

## **DERECHO DE AGUAS**

### **Régimen transitorio y normas de conflicto**

Por Luis Moisset de Espanés(1) y Joaquín M. R. López(2)

Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba, años XLII-XLIII,  
1978-1979, p. 335.

#### **SUMARIO:**

##### I. Las nuevas leyes y el régimen existente

- 1) Movilidad del derecho
- 2) Importancia del derecho que es
- 3) La prudencia en los cambios legislativos

##### II. Importancia del régimen transitorio

- 1) Adaptarse rápidamente al cambio
- 2) Causar la menor conmoción social (normas de conflicto y normas de transición)

##### III. Cambio de régimen jurídico de los bienes públicos o privados.

- 1) Desafectación del dominio público.
  - A) Traspaso del bien al dominio privado del Estado.
  - B) Atribución a particulares.
- 2) Transformación de bienes privados en públicos.
  - A) Situaciones consolidadas.
  - B) Situaciones no consolidadas
  - C) Controversia judicial o administrativa en trámite.
- 3) Cambio de las condiciones o modalidades el uso privativo de bienes públicos.
  - A) Modificación sustancial del uso atribuido por la concesión.
  - B) Situación dudosa o controvertida del concesionario.
  - C) Controversia judicial o administrativa en trámite.

##### IV. Sistemas para la aplicación inmediata de las nuevas leyes.

- 1) Primer grupo.
  - A) Reordenamiento del sistema existente.

- B) Modificación sustancial del régimen de dominio y uso.
  - 2) Segundo grupo.  
Adaptación de las situaciones anteriores al nuevo régimen.
  - 3) Tercer grupo. Desconocimiento o revocación de los derechos surgidos al amparo de situaciones anteriores.
    - A) Modificación sustancial del régimen de dominio y uso.
    - B) Reordenamiento del sistema existente.
- V. Conclusiones.
- 

## **I. Las nuevas leyes y el régimen existente**

### **1) Movilidad del derecho**

El fluir eterno de la historia va provocando de manera continua cambios en las condiciones sociales y ello trae como consecuencia inevitable que las normas jurídicas, todas, según algunos o sólo las subordinadas según otros(3), aunque hayan brindado originariamente soluciones adecuadas, pierdan utilidad y no se adapten a las nuevas condiciones de vida ahora imperantes(4).

Hay aspectos de las relaciones jurídicas que presentan mayor fluidez, y otros en los cuales las transformaciones son tan lentas e imperceptibles que, a nuestros ojos, parecen inmutables; además, en algunas oportunidades los cambios no afectan los elementos esenciales del problema que nos ocupa, pero en otros casos las alteraciones resultan fundamentales.

Hoy es frecuente hablar del movimiento acelerado de la Historia(5), y SAVATIER(6) -en páginas brillantes- describe el modo en que estos cambios acelerados transforman totalmente el panorama de la vida social en lapsos inferiores a la duración de la vida humana, e inciden sobre la tarea del jurista y del legislador.

Mientras los viejos códigos civiles decimonónicos han mantenido su vigencia a lo largo de un siglo, aproximadamente, vemos ahora que normas sancionadas hace solamente 25 ó 30 años están ya desactualizadas, porque no armonizan con las nuevas

necesidades que generan los cambios ocurridos en ese breve período, en el cual el hombre ha llegado a

dominar la energía atómica, lanzarse a la conquista del espacio, transformar fundamentalmente las comunicaciones con el empleo de satélites artificiales...

## **2) Importancia del derecho que es.**

Los juristas, ni los legisladores, pueden despreocuparse de estas transformaciones que el acontecer histórico introduce en los modos de vida; las normas legales que ellos consagran, interpretan y comentan, serían letra muerta si no se recogiesen esos cambios para dar soluciones jurídicas que requieren las nuevas necesidades de vida.

El nuevo derecho no puede dejar de lado las imperiosas exigencias de la realidad económica, del dirigismo estatal, de la automatización y la cibernética, de la formación de comunidades internacionales, del aprovechamiento y redistribución de los recursos naturales(7).

Además, la propia experiencia histórica nos demuestra que la normativa jurídica jamás ha permanecido inmutable, sino que se ha ido transformando para adaptarse a los cambios sociales; el más cabal ejemplo de este aserto es el Derecho Romano, que desde la Ley de las XII Tablas, hasta la compilación justiniana, es una magna obra en evolución constante; posteriormente, desde el redescubrimiento del Digesto en el medioevo, hasta la pandectística alemana, prosiguió sin cesar su transformación, para adaptarse a cada época, a punto tal que la obra clásica de SAVIGNY ha podido denominarse, en el siglo XIX, Sistema de Derecho romano actual.

Pero el cambio jurídico no es una consecuencia automática del cambio social(8), sino que tiene sus propios mecanismos de transformación.

Primero se advierte este cambio en la vida jurídica espontánea: usos y costumbres se adaptan a las nuevas condiciones sociales; nace formas contractuales atípicas; se buscan nuevos medios de garantía o documentación, etc. A medida que se ensancha la brecha entre los dispositivos de la ley y la realidad social vemos entrar en funcionamiento otro de los mecanismos del cambio jurídico: el intérprete brinda entonces nuevas doctrinas que procuran armonizar los viejos textos con las necesidades actuales, y a este resultado confluyen la elaboración de los teóricos y las sentencias de los magistrados(9).

Finalmente el legislador interviene y brinda nuevas normas, procurando que la solución legal coincida con el derecho que es, es decir con la total realidad del sistema jurídico vigente.

### **3) La prudencia en los cambios legislativos**

Pero el cambio legal no solamente persigue como fin adaptar los viejos textos a las actuales condiciones de vida, sino que a veces pretende encauzar e, incluso, provocar el cambio social.

A menudo suele, entonces, escucharse un llamado a la prudencia en los cambios, que compartimos, pues el legislador no debe dejarse deslumbrar por el atractivo engañoso de las novedades, ni puede alimentar la vana pretensión que cualquier norma que sancione logrará consagrarse como imperativo de conducta, pues difícilmente obtendrá ese propósito si la norma no está de acuerdo con la naturaleza de las cosas, o con la idiosincrasia del grupo social(10). En tal sentido baste recordar como ejemplo las dificultades con que ha tropezado el trasplante global de derechos europeos a la moderna Turquía, intentado por Mustafá Kemal Atatürk(11).

Pero prudencia no debe confundirse con quietismo, sino que -como bien lo señala DIEZ PICAZO(12)- "es una virtud humana que consiste en una consciente utilización de los medios más convenientes y ajustados para la consecución de un fin". De manera tal que a veces lo prudente es efectuar a tiempo los cambios legales para evitar que se acentúen injusticias flagrantes, que generan tensiones sociales crecientes y pueden conducir a la revolución y al caos (13). Incluso, es menester destacar que pensar que puede lograrse un orden social más justo que el consagrado por el Derecho positivo, que se encuentra en el Derecho natural, no es un factor de inmutabilidad; antes al contrario, la historia demuestra que esta búsqueda de justicia resulta un motor del cambio jurídico (14).

## **II. Importancia del régimen transitorio**

### **1) Adaptarse rápidamente al cambio**

El legislador, al sancionar nuevas normas, lo hace basado en la creencia que contempla de manera más justa la realidad social, y mejora el ordenamiento jurídico, lo que apareja una pretensión de inmediata sustitución del antiguo Derecho y puede llevar a

aplicar la nueva ley a todas las situaciones jurídicas pendientes, tanto en lo que se vincula con sus efectos o consecuencias, o a juzgar con una vara distinta situaciones que se amparaban legítimamente en la ley que estaba en vigor en el momento de su nacimiento.

Nosotros afirmamos la necesidad de una rápida adaptación al nuevo sistema, pero la transición no puede ser tan brusca que vulnere la seguridad jurídica; ello exigirá que se apliquen los viejos dispositivos, al menos para juzgar la validez de las situaciones que se forjaron al amparo de la ley anterior. como bien señala Federico de CASTRO, "la cuestión tiene un evidente matiz político; unos proclaman la necesidad de no detener el progreso y otros protestan y se defienden contra el trastorno de las innovaciones. Casi todas las tendencias políticas han afirmado, en un momento, el respeto de los derechos adquiridos y han aceptado como un dogma el principio de la irretroactividad de las leyes... Pero también cada partido, llegado al Poder, procura suprimir todo freno impuesto a la potestad legislativa" (15).

Creemos, sin embargo, que no son inútiles los esfuerzos de los juristas, que han procurado deslindar científicamente el problema (16), y establecer reglas generales de Derecho transitorio, que hagan posible en la práctica el anhelo del legislador de obtener el cambio legislativo de manera inmediata, sin vulnerar el principio cardinal de la irretroactividad de la ley. En tal sentido, la obra más completa es, quizás, la de ROUBIER (17), cuyas ideas han sido tomadas como modelo por el legislador argentino cuando en 1968 reestructuró nuestro sistema de Derecho transitorio, modificando el artículo 3 del Código civil y derogando los artículos 4, 5, 4044 y 4045 del mismo cuerpo legal (18).

ROUBIER se basa en el concepto de "situación jurídica"; distingue los hechos constitutivos o extintivos de la situación, por una parte, y los efectos o consecuencias, por la otra. A continuación postula el principio de la aplicación inmediata de la ley nueva a todo hecho modificatorio, constitutivo o extintivo de situaciones jurídicas, que se produzca con posterioridad a su vigencia, y también a los efectos o consecuencias posteriores de situaciones jurídicas ya constituidas; en cambio, para respetar el principio de la irretroactividad de la ley, los hechos constitutivos o extintivos de situaciones jurídicas, acaecidos con anterioridad a la vigencia de la nueva ley, y los efectos y agotados, serán juzgados por la ley que entonces se encontraba en vigor, es decir, por la ley antigua. Es la misma solución adoptada por el nuevo artículo 3 del Código civil argentino, como norma de conflicto de carácter permanente (19).

