

## El camino de sirga

POR JUAN JOSÉ GUARDIOLA

I. El art. 1974 del Código Civil y Comercial de la Nación reprodujo el art. 1914 del Proyecto de Código Civil de 1998, manteniendo dentro de los límites al dominio al tradicionalmente llamado “camino de sirga”, regulado en el Código de Vélez en los arts. 2639 y 2640.

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

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

En la nota de elevación del Anteproyecto la Comisión redactora no formuló ninguna consideración en concreto a esa norma. La que sí estaba presente en los Fundamentos del Proyecto de 1998 en donde se expresaba “Se reduce el camino de sirga de 35 a 15 metros, pues esta última extensión, que excepcionalmente aceptó Vélez Sarsfield, es adecuada para la finalidad económica social que lo justifica y de ese modo se reintegrarán a la plena explotación vastas extensiones en todo el territorio de la República, con la presumible repercusión económica que ello importará. Al imponerse el camino de sirga con relación a cualquiera de las orillas de los cauces o sus playas, aptos para el transporte por agua, están también alcanzados los lagos con tal aptitud”.

De la misma y la lectura comparativa con los preceptos derogados surgen dos modificaciones significativas: la primera y más importante en cuanto a la extensión que pasó a ser uniformemente de 15 metros en relación a la genérica de 35 metros anterior, sin distinción a si las aguas atraviesan o no una ciudad o población. La segunda en cuanto a las aguas que se aplica. En todo lo demás, más allá del cambio de redacción, no se innovó, ya sea porque mantuvo criterios doctrinario-jurisprudenciales anteriores o no se pronunció en forma categórica sobre algunas cuestiones dudosas que existían y persisten en

cuanto al contenido específico que hace a la finalidad del instituto.

Ni siquiera se le dio un nombre distinto sino que se consignó en forma expresa la tradicional —no presente en el Código de Vélez— de camino de sirga que rememora una forma de navegación por tracción desde las orillas con cuerda gruesa, que ya resulta anacrónica (1), en vez de “camino de ribera” que fue sugerido por las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Universidad de Buenos Aires 2013 Comisión 5 punto 10) en las

(1) Sobre lo que creo innecesario detenerme remitiendo para la indagación sobre esa práctica a dos excelentes obras especialmente tenidas en cuenta para este trabajo, las de los maestros Guillermo L. Allende “Derecho de aguas con acotaciones hidrológicas” EUDEBA Cap. V p. 199 y ss y Miguel S. Marienhoff, “Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas” Biblioteca de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Bs. As. N° 9, Cap. VIII, Sec. 3ª, p. 331 y ss. y “Tratado de Derecho Administrativo” T. VI 3ª ed., Abeledo Perrot, p. 461 y ss. Son cita obligada las Institutas de Justiniano Libro II Tit. I párr. 4: “También es de derecho de gentes el uso público de las riberas, como el del mismo río; y así, cualquiera es libre de atracar en ellas una nave, de atar maromas a los árboles allí nacidos y de poner en ellas cualquiera carga, así como de navegar por el río mismo. Mas la propiedad de éstas es de aquellos con cuyos predios colindan, por cuya causa también son de los mismos los árboles en ellas nacidos”; el Digesto Libro XLIII Título XII, Ley 1: “Ulpiano Comentarios al Edicto Libro XLVIII Dice el Pretor “No hagas en río público o en su orilla, ni introduzcas en río público ni en su orilla cosa alguna por la cual se haga peor para las naves la estancia o el paso”, agregando en el párrafo 14 *infine* “Si se impidiera el camino pedestre, no por eso se deteriora menos el paso para las embarcaciones”. Y la Partida 3ª de Alfonso el Sabio Título XXVIII Ley VI que dice: “Los ríos e los puertos e los caminos públicos pertenecen a todos los ome comunamente; en tal manera que también pueden usar dellos los que son de otra tierra estraña, como los que moran e biven en aquella tierra. E como quier que las riberas de los ríos son quanto al Señorío de aquellos cuyas son las heredades a que están ayuntadas; con todo esso, todo ome puede usar de dellas, ligando a los arboles que están y sus navios, e adosando sus naves e sus velas en ellas, e poniendo y sus mercaderías; e pueden los pescadores poner sus pescados, e venderlos, e enxugar y sus redes, e usar de las riberas de todas las otras semejantes destas, que pertenecen al arte e al menester por que biven”.

que también se recomendó la extensión no mayor de 15 metros.

Desde la elaboración y sanción del nuevo Código se han venido oyendo voces críticas en cuanto a la reforma (basta con ingresar a YouTube para ver diferentes videos en ese sentido, incluso reportaje con inquietudes sobre el tema a una de los integrantes de la Comisión redactora Dra. Kemelmajer de Carlucci), a tal punto que en la 10ª Sesión ordinaria del período legislativo 2015 el Senado de la Nación dio media sanción a un proyecto (147-S-2015) que sobre la base de la iniciativa de la Senadora Odarda fue propuesto conjuntamente con los senadores García Larraburu, Pichetto, Solanas, Giustiniani y Bermejo, por el cual el art. 1974 quedaría redactado como el antiguo art. 2639. Con dictamen favorable de las Comisiones de Legislación general y de Intereses marítimos, fluviales, pesqueros y portuarios de la Cámara de Diputados de la Nación, el mismo estuvo a punto de ser tratado en la sesión del 30 de noviembre del corriente (Orden del día n° 911), siendo de señalar que también presentaron proyectos los Diputados Rogel (1745-D-2015 en el mismo sentido que el aprobado por Senado) los Diputados Donda, Perez-Duclós (3391-D-2015 que introduce una distinción en relación a los bienes del dominio público, los bienes comunes, a través de un nuevo artículo, el 235 bis), los Diputados Cleri, Estévez, Rach Quiroga y otros (1112-D-2016 que manteniendo la franja de 35 metros incorpora que "Esta franja es de acceso público, libre y gratuito, y cumple una función ambiental, social, cultural, deportiva y/o recreativa. Las autoridades locales están obligadas a garantizar las funciones otorgadas a dicho espacio con el debido control y cuidado del medio ambiente").

En primer lugar no puedo dejar de señalar la sorpresa que me causa la trascendencia que con la reforma se dado a este instituto, cuando varias y autorizadas voces se alzaron desde hace tiempo por su lisa y llana derogación. Así los había ya propuesto en 1912 Joaquín V. González en un proyecto que presentara como Senador por La Rioja por lo "atrasado e inconsistente" de aquella disposición, agregando que "La policía de las costas no necesita esta zona de 35 metros a los largo de todas las costas y de todos los ríos navegables de la República para ejercer sus funciones y porque ésta se practica en vapores y medios propios que hacen innecesaria esta invasión de la propiedad

particular con tales propósitos" (2) Bibiloni, quien en su Anteproyecto —arts. 2491 y 2492— mantenía las disposiciones del Código de Vélez, suprimiendo sólo "los canales" (3) y agregando a los lagos, en la nota (4) reflexiona que "nuestro Código no solamente ha fijado una extensión que ninguna legislación europea ni americana admite, sino que todavía ha declarado que no se trata como en las leyes de Partida de un uso y paso limitados a la navegación" (sobre esto último luego volveré), pero como está desde hace tanto en tiempo en vigencia le "ha parecido inoportuno proyectar una disposición más moderada". También el maestro Borda (5) proponía su derogación. Igualmente, resulta de provecho el intercambio por correo electrónico de dos grandes juristas Chávarri y Moisset de Espanés sobre el tópico que puede consultarse en [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcaminodesirga/at.../file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcaminodesirga/at.../file), coincidiendo en su falta de aplicación en la práctica y en la conveniencia de su reducción a límites menores que el ahora consagrado (6).

No obstante celebro que el mismo haya servido de excusa u ocasión para un debate mucho más amplio referido a la conservación y utilización de los recursos acuíferos y todo lo vinculado a ello, aunque veremos no es por medio del camino de sirga que ello se logrará (7).

(2) OTTONELLO, Néstor, "Joaquín V. González y el Código Civil. Su propuesta respecto de los artículos 2639 y 2640" La Ley Supl. Actualidad 1/9/2005, 1; Marienhoff, "Régimen..." N° 275.

(3) Ya que por tratarse de un curso de agua de creación artificial, la obra pública que lo crea o transforma en una vía navegable o flotable, debe realizarse con expropiación o con indemnización. Coinciden en que deberían ser excluidos los canales: Laquis Manuel Antonio "Derechos Reales" Depalma T. IV p. 546; Villegas Basavilbaso, Benjamín, "Derecho Administrativo" T. VI, TEA 1956, p. 251; Allende ídem p. 220; Marienhoff, "Tratado..." N° 2200, p. 492.

(4) Ver Tomo III del Anteproyecto publicado por Valerio Abeledo, 1930, ps. 270/273.

(5) Reales I N° 481.

(6) También recomiendo leer la carta que como Crítico dirigió Moisset de Espanés a José M. Chico [www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcaminodesirga2/at.../file](http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artcaminodesirga2/at.../file).

(7) Vale aquí tener presente los interrogantes que doctrinaria y legislativamente se suscitan dado nuestra organización federal sobre la conveniencia de uniformarla legislación de aguas por vía de una ley especial o a través del propio código civil, con una regulación dispersa como se mantuvo o a través de un capítulo específico. Ver las obras de los autores citados en nota 1.

II. Dicho esto, pasemos a analizar los dos aspectos en que se introdujeron reformas:

1) **Extensión de la faja o franja.** Los 35 metros previstos por el Código de Vélez tiene como antecedente las 40 varas (8) por cada lado del río desde la Boca hasta el Riachuelo que mandó dejar sin zanjear el decreto del 6 de noviembre de 1823 suscripto por el Gobernador de Buenos Aires Martín Rodríguez y su Ministro de Gobierno Bernardino Rivadavia. Esa misma extensión fue avalada por el decreto que este último dictó siendo Presidente el 29 de noviembre de 1826 para hacer efectivo aquel, mandando cerrar las zanjas existentes en ese espacio y posteriormente por un Decreto Nacional del 9 de agosto de 1864. Según Spota (9) esa medida podría tener su origen en la distancia de la ribera de las primeras reparticiones de tierra que hizo Garay.

