El nuevo CCyC contiene una variante esencial ya que aglutina bajo la regulación del Derecho Administrativo a todas las limitaciones al dominio, cualquiera sea el interés protegido: público o privado. Su artículo 1970, ubicado en el Capítulo IV, *Límites al dominio*, del Título III, *Dominio*, del Libro Cuarto, *Derechos reales*, reitera inicialmente la regla de su predecesor:

“*Normas administrativas. Las limitaciones impuestas al dominio privado en el interés público están regidas por el derecho administrativo. El aprovechamiento y uso del dominio sobre inmuebles debe ejercerse de conformidad con las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción*”.

De esta forma el criterio de VÉLEZ, en última instancia impuesto por la naturaleza de las instituciones en juego más que por una opinión susceptible de ser contradicha, se mantiene inalterado⁹.

⁹ Como lo había advertido MARIENHOFF comentando el recordado artículo 2611: aunque los códigos civiles no se refirieran a la cuestión, tal regla existiría igualmente pues se trata de materia ajena al Derecho Privado cuya regulación

Cabe destacar muy especialmente que el término “*limitaciones*” del artículo 1970 reemplaza con ventaja a “*restricciones*” del artículo 2611, reconociendo como corresponde la existencia de una relación de género a especie que merece ser atendida. Las restricciones, junto a las servidumbres administrativas, la requisa, la ocupación temporánea, el decomiso (más allá de su especial condición que, en algunos casos, puede reconocer una finalidad sancionatoria) y la expropiación, son especies del género limitaciones al dominio.

Diferenciar entre restricciones y limitaciones resulta indispensable para reconocer o negar el derecho a indemnización del propietario afectado (a excepción, claro está, del decomiso).

También ha sido acertada la eliminación de la palabra “*sólo*” ya que en rigor ninguna limitación al dominio resulta establecida en único beneficio del interés público. Si bien se mira, toda regulación limitativa del ejercicio del derecho de propiedad, aun aquella *prima facie* y explícitamente establecida para favorecer la calidad de vida del conjunto de la población, también beneficia a los linderos y vecinos cuando, haciendo un gran esfuerzo de abstracción como para separar una parte del todo, éstos son considerados individualmente.

Cuando se alude a restricciones se lo hace para indicar mínimas perturbaciones del derecho de propiedad (de allí que también suelen denominarse “*meras*” restricciones), que resultan de una generalidad absoluta en condiciones de igualdad de situación (alturas máximas para edificar según la zonificación del respectivo código municipal) o afectan, apenas, el superado carácter absoluto de derecho de dominio y cuya fuente principal son asimismo las ordenanzas municipales (obligación de tolerar que se coloque en el frente de una vivienda carteles indicadores del nombre y/o sentido de circulación de una calle o la fijación de retenes de cables de electricidad o de señales televisivas y otras molestias de poca entidad que no afectan el pleno uso y goce del bien por parte de su propietario).

Por esta razón, es decir por tratarse de afectaciones que no degradan en absoluto el disfrute del derecho de dominio, su titular en principio no tiene derecho a indemnización; sin perjuicio de que la misma se torne procedente si la restricción excede el límite de una molestia menor o adquiere una dimensión desmedida o irrazona-

ha sido reservada por las provincias (*Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987, t. V p. 25).

ble. Pero cabe destacar que en este último supuesto el derecho a indemnización no reconocerá como fuente la sola restricción sino la circunstancia de que la misma fue ejercida en forma desmedida y por tanto ilegítima. Es decir que el deber oficial de compensación será la consecuencia de un supuesto de responsabilidad del Estado por su conducta ilícita, al haberse producido un avance irrazonable o desproporcionado sobre la propiedad privada ¹⁰.

La cuestión remite a una casuística infinita y será el juez competente, al examinar cada caso concreto, quien determinará si existe o no un exceso en la restricción. En caso afirmativo, el avance ilegal sobre el derecho de dominio comprometerá la responsabilidad del Estado si se actuó fuera del marco legal. Por el contrario, si la restricción proviene de una norma que no merece reparo constitucional, ya no estaremos frente a una restricción que violó sus límites, sino frente a otra especie de limitación (servidumbre, requisa, ocupación temporánea o expropiación).

Veamos un ejemplo. En la Provincia de Buenos Aires se han sucedido numerosos casos de desbordes de ríos que obligaron a tomar medidas drásticas para evitar que las masas de aguas ingresaran en ciudades y sitios poblados. Fue así que se inundaron intencionalmente campos en producción generándose daños muy significativos. Resultaba claro que semejante accionar no podía encuadrarse dentro del concepto de restricción al dominio más allá de que hubiera sido dispuesta mediante actos administrativos formales emanados de las autoridades locales y respondiendo a un evidente interés público en juego. Sin embargo, como correspondía, por aplicación de preceptos constitucionales, la Provincia fue condenada a reparar los daños y perjuicios ¹¹.

Por aplicación de un elemental criterio de política económica, en el año 2013, frente a la reiteración del fenómeno hidráulico y las millonarias indemnizaciones pagadas, la Provincia de Buenos Aires

¹⁰ Incluimos dentro del concepto de ilicitud a la irrazonabilidad, la arbitrariedad y el abuso de poder.

¹¹ Hemos descripto extensamente esta situación en BOTASSI, Carlos, "Aspectos jurídicos de las inundaciones en la Provincia de Buenos Aires", en la obra colectiva *Inundaciones en la región pampeana*, Editorial de la Universidad Nacional de La Plata y H. Cámara de Diputados de la Provincia de Buenos Aires, La Plata, 2003, pp. 251 y sigs.

sancionó la Ley 14.540 de “*Servidumbre administrativa de ocupación hídrica*”, afectando por razones de utilidad pública “*a todo inmueble del dominio privado situado en cualquier lugar de la Provincia, que como consecuencia directa de obras expresamente aprobadas por la Autoridad de Aplicación, con el fin de mitigar los efectos de las crecidas de los cursos y/o cuerpos de agua, resultara ocupado parcial o totalmente mediante el almacenamiento temporario de una masa de agua proveniente de excedentes hídricos. Dicha servidumbre se constituirá en favor del Estado Provincial*” (art. 1).

Se trata de un ejemplo concreto de regulación administrativa local de una limitación motivada por el interés colectivo, a la cual remiten antes como ahora los artículos 2611 del Código Civil derogado y 1970 del actual Código Unificado. La servidumbre tiene por objeto construir y mantener operativos mediante canalizaciones o reservorios de aguas destinados a prevenir y/o mitigar las inundaciones. La superficie a anegar, junto al valor de la tierra y la probable frecuencia de la inundación, serán elementos de juicio a considerar para fijar la indemnización que se determinará a través de la Fiscalía de Estado y se ofrecerá al afectado, previéndose la intervención del juez de lo contencioso administrativo del lugar donde se encuentre el inmueble para el caso de fracasar el intento de avenimiento a promover por el Fisco (arts. 11 a 14).

De esta manera, en lugar de asumir las consecuencias de largos y costosos pleitos por indemnización de daños y perjuicios el Estado Provincial podrá arribar a un acuerdo con el propietario del fundo sirviente. Sólo en el caso de que ello no resulte posible se acudiría al pleito, discutiéndose exclusivamente el *quantum* indemnizatorio en base a parámetros legalmente establecidos.

En cuanto respecta a las limitaciones establecidas en el interés de los vecinos, el segundo párrafo del artículo 1970 reza:

“Los límites impuestos al dominio en este Capítulo en materia de relaciones de vecindad, rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción”.

Al establecerse que las reglas limitativas vinculadas a las relaciones de vecindad -es decir aquellas tradicionalmente asignadas exclusivamente a la ley civil- “*rigen en subsidio de las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción*” queda admitida la pertenencia global del tema al poder de policía de la propiedad y habilitada la aplicación prioritaria del Derecho Administrativo. De esta manera el nuevo Código viene a reconocer una circunstancia precedente: son las leyes provinciales sobre uso del suelo rural y

urbano y los códigos municipales de edificación, los que se aplican inicialmente en materia de limitaciones a la propiedad privada, sin perjuicio de la aplicación supletoria o subsidiaria del CCyC, sin que sea menester diferenciar la tutela del interés público (justicia distributiva) de la defensa del interés del vecino (justicia conmutativa).

La pertenencia de la temática bajo análisis al ámbito local hace que, aunque referidas al ejercicio del derecho de dominio, típico derecho “común” cuya regulación fue cedida por los Estados locales a la Nación (art. 75 inc. 12° de la Constitución Nacional), las normas aplicables deban dictarse por los legisladores provinciales y municipales. Esta circunstancia, consecuencia del carácter local del Derecho Administrativo, posee una evidente ventaja práctica: las autoridades del lugar son quienes están en inmejorables condiciones de evaluar los requerimientos de la sociedad. No exige idéntico tratamiento un área superpoblada -por caso el primer cordón del conurbano bonaerense- que una región notoriamente despoblada de una provincia patagónica. Regular situaciones territoriales tan diversas en un único cuerpo legal conspira contra la eficiencia. La diversa realidad socioeconómica, como es obvio, impone la consagración de condicionamientos edilicios que conjuguen con los recaudos de salubridad y con la condición de los servicios públicos.

La competencia judicial es también local ya que el dictado de los códigos de fondo por parte del Estado Nacional no altera las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales provinciales, como reza el citado inciso 12° del art. 75.

III. La cuestión medioambiental

Como acabamos de resaltar, la nueva normativa establece la competencia local en materia de limitaciones a la propiedad privada urbana y rural cualquiera sea la finalidad perseguida (defensa del interés general o protección del vecino). Queda todavía un aspecto por considerar: la situación especial de las limitaciones impuestas por la preservación ambiental, que han merecido un tratamiento diferenciado en el Código Civil y Comercial de 2015.