Pero es menester señalar que el principio cardinal de la irretroactividad de la ley no tiene, en nuestro sistema jurídico, rango constitucional, sino que es simplemente una norma orientadora para el intérprete, que tiene la característica de ser "derecho común", en cuanto ha sido incorporada al Título Preliminar Primero del Código Civil; y aunque brinda pautas de prudencia al legislador, éste puede apartarse de esos principios y consagrar de manera expresa la retroactividad de las nuevas normas, mientras no vulnere las vallas que levanta la propia Constitución nacional, al garantizar especialmente algunos derechos, como la inviolabilidad de la propiedad (artículo 17), el derecho de defensa en juicio (art. 18), o el derecho de testar (art. 20).

Agreguemos también que hay casos de "irretroactividad" que podría denominarse impropia, que la doctrina admite de manera pacífica: nos referimos al alcance que tienen las leyes interpretativas, cuyo objeto es fijar el sentido de disposiciones que resultaban dudosas o confusas, y que vienen a completar la vieja norma, integrándola, como si hubiesen existido desde el momento en que se sancionó el dispositivo originario (20).

## **2) Causar la menor conmoción social (normas de conflicto y normas de transición)**

El problema del cambio legislativo no se agota con la determinación de reglas científicas que permitan solucionar los conflictos temporales sin caer en retroactividad; ni tampoco con la afirmación de que el legislador está habilitado a dictar normas retroactivas cuando ellas no vulneren derechos garantizados por la constitución, o cuando la nueva norma es más beneficiosa al sujeto.

A veces el legislador advierte que es indispensable que la retroactividad alcance un grado mayor, como única manera de lograr el cambio social que busca hacer efectivo por medio de la nueva ley, y que siempre que se dictan leyes que privan o limitan al sujeto el ejercicio

de facultades de que anteriormente gozaba -sea o no retroactiva-, habrá sectores del cuerpo social que resistirán el cambio porque sus intereses -legítimos o egoístas- se ven lesionados; resulta entonces prudente buscar paliativos para que los cambios no provoquen una conmoción social, y el resultado suele encontrarse, por lo general, en la aplicación

gradual de los nuevos cuerpos legales, o en el otorgamiento de algunas concesiones o compensaciones a los titulares del derecho que se va a extinguir.

Estos dispositivos especiales no son, hablando con propiedad, normas de conflicto, destinadas a resolver si a un determinado caso concreto debe aplicarse la antigua ley, o la ley nueva, sino normas de "transición" (21), que procuran facilitar el paso de un sistema al otro, creando una etapa intermedia, en la que no suele aplicarse ni la ley vieja, ni la nueva, sino las soluciones particulares que el legislador prevé, y que pueden tener muy diferentes matices.

En materia de derecho de aguas estos aspectos no han sido suficientemente estudiados, o al menos no han sido sistematizados por la doctrina, pero en el análisis que más adelante efectuaremos de distintos cuerpos legales, veremos que a veces el legislador ha recurrido a leyes de transición y lo ha hecho, muy especialmente, cuando la nueva ley tenía efectos retroactivos.

ROUBIER he efectuado un intento de sistematizar las principales medidas de "transición" (22), que permiten suavizar el cambio de legislación, y al hacer menos brusco ese cambio reducen la resistencia y evitan la conmoción. Menciona así, en primer lugar, la "concesión de plazos", que permiten al titular de derechos adaptarse a las nuevas exigencias legales, por ejemplo, completando requisitos que antes no eran necesarios, como el cumplimiento de algunas formalidades para la constitución de sociedades (23); o para que tomen conocimiento del nuevo régimen y adopten las disposiciones necesarias para ajustar sus intereses a la nueva ley (24).

En otros casos, el régimen de transición dispone una indemnización al que se perjudica con el nuevo sistema jurídico, indemnización que debe ser solventada por el beneficiario del cambio de régimen.

Por último, ROUBIER menciona los casos en que el Estado se hace cargo de la indemnización, solución que puede resultar muy gravosa en algunas oportunidades, por lo que resulta preferible buscar otros medios indirectos que permitan hacer efectivo el cambio, sin lesionar intereses particulares, pero sin crear cargas que resulten al Estado de difícil atención.

### **III. Cambio de régimen jurídico de los bienes públicos o privados.**

En relación con nuestro estudio, los principales problemas se presentan cuando una nueva ley cambia el régimen jurídico del dominio y uso de los bienes, colocándolos o colocando al usuario en una categoría distinta a la que antes ocupaba.

Aunque escapa al tema que estamos tratando es menester referirnos, aunque sea muy brevemente, a la afectación de las cosas y bienes al dominio público. Sostenemos que "es la ley, expresión de la voluntad del Estado, la que crea la dominialidad pública"(25).

En materia de dominio público hídrico adherimos a la doctrina mayoritaria que sostiene que en un país federal, como la Argentina, donde las Provincias son titulares del dominio público hídrico, y la Nación tiene competencia para dictar los códigos de fondo, es al código Civil a quien compete determinar la naturaleza jurídica de las aguas(26).

Para la desafectación, en cambio, la competencia no es exclusivamente nacional; así los bienes del llamado dominio público natural u originario, declarados como tales en la forma que los presenta la naturaleza, sólo pueden ser desafectados por la misma jurisdicción que los afectó, en este caso la Nación. Los de dominio público artificial, declarados tales por su destino de utilidad o comodidad común, pueden ser desafectados por la Administración Provincial cuando no responden a la finalidad que determinó su inclusión en el dominio público(27).

Retomando el examen de los problemas que presenta el cambio de régimen jurídico de los bienes públicos o privados, señalaremos que la mutación puede derivar de tres circunstancias: 1) desafectación de bienes que se encuentran incluidos en el dominio público; 2) transformación de bienes privados en públicos; 3) cambio de las condiciones o modalidades del uso privativo de bienes públicos.

Analizaremos sucesivamente las tres hipótesis y las diversas variantes que pueden presentarse en cada una de ellas.

### **1) Desafectación del dominio público.**

#### **A) Traspaso del bien al dominio privado del Estado.**

Este caso no presenta mayores dificultades: el bien permanece en el patrimonio del Estado, aunque con distinta calificación. El cambio de afectación puede producirse por decisión expresa del legislador que en determinado momento estima que algunas obras

que eran consideradas de utilidad o comodidad común, ya no cumplen función. Así las murallas y fortificaciones, que desde muy antiguo eran consideradas bienes públicos, carácter que conservan en el Código Civil francés (artículos 540 y 541), y en el Código español (art. 339) podrían transformarse, como en el derecho argentino, en bienes privados del Estado (art. 2342, inciso 4). También sería una hipótesis de esta desafectación, con respecto a bienes del dominio público originario o natural, la transformación de todas las islas en bienes del dominio privado del Estado(28). En otros casos la desafectación resulta de un acto del poder administrador con respecto a bienes del dominio público artificial o derivado, por ejemplo cuando cambia el destino del terreno, cerrando una calle o una plaza, que en consecuencia pasan de la categoría de bienes públicos, a la de bienes privados del Estado(29).

Finalmente, el paso del dominio público al dominio privado del Estado puede resultar de manera tácita de una reforma legislativa, que desafecte un bien del dominio público, sin darle ningún destino particular, lo que hará que automáticamente quede comprendido en la categoría residual de propiedad del Estado que prevé el inciso 1° del artículo 2342 del Código Civil argentino. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, con relación a las márgenes de los lagos navegables, que en la redacción primitiva del artículo 2340, inciso 5° del Código estaban colocadas entre los bienes del dominio público(30), y al desaparecer de esa categoría a raíz de las reformas que introdujo la ley 17.711 debe considerarse que pertenecen al dominio privado del Estado.

## **B) Atribución a particulares.**

En otras hipótesis la desafectación de un bien del dominio público tiene por fin el que pase al dominio privado de los particulares. Encontramos aquí distintos matices, que se vinculan especialmente con la situación en que se encuentra el bien desafectado, y que pueden tener influencia decisiva llegado el momento de efectuar su atribución.

a) Así, por ejemplo, si se habían concedido derechos de uso sobre el bien que se afecta, parece justo que en principio se prefiera a los titulares de esos derechos, llegado el momento de adjudicar la titularidad del bien.

b) En otros casos se concederá la propiedad a los vecinos, como podría suceder si se desafectasen las aguas de un lago, y se transfiriesen al dominio privado,

hipótesis en la cual podría darse preferencia a los ribereños, pues son quienes se encuentran en mejores condiciones para sacar mayores beneficios de la propiedad de la cosa. Tal es la política legislativa del Código Civil argentino con respecto al uso y goce de los lagos no navegables, según alguno de los que sostienen su carácter de bienes de dominio público del Estado(31).

c) Por último, el Estado puede decidir libremente a quien adjudica la propiedad del bien desafectado, pero entendemos que ni siquiera en este caso el Estado podrá actuar arbitrariamente, sino que la selección del nuevo titular deberá efectuarse sobre la base de condiciones objetivas, con miras a la obtención del mayor beneficio para el cuerpo social (por ejemplo adjudicación a entidades que persiguen fines de bien público)(32), mejor precio en la adquisición(33); mayor utilidad social(34).

## **2) Transformación de bienes privados en públicos.**

Este problema presenta mayor interés, pues es el que suele darse con más frecuencia en la época actual, especialmente con relación a los recursos naturales, que con el avance tecnológico y el crecimiento de la población del mundo comienzan a escasear, o corren el riesgo de contaminarse por la acción desaprensiva de los particulares, lo que hace indispensable la intervención del Estado(35) que se traduce, muchas veces, en la recalificación de los bienes. Además esta recalificación es altamente conflictiva, pues hoca con los intereses de los particulares, aunque se establezca una justa indemnización expropiatoria, pues siempre media la esperanza de obtener de ellos en el futuro mayores ganancias individuales.

A continuación procuraremos exponer los diversos casos que pueden presentarse.

### **A) Situaciones consolidadas.**

El bien en cuestión pertenece indiscutiblemente al dominio privado, sea porque un texto legal, interpretado de manera unánime y pacífica, así lo dispone; sea porque, a pesar que las normas que regían su calificación podían ofrecer dudas, el caso concreto ha sido sometido a decisión judicial, y una sentencia firme ha declarado que ese bien tenía carácter privado(36).

