

Dominio

Río no navegable. Camino de sirga. Expropiación encubierta. Necesidad de acreditar la inminente afectación del exclusivo dominio del área ribereña.

- 114129 - CS, 4/8/2009 (*) - "Las Mañanitas S. A. c/ provincia del Neuquén". (Publicado en La Ley, Buenos Aires, La Ley, año LXXIII, nº 233, 7/12/2009).

***Hechos:** la propietaria de una fracción de un lote ubicado en la provincia del Neuquén promueve acción declarativa de certeza en instancia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación contra esa provincia a los fines de hacer cesar el estado de incertidumbre acerca de la existencia, alcance, modalidad, extensión y amplitud del derecho real de dominio que tiene sobre la aludida fracción, que linda con el río Chimehuín, departamento Huiliches, el cual –según dice– no sirve a la comunicación por agua, porque no es navegable. Explica que, con el fin de escriturar esos terrenos, la Dirección General de Recursos Hídricos requiere, para su aprobación y la del plano respectivo, la incorporación de notas marginales que importarían someter al inmueble a un régimen de restricciones al dominio que resultarían inconstitucionales, pues derivan de las Leyes provinciales 273, 899 –Código de Aguas– y Decreto reglamentario 790/99 y no del Código Civil. El tribunal, por mayoría, hizo lugar parcialmente a la demanda y, en consecuencia, declaró la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3, última parte, de la Ley local 273 y privó de validez, con relación al caso, el artículo 2 del Decreto provincial 790/99.*

1. — El artículo 2 de la Ley 273 de la provincia del Neuquén, en cuanto autoriza al Poder Ejecutivo a afectar como calle o camino público, de conformidad con lo establecido por el artículo 2673 del Código Civil, a las fracciones de treinta y cinco metros de ancho computables desde la línea de ribera legal en las zonas que, por su densidad de población y posibilidad de uso intensivo, así lo justifiquen es inconstitucional, pues, al citar el mencionado artículo de la ley de fondo, lo hace al Estado provincial condómino del inmueble en cuestión, transformando una porción de él en un bien del dominio público sin declaración alguna de expropiación y previa indemnización, tal como lo determina el artículo 17 de la Constitución.

2. — El artículo 1 de la Ley 273 de la provincia del Neuquén, en cuanto autoriza al Poder Ejecutivo la realización de estudios técnicos necesarios para determinar la línea de ribera legal de los ríos y cursos de agua flotables provinciales e interprovinciales en las zonas que, por su densidad de población y posibilidad de uso intensivo, así lo justifiquen, no contraría las previsiones del Código Civil, pues las

condiciones generales que debe reunir la flotación para que un curso de agua se considere flotable legalmente son análogas a las que deben concurrir en la navegación, razón por la cual 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.

3. — El alcance de la disposición contenida en el artículo 2 de la Ley 273 de la provincia del Neuquén desconoce lisa y llanamente las previsiones del artículo 2639 del Código Civil, en cuanto impone la restricción a todo inmueble lindero a un curso de agua sin importar la navegabilidad legal del río, convirtiendo la supuesta restricción establecida por ley en una expropiación encubierta, ya que aquella solo prevé la restricción cuando el río al que pertenece la ribera sirva a la comunicación por agua —es decir, con relación a los que sean navegables o flotables en el sentido legal del término— y la extiende, sin precisión alguna, a todo propietario ribereño cuyo inmueble se encuentre en zonas que, por su densidad de población y uso intensivo, así lo justifiquen.

4. — La navegación a la que alude el artículo 2639 del Código Civil se aplica no solo a los cursos navegables propiamente dichos, sino también respecto de los flotables, ya que la ley no hace distinción alguna y la flotación está incluida en el concepto legal de navegación, razón por la cual, cuando la ley habla de cursos de agua navegables, debe entenderse que también se refiere a los flotables.

5. — Cuando la ley de fondo habla de un curso de agua navegable —artículo 2639 del Código Civil—, su expresión no debe ser confundida con la navegabilidad de hecho, ya que los ríos no navegables legalmente pueden prestarse de hecho a cierta navegación que, más bien, debe ser definida como *cuasi navegación*, al carecer de los caracteres necesarios para que el respectivo curso de agua sea considerado legalmente navegable.

6. — La caracterización del camino de sirga, como restricción y límite de un dominio privado, se fundamenta en la legislación vigente y, por lo tanto, solo es exigible cuando persigue como destino el previsto en la ley, con el propósito de facilitar la circulación con miras a las necesidades de la navegación, prohibiendo toda obra que perjudique el derecho que tiene un ciudadano de usar las riberas a dichos fines.

7. — Toda vez que el Estado solo 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—, el artículo 3 de la Ley 273 de la provincia del Neuquén —en cuanto obliga al propietario ribereño del camino declarado público en el espacio de treinta y cinco metros correspondientes a zonas que, por su densidad de población y uso intensivo, así lo justifiquen a permitir su uso por cualquier habitante a los efectos de la navegación, pesca y cualquier otra utilización propia de un dominio público— avasalla el derecho de propiedad, pues es clara la afectación del dominio en

la que incurre si se tiene en cuenta que, sin cumplir con las exigencias del artículo 17 de la Constitución, impone al propietario la obligación de permitir el uso de su propiedad por parte de cualquier extraño afectando su derecho de gozar, usar y disponer de ella, y de repeler cualquier acción de parte de terceros.

8. — El artículo 2 del Decreto 790/99 de la provincia del Neuquén –reglamentario de la Ley provincial 899 (Código de Aguas)–, en cuanto impone la restricción del artículo 2639 del Código Civil a supuestos no contemplados en él y limita el ejercicio del derecho de propiedad estableciendo prohibiciones que la ley de fondo no contempla y permitiendo, en los supuestos en los que pueda resultar exigible la restricción, la realización de actos que aquella prohíbe, debe ser invalidado, pues no se puede por esa vía subvertir el espíritu y finalidad de la ley ni derogar normas legales.