En cuanto a cómo se computa, respecto a la normativa actual, debe tenerse en cuenta que el art. 235 inc. c del CCCN prescribe que *"Se entiende por río el agua, las playas y el lecho por donde corre, delimitado por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias"*, modificando así el criterio del art. 2340 inc. 4 del Código anterior reformado por la ley 17711 que fijaba la ribera según las "crecidas medias ordinarias" Es decir se volvió al límite anterior de Vélez que dimanaba del art. 2577 que no había sido modificado según el cual se tomaban en cuenta las más altas aguas en su estado normal, el *plenissimum flumem* de Paulo. Está sometida a las alternativas o modificaciones que experimente el curso de agua (vgr. aluvión) (10) y alcanza a todos los propietarios que estén comprendidos en esa franja aunque sus inmuebles no linden con el curso de agua (11).

(8) 1 vara aprox. 0,84 mt., lo que da una cierta equivalencia entre las 40 varas y los 35 metros del art. 2639.

(9) "Tratado de Derecho de aguas", T. I, Ed. Jesús Menéndez, 1941, ps. 293/4, nota 481. En contra Villegas Basavilbaso (ídem p. 231) que sostiene que se innovó en relación a la legislación castellana que lo fijaba en ocho pies en la parte recta del río y de dieciséis pies en las vueltas del mismo.

(10) LEGÓN, Fernando, "Tratado de los derechos reales en el Código y en la reforma" Valerio Abeledo, 1943 T. VII, p. 86/7; Salvat Raymundo - Novillo Corvalán Sofanor "Derechos Reales", T. II, 4ª ed. TEA 1952 N° 1086, p. 354; Garrido Roque-Andorno Luis, "Código Civil Anotado Libro III", T. II, Ed. Zavalla, p. 363.

(11) MARIENHOFF, "Tratado..." N° 2192, p. 465.

Veamos cómo está regulado en otros países:

\* En Uruguay, el Código de Aguas N° 14.859 dispone dos servidumbres: a) la de salvamento (art. 109 que dispone "Los terrenos lindantes con el Océano Atlántico, con los ríos de la Plata, Uruguay, Cuareim y Yaguarón y con la Laguna Merín estarán sujetos a servidumbre de salvamento, en una faja de veinte metros desde la margen de las aguas. Los terrenos contiguos a los demás ríos, arroyos, lagos y lagunas navegables o flotables estarán sujetos a idéntica servidumbre, en una faja de cinco metros determinada en la misma forma". En el art. 138 establece a su respecto que "Todos los inmuebles de la República quedan afectados a la servidumbre de salvamento cuando, por acción o amenaza de las aguas, estuvieren en peligro vidas humanas y, por razones de proximidad o seguridad, o por requerirlo así las operaciones de salvataje, fuere conveniente trasladar a dichos inmuebles a las víctimas del siniestro o a quienes corrieren peligro inminente, así como sus efectos personales. El Poder Ejecutivo, o la autoridad encargada del salvamento, en su caso, dispondrá lo pertinente para hacer efectiva en cada oportunidad esta servidumbre". Y b) la administrativa de sirga de la siguiente forma: "Artículo 129: La servidumbre de camino de sirga consiste en la obligación de dejar expedita en las propiedades privadas una senda de tres a diez metros de ancho contigua a la línea superior de la ribera, en los ríos, arroyos, lagos y lagunas navegables o flotables. Esta senda será destinada al servicio de las actividades de la navegación y flotación. A los efectos de este artículo se entenderá por margen de las aguas la línea de altura de las mismas en el tiempo o en los sucesivos lapsos en que se hiciera uso efectivo de la servidumbre. Por consiguiente, el límite de esta faja de salvamento subirá o descenderá conforme el agua del mar, ríos o lagos avance o se retire. Artículo 130: La servidumbre de camino de sirga sólo se impondrá por resolución expresa del Poder Ejecutivo, en la cual se individualizarán los ríos, arroyos, lagos o lagunas y los trayectos, lugares o pasos en donde será aplicable, y en dicha resolución se fijará el ancho de la senda dentro de los límites establecidos en el artículo anterior. Si nada se hubiera especificado, se entenderá fijado el ancho menor. Artículo 131: Decretada la servidumbre, no podrán hacerse plantaciones, siembras, cercos, zanjas ni cualesquiera otras obras o labores que embaracen el uso del camino de sirga. El dueño del terreno podrá,

no obstante, aprovecharse exclusivamente de la vegetación baja que naturalmente se críe en él. Las ramas de los árboles que ofrezcan obstáculos a la navegación o flotación, o al uso del camino, serán cortadas a conveniente altura. Artículo 132: No podrá imponerse la servidumbre sobre inmuebles donde existan edificios o construcciones permanentes. En tales casos, cuando la administración considere necesario establecer el camino de sirga a través de las partes edificadas o construidas de un predio, deberán expropiarse los terrenos ocupados por dichos edificios o construcciones. Artículo 133: Cesará la servidumbre de camino de sirga que se hubiese impuesto, cuando el río, arroyo o laguna navegable o flotable pierda permanentemente dichas características”.

\* En Paraguay (12) el C.Civil en su art. 2011 prescribe: “Restricción de dominio en interés de la navegación. Las riberas de los ríos o lagos navegables, aunque pertenezcan a propiedades privadas, estarán sujetas a una restricción de dominio en interés público de la navegación, en una extensión de diez metros, conforme a las disposiciones de las leyes especiales”. Es de recordar que en el Anteproyecto de Código Civil del Paraguay (13) de Luis De Gásperi los arts. 2648 y 2649 reproducían al Código de Vélez con la modificación de Bibiloni.

\* En Chile el C. Civil dispone: “De las servidumbres legales Art. 839. Las servidumbres legales son relativas al uso público, o a la utilidad de los particulares. Las servidumbres legales relativas al uso público son: El uso de las riberas en cuanto necesario para la navegación o flote, que se regirá por el Código de Aguas; Y las demás determinadas por los reglamentos u ordenanzas respectivas”. Por su parte el Código de aguas Chile DFL 1122 regula (g) De la servidumbre de camino de sirga Artículo 103- Los dueños de las riberas serán obligados a dejar el espacio necesario para la navegación o flote a la sirga. Artículo 104- El Director General de Aguas clasificará los ríos navegables y flotables, y determinará al mismo tiempo la margen y el ancho de ellos por donde haya de llevarse el camino de

sirga. Sólo en estos ríos podrá imponerse la servidumbre de que trata este párrafo. Si el camino abarcare más de la zona señalada, se abonará a los dueños de los predios sirvientes el valor del terreno que se ocupe. Artículo 105- Cuando un río navegable o flotable deje de serlo permanentemente, cesará también la servidumbre del camino de sirga, sin que los dueños de los predios tengan que devolver las indemnizaciones recibidas. Artículo 106- La servidumbre de camino de sirga es exclusiva para las necesidades de la navegación o flotación. No podrá emplearse en otros usos”.

\* En Bolivia la Ley de Aguas del 26 de octubre de 1906 dispuso: “Art. 51. Se entiende por riberas de un río o arroyo, navegable o flotable en todo o en parte, las fajas o zonas laterales de sus alveos que solamente son bañadas por las aguas que no causan inundación. El dominio privado de las riberas está sujeto a la servidumbre de tres metros de zona para uso público, en el interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento. Sin embargo, cuando los accidentes del terreno lo exigiesen y lo aconsejasen, se ensanchará o se estrechará la zona de esta servidumbre, conciliando todos los intereses. Art. 151. Los predios contiguos a las riberas de los ríos navegables o flotables, están sujetos a la servidumbre de camino de sirga. La anchura de este será de un metro si se destinase a peatones, y de dos a las caballerías. Cuando lo escarpado del terreno u otros obstáculos lo exijan, el camino de sirga se abrirá por el punto más conveniente”. A su vez el art. 52 consagra la servidumbre de salvamento en los siguientes términos: las heredades colindantes al mar y a los ríos navegables o flotables están además sujetas a las servidumbres de salvamento en caso de naufragio y de vigilancia litoral en los términos establecidos en los párrafos siguientes: 1. La servidumbre de salvamento comprende una zona veinte metros contados tierra adentro, desde en límite inferior de la playa; y de ella se hará uso público en los casos de naufragio, para salvar y depositar los restos, efectos y cargamentos de los buques naufragos. También los barcos pescadores podrán barar en esta zona, cuando a ello los obligase el estado del mar o de los ríos y depositar momentáneamente en tierra sus efectos, sin causar daño a las heredades 2. Esta zona litoral terrestre o de salvamento avanzará conforme el agua del mar o de los ríos se retirase y se retirará donde el agua avanzase, porque ha de estar adherida a la playa. 3. Por los daños causados a las heredades en las ocasiones

(12) Carmelo Carlos DI MARTINO (Derechos Reales. Código Civil paraguay y leyes complementarias Ed. Marbe 12ª ed. p. 118) dice que “Se mantiene para circunstancias en que por cualquier motivo una embarcación pesquera o no necesita adosarse a tierra para lo cual resultan suficientes los diez metros”.

(13) Publicado por Editorial El Gráfico Asunción 1964 p. 818.

de salvamento, habrá lugar a indemnización, pero solamente hasta donde alcance el valor de las cosas salvadas, después de satisfacer los gastos de auxilios prestados y recompensa de hallazgo. 4. Consiste la servidumbre de vigilancia litoral, en la obligación de dejar expedita una vía que no excederá de seis metros de anchura demarcada por la administración pública. Esta vía se hallará dentro de la zona litoral terrestre de que habla el párrafo 1. En los parajes de tránsito difícil o peligroso, podrá internarse la vía lo estrictamente necesario. 5. La servidumbre de salvamento no es obstáculo para que los dueños de las heredades contiguas al mar y ríos mencionados, siembren, planten y levanten, dentro de la zona litoral terrestre propio edificios agrícolas y casas de recreo. 6. Para la edificación de tales sitios se dará previo conocimiento a la autoridad de marina, la cual solamente podrá oponerse cuando hubiese de resultar notorio impedimento al ejercicio de la servidumbre. 7. La servidumbre de vigilancia da paso a la vía de que trata el párrafo 1º, 7º. La servidumbre de vigilancia da paso a la vía de que trata el párrafo 4º por terrenos cercados, lo mismo que por abiertos”.

