

Regulación nacional del agua en Argentina y en la Provincia de Buenos Aires

Autores

Guido Williams O.
gwilliams@bcn.cl

Nº SUP: 131247

Resumen

Se describe, brevemente, el régimen regulatorio federal del agua en Argentina y de la provincia de Buenos Aires.

En primer lugar, cabe precisar que cada provincia de Argentina ha regulado jurídicamente el uso de sus aguas (criterios de asignación de aguas, condiciones de uso, regímenes de concesiones, procedimientos, tarifas, etc.).

La Constitución Nacional de Argentina dispone “la utilización racional de los recursos naturales”, debiendo la autoridad nacional dictar las normas que contienen los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias las necesarias para complementarlas. Asimismo, corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio y el aprovechamiento de los recursos hídricos.

Luego el Código Civil y Comercial de Argentina, a partir de las normas de los artículos 235 y 239 del Código Civil y Comercial, establecería un sistema mixto de propiedad del agua. Puntualmente, el artículo 239 establece un régimen de agua privada al disponer que “las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural”.

En la Provincia de Buenos Aires, el Código provincial de agua, establece el denominado derecho de aprovechamiento común, disponiendo que “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”.

El Código provincial, permite solicitar permisos y concesiones administrativas para usar y gozar el agua. Puntualmente, las concesiones durarán “todo el tiempo necesario para cumplir su objeto, pero nunca más de treinta años renovables a su vencimiento”.

Por último, el Código provincial regula los siguientes usos del agua: consuntivo o de abastecimiento de agua potable; agrícola; pecuario; industrial; recreativo, deportivo o de esparcimiento; energético; terapéutico; minero; piscícola y naval sin establecer preferencias entre usos dejando esta atribución al Poder Ejecutivo provincial, privilegiando sólo por ese medio el abastecimiento para agua potable.

Introducción

Se describe, brevemente, el régimen regulatorio federal del agua en Argentina y de la provincia de Buenos Aires.

En primer lugar, cabe reseñar que la República Argentina, se encuentra organizada federalmente, de manera que cada provincia conserva el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio. De este modo, cada provincia ha regulado jurídicamente el uso de sus aguas (criterios de asignación de aguas, condiciones de uso, regímenes de concesiones, procedimientos, tarifas, etc.). Es por ello que la primera característica significativa que aparece en el derecho positivo argentino en materia de aguas es la coexistencia tanto regímenes legales como provinciales, a lo que debe sumarse la legislación de carácter nacional aplicable en determinadas jurisdicciones o en actividades específicas.

Asimismo, de manera general sobre la disponibilidad del recurso agua en Argentina, OCDE (2020:8), estima que,

[...] es un país rico en agua con una distribución desigual de los recursos hídricos. Los recursos renovables de agua dulce en Argentina, que representan promedios a largo plazo, son aproximadamente de 20.400 m³ per cápita, y está por encima de la mayoría de los países de la OCDE y muy por encima del umbral de estrés hídrico definido por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, equivalente a 1 700 m³ per cápita (MCTeIP, 2012). Alrededor del 76% del territorio nacional está sujeto a condiciones de aridez o semi-aridez, con precipitaciones promedio de menos de 800 mm por año. La cuenca del Río de la Plata, que concentra más del 85% de los recursos hídricos nacionales totales, es el mayor centro de asentamientos humanos de desarrollo urbano y actividad económica del país.

Por último, se hace presente que parte del informe se basa en otro anterior de Rodrigo Bermúdez (BCN) denominado “Regulación del agua: transferencia de derechos y priorización de usos. Caso chileno y legislación comparada” (2009).

I. Regulación federal

El artículo 41 de la Constitución Nacional Argentina establece como un deber de las autoridades nacionales “la utilización racional de los recursos naturales”, por ello deben dictar las normas que contienen los presupuestos mínimos de protección, y a las provinciales aquellas necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales.

