

0
F. 3111
C26
XII

38282

1º INFORMA PARCIAL
(TEMA 11)



DESARROLLO ENDOGENO DEL MUNICIPIO DE SAN VICENTE - ASPECTOS
LEGALES E INSTITUCIONALES

por: Mirta Elizabeth Lacia

01 F. 3111
C26
XII

CONSEJO FEDERAL DE INVERSIONES

Buenos Aires, 27 Agosto 1993

**"DESARROLLO ENDOGENO DEL MUNICIPIO DE SAN VICENTE"
ASPECTOS LEGALES E INSTITUCIONALES**

I. NATURALEZA JURIDICA DEL AGUA SUBTERRANEA

1. La consideración jurídica del agua subterránea refleja la importancia que la misma reviste frente un recurso cada vez más escaso y degradado, como es el agua superficial. La trascendencia del agua subterránea como recurso, resulta de su cantidad y calidad y ocupan la atención del hombre, como fuente de aprovechamiento en sus diferentes usos (consumo humano, energía, riego etc.).

Para determinar la naturaleza jurídica del agua subterránea, hay que analizar las normas contenidas en el Código Civil, antes y después de la reforma a la Ley 17.711, a la que ya hice referencia en los Informes anteriores.

Más allá de discutir acerca de la legitimidad constitucional de normas nacionales, que establecen cuales son las cosas que conforman el dominio público provincial, lo cierto es que el Código Civil, se ha ocupado de deslindar el dominio público del privado del "Estado general y de los Estados particulares". Estas normas, pueden colisionar en aquellas provincias que cuentan con sus propios Códigos de Aguas y que establecen principios diferentes.

No es el caso de la provincia de Buenos Aires, ya que esta carece de una norma específica en la materia.

2. Entrando al análisis del Código Civil, hay que señalar que el art. 2340, inc. 3, conforme la Ley 17.711 dispone que quedan comprendidos entre los bienes públicos: "...los rios, sus cauces, las demás aguas que corren por cauces naturales y toda agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida del interés y con sujeción a la reglamentación..."

El principio general que establece la reforma, es que basta "la aptitud de satisfacer usos de interés general" para que el agua integre el dominio público de la Nación o de las Provincias, según el lugar donde se encuentren.

"Con respecto al agua subterránea, la Ley da por sentado que tiene la mentada "aptitud de satisfacer usos de interés general" y por eso la cataloga dentro de los bienes del dominio público..." (1).

3. Antes de la reforma de 1968 aludida Supra párr. 1, era de aplicación el art. 2.518 del Código Civil, no modificado por la Ley 17.711. Este, establecía que el propietario del suelo extiende su derecho por debajo del mismo y sobre su espacio aéreo, salvo las modificaciones dispuestas por leyes especiales. El Código de Minería, establece un régimen distinto. Diferencia al superficiario, del titular del dominio del subsuelo. Claro está que, conforme la categoría de sustancia de que se trate.

Durante la vigencia de éste régimen legal, se entendió que las aguas subterráneas correspondían a los dueños de los terrenos por debajo de los cuales circulan, compitiéndoles su uso y goce a los mismos.

Así lo entendió la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un fallo considerado el "leading case" en la materia, "Pcia. de Mendoza c/las compañías de ferrocarriles Gran Oeste Argentino y Buenos Aires del Pacífico s/expropiación" (Fallos TQ 140, pag. 282.).

Esta posición mereció varias críticas, pues se dejaba liberado a un particular, la posibilidad de explotar de cualquier forma, incluso llegando al agotamiento y/o degradación de un recurso considerado vital para toda la comunidad.

4. La Ley 17.711, no logra eliminar las discrepancias pues al introducir nuevos artículos sobre agua subterránea, no los compatibiliza con los anteriores que mantuvo vigente. Esta, los pasa a la jerarquía de cosas del **dominio público**. Siendo Nacional o Provincial, según la jurisdicción en que se encuentre el agua en cuestión (2).

No obstante el carácter público, puede decirse que queda atenuado ante la referencia al propietario del fundo que se hace en el inc. 3º in fine.

En efecto, si bien no tiene el propietario del inmueble el dominio sobre el agua subterránea, que tenga o adquiera aptitud de satisfacer usos de interés general, goza sin embargo, del privilegio de extraerla, conforme a un ejercicio regular de su derecho. Este, en la medida de su interés y sujetándose a los reglamentos que al respecto sancionen las autoridades competentes (nacional o provincial, según donde se encuentren).