\* En Ecuador el Código Civil determina: “De las servidumbres legales Art. 875.- Las servidumbres legales son relativas al uso público o a la utilidad de los particulares. Las servidumbres legales relativas al uso público son: El uso de las riberas, en cuanto sea necesario para la navegación o flote; Y las demás determinadas por los reglamentos u ordenanzas respectivos. Art. 876.- Los dueños de las riberas están obligados a dejar libre el espacio necesario para la navegación o flote a la sirga, y tolerarán que los navegantes saquen sus barcas y balsas a tierra, las aseguren a los árboles, las carenen, sequen sus velas, compren los efectos que libremente quieran venderseles, y vendan a los ribereños los suyos; pero, sin permiso del respectivo ribereño y de la autoridad local, no podrán establecer ventas públicas. El propietario ribereño no podrá cortar el árbol a que actualmente estuviere atada una nave, barca o balsa”. Por su parte la Ley de aguas Codificación 16, Registro Oficial 339 de 20 de Mayo del 2004 dispone en su art. 57. La faja marginal de terreno que se mantendrá obligatoriamente en las propiedades aledañas a álveos naturales, acueductos, etc., en orden a facilitar la navegación, el tránsito y más servicios, la fijará el Consejo Nacional de Recursos Hídricos, sin lugar a indemnización; sus usuarios serán responsables de los daños que causen por el mal uso”.

\* En Colombia su Código Civil prescribe “Servidumbres Legales. Art. 897. Clases de Servidumbres Legales. Las servidumbres legales son relativas al uso público, o a la utilidad de los particulares. Las servidumbres legales, relativas al uso público, son: El uso de las riberas en cuanto sea necesario para la navegación o flote. Y las demás determinadas por las leyes respectivas. Art. 898. “Servidumbre de uso de riberas”. Los dueños de las riberas serán obligados a dejar libre el espacio necesario para la navegación o flote a la sirga, y tolerarán que los navegantes saquen sus barcas y balsas a tierra, las aseguren a los árboles, las carenen, saquen sus velas, compren los efectos que libremente quieran venderseles, y vendan a los ribereños los suyos; pero sin permiso del respectivo ribereño y de la autoridad local no podrán establecer ventas públicas. El propietario ribereño no podrá cortar el árbol a que actualmente estuviere atada una nave, barca o balsa”. Y el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente decreto ley 2811 de 1974 dispone en sus arts. 83: Salvo derechos adquiridos por particulares, son bienes inalienables e imprescriptibles del Estado: a) El álveo o cauce natural de las corrientes; b) El lecho de los depósitos naturales de agua; c) Las playas marítimas, fluviales y lacustres; d) Una faja paralela a la línea de mareas máximas o a la del cauce permanente de ríos y lagos, hasta de treinta metros de ancho; e) Las áreas ocupadas por los nevados y los cauces de los glaciares; f) Los estratos o depósitos de las aguas subterráneas; y 118: Los dueños de predios ribereños están obligados a dejar libre de edificaciones y cultivos el espacio necesario para los usos autorizados por ministerio de la ley, o para la navegación, o la administración del respectivo curso o lago, o la pesca o actividades similares. En estos casos solo habrá lugar a indemnización por los daños que se causaren. Además de lo anterior, será aplicable el artículo 898 del Código Civil.

\* En Venezuela su Código Civil establece: Artículo 645.- Las limitaciones legales de la propiedad predial que tienen por objeto la utilidad pública, se refieren a la conservación de los bosques, al curso de las aguas, al paso por las orillas de los ríos y canales navegables, a la navegación aérea, a la construcción y reparación de los caminos y otras obras públicas. Todo cuanto concierne a estas limitaciones se determina por leyes y reglamentos especiales. Artículo 654.- No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, nadie puede

usar del agua de los ríos de modo que perjudique a la navegación, ni hacer en ellos obras que impidan el libre paso de los barcos o balsas, o el uso de otros medios de transporte fluvial. Tampoco podrá nadie impedir ni embarazar el uso de las riberas, en cuanto fuere necesario para los mismos fines. En los casos de este artículo no aprovecha la prescripción ni otro título". Pero por la Ley de Aguas sancionada el 2 de enero de 2007 se dispuso "Son bienes del dominio público de la Nación: 1. Todas las aguas del territorio nacional, sean continentales, marinas e insulares, superficiales y subterráneas. 2. Todas las áreas comprendidas dentro de una franja de ochenta metros (80mts.) a ambas márgenes de los ríos no navegables o intermitentes y cien, metros (100 mts.) a ambas márgenes de los ríos navegables, medidos a partir del borde del área ocupada por las crecidas, correspondientes a un período de retorno de dos coma treinta y tres -2,33- años. Quedan a salvo, en los términos que establece esta Ley, los derechos adquiridos por los particulares con anterioridad a la entrada en vigencia de la misma" (art. 6).

\* En Perú, la Ley General de Aguas decreto ley N° 17.752, el art. 79 prescribe: "En las propiedades aledañas a los álveos naturales se mantendrá libre la faja marginal de terreno necesaria para el camino de vigilancia y en su caso, para el uso primario del agua, la navegación, el tránsito, la pesca otros servicios. Las dimensiones de la faja, en una o en ambas márgenes serán fijadas por la autoridad de aguas, respetando en lo posible, los usos y costumbres establecidos. Podrán también dicha Autoridad cuando fuera necesario fijar la zona sujeta a servidumbre de abrevadero. En todos estos casos no habrá lugar a indemnización por la servidumbre pero quienes usaren de ellas quedan obligados, conforme al derecho común a indemnizar los daños que causaren tales en las propiedades sirvientes como en los casos públicos o en las obras hidráulicas".

\* En Panamá, el art. 535 del Código Civil establece: "Las riberas de los ríos, aun cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su extensión y sus márgenes, en una zona de tres metros, a la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento. Los predios contiguos a las riberas de los ríos navegables o flotables están además sujetos a la servidumbre de camino de sirga para el servicio exclusivo de la navegación y flotación

fluvial. Si fuere necesario ocupar para ello terrenos de propiedad particular, procederá la correspondiente indemnización".

\* Lo mismo dice el Código Civil de Nicaragua art. 1621. Y en su art. 1567: Las servidumbres establecidas para la utilidad pública tienen por objeto las corrientes de agua, las veredas a lo largo de los ríos y canales navegables o fáciles para el transporte, la construcción o reparo de caminos y demás obras públicas. Todo lo concerniente a esta clase de servidumbres se determina por las leyes y reglamentos especiales.

\* En Honduras, su C. Civil art. 819 dice: "Los dueños de las riberas serán obligados a dejar libre el espacio necesario para la navegación o flote a la sirga, y tolerarán que los navegantes saquen sus barcas y balsas a tierra, las aseguren a los árboles, las carenen, sequen sus velas, compren los efectos que libremente quieran venderles, y vendan a los riberanos los suyos; pero sin permiso del respectivo riberano y de la autoridad local no podrán establecer ventas públicas. El propietario riberano no podrá cortar el árbol a que actualmente estuviere atada una nave, barca o balsa". La Ley General de Aguas decreto N° 181-2009 en su art. 31 dispone "Faja de circulación y uso público: A continuación de las líneas de rivera y márgenes señalados en los Artículos 31, 32 y 33 de esta Ley y a lo largo de su extensión longitudinal, se establece una faja de dominio público para la libre circulación sin perjuicio a las fajas de protección establecidas en otras leyes, será en los ríos y quebradas de cinco metros de ancho. En el caso de playas esta faja tendrá un ancho de veinticinco metros".

\* Idéntico al anterior es el art. 841 del Código Civil de El Salvador. Está en debate un Anteproyecto de Ley General de Aguas que en su art. 120 establece Zonas de protección de fuentes superficiales de la siguiente forma: A fin de proteger adecuadamente la cantidad y calidad del agua, el MARN podrá establecer zonas de protección en el orden de los 300 - 400 metros en las riberas de los ríos, alrededor de las riberas de lagos, lagunas, embalses, fuentes de agua superficial y pozos. El MARN (Ministerio de Medio Ambiente y Recursos Naturales) estará facultado para regular el uso del suelo y las actividades que se desarrollen en dichas zonas.

\* En Costa Rica su Código Civil bajo el Título "De las cargas o limitaciones de la propiedad impues-

tas por la ley” establece “Disposiciones generales. Artículo 383.- La propiedad privada sobre inmuebles está sujeta a ciertas cargas u obligaciones que la ley le impone en favor de los predios vecinos, o por motivo de pública utilidad. Artículo 384.- Las obligaciones a causa de utilidad pública, se rigen por los reglamentos especiales. También se rigen por leyes especiales las que se refieren al ramo de aguas, aunque se establezcan en interés o beneficio directo de particulares”. La Ley General de Aguas N° 276 de 1942 Artículo 10.- El libre uso del mar litoral, ríos navegables, ensenadas, radas, bahías y abras, se entiende para navegar, pescar, embarcar, desembarcar, fondear y otros actos semejantes, conforme a las prescripciones legales o reglamentarias que lo regulen y siempre que ese uso no haya sido objeto de una concesión particular o de reserva del Estado. En el mismo caso se encuentra el uso de las playas, el cual autoriza a todos, con iguales restricciones, para transitar por ellas, bañarse, tender y enjugar ropas y redes, verar, carenar y construir embarcaciones, bañar ganado y recoger conchas, plantas y mariscos.