9. — Procede la acción declarativa de certeza promovida contra la provincia del Neuquén por el propietario de un lote lindero a un río no navegable a raíz del requerimiento de la Dirección General de Recursos Hídricos de la incorporación de notas marginales en el plano de mensura y subdivisión conforme la Ley local 273 –lo que importaría someter al inmueble a un régimen de restricciones al dominio que resultarían inconstitucionales–, pues ha mediado un acto ad-

ministrativo de la provincia demandada por el que se intenta someter el inmueble ribereño de la actora, cuya enajenación ya fue comprometida, al citado régimen, lo cual coloca a la demandante en un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance y modalidad de una relación jurídica, entendiéndose por tal a aquella que es concreta al momento de dictarse el fallo. (Del dictamen de la procuradora fiscal, que la Corte hace suyo).

10. — Corresponde rechazar la acción declarativa de certeza promovida contra la provincia del Neuquén por el propietario de un lote lindero a un río no navegable a los fines de hacer cesar el estado de incertidumbre generado por la demanda acerca de la existencia, alcance, modalidades, extensión y amplitud de su derecho real de dominio, pues la ausencia de un interés sustancial y concreto en la accionante aparece manifiesta en virtud de que aún no se delimitó la línea de ribera ni se dispuso la explícita afectación como camino público de la franja costera de su propiedad, y no expresó en qué medida la conducta de las autoridades provinciales habría generado una inminente afectación de su exclusivo dominio en el área ribereña ni acreditó que –en virtud de la normativa local que cuestiona– hubiese debido soportar invasiones y abusos de terceros que pretendieran darle un destino público a la aludida fracción ribereña. (Del voto en disidencia de las doctoras Highton de Nolasco y Argibay).

* Citas legales del fallo 114129: Ley nacional 27 (*Adla*, 1852-1880, 354).

El camino de sirga en el dominio del propietario ribereño*

Daniel Kantor

Sumario: 1. Texto de los artículos 2639 y 2640. 2. Significado. Antecedentes y derecho comparado. Utilidad. 3. Naturaleza jurídica. 4. Contenido. Derechos y obligaciones de los propietarios ribereños. 5. Fallo “Las Mañanitas S. A. c/ provincia del Neuquén”.

1. Texto de los artículos 2639 y 2640

El primero de los mencionados, que brinda un esbozo de la institución, dice:

Los propietarios limítrofes con los ríos o con canales que sirven a la comunicación por agua están obligados a dejar una calle o camino público de treinta y cinco metros hasta la orilla del río o del canal sin ninguna indemnización. Los propietarios ribereños no pueden hacer en ese espacio ninguna construcción ni reparar las antiguas que existen ni deteriorar el terreno en manera alguna.

El artículo 2640, de carácter más específico, es aplicable para los casos en que “el río o canal atraviesa alguna ciudad o población” y dice que “se podrá modificar, por la respectiva municipalidad, el ancho de la calle pública, no pudiendo dejarla de menos de quince metros”.

2. Significado. Antecedentes y derecho comparado. Utilidad

2.1. Denominación

Camino de sirga, entonces, es la denominación que recibe la mencionada franja costera de 35 metros¹ (o, en los casos del art. 2640, la distancia inferior que fije la municipalidad)². En la época del dictado del Código, se requería este espacio costero libre de obstáculos para que, tirando desde la costa por medio de

* Publicado en *La Ley*, Buenos Aires, *La Ley*, año LXXXIII, n° 233, 7/12/2009, pp. 8-11.

1. Ver nota extendida en p. 195.

2. Por ejemplo, el proyecto n° 02580 del año 2008, de los legisladores porteños Walsh y Di Filippo (Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires), que puede descargarse de la página del CEDOM, <<http://www.cedom.gov.ar>>, consideró necesario ratificar, en su artículo 1, la medida de 35 metros.

una cuerda gruesa –denominada *sirga*–, fuera posible remontar a los barcos río arriba, contra la corriente.

2.2. Fuentes

Los citados artículos del Código Civil no tienen notas y, por ende, no señalan sus antecedentes. La incertidumbre respecto a las fuentes tenidas en cuenta por nuestro codificador parece ser común a toda la doctrina que hemos consultado; Moisset de Espanés –tras haber acudido a Lisandro Segovia para resolver el intrínquilis– nos dice, resignado, que no ha “encontrado más que alguna referencia al *Digesto* y a lo que Demolombe dice sobre el tema en los tomos X y XI de su *Curso sobre el Código de Napoleón*”³.

Seguramente, a Vélez no se le escapó que el también llamado *camino de ribera*⁴ o *camino ribereño*⁵ era conocido por el derecho romano. Mariani de Vidal⁶ menciona un antecedente en las *Instituta*, libro II, título I, parágrafo 4, a partir de las cuales se llega a las *Siete partidas*⁷. A partir de allí, tenemos que el camino de sirga fue un instituto recogido por nuestro derecho patrio⁸ y por el Código Civil de España.

2.3. Código Civil de España

Este último regula el camino de sirga como una servidumbre, en el artículo 553 (segundo párrafo), que, a efectos de mayor ilustración temática, traemos aquí:

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 de la navegación y flotación fluvial.

Si fuere necesario ocupar para ello terrenos de propiedad particular, procederá la correspondiente indemnización⁹.