5. La situación del propietario del fundo, por debajo del cual corre el agua, y de cuyo dominio se ve privado, ha originado posiciones encontradas en la doctrina.

En la medida en que la reforma de la Ley 17.711, priva al propietario de las aguas subterráneas y no prevé su indemnización, se argumenta que la misma es inconstitucional (3). Claro está que en nuestro derecho, se necesita un pronunciamiento judicial expreso para declarar inconstitucional una norma y, aún esta declaración, sólo se aplica al caso en cuestión.

El Dr. Allende (4), en tanto limita el problema, a las aguas

subterráneas que se hallaban en explotación antes de la reforma de la Ley 17.711, pues sólo ellos tendrían perjuicio patrimonial. Las aguas subterráneas no aprovechadas, no eran susceptibles de tener un valor. En consecuencia, todavía no se consideraban cosas ni se habían incorporado al patrimonio.

El Dr. Guillermo Cano (5), ante esta compleja situación propone como alternativa que "...las aguas que por la legislación se consideran del dominio público, serán concedidas en uso y goce al antiguo usuario legítimo..."

De tal manera, al decir de G. Cano, quedaría compensado el daño que le ocasiona al propietario al verse privado del agua subterránea.

6. Hasta aquí he hablado del "agua subterránea" de acuerdo al art. 2340, inc. 3º, conforme la Ley 17.711. No obstante, como ya expresé Supra párr. 4, dicha Ley mantuvo una serie de artículos tal cual los planteó el codificador. Los mismos, establecen una diferencia legal entre los conceptos de manantial o vertiente y aguas subterráneas.

"Manantial" es la denominación que recibe el lugar o punto en que aflora el agua procedente del interior de la tierra. También se la llama vertiente u "ojo de agua" (6).

Los arts. 2350; 2632; 2633; 2637; 2638; 2648; 2651; 2652 y 2653, determinan que las vertientes, fuentes o manantiales, son del dueño del suelo.

A mi entender, sin perjuicio de la necesidad de compatibilizar, modificar y/o derogar algunos artículos del Código Civil, es indudable que el principio central en materia de aguas, a partir de la reforma de la Ley 17.711, está contenido en el artículo 2340 inc. 3º. Según éste, integran el dominio público las aguas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general. Respecto de este punto y, a fin de no reiterar conceptos ya vertidos, remito a lo analizado en el Tema I, del Primer Informe Parcial.

I.A. REGIMEN LEGAL VIGENTE

7. En materia de aguas, a nivel nacional, fuera de los artículos del Código Civil que examiné en mi Primer Informe Parcial (Tema I), es muy poco lo que se puede agregar.

No hay normas nacionales que regulen el uso y el aprovechamiento del recurso, por cuanto se trata de una materia propia de los gobiernos provinciales.

Tampoco se cuenta con una legislación nacional que regule todos los aspectos referidos a la conservación del recurso.

II. DESLINDE DE COMPETENCIAS FUNCIONALES EN MATERIA DE AGUAS SUBTERRANEAS

II.a. Deslinde jurisdiccional

10. La administración de los recursos hídricos (superficiales y subterráneos) comprende dos aspectos (7): 1º) el deslinde jurisdiccional "rationae loci", esto es territorial y, 2º) el deslinde funcional "rationas materiae".

Si bien este Capítulo versa sobre el deslinde funcional, creo conveniente referirme en primer término al deslinde territorial, aún a riesgo de reiterar conceptos ya vertidos en mi 2º Informe Parcial (Tema I).

Dada nuestra estructura federal de gobierno, el tema en materia de recursos hídricos es complejo y requiere de la coordinación y articulación entre los diferentes niveles de gobierno (Nación, provincias y municipios).

Para lograr dicha coordinación, previamente debe conocerse cual es el deslinde jurisdiccional que ha efectuado nuestra Constitución Nacional.

Los artículos 67 incs. 9 y 12 y 108 de la C.N., determinan la jurisdicción del gobierno Nacional. El Congreso de la Nación tiene competencia exclusiva en materia de navegación. Esta, comprende sólo lo atinente a la navegación internacional e interprovincial.

La navegación, dentro del ámbito provincial, queda fuera de la jurisdicción federal.

Cada Estado provincial, se ha reservado el poder pleno de legislación y jurisdicción.