En el Libro Primero, *Parte general*, Título III, *Bienes*, Capítulo 1, *Bienes con relación a las personas y los derechos de incidencia colectiva*, Sección 3ª, *Bienes con relación a los derechos de incidencia colectiva*, se ubica el artículo 240:

“Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes menciona-

dos en las secciones 1ª y 2ª debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva. Debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”¹².

La Sección 1ª citada en la norma se rotula *Conceptos*, y en ella se definen las categorías de inmuebles por su naturaleza e inmuebles por accesión, como asimismo las cosas muebles, las cosas divisibles e indivisibles, principales y accesorias, consumibles, fungibles, al igual que los bienes fuera del comercio. La Sección 2ª se denomina *Bienes con relación a las personas*, adquiriendo relevancia para nuestra materia la enumeración y caracteres de los bienes del dominio público y del dominio privado del Estado (arts. 235 y 236 cuyo análisis excede la temática del presente trabajo).

El artículo 241 expresa:

*“Jurisdicción. Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”*¹³.

12 El texto corresponde a la modificación introducida por el P. E. La redacción original del Anteproyecto disponía:

“Art. 240: Límites al ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes. El ejercicio de los derechos individuales sobre los bienes mencionados en las secciones anteriores debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva en los términos del artículo 14. No debe afectar gravemente el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial. Los sujetos mencionados en el artículo 14 tienen derecho a que se les suministre información necesaria y a participar en la discusión sobre decisiones relevantes conforme con lo dispuesto en la legislación especial.

Cualquiera sea la jurisdicción en que se ejerzan los derechos, debe respetarse la normativa sobre presupuestos mínimos que resulte aplicable”.

Los sujetos mencionados en el artículo 14 del Anteproyecto son: el afectado, el Defensor del Pueblo, las asociaciones registradas y otros que dispongan leyes especiales. El CCyC no contiene esta referencia que resulta innecesaria por tratarse de una reiteración de lo establecido en el art. 43 de la Constitución Nacional.

13 Este artículo reproduce el párrafo final del art. 240 del Anteproyecto, cuyo artículo 241 era absolutamente diverso: *“Derecho fundamental de acceso al agua potable. Todos los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales”*. El Poder Ejecutivo, para evitar la proliferación de

Ninguna de las reglas transcriptas reconoce antecedentes en el Código de 1871 y de sus textos resulta claro que cuando aparezca en juego la protección de derechos de incidencia colectiva -sean ambientales o de otra índole- la aplicación del Derecho Privado lo será en subsidio de las reglas de Derecho Administrativo y de Derecho Ambiental vigentes¹⁴. En este sentido Lily R. FLAH, Rosana I. AGUILAR y Néstor A. CAFFERATTA señalan que la categoría de derechos aludidos en los artículos 240 y 241 no son otros que los referidos en el segundo párrafo del artículo 43 de la Constitución Nacional (derecho a un ambiente sano, defensa de la competencia, de los usuarios de servicios públicos, de los consumidores y derechos de incidencia colectiva referentes a intereses individuales homogéneos) cuyo estricto respeto se vincula con la función social de la propiedad¹⁵.

El artículo 240 aparece expresamente mencionado en el apartado V, *Derechos individuales y de incidencia colectiva*, de las *Palabras preliminares* que suscribe el Presidente de la Comisión Redactora¹⁶, Dr. Ricardo Luis LORENZETTI. Allí se expresa que la ley no ampara el “ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general” (con cita del art. 14 del CCyC), resaltándose que el ejercicio de los derechos reales “debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva” y “debe conformarse a las normas del derecho administrativo nacional y local dictadas en el interés público y no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora,

juicios con pretensiones prestacionales de acceso al agua potable (seguramente acompañadas del reclamo de conexión a servicios cloacales por su vinculación con la salubridad pública), optó por eliminar esta disposición.

14 Coincidimos en este punto con RIVERA, Julio César y MEDINA, Graciela (Directores), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, t. I, p. 534 (título “Bienes” a cargo de Leopoldo L. PERALTA MARISCAL); pero discrepamos en cuanto allí se considera que esa subordinación puede generar problemas interpretativos. Estimamos, por el contrario, que la regla de preeminencia del Derecho Público facilitará la labor del intérprete estableciendo *a priori* cuál de los dos órdenes prevalecerá en caso de conflicto normativo.

15 En LORENZETTI, Ricardo Luis (Director), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2014, t. I, p. 790.

16 Creada por el Decreto P.E.N. n° 191 del 23 de febrero de 2011.

la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial" (citando el art. 240).

Cabe recordar que el artículo 41 introducido en la Constitución Nacional por la reforma de 1994 establece que *"todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo.... Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementirlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales..."*.

La lógica preeminencia de la normativa constitucional hace que la regla del artículo 41 se imponga a lo prevenido en el antes transcrito artículo 1970 del CCyC cuando se encuentre amenazada la calidad ambiental del área sujeta a las limitaciones que nos ocupan. En este caso los presupuestos mínimos que protejan al entorno del impacto provocado por el uso del suelo rural o la ocupación del espacio urbano, serán aquellos establecidos por la autoridad nacional sin perjuicio de la potestad de las provincias y/o de las municipalidades para establecer estándares de calidad más exigentes según los requerimientos locales.

En conclusión, existiendo una situación de riesgo ambiental, la normativa sobre presupuestos mínimos inicialmente aplicable, por mandato constitucional (art. 41) y en aplicación del artículo 241 del Código de 2015, será la establecida en la Ley Marco Ambiental de la Nación n° 25.675¹⁷. Caso contrario, es decir si no existiese peligro de daño ambiental, las limitaciones al dominio serán prioritariamente regladas por las autoridades locales mediante el dictado de normas

¹⁷ La Ley 25.675 (2002) establece los presupuestos mínimos a los cuales define en su artículo 6: *"Se entiende por presupuesto mínimo, establecido en el artículo 41 de la Constitución Nacional, a toda norma que concede una tutela ambiental uniforme o común para todo el territorio nacional, y tiene por objeto imponer condiciones necesarias para asegurar la protección ambiental. En su contenido, debe prever las condiciones necesarias para garantizar la dinámica de los sistemas ecológicos, mantener su capacidad de carga y, en general, asegurar la preservación ambiental y el desarrollo sustentable"*.

propias del Derecho Administrativo y supletoriamente por las disposiciones del Código Civil y Comercial.

IV. Indemnización de los daños y perjuicios. Inconstitucionalidad del artículo 1971

El artículo 1971 del Código Civil y Comercial expresa:

“Daño no indemnizable. Los deberes impuestos por los límites al dominio no generan indemnización de daños, a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio”.

Aquí la regulación no resulta acertada. De manera inexplicable contradice la regla general de derecho a indemnización en materia de limitaciones a la propiedad al que hemos aludido en el numeral precedente. Se violenta de esta manera una garantía constitucional (arts. 14 y 17).

Por otra parte resulta evidente que no es atribución del Poder Legislativo nacional consagrar la ausencia de derecho a indemnización con alcance universal cuando nos hallamos frente a una problemática de corte local. Existen sobrados ejemplos de limitaciones que generan derecho a compensación en materia de servidumbres administrativas cuyas leyes específicas reconocen el derecho a la reparación de los daños y perjuicios; incluso leyes provenientes del Congreso nacional actuando como Legislatura local. Así ocurre, por ejemplo, en el Dec. Ley 19.552/72 (servidumbre de electroducto)¹⁸; en el Decreto Ley 21.499/77 de expropiaciones (ocupación temporánea “normal”)¹⁹; en la Ley n° 24.076 (servidumbre de gasoducto)²⁰,

18 Dec. Ley 19.552/72, ref. ley 24.065, art. 9: *“El propietario del predio afectado por la servidumbre tendrá derecho a una indemnización que se determinará teniendo en cuenta: a) El valor de la tierra en condiciones óptimas en la zona donde se encuentre el inmueble gravado; b) La aplicación de un coeficiente de restricción que atienda al grado de las limitaciones impuestas por la servidumbre, el que deberá ser establecido teniendo en cuenta la escala de valores que fije la autoridad competente. En Ningún caso se abonará indemnización por lucro cesante”.*

19 Dec. Ley 21.499/77, art. 62: *“La ocupación temporánea normal apareja indemnización, siendo aplicables en subsidio las reglas vigentes en materia de expropiación”.*

20 Ley 24.076, art. 22: *“Los transportistas y distribuidores gozarán de los derechos de servidumbre previstos en los artículos 66 y 67 de la ley 17.319 [Ley*

en la Ley de Defensa Nacional n° 23.554 (que regula la requisita militar) ²¹; en la Ley 25.743 de Patrimonio arqueológico y paleontológico (ocupación temporánea y servidumbre) ²² y en la antes recordada Ley 14.540 de la Provincia de Buenos Aires (servidumbre de ocupación hídrica), entre muchas otras.

La propia institución expropiatoria -máxima limitación de la propiedad ya que la extingue afectando su condición de perpetua- contiene el principio inmutable de la indemnización al sujeto expropiado desde el nivel constitucional (art. 17 C.N. y sus equivalentes en las Cartas provinciales).

En segundo término, si bien es exacto que no generan deber de indemnizar los condicionantes referidos al uso del suelo, como es el caso de las zonificaciones urbanísticas y estándares de edificación entendemos que, por su carácter general, configuran condiona-

de Hidrocarburos]. *En caso de que los transportistas o distribuidores no llegaren a un acuerdo con los propietarios para fijar el monto de las indemnizaciones que pudieran corresponder, deberán acudir al ente quien, por el procedimiento oral y sumario que previamente haya fijado por vía reglamentaria, fijará el monto provisorio a todos los efectos de la ley de expropiación*”.