2.4. Proyectos legislativos

Debe decirse que el camino ribereño se volvió un tanto anacrónico, debido a que los progresos técnicos, científicos y tecnoló-

3. Ver nota extendida en p. 196.

4. Por ejemplo, en el punto 19 *in fine* del programa de cátedra de Derecho Civil IV de la Facultad de Derecho de la UNR (Resolución del C. D. 242/85), cuya titularidad correspondió a nuestro maestro, el doctor Luis Orlando Andorno, hasta su desaparición física el 21 de junio de 2006.

5. CLERC, Carlos M., *El derecho de dominio y sus modos de adquisición*, Buenos Aires, Ábaco, 1982, p. 89.

6. MARIANI DE VIDAL, Marina, *Curso de derechos reales*, Buenos Aires, Zavallía, 1974, vol. I, p. 299.

7. Ver nota extendida en p. 196.

8. Ver nota extendida en p. 196.

9. *Código Civil de España*, Aranzadi, septiembre de 1999 (sobre la regulación del artículo 553 del Código Civil de España por el 112 de la Ley de Aguas, ver MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *op. cit.* [cfr. nota 3]). El mismo texto del Código Civil español se encuentra también, por ejemplo, en el artículo 1621 del Código Civil de Nicaragua, que derogó aquel de 1867.

gicos del último siglo, en lo referente a diseño y utilización de nuevos materiales, y sobre todo, el uso de las embarcaciones a motor, convirtieron a la navegación *a sirga* en –casi– una práctica del pasado. Por esto, es entendible que los proyectos de legislación reduzcan el ancho del camino de ribera o lleguen a suprimir el instituto¹⁰.

No obstante lo dicho, un proyecto de ley del año 2008, de los legisladores porteños Walsh y Di Filippo, consideró importante que la norma sea mantenida por los beneficios que presta al ambiente y el mantenimiento de la biodiversidad¹¹.

2.5. *Propuestas modificatorias*

En referencia a la posibilidad de acortar la distancia desde la costa, encontramos que el punto n° 282 de los “Fundamentos” del *Proyecto de Código Civil* de 1998 explica en un párrafo que

[...] 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 económico social que lo justifica y, de ese modo, se reintegrarán a la explotación vastas extensiones en todo el territorio de la República, con la presumible repercusión económica que ello importará¹².

2.6. *Propuestas supresoras*

Del lado de quienes bregan por la supresión del camino de sirga, se encuentra la habilidosa pluma de Moisset de Espanés, quien criticó en su momento la solución del *Proyecto de Código* de 1998, señalando –siguiendo a Demolombe– que, puesto que ya no existe más la navegación a sirga, debería haber desaparecido la restricción al dominio que supone el instituto en estudio. En su artículo –redactado como si se tratara de un correo electrónico, en forma que nos recuerda a las *Cartas a un romanista* de Rudolph Von Ihering– Moisset plantea una pregunta retórica al destinatario de su *e-mail* imaginario:

¿No piensas que la solución *moderna* sería suprimir el camino de sirga, pero mantener al margen de todos los ríos, navegables o no, la servidumbre que contempla el Código español en el primer párrafo del artículo 553, cuando fija tres metros para que se

10. Ver nota extendida en p. 196.

11. El artículo 3 del Proyecto 02580 de la legislatura porteña citado ya en esta nota (cfr. nota 2) señala que: “Art. 3.- En la franja establecida como camino de sirga según el artículo 1 de la presente ley, sólo podrán existir: a) [...] b) flora, aun cuando impida la libre circulación, con el objeto de preservar o recomponer el ecosistema ribereño y el paisaje natural del espacio costero de la ciudad”. Dudamos sobre la constitucionalidad de algunos artículos de este proyecto, que quizá analicemos en un nuevo artículo.

12. El artículo 1914 del *Proyecto de Código Civil* de 1998 dice: “Camino de sirga - El dueño de un inmueble colindante con cualquiera de las orillas de los cauces o sus playas, aptos para el transporte por agua, debe dejar una franja de terreno de quince (15) 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 violatorios de este artículo”.

puedan atender los intereses de “navegación, flotación, pesca y salvamento”?¹³

13. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *op. cit.* (cfr. nota 3).

14. JEROME, Jerome K., *Tres hombres en un bote*, p. 147.

15. En el fallo “Las Mañanitas S. A. c/ provincia de Neuquén”, se plantea una cuarta posibilidad (condominio), que la CSJN rechaza.

16. Ver nota extendida en p. 196.

17. CLERC, Carlos M., *op. cit.* (cfr. nota 5), p. 90, hipotetiza que estas expresiones pudieron originarse a raíz del dictamen del Auditor de Guerra al momento de dictarse el decreto del 9 de agosto de 1864, puesto que en este se consideraban las extensiones de 40 varas como propiedad común. Por otro lado, el dictamen del Procurador del Tesoro, en tanto adjudicaba la propiedad a los dueños de heredades contiguas.

18. *Loc. cit.* Clerc cita a uno que involucra a nuestro terruño: “Gobierno Nacional y Sociedad del Puerto del Rosario c/ provincia de Santa Fe”, en *Fallos de la Corte Suprema*, t. 111 p. 339.

19. CNCiv., Sala F, 31/5/1990, *La Ley*, 1990-E, 357.

Si por nuestra parte nos vemos tentados a responder positivamente a la pregunta de Moisset, advertimos, a riesgo de adelantarnos en la temática, que su propuesta no trata de una simple reducción del ancho de treinta y cinco (35) a solo tres (3) metros; hablaríamos de un cambio de naturaleza jurídica: para nosotros, el camino de sirga es una restricción y límite al dominio, mientras que Moisset habla del Código español, para el cual estos 3 metros constituirían una servidumbre de uso público –y, por tanto, se requeriría una indemnización al ribereño–. Y deberíamos también reflexionar que la imposición de esta servidumbre –sobre todo, al caso de los ríos no navegables, no contemplados en los artículos 2639 y 2640 de nuestro Código Civil– requeriría la previa y adecuada indemnización de los propietarios ribereños que verían afectado su derecho real de dominio.