Por otra parte, del análisis de los artículos citados, surge que la jurisdicción de los ríos no navegables, corresponde en forma exclusiva a la provincia que atraviesa dicho cuerpo de agua.

De la distribución de poderes efectuada por nuestra Constitución Nacional, resulta que dichas facultades, a nivel Nacional, están regladas. Las de las provincias, en cambio, no han sido delimitadas por la Constitución Nacional. Esto significa que las facultades exclusivas del gobierno federal, son las que expresamente están conferidas por la C.N. y, por tanto, son limitadas y enumeradas (arts. 67; 86; 100 y 101).

Las provincias, pueden ejercer todas las facultades que no fueron otorgadas por la Constitución Nacional al gobierno federal y, las que expresamente se hubieran reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación (art. 104 C.N.).

En síntesis, las provincias tienen facultades ilimitadas y no

enumeradas.

11. Respecto de las materias concurrentes, entre el Estado Nacional y los Estados provinciales, estas son limitadas. Los gobiernos pueden o no ejercerlas e incluso pueden ejercerlas simultáneamente.

La cuestión es dilucidar que pasa cuando el gobierno Nacional legisla sobre materias y funciones cuyo desenvolvimiento se da en una provincia. El caso típico sería por ejemplo con el recurso hídrico. La ejecución y regulación jurídica de una gran obra hidroeléctrica, por tratarse de una materia que interesa a todo el país, corresponde al gobierno nacional. Este, no estaría haciendo uso de sus facultades concurrentes, sino exclusivas. Los poderes concurrentes, en cambio, son los que autorizan la gestión de la Nación y de las provincias sobre las mismas materias.

Estas, se refieren al desarrollo y bienestar económico y social (arts. 67 inc. 16 y 107 C.N.) como la educación, la salud, la promoción industrial y el medio ambiente.

Con el fin de no reiterar conceptos ya vertidos respecto de este punto, remito a mi 2º Informe Parcial (Tema I).

12. En síntesis, de nuestra estructura federal de gobierno resulta la existencia de tres jurisdicciones (Nacional, provincial y municipal). Esto, involucra una determinada distribución de poderes. Dicha distribución, como señalé en el párr. 10, plasmada en nuestra Constitución Nacional implica que tanto el Estado Nacional como los Estados provinciales y municipales, poseen facultades propias. Estas, definidas en relación a los intereses que regulan.

11.b. Deslinde funcional

13. El deslinde funcional en materia hídrica, corresponde al poder administrador (Nacional, provincial y municipal). Antes de referirme al mismo, quiero señalar cuales son las funciones que corresponde a la administración pública sea Nacional, provincial o municipal, e incluso caben las mismas, para los países de estructura unitaria. Entre las principales funciones propias de la administración pública hídrica menciono:

a) Formulación de la política ambiental y de recursos naturales.

- b) Inteligencia (recolección, procesamiento y difusión de la información).
- c) Programación y planificación.
- d) Ejercicio del "ius edicendi" o poder de legislar y reglamentar.
- e) Actividad empresarial (prestación de servicios y construcción de obras públicas).
- f) Aspectos procesales (Audiencias Públicas, Encuestas etc.).
- g) Régimen de Licencias y Permisos.
- h) Poder de policía.
- i) Concesión de uso de bienes del dominio público.

14. De las funciones transcriptas, se puede efectuar el siguiente deslinde funcional entre el gobierno Nacional y los gobiernos provinciales:

- Son funciones concurrentes entre el gobierno Nacional y los Estados provinciales, las descritas en los items. a); b); c); d) y e).
- Son funciones exclusivas de los Estados provinciales las correspondientes a todos los items señalados.

15. Respecto del deslinde funcional entre provincia y municipios y, en el caso particular de la provincia de Buenos Aires y el municipio de San Vicente, esta ha delegado en el ámbito municipal sólo ciertas facultades ejecutivas a saber:

- a) Promoción turística.
- b) Zoonificación.
- c) Poder de policía.
- d) Obras Públicas.
- e) Prestación de servicios públicos
- f) Reglamentar ordenanzas.
- g) Medidas preventivas.
- h) Aplicación de sanciones.

i) Otras.

II.c. Necesidad de integrar territorial y funcionalmente la administración hídrica

16. Las divisiones territoriales son un hecho político, realizado por el hombre (8), de forma artificial. Estas, difieren cada vez más de las efectuadas por la naturaleza o por los hechos económicos y sociales.