\* En México el C. Civil Federal dispone: “Artículo 844.- Las servidumbres establecidas por utilidad pública o comunal, para mantener expedita la navegación de los ríos, la construcción o reparación de las vías públicas, y para las demás obras comunales de esta clase, se fijarán por las leyes y reglamentos especiales, y a falta de éstos, por las disposiciones de este Código. Artículo 1070.- Todo lo concerniente a las servidumbres establecidas para la utilidad pública o comunal, se regirá por las leyes y reglamentos especiales y, en su defecto, por las disposiciones de este Título”. A su vez la Ley de Aguas Nacionales establece en su art. 3 punto XLVII. “Ribera o Zona Federal”: Las fajas de diez metros de anchura contiguas al cauce de las corrientes o al vaso de los depósitos de propiedad nacional, medidas horizontalmente a partir del nivel de aguas máximas ordinarias. La amplitud de la ribera o zona federal será de cinco metros en los cauces con una anchura no mayor de cinco metros. El nivel de aguas máximas ordinarias se calculará a partir de la creciente máxima ordinaria que será determinada por “la Comisión” o por el Organismo de Cuenca que corresponda, conforme a sus respectivas competencias, de acuerdo con lo dispuesto en los reglamentos de esta ley. En los ríos, estas fajas se delimitarán a partir de cien metros río arriba, contados desde la desembocadura de éstos en el mar. En los cauces con anchura no

mayor de cinco metros, el nivel de aguas máximas ordinarias se calculará a partir de la media de los gastos máximos anuales producidos durante diez años consecutivos. Estas fajas se delimitarán en los ríos a partir de cien metros río arriba, contados desde la desembocadura de éstos en el mar. En los orígenes de cualquier corriente, se considera como cauce propiamente definido, el escurrimiento que se concentre hacia una depresión topográfica y forme una cárcava o canal, como resultado de la acción del agua fluyendo sobre el terreno. La magnitud de la cárcava o cauce incipiente deberá ser de cuando menos de 2.0 metros de ancho por 0.75 metros de profundidad”.

\* En España el Código Civil regula “De las servidumbres legales// en materia de aguas Artículo 553. Las riberas de los ríos, aun cuando sean de dominio privado, están sujetas en toda su extensión y sus márgenes, en una zona de tres metros, a la servidumbre de uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento. Los predios contiguos a las riberas de los ríos navegables o flotables están además sujetos a la servidumbre de camino de sirga para el servicio exclusivo de la navegación y flotación fluvial. Si fuere necesario ocupar para ello terrenos de propiedad particular, procederá la correspondiente indemnización”. Además el Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Aguas dispone en su art. 6 que “...Las márgenes están sujetas, en toda su extensión longitudinal: a) A una zona de servidumbre de cinco metros de anchura, para uso público que se regulará reglamentariamente. b) A una zona de policía de 100 metros de anchura en la que se condicionará el uso del suelo y las actividades que se desarrollen”, esta última previsión vinculada a lo dispuesto por el art. 9 del Real Decreto 849/1986 que exige autorización para: a) Las alteraciones sustanciales del relieve natural del terreno. b) Las extracciones de áridos. c) Las construcciones de todo tipo, tengan carácter definitivo o provisional. Y d) Cualquier otro uso o actividad que suponga un obstáculo para la corriente en régimen de avenidas o que pueda ser causa de degradación o deterioro del estado de la masa de agua, del ecosistema acuático, y en general, del dominio público hidráulico.

\* El Código Civil francés estatuye al ocuparse de la Adhesión. Art. 556: Los terrenos y acrecimientos que se forman sucesiva e impercepti-



blemente en los fondos de los ríos se denominan aluvión. El aluvión pertenece al dueño de las orillas del río, ya se trate de un río navegable y flotable o no; en el primer caso quedando a cargo de dejar el paso o camino de sirga conforme a los reglamentos. Y en el Capítulo de servidumbres establecidas por la ley, art. 650: Las establecidas para la utilidad pública o municipal tienen por objeto el camino de sirga a lo largo de los ríos navegables y flotables, la construcción o reparación de los caminos y otras obras públicas o municipales. Todo lo que se refiere a esta especie de servidumbre está determinado por leyes o reglamentos particulares.

Recordemos que en Francia existían dos servidumbres vinculadas al instituto: el camino de sirga propiamente dicho (*chemin de halaje*) sobre una de las orillas debiendo dejarse un espacio libre de 7,80 metros para la yunta de bueyes que tiraban de los barcos con un espacio complementario de 1,95 metros y sobre la opuesta la denominada *marcchepied* (*chemin de contra halaje*) de 3,25 metros libres para que los bateleros pudiesen tomar tierra si las necesidades de la navegación lo exigían (14) (15).

(14) Laurent Francois ("Principios de Derecho Civil francés" T. VII N° 462): "El código civil califica la calzada de servidumbre. Se ha sostenido que las orillas de los ríos navegables pertenecen al dominio público. Hay en la ordenanza de 1669 una expresión que parece favorecer esa pretensión; el artículo que hemos transcrito (núm. 459), dice que los ribereños deben dejar en sus propiedades 24 pies para camino real y tiro de caballos; si se trata de un camino real, se dice 'forma parte del dominio público'. Pero no es ese el sentido de la ordenanza; ella quiere significar que es un camino real destinado al tiro y a la circulación de los bateleros. El código civil no deja duda alguna acerca de este punto. Acabamos de citar el artº 650; el 556 es igualmente decisivo, porque atribuye el aluvión a los ribereños porque son propietarios de la ribera. Sus fundos están gravados únicamente con una servidumbre, y todavía hay que agregar que esta servidumbre tiene un objeto especial, el interés de la navegación. Toda servidumbre es de estricta interpretación; luego hay que limitar la de calzada a las necesidades de la navegación. Síguese de aquí qué los ribereños no están obligados a sufrir el descargue de mercancías, ni la circulación de carros y coches".

(15) En el borrador manuscrito de Bello para el Código de Chile se siguió al derecho francés en este último aspecto, aunque optó por conservar una terminología propia de la tradición del derecho hispano en vigor, pues en su artículo 10 se leía: "Las servidumbres legales relativas al uso público son las siguientes: 1ª La del camino a la sirga; que consiste en dejar libre un espacio de cuatro metros de anchura a la orilla de un río para el servicio de naves o balsas que se tiran a la sirga. 2ª La construcción y

Como se advierte la extensión del Código Civil de Vélez, en lo que hace al propósito contemplado en las normas respectivas, era muy superior a la que predomina en el derecho comparado. La doctrina nacional que postulaba su conservación, proponía su reducción: Marienhoff (16) (coinciden Villegas Basavilbaso (17) y Allende (18)) a 15 metros y si atraviesa alguna ciudad o población la autoridad local competente la podrá a reducir a no menos de 5 metros; Moisset de Espanés 3 metros (de no suprimirse); Chávarri 5 o 6 metros.

**2) Aguas a las que se aplica.** Como señalé el Anteproyecto Bibiloni incluía a los lagos suprimiendo a los canales. Lo mismo hacía el art. 1572 del Proyecto de 1936 (19). Y otro tanto el Ante-

reparación de puentes y caminos de uso público". Por su parte Freitas en el Esbozo cuando admitía el aluvión favor del ribereño, se limitaba a decir lo siguiente: Art. 4160 inc.1 Ya sean los ríos navegables o innavigables (art. 331) quedando libre el espacio necesario para los servicios de navegación y uso público, y al regular las aguas corrientes en el art. 4262 como de uso gratuito en el inc. 3: Es también prohibido a los ribereños hacer en las márgenes cualquier obra que quite o estorbe el espacio necesario para el uso de la navegación o el transporte fluvial o que perjudique a los demás ribereños superiores o inferiores. El Proyecto de un Código Civil para el Estado Oriental del Uruguay de Eduardo Acevedo (1852) contenía también una norma al regular la accesión a bienes raíces, el art. 368, que en su segundo párrafo decía "El aluvión pertenece al propietario ribereño, con calidad de dejar a la orilla, el espacio que señalen las leyes especiales, cuando se trata de ríos o arroyos navegables o flotables" El Proyecto de Código Civil español de Florencio García Goyena (1851) decía en sus art. 386 que pertenecen al Estado ...4 Las riberas de los ríos navegables en cuanto al uso que fuere indispensable para la navegación; Art. 490: Nadie puede usar del agua de los ríos de modo que perjudique la navegación, ni hacer en ellos obras que impidan el libre paso de los barcos, balsas, o el uso de otros medios de transporte fluvial. En los casos de este artículo no aprovecha la prescripción ni otro título. Tampoco puede nadie impedir ni embarazar el uso de las riberas; en cuanto fuere necesario para los mismos fines; y Art. 524: Las servidumbres, establecidas por utilidad pública o comunal tienen por objeto mantener expedita la navegación de los ríos, la construcción o reparación de los caminos, y las otras obras públicas comunales. Todo lo concerniente a esta, clase de, servidumbres se determina por las leyes y reglamentos, especiales.

(16) Tratado N° 2207.

(17) "Derecho Administrativo" T. VI N° 822 p. 255.

(18) Obra citada, p. 224.

(19) "Los propietarios limítrofes con ríos o lagos que sirvan para la comunicación por agua, están obligados a dejar una calle destinada a uso público, de treinta y cinco



proyecto de 1954 en el art. 1577 (20) que llevaba el epígrafe Calle ribereña en el Título específico que dedicaba a las aguas (en la nota se decía que se refiere a aguas que corren por cauces naturales).

Respecto a si la restricción (ya adelanto mi postura sobre su naturaleza jurídica) era extensible a los lagos navegables la cuestión era controvertida (particularmente con el texto originario del art. 2340 inc. 5). A favor de una interpretación expansiva se pronunciaban Spota (21) y Villegas Basavilbaso (22). En contra Llambías - Alterini (23). La solución se zanjó por la afirmativa con el nuevo Código (24).

En el caso de los canales no es que no estuviesen afectados, en tanto sirvieran a la "comunicación (ahora transporte) por agua" (25), sino que al no servir en su estado natural a esa finalidad se entendía que ello estaba sujeto a una indemnización (ver nota 3). Esta cuestión sigue vigente.

La amplitud del precepto velezano, a diferencia de otros Códigos, no permitía circunscribir el camino solo a las vías navegables, ya que la alusión "a la comunicación" hacía que quedaran compren-

metros, a contar de la orilla, sin indemnización alguna. Aunque conservan el dominio de esas bandas, no podrán levantar construcciones en ellas, reparar las existentes, ni deteriorar el terreno. Si el río atraviesa alguna población, el ancho de la calle podrá reducirse por la respectiva municipalidad, hasta un mínimo de quince metros".

(20) "Los propietarios limítrofes con ríos o lagos que sirven para la comunicación por agua están obligados a dejar una calle destinada a uso público de treinta y cinco metros a contar de la orilla, sin indemnización alguna. Aunque conservan el dominio de la calle, no podrán levantar en ella construcciones, reparar las existentes ni deteriorar el terreno. Si el río atraviesa una población, el ancho de la calle podrá reducirse por la respectiva municipalidad hasta un mínimo de quince metros".

(21) "Tratado de Derecho de aguas" T. II p. 635.