En tal caso se encuentra en juego la garantía constitucional de la propiedad privada, establecida por el art. 17 de la Constitución Nacional y aunque medie el cambio de calificación legal esos bienes, concretamente, permanecerán en el patrimonio privado de sus titulares, mientras no medie expropiación, pudiendo sostenerse que la nueva norma sólo tiene los efectos de la declaración de utilidad pública.

**B) Situaciones no consolidadas Aquí la gama de matices es más variada, pudiendo mencionar las siguientes hipótesis:**

a) Los bienes eran susceptibles de integrar el patrimonio privado, pero aún no se habían incorporado a ese patrimonio, de manera que no eran todavía jurídicamente cosas, y al modificarse el artículo 2340, inciso 3° del Código Civil, pasan automáticamente y sin indemnización al dominio público(37).

b) Se trataba de cosas comunes, de las que cualquier podía aprovecharse, por lo que existía una expectativa de aprovechamiento, pero no una propiedad sobre la cosa. Al declarar la nueva ley que pasan a estar comprendidas en el dominio público, nadie podrá pretender en el futuro derecho a apropiarse de esas cosas, y necesitará la concesión o permiso del Estado para aprovecharlas(38).

c) El dominio privado era dudoso y la nueva ley incluye a los bienes en el dominio público. La nueva ley tiene función aclaratoria y su aplicación se extenderá retroactivamente pues en realidad viene a integrar la norma originaria, como si ése hubiera sido su texto desde el primer instante. En derecho argentino estos casos son numerosos. Nos referimos a ellos indicando sólo las opiniones de los especialistas en Derecho de Aguas, a pesar que los civilistas también han tomado posición en la controversia.

En materia de lagos no navegables, la mayoría de la doctrina los considera públicos(39),

no obstante hay quienes sostienen que pertenecen al dominio privado del Estado(40). En materia de aguas de fuente y vertiente las opiniones están divididas. Hay quienes sostienen que los términos fuente y vertiente son análogos y la regla es que estas aguas pertenezcan al dominio privado(41) y otros estiman que las denominaciones fuente y vertiente corresponde a dos clases diferentes de agua y, en consecuencia, el dominio privado está muy restringido(42).

En materia de aguas subterráneas la doctrina aparece igualmente dividida. Se inclinan por considerarlas privadas los autores y jurisprudencia citados en nota 35; por el contrario, firman la existencia de aguas subterráneas públicas otros tratadistas(43). También hubo quien sostuvo que los canales -cursos artificiales- pertenecen al dominio privado(44). Sin embargo debemos aclarar que esta aparente retroactividad no puede afectar casos en los que ya hubiese recaído sentencia firme, pues se estaría frente a situaciones consolidadas como lo hemos visto al referirnos al caso *Seleme, José c/ Provincia de Catamarca*(45).

### **C) Controversia judicial o administrativa en trámite.**

Finalmente, puede suceder que mientras se encuentra pendiente una controversia judicial o administrativa sobre el carácter del bien, se produzca el cambio legislativo, que lo coloca en el dominio público.

Es menester entonces deslindar si nos enfrentamos con un cambio real de legislación, o si se trata de una ley meramente aclaratoria; y en segundo lugar, si la situación estaba consolidada, o no. Dedicaremos a los cambios reales de legislación los puntos a y b, y a las leyes aclaratorias el c.

a) Si la situación estaba consolidada, porque ya se habían reunido los requisitos exigidos por la ley para adquirir la titularidad del derecho sobre el bien, el ulterior cambio de legislación no variará el destino de la controversia, y tendrá que declararse el derecho, de acuerdo a la ley vigente en el momento en que se completaron los requisitos necesarios para consolidar la situación. b) Si la situación no estaba consolidada, porque aún no se habían integrado todos los requisitos para que el bien pudiese ser considerado de naturaleza privada, esta situación en trámite de constitución se regirá por la ley nueva.

c) Cuando la ley es meramente aclaratorio no hay obstáculo en que se aplique para resolver las controversias en trámite.

### **3) Cambio de las condiciones o modalidades el uso privativo de bienes públicos.**

#### **A) Modificación sustancial del uso atribuido por la concesión.**

Puede ocurrir que la nueva legislación modifique sustancialmente, limitándolas, las condiciones de uso del bien público establecidas en la concesión, no en el permiso. En este caso, teniendo en cuenta que la concesión otorga un derecho real administrativo, cuyos efectos se asimilan al derecho de propiedad(46), nos encontramos frente a un derecho perfecto y consolidado y la indemnización se impone(47).

#### **B) Situación dudosa o controvertida del concesionario.**

En algunas hipótesis el derecho ejercido por el concesionario era dudoso y la nueva ley opta por solucionar la cuestión decidiéndose por alguna de las opiniones en controversia. En este caso la nueva ley tiene función aclaratoria y su aplicación será inmediata, pues viene a integrar la norma originaria, como si éste hubiera sido su texto desde el primer instante(48).

#### **C) Controversia judicial o administrativa en trámite.**

Si mientras se encuentra pendiente una controversia judicial o administrativa sobre la extensión del derecho del concesionario, se produce un cambio legislativo, nos encontraríamos frente a dos sub hipótesis, según la nueva ley implique un cambio real o se trate de una ley aclaratoria.

a) Si la ley nueva implica un cambio real, éste no variará el destino de la controversia y el derecho se declarará conforme a la ley vigente en el momento de su iniciación(49).

b) Cuando la ley es meramente aclaratoria, no hay obstáculo en que se aplique para resolver las controversias en trámite(50).

#### **IV. Sistemas para la aplicación inmediata de las nuevas leyes.**

Cuando nos referimos a las hipótesis que podrán presentarse en caso de cambio del régimen jurídico de las aguas públicas o privadas, partimos de tres supuestos básicos: consideramos que la afectación de cosas o bienes al dominio público sólo puede provenir de la ley o de un acto administrativo derivado(51); que frente a situaciones consolidadas de indudable dominio privado, el paso de estos bienes al dominio público constituye una hipótesis de expropiación(52) y, que las leyes aclaratorias son integrativas de la norma originaria(53).

Pero hay quienes partiendo de otras bases llegan a conclusiones diferentes que expondremos someramente a continuación, refiriéndonos exclusivamente al derecho de aguas.

En derecho italiano la doctrina prevalente es que la declaración de que una determinada agua anteriormente privada entra en la categoría de pública, es declarativa y no atributiva de dominialidad(54). De ahí que no sea procedente ningún tipo de indemnización, pues el dominio público existió siempre y la ley sólo se limitó a declarar su existencia en un momento determinado.

A la misma conclusión llegan quienes sostienen que con respecto a los bienes de uso público no puede haber derechos adquiridos por particulares, y que por tratarse de leyes de orden público, las nuevas disposiciones tienen aplicación general aun en el caso que afecten la existencia de derechos adquiridos(55).

Basándose en la doctrina que la nueva ley afecta a todos por igual, es decir que no hay la singularidad y especificidad del sacrificio o lesión, sostienen otros autores que en el caso de declaratoria general de dominio público de las aguas no surge obligación de indemnizar(56).

En el punto de vista opuesto están quienes, partiendo de la base que la declaración de dominialidad pública es constitutiva y no declarativa de dominio público, que las nuevas leyes deben respetar los derechos adquiridos y que el sacrificio, aunque general, se singulariza en una persona, llegan a la conclusión que cuando la ley causa un

perjuicio -general o particular- debe admitirse la responsabilidad del estado por los perjuicios que causa con lo cual la indemnización ya no sería por expropiación sino por el daño causado por el acto legislativo(57).

Finalmente hay autores que advierten que la resolución en estas cuestiones es ésta en función tanto de la garantía constitucional dispensada a la propiedad privada, como de la determinación política que haya animado la publicación en cada caso de los recursos hídricos(58).

También -desde otro punto de vista- es menester tener en cuenta cuál es el tipo de cambio legislativo, pues serán diferentes las soluciones si la ley nueva se limita a reordenar un sistema existente sin producir cambios sensibles, o bien modifica sustancialmente el régimen de dominio y uso de los bienes públicos o privados.

En general puede decirse que la postura que se adopte con respecto a las situaciones existentes antes de la sanción de leyes que modifiquen el régimen de dominio y uso de los bienes y la índole de las reformas que la nueva ley introduzca, basará en cada caso la solución legal que se adopte, el régimen transitorio y las normas de conflicto.

Las situaciones existentes y los cambios que las nuevas leyes determina son de la más variada grama y su sola descripción excedería en mucho la extensión y propósito de este estudio(59). No obstante, trataremos de sistematizar las soluciones legales agrupándolas en tres grandes grupo: 1° respeto de las situaciones anteriores, 2° adaptación de las situaciones anteriores al nuevo régimen, 3° desconocimiento o revocación de los derechos surgidos al amparo de situaciones anteriores.

### **1) Primer grupo.**

#### **A) Reordenamiento del sistema existente.**

En general se adopta este método cuando las nuevas leyes no introducen cambios sustanciales en el sistema existente y se limitan a reordenarlo. Además esta política se observa en lugares y épocas donde los recursos hídricos disponibles superan las necesidades de uso y no se plantean serios conflictos con respecto al aprovechamiento. Los casos de reordenamiento son los más frecuentes.

Si analizamos la ley de Aguas española de 1879 vemos que su artículo 257, con encomiable precisión terminológica, ordena que todo lo dispuestos en esta ley es sin perjuicio de los derechos legítimamente adquiridos con anterioridad a su publicación, así

como del dominio privado que tienen los propietarios de aguas, acequias y fuentes o manantiales, en virtud del cual las aprovecha, venden o permutan como propiedad particular(60). Como vemos la ley respeta los derechos existentes, siempre, claro está, que sean legítimos; no se innova en nada. Es el mismo sistema seguido por la ley 312, obre Irrigación para la provincia de San Juan de 1928, que en sus artículos 77, 90, 116 y 117, circunscribe los nuevos empadronamientos que se realizarán conforme a sus disposiciones, a las concesiones otorgadas y empadronadas con arreglo a las antiguas leyes.