“Tropezamos finalmente con el camino de sirga y eso nos alegró; porque hasta ese momento no habíamos estado seguros de si estábamos caminando hacia el río o si nos estábamos alejando de él [...]”¹⁴.

3. Naturaleza jurídica

La naturaleza jurídica del *camino de sirga* ha dado lugar a tres¹⁵ posiciones doctrinarias.

3.1. Dominio público

El terreno afectado por los artículos 2639 y 2640 pertenece al dominio público¹⁶. Esta posición se sustenta en que los artículos hablan de “dejar una calle o camino público” y “calle pública”¹⁷. La Corte Suprema ha descartado esta posición en diversos casos¹⁸. Con clara argumentación, en el fallo de cámara “Moxey Savon Argentina S. A. c/ Municipalidad de Buenos Aires”¹⁹, se refuta la corriente doctrinaria *publicista*:

[...] en la actualidad, ha perdido vigencia pues ha sido rebatida con sólidos argumentos 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 artículo 2340; 2) que el artículo 2639 alude a ‘propietarios limítrofes’ y a ‘propietarios ribereños’; 3) que sería ilógico que se impusieran prohibiciones a esos propietarios si el camino de ribera fuese público; 4) que sería inútil el artículo 2572 que atribuye al Estado los acrecentamientos por aluvión en los ríos navegables si ya fuera propietario de esa fracción de tierra”²⁰.

3.2. *Servidumbre administrativa*

Una posición doctrinaria que también ha quedado en minoría en nuestro país sostenía que el camino de sirga era una servidumbre administrativa, porque afectaba el carácter exclusivo del dominio. En el fallo de cámara “Rocca Hermanos S. R. L. c/ Municipalidad de Buenos Aires”²¹, la demandada sostiene tal posición al recurrir. La Municipalidad de Buenos Aires “cuestiona que se haya dispuesto indemnizar la franja de terreno sobre la que existe un camino de sirga. Señala que el artículo 2639 excluye toda indemnización y que se trata de una servidumbre administrativa”. El argumento de la Municipalidad de Buenos Aires parece contradictorio, porque, aun si se aceptase que se trata de una servidumbre administrativa, entonces, corresponde indemnizar. El camarista Kiper explica la posición de la siguiente forma:

En cuanto a su naturaleza jurídica, sostiene la apelante que se trata de una servidumbre administrativa, idea sostenida por Bielsa, Marienhoff, Villegas Basavilbaso y Allende. Esta tesis es cuestionada, porque no existiría fundo dominante sino solo el sirviente, a pesar de que los artículos 2970 y siguientes suponen la existencia de ambos, máxime teniendo en cuenta que sería exagerado considerar como fundo dominante al río o canal. Además, la inexistencia de indemnización es compatible con las restricciones y límites y no con las servidumbres.

Al argumento de la inexistencia del fundo dominante Bielsa ha replicado, afirmando que, desde la óptica del derecho administrativo, lo esencial para la existencia de una servidumbre administrativa es únicamente la presencia de un fundo sirviente. A su vez, Allende agrega que no habría objeción en considerar que el río es el fundo dominante²².

20. La postura tenía mayor sustento jurídico con el texto originario del inciso 4 del artículo 2340. Antes de la reforma de la Ley 17.711, entre los bienes públicos se mencionaba a “las playas de los ríos navegables en cuanto su uso sea necesario para la navegación [...]”. Hoy, el artículo 2340 precisa el significado de *ribera interna* y no distingue si se trata de ríos navegables o no. Con redacción similar al inciso originario, encontramos el artículo 478 del Código Civil de Uruguay, que menciona, entre los bienes nacionales de uso público a: “3. Los ríos o arroyos navegables o flotables en todo o parte de su curso [...] 4. Las riberas de esos ríos o arroyos, en cuanto al uso que fuere indispensable para la navegación”.

21. CNCiv., Sala H, 28/5/1998, *La Ley*, 1998-E, 562.

22. CLERC, Carlos M., *op. cit.* (cfr. nota 5), p. 92.

23. BORDA, Guillermo A., *Manual de derechos reales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, p. 241. La CNCiv., Sala A, a través del voto de Luaces, llega a similar conclusión en el fallo “Mármoles Riachuelo S. A. c/ Municipalidad de Buenos Aires”, *La Ley*, 1994-D, p. 137, cuando confirma que –aun cuando se aceptase que la naturaleza del camino de sirga es la de una servidumbre administrativa y no la de una restricción y límite al dominio– correspondería expropiar el terreno para el caso de un ensanche de avenida destinada a circular por tierra y resultaría improcedente disminuir el potencial cómputo del camino de sirga en la indemnización.

24. Ver nota extendida en p. 196.

25. AREÁN, Beatriz, *Derechos reales*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005, t. 1, p. 269.

26. MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.* (cfr. nota 6), p. 301.

27. Cuando, en este texto, hablamos de la distancia de 35 metros, es por una cuestión de comodidad; no hacemos la aclaración pero debiéramos decirlo –por eso, esta nota–, que dejamos a salvo la distancia inferior que puede fijar la municipalidad, conforme a la letra del 2640.

28. Ver nota extendida en p. 197.

Con su habitual pragmatismo, Borda acerca esta posición (que hace hincapié en el “interés público implicado”) con la teoría que a continuación estudiaremos (que, según el mencionado autor, “pone el acento en el derecho de propiedad [que el camino de sirga restringe]”). “Son simplemente dos aspectos del mismo problema. En el fondo, nada cambia porque se acepte una u otra teoría”²³.