En materia hídrica, lo dicho precedentemente, resulta todavía más claro. El deslinde físico es un hecho de la naturaleza. El *divortium aquarum*, o sean las cuencas hídricas, son un ejemplo de lo dicho.

Cuando los límites físicos impuestos por la naturaleza no coinciden con los límites políticos, se produce un factor de disociación. Esto plantea la necesidad de integrar los límites físicos con los políticos en materia de recursos hídricos. Lo dicho es válido tanto para las cuencas hídricas superficiales como subterráneas. En la mayoría de los casos ambas cuencas coinciden. Cuando esto no ocurre, es necesario tenerlo en cuenta a fin de lograr una administración coordinada entre los diferentes organismos responsables del recurso.

17. Cabe preguntarse ahora como se logra la integración territorial y funcional.

La 19, se logra mediante la asignación de las mayores funciones a un único organismo y estableciendo mecanismos de coordinación que le permita articularse con los demás sectores involucrados en la administración del recurso. No obstante, la integración territorial debe lograrse respecto de determinadas funciones a saber:

a) Planeamiento.

c) Control.

d) Ejecución.

La 20, puede efectuarse a partir de colocar bajo una dirección y control único, en el respectivo nivel político, a los diferentes organismos administrativos responsables de cada uso distinto del agua y de sus aspectos ambientales.

Siguiendo a G. Cano (9), lo conveniente es lograr ambas integraciones a la vez. Aunque parece más fácil lograr primero la integración funcional.

La coordinación entre los diferentes organismos de la administración pública, responsables directa o indirectamente del recurso, tal como lo señalé en este párrafo, es fundamental. Ello, en razón de que tanto el uso del agua superficial como subterránea y su conservación, tienen estrecha relación con otros sectores de la administración pública (economía, salud, obras públicas, transporte etc.).

18. En el caso de la provincia de Buenos Aires y, en relación al Municipio de San Vicente, la integración funcional y territorial no se ha logrado.

A efectos de no reiterar conceptos ya vertidos respecto de este punto, remito a mi Informe Final (Tema I). Aunque allí me referí en general al recurso hídrico, las mismas observaciones que formulé caben para el agua subterránea. No obstante, en el Capítulo de las recomendaciones efectuaré algunas consideraciones institucionales específicas en materia de aguas subterráneas.

II.A. EN FUNCION DE LOS DISTINTOS USOS DEL AGUA SUBTERRANEA

19. Al principio, nuestras leyes e instituciones comenzaron regulando y controlando los usos singulares del recurso agua. Ello, en virtud de que los usos practicados por los particulares se efectuaba de acuerdo a una necesidad en particular (riego, doméstico etc.). Pero siempre de a uno por vez. Algo similar ocurría respecto de los otros recursos naturales.

Con la creciente actividad industrial, el desarrollo tecnológico y el aumento de la población, entre otras causas, se plantea la necesidad de revisar los usos singulares a las que se veía sometido el recurso. De esta forma, se comienza a orientarlo hacia los usos múltiples.

A partir de estos nuevos preceptos y necesidades, la administración del agua, comienza a incorporar ciertos criterios de coordinación para atender no sólo la interdependencia entre los distintos usos del recurso, sino también la interdependencia de estos, con los demás recursos naturales (fauna, flora, suelo, energía etc.). No obstante, no se ha logrado en la mayoría de estas administraciones, una verdadera coordinación y articulación entre los diferentes organismos públicos y privados responsables del referido recurso.

El concepto de cuenca, como unidad geográfica resulta apropiado para atender al fenómeno descripto precedentemente. También permite, a la hora de asignar los usos posibles y las prelaciónes del recurso hídrico (superficial o subterráneo), la posibilidad de incorporar la perspectiva ambiental o sea, todo lo referente

a su conservación. Sin embargo, la cuenca como unidad de manejo sirve sólo para atender el fenómeno de la interdependencia pero no lo referente a la coordinación y articulación institucional.

20. Si se analiza el desarrollo institucional en materia de recursos hídricos, se observa no obstante algunas fluctuaciones, un fenómeno de centralización con diferentes matices. A nivel provincial, la administración del agua (caso Mendoza y Córdoba) se encuentra a cargo generalmente de un organismo que concentra el manejo de la mayor parte de los usos del recurso. En el caso particular de la provincia de Buenos Aires, si bien existen organismos con competencias específicas respecto de los distintos usos del agua, la centralización antes aludida no se ha logrado. De esta forma, existen diferentes organismos, dentro de la administración pública, que tienen responsabilidades en materia hídrica pero ninguno a logrado concentrar las funciones propias del recurso atendiendo a los diferentes usos. Tampoco existe un organismo que nucleee las funciones propias de la administración del ambiente y de los recursos naturales. Lo dicho se desprende del análisis efectuado a partir de la Tabla Índice y del Anexo I que realicé en mi 1º Informe Parcial (Tema 1).