La reforma de la Constitución Nacional de 1994 introdujo una disposición relativa al dominio de los recursos naturales y de los recursos hídricos (artículo 124), señalando que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”, en concordancia con el artículo 121, que dispone que el aprovechamiento hídrico pertenece a la jurisdicción provincial. Así, las provincias conservan todo el poder no delegado al Gobierno Federal en la materia, así como aquel que se hubiesen reservado por medio de pactos especiales. Sobre el artículo 124, OCDE (2020: 83) asevera que la norma reconoce “el derecho histórico, según el cual las 23 provincias y la Ciudad Autónoma de

Buenos Aires (CABA) poseen los recursos hídricos y tienen jurisdicción sobre ellos, incluidos los ríos interjurisdiccionales”. Además, señala OCDE, entre las facultades de las provincias se incluyen la

[f]ormulación e implementación de políticas, la gestión operativa, el financiamiento y la regulación. En la práctica esto significa que el Gobierno Nacional puede establecer una política, estrategia, programa o plan nacional de agua, pero necesita el apoyo de las provincias para implementarlo.

Por su parte, a falta de ley general o código federal de agua, el Código Civil y Comercial de Argentina, en el artículo 235 letra c) dispone que son bienes que pertenecen al dominio público “los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, los lagos y lagunas navegables, los glaciares y el ambiente periglacial y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas”. Lo anterior, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales (en este caso provinciales).

Alterini, citado por Herrera, *et.al* (2015: 384) puntualiza que “la fórmula de la ley según la cual es suficiente ‘la aptitud de satisfacer usos de interés general’ para que el agua sea pública, es de tal amplitud, que toda agua que exhiba tal aptitud será del dominio público”.

Por otra parte, el artículo 239 establece un régimen de agua privada al disponer que “las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural”. El mismo artículo dispone que “Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación [provincial]. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho”. Adicionalmente, las aguas que surgen en los terrenos de los particulares, pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales y “el uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles” (art. 239).

Luego, el mismo artículo 239 precisa que el hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno.

Para Herrera, *et.al* (2015:392) se observa en el art. 239 una mayor impronta socioambiental en la utilización de las aguas subterráneas por parte del propietario, razón por la cual constituiría, según el autor, en un importante aporte al llamado “derecho ambiental de aguas”¹. Asimismo, advierte Herrera que el derecho a usar las aguas subterráneas es “libre” —en principio— “en la medida que el titular ejerza sus derechos sin sobrepasar los límites sociales impuestos, siempre y cuando no lesione el interés ambiental”. La misma autora, indica que la manifestación socioambiental del derecho del propietario queda plasmado en el artículo 235 letra c) bajo la fórmula “ejercicio regular del derecho del propietario”, regla que se detalla en el artículo 239 al disponer que las aguas de los particulares “quedan

¹ Definido por Herrera, *et.al* (2015:392) como “el conjunto de normas imperativas de un ordenamiento social que, conforme a la justicia, regulan la relación de las personas con el agua, considerada esta en las diversas maneras en que se manifiesta en el ciclo hidrológico e integrada al medio ambiente”

sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación” (Herrera, 2015:396).

Sin embargo el énfasis público, Pinedo (2018) y Pinto *et.al* (2015) señalan que las normas de los artículos 235 y 239 del Código Civil y Comercial establecen un sistema mixto de propiedad del agua.

En materia de limitaciones, el artículo 240 del Código establece que el ejercicio de los derechos individuales, como por ejemplo el de las aguas del artículo 239, “debe ser compatible con los derechos de incidencia colectiva”. Lo anterior, implica que el ejercicio debe conformarse a “las normas del derecho administrativo nacional y local [provincial] dictadas en el interés público” y “no debe afectar el funcionamiento ni la sustentabilidad de los ecosistemas de la flora, la fauna, la biodiversidad, el agua, los valores culturales, el paisaje, entre otros, según los criterios previstos en la ley especial”. Resumiendo, Herrera (2015: 397) señala que el ejercicio del derecho de dominio individual (del art. 239 por ejemplo) encuentra limitación en la función social (interés público) y en el ordenamiento jurídico ambiental.