3.3. Restricción y límite al dominio

Fue ampliamente receptada por la jurisprudencia la posición que señala que el camino de sirga es una restricción y límite al dominio²⁴, lo cual, por demás, surge directamente de su ubicación en el Código Civil, en el título VI, “Restricciones y límites al dominio”. Si fuese una servidumbre administrativa, cabría indemnizar al propietario, reafirman los sostenedores de esta tesis, coincidiendo con algunos fallos ya citados. “Es esta, simplemente, una regulación del contenido normal del dominio de los fundos que lindan con los ríos o canales destinados a la comunicación”²⁵.

4. Contenido. Derechos y obligaciones de los propietarios ribereños

4.1. Línea limítrofe inicial

Mariani de Vidal interpreta, a partir de las palabras “los propietarios limítrofes con los ríos y canales [...]” (art. 2639) que “los 35 m deben contarse desde el límite externo del río [...], o sea, a partir de la línea de cota o de ribera”²⁶ y señala que la reforma del artículo 2340 llevó la mencionada línea de cota a la determinada por las crecidas medias ordinarias. El mismo criterio parece compartir la mayoría de la doctrina actual: así, Beatriz Areán señala que los 35 metros se cuentan desde la línea de ribera, que es la que separa la ribera interna del río de la ribera externa o margen y se determina por las crecidas medias ordinarias. Nosotros también participamos de la opinión que señala que los 35 metros²⁷ deberán contarse desde la línea que las aguas bañan o desocupan durante las crecidas medias ordinarias²⁸.

4.2. Requisito de navegabilidad

La restricción es únicamente para aquellas franjas de terreno en los márgenes de ríos o canales que sirvan a la comunicación por agua, es decir, a todas las vías fluviales que puedan ser utilizadas como medios de transporte²⁹, o sea, que sean navegables o flotables³⁰.

4.3. Alcance de la restricción

El camino de sirga es una restricción impuesta en beneficio exclusivo “del tránsito por agua (navegación y flotación), y [...] de la pesca efectuada desde embarcaciones”³¹ y tiene por finalidad facilitar la circulación por las calles y caminos públicos en mira a estas necesidades³². La interpretación del alcance en la limitación del dominio debe ser restrictiva; para otros usos, corresponde que el Estado expropie la superficie.

Mariani de Vidal opina que “el camino de sirga no podría usarse como vía de tránsito entre una heredad y otras, ni por los que se dirijan al río a sacar agua, bañarse, abrevar animales, lavar o hacer del agua cualquier otro uso común”³³. A pesar de lo dicho, a nosotros nos parece que, si la institución admite el paso de hombres o animales con sirgas, eventualmente –si ya está siendo utilizado como camino de sirga– cabría admitir el paso *sin carga* y *sin detenerse* cuando se trata de comunicar heredades para asegurar una mejor explotación –si esto no desmejora el dominio–³⁴. Lo que no podría tener lugar, a nuestro criterio, es que se permanezca en el lugar utilizándolo, por ejemplo, como balneario. Highton parece avanzar más sobre el propietario ribereño en su comentario al fallo “Multipuerto S. A. y otra c/ Genaro, Domingo y otros”, ya que señaló que

[...] las normas que tratan sobre el camino de sirga o de ribera, si bien originariamente se definieron para favorecer la navegación a sirga, siempre han permitido otras utilidades. La franja de terreno constitutiva de la ribera externa o margen del río sirve tanto para las necesidades de la navegación como de la pesca, el comercio y el esparcimiento de la población. Recordemos que los ríos y arroyos –navegables o no–, sus cauces y sus riberas internas pertenecen al dominio público del Estado (artículo 2340 del Código Civil), lo que hace razonable que quienes no sean propietarios ribereños puedan tener acceso a sus beneficios³⁵.

29. ANDORNO, Luis O. y GARRIDO, R., *op. cit.* (cfr. nota 28), p. 362.

30. Extenderemos este punto más adelante, al analizar el fallo de la Corte.

31. AREÁN, Beatriz, *op. cit.* (cfr. nota 25), p. 269.

32. Fallo publicado en *La Ley*, 1990-E, 357.

33. MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.* (cfr. nota 6), p. 301.

34. Ver nota extendida en p. 197.

35. HIGHTON, Elena I., “¿La resurrección del camino de sirga?”, *La Ley Buenos Aires*, 1994-136, comentando el fallo CApel.C.C.Crim. yCorrec. Zárate, 29/9/1992, “Multipuerto S. A. y otra c/ Genaro, Domingo y otros”.

4.4. Obligación de expropiar

El Estado tiene solo la posibilidad de reglamentar la faja de terreno con el fin que le marca la ley, que obedece a las necesidades de la navegación, la flotación o la pesca. Pero debe expropiar si lo que desea es ejercer actos de propietario: construir edificios para oficinas públicas, muelles, astilleros, diques, etc. La Corte Suprema dictaminó que la compañía concesionaria para la construcción del puerto de Rosario no podía ocupar la faja de terreno que los propietarios deben dejar sobre las márgenes del río Paraná y que se la debía expropiar³⁶. Se consideró también indispensable la expropiación de la franja de terreno del camino de sirga para destinarla al ensanche de una calle destinada a la circulación por tierra³⁷.

4.5. Facultades del propietario

El propietario ribereño es, como las palabras lo indican, quien tiene el dominio sobre el ancho del terreno. Puede disponer de los productos naturales sobre la franja afectada, tales como pastos, leña, madera; pero parte de la doctrina sostiene que no tiene derecho a sembrar y cultivar la zona, ni extraer arenas o piedras, porque estos actos resultan incompatibles con la obligación de dejar un camino público³⁸. Borda no comparte la última opinión, señalando que, a menos que el Estado haya realmente construido ese camino, debe reconocerse al propietario ribereño amplias facultades para explotar la zona.