21 Ley 23.554, artículos 33 y 34 (partes pertinentes): *“En caso de guerra o ante su inminencia, el Poder Ejecutivo Nacional podrá disponer requisiciones de servicio o de bienes ... Los habitantes de la Nación y las personas de existencia ideal con asiento en el país tienen la obligación, limitadas a las necesidades de la Defensa Nacional, de proporcionar la información, facilitar los bienes y prestar los servicios que le sean requeridos por autoridad competente ... Si ese aporte implicara gastos o prestación de servicios se determinará administrativamente la indemnización o remuneración correspondiente, no pudiendo en ningún caso reconocer el lucro cesante. En caso de desacuerdo, el monto será fijado judicialmente a pedido de la parte interesada*”.

22 Ley 25.743, artículo 36: *“El organismo competente podrá, por razones de interés público, disponer la ocupación temporánea de terrenos de propiedad privada donde se localicen bienes arqueológicos o restos paleontológicos. Dicha ocupación, salvo casos de peligro inminente, deberá ser declarada por ley. La ocupación no podrá exceder el máximo de dos (2) años, debiendo mediar una justa indemnización al propietario del terreno*”. Artículo 37: *“En los casos en que la conservación de los vestigios arqueológicos o restos paleontológicos implique una servidumbre perpetua sobre los terrenos en los cuales se encuentren dichos bienes, el Estado nacional o provincial en sus respectivas jurisdicciones, deberá establecerla mediante ley especial e indemnización a los propietarios de los terrenos*”.

mientos intrínsecos del derecho de propiedad que deben categorizarse como restricciones, es decir como una especie del género limitación y no sujeta al deber de indemnizar. Esta restricción alcanza a la totalidad de los habitantes del territorio regulado, como manera de compatibilizar el ejercicio del derecho de dominio con el correlativo derecho de los propietarios vecinos, su objetivo es asegurar la paz social y una mínima calidad de vida. Producto de la planificación urbanística sería impensable que los condicionamientos que provoca en la totalidad de los propietarios de inmuebles generen derecho a compensación.

Otras limitaciones, en cambio, no revisten esa nota de generalidad, afectando a propietarios individualmente considerados (o pertenecientes a grupos reducidos). En estos casos la reparación de los perjuicios deviene indudable, haciéndose alusión -incluso- a la “*responsabilidad estatal por la acción urbanística*”²³.

Consideramos que para ser congruente con lo prevenido en el artículo 1970, el artículo 1971 debió aclarar que el carácter indemnizable o no de las limitaciones que excedan la calidad de mera restricción será decidido por la legislación local, nacional o provincial según los casos, ya que adquiere particular relevancia recordar que el mismo CCyC ha establecido su inaplicabilidad a la responsabilidad del Estado, remitiendo la cuestión a las normas y principios locales (arts. 1764 a 1766). En este sentido, en el ámbito nacional, la sanción de la Ley de Responsabilidad del Estado 26.944 (B.O. 8.8.2014) viene a desnudar una incongruencia legislativa, ya que mientras el artículo 1971 del Código unificado sienta la regla general de no indemnización de los daños provocados por las limitaciones al dominio, el artículo 5 de dicha ley consagra el principio opuesto al regular la responsabilidad estatal por su conducta legítima, condición que cabe adjudicar a las limitaciones a la propiedad que avanzan sobre el carácter exclusivo del derecho de dominio y, naturalmente, a los supuestos que lo extinguen. Es el caso de las servidumbres administrativas y las requisas militares a las que nos referiremos *infra*, cuya reparación viene impuesta por la garantía constitucional de protección a la propiedad privada (arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional).

23 TALLER, Adriana y ANTIK, Analía, *Curso de Derecho Urbanístico* (Prólogo de Tomás HUTCHINSON), Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires-Santa Fe, 2011, p. 305.

Existe asimismo una categoría de limitaciones urbanísticas que han alcanzado gran desarrollo en nuestro país, como son las prohibiciones de modificación de frentes y/o interior que pesan sobre aquellos inmuebles declarados patrimonio histórico o cultural, cuyas normas de imposición de carácter local pueden reconocer o no derecho a indemnización, según la magnitud de la limitación y los criterios imperantes en la provincia o municipio competente.

En nuestra opinión el artículo 1971 resulta aplicable a una única especie de limitaciones: las restricciones, y deviene inconstitucional si se pretende extender la dispensa de indemnización a toda situación de desmembramiento del dominio. El derecho a reparación sólo puede ceder en caso de bienes que carecen de amparo jurídico, como el decomiso de medicamentos vencidos, alimentos en mal estado, armas o elementos empleados para cometer delitos. En todos los demás supuestos posee un peso determinante la recordada manda constitucional en materia expropiatoria y su régimen legal (v. gr. Ley bonaerense n° 5.708; Dec. Ley nacional n° 21.499/77).

Por su origen ancestral, anterior a la sanción del Código de VÉLEZ, la regla de no-indemnización puede admitirse en el caso de la servidumbre o camino de sirga relativa a cursos de agua navegables “naturales” (por opuestos a los canales “artificiales” construidos por el hombre), a pesar de consagrar una limitación significativa como es la prohibición absoluta para edificar en la zona afectada; pero no cabe predicar idéntica exención respecto de las modernas servidumbres administrativas (electroducto, gasoducto, etc.).

En cuanto atañe a la excepción del párrafo final del artículo 1971: “*a menos que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio*” confesamos nuestra perplejidad al no advertir su sentido.

Para colmo la fuente del artículo 1971 es el artículo 1911 del Proyecto de 1998, cuyo texto no aporta nada en absoluto por adolecer del mismo defecto de imprecisión: “*Daño no indemnizable. Agravación. Los deberes impuestos por los límites del dominio, no generan indemnización de daños, salvo que por la actividad del hombre se agrave el perjuicio*”.

La interpretación que se nos ocurre y proponemos *prima facie* a la espera de otra superadora, es la siguiente:

El artículo 1971 se refiere exclusivamente a las restricciones. Pero si una medida de esa índole, por efecto de la actividad agravante de un tercero, provoca un daño a tal punto significativo que cabe indemnizar al afectado como si se tratara de una servidumbre, el titular podrá accionar también contra el Fisco. Éste, naturalmen-

te, dispondrá de una acción de repetición contra quien agravó el perjuicio.

Para que este razonamiento resulte aceptable, en un ejercicio hermenéutico que podrá tildarse de excesivo pero que nos parece imprescindible realizar, la palabra “*hombre*” debería entenderse como aludiendo al tercero que agrava el daño, y hacerse extensivo no sólo a personas de existencia visible sino también a personas jurídicas. De esta manera, en definitiva, no se haría otra cosa que aplicar los principios generales del Derecho de daños ya que para que surja el deber de indemnizar deberá existir un nexo causal entre la conducta del tercero y la agravación del perjuicio del propietario.

V. Las limitaciones previstas en el nuevo Código

Como hemos visto la totalidad de las limitaciones impuestas al dominio de los particulares se rigen prioritariamente por el Derecho Administrativo local y subsidiariamente por el Código Civil y Comercial. Por ese motivo, más allá de la especial relevancia de las normas provinciales y municipales, resulta de interés identificar los supuestos concretos enunciados en el nuevo cuerpo legal.

Se trata, desde luego de una enunciación no taxativa y de gran amplitud conceptual.

1. Camino de sirga

El artículo 1974 dispone: “*Camino de sirga. El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus riberas, aptos para el transporte por agua, debe dejar libre una franja de terreno de quince metros de ancho en toda la extensión del curso, en la que no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad.*

Todo perjudicado puede pedir que se remuevan los efectos de los actos violatorios de este artículo”.

La servidumbre de sirga o de camino ribereño había sido reglada en los artículos 2639 y 2640 del Código de 1871, estableciendo una franja libre de 35 metros en las áreas despobladas y de 15 metros si el río o canal atravesare alguna ciudad o población ²⁴. Por tratar-

²⁴ Cód. Civil, art. 2639: “*Los propietarios limítrofes con los ríos o con canales que sirven a la comunicación por agua, están obligados a dejar una calle o camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río, o del*

se de una limitación al dominio de los particulares establecida por razones de interés público, y para ser coherente con la regla del artículo 2611, el codificador no debió incluirla en el Código Civil, pero lo hizo, aunque en el plano constitucional ello no merecía reproche debido a su directo vínculo con la navegación, cuestión reservada a la Nación en el artículo 75 inc. 10º de la Ley Fundamental ²⁵.

El legislador actual mantuvo el camino de sirga pero optó por unificar el espacio liberado en 15 metros y, acertadamente, eliminó toda referencia a la posible modificación del ancho de la mal llamada “calle pública” por parte de la municipalidad ya que semejante facultad resulta inconstitucional. La extensión de la superficie libre a preservar, por relacionarse directamente con la navegación -como lo acabamos de recordar- sólo puede fijarla el Congreso Nacional.

El origen histórico de esta limitación se pierde en la noche de los tiempos ya que se vincula con la llamada “navegación a sirga” que consistía en arrastrar mediante sogas desde tierra a pequeñas embarcaciones. La invención de la máquina de vapor terminó con este método arcaico y en 1912 el entonces senador Joaquín V. González presentó un proyecto de ley propiciando su eliminación del Código Civil señalando que las industrias agrícola-ganaderas del país, “*necesitan instalarse a orillas de las grandes vías fluviales, particularmente la industria frigorífica, los elevadores de granos, las curtidurías, aserraderos, saladeros y otras*”²⁶.

Ha transcurrido algo más de un siglo desde la propuesta derogatoria del fundador de la Universidad Nacional de La Plata y, sin embargo, la servidumbre de sirga ha sido mantenida en el CCyC.

canal, sin ninguna indemnización. Los propietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna”. Art. 2640: “Si el río, o canal atraviesa alguna ciudad o población, se podrá modificar por la respectiva municipalidad, el ancho de la calle pública, no pudiendo dejarla de menos de quince metros”.