(22) Obra citada N° 821, p. 249/250.

(23) LLAMBÍAS, Jorge J. - Alterini Jorge H. "Código Civil Anotado" Ed. Abeledo-Perrot, T. IV-A, p. 452.

(24) VENTURA, Gabriel en "Código Civil y Comercial. Comentado, anotado y concordado", dir. Garrido Cordobera - Borda - Alferillo Ed. Astrea T. 3, p. 120.

(25) Ídem nota 23; PUERTA DE CHACÓN, Alicia - NEGRONI, María en "Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado" Zannoni-Kemelmajer de Carlucci, Ed. Astrea, T. 11, p. 126; Causse Federico J. y Pettis Christian R. "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", dir. Herrera-Caramelo-Picasso Infojus T. V, p. 105.

didados los flotables o aptos para el desplazamiento. Así lo sentó claramente la CSJN el 4/8/2009 Fallos 332-2: 1704 *in re*: L. 314. XL. Originario "Las Mañanitas S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza" al expresar: "*La navegación a la que alude el artículo 2639 del Código Civil se aplica no sólo a los cursos navegables, propiamente dichos, sino también respecto a los flotables, tanto más cuando la ley no hace distinción alguna al respecto. La flotación está incluida en el concepto legal de navegación (es una especie dentro del género); cuando la ley habla de cursos de agua navegables, debe entenderse que también se refiere a los flotables. A título ilustrativo es dable indicar que esa doble terminología ha sido utilizada por el artículo 538 del Código Civil francés que equiparó a los dos ríos al establecer: "Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public" (decretado por ordenanza 2006-460 del 21 de abril de 2006 a partir del 11 de julio).*

*Es por ello que ambos conceptos se rigen por iguales principios; su rasgo característico esencial es el mismo; sólo que los cursos flotables, dado su menor profundidad, son utilizados mediante almadías, balsas, jangadas y lanchones de escaso calado (Marienhoff, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo", Editorial Abeledo Perrot C1996C, Tomo VI, páginas 378/380 y 463/464, y "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", Editorial Abeledo, 1939, páginas 353/356; Lafaille, Héctor, "Derecho Civil", tomo IV, "Tratado de los Derechos Reales", volumen II, Editorial Ediar, 1944, página 73).*

14) *Que sentada la identidad referida, es necesario precisar que cuando la ley de fondo habla de un curso de agua navegable su expresión no debe ser confundida con la navegabilidad de hecho. Ello es así ya que los ríos no navegables legalmente pueden prestarse de hecho a cierta navegación, que más bien debe ser definida como "cuasi navegación", ya que carece de los caracteres necesarios para que el respectivo curso de agua sea considerado legalmente navegable.*

*El concepto legal de la navegabilidad de un curso de agua está subordinado a la índole del tráfico que allí se realice, ya que para serlo debe servir como*

*medio de transporte continuo, para el transporte público de personas y cosas, debe responder a un interés general y a una idea económica del tráfico fluvial organizado. Es por ello que la posibilidad accidental y transitoria de conducir una embarcación por un curso de agua, no lo convierte por ese solo hecho en legalmente navegable.*

*Dado que las condiciones generales que debe reunir la flotación para que un curso de agua se considere flutable legalmente, son análogas a las que deben concurrir en la navegación, no se advierte cuál es el agravio de la actora que justificaría la inconstitucionalidad que se propugna en relación al artículo 1° de la ley 273, ya que no puede verse en la disposición impugnada un exceso de la provincia en lo que cabe reconocer como su facultad para establecer la línea de ribera legal en los cursos de agua flotables”.*

III. Toca ahora que me refiera a las cuestiones en que pese al cambio de redacción la regulación anterior se mantiene, con algunas oscuridades al menos no suficientemente develadas.

1) **Naturaleza jurídica.** En primer lugar, pese a alguna referencia que se hizo al discutir el proyecto de modificación del art. 1974 en el Senado, está descartado que se trata de un bien del dominio público. Con anterioridad esa tesis, confundida por la expresión “calle o camino público” (26), sólo fue sostenida por Machado (27), quien por ello mismo entendía que importaba una confiscación prohibida por la Constitución ya que nadie puede ser privado de su propiedad sino en virtud de expropiación y previa indemnización.

Ya decía Proudhon (Dominio público, tomo 3, p. 933) “El terreno que se encuentra en el exterior de los ríos navegables, y más allá de sus orillas, es de propiedad privada, pesando no obstante sobre él, un derecho de uso, en favor de la navegación a que se halla afectado el río”.

La doctrina y jurisprudencia ha rebatido desde siempre y con sólidos fundamentos esa interpretación:

Así, la CSJN (Fallos 43-409; 30/4/1891 “Juan Villalba c. José Ortelli s/ evicción”) resolvió que no

(26) Que como explica Allende (ob. cit. p. 204 y 208) puede haber sido inducida por el informe del auditor de Guerra respecto del decreto del 9 de agosto de 1864.

(27) “Exposición y Comentario del Código Civil argentino” Lajouane, 1900, T. VII, ps. 44/6.

era de aplicación el art. 2094 primera parte CCivil “por cuanto la restricción que en el art. 2639 de dicho Código establece respecto de las propiedades ribereñas con ríos navegables y en que se basa la demanda de indemnización, no importa una privación de su propiedad sino una carga que grava dichos bienes por la sola fuerza de la ley y que deriva del régimen ordinario y normal de la propiedad, tal como existe permanentemente establecido, y cuyas condiciones es debe reputarse conocidas y por lo mismo tomadas en cuenta por el comprador a la fecha de su compra, en cuyo caso no procede indemnización alguna con arreglo a lo dispuesto por el art. 2104 y correlativos del Código Civil”.

También, expresó (Fallos 111-179; 8/5/1909 “Gobierno Nacional y sociedad del puerto del Rosario c. Pcia. De Santa Fe —antes contra el ferrocarril Central Argentino— s/ expropiación”): “...el artículo 2639 del Código Civil no ha tenido el propósito de establecer a favor de la nación el dominio sobre la calle o camino público de 35 metros inmediato a la orilla de los ríos navegables (fallos de esta corte, tomo 23, página 430, 35, p. 430, 43 p. 403, 96 página 86). Que la disposición recordada que no menciona los propietarios limítrofes con el mar, importa tan solo una restricción a la propiedad de los ribereños, consistente en la prohibición de hacer construcciones en ese espacio, reparar las antiguas que existan o deteriorar el terreno en manera alguna, sin hacer perder su carácter de ribereños para convertirlos en colindantes con el estado... Que si el propósito del legislador hubiera sido el de extinguir el dominio de los ribereños en la zona en cuestión, no habría procedido a determinar lo que aquellos no podían hacer en dicha zona, desde que en tal supuesto habrían quedado en condiciones análogas a las de cualquier otro habitante del país obligado a respetar la propiedad de un tercero, y carecería de razón de ser lo dispuesto en el artículo 2572 del código Civil, con arreglo al cual pertenecen al estado los acrecentamientos de tierra que reciben paulatina e insensiblemente por efectos de la corriente de las aguas los terrenos contiguos a las costas del mar o de los ríos navegables, y los artículos 2340, inciso 4° y 2577 en cuanto dan a la playa como dominio público una extensión menor; fuera de que si la calle de 35 metros formara parte del dominio público, debió estar enumerado en el artículo 2340, y no entre las restricciones del dominio”.

En fecha más próxima (Fallos 315-1: 1085; 26/5/1992 “Unitan S.A.I.C.A. c. Provincia de

Formosa, CO.DE.FOR. y la Unión Transitoria de Empresas De Vido - Concic s/ daño Temido"): *"...es necesario destacar que en su definición jurídica la ribera no involucra a las márgenes que no participan del carácter de bien del dominio público y sobre las que ejercen sus derechos los propietarios ribereños. En efecto, los terrenos allí ubicados constituyen propiedad privada, bien que sometida a un régimen particular (art. 2639 del Código Civil), y a sus dueños asiste el derecho de protegerlas de la acción de las aguas. De esta aclaración se desprende una consecuencia importante: no existe mandato legal alguno que ponga en cabeza del Estado el cuidado de ese ámbito físico..."*

Y en el ya citado "Las Mañanitas...": *"...26) Que tal estado de cosas determina que para lograr una adecuada comprensión del tema se deba recordar que el camino de ribera pertenece al titular del inmueble ribereño con un río legalmente navegable, resultando claro que el artículo 2639 del Código Civil no le ha transmitido al Estado la propiedad de la zona de treinta y cinco metros que él establece, por lo que mal hace el Estado provincial al someter las fracciones colindantes al régimen del condominio.*

*27) Que, en efecto, el camino de sirga importa una restricción al dominio privado que se fundamenta en el hecho de que se encuentra regulado en el libro tercero del título VI del Código Civil referente a las restricciones y límites del dominio, lo que de por sí indica la existencia de una propiedad privada. Es así que el codificador en la nota al artículo 2611, primero de ese título, señaló que las figuras que en él trata tienen como único objeto "determinar los límites en los cuales debe restringirse el ejercicio normal del derecho de propiedad, o de conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos."*

*A tal punto es ello así que el propio artículo 2639 del referido código denomina como "propietarios" a los ribereños; a lo que se agrega que si las márgenes de los ríos no perteneciesen al dominio "privado" de los ribereños, carecería de razón de ser la obligación que se les impone de no deteriorar el terreno y de no hacer en él construcción alguna ni reparar las antiguas que existiesen.*

*28) Que si el propósito del legislador hubiere sido extinguir el dominio del propietario en la zona en cuestión, o instituir al Estado como condómino de esa franja, no habría determinado lo que aquéllos no podían hacer en dicha zona, desde que en tal supuesto habrían quedado en condiciones aná-*

*logas a las de cualquier otro habitante del país obligado a respetar la propiedad de un tercero, y carecería de razón de ser lo dispuesto en el artículo 2572 del Código Civil, con arreglo al cual pertenecen al Estado los acrecentamientos de tierra que reciben paulatina e insensiblemente por efecto de las corrientes de las aguas los terrenos contiguos a las costas del mar o de los ríos navegables, y los artículos 2340, inciso 41 y 2577, en cuanto dan a la playa como dominio público una extensión menor; fuera de que si la calle de 35 metros formara parte del dominio público, debió estar enumerado en el artículo 2340, y no entre las restricciones del dominio (Fallos: 111:179 y 197 antes citados).*