El artículo 2639 señala que el propietario ribereño no puede realizar construcciones, reparar las antiguas que existen, ni deteriorar el terreno en manera alguna. Como se sabe, estas prohibiciones no se respetan, pero “si el particular ha realizado obras dentro de la extensión de dicho camino, ellas deben ser destruidas sin indemnización [...] al ser contrarias a la ley, no pueden ser objeto de indemnización”³⁹.

“Fue donde el camino de sirga baja con suavidad hasta el agua; nosotros estábamos acampados en la ribera opuesta, mirando todo lo que pasaba”⁴⁰.

36. SALVAT, Raymundo, *op. cit.* (cfr. nota 28), § 1081, p. 607, menciona el fallo CSJN, 8/5/1909.

37. CApel.Contencioso-administrativo y Trib. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, 23/8/2005, “Negro, Miguel Ángel c/ Ciudad de Buenos Aires”, *La Ley*, 2006-C, 638: “El Estado solo tiene derecho a reglamentar el uso de la franja de 35 metros 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”. También, ver el fallo publicado en *La Ley*, 1990-E, 357.

38. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el fallo que analizaremos sobre el final de este artículo, vuelve sobre las facultades del propietario, al analizar la validez del Decreto 790/99.

39. Ver nota extendida en p. 197.

40. JEROME, Jerome K., *op. cit.* (cfr. nota 14), p. 87.

5. Fallo “Las Mañanitas S. A. c/ provincia de Neuquén”⁴¹

5.1. *Hechos*

Las Mañanitas S. A. es propietaria del lote “B” –lindante con el río Chimehuín, que no es navegable– y ha vendido por boleto una fracción de “B” al señor Montalembert. La vendedora, para escriturar, encarga a un agrimensor la mensura de la fracción, pero se encuentra con que la Dirección General de Recursos Hídricos (DGRH) de Neuquén exige, para la aprobación del plano de mensura, la incorporación de algunas notas marginales al mismo. En particular, la DGRH de Neuquén estaría *exigiendo* que se acepte que “el inmueble está afectado por la restricción al dominio establecida por el artículo 2639 del Código Civil, la Ley provincial 273, la Ley provincial 899 (Código de Aguas) y el Decreto reglamentario 790/99”.

5.2. *Litis (actora)*

Las Mañanitas S. A. señala que, por medio de las anotaciones marginales, se sometería al inmueble a un régimen jurídico de restricciones al dominio que son inconstitucionales, derivadas de leyes provinciales y no del Código Civil. En definitiva, pide a la Corte que declare que:

- 1) La restricción al dominio prevista en el artículo 2639 del Código Civil ha sido establecida para los ríos y canales que sirven a la comunicación por agua, por lo que las provincias no pueden modificarla restringiéndola o extendiéndola a otros fines.
- 2) El Estado provincial no puede imponer a Las Mañanitas S. A., como propietaria del lote “B”, ribereño del río Chimehuín, restricciones o pérdida de la exclusividad del derecho real de dominio, pues el inmueble no linda con un río o canal que sirva para la comunicación por agua.
- 3) No se puede conceder sobre ningún inmueble ribereño de particulares el uso de un área de 35 metros para pesca u otra utilización como si fuera un bien público.
- 4) Resultan inconstitucionales los artículos 1, 2 y 3 de la Ley provincial 273. El artículo 2 de la ley dispone autorizar al Poder Ejecutivo “a afectar como calle o camino

41. El fallo cuyas referencias hemos dado puede encontrarse en la página oficial de la Corte Suprema, <www.csjn.gov.ar>.

público, de conformidad con lo establecido por el artículo 2673 del Código Civil, las fracciones de treinta y cinco metros computables desde la línea de ribera legal [...]; el artículo 1 de la misma ley, por cuanto encomienda “la realización de los estudios técnicos necesarios para la determinación de la línea de ribera legal de los ríos y cursos de agua flotables provinciales e interprovinciales en aquellas zonas que por su densidad de población y posibilidad de uso intensivo así lo justifiquen”; y el artículo 3 obliga a los titulares ribereños a permitir el uso del camino de sirga “a cualquier habitante, a los efectos de la navegación, pesca y de cualquier otra utilización propia de su destino público”.

5.3. *Litis (demandada)*

La provincia de Neuquén se allana a la pretensión de la actora de excluir la mención de la Ley local 273 en las notas a consignar en el plano de mensura y división, y, en subsidio, contesta la demanda.

Sostiene que no existe una causa contenciosa que habilite la competencia originaria prevista en los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, en tanto la respuesta de la Dirección General de Recursos Hídricos a la consulta preliminar de un agrimensor no configura un acto administrativo definitivo susceptible de afectar derechos, pues este recién se dictará con posterioridad a la presentación del proyecto final del plano con la firma del titular del dominio. Por otra parte, señala que la Ley 273 requiere, para su aplicación, que se dicte un decreto reglamentario u ordenanza municipal que disponga la restricción sobre un determinado inmueble, supuesto que no se dio en autos. En tales condiciones, afirma que no existe un estado de incertidumbre que cause un perjuicio o lesión actual a la demandante, de conformidad con los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

5.4. *Tercero interesado*

El señor Montalembert –citado como tercero– señala que es el comprador de la fracción “A” y que la adquirió porque lindaba con un río no navegable –como es el Chimehuín– a efectos de

tener todos los derechos sobre la ribera del río que le confieren las disposiciones del Código Civil. Afirma que las leyes provinciales mencionadas le causan un serio perjuicio, no solo por cambiar la expectativa con la que compró el inmueble sino también por la reducción del valor económico del bien.