25 Conf. BUSTELO, Ernesto, “Normas del Código Civil y Código Civil y Comercial de la Nación”, en *Legislación Usual Comentada*, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2015, t. II, p. 897.

26 MARIENHOFF, Miguel S., *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1971, pp. 346 y sigs. quien compartió este criterio desde la primera edición de esta obra (año 1939).

Consideramos que es una limitación sin sentido, que impide construir viviendas o plantas fabriles en superficies significativas por su extensión e importantes por su ubicación. Cabe lamentar que la Comisión redactora del Proyecto no haya explicado la razón de su mantenimiento ²⁷.

En cuanto a su naturaleza jurídica cabe recordar que, al igual que en el Código de VÉLEZ, el camino de sirga se encuentra reglado en el capítulo correspondiente a los *Límites al dominio* y no en el de los derechos reales. Esto ha hecho que algunos autores hayan considerado que se trata de una restricción. Para otros, por la extensión de la limitación que hace que el propietario se vea impedido de realizar construcciones o actividades que afecten la navegación, se trata de un derecho real de servidumbre administrativa. Dando nacimiento a la investigación más profunda sobre el tema (o al menos la más completa que conocemos), MARIENHOFF, siguiendo a BIELSA y analizando la legislación comparada, opina que estamos frente a una servidumbre administrativa predial de fuente legal, en la cual el fundo dominante es el río navegable ²⁸. Adherimos a este criterio. En primer lugar porque aunque el Código Civil y el CCyC se refieran al “camino” de sirga es obvio que no se trata de una vía de tránsito que constituya un bien del dominio público (art. 235 inc.

²⁷ Si bien nos manifestamos a favor de la reforma globalmente considerada, señalamos que no es éste el único anacronismo de la nueva legislación civil cuando incursiona en materia administrativa. Además del caso del camino de sirga se destaca el injustificado mantenimiento de las islas como bienes del dominio público (art. 235 inc. “d”) cuando esta categorización por parte de VÉLEZ SANSFIELD obedeció a la necesidad de asegurar que el Estado-propietario de las islas instalara faros para orientar a los navegantes y construyera fortificaciones para repeler invasiones de naves enemigas. Hoy día se navega mediante GPS satelital y las eventuales agresiones se llevan a cabo con misiles de largo alcance. Rafael BIELSA ya sostenía que incluir a las islas entre los bienes públicos era una medida “*jurídicamente infundada y económicamente inconveniente*” (*Derecho Administrativo*, La Ley, Buenos Aires, 6ª edición, t. III p. 541).

²⁸ MARIENHOFF, Miguel S., *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1971, pp. 341 y sigs., quien explica que “*el ribereño puede disponer de los productos naturales de esa franja, o sea, puede disponer de los pastos y leña seca y árboles, ya que nada de esto imposibilita o dificulta el ejercicio de la servidumbre, ni contraría las prohibiciones que menciona la ley*”.

“f”) sino de un inmueble privado sometido a la limitación descripta. En segundo término porque se trata de un condicionamiento muy intenso que afecta lo exclusivo del dominio ya que no sólo impide al propietario realizar obras o actividades en una superficie propia, sino que presupone el ingreso de agentes públicos y terceros vinculados a las actividades de navegación o flotación.

Debido a que la franja de 15 metros pertenece en propiedad a un particular tampoco el Estado puede realizar construcciones ni actos a título de dueño sino que debe limitarse a reglamentar su uso vinculado con la navegación o flotación²⁹. Si deseara construir muelles, puertos u otros edificios deberá adquirir o expropiar la superficie en cuestión³⁰.

Con respecto al eventual derecho a indemnización a favor del propietario del fundo afectado, su admisión teórica depende de la naturaleza jurídica que se le atribuya al instituto. Quienes piensan que se trata de una restricción al dominio se pronuncian por la negativa y cabe recordar que ésta ha sido la postura unánime de la jurisprudencia. En cambio aquellos autores que consideran al camino de sirga un derecho real de servidumbre se inclinan por la regla general en la materia que impone la compensación al titular del fundo sirviente.

Aparece en esta temática un dato de interés: El artículo 2639 del Código de Vélez establecía que la limitación se hacía efectiva “*sin ninguna indemnización*”. Esta prevención se halla ausente en el nuevo artículo 1974. ¿Se trata de una omisión involuntaria o es

29 Al sentenciar la causa L. 314. XL, “Las Mañanitas S.A. c/Prov. de Neuquén s/acción declarativa de certeza”, sent. del 4.8.2009, sobre la que volveremos *infra*, la Corte Nacional decidió que “*La navegación a la que alude el artículo 2639 del Código Civil se aplica no sólo a los cursos navegables, propiamente dichos, sino también respecto a los flotables, tanto más cuando la ley no hace distinción alguna al respecto. La flotación está incluida en el concepto legal de navegación (es una especie dentro del género); cuando la ley habla de cursos de agua navegables, debe entenderse que también se refiere a los flotables... Es por ello que ambos conceptos se rigen por iguales principios; su rasgo característico esencial es el mismo; sólo que los cursos flotables, dado su menor profundidad, son utilizados mediante almadías, balsas, jangadas y lanchones de escaso calado*”.

30 Conf. RIVERA, Julio César-MEDINA, Graciela (Directores), ESPER, Mariano (Coordinador), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 414.

intención del legislador de 2015 consagrar el derecho a compensación de los propietarios ribereños? Pensamos que los redactores del nuevo Código, seguramente por enrolarse en la tesis que considera al camino de sirga una restricción, dieron por sentado que no genera derecho a indemnización. De todos modos la expresa negación del derogado artículo 2639 carecía de virtualidad frente a la protección constitucional del derecho de propiedad, desmembrado por efecto de este derecho real administrativo sobre cosa ajena; y, en definitiva, su carácter indemnizable encuentra su fuente jurídica en la Carta Magna, con independencia de que sea reconocida o negada en el nivel legal.

Al respecto MARIENHOFF efectúa una distinción superadora de las dos tajantes posturas y que consideramos convincente. La procedencia de la indemnización dependerá de que las aguas linderas al camino de sirga sean navegables en su estado natural o resulten convertidas en navegables por trabajos del hombre (ríos dragados o ensanchados, canales artificiales). En el primer caso no hay derecho a indemnización debido a que la obligación de dejar libre la franja ribereña es anterior a la sanción del Código Civil, habiendo sido tomada del Derecho Romano por la legislación colonial española de la cual la hemos recibido. Así las cosas el artículo 2639 del Código derogado no impuso un nuevo gravamen ya que ningún propietario ribereño adquirió el dominio “*sin esa carga legal preexistente que entra en el régimen ordinario y normal de la propiedad inmueble lindera con cursos de agua navegables*”. En cambio tratándose de cursos de agua artificialmente convertidos en navegables las leyes anteriores a la organización nacional no establecían servidumbre alguna, de allí que la obligación de dejar libre el camino legalmente prescripto, “*sólo procederá previa la indemnización del caso, pues como las márgenes de dichos cursos de agua se hallaban libres de toda servidumbre al tiempo de sancionarse la Constitución, resulta evidente que la exclusividad de su uso, o sea la libertad de su dominio, está amparada por la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad*”³¹. El derecho a resarcimiento nace cuando el curso de agua o canal artificial es librado efectivamente a la navegación o flotación y a partir de ese momento comienza a correr el curso

³¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, cit., p. 351.

de la acción indemnizatoria, que deberá reclamarse a la provincia titular del canal (fundo dominante), dentro del plazo de prescripción que establezca la ley local de responsabilidad del Estado por su actividad legítima.

Otra cuestión que ha merecido la atención de la doctrina ³² y un pronunciamiento de la Corte Nacional que suscitó extraordinario interés (“Las Mañanitas”, 2009) es la atinente a la constitucionalidad de la regulación del camino de sirga en la legislación común, en la medida que la misma se interprete acompañada de la potestad local de modificar las condiciones en que resulta procedente la servidumbre. El Alto Tribunal federal consideró acertadamente que la circunstancia de tratarse de un instituto del Derecho Administrativo no impide recordar que la caracterización puntual de la limitación efectuada en el Código Civil no es susceptible de alterar por las provincias ³³.

Consideramos que esta doctrina no resulta contradicha por la nueva normativa civil, sino que, por el contrario, resulta plenamente compatible con lo prevenido en el artículo 1970. Las provincias poseen la atribución de determinar qué tipo de actividad vinculada a la navegación o flotación será desarrollada en el camino de sirga, pero les está vedado modificar la extensión de la franja libre de obstáculos o disponer que la limitación se haga efectiva con otros propósitos (circulación de vehículos, esparcimiento, turismo, etc.).

2. Aguas públicas y privadas. Obras hidráulicas

El agua es el bien de máxima incidencia vital. Se estima que para abastecer sus necesidades metabólicas, higiénicas y domésticas, una persona necesita 20 lts./día de agua potable. Si bien el 70% del Planeta es agua sólo el 2,5% no es salada. Estamos frente a un bien escaso. Según la Organización de las Naciones Unidas una de

³² BUSTELO, Ernesto, “Normas del Código Civil y Código Civil y Comercial de la Nación, cit., t. II p. 897, quien -en opinión que compartimos- considera que las provincias tienen facultades para imponer otras limitaciones no contempladas en la ley civil, “*siempre que resulten compatibles con las establecidas por aquella norma*”.