Cabe mencionar que, en 2002 se dictó la Ley 25.688 sobre “Régimen de gestión ambiental de las aguas”, norma que creó los comités interjurisdiccionales de cuencas hidrográficas, cuya función es promover la gestión ambiental sostenible de las cuencas interprovinciales. De acuerdo a OCDE (2020: 83), la ley fue objeto de numerosas críticas por parte de la mayoría de las autoridades provinciales del agua y

Las provincias afirmaron que la ley solapaba con competencias provinciales que no habían sido delegadas al Gobierno Nacional, como la institucionalización de cuencas fluviales, el manejo de los recursos naturales, el desarrollo de instituciones locales y la planificación y gestión del agua (Pochat, 2005). En consecuencia, hasta la fecha la ley de 2002 no se ha aplicado plenamente. (OCDE, 2020: 83).

II. Regulación provincial. Provincia de Buenos Aires

En el ámbito de la legislación provincial, la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, primeramente en su artículo 28, establece que

[l]a Provincia ejerce el dominio eminente sobre el ambiente y los recursos naturales de su territorio incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente, el mar territorial y su lecho, la plataforma continental y los recursos naturales de la zona económica exclusiva, con el fin de asegurar una gestión ambientalmente adecuada.

Luego, de manera general, indica Pastorino (2017), el Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires (Ley 12.257)² desarrolla un principio central sobre gestión de los recursos naturales que “es el relacionado con el conocimiento del recurso y la gestión integral del mismo”. En este sentido comprende:

² Reglamentado en el Decreto (PEP) 3511/07 de 2007 que aprueba la reglamentación del Código de Aguas.

planificación hidrológica (art. 5); inventario físico (art. 10); evaluación de impacto y auditorías para realizar obras (arts. 93 y ss.); comités de cuencas hídricas y consorcios (arts. 121 y ss.) y una serie de limitaciones administrativas al dominio (arts. 136 y ss.). También dispone el Código, según Pastorino, que la autoridad en la materia debe confeccionar cartas de riesgo hídrico, previendo inundaciones (art. 6) y declarar vedas sanitarias prohibiendo el uso recreativo y el abastecimiento doméstico o urbano, en salvaguardia de la salud pública (art. 7).

Luego, el Código provincial regula en su título III el uso y aprovechamiento del agua y de los caudales públicos. En concreto, en el artículo 25 establece el denominado “derecho de aprovechamiento común”, disponiendo que

[t]oda 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.

Sin perjuicio del mencionado “derecho de aprovechamiento común”, el uso y el goce del agua en la Provincia de Buenos Aires sólo se obtiene mediante actos administrativos, esto es, concesiones y permisos.

De acuerdo al artículo 34, la autoridad podrá otorgar permisos “para la ocupación, el uso o el aprovechamiento exclusivos de agua, álveos o cauces públicos” que se regirán por los siguientes principios:

- Se otorgarán previa visación de la solicitud por parte de la autoridad administradora del servicio, y la declaración jurada del permisionario de que no afectará directa ni indirectamente al ambiente ni a terceros.
- La autoridad se reserva el derecho de revocar el permiso, en cualquier momento, con solo enunciar la causa de la revocación, sin cargo para el Estado.
- Su otorgamiento y extinción se notificarán al permisionario y se publicará en el "Boletín Oficial".
- Los permisionarios pagarán el mismo monto y contribuciones que los concesionarios de aprovechamientos similares si la autoridad no los fijare de otro modo.
- La autoridad podrá requerir en los casos que determine la reglamentación, un estudio de impacto ambiental y el otorgamiento de las garantías por eventuales daños a terceros.

Por su parte, las concesiones son “un derecho conferido por el Estado a requerimiento del interesado”. Este acto administrativo podrá otorgarse a personas físicas o jurídicas, privadas, públicas o mixtas (art. 37).

La autoridad podrá conceder:

- El derecho al uso o aprovechamiento del agua pública y del material que lleve en suspensión.
- El derecho a la ocupación de sus cauces, lechos, vasos o álveos.

- El derecho a la construcción de obras en beneficio colectivo relacionadas al agua.
- La prestación de servicios públicos relativos a ellos.