La ley de aguas de Mendoza de 1884, que tanta influencia tuviera en las leyes de aguas argentinas de la primera época, es mucho más lata, pues para el otorgamiento de concesiones conforme al régimen que establece, no analiza la legitimidad de los títulos sino que dispone en el artículo 103 que todos los propietarios de terrenos que se presenten en el término de seis meses desde la promulgación de la ley denunciando el número de hectáreas cultivadas, obtendrán concesión para las que justifiquen tener. Estas concesiones revisten según el artículo 105 la categoría de derechos adquiridos.

Siempre referido a casos de reordenamiento del sistema, el Código de Aguas de Salta, después de aludir a las dificultades inherentes a la carencia de fuentes inmediatas y a las situaciones existentes al momento de la sanción del Código(61), adopta un sistema mixto: reconoce y legitima los aprovechamientos anteriores hechos mediante concesiones (art. 392); los aprovechamientos hechos sin concesiones con 20 años de antigüedad, son también reconocidos (art. 396); asimila a los aprovechamientos de hecho con veinte años de antigüedad, los efectuados en virtud de resoluciones o autorizaciones emitidas por entes incompetentes o de discutible competencia (art. 395); los demás usuarios, anteriores o posteriores, deben solicitar concesión conforme a las normas del Código.

Las tres soluciones descriptas son, desde el punto de vista jurídico formal, aceptables; las circunstancias existentes pueden determinar la necesidad de legitimar todos los aprovechamientos como hace la ley de Mendoza, de dispensar un trato especial a usos con determinada antigüedad o derivados de actos administrativos emanados de autoridades de dudosa competencia, como hace la ley de Salta; o respetar solamente los derechos legítimamente adquiridos, como hacen la ley española y la ley de irrigación de la provincia de San Juan; en estos dos últimos casos sería conveniente, no obstante, para mayor claridad y seguridad, considerar en forma expresa las situaciones dudosas, mencionándolas, lo que no implica legitimarlas, solamente tenerlas en cuenta y establecer legalmente la solución que la política hídrica adoptada y las circunstancias aconsejen.

## **B) Modificación sustancial del régimen de dominio y uso.**

Cuando la nueva ley modifica sustancialmente el régimen de dominio y uso de los bienes públicos o privados, el respeto absoluto de las situaciones anteriores no es frecuente a pesar que Cano afirma, refiriéndose a las enmiendas legislativas ocurridas en Sudamérica antes de 1956, que las leyes de aguas sudamericanas en general niegan el efecto retroactivo a las nuevas leyes y garante de modo expreso los derechos constituídos bajo leyes anteriores(62).

El único caso de respeto absoluto a las situaciones anteriores lo hemos encontrado en el Código de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente de Colombia, Decreto N° 2822/1974, que después de establecer en el artículo 42 que pertenecen a la Nación los recursos naturales renovables y en especial las aguas que son de dominio público, inalienables e imprescriptibles (art. 80), determina una sola forma de extinción del dominio privado existente conforme al antiguo régimen: la no utilización del agua durante tres años consecutivos(63). Es de remarcar que el proyecto establecía otra causa de extinción del dominio privado, que era el incumplimiento de la obligación de inscribir las aguas privadas en un registro público(64).

Damos por supuestos que los derechos privados que se respetan son los legítimamente adquiridos, pues para que un derecho sea respetado debe tener existencia como tal.

Este procedimiento que puede ser adecuado en el caso de reordenamiento del sistema legal vigente, respetando inclusive, como hace el Código de Salta, situaciones dudosas o de hecho que hayan atenido una determinada duración, no lo consideramos adecuado en caso de modificación sustancial del régimen de dominio y uso de las aguas pues coexistirían el sistema anterior y el nuevo, con el agravante que para el paso de los antiguos bienes privados al dominio público es menester acreditar una circunstancia de hecho (el no uso de las aguas durante el tiempo que la ley establezca) cuya prueba es muy difícil de aportar. En síntesis, este sistema, además de introducir inseguridad, no es eficiente par ala vigencia plena del nuevo régimen legal.

### **2) Segundo grupo.**

#### **Adaptación de las situaciones anteriores al nuevo régimen.**

En general se adopta este método cuando se introducen cambios sustanciales en el sistema jurídico que regula el dominio y el uso de las aguas, la necesidad del recurso es o comienza a ser crítica o conflictiva, y el régimen constitucional de la política hídrica adoptada aconsejan respetar las situaciones existentes, otorgando derechos de uso conforme al nuevo régimen o indemnizaciones a quienes venían usando del agua por cualquier título y ven limitados sus derechos por las nuevas leyes.

A continuación aludiremos a algunos proyectos de leyes y leyes de agua que incluimos en este segundo grupo describiendo las soluciones que adoptan.

Los anteproyectos de legislación nacional de aguas elaborados por el Dr. Guillermo J. Cano en 1972, por encargo de la Subsecretaría de Recursos Hídricos incluyen uno referido al dominio de las aguas y bienes conexos. Este anteproyecto, reformativo de algunas disposiciones del Código Civil, aludía solamente al dominio de los recursos hídricos pues,

conforme a nuestro sistema constitucional la regulación de su uso es efectuada por las provincias en sus Códigos de aguas.

A pesar que la exposición de motivos expresa que el proyecto propone: a) la declaración de dominialidad pública de todas las aguas sin excepción(65), permanecen en el dominio de particulares las aguas pluviales caídas en terrenos privados y las aguas de fuente que no

formen cauce natural, pues no se reforman los artículos 2635 y 2637 del Código Civil que se refieren a esta clase de aguas.

El capítulo 3° del anteproyecto alude a los efectos del cambio de legislación y a las disposiciones transitorias. No establece en forma expresa el derecho a indemnización a favor de los antiguos propietarios de aguas que el nuevo sistema transforma en bienes públicos, pero lo da por supuesto y determina tres mecanismos para limitar su monto y plazo de reclamo y requisitos para solicitarla fijando un término breve de 90 días de prescripción (art. 13), la compensación de la indemnización con el valor económico de la concesión que pueda otorgarse a los antiguos usuarios (art. 14) y la caducidad de los derechos privados por no uso durante el año posterior a la vigencia de la ley (art. 16).

El Código de Aguas de la república de Chile, ley 9909, fue sensiblemente modificado por la ley 16.640 de Reforma Agraria; según su texto ordenado(66) todas las aguas del territorio nacional son bienes nacionales de uso público; su aprovechamiento,

salvo las excepciones expresamente contempladas por el Código, sólo puede hacerse por concesión de autoridad competente (art. 9) y los derechos de aprovechamiento caducan en todo lo que exceda de la tasa de uso racional y beneficioso (arts. 27 y 28). En síntesis, las disposiciones de la nueva ley no sólo dejan sin efecto los derechos privados de aprovechamiento de las aguas, sino que sujetan a todos los usos a una nueva regulación.

Para el caso en que las disposiciones del Código lesionen el derecho subjetivo del particular, ya sea que derive del dominio o de la concesión administrativa de uso de bienes públicos, el Código prevé el siguiente mecanismo: las aguas privadas se declaran de utilidad pública y se expropian para incorporarlas al dominio público, sus antiguos dueños continuarán usándolas como concesionarios y se lo indemnizará (art. 10); los concesionarios que se vean privados o limitados en su derecho serán también indemnizados (arts. 28, 32 y 34), la indemnización comprenderá solamente el daño emergente y se pagará una tercera parte al contado y el saldo en cuotas, i no hay acuerdo sobre el monto de la indemnización en sede administrativa su cuantía la determinará el juez competente.

Con posterioridad a la redacción de este trabajo el régimen de aguas de Chile ha sido sensiblemente modificado por Decreto N° 2603 del 16 de abril de 1979, publicado en el Boletín Oficial del día 23 del mismo mes y año. El artículo 2 del referido Decreto faculta al Presidente de la República a dictar las normas necesarias para el establecimiento del régimen general de las aguas que modifique o reemplace total o parcialmente el Código de Aguas y las demás normas relativas a la misma materia. El artículo 4 transitorio establece la vigencia de las disposiciones del Código de Aguas "en todo aquello que no sean contrarias a las normas constitucionales contenidas en el artículo 1 o a las legales contenidas en los artículos 2 y siguientes del presente Decreto-ley". El sistema aludido en el trabajo en lo que se refiere a la naturaleza jurídica de las aguas y su uso por concesión, ha perdido vigencia, de acuerdo a las normas del decreto que citamos.

El Anteproyecto de Código de Aguas para Nicaragua(67) establece en los artículos 4, 5 y 6 el carácter de bienes del dominio público de todas las aguas, cualquiera sea la forma en que aparecen en la naturaleza, sus lechos, cauces y álveos, las fuentes y las obras hidráulicas.

La exposición de motivos(68) expresa que uno de los cuatro principios básicos que lo inspiran es la garantía y estabilidad de los derechos, a ese fin se asegura la continuidad de los aprovechamientos anteriores funcionalmente ejercidos; para ello el

Código en el Libro VII titulado Protección de los derechos adquiridos. Disposiciones transitorias y finales, establece el siguiente sistema: los aprovechamientos anteriores a la vigencia de la ley dan derecho a su titular a obtener sin otro recaudo una concesión definitiva, si así no se hiciera, previa intimación, la autoridad de aguas los declarará extinguidos (art. 153).

En este caso su titular será indemnizado por expropiación (art. 157) pero este derecho se ve limitado en su ejercicio por una prescripción de un año a contar de la vigencia del Código (art. 159), la no utilización de las aguas durante los dos años posteriores a la vigencia del Código determina su abandono a favor del dominio público (art. 160), además cualquier solicitud de concesión hecha por anteriores usuarios implica renuncia a la indemnización (art. 156). Las situaciones consolidadas son respetadas (art. 155) y en los casos que no aparece clara la naturaleza jurídica de una determinada agua(69) sus titulares tienen dos

alternativas: obtener concesión sin otro recaudo (art. 154) o bien reclamar la indemnización, pero para ello deberán previamente obtener una sentencia que declare que conforme al anterior régimen esos bienes les pertenecían (art. 158).