³³ CSJN, causa L.314XL, “Las Mañanitas c/Provincia de Neuquén s/acción declarativa”, 4.8.2009.

cada cuatro personas en el mundo tiene problemas de abastecimiento de agua potable y según el trágico presagio del vicepresidente del Banco Mundial, proferido en oportunidad de disertar en la Cumbre de Desarrollo Sustentable de Johannesburgo, 1999, las guerras futuras tendrán como objetivo apropiarse del agua dulce. Algunos analistas de la geopolítica universal piensan que la invasión de los EE.UU. a Irak no estuvo solamente motivada por el petróleo³⁴ sino también por el control de los dos grandes ríos de la Región (Éufrates y Tigris). También se sospecha que las bases norteamericanas en Colombia y Ecuador no sólo apuntan a combatir la expansión del terrorismo local sino también a mantener una relativa cercanía de la mayor reserva de agua dulce superficial del mundo (13%): el Río Amazonas. Por estas y otras circunstancias semejantes las naciones que, como la nuestra, poseen reservas de agua importantísimas, miran con recelo la iniciativa de los países más desarrollados de hacer de todas las aguas “*un patrimonio mundial común*”³⁵, más allá de reconocer que el acceso al agua es un derecho humano esencial³⁶.

A pesar del carácter innegable de esta condición, el Poder Ejecutivo Nacional, para evitar demandas prestacionales exigiendo conexiones a la red de agua potabilizada -como antes lo señalamos- reemplazó totalmente el artículo 241 proyectado por la Comisión que establecía: “*Derecho fundamental de acceso al agua potable: Todos*

34 PAOLINI, Michele, *La guerra del petróleo. La posta in gioco in Iraq e dietro l'asse del male*, I libelluli, Milán, 1999, especialmente pp. 73 y 99.

35 A partir del hecho de que alrededor de 1.400 millones de personas carecen de acceso al agua, en variados ámbitos internacionales se ha propuesto la firma ecuménica de un denominado “Manifiesto del agua”, que posee como principio fundador la declaración solemne de que “*el agua es un patrimonio mundial común y vital*”, proponiendo que su administración esté a cargo de un denominado “Tribunal Mundial del Agua”. Ampliar en PETRELLA, Ricardo, *El Manifiesto del agua* (Prólogo de Mario SOARES), publicado por primera vez en 2001 en lengua inglesa, traducción de Ana María CADALSO, Editorial Icaria – Interpón, Barcelona, 2002.

36 Ampliar en CENICACELAYA, María de las Nieves, *El derecho al agua. Un derecho humano transversal*, Ediciones Cooperativas, Buenos Aires, 2012, donde se explica con solvencia que “*la exclusión del agua como un derecho explícito en la Declaración Universal de Derechos Humanos se debió ante todo a su naturaleza. Al igual que el aire, se consideró tan fundamental para la vida que su inclusión expresa se creyó innecesaria*” (p. 110).

los habitantes tienen garantizado el acceso al agua potable para fines vitales”.

Por su calidad de insumo esencial para la vida animal y vegetal todos los primitivos grupos humanos se ubicaron a orillas de los ríos. Existen constantes referencias al agua en las escrituras sagradas más remotas y luego de la secularización de las normas resultó natural que el Derecho se ocupara del agua desde los primeros códigos. En tiempos remotos se construyeron canales y obras de irrigación que contribuyeron a la prosperidad de los pueblos ³⁷. Desde el punto de vista jurídico el desarrollo más profundo de la regulación del uso del agua corresponde a la Antigua Roma, destacándose el régimen de la servidumbre civil de acueducto en favor de un vecino, de la servidumbre administrativa de acueducto en favor de un pueblo y una serie de restricciones al manejo superficiario de los cursos de agua ³⁸.

Desde el punto de vista jurídico el agua es una “cosa”, es decir un objeto material susceptible de valor, según la definición del artículo 2311 del Código derogado no reproducido en la actual normativa. Cuando se encuentra sobre o debajo del suelo será una cosa “inmueble” (arts. 225 y 226 del CC y C). Si se envasa y se traslada posee condición de cosa “mueble” (art. 227).

Por su condición de bien imprescindible, escaso y no renovable desde sus orígenes todas las ramas del Derecho se ocuparon del agua en sus diversos ámbitos: mares, ríos, lagos y -recientemente- glaciares y espacios circundantes. El Derecho Constitucional se ocupó de diferenciar el dominio provincial de los ríos de la jurisdicción nacional en determinados casos (ríos interprovinciales nave-

37 El Código del Rey Hammurabi, redactado alrededor del año 1750 a C. alude, en este sentido, a *“las aguas de la opulencia”*, AZPIRI, Jorge O. y CALVO COSTA, Carlos A., *Código de Hammurabi*, Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2010, p. 31.

38 *“Nuevas ramas del Derecho como son el Derecho Administrativo y el Derecho Financiero también deben partir de la base que Roma les legó y formarse una historia en el entendido de que si bien no fueron sistematizadas por ellos como ciencia sí las desarrollaron ampliamente en sus normas”* (PELEGRÍN, Ricardo, “Aspectos del Derecho Administrativo en el Derecho Romano”, en BERIZONCE, Roberto y MENDOZA DÍAZ, Juan (Coordinadores), *Tendencias actuales del Derecho. Cuba-Argentina*, edición de las Facultades de Cs. Jurídicas y Sociales de la UNLP y de Derecho de La Habana, 2006, p. 161.

gables); el Derecho Administrativo -desde el mirador del poder de policía- reguló los usos comunes y especiales de las aguas públicas y privadas ³⁹; el Derecho Ambiental asume que el agua constituye un recurso ecológico fundamental que debe preservarse urgentemente; el Derecho Civil tuvo a su cargo compatibilizar el uso de las aguas entre vecinos procurando evitar que se generen daños y conflictos; el Derecho Agrario se interesa en el agua por su empleo para riego; el Derecho de la Energía presta atención a la fuerza hidroeléctrica; el Derecho Penal sanciona el envenenamiento del agua y el Derecho Internacional regula el aprovechamiento compartido entre dos o más naciones.

Semejante variedad de ordenamientos con un único objeto a regular provoca más incertidumbre que certezas como lo demuestra el listado de interrogantes elaborado por PASTORINO ⁴⁰: ¿Deben las aguas, preferentemente consideradas públicas regularse en el Código Civil? ¿Cómo deben gestionarse los recursos compartidos? ¿Cómo se reparte la jurisdicción sobre las aguas? ¿Cuándo un lago es navegable convirtiéndose en público? ¿Las aguas de fuente se equiparan a las vertientes? ¿Las aguas pluviales son *res nullius* o son aguas públicas que admiten su apropiación por los particulares?; y otras muchas que, como resulta inmanente a las ciencias jurídicas, admiten variadas respuestas, siempre opinables y provisionales.

Los autores que se han ocupado de las aguas desde el mirador del Derecho Administrativo han sostenido que la materia es ajena al Derecho Civil. En una carta dirigida a MARIENHOFF, fechada 1º de diciembre de 1936, Benjamín VILLEGAS BASAVILBASO expresó la idea a la que adherimos sin reservas:

“Comparto su opinión sobre separar del Código Civil todo lo relacionado con el régimen jurídico de las aguas. Considero que su mantenimiento es inconveniente y dañoso al interés público. Las aguas

³⁹ El Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires (Ley 12.257, B.O. 9.2.99 y sus reformas), tiene por objeto establecer el “régimen de protección, conservación y manejo del recurso hídrico”.

⁴⁰ PASTORINO, Leonardo, “El agua y las categorías jurídicas”, en PASTORINO, Leonardo (Director), *El agua*, Ediciones Cooperativas-UNLP, Buenos Aires, 2009, p. 20. Este autor considera que en materia de aguas, por la indiscutible presencia del derecho humano de obtenerla y consumirla, existe “una exclusión del régimen de apropiación privada para conceder universalmente el uso pero no el dominio a los particulares” (trabajo citado p. 31).

requieren un ordenamiento jurídico especial, que no puede conciliarse, en mi opinión, dentro del cuerpo de los códigos civiles; so pena de quebrantar su unidad y doctrina.

Las transformaciones del derecho público y del derecho administrativo en la presente centuria, han producido una penetración tan honda en el derecho privado, que limitan el campo de las relaciones privadas, circunscribiéndolo a un contenido cada vez más preciso y limitado. La confusión de lo público con lo privado, esa zona nebulosa característica de las codificaciones civiles del siglo XIX -acentuada en el Código Vélez Sarsfield- va disipándose en forma visible en la legislación contemporánea. El interés público -contenido del derecho social- tiende a prevalecer sobre el privado y en esta lucha, los códigos civiles de estructura clásica, pierden esa superioridad dominadora y excluyente.

Es natural que en ese “finium regundorum” las aguas adquieran categoría independiente; su emancipación de la ley común civil está, como diría Montesquieu, en la naturaleza de las cosas. La influencia de las aguas en la economía, industria, comercio, navegación, es decisiva para la cultura; y el régimen jurídico de las mismas puede detener o acelerar esas actividades, según sean las normas y principios que lo regulen”⁴¹.

Más allá de las opiniones doctrinarias que podrán o no compartirse, tal como lo hiciera el Código de VÉLEZ, el nuevo ordenamiento civil y comercial se ocupa del agua. En principio lo hace para diferenciar las aguas de propiedad del Estado de aquellas que se reconocen formando parte del patrimonio de los particulares.

De acuerdo al artículo 235 del Código Civil y Comercial pertenecen al dominio público: 1) el mar territorial; 2) las aguas interiores; 3) ríos; 4) estuarios; 5) arroyos; 6) toda agua que corra por un cauce natural; 7) lagos navegables; 8) lagunas navegables; 9) los glaciares; 10) las aguas subterráneas; 11) toda agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general.

A su turno el artículo 239 define a las aguas de propiedad privada: *“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”,* pero in-

⁴¹ MARIENHOFF, Miguel S., *Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas*, cit., pp. 603/604.

mediatamente señala que *“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”*. Luego reitera que *“Pertenece al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales”* y dispone que *“los particulares no deben alterar esos cursos de agua”, aclarando que “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”, para finalmente establecer que “el hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno”*.