*29) Que es por dichas razones que esta Corte ha sostenido que "el artículo 2639 del Código Civil no ha tenido el propósito de establecer en favor de la Nación -en el caso, mutatis mutandi, de la provincia-, el dominio sobre la calle o camino público inmediato a la orilla de los ríos navegables" (Fallos: 23:430; 35:430; 43:403 y 96:86). Aquella disposición sólo importa una restricción a la propiedad."*

Se resumen también los argumentos en contrario, en el fallo de la CNCivil, sala F "Moxey Savon Argentina, S. A. c. Municipalidad de Buenos Aires" 31/05/1990 (28): *"... en la actualidad ha perdido vigencia, pues ha sido rebatida con sólidos fundamentos por Salvat, Marienhoff, Lafaille y Legón, quienes sostienen que: "1) el camino de ribera no está incluido en la nómina de bienes del dominio público del art. 2340; 2) que el art. 2639, alude a "propietarios limítrofes" y a "propietarios ribereños"; 3) que sería ilógico que se le impusieran prohibiciones a esos propietarios si el camino de ribera fuese público; 4) que sería inútil el art. 2572 que atribuye al Estado los acrecentamientos por aluvión en los ríos navegables si ya fuera propietario de esa fracción de tierra" (conf. Llambías, J. J. Alterini, J. H., "Código Civil anotado", t. VI-A, "Derechos reales", ps. 450/51)."*

Está claro (como no podía ser de otra forma salvo que se expusiera al Estado a demandas millonarias de los propietarios de esos terrenos) no obstante carecer el art. 1974 una expresión categórica en ese sentido como la del Proyecto de 1936 y Anteproyecto de 1954, que esa franja sigue perteneciendo al dominio privado (como propiedad fiscal o de los particulares).

(28) LA LEY, 1990-E, 357.

Sin embargo, ello no permitía dar una respuesta uniforme sobre su naturaleza jurídica.

Las opiniones doctrinarias, como es sabido, estaban divididas entre quienes sostenían que se trataba de una servidumbre administrativa (Bielsa (29); Marienhoff, Villegas Basavilbaso, Fiorini (30), Allende, Segovia (31)) y quienes la consideraban como una restricción al dominio del propietario ribereño (Llerena (32), Legón (33) —ambos sosteniendo que siendo impuesta en el interés público debió dejarse su regulación al derecho administrativo (34)—, Spota (35), Lafaille (36), Salvat (37), Llambías-Alterini (38), Laquis (39), Valdés-Orchansky (40), Highton (41)).

(29) BIELSA, Rafael, "Derecho Administrativo", Depalma, 5ª ed., 1956, T. IV N° 871 p. 353.

(30) FIORINI, Bartolomé A., "Manual de Derecho Administrativo" LA LEY 1968 T. II p. 865.

(31) SEGOVIA Lisandro, "El Código Civil con su explicación y crítica bajo la forma de notas", Ed. La Facultad 1933, T. II, p. 130, nota 33 aunque señalaba que la indemnización previa para expropiación es un presupuesto constitucional que no puede ser derogado por una ley del Congreso como es este Código Civil.

(32) LLERENA, Baldomero, "Concordancias y comentarios del Código Civil argentino" 1889 Carlos Casavalle Editor, T. 4, p. 284.

(33) Ídem, p. 84.

(34) También Manuel Ossorio y Florit "Código Civil y Leyes Complementarias" Librería Jurídica, T. IV, p. 117. Ver el art. 2611 y nota del Código velezano; Dassen Julio "El artículo 2611 del Código Civil y su fuente" La Ley T. 3 (1936) Doctr. p. 78. Con el CCCN en base al art. 1970, comparte el criterio de esos autores Lara, Andrea Juliana "Más allá de la responsabilidad del Estado: reflexiones sobre el impacto del proyecto de unificación del Código Civil y Comercial de la Nación en el derecho administrativo" DJ 23/07/2014, 1 punto Vb. Camino de Sirga.

(35) Obra citada, T. II, N° 980, p. 623, aun cuando considera que está afectada al uso y goce común ("Tratado de Derecho Civil", Depalma, T. I, vol 3.5 N° 1756, p. 655) lo que es una característica de las servidumbres administrativas.

(36) LAFAILLE, Héctor, "Tratado de los Derechos Reales" 2ª ed. actualizada y ampliada por Jorge H. Alterini La Ley-Ediar T. II N° 905 p. 630.

(37) Ob. cit. N° 1080 p. 351.

(38) Ob. cit. p. 451.

(39) Ídem, p. 506.

(40) VALDÉS Horacio-ORCHANSKY Benito "Lecciones de Derechos Reales" Ed. Lerner, T. I, p. 213.

(41) HIGHTON Elena I. "Dominio y usucapión" (primera parte) Ed. Hammurabi, p. 112.

Para Borda (42) esta discusión es estéril ya que no tiene en el caso consecuencias jurídicas (43). Vale señalar en relación a esto último que no es del todo exacto, ya que si bien es cierto en el Código de Vélez se disponía "sin ninguna indemnización" (44), una de las diferencias fundamentales entre ambas, más allá de lo teórico, es que las primeras generan derecho indemnizatorio (la cuantía de la reparación debe guardar proporción al menoscabo objetivamente sufrido en lo que hace a la afectación de la exclusividad del dominio) en tanto las segundas no se indemnizan ya que compatibilizan razonablemente el ejercicio normal u ordinario del derecho —su carácter absoluto— de los propietarios en igualdad de condiciones, sin degradar, desintegrar o desmembrar su contenido (45) (46). La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) —art. 75 inc. 22 CN— dispone en

(42) T. I, N° 483.

(43) No se pronuncian en un sentido u otro en esta disputa ni Boffi Boggero Luis M. ("Enciclopedia Jurídica OMEBA" T. XXV Ed. Bibliográfica Argentina p. 578/581) ni Kiper Claudio ("Código Civil Comentado-Derechos Reales" del que es Director Rubinzal-Culzoni T. II p. 73/4), aunque en el fallo de la CNCiv, sala H, "Rocca Hermanos S.R.L. c. Municipalidad de Buenos Aires." 28/05/1998, LA LEY 1998-E, 562 dijo que era preferible la interpretación de que se trata de una restricción y límite al dominio.

(44) Bielsa (ob. cit. N° 873 p. 359/360) entiende que el legislador expresamente le niega indemnización porque la ha considerado (aunque en su opinión no es así pese al nombre y la sistemática errónea) una restricción y no una servidumbre verdadera desmembración del derecho de propiedad, sin perjuicio de lo cual y dado que ello constituye una anomalía sostiene que la indemnización es pertinente fundada en la equidad cuando efectivamente se prueba que el cumplimiento de la obligación impuesta por la ley causa daño.

(45) DROMI José Roberto "Derecho Administrativo económico" Astrea T. 2 p. 345 y ss.; Rosatti Horacio "Código Civil Comentado- El Código Civil desde el Derecho Público" Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 422 y ss.

(46) XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil expresaron "Las limitaciones o restricciones denotan una reducción de facultades en términos genéricos. Constituye un acierto de nuestro Código la distinción entre los límites y las servidumbres coactivas." También que "Los límites legales no generan daños resarcibles. Sí son resarcibles los daños distintos de los conaturales a los límites. Puede eludirse el cumplimiento del límite si su violación no implica la potencialidad cierta de generar daños o son evitados por el autor." Esto último es de gran importancia según el alcance que se dé a la limitación que apareja el camino de sirga.

su art. 21 (“Derecho a la propiedad privada”) “1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”.

Autores enrolados en la tesis de la servidumbre administrativa (Marienhoff, Allende) justificaban la ausencia de indemnización en relación a los ríos (no de los canales que se construyeran) por ser nada más que una reiteración de previsiones del derecho patrio, preexistente al Código Civil, con lo cual no se plantearía objeción a su constitucionalidad (47). Cabe asimismo aclarar que las servidumbres administrativas (a diferencia de las civiles) no precisan de fondo dominante, sin perjuicio de lo cual algunos han entendido esa calidad al propio curso de agua.

Ello sin embargo desde lo práctico, como bien apuntaba Borda con la percepción de la realidad que siempre caracterizó sus fallos y opinión, no tuvo mayor trascendencia; indudablemente porque la imposición y observancia de la restricción o gravamen (como se lo considere) se fue relajando de manera constante a lo largo de su vigencia. Ello está íntimamente vinculado a las finalidades y alcances de esa obligación de abstención, que en el punto que sigue trataré y que, en mi opinión, según se las defina se proyecta e ilumina su naturaleza jurídica. El cambio de redacción del precepto (con un ingrediente ambientalista coadyuvante (48)), en este sentido, sólo viene a poner sobre el tapete esa cuestión subyacente no del todo develada.

(47) BIDART CAMPOS, Germán J., “Tratado elemental de Derecho Constitucional argentino”, 1993 Ediar, T. I p. 494.

(48) XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil: “2º) Los límites al dominio deben interpretarse de acuerdo a los principios que emergen de la Constitución y los Tratados Internacionales, en particular, las normas ambientales”. CAFFERATTA, Néstor A., “Derecho ambiental en el Código Civil y Comercial de la Nación” Supl. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial 2014 (noviembre), 273 “Se pone el acento en el viejo instituto del camino de sirga por el significado ambiental que ha adquirido en los últimos tiempos, en especial en el caso “Mendoza, Beatriz Silvia”, ejecución de sentencia, por la prevención, y recomposición del daño ambiental colectivo de la Cuenca de los Ríos Matanza Riachuelo”.