El Código de Aguas de la provincia de Córdoba(70) no pudo innovar, porque excedía de la competencia provincial, sobre el sistema de dominio de las aguas(71), pero estableció disposiciones sobre el ejercicio de derechos de particulares emergentes de la concesión que diferían de la anterior ley de riego 3997 y debió considerar la situación de la provincia ante la incorporación a su dominio público de algunas clases de aguas según lo dispuesto en la reforma introducida al Código Civil por la ley 17.711.

En materia de derecho transitorio sus disposiciones tienden al respeto de los derechos adquiridos de los concesionarios y posibilitar que quienes usaban de aguas anteriormente privadas, que por virtud de la reforma del Código Civil se convirtieron en bienes públicos de la provincia, continuaran usándolas, ahora en calidad de concesionarios(72).

Conforme al sistema establecido, los anteriores aprovechamientos otorgados de acuerdo a las previsiones de la ley 3997, dan derecho a obtener concesión del mismo uso y categoría que el que se venía disfrutando (arts. 277 y 278 y sus notas). Los titulares de aguas privadas, sea por sentencia o por consenso pacífico sobre el sentido de la norma(73) también tendrán derecho de obtener concesión siempre que renuncien al derecho privado

de que eran titulares, de lo contrario procede la expropiación y la correspondiente indemnización (arts. 280, 281 sus notas y nota al art. 279). En caso de discrepancia sobre la naturaleza jurídica de las aguas, se les ofrece a sus usuarios la posibilidad de solicitar concesión, si así no lo hace -por considerarse que la ley 17.711 es aclaratoria(74)- la administración usará y dispondrá de esas aguas como públicas (art. 279 y su nota). Los aprovechamientos de hecho tienen prioridad sobre las solicitudes de nuevas concesiones, siempre que sus titulares presenten su solicitud en el plazo establecido por la ley y exista caudal suficiente para dotarlos (art. 282 y su nota).

La solución dada en el anteproyecto de legislación nacional de aguas establece un adecuado sistema para limitar las indemnizaciones (75), pero sería deseable que dejara establecido que la indemnización se otorga en virtud de expropiación y no de daños y perjuicios(76).

El sistema del Código de Aguas de Chile lo consideramos también adecuado para lograr la rápida adaptación de las situaciones anteriores al nuevo régimen, pero sería deseable que se contemplara el caso de discrepancia sobre la naturaleza jurídica de las aguas, tema que antes de la sanción de la ley de Reforma Agraria fue motivo de divergencias, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia(77).

Los Códigos de Aguas de Córdoba y Nicaragua contienen soluciones análogas; las diferencias radican en la competencia del poder emisor. Un Código de Aguas dictado por una provincia argentina no puede establecer normas sobre prescripción y abandono del derecho de propiedad, por ser materia de la legislación civil que, conforme al art. 67 inciso 22 de la Constitución, es de competencia del Congreso Nacional. La legitimación o no de situaciones consolidadas es una cuestión política; la razón de la determinación es evitar discusiones judiciales sobre si la ley es aclaratoria e interpretativa o bien si constituye una nueva norma que altera situaciones consolidadas.

### **3) Tercer grupo. Desconocimiento o revocación de los derechos surgidos al amparo de situaciones anteriores.**

#### **A) Modificación sustancial del régimen de dominio y uso.**

Generalmente ocurre en casos de un cambio radical introducido por el nuevo sistema; en estas situaciones, para respetar el régimen constitucional, es menester que la

Constitución no haya establecido la garantía al derecho e propiedad privada. La totalidad de los ejemplos son de proyectos o leyes recientes y a pesar que no se reconoce derecho a continuar el suso bajo el anterior sistema ni tampoco derecho a indemnización, las disposiciones legales, como veremos en seguida, toman de alguna manera en consideración las situaciones existentes. Aludiremos a continuación a algunos proyectos de leyes y leyes de aguas que incluimos en este último grupo, escribiendo las soluciones que adoptan.

El Anteproyecto de Ley de Aguas y de Ley de Autoridades de Aguas de Bolivia, preparado por el Instituto Nacional de Economía, Legislación y Administración del Agua(78) declara públicas a las aguas y los álveos (arts. 1, 3 y 5 y sus notas). En su exposición de motivos, al aludir a los efectos del cambio de legislación, advierte que si bien el paso del dominio privado al dominio público puede generar derecho a indemnización, tal indemnización no se da en el caso especial, pues bajo la legislación vigente, el cambio de status jurídico no causa ningún perjuicio demostrable(79). Según el anteproyecto las personas que a la promulgación de la nueva ley estuvieran ejerciendo derechos de cualquier índole sobre el agua, debían gestionar en el plazo establecido el otorgamiento de concesión, so pena de caducidad del derecho sin lugar a indemnización (art. 169). Estas personas tendrían prioridad para el otorgamiento de concesión o permiso (art. 170). La nota al artículo 169 expresa la razón determinante de la disposición legal indicando que para otorgar indemnización los tribunales tienen que decidir si hay agravación de las obligaciones del titular del derecho, si hay perjuicio patrimonial efectivamente sufrido y cuál es su magnitud; tales cuestiones -se expresa textualmente- son puramente de hecho. En cuanto a la agravación de las obligaciones del titular se afirma que el paso de dueño a concesionario es solamente una cuestión de grado, pues las limitaciones impuestas al dominio privado por la legislación vigente hacen que sea prácticamente lo mismo ser dueño que concesionario. En cuanto al perjuicio sufrido y su magnitud, se sostiene que ello debe ser motivo de prueba, pero que sería difícil acreditar la existencia del daño y su monto. Termina afirmando que el cambio de sistema legal consagrado en el anteproyecto ha sido hecho en Perú, Chile y Argentina, sin que haya producido problemas de significación. La Ley de Aguas de Irán(80) considera a las aguas y sus álveos bienes públicos (arts. 1 y 2). Los artículos 3 y 4 distinguen los derechos de agua de los permisos; los derechos de agua son los instrumentados en títulos anteriores a la promulgación de la ley; los permisos son los derechos de uso razonable y beneficioso que se otorgarán conforme a las previsiones de la ley. Cuando la capacidad de la fuente de provisión no

alcance a cubrir la dotación de los derechos existentes, cuando estos no fueren funcionalmente usados, teniendo en cuenta los títulos, las costumbres del lugar y los intereses generales, los derechos pueden ser limitados o cancelados, lo que ocurrirá también una vez que se establezca por regiones la tasa de uso beneficiosos, en cuyo caso los derechos de aguas se transformarán en permisos de uso. El artículo 50 que se refiere a expropiaciones no menciona la posibilidad de indemnizar por la pérdida de los derechos de agua o su transformación. Finalmente el artículo 62 establece que las disposiciones legales que establecen la nacionalización de los recursos hídricos serán gradualmente anunciadas y aplicadas.

La ley de aguas de Ecuador(81) establece que todas las aguas y los álveos son públicos (arts. 2 y 4). La ley no reconoce derechos adquiridos sobre ellos; los preexistentes sólo se limitan a su uso en cuanto sea eficiente de acuerdo a la ley. Los usuarios de aguas que se hayan considerado propiedad particular continuarán gozándolas como titulares de un derecho de aprovechamiento de conformidad a la ley (arts. 2, 2º párrafo, y 3) El decreto reglamentario en su artículo 151 se refiere expresamente al caso de concesión anteriormente otorgada por la autoridad de aplicación; para continuar en el goce es necesaria una petición del concesionario y, si las condiciones que determinaron el otorgamiento de concesión no han variado, sin otro trámite se confirmará la resolución anterior.

El proyecto de Ley de Aguas para la República de Venezuela(82) considera públicas a todas las aguas, cauces, lechos y riberas, con excepción de aquellos lechos por donde sólo discurran aguas pluviales y los de arroyos y manantiales, sólo estos últimos mientras las aguas discurran por el predio donde nacieron (arts. 2 y 4). Las obras hidráulicas se declaran de utilidad pública y sujetas a expropiación (art. 5) Los recursos hidráulicos, por ser bienes del dominio público, no son susceptibles de apropiación individual (art. 3). Los artículos

115 a 117 regulan el régimen transitorio; los derechos dominiales se transformarán en derechos de uso y aprovechamiento a cuyo efecto quienes pretendan ser titulares de ellos deberán acreditar su dominio y la utilización que hubieran venido realizando. La autoridad de aguas, hechas las oportunas comprobaciones, les reconocerá derecho de aprovechamiento y otorgará concesión, siempre y cuando no contravenga las disposiciones contenidas en los planes de aprovechamiento de recursos hidráulicos (art.

116). Las controversias pendientes de resolución continuarán tramitándose ante los mismos jueces (art. 117).

Los titulares de aprovechamientos anteriores sin concesión deberán solicitar su otorgamiento en el plazo que la ley fija (art. 115).

La legislación de aguas d Perú(83) expresa en el artículo 1 de la ley de aguas que todas las aguas son propiedad del Estado, sobre ellas no hay propiedad privada ni derechos adquiridos. El artículo 8 obliga a toda persona a solicitar y obtener concesión para utilizar las aguas.

Según la disposición transitoria (art. 144) los usos existentes se adecuarán a permisos, autorizaciones o licencias de acuerdo a lo dispuesto por la ley. Referido al uso para agricultura el artículo 42 otorga primera prioridad a las solicitudes para riego de tierras agrícolas con sistemas de regadío existente. El reglamento de los títulos 1 a 3 de la Ley General de Aguas en el artículo 112, reglamentario del 42 precedentemente citado, otorga primera prioridad a las tierras agrícolas que contando con sistemas de regadío no obtuvieron concesiones de acuerdo con las disposiciones del Código de Aguas de 1902.