5.5. *Voto de la minoría*

El rechazo de la demanda de Las Mañanitas S. A., con los votos de Highton de Nolasco y Argibay, se justifica en que la Ley provincial 273 condiciona su operatividad a la existencia de ciertos actos emanados del Poder Ejecutivo local. Por ejemplo, se lo autorizó para afectar, “por decreto”, “como calle o camino público”, a las fracciones de 35 metros computables desde la línea de ribera legal, y las juezas determinaron que ninguno de estos actos provenientes de la autoridad provincial tuvieron lugar en la causa. La actora solo invocó una nota emanada de la Dirección General de Recursos Hídricos que dio respuesta a una solicitud de instrucciones requerida por el agrimensor contratado para la mensura y división del lote, y tal evacuación de una consulta profesional por la nota aludida solo habría importado el inicio de la actuación administrativa, que no agotaba esa instancia ni configuraba el acto definitivo que habilitaba la acción judicial revisora. Además, la provincia demandada se allanó a excluir la mención de la Ley 273 en las notas a consignar en el plano. En tales condiciones, el voto de la minoría de la Corte determinó que no existía acto alguno por parte de las autoridades provinciales que pudiera traducirse en una afectación para la actora, lo cual demostraba el carácter meramente consultivo o académico del reclamo y la ausencia de conflicto.

Por último, [dijo la minoría en su voto] la demandante tampoco acreditó que –en virtud de la normativa que cuestiona– hubiese debido soportar en este período “invasiones” y “abusos” de terceros que hubiesen pretendido darle un destino público a la aludida fracción ribereña. No se observa al respecto, con mínimo grado de concreción, un perjuicio o lesión suficientemente inmediato o directo al derecho de propiedad de la actora, cuya vulneración –por el contrario– aparece como hipotética, remota o conjetural [...] [*Fallos*, 330:3109].

5.6. Fallo (voto de la mayoría)

Concordantemente con lo dictaminado por la procuradora fiscal, la mayoría de la Corte hace lugar parcialmente a la demanda⁴², declarando la inconstitucionalidad de los artículos 2 y 3, última parte, de la Ley local 273, pero no del artículo 1. El estado de incertidumbre que justifica la promoción de la demanda se ve cuando la ley provincial extiende la restricción del artículo 2639 incluso a aquellos ríos que no sirvan a la comunicación por agua –es decir, a aquellos que no son navegables o flotables en el sentido legal del término–, abarcando a todo inmueble ribereño que se encuentre en zonas en que, por su densidad de población y uso intensivo, así lo justifiquen; y cuando el Estado provincial exigió que en el plano se asiente que el inmueble se encuentra afectado por la restricción al dominio establecida por la ley.

En sus considerandos, la CSJN analiza el concepto de *comunicación por agua*, la naturaleza jurídica del camino de sirga, el nacimiento y alcance de la restricción y las facultades del propietario; puntos que a continuación analizamos.

5.7. Concepto legal de navegabilidad. Flotabilidad, cuasi-navegación. Requisito económico y no eventual de la comunicación por agua

En los considerandos 6 y 7 del fallo, se deja claro que, al momento de trabarse la litis, no era tema de controversia que el río Chimehuín no era navegable en la extensión en que limitaba con el lote de la actora. Al momento de alegar, la provincia de Neuquén reintrodujo la cuestión en referencia a la *navegabilidad de vuelta de dicho tramo*, al afirmar –de manera general e imprecisa– “que en esos cursos de agua con fuerte corriente aguas abajo es precisamente donde la navegación a sirga es más necesaria para remontar el curso del río”.

Lo anterior lleva al primer punto de interés del pronunciamiento, en referencia al concepto legal de la navegabilidad. En el considerando 13, la Corte dice:

La navegación a la que alude el artículo 2639 del Código Civil se aplica no solo 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);

42. Votos de Fayt, Petracchi, Maqueda y Zaffaroni.

cuando la ley habla de cursos de agua navegables, debe entenderse que también se refiere a los flotables.

En el considerando 14, se agrega que “las condiciones generales que debe reunir la flotación para que un curso de agua se considere flotable legalmente son análogas a las que deben concurrir en la navegación”; y, luego, se explica sobre estas condiciones:

[...] 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.

La CSJN deja, por lo tanto, en claro que el concepto de *servir a la comunicación por agua* debe responder a una continuidad y no a la eventualidad, respondiendo a un interés general e idea económica de organización.

Con relación al artículo 1 de la Ley 273, impugnado por la actora, la Corte no encuentra que contraríe las previsiones del Código Civil, por encomendar al Poder Ejecutivo:

[...] la realización de los estudios técnicos necesarios para la determinación de la línea de ribera legal de los ríos y cursos de agua flotables provinciales e interprovinciales en aquellas zonas que, por su densidad de población y posibilidad de uso intensivo, así lo justifiquen.

5.8. *Naturaleza jurídica del camino de sirga*

Establecida por la Corte la improcedencia de imponer la restricción a todo inmueble lindero a un curso de agua sin importar la navegabilidad legal del río, el análisis continúa en el artículo 2

de la Ley 273, que conceptúa jurídicamente al camino de sirga de una manera hasta el momento no reseñada. La disposición autoriza al Poder Ejecutivo:

[...] a afectar como calle o camino público, de conformidad con lo establecido por el artículo 2673 del Código Civil, a las fracciones de treinta y cinco metros de ancho computables desde la línea de ribera legal, en las mismas zonas mencionadas en el artículo anterior.

Es decir, la ley local pretendía someter a las heredades ribereñas al régimen del condominio⁴³.

A la pretensión de la provincia de Neuquén de ser condómina del camino de sirga con los propietarios ribereños, la Corte responde que

[...] desconoce lisa y llanamente las previsiones contenidas en el artículo 2639 del Código Civil, en cuanto establece presupuestos no contemplados en la normativa de fondo y afecta la plenitud del derecho real de dominio de la actora, convirtiendo la supuesta restricción impuesta por ley en una expropiación encubierta [...].