Jurisprudencialmente en cambio la tesis de la restricción estaba consolidada:

Así la CSJN dijo en el ya mentado caso “Las Mañanitas”: “18) *Que la caracterización del camino de sirga, como restricción y límite de un dominio privado, se fundamenta en la legislación vigente, y por tanto sólo es exigible cuando persigue como destino el previsto en la ley, con el propósito de facilitar la circulación en miras a las necesidades de la navegación, prohibiendo toda obra que perjudique el derecho que tiene un ciudadano de usar de las riberas a dicho fines.*

19) *Que si bien es indiscutible que los estados provinciales han conservado las facultades atinentes a la determinación de los fines de interés público que justifican la sanción de sus leyes (artículos 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional), y que las restricciones que se imponen al dominio privado sólo en base a ese interés general son regidas por el derecho administrativo (artículo 2611 del Código Civil), también lo es que las provincias, bajo la invocación del ejercicio de esas facultades, no pueden alterar la esencia de los institutos regulados por los códigos de fondo estableciendo exigencias que los desnaturalizan.”* También en el punto 27 ya transcripto agregó “el camino de sirga importa una restricción al dominio privado”. Quienes comentaron el fallo han puesto ello de resalto (ver los medulosos estudios que realizan De la Vega de Díaz Ricci (49) y Vázquez (50)) distinguiendo el voto de la mayoría del de la Procuración Dra. Laura R. Monti que aunque coincidente en la inconstitucionalidad de la ley neuquina 273 lo hacía partiendo de que se trata de una servidumbre administrativa porque somete una porción de la propiedad para que terceros realicen el uso que motiva la institución. Además de sus propios precedentes algunos ya reseñados en ese mismo sentido, otros tribunales inferiores ya habían mantenido ese criterio: p. ej en el fallo parcialmente reseñado de la CNCiv. Sala F “Moxey Savon...” y el de C.Cont.Adm. y Trib. de la Ciudad Autónoma de Bs. As., sala II “Negro, Miguel Ángel c. Ciudad de Buenos Aires” del 23/08/2005 (51).

(49) “El art. 2639, CCiv: el camino de sirga como restricción al dominio en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación” SJA 30/9/2009.

(50) VÁZQUEZ, Gabriela A., “El régimen de los derechos reales, el camino de sirga y las normas locales” DJ 26/05/2010, 1376.

(51) LA LEY 2006-C, 638, en cual se sentó: El camino de sirga -art. 2639 del Código Civil- importa una restricción y

El CCCN ha confirmado esta interpretación ya que además de la metodología empleada no tendría justificación alguna su inclusión cuando otros temas vinculados al derecho administrativo fueron expresamente remitidos a su regulación.

**2) Fin y alcances de la afectación.** Como reseñan Puerta de Chacón - Negroni también se dan dos corrientes interpretativas en cuanto a los fines del instituto, es decir en lo que hace al uso al que está afectada esa faja de terreno. Una que aplica un criterio expansivo de la norma con un uso amplio y otra que le da una comprensión estricta, con un uso restringido.

A) Segovia mencionaba que “señaladas ventajas puede ofrecer tal camino público para el tráfico, percepción de impuestos, ornato y salubridad de las poblaciones”.

Legón (52) decía que si la navegación a la sirga ha desaparecido, no sucede lo propio con “la necesidad de que se deje expedito el tránsito a lo largo de la ribera, por razones de amenidad, de estética, de seguridad y de esparcimiento para la población”.

Laquis (53) apunta que además del interés público relativo a la comunicación fluvial, el camino puede ser usado para la comunicación y transporte terrestre del propietario y los convecinos en la medida que no perjudiquen aquella.

Un fallo de la CCiv.yCom. de Zárate del 29/09/1992 “Multiuerto S. A. y otra c. Genaro, Domingo y otros” (54) adoptó esta postura al concluir que la obligación a que se someten las propiedades

límite a un dominio privado que encuentra fundamento en la legislación vigente y en la circunstancia de encontrarse regulado dentro de las restricciones y límites al dominio y que, como éstas, se caracteriza por la inexistencia de indemnización; y que el Estado sólo tiene derecho a reglamentar el uso de la franja de 35 centímetros con el único destino que marca la ley, que obedece a las necesidades de la navegación, de la flotación y pesca, no pudiendo utilizarse el camino de sirga para la realización de otras obras —como en el caso, para el ensanche de una calle destinada a la circulación por tierra—, sin la pertinente afectación a expropiación por la ley y la recepción por su propietario de la justa indemnización.

(52) Obra citada, p. 81.

(53) Ob. cit., p. 518 y ss.

(54) LLBA 1994-137 con nota de Elena I. Highton, “¿La resurrección del camino de sirga?”

riberañas de dejar abierta la calle se funda en la necesidad de una mejor y más económica y normal explotación de los fundos vecinos, permitiendo la comunicación por la calle así como en el interés público de la navegación y de la comunicación terrestre y que los arts. 2639 y sigtes. del Cód. Civil no tienen únicamente por finalidad salvaguardar el uso común y público de la navegación o del tránsito terrestre. No sólo se destinan al “uti singuli” de cualquiera, sea o no poseedor de fundos vecinos al inmueble ribereño, sino que también se basan en la necesidad de asegurar la mejor explotación de las heredades contiguas, sean o no ribereñas. El interés público se entrelaza aquí, como en tantos otros supuestos reglados por el derecho privado, con el interés particular, demostrando una vez más como el “jus publicum” y el “jus privatum” surgen de un mismo tronco “el interés general” (extraído de Spota). Comentándolo Highton (55) afirma que las normas “siempre han permitido otras utilidades... sirve tanto para las necesidades de la navegación, como de la pesca, el comercio y el esparcimiento de la población” agregando que si esas aguas son del dominio público se “hace razonable que quienes no sean propietarios ribereños puedan tener acceso a sus beneficios”. Este argumento es relativo, ya que por ejemplo el Código Civil de Quebec, en su art. 920 prescribe: “Toda persona puede circular en los ríos y lagos, con la condición de poder acceder a ellos legalmente, no lesionar los derechos de los propietarios ribereños, no hacer pie en las orillas y respetar las condiciones de utilización del agua.” Y el Código de Aguas de la Pcia. de Bs. As. (ley 12.257 con las modificaciones introducidas por las leyes 14.520 y 14.703) en su art. 25 establece “Toda persona podrá usar el agua pública a título gratuito y conforme a los reglamentos generales, para satisfacer necesidades domésticas de bebida e higiene, transporte gratuito de personas o cosas, pesca deportiva y esparcimiento sin ingresar en inmueble ajeno. No deberá contaminar el medio ambiente ni perjudicar igual derecho de terceros”, ordenando en el art. 150 que “Además de las servidumbres previstas, la Autoridad del Agua podrá imponer servidumbre administrativa de paso para los aprovechamientos comunes del artículo 25 del Título III “Del uso y aprovechamiento del agua

(55) Reiterando lo que expresara con Wierzba en el “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial” de Bueres-Highton Hammurabi, T. 5, p. 498/499.

y de los cauces públicos” y reglamentar su ejercicio, previa indemnización al propietario del inmueble”.

Quien puede considerarse el más extremo defensor del uso común (*uti singuili*) de esa franja sin lugar a dudas ha sido Spota (56). En esa línea se inscriben los proyectos de los Sres. Diputados Donda, Perez-Duclós y Cleri-Estévez y otros.

Aunque con cierta decepción por el tratamiento en el CCCN, esa visión es sostenida por Julieta Sarno (57) y Andrés Nápoli (58).

Frontini-Giacomaso (59), con la nueva norma, dicen que sirve tanto para las necesidades de la navegación como de la pesca, el comercio y el esparcimiento de la población, “razón por la cual quienes no sean propietarios ribereños deben tener acceso a sus beneficios”.

B) En la vereda opuesta, Marienhoff (60) circunscribe la utilización de esa faja de ribera a los fines que determinaron el instituto y están comprendidos en la comunicación (o transporte) por aguas prevista en las normas, es decir a las necesidades de navegación, flotación y pesca desde las embarcaciones. Esa zona no está destinada a un tránsito distinto al expresado, como sería para el de los fundos vecinos, ni para la pesca desde tierra ni sacar agua o abrevar animales ni para acercarse al río para bañarse, etc. Si el Estado quiere afectarla a otros fines (galpones, embarcaderos, etc.) deberá expropiar.

Para Borda (61) la restricción está destinada a facilitar la circulación por calles o caminos públicos y también para las necesidades de la navegación. No se deja libre para que puedan usar o gozar de esa zona los particulares, sean o no vecinos. Coincide en que el Estado no puede utilizar el para la realización de obras tales como muelles, astilleros,

puertos, para todo lo cual es indispensable la expropiación de la superficie necesaria.

Con la misma mirada Villegas Basalvilbaso (62) sostiene que debe tenerse bien presente que el objeto de esta limitación es servir al interés de la navegación a la sirga y a la pesca desde embarcaciones. Con arreglo a estos principios, deducidos directamente de la *ratio legis*, todo acto o hecho que no obstaculice el objeto de la servidumbre es legítimo.

Bielsa (63) afirma que su objeto es determinado: la navegación a la sirga o ciertos derechos que el estado puede conceder a los particulares relacionados con ese fin (pesca, abrevadero, permiso de sacar agua).

Allende (64) concuerda en que no ha sido establecida a favor de los particulares para otros objetos que no fueran los de la navegación. De la misma opinión participan Mariani de Vidal (65) y Böffi Boggero (66).

Puerta de Chacón-Negróni (67) entienden que “la interpretación relativa al uso debe ser flexible, mas no tan amplia que cubra fines desvinculados de las necesidades de la navegación, el salvamento y la pesca. De *lege lata* no se puede afirmar que el camino de sirga pueda destinarse al libre tránsito, como cualquier calle pública, porque esta circunstancia desvirtúa su condición jurídica de restricción del dominio privado, convirtiéndola en un bien del dominio público (art. 2340 inc. 7°) o en una servidumbre de tránsito.” Coincido con esta apreciación, tanto para el Código derogado como para el actual (art. 235 inc. f CCCN).

Refleja esta posición el art. 140 del Código de Aguas de la Pcia. de Bs. As. citado al disponer su “uso público en interés general de la navegación, la flotación, la pesca y el salvamento y, en especial para: a. Depositar temporalmente el producto de la pesca deportiva sin dejar residuos que contaminen el medio ambiente. b. Depositar las maderas

(56) “Tratado de Derecho Civil” cit. p. 655 y “Tratado de derecho de aguas” T. 2 especialmente p. 628.

(57) “La doble función del camino de sirga a la luz de su modificación en el nuevo Código Civil y Comercial”, Sup. Amb. 02/03/2016, 3.

(58) “El Camino de Sirga: buscando un cambio de paradigma”, Sup. Amb. 02/03/2016, 4.