La Ley de Aguas de Israel 5719 de 1959(84) define en el artículo 2 el concepto de recursos hídricos que considera de propiedad pública, sujetos al control del estado y destinados al uso de sus habitantes para el desarrollo del país (art. 1). A los efectos de la ley es irrelevante que un derecho de agua derive de cualquier ley, convenio, costumbre u

otra fuente (art. 7), cualquier persona está habilitada para recibir o usar agua conforme a las previsiones de la ley (art. 3), ningún derecho real implica derecho a uso del agua que de cualquier manera se encuentra en la tierra (art. 4). La ley no prevé en la sección 4 del capítulo 3º, destinada a reglar las indemnizaciones, que corresponda ningún tipo de reparaciones a quienes por cualquier título usaron del agua con anterioridad a la promulgación de la nueva ley, que deroga toda la legislación anterior (art. 157) y cuyas sprevisi9ones no afectan los usos comunes (art. 151).

De las lecturas de estas disposiciones surge a nuestro entender en forma por demás clara que la nueva disposición no dispensa ninguna consideración a los anteriores usos. Esta afirmación se ve respaldada por la introducción que expresa la abrogación de la propiedad privada sobre los recursos hídricos acuerda a los ciudadanos el derecho de uso solamente y este derecho se ejercerá únicamente conforme a las disposiciones de la ley, según la cual el derecho preexistente está limitado solamente a los usos comunes... si concepción o permiso es prohibido el uso privativo del agua(85).

Por lo dicho no compartimos la opinión de Martín Retortillo(86) que la ley se muestra en extremo respetuosa tanto de las costumbres existentes como con las situaciones adquiridas.

El sistema propuestos en el Anteproyecto de Ley de Aguas y Ley de Autoridades de Aguas para Bolivia no lo consideramos adecuado; la transformación de un derecho de dominio en un derecho de uso no es una cuestión cuantitativa sino cualitativa; por otra parte, no es una cuestión de hecho, sino de derecho. Dejar sin solución legislativa esta cuestión enviándola a los tribunales es prohijar un semillero de pleitos con la consiguiente conmoción social y los correlativos obstáculos para la inmediata vigencia del nuevo régimen.

La ley de Irán, en cambio, permite la continuación precaria de las situaciones existentes con anterioridad al nuevo régimen y establece medios para su adaptación gradual.

Las leyes de Venezuela y Ecuador -no analizamos su constitucionalidad- otorgan a los antiguos titulares de dominio una concesión administrativa, sujeta al nuevo sistema legal. En Ecuador los antiguos concesionarios pueden continuar en el ejercicio de sus derechos siempre que sea compatible con la nueva legislación; la ley venezolana no contempla el caso de los antiguos concesionarios, pero sí de los aprovechamientos sin concesión (art. 115); los dueños de obras hidráulicas son indemnizados, lo que no ocurre con los propietarios de las aguas y las controversias pendientes continúan tramitándose.

En la política legislativa de transformar todos los aprovechamientos existentes en concesiones sujetas al nuevo régimen es mucho más coherente y consecuente con sus principios el sistema de la ley ecuatoriana que el proyecto venezolano.

Las leyes de Perú y de Israel no tienen en cuenta para nada los aprovechamientos privativos existentes derivados de cualquier título: no obstante, la ley peruana para el otorgamiento de nuevas concesiones otorga prioridad a quienes se encuentre en un sistema de regadío existente; es de resaltar la incongruencia del artículo 112 del reglamento que otorga primera prioridad a quienes no obtuvieron concesiones conforme al sistema legal de 1902.

## **B) Reordenamiento del sistema existente.**

No es común que en las leyes que se limitan a reordenar el sistema existente se desconozcan o revoquen los derechos surgidos al amparo de situaciones anteriores que la ley -precisamente porque no modifica sustancialmente el sistema existente- no se ve obligada a desconocer o revocar.

No obstante creemos que el proyecto de Código de Aguas para la provincia de Buenos Aires elaborado por una Comisión presidida por el doctor Benjamín Villegas Basavilvaso e integrada por Manuel J. Castello, Federico Leloir, Félix Nieva, Ernesto Pueyrredón, Alberto G. Spota y Manuel María Diez, no obstante haber proclamado en la exposición de

motivos que en un Código provincial de aguas no procede definir o caracterizar las aguas públicas ni fijar el criterio que separa éstas de las aguas del dominio privado. Debe limitarse a reglar el uso de las aguas públicas, y en su caso, asentar normas inherentes al ejercicio de los poderes de policía sobre las aguas privadas<sup>(87)</sup>, contiene en sus disposiciones normas que permiten a la administración, sin otro recurso para el afectado que recurrir a tribunales administrativos (art. 238, inciso 9), determinar la naturaleza de las aguas con carácter declarativo de dominio público. Así el artículo 25, referido al catastro de las aguas públicas, supedita la inscripción a una resolución administrativa que tendrá carácter de declaración y no de atribución de dominio (nota 1). En cuanto a las concesiones las disposiciones para la aplicación del Código respetan solamente las situaciones anteriores cuando se trate de concesiones de servicios públicos que utilicen aguas (art. 375); el Código contiene varias disposiciones referidas a situaciones de hecho, pero el artículo 40 obliga a sus titulares a solicitar concesión como cualquier nuevo usuario. Entendemos que las disposiciones del código que comentamos van mucho más allá de un simple reordenamiento. Creemos que el propósito que inspiró al legislador a redactar el artículo 25 se refirió solamente a situaciones no consolidadas, pero advertimos que en caso de arbitrariedad de la administración al inscribir en el catastro de aguas públicas a un agua que sea indiscutiblemente privada, este acto es igualmente declarativo de dominio público y no le queda al particular afectado otro recurso que recurrir a una entidad administrativa que decida. Igualmente los titulares de concesiones cuyo ejercicio se vea sensiblemente modificado y que no sean servicios públicos, no son compensados por la limitación o modificación del ejercicio del derecho.

## **V. Conclusiones.**

Concordamos en general con la opinión de Martín Retortillo(88): las cuestiones referidas a régimen transitorio y normas de conflicto en materia de aguas están en función tanto de la garantía constitucional dispensada a la propiedad privada como a la de la determinación política que haya animado la publicación de los recursos hídricos. Pero creemos que es menester puntualizar dos circunstancias que consideramos de suma importancia.

En primer lugar, no sólo desde el punto de vista jurídico-formal, sino también teniendo en cuenta que la política hídrica debe estar subordinada a la política general del país y que la Constitución como norma fundante y subordinante debe ser respetada por el ordenamiento

legislativo es menester adecuar las nuevas normas a lo establecido por la Constitución en cada caso, y si la Constitución garantiza la propiedad privada no es posible desconocer ni revocar las situaciones consolidadas al amparo de la anterior legislación(89).

En segundo lugar, las leyes que produzcan modificaciones en el régimen de dominio y uso de las aguas deben proveer normas que posibiliten su efectiva e inmediata vigencia, la adaptación al cambio, causar la menor conmoción social y encuadrar dentro de la política inspiradora de la ley a las situaciones existentes y a las nuevas.

En un sistema legal como el argentino, cuya Constitución asegura el derecho de propiedad funcionalmente ejercido, debe tenerse en cuenta en primer lugar por el legislador para modificar el régimen de dominio y uso de las aguas la situación existente, los recursos disponibles y los planes y programas de aprovechamiento de los recursos hídricos.

Decidida la modificación del sistema legal, el régimen de transición del derecho existente al nuevo, debe ser motivo de cuidadoso análisis. Las situaciones consolidadas deben ser respetadas facilitándose mediante adecuadas previsiones su ingreso al nuevo sistema (otorgamiento de concesiones sin otro trámite, por ejemplo); ello puede ser completado mediante disposiciones que condicionen o limiten el derecho a indemnización por expropiación que la declaración de publicidad de las aguas implica.

También debe considerarse el tratamiento de las situaciones no consolidadas previendo legislativamente los diversos casos y estudiar muy especialmente si la nueva ley tiene o no función aclaratoria(90).

Cuando se desafecten bienes del dominio público del estado debe preverse quién será el titular de ese dominio privado. Otorgar o no algún tipo de consideración a los aprovechamientos de hecho existentes es una decisión política, pero adoptada en un sentido u otro, debe reflejarse en las disposiciones transitorias.

## NOTAS

1. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales - Profesor Titular de Derecho Civil en la Universidad Nacional de Córdoba - Laureado por la Academia Nacional de ciencias de Buenos Aires, 1967, Miembro de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba.

2. Profesor Titular de Derecho de Aguas en la Universidad de Mendoza; Profesor Titular de Derecho de Aguas en la Universidad de Cuyo; Miembro del INELA; autor del Código de Aguas de la Provincia de Córdoba; autor del Proyecto de Código de Aguas de Nicaragua; Premio Academia Nacional de Derecho de Córdoba, 1977.

3. Alfredo FRAGUEIRO, Derecho Natural de Contenido Progresivo, Córdoba, Imprenta de la Universidad Nacional de Córdoba, 1939.

4. Sobre la necesidad de adaptar las normas jurídicas a nuevas necesidades, ver autores citados por Joaquín LÓPEZ en "Deficiencias en las legislaciones vigentes", en Documentos de Trabajo de la Segunda Conferencia Internacional sobre Derecho y Administración de aguas, AIDA, 1976, T. 2, p. 133, nota 5.

5. Ver Daniel HALEVY, Essai sur l'accélération de l'Histoire.

6. René SAVATIER, Les métamorphose économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui, París, Dalloz, 1964, 1ª serie, p. 3 y siguientes, 3ª ed.

7. Sobre factores que determinan la obsolescencia de la ley en derecho de aguas, ver Joaquín LÓPEZ, obra citada en nota 2, p. 133.

8. Ver Luis DIEZ PICAZO, Experiencias jurídicas y teoría del derecho, Barcelona, Ariel, 1973, p. 303-

9. Hoy en nuestra patria, es notorio que vivimos esta etapa del fenómeno en materia de obligaciones dinerarias. Primero las partes procuraron corregir los efectos de la inflación por medio de las cláusulas contractuales de estabilización; luego importantes

sectores de la teoría han negado la vigencia del principio nominalista, ahora estas doctrinas encuentran eco en numerosos tribunales y se reflejan en sus fallos.