Del juego armónico de los artículos 235 y 239 cabe enumerar las siguientes aguas pertenecientes a los particulares: 1) lagos y lagunas no navegables (excepto que carezcan de dueño en cuyo caso pertenecen al dominio privado del Estado)⁴²; 2) aguas surgentes y aguas de lluvia en terrenos privados. A su respecto, ya que son las que interesan en materia de limitaciones a la propiedad privada, el CCyC reitera el principio general estableciendo que *“las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación”* que no es otra que la establecida en las leyes de ministerios y códigos de agua provinciales.

Ubicado en el capítulo 4 *Límites al dominio*, del Título III *Dominio*, del Libro Cuarto *Derechos Reales*, con la intención de preservar las determinaciones de la naturaleza en cuanto atañe el ciclo del agua y evitar conflictos de variada gama y de inimaginable magnitud, el artículo 1975 reza:

“Obstáculo al curso de las aguas. Los dueños de inmuebles linderos a un cauce no pueden realizar ninguna obra que altere el curso natural de las aguas, o modifique su dirección o velocidad, a menos que sea meramente defensiva. Si alguno de ellos resulta perjudicado por trabajos del ribereño o de un tercero, puede remover el obstáculo, construir obras defensivas o reparar las destruidas, con el fin de restablecer las aguas a su estado anterior, y reclamar del autor el valor de los gastos necesarios y la indemnización de los demás daños.

⁴² Art. 236 inc. c). Aunque sólo alude a “lagos” consideramos que la regla incluye a las lagunas no navegables.

Si el obstáculo se origina en un caso fortuito, el Estado sólo debe restablecer las aguas a su estado anterior o pagar el valor de los gastos necesarios para hacerlo”.

De esta manera se alude a las aguas que, al transitar por cauces naturales, integran el dominio público, consagrando una obligación de no hacer en cabeza del propietario del inmueble lindero. La prohibición tiende a evitar que los particulares alteren el derrotero natural de las aguas modificando la hidrología natural de la zona. Resulta fácil imaginar el caos que se generaría si cada productor agropecuario modificara la dirección o el caudal de los ríos o arroyos con la intención de captar sus aguas para riego o para repelerlas frente a un peligro de inundación.

En el Noroeste de la Provincia de Buenos Aires, con motivo de las inundaciones provocadas por los desbordes del Río V se han producido violentos enfrentamientos entre aquellos particulares que realizaban taponamientos de canales y quienes pretendían mantener inalterado su funcionamiento⁴³. Existieron, incluso, conflictos judiciales entre municipalidades como fue el caso del juicio promovido ante la Suprema Corte bonaerense por la Municipalidad de Rivadavia solicitando se ordene a su similar de Trenque Lauquen la no obstrucción del canal que derivaba aguas desde la Estancia “La Dulce” (Partido de Rivadavia) al denominado “Bajo Vidania” (Partido de Trenque Lauquen).

Para evitar estos episodios debe reconocerse que la Administración provincial es la única autoridad competente para balancear los intereses públicos y privados en juego y adoptar las decisiones pertinentes: expropiación de campos para reservorio de aguas; constitución de servidumbres administrativas de ocupación hídrica; construcción de canales y corte de médanos para conducir los caudales hacia cuencas que desagoten en el Océano Atlántico y otras medidas semejantes.

En cualquier caso la legislación administrativa local, ratifica el uso de las aguas públicas por los particulares pero reserva el manejo de las obras con efectos hidráulicos a las provincias, colocando en cabeza de los particulares la obligación de elevar a la aprobación de las autoridades un estudio de impacto de aquellas obras

⁴³ La cuestión estuvo a punto de desatar lo que la prensa llamó “*guerra entre inundados*” (ver Diario “El Día” de La Plata, 8 de noviembre de 2001, p. 18).

que pudieran alterar el funcionamiento de los cursos de aguas superficiales o subterráneos, generar lagunas artificiales o provocar contaminación ⁴⁴.

La autorización de “*obras defensivas*” resulta acertada ya que el ejercicio de la autodefensa, vinculado al estado de necesidad, constituye un principio general de Derecho que el legislador está obligado a reconocer ⁴⁵. Más allá de la injusticia intrínseca de exigir que la víctima de un siniestro acepte resignadamente su suerte adversa, la regla reconoce un dato esencial de la realidad: llegado el caso de una catástrofe hidráulica el afectado llevará a cabo todas las obras defensivas que estén a su alcance sin preguntarse si existe o no habilitación legal. En todo caso el problema será de tipo fáctico ¿cómo diferenciar las obras estrictamente defensivas de aquellas otras ejecutadas con la intención de alterar definitivamente la hidrología del lugar? No debe perderse de vista que los excesos de aguas superficiales, excepto que sean derivados a cuerpos receptores inocuos como grandes ríos, lagunas o lagos naturales, terminarán provocando daños a aquellos propietarios que finalmente los reciban.

La construcción de obras defensivas autorizada en el párrafo inicial del artículo 1975 está referida a supuestos en que un curso de agua amenaza desbordarse por causas naturales, el segundo párrafo, en cambio, alude a los daños (entendemos que también a la amenaza de daños ⁴⁶) provocados por terceras personas, en cuyo caso además de construir o reparar obras defensivas como diques y canales, el afectado puede “*remover el obstáculo*” construido por su vecino.

44 Así por ejemplo en la Provincia de Buenos Aires el Código de Aguas, Ley 12.257, dispone que “*toda persona podrá usar el agua pública a título gratuito y conforme los reglamentos generales, par satisfacer necesidades domésticas de bebida e higiene, transporte gratuito de personas o cosas, pesca deportiva y esparcimiento sin ingresar en inmueble ajeno. No deberá contaminar el medio ambiente ni perjudicar igual derecho de terceros*”. Pero si se trata de encarar obras de urbanización, el desarrollador está obligado a hacer un estudio de impacto hidráulico que deberá someter a la aprobación de la Dirección de Obras y Servicios Hidráulicos y de la Autoridad del Agua.

45 El CCyC prevé otro supuesto de legítima defensa civil cuando su artículo 1982, parte final, autoriza a cortar las raíces de árboles ubicados en un inmueble lindero y, por tanto, de propiedad del vecino.

46 Los artículos 1710 a 1713 regulan lo atinente a la función preventiva del régimen de responsabilidad civil.

La parte final del artículo 1975 consagra la obligación del Estado (nacional, provincial o municipal, según el territorio y la legislación local que asigne la competencia en materia de régimen de aguas) de remover los obstáculos naturales (sedimentos, aluviones, malezas y basuras en los arroyos y ríos) o pagar al propietario afectado el valor de las labores necesarias a ese efecto. Cabe inferir de esta disposición que, en caso contrario, es decir si los endicamientos, tapones, elevación de cotas o cualquier otra forma de obstrucción de los torrentes fueran artificiales, la Administración competente podrá disponer su remoción y en algunos casos extremos ejecutar lo decidido ⁴⁷, mientras que la regla general será la solicitud de una orden judicial de demolición.

La obligación estatal de asumir los costos generados por la obra de restablecimiento de las aguas a su estado anterior al hecho fortuito o restituir al particular lo erogado en esa labor, se explica por su condición de propietario del agua y, por ende, custodio de su desplazamiento inocuo.

3. Obligación de recibir agua, arena y piedras

El artículo 1976 establece:

“Recepción de agua, arena y piedras. Debe recibirse el agua, la arena o las piedras que se desplazan desde otro fondo si no han sido degradadas ni hubo interferencia del hombre en su desplazamiento. Sin embargo, puede derivarse el agua extraída artificialmente, la arena o las piedras que arrastra el agua, si se prueba que no causan perjuicio a los inmuebles que las reciben”.

La norma reitera en lo sustancial lo reglado en los artículos 2642 a 2644 del Código de VÉLEZ ⁴⁸, consagrando la obligación de tolerar

⁴⁷ Consideramos que la ejecutoriedad de los actos administrativos constituye una nota contingente sino excepcional, de allí que la demolición de una obra particular con efectos hidráulicos sin orden judicial sólo se justifica cuando esté en peligro la vida de terceros o cuando las aguas artificialmente derivadas de su curso natural amenacen centros urbanos, aunque sean de pequeña envergadura como pueblos, barrios cerrados o asentamientos irregulares.

⁴⁸ Art. 2642: *“Es prohibido a los ribereños sin concesión especial de la autoridad competente, mudar el curso natural de las aguas, cavar el lecho de ellas, o sacarlas de cualquier modo y en cualquier volumen para sus terrenos”.*

el ingreso a un inmueble de las aguas, arena o piedra que naturalmente, es decir sin intervención de terceros, provengan de otros fundos, en tanto y en cuanto no se encuentren contaminadas (“degradadas”). En este último supuesto el propietario no estará obligado a recibirlas.

La interferencia humana en el desplazamiento de las aguas, arenas o piedras, resulta autorizada en el segundo párrafo del artículo 1976, “*si se prueba*” que el fundo que las recibe no sufre perjuicio alguno. La prueba de la inocuidad del desvío corresponde a quien lo lleva a cabo modificando el recorrido natural y, como toda prueba de un hecho negativo, esto es la ausencia de perjuicio para el obligado, resultará sin duda complicada.

4. Colocación de instalaciones y paso de obra

Reza el artículo 1977:

“Instalaciones provisionarias y paso de personas que trabajan en una obra. Si es indispensable poner andamios u otras instalaciones provisionarias en el inmueble lindero, o dejar pasar a las personas que trabajan en la obra, el dueño del inmueble no puede impedirlo, pero quien construye la obra debe reparar los daños causados”.