(59) Elba FRONTINI - Paula GIACOMASO, “Código Civil y Comercial Comentado, anotado y concordado”, Astrea-FEN T. 6, p. 852.

(60) “Tratado...”, p. 506 y ss.

(61) Reales I, N° 484 y 485.

(62) Ídem, p. 239.

(63) “Derecho Administrativo” 5ª ed., T. IV, Depalma 1956, N° 872 p. 356 y ss.

(64) Ob. cit. p. 221/222.

(65) MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derechos Reales”, Ed. Zavalía, 7ª ed., T. I, p. 400.

(66) Enciclopedia citada, p. 583.

(67) Código citado p. 123.



u objetos conducidos a flote por los ríos y arroyos para evitar que las avenidas de agua los arrebatan, y las mercaderías descargadas de embarcaciones por naufragio, encallamiento o necesidad semejante. c. Varar o amarrar embarcaciones u otros objetos flotantes. d. En caso de sufrir perjuicio, el propietario del predio sirviente podrá ejercer sobre los bienes depositados el derecho de retención. Además deberán permitir: a. Amarrar o afianzar las maromas o cables necesarios para establecer balsas o barcas de paso. b. Permitir la circulación de los agentes de la Autoridad del Agua sin otro requisito que el de acreditar su identidad. La duración de estos usos no podrá exceder el tiempo estrictamente necesario para atender la contingencia que los motiva”.

Este criterio estricto fue el adoptado por la CNCiv Sala F en el citado caso Moxey Savon: “El Estado sólo tiene derecho a reglamentar el uso de la franja de 35 m, con el único destino que marca la ley, que obedece a las necesidades de la navegación de la flotación y pesca. Pero no puede utilizar el camino de sirga para la realización de otras obras, por ej.: muelles, puertos, astilleros; en estos supuestos es indispensable la expropiación de la superficie necesaria (Borda, Guillermo A. “Derechos reales”, t. I, p. 394; CS 8/5/1909, t. 555, p. 179), o como en el caso, a mi entender, para el ensanche de una calle destinada a la circulación por tierra. Es decir, que la única restricción que emana de la ley y que el propietario debe soportar sin derecho a indemnización, es la que surge de las normas jurídicas reseñadas, toda otra forma de restricción del dominio, que se pretenda imponer, como en el caso, debe ser objeto de afectación a expropiación por la ley y su propietario recibir la justa indemnización”. Y por su Sala A en la causa “Mármoles Riachuelo S.A. c. Municipalidad de Buenos Aires” del 02/05/1994 (68): “el Estado sólo tiene derecho a reglamentar el uso de esa franja con el único destino que marca la ley, vale decir las necesidades de navegación, flotación y pesca, mientras que no podría utilizar el camino de sirga para otras obras —supuestos éstos en que sería indispensable la expropiación de la superficie correlativa—, tal debe ser la solución aplicable en la especie en que se trata del ensanche de una avenida destinada a la circulación por tierra”.

Pero adquiere especial relevancia la sentencia de la CSJN en “Las Mañanitas...”: “34) *Que en ese*

(68) LA LEY 1994-D, 137.

*marco cabe poner de resalto que el Estado sólo tiene derecho a reglamentar el uso del camino de sirga con el único destino que marca la ley, que obedece a las necesidades de la navegación, de la flotación y de la pesca realizada desde las embarcaciones, es decir, en términos de Marienhoff, la “navegación en sentido lato”. Todo otro uso, realizado por quien no sea el propietario de la tierra, es ajeno a la institución y debe ser vedado (Marienhoff, Miguel S., “Tratado de Derecho Administrativo”, ob. cit., páginas 500/505, n1 2203)”.*

La consagración legal por el art. 1974 CCCN de esta interpretación es afirmada por Cossari (69) en base a la expresión final del primer párrafo “no puede hacer ningún acto que menoscabe aquella actividad” (el transporte por agua).

En lo que hace al contenido específico de la obligación de no hacer la nueva norma no indica a diferencia de la anterior no especifica en concreto su contenido. Aquella decía que los propietarios “no pueden hacer en ese espacio ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existen ni deteriorar el terreno en materia alguna”, lo que sirvió para evitar doctrinaria y jurisprudencialmente el análisis casuístico de sus alcances, inevitablemente influido por la finalidad que se asignara al instituto.

**3) Aplicación automática.** Mayoritariamente en doctrina y jurisprudencia (se la interprete como restricción o servidumbre administrativa legal), se sostiene que opera ministerio legis, de pleno derecho (en contra Salvat (70), Garrido-Andorno (71)).

**4) Legitimados para exigir el cumplimiento de la norma.** Las normas anteriores nada decían sobre quienes estaban legitimados para reclamar la observancia sobre las prohibiciones a los propietarios ribereños. El nuevo artículo aunque hace referencia a “todo perjudicado” tampoco lo resuelve de un modo preciso, más allá de que pueda interpretarse insinúa una amplitud mayor.

La respuesta que se dé está determinada —al igual que el contenido de la obligación en cuanto a que se entiende por actos violatorios— por la naturaleza y finalidad que se asigne al instituto.

(69) En el “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, director Jorge Horacio Alterini, La Ley T. IX p. 562.

(70) Obra citada, N° 1087.

(71) Ídem, p. 364.

En efecto, al margen de la propia de la Administración ella difiere según se la considere una restricción en interés público de la navegación y actividades afines o conexas o incluso en el privado de aquellos que las realizan (lo mismo si se la visualiza como servidumbre administrativa aunque en este caso la acción real para su restablecimiento contra los actos lesivos sea la negativa, no la confesoria) o impuesta por un interés público general en miras a un aprovechamiento y utilización del dominio público de las aguas (conservación, esparcimiento, paisaje, etc.) o aunque más no sea indirectamente de intereses concretos de particulares, en igual situación o no (vgr. tránsito). En este último supuesto se abre también la posibilidad del amparo y acciones colectivas.

#### IV. A modo de conclusión

Es indiscutible que la norma en su mismo origen fue confusa.

Ello no es óbice para reconocer que Vélez, a diferencia de otros códigos de la época, con gran mérito como en otros tantos aspectos, tuvo la sabiduría de distinguir las restricciones o límites al dominio de las servidumbres. Movido —y coherente también con lo expresado en el art. 2611 y su nota en el sentido de que el derecho administrativo regulaba las primeras cuando estaban impuestas “sólo” en el interés público— por antecedentes históricos, la realidad geográfica y demográfica de la época y la vigencia de esa forma de navegación, reguló dentro de las primeras al camino de sirga, más allá del sacrificio o carga en cuanto al contenido de la propiedad que significaba el estricto acatamiento de las abstenciones que establecía. Quizás por esas mismas circunstancias y para despejar cualquier incertidumbre se encargó de puntualizar que ello era sin indemnización.

El devenir histórico hizo que su finalidad primigenia fuera perdiendo importancia. A su cobijo, factores ocupacionales e inmobiliarios en determinadas zonas, convirtieron en la dimensión sociológica del derecho en letra muerta o arcaica esa disposición. Basta ver el desarrollo de innumerables clubes náuticos o asentamientos en las riberas de terrenos en su mayoría de propiedad fiscal. Nuevos valores socio-culturales y la relevancia que fueron adquiriendo la conservación y el aprovechamiento de los recursos naturales, en especial de las aguas (el por muchos llamado cambio de paradigmas o derechos de nueva generación) determinaron que con una nueva perspectiva, bajo “una interpre-

tación sistemática actual” se intentara darle una finalidad y contenido mucho más amplios a los que tenía su observancia en la práctica (derecho vivo, consuetudinario).

El legislador, con la nueva codificación, fue prudente y respetuoso de esa realidad consolidada por el largo tiempo transcurrido y la falta de un régimen general de aguas. Consideró conveniente no avanzar demasiado, fijando una posición determinada en los aspectos centrales. En lo sustancial redujo esa franja receptando lo que era un criterio predominante tanto en la doctrina como en el derecho comparado en cuanto a que la extensión del Código de Vélez era excesiva cualquiera fuese la finalidad del instituto. Es más, desde lo pragmático esa “liberación” resulta ventajosa para la vigilancia de las aguas y el acatamiento de las conductas que aparece, siendo también un elemento económico a valorar por el mayor aprovechamiento que permite, que podría valorarse hasta en compensación de asignarse una interpretación proclive a su agravamiento. Despejó por otro lado dudas en cuanto a las aguas a las que se aplica. Suprimió también la expresión referida a la falta de indemnización, ya por sobreabundante ya para evitar problemas de inconstitucionalidad, dejando librada su resolución al caso concreto.

Se le reprocha que no fue más lejos. Algunos dicen que debió consagrarse su dominialidad pública o que estableciera una finalidad mucho más amplia. Pero ello implicaba el riesgo cierto de que su imposición trascendiera el uso normal de la propiedad privada para entenderse como un desmembramiento de sus facultades y lo llevara directa y generalizadamente al ámbito de una servidumbre indemnizable o peor aún de una lisa y llana expropiación. Las consecuencias jurídico-económicas de una decisión en ese sentido hubieran sido no solo imprevisibles, sino en muchos casos innecesarias (en otras legislaciones la extensión de la faja y las obligaciones de los ribereños se determina en función de las específicas necesidades de su diferente destinación) o inconvenientes (debería el Estado hacerse cargo del cuidado y obras en esa zona, con la consiguiente responsabilidad por daños, ver fallo CSJN “Unitan” citado). Repárese por ejemplo que en Venezuela al menos se implementó respetando los derechos adquiridos. Y en nuestra realidad ellos al menos son esgrimibles en razón de la falta de claridad que tenía el contenido de su imposición.

En síntesis, como se ha señalado (72) forzar el instituto a fines para los cuales no fue diseñado aun cuando sea con el objetivo de actualizarlo para la satisfacción de otras necesidades o en res-

---

(72) GENOVESE, Ariel, "Camino de sirga" en Informe ambiental anual 2016 Fundación Ambiente y Recursos Naturales FARN, p. 351 y ss.

guardo de derechos de incidencia colectiva puede convertirse en una solución jurídico-económica equivocada, contando el Estado —en sus distintos niveles— de mecanismos propios y adecuados para ello según las concretas circunstancias fácticas (afectación de tierras fiscales, expropiación o imposición de servidumbres) que no sean pasibles de ser tachadas de inconstitucionalidad. ♦