En este Capítulo, me ha correspondido examinar todo lo referente al agua subterránea, no obstante, caben las mismas observaciones que formulé en dicho Informe respecto del recurso hídrico. Ello, en virtud de que la administración coordinada del recurso requiere la consideración tanto del agua superficial como subterránea.

21. En síntesis, la administración del recurso hídrico requiere coordinar los diferentes usos del agua superficial y subterránea con los usos de los demás recursos naturales. En el Capítulo de las recomendaciones plantearé alternativas institucionales que permitan no sólo la coordinación, sino también la articulación entre los diferentes organismos públicos y privados responsables directa o indirectamente del manejo del recurso hídrico, con especial referencia al agua subterránea y a su conservación.

II.B. EN FUNCION DE SU CONSERVACION

22. La administración del agua (superficial y subterránea), hoy requiere de la preservación de los ecosistemas acuáticos. Esto, implica que no sólo interese determinar cuales son los usos posibles del recurso y sus prioridades, sino también como se puede lograr la salvaguardia del medio natural.

Del concepto de administración de los recursos naturales se pasa al nuevo concepto de administración ambiental. Esto se debe a que el entorno incluye otros elementos o factores aparte de los recursos naturales que deben ser tomados en cuenta.

23. En el caso del agua subterránea, existen una serie de factores a considerar, para lograr su conservación, cuando se trata de legislar y administrar dicho recurso.

En el análisis de las legislaciones provinciales, se observa que las normas que se ocupan de regular sobre la conservación del recurso hídrico, no se refieren en particular al agua subterránea. Esta, queda comprendida en los supuestos generales de su conservación.

Aunque existen algunas leyes provinciales que se han ocupado en particular del recurso. Así por ejemplo la provincia de Mendoza con la Ley N° 4.035 y 4.036 que regula de forma particular el nivel de calidad y aprovechamiento del agua subterránea. La provincia de Córdoba con su Código de Aguas contempla la prevención de cambios físicos y químicos en las aguas subterráneas. No obstante, ninguna de ellas ha realizado un tratamiento integral de la misma.

La provincia de Buenos Aires con su Ley N° 5.965 y tal lo señalé Supra párr. 8, se ha ocupado del tema.

Sin embargo, tanto esta Ley como las otras, no pueden dar respuestas a la variedad de fenómenos que intervienen en la conservación del agua subterránea. Estas, hoy en día son objeto de usos cada vez más variados y disímiles (riego, doméstico, industrial etc.). De esta forma, se ve expuesto con mayor presión a la acción humana. Muchas veces, el sobrebombeo en áreas vecinas al mar, rompe el equilibrio hidrostático y, permite la intrusión de aguas marinas, con ello se pierde su potabilidad. Otras, la explotación petrolera contamina los acuíferos. La interconexión, sin el debido aislamiento de un acuífero, cuya presión permite la afloración natural con otro que no lo tiene, determina la pérdida de la artesianidad del primero.

24. A modo de síntesis, puedo decir que no existe a la fecha en la provincia de Buenos Aires, un organismo que se ocupe de la conservación del recurso hídrico. Encuentro fundamental que la misma cuente con un organismo encargado de la administración y conservación del agua. Por ello en el Capítulo de las recomendaciones me referiré a él.



REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

- (1). LLAMBIAS, Jorge: Código Civil Anotado Tq IV - Derechos Reales. Ed. Abeledo Perrot 1981.
- (2). ALLENDE, Guillermo: Derecho de Aguas. Ed. Feyde.
- (3). CANO, Guillermo: Derecho, Política y Administración de aguas. Tomo III, Vol 2. Ed. INCYTH - INELA 1976
- (4). Ob. cit. (2).
- (5). Ob. cit. (3).
- (6). MARIENHOFF, Miguel: Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas. Ed. Abeledo Perrot. 1971.
- (7). CANO, Guillermo: Recursos Naturales y Energía. Ed. Feyde 1976.
- (8). Ob. cit. (3).
- (9). Ob. cit. (7).