10. Joaquín LÓPEZ, obra citada en nota 2, p. 135 y siguientes, y notas 9 y 14 a 22.

11. Ver Halid Kemal ELBIR, *Difficultés soulevées par l'application du code civil suisse en Turquie*, Rev. Internationale de Droit Comparé, París 1950, y *La réforme d'un code civil adopté de l'étranger*, 1956, p. 53-54; y Luis MOISSET de ESPANÉS, *Notas sobre el derecho civil turco*, Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Córdoba, año

XXXV, 1971, p. 311-329.

12. . Luis DIEZ PICAZO, obra citada en nota 6, p. 304.

13. . Will DURANT: *Nuestra herencia oriental*. Ed. Sudamericana, Buenos Aires, p. 43; y Luis MOISSET DE ESPANÉS: *La lesión en los actos jurídicos*. Imp. Univ. Nacional. Córdoba, 1964, Prefacio, n° 3, p. 14-5

14. . Conf. Luis DIEZ PICAZO: *Obra citada en nota 6*, p. 305.

15. . Federico de CASTRO: *Derecho Civil de España. Parte General*. "Inst. Estudios Políticos". Madrid, 1955, T. I, p. 705-6.

16. . En especial SAVIGNY, GABBA Y ROUBIER.

17. . Paul ROUBIER: *Les conflits des lois dans le temps*. Sirey, París, 1929; reelaborado posteriormente con el título *Droit transitoire*, Dalloz, París, 1960.

18. Ver Luis MOISSET de ESPANÉS, *Irretroactividad de la Ley*. Imp. Univ. Nacional, Córdoba, 1976 (distribuye Ed. Zavalía, Buenos Aires).

19. . Ver obra citada en nota anterior, en especial Cuadro I, p. 22.

20. . Conf. M. PLANIOL: *Traité élémentaire de Droit Civil*, 7ª ed., París, 1915, T. I, n° 251, p. 95.

21. . Ver POPOVILIEV: *Le Droit Civil transitoire ou intertemporal*. Rev. Trim. de Droit Civil, 1908, p. 462 y ss. (citado por ROUBIER).

22. Ver Paul ROUBIER: obra citada en nota 15, n° 33, p. 156 y siguientes.

23. . Ver los incisos i y j, art. 369 de la Ley 19.550, para Sociedades constituidas en el extranjero y para Sociedades de responsabilidad limitada, respectivamente; y el art. 370 para las Sociedades en comandita por acciones.

24. Ver artículos 37 y 41 de la Ley 4035 de aguas subterráneas de la provincia de Mendoza que otorga plazos a los titulares de perforaciones existentes para denunciarlas y solicitar concesión.

25. Carlos MANES, *Le Acque Pubbliche nel Diritto Italiano Vigente*, Atheneum, Roma, 1932, Collezione di Opere Giuridiche ed Economiche, p.

42: conf. Miguel S. MARIENHOFF, *Tratado del Dominio Público*, Tea, Buenos Aires, 1960, N° 5, p. 43.

26. Conf. Alberto CORTI VIDELA, *Calificación del dominio de las aguas*, *Rev. de la Facultad de Ciencias Económicas, Univ. Nacional Cuyo*, año XI, Mendoza, 1939, N° 5, p. 25 y siguientes; contra Guillermo J. CANO, *El Derecho de Aguas en el Anteproyecto de Código Civil, L.L., Tomo 7, Sec. Doc. p. 43*.

27. Miguel S. MARIENHOFF, obra citada en nota 23, N° 46 y siguientes, p. 141 y siguientes y autores citados en texto y notas. Contra Alberto G. SPOTA, *Tratado de Derecho Civil, Tomo I, Parte General*, Buenos Aires, Depalma, 1953, vol. 3-5, p. 469.

28. Con respecto a la legislación argentina, donde la mayoría de las islas son bienes públicos del Estado (artículo 2340, inciso 6) el Proyecto de Reforma al Código Civil de 1936 en su artículo 119 las desafectaba del dominio público, incluyéndolas en el dominio privado del Estado, siempre que no pertenezcan a particulares".

29. El Código civil español explicita esta solución en el artículo 341: "Los bienes de dominio público, cuando dejen de estar destinados al uso general o a las necesidades de la defensa del territorio, pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado".

30. Contra Miguel S. MARIENHOFF, *Régimen y legislación de aguas públicas y privadas*, Perrot, Buenos Aires, 1971, N° 311, p. 444.

31. Ver Alberto G. SPOTA, *Tratado de Derecho de Aguas, Tomo II*, ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1941, N° 616 y siguientes, p. 156 y siguientes.

32. Tal es el criterio de la Ley de Aguas Subterráneas de Mendoza, citada en nota 22, para la adjudicación de concesiones de uso de aguas subterráneas, art. 7.

33. Tal es el criterio de los artículos 4, 30 y 37 de la llamada Ley de Aguas del 8 de abril de 1898, reformatoria del sistema del Código Civil francés en la materia.

34. Este criterio, en materia de concesiones de uso de aguas públicas, es seguido por la mayoría de los códigos modernos en latinoamérica. Ver Sebastián MARTÍN

RETORTILLO, Problemas actuales de la ordenación jurídica de los recursos hidráulicos, Caracas, ed. Coplanarh, 1966, p. 70 y ss.

35. Joaquín LÓPEZ, obra citada en nota 2, p. 139 y Dominio de las aguas, en Memoria del Primer Seminario de Legislación de Aguas, San Salvador, El Salvador, 1971, p. 39 y siguientes.

36. Ver, por ejemplo, sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en caso "Seleme, José c/ Provincia de Catamarca", J.A. Tomo 61, p. 5 y siguientes, con respecto a aguas de una determinada fuente.

37. Si consideramos, conforme a la doctrina de la Corte Suprema de la Nación en el caso "Provincia de Mendoza c/ Cía. de Ferrocarriles Gran Oeste Argentino y Buenos Aires al Pacífico" (J.A. tomo 12, p. 648) y las opiniones de Guillermo L. ALLENDE (Derecho de Aguas con acotaciones hidrológicas, Eudeba, Buenos Aires, 1971, nota 220, p. 383) y Miguel S. MARIENHOFF (obra citada en nota 28, N° 332 y siguientes, p. 458 y siguientes), que las aguas subterráneas son privadas al declararse públicas por la reforma, sostiene MARIENHOFF (La reciente reforma del Código Civil en materia de aguas, J.A., Serie Contemporánea, Doctrina 1970, p. 255 y Acerca de la reciente reforma al Código Civil en materia de aguas, J.A., Serie contemporánea, Doctrina 1974, p. 674), que aun

cuando los superficiarios no hubieran hecho uso actual de las aguas, es procedente la indemnización. No compartimos este criterio por los motivos expresados en el texto y

los que se exponen en la obra citada en nota 16 (p. 77 a 79). Conf. Guillermo A. Borda, La reforma del Código Civil. Bienes y Cosas, E.D., tomo 31, p. 1023.

38. El Dr. Miguel S. MARIENHOFF (Condición jurídica de las Nubes. Nuevas Sugerencias, J.A. 1976-III, p. 683), considera que las nubes en el derecho argentino actual son res nullius; sostiene la misma tesis el Dr. Guillermo L. ALLENDE (obra citada en nota anterior, p. 309).

No compartimos la opinión de estos ilustres tratadistas. Entendemos que después de la reforma del Código Civil argentino por ley 17.711, las nubes ingresaron al dominio público del Estado por ser aguas en una de las etapas del ciclo hidrológico, que tienen aptitud para satisfacer usos de interés general (ver Código de Aguas de Córdoba, ley 5589, artículos 157 a 159 y sus notas y Jesús L. ABAD HERNANDO, El Derecho Administrativo y el Derecho del Agua, en J.A. tomo 29 - 1975, p. 714).

39. Miguel S. MARIENHOFF, Régimen... cit. En nota N° 28, p. 306 y siguientes, p.433 y siguientes; Alberto G. SPOTA, ob. cit., nota 29, tomo II, N° 614 y siguientes, p. 153 y siguientes; Guillermo J. CANO, Estudio de Derecho de Aguas, ed. Valerio Abeledo, Mendoza, 1943, p. 169 y siguientes.

40. Guillermo L. ALLENDE, obra citada en nota 35, p. 326 t siguientes.

41. Miguel S. MARIENHOFF, obra citada en nota 28, N° 284 y siguientes, p. 380 y siguientes.

42. Alberto G. SPOTA, obra citada en nota 29, N° 855 y siguientes, p. 459 y siguientes. Guillermo J. CANO, Repercusión Económica de la Jurisprudencia en materia de Aguas de Fuente o Manantiales. Sobre la publicidad de los Derechos de Agua, J.A. 1944-II, pa. 289. Con diferentes argumentos, sostiene la prevalencia del carácter público Guillermo L. ALLENDE, obra citada en nota N° 35, p. 283.

43. Alberto G. SPOTA, obra citada en nota 29, N° 890 y siguientes, p. 516; Rafael GUEVARA, El Dominio de las Aguas Subterráneas, Fac. de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, 1941, p. 48 y siguientes; Carlos WAUTERS, Las Aguas Subterráneas en nuestra legislación civil, Anales de la Sociedad Científica Argentina, Buenos Aires, 1937, p. 8 y siguientes; Alejandro Von der HEYDE GARRIGOS, Elementos para legislar en materia de Aguas Subterráneas, ed. del autor, Buenos Aires, 1941.

44. Proyecto de Ley de Aguas para la provincia de Mendoza, Dres. Miguel S. MARIENHOFF, Alberto CORTI VIDELA e Ingeniero Ludovico IVNISEVICH, nota N° 119 al art. 137, ed- Oficial del Gobierno de la Provincia de Mendoza, Mendoza, 1940; y Guillermo J. CANO, Reseña Crítica de la Legislación y Administración de Agua en Mendoza, ed. del autor, Mendoza, 1967, N° 36, p. 30.

45. Supra 2 A y nota 34.

46. Conf. Miguel S. MARIENHOFF, obra citada en nota 28, N° 421 y siguientes, p. 570 y siguientes.

47. Ver Supra N° 1 A. Conf. Joaquín LÓPEZ, Adecuación de normas jurídicas en función al uso conjunto de aguas superficiales y subterráneas, INELA, Mendoza, 1976, T. III, p. 68 y siguientes.