Este artículo consagra dos obligaciones diferentes que afectan el carácter exclusivo del derecho de dominio. La primera consiste en el deber de tolerar la colocación de andamios u otro tipo de instalaciones provisionarias necesarias para efectuar construcciones o reparaciones en inmuebles linderos. El segundo deber consiste en admitir el paso o tránsito de aquellas personas que trabajan en la obra.

El artículo 1977 no prevé el pago de indemnización al obligado por el normal desarrollo de la colocación de instalaciones y paso de personas, pero contempla la obligación del titular del fundo lindero

Art. 2643: “*Si las aguas de los ríos se estancasen, corriesen más lentas o impetuosas, o torciesen su curso natural, los ribereños a quienes tales alteraciones perjudiquen, podrán remover los obstáculos, construir obras defensivas, o reparar las destruidas, con el fin de que las aguas se restituyan a su estado anterior*”. Art. 2644: “*Si tales alteraciones fueren motivadas por caso fortuito, o fuerza mayor, corresponden al Estado o provincia los gastos necesarios para volver las aguas a su estado anterior. Si fueren motivadas por culpa de alguno de los ribereños, que hiciese obra perjudicial, o destruyese las obras defensivas, los gastos serán pagados por él, a más de la indemnización del daño*”.

de reparar los daños y perjuicios que puedan ocasionarse, como roturas de paredes, excavaciones, manchas por derrame de material transportado, etc.

5. Reglas urbanísticas

La concentración de varios millones de personas en los espacios acotados que conforman las ciudades perjudica la calidad de vida de sus habitantes, generando problemas sanitarios, de transportes, seguridad, etc. Es en este punto donde arquitectos y ambientalistas reclaman del Estado hacer lo necesario para lograr una sustentabilidad urbana y, para ello, aluden a la necesidad de planificar el desarrollo de las ciudades advirtiendo que resulta imprescindible regular el uso del espacio en base a la consagración legal de los llamados “indicadores urbanísticos” y a la localización sectorizada de las diversas actividades humanas desde la óptica del control de impacto ambiental ⁴⁹.

Como señalara BERÇAITZ, el planeamiento provoca un enfrentamiento entre la autoridad competente y los titulares del derecho de propiedad; una pugna entre el interés general de preservar la calidad de vida y el ánimo de lucro de los desarrolladores de emprendimientos urbanísticos ⁵⁰. En medio de ese conflicto, siempre considerando que la ciudad constituye un producto cultural agresivo para el medio natural y, por añadidura, a la salud física y psíquica de quienes la habitan, compete al Estado arbitrar entre quienes sólo ven en la edificación del espacio un negocio inmobiliario y las personas que efectivamente transcurrirán sus vidas en tales construcciones ⁵¹. Es en este punto cuando las limitaciones a la propiedad privada se inte-

49 FERNÁNDEZ, Roberto, *La ciudad verde. Teoría de la gestión ambiental urbana*, Espacio Editorial, Buenos Aires, 2000, p. 483, donde se recuerda que más de 85 millones de personas viven en las cuatro megalópolis que tiene la región: México DF, San Pablo, Buenos Aires y Rio de Janeiro.

50 BERÇAITZ, Miguel Ángel, “Régimen jurídico del planeamiento urbano”, en la obra colectiva *Derecho y planeamiento urbano*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1983, p. 56.

51 El tema merece, naturalmente, un desarrollo mucho más extenso que el que podemos realizar ahora y lo hemos encarado en BOTASSI, Carlos Alfredo, *Derecho Administrativo Ambiental*, Platense, La Plata, 1997, pp. 3 y sigs.

gran en la moderna disciplina del Derecho Urbanístico, dotando de reglas jurídicas a un fenómeno inicialmente sociológico y cultural.

Como bien lo señala LÓPEZ MESA, *“el derecho urbanístico configura, en esencia, un sistema de restricciones al dominio, una serie de frenos o contrapesos que arrastra el goce ilimitado del más pleno de los derechos reales sobre un inmueble”*, destacando que *“a la par de las restricciones y límites al dominio contempladas desde sus orígenes en el Código Civil, se hallan otro tipo de restricciones, de derecho público, que acotan o contornean el derecho de propiedad”*⁵².

La consideración específica de los problemas que genera la ocupación del suelo urbano, fundamentalmente los condicionamientos que cabe imponer para su edificación, obligó a complementar las limitaciones contenidas en el Código Civil con el dictado de leyes provinciales y, fundamentalmente, con la sanción de ordenanzas municipales que lo superaron en número y profundidad de detalles. Esa novedosa situación jurídica, que amalgamaba la ley civil nacional, las leyes provinciales sobre uso del suelo y los códigos municipales de edificación, fue descrita hace más de tres décadas por SCOTTI, anticipando el nuevo paradigma de la subsidiariedad del Derecho Privado respecto del Derecho Público, ahora convalidada en el Código de 2015: *“Como consecuencia desaparece el concepto de la propiedad como absoluto o casi ilimitado en su ejercicio, y sólo circunscripto en algunos aspectos por limitaciones o restricciones públicas. Ya no es posible definir y conocer la extensión del derecho de propiedad con sólo recurrir al estudio del derecho civil, sino que debe confrontarse el estatuto privado con los cuerpos normativos y legislaciones del derecho público. Cesan las limitaciones administrativas al dominio de significar meros acotamientos de la propiedad en algunos y contados aspectos, para transformarse en el delineamiento o dibujo completo de la propiedad, en este caso inmobiliaria. En ese orden de limitaciones crecientes asume un rol primordial el planeamiento urbano, donde se conjugan variadas y complejas restricciones y el aporte coordinado de diversas disciplinas”*⁵³.

52 López Mesa, Marcelo J., “El derecho de dominio y su status actual. De nuevo sobre las limitaciones urbanísticas al derecho de dominio”, La Ley Buenos Aires, 22.11.2000, p. 13.

53 SCOTTI, Edgardo O., “Contenido, caracteres y principios del Derecho Urbanístico”, en la obra colectiva *Derecho y planeamiento urbano*, Editorial

Las normas del CCyC vinculadas a la cuestión urbanística son los siguientes:

El artículo 1978 establece:

“Vistas. Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en los muros linderos no pueden tenerse vistas que permitan la visión frontal a menor distancia que la de tres metros; ni vistas laterales a menor distancia que la de sesenta centímetros, medida perpendicularmente. En ambos casos la distancia se mide desde el límite exterior de la zona de visión más cercana al inmueble colindante. Y los artículos sucesivos disponen: “Artículo 1979: “Luces. Excepto que una ley local disponga otras dimensiones, en el muro lindero no pueden tenerse luces a menor altura que la de un metro ochenta centímetros, medida desde la superficie más elevada del suelo frente a la abertura”.

Artículo 1980: *“Excepción a distancias mínimas. Las distancias mínimas indicadas en los artículos 1978 y 1979 no se aplican si la visión está impedida por elementos fijos de material no transparente”.*

Artículo 1981: *“Privación de luces o vistas. Quien tiene luces o vistas permitidas en un muro privativo no puede impedir que el colindante ejerza regularmente su derecho de elevar otro muro, aunque lo prive de la luz o de la vista”.*

Artículo 1982: *“Árboles, arbustos u otras plantas. El dueño de un inmueble no puede tener árboles, arbustos u otras plantas que causan molestias que exceden de la normal tolerancia. En tal caso, el dueño afectado puede exigir que sean retirados, a menos que el corte de ramas sea suficiente para evitar las molestias. Si las raíces penetran en su inmueble, el propietario puede cortarlas por sí mismo”.*

De esta manera el Código de 2015 consagra una serie de reglas de edificación en centros urbanos que -conforme la manda del artículo 1970 *in fine*- adquieren virtualidad en la medida en que no existan normas administrativas locales que atiendan idénticas cuestiones.

Universidad, Buenos Aires, 1983, p. 74. Tiempo más tarde, el mismo autor alertaría sobre *“la ausencia de restricciones adecuadas (lo cual) facilitó el uso indiscriminado del suelo, erigiendo cada vez más altos edificios con utilización máxima de parcela y, al mismo tiempo, más pequeños ambientes o con menor ventilación o asoleamiento”* (SCOTTI, Edgardo O., *Legislación Urbanística. Provincia de Buenos Aires*, Scotti Editora, La Plata, 2000, p. 9).

Las frases iniciales de los artículos 1978 y 1979 lo dejan bien claro, la norma del CCyC será aplicable “*excepto que una ley local disponga otras dimensiones*”. Naturalmente que la palabra “ley” debe interpretarse en forma amplia, comprensiva de toda regulación local, incluyendo ordenanzas, decretos y resoluciones de las autoridades competentes.

Las leyes locales a las que se reconoce prioritaria aplicación no son otra cosa que reglas urbanísticas que forman parte del bagaje de limitaciones al derecho de dominio aportado por el Derecho Administrativo provincial y municipal.

6. *Conjuntos inmobiliarios*

En el Título VI del Libro Cuarto, *Derechos reales*, el Código unificado regula lo atinente a los *Conjuntos inmobiliarios* (arts. 2073 a 2113), calificándolos como una nueva especie de derecho real. Se trata de la primera oportunidad en que la legislación de fondo se ocupa de estas formas especiales de dominio ya que, hasta el presente, su regulación estuvo siempre vinculada al uso del suelo y, por ende, regulada por las provincias y las municipalidades en ejercicio de su poder de policía inmobiliario.

En algunos casos la reglamentación administrativa a la cual remiten los artículos que seguidamente transcribiremos, no constituyen estrictamente limitaciones al dominio -o en todo caso se vinculan al uso de la propiedad en forma tangencial- sino que aparecen referidas al ejercicio de la actividad al cual están afectados los bienes, como acontece en materia de cementerios privados y el deber de acatar las normas nacionales, provinciales y municipales relativas a la policía mortuoria (arts. 2104, 2105, 2108 y 2113).