Las concesiones durarán “todo el tiempo necesario para cumplir su objeto, pero nunca más de treinta años renovables a su vencimiento” (art. 38).

Por su parte, el artículo 86 consagra los derechos del propietario del terreno. En virtud de éste, el “propietario del terreno conserva todos los derechos de dominio reconocidos por el Código Civil con las restricciones al uso de su agua que contiene el presente Código”. Puntualmente, para los usos de terceros, se otorgarán permisos o concesiones condicionados al “alumbramiento del agua”³. De esta manera estas aguas subterráneas pueden ser “públicas”.

Finalmente, Pastorino (2014:26) indica que entre los usos del agua, el Código provincial regula los siguientes: consuntivo o de abastecimiento de agua potable; agrícola; pecuario; industrial; recreativo, deportivo o de esparcimiento; energético; terapéutico; minero; piscícola y naval (arts. 55 a 81 del Código). Sin embargo, señala el autor, “a contrario de lo que sucede en muchos otros códigos provinciales, éste no establece preferencias en cuanto a los usos dejando esta atribución al Poder Ejecutivo (art. 2, letra c) del Código)⁴, privilegiando sólo por ese medio el abastecimiento para agua potable”.

Referencias

Herrera, Marisa, *et.al*, edit. (2015). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, t. I. Editorial Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, Buenos Aires.

OCDE (2020). *Gobernanza del Agua en Argentina*. OECD Publishing, Paris.

Pinedo, María Florencia (2018). *El dominio del agua en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, en V curso del ciclo de cursos de posgrado sobre Derecho Agrario y Ambiental Internacional y Jornada Internacional CUIA-UNLP sobre Recursos Hídricos, La Plata.

Pinto, Mauricio y Martín, Liber (2015). *El régimen de las aguas en el nuevo Código Civil y Comercial y su compatibilidad con la tutela ambiental*, en Revista de Derecho Ambiental, 43.

Pastorino, Leonardo (2017). *Una visión panorámica del derecho del agua*, en Revista Iberoamericana de Derecho Ambiental y Recursos Naturales, 24 - Junio.

Pastorino, Leonardo (2014). *Código de Aguas de la Provincia de Buenos Aires*, en Congreso Internacional de Códigos y Desafíos para Enfrentar la Crisis del Agua, La Plata.

³ Acción de descubrir el agua subterránea y sacarla a la superficie.

⁴ Art. 2 letra c) “Establecer preferencias y prerrogativas para el uso del agua del dominio público por categoría de uso, regiones, cuencas o parte de ellas, por acto fundado, privilegiando el abastecimiento de agua potable y alentando criterios de reutilización de agua para uso industrial o cualquier actividad productiva que así lo permita”.

Normas citadas

Constitución Argentina, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.htm> (junio, 2021).

Código Civil y Comercial, disponible en: [http://www.saij.gob.ar/docs-f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf](http://www.saij.gob.ar/docs/f/codigo/Codigo_Civil_y_Comercial_de_la_Nacion.pdf) (junio, 2021).

Ley 25.688 sobre Régimen de gestión ambiental de las aguas, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/80000-84999/81032/norma.htm> (junio, 2021).

Constitución Provincia de Buenos Aires, disponible en: http://www.infoleg.gob.ar/?page_id=173 (junio, 2021).

Código Aguas de Provincia de Buenos Aires, disponible en: <http://www.saij.gob.ar/12257-local-buenos-aires-codigo-aguas-lpb0012257-1998-12-09/123456789-0abc-defg-752-2100bvorpyel?#I0043> (junio, 2021).

Nota aclaratoria

Asesoría Técnica Parlamentaria, está enfocada en apoyar preferentemente el trabajo de las Comisiones Legislativas de ambas Cámaras, con especial atención al seguimiento de los proyectos de ley. Con lo cual se pretende contribuir a la certeza legislativa y a disminuir la brecha de disponibilidad de información y análisis entre Legislativo y Ejecutivo.



Creative Commons Atribución 3.0
(CC BY 3.0 CL)