48. Ver Supra N° 1 B c. Conf. Joaquín LÓPEZ, Mejoras en la legislación a corto plazo, Primer Congreso El Agua y el Futuro de la Economía Regional, Conclusiones y Recomendaciones, Mendoza, 1975, p. 91, referido a la ley 930 de la provincia de

Mendoza, cuya interpretación se había discutido, afirmando unos que había prorrogado sine die el término de caducidad de las concesiones por falta de uso y otros que sólo había concedido un nuevo plazo de 5 años a partir de su vigencia, 1927. En el primer caso las concesiones no usadas mantienen su vigencia actual, en el segundo, caducaron en 1932, las que no se usaron a partir de 1927.

49. Ver supra 2 C a.

50. Ver supra 2 C c.

51. Ver supra III; conf. Rafael BIELSA, Derecho Administrativo, sexta edición, La Ley, Buenos Aires, 1964, T. III, N° 640, p. 471 y nota 19 y autores citados en nota 25.

52. Ver supra III, 2a. Conf. Fernando GARRIDO FALLA, Tratado de Derecho Administrativo, 3ª ed., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1966, vol. II, p. 208 y siguientes.

53. Ver supra II 1. Conf. Marcelo PLANIOL, obra citada en nota 18.

54. Ver autores citados por Alberto SPOTA, obra citada en nota 29, Tomo I, N° 231, p. 409 y siguientes y notas 578 y 586; n° 232, p. 507 y siguientes; N° 244, p. 551 y siguientes y Tomo II, N° 528, p. 24 y siguientes. Con posterioridad a la publicación de esta obra la doctrina italiana ha mantenido el mismo criterio; ver entre otros Giuseppe COLETTI, Rassegna di Giurisprudenza sulle acque ed impianti elettrici, A. Giuffrè, Milán, 1956, N° 7, p. 12 y siguientes y Emilio MICOLI, Le acque pubbliche, Unione Tipografico, Turín, 1958, N° 36 y siguientes, p. 53 y siguientes; Mario BUSCA, Le acque nella legislazione italiana, Unione Tipografico, Turín, 1962, N° 45, p.94 y siguientes sostiene de iure condito, la misma doctrina, más de iure condendo indica que este particular tema debería ser resuelto teniendo en cuenta sobre todo razones de equidad.

55. Hernando DEVIS ECHANDÍA, El régimen de las aguas en derecho colombiano, Antena, Bogotá, 194, N° 9 y siguientes, p. 31 y siguientes.

56. Allan Randolph BREWER CARIAS, Derecho y Administración de las Aguas y otros Recursos naturales renovables. Colección Derecho y Desarrollo N° 2, Universidad Central de Venezuela, Caracas, 1976, p. 85 y siguientes. Y autores citados en notas 108, 109 y 110. Conf. Recomendaciones de la II Conferencia de la Asociación Internacional de Derecho de Aguas, Caracas, febrero de 1976. Recomendaciones para acción en ámbitos nacionales, A. 8.

57. Miguel S. MARIENHOFF, Tratado de Derecho Administrativo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, Tomo IV, N° 1646, p. 714 y siguientes. Conf. Eduardo GARCÍA de

ENTERRÍA, Los principios de la nueva ley de expropiación forzosa, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, p. 177 y siguientes.

58. Sebastián MARTÍN RETORTILLO, obra citada en nota 32, p. 64.

59. Sobre diversos sistemas ver en general: Naciones Unidas, Water Legislation in Asia, and the Far East, Water Resources Series, N° 31, Naciones Unidas, Nueva York, 1967; FAO, Water law in selected European countries, Legislative Studies N° 10, FAO, ROMA, 1975; Dante A. CAPONERA, Water laws in Moslem countries, Irrigation and Drainage Paper 20/1, FAO, Roma, 1973; Conference on global water law systems, Colorado State University, Fort Collins, Colorado, 1976, 4 volúmenes. En especial sobre cambio de legislación: National Water Commission, Water policies for the future, Final Report to the President and the Congress of the United States, Washington, 1973, p. 280 y siguientes; Frank J. TRELEASE, Cases and Materials on Water Law Resource, Use and Environmental Protection, 2ª ed., West Publishing Company, Saint Paul, Minnesota,

1974, p. 435 y siguientes; Ludwick A. TECLAFF, Captación y aprovechamiento de aguas, estudio comparado de los regímenes jurídicos, Naciones Unidas, Nueva York 1974, p. 224 y siguientes, texto y notas, y Sandford D. CLARK, Guidelines for the drafting of water codes, General principles and Legislative examples, Water Resources Series N° 43, Naciones Unidas, Nueva York, 1973, p. 19 y siguientes, 38 y 69 y siguientes.

60. Es de observar que la ley habla de derechos legítimamente adquiridos por lo que para que estos sean respetados es menester acreditar su legitimidad. Conf. R. GAY de MONTELLA y C. MASSO ESCOFET, Tratado de legislación de aguas públicas y privadas, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1956, Tomo I, N° 285, p. 639 y Ángel CARMONA HERNÁNDEZ, Manual de Aguas, Bayer, Barcelona, 1976, p. 158, que remarca que la posesión o dominio deben ser logrados con títulos de legítimo origen y eficacia jurídica.

61. Código de Aguas de la provincia, ley N° 775, edición oficial con fundamentos y antecedentes, Salta 1947; exposición de motivos, p. 69 y notas a los artículos 384 y siguientes, p. 129 y siguientes.

62. Guillermo J. CANO, Las leyes de aguas en Sudamérica, Cuaderno de Fomento Agropecuario N° 56, FAO, Roma, 1956, p. 97 y notas 154 y 155.

63. Este sistema de transformación de bienes privados en públicos por no uso en un determinado lapso es el de la ley de Tierras Ociosas de Méjico y fue propugnado por los

diputados Francisco BEIRO y Carlos J. RODRÍGUEZ en proyecto presentado al Congreso en 1921, según el cual el no uso de la tierra privada durante 15 años transforma el dominio privado de los particulares en dominio del Estado.

64. Proyecto de Código Nacional del Ambiente y de los Recursos Naturales Renovables. Edición mimeografiada, Instituto de Desarrollo de los Recursos Naturales Renovables, Ministerio de Agricultura, Bogotá, 1974, Art. 143, inciso a.

65. Guillermo J. CANO, Anteproyecto de Legislación Nacional de Aguas, Buenos Aires, 1972, Exposición de motivos. Ley sobre dominio de las aguas y bienes conexos. Reformas sustanciales, p. XIX.

66. Código de Aguas, Texto Oficial, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 1972.

67. Nicaragua, Ministerio de Economía, Industria y Comercio, Investigaciones de Aguas Subterráneas en la región del Pacífico de Nicaragua, Anteproyecto de Código de Aguas para Nicaragua, Naciones Unidas, Managua, Nicaragua, 1973.

68. Código citado en nota anterior. Exposición de motivos, capítulo III y capítulo IV, Libro VII.

69. Ver supra III, 2 B c.

70. Ley 5589, citada en nota 36.

71. Ver Alberto CORTI VIDELA, citado en nota 24.

72. Ley 5589, Exposición de Motivos, p. 19.

73. Ver supra III 2 A.

74. Ver supra III 2 B c.

75. Ver opinión de ROUBIER citada en nota 20.

76. Ver opiniones citadas en notas 50 y 55.

77. Ver en Pedro LIRA URQUIETA y Lorenzo DE la MAZA, Régimen legal de las aguas en Chile, Nascimento, Santiago, 1940, sobre naturaleza de las aguas estancadas o represadas, p. 27 y siguientes y notas 5, 6 y 7; sobre aguas de vertiente, p. 47 6 nota 1; sobre aguas subterráneas, p. 37 y siguientes, y notas 2 a 5, y sobre desagües o derrames, p. 55 y siguientes y notas 23 a 26.

78. Anteproyecto de Ley General de Aguas y de Ley de Autoridades de Aguas de Bolivia, INELA, Mendoza, 1972.

79. Anteproyecto citado en nota anterior, p. 29 y 30. Al respecto es de remarcar que aunque uno de los autores de este trabajo integró la Comisión Redactora del

Anteproyecto, estas expresiones reflejan las opiniones de la Comisión, no la de todos sus integrantes. Entre los criterios discrepantes se encontraba el del coautor de este trabajo.

80. Ministry of Water an Power, Iran Water Law and the Manner of Water Nationalization, Teheran, Irán, 1968.

81. Ley de Aguas, Ley de creación de INERHI y reglamento de la ley de aguas, Instituto Ecuatoriano de Recursos Hidráulicos, sin fecha ni pie de imprenta.

82. Proyecto de Ley de Aguas, COPLANARH, Publicación N° 47, Caracas, 1976.

83. Ley General de Aguas y su reglamento, República Peruana, Ministerio de Agricultura, Dirección General de Aguas, Lima, 1976.

84. State of Israel, Ministry of Agricultura, The Water Laws of Israel, 2ª edición, editada por S. Aloni, Hakiryra, Tel Aviv, 1970.

85. Saúl ALONI, obra citada en nota anterior, p. IV.

86. Sebastián MARTÍN RETORTILLO, Aguas públicas y obras hidráulicas, Estudios jurídico-administrativos, Tecnos, Madrid, 1966, p. 375.

87. Ministerio de Obras Públicas de la provincia de Buenos Aires, Proyecto de Código de Aguas para la provincia de Buenos Aires, Guillermo Kraft Ltda., La Plata, 1939, p. XXX

88. Sebastián MARTÍN RETORTILLO, obra y lugar citados en nota 56.

89. Sobre problemas constitucionales de aplicación de nuevas leyes de aguas, ver National Water Commision, Final Report..., citado en nota 57, p. 280 y siguientes.

90. La controversia sobre el carácter de las aguas es muy común en América Latina; ver sobre el particular el cuadro demostrativo de la situación existente en 1971, en Joaquín LÓPEZ, Dominio de las aguas, citado en nota 33, p. 3, 14 y siguientes.