En cuanto a la posibilidad de colisión entre los dos ordenes normativos a los que venimos refiriéndonos, estimamos -siempre en un análisis preliminar sujeto a revisión por la doctrina y la jurisprudencia que sobrevendrán- que existen cuestiones en las cuales debe prevalecer la aplicación de las reglas y principios del Derecho Civil en razón de la materia y por la necesidad de unificar en todo el territorio nacional algunos aspectos sustanciales del nuevo régimen. Por el contrario cabe reconocer la aplicación prioritaria del Derecho Administrativo en aquellos asuntos vinculados con las facultades de uso y goce de los propietarios y su compatibilidad con el derecho de terceros y con el interés público.

No se no escapa que el asunto dista de poseer una línea divisoria clara y debido a ello intentaremos colocar a uno y otro lado las cuestiones propias del Derecho Civil reservadas a la Nación y aquellas pertenecientes al Derecho Administrativo atribuidas a las provincias y sus municipios.

Consideramos que la legislación local no puede interferir de manera alguna en cuanto respecta a la propia definición de los conjuntos inmobiliarios (arts. 2073, 2087 y 2103) y, por ello, no resulta legítima la creación de otras figuras afines para someterlas al mismo régimen establecido por el legislador nacional. Tampoco nos parece constitucionalmente válido que las provincias y municipalidades alteren lo regulado en el CCyC en materia de sometimiento al régimen de la propiedad horizontal (art. 2075); la calificación de las cosas y partes comunes y privativas (arts. 2076 y 2077); el contenido del reglamento de copropiedad o, en su caso de administración y uso, sin perjuicio de poder complementarlo con disposiciones reglamentarias (arts. 2081, 2085, 2086 y 2105). Asimismo entendemos de exclusivo resorte del nuevo Código lo atinente al empleo de la forma de escritura pública y obligación de inscripción en los Registros de la Propiedad (arts. 2089 y 2092); los deberes del emprendedor, de los usuarios y de los administradores (arts. 2094 a 2098, 2108 y 2109) al igual que la determinación del carácter ejecutivo del certificado de deuda por expensas comunes (art. 2098).

Pensamos, en cambio, que constituyen atribuciones de las autoridades locales la regulación del funcionamiento interno de los conjuntos inmobiliarios, en correlato con los reglamentos de copropiedad (art. 2073 *in fine*). De igual manera, como expresamente lo indica el artículo 2075, compete a las provincias y municipalidades regular lo atinente a la extensión de las áreas a ocupar por el emprendimiento; las dimensiones de las parcelas, retiros y espacios comunes; las obligaciones del desarrollador respecto de los servicios esenciales a proveer “*y demás elementos urbanísticos*”⁵⁴.

54 En la Provincia de Buenos Aires los barrios cerrados, clubes de campo y urbanizaciones semejantes (cuyo número se estima en más de 600) se encuentran regulados por el Dec. Ley 8912/77 y su Decreto reglamentario 1549/83 sobre uso del suelo. Según lo prevenido en el tercer párrafo del art. 2075 del CCyC los conjuntos inmobiliarios preexistentes se deben “*adecuar*” a las nuevas previsiones normativas. Así por ejemplo, si no lo han hecho inicialmente, deberán someterse al régimen de la propiedad horizontal (art.

VI. Expropiación. Su exclusión del nuevo Código

La expropiación por causa de utilidad pública, a veces llamada de manera redundante “*expropiación forzosa*” como ocurre en el Derecho español, constituye la máxima limitación al derecho de dominio, ya que provoca su extinción definitiva a despecho de su condición de “perpetuo”. VÉLEZ SANSFIELD consideró a la expropiación una forma de compraventa obligatoria y se refirió a ella en los artículos 1324, 2511 y 2512 del Código Civil, con clara inspiración en el artículo 17 de la Ley Fundamental⁵⁵. En la nota al artículo 1324, al aludir a la expropiación (n° 1), se pasa revista a las fuentes consideradas (Códigos de Francia, Italia, Holanda y Luisiana, Derecho Romano), explicando que la ley especial declarativa de utilidad pública “*fixará todas las condiciones de la expropiación, para determinar y pagar el precio, como también lo que ha de expropiarse*”.

El criterio *iusprivatista* por entonces imperante en apoyo de la naturaleza civil de la expropiación (de allí que se aludiera a “*precio*”), hizo que el codificador -más allá de la claridad de conceptos que lo llevó a redactar el artículo 2611 y su nota- incurriera en el error de considerar que entre los sujetos expropiante y expropiado existía un vínculo contractual, es decir un acuerdo de voluntades, claramente ausente en la especie. En rigor, como bien se sabe, una vez declarada por ley la utilidad pública el titular del dominio soporta, sin derecho a resistencia, los efectos del ejercicio de una potestad o atribución del Estado conferida constitucionalmente (art. 17, CN)

2075, 2° párr.). Se trata de un efecto retroactivo de la ley que seguramente generará situaciones conflictivas debido a su colisión con la doctrina de los derechos adquiridos que posee raigambre constitucional (art. 17 CN).

55 CC, art. 1324: “*Nadie puede ser obligado a vender, sino cuando se encuentre sometido a una necesidad jurídica de hacerlo, la cual tiene lugar en los siguientes casos: 1°) Cuando hay derecho en el comprador de comprar la cosa por expropiación, por causa de utilidad pública...*”. Art. 2511: “*Nadie puede ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública, previa la desposesión y una justa indemnización. Se entiende por justa indemnización en este caso, no solo el pago del valor real de la cosa, sino también del perjuicio directo que le venga de la privación de su propiedad*”. Art. 2512: “*Cuando la urgencia de la expropiación tenga un carácter de necesidad, de tal manera imperiosa que sea imposible ninguna forma de procedimiento, la autoridad pública puede disponer inmediatamente de la propiedad privada, bajo su responsabilidad*”.

y claramente exorbitante del Derecho Privado. Salvo en los contados casos en que el propietario estará en condiciones de plantear la inconstitucionalidad de la ley declarativa de utilidad pública (debido a que dicha utilidad pública se halla ausente en el caso concreto o en razón de que el bien sujeto a expropiación no posee la aptitud que se le atribuye), no cuenta con otra posibilidad jurídica como no sea discutir ya no el “*precio*” sino la indemnización que le corresponde, de acuerdo a la normativa de Derecho público local que resulte aplicable. Se trata, claro está, de un supuesto de responsabilidad del Estado por su proceder legítimo, cuyos efectos se han expandido a otros supuestos dando lugar al clásico debate relativo a la extensión de la indemnización, esto es si incluye o no al rubro lucro cesante.

En suma, por tratarse la expropiación de un instituto del Derecho Constitucional y del Derecho Administrativo, reglado por leyes especiales en la Nación y en los Estados locales, imposible de ser considerado una operación de compraventa, ni siquiera forzosa, la cuestión resulta ajena al Derecho Civil y ha sido correctamente excluida del Código unificado.

VII. Colofón

El artículo 14 de la Constitución Nacional garantiza al titular de dominio “*el derecho de usar y disponer de su propiedad, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio*”. Por imperio de lo establecido en el artículo 2611 del Código Civil derogado cuando la regulación apuntaba a la “*sola*” defensa del interés general resultaba aplicable el Derecho Administrativo y, por principio, la referencia supletoria de la legislación civil. El actual artículo 1970 del CCyC ha ampliado la prelación normativa pública a todos los casos.

Desde luego que cuando la limitación descripta genéricamente en el nuevo Código resulta modificada en su esencia por las autoridades locales competentes para generar el Derecho Administrativo positivo, la norma provincial o municipal será contraria a la Constitución Nacional (art. 75 inc. 22°). Ésta es la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la célebre causa “Las Mañanitas S.A.”. En ese fallo el Superior Tribunal declaró la inconstitucionalidad de la ley neuquina que impuso un camino de sirga a lo largo de toda la ribera de un río de 53 km. de extensión, desentendiéndose de la efectiva navegabilidad o flotabilidad de la totalidad de su curso y autorizando actividades ajenas a la navegación: “*Si*

*bien es indiscutible que los estados provinciales han conservado las facultades atinentes a la determinación de los fines de interés público que justifican la sanción de sus leyes (artículos 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional), y que las restricciones que se imponen al dominio privado sólo en base a ese interés general son regidas por el derecho administrativo (artículo 2611 del Código Civil), también lo es que las provincias, bajo la invocación del ejercicio de esas facultades, **no pueden alterar la esencia de los institutos regulados por los códigos de fondo estableciendo exigencias que los desnaturalizan... El derecho de propiedad, la regulación del dominio, no es un instituto propio del derecho público local, sino un derecho tan general que ha justificado su regulación desde la Nación mediante la atribución que al efecto le fue conferida al legislador nacional por medio del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional**” (la negrita es nuestra).*

Consideramos que esta doctrina no ha sido modificada por los cambios introducidos por el Código Civil y Comercial vigente desde el 1° de agosto de 2015. Entendemos que el camino que debe seguir el intérprete debe comenzar por desentrañar las particularidades de cada limitación en concreto. Determinada su naturaleza (restricción, servidumbre, requisa, etc.) cabe atender en forma primigenia a la regulación administrativa, y sólo en su defecto acudir al CCyC. Sin embargo, la constitucionalidad de la normativa local quedará afectada en el caso de que su régimen alterara *la esencia* de la limitación. El Derecho Administrativo aplicable debe quedar acotado a reglar el funcionamiento puntual de la limitación en análisis, sin que resulte tolerable la mutación de su naturaleza jurídica, intentándose convertir -como lo señalara la Corte en “Las Mañanitas”- una servidumbre de sirga en una “expropiación encubierta”⁵⁶.

⁵⁶ Tampoco podrá la autoridad local, obviamente, travestir una limitación en restricción, ni una requisa en decomiso, para eludir el pago de la condigna indemnización.