Y 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”.

La Corte se enrola en la tesis mayoritaria, al señalar, en sus considerandos 27 al 29, que

[...] 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 [...]. 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.

43. El artículo 2673, en la apertura del título VI, “Del condominio”, define al mismo como “el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble”.

Argumenta, además, la Corte:

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 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 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 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. [*Fallos*, 111:179 y 197].

Además, la Corte sostuvo 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].

Por lo dicho, se declaró que el artículo 2 de la Ley 273 es inconstitucional:

[...] en la medida en que, al citar el artículo 2673 del Código Civil, [lo] hace al Estado provincial condómino del inmueble en cuestión, transformando una porción de él en un bien del dominio público sin declaración alguna de expropiación y previa indemnización tal como lo determina el artículo 17 de la Constitución Nacional.

5.9. Alcance de la restricción. Utilización

El artículo 3 de la Ley 273 disponía que

[...] los propietarios de terrenos ribereños con la calle o camino declarado público por decreto del Poder Ejecutivo no pueden hacer en ese espacio de treinta y cinco metros ninguna construcción, ni reparar las antiguas que existieron, ni deteriorar el terreno de manera alguna. Están obligados a permitir su uso por cualquier habitante a los efectos de la navegación, pesca y de cualquier otra utilización propia de su destino público.

El voto mayoritario de la Corte, recogiendo lo dicho por alguna doctrina administrativista, señaló que

[...] el Estado solo 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.

A este punto, nos atreveríamos a volver a señalar que el voto de la minoría arriba reseñado parecía exigir en este punto que el propietario acreditase que sobre las palabras de la ley había habido efectivas “invasiones y abusos” a los efectos de hacer lugar al recurso. El voto de la minoría requirió un “mínimo grado de concreción, un perjuicio o lesión suficientemente inmediato o directo al derecho de propiedad de la actora, cuya vulneración –por el contrario– aparece como hipotética, remota o conjetural”. No dudamos de que, de seguirse la postura minoritaria, resultaría un gran perjuicio a la seguridad jurídica, porque la espada de la “legítima invasión autorizada por la ley local en contra de lo dispuesto por el Código Civil” permanecería sobre la cabeza del propietario, revistiendo de legitimidad legal a cualquier privación al derecho del propietario y produciéndole perjuicio –a nuestro juicio, inmediato– al desvalorizar su propiedad. En suma, el perjuicio que exigía la minoría de la Corte estaba, en nuestro criterio, en las palabras de la ley que ponen en duda el mismo derecho de propiedad, impidiendo al dueño conocer con exactitud su contenido.

En definitiva, la mayoría de la Corte resolvió que

[...] el artículo 3, última parte, de la Ley 273 resulta también violatorio de los artículos 2508, 2513, 2516, 2639 y concordantes del Código Civil y del artículo 17 de la Constitución Nacional y que, en consecuencia, corresponde declarar su inconstitucionalidad.

5.10. *Nacimiento de la restricción*

El voto de la mayoría confirmó los precedentes de:

[...] los *Fallos* 43:403 y 128:296 [y] señaló que la restricción que se establece en el artículo 2639 del Código Civil, respecto de las

propiedades ribereñas con ríos navegables, importa una carga que grava dichos bienes por la sola fuerza de la ley y que deriva del régimen ordinario y normal de la propiedad. Por ello, es irrelevante la existencia de un decreto u ordenanza que regule la restricción. Si ella es exigible, nace por la sola fuerza de la ley.

Consideramos que esta es la posición correcta, ya que permitiría, incluso, la acción por terceros interesados, a los efectos de que la restricción se respete⁴⁴.

5.11. *Facultades del propietario*

Mediante el artículo 2 (a través del artículo 14, anexo I) del Decreto 790/99, reglamentario del Código de Aguas de la provincia de Neuquén, se estableció expresamente que

[...] las márgenes de los cursos de agua, de los lagos y de los embalses, en toda su longitud, están sujetas a lo establecido en el artículo 2639 del Código Civil. En ese espacio, los propietarios ribereños podrán ejercer libremente las facultades inherentes a su derecho de propiedad; excepto la plantación de árboles y la realización de las construcciones sin la autorización de la autoridad de aplicación, la que se otorgará fundadamente y solo en casos excepcionales [...].

Y que “no se podrá alterar el relieve del terreno, extraer áridos o realizar construcciones definitivas o provisorias sin la debida autorización de la autoridad de aplicación”. La Corte, en su considerando 46, privó de validez el texto del decreto, señalando:

[...] que la sola lectura de la disposición transcrita exige concluir que el Decreto reglamentario 790/99 impone la restricción del artículo 2639 del Código Civil a supuestos no contemplados en él y limita el ejercicio del derecho de propiedad estableciendo prohibiciones que la ley de fondo no contempla y permitiendo, en los supuestos en los que pueda resultar exigible la restricción, la realización de actos que aquella prohíbe⁴⁵.

Notas extendidas

1. Sin perjuicio de que traeremos el tema nuevamente más adelante en el texto, DÍAZ REYNA, E., “El aluvión y el camino de sirga ante el inciso 4 del artículo 2340 del Código Civil”, en *La Ley*, 1992-C, 1176 (en particular, en los puntos § 15 y § 16 de su esclarecedor trabajo) obtiene importantes conclusiones sobre la línea de “orilla del río o del canal” desde donde se debería comenzar a medir el ancho del camino de sirga. El titular de la

44. MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.* (cfr. nota 6), p. 300, expresa que no es necesaria una resolución administrativa al respecto. ANDORNO, Luis O. y GARRIDO, R., *op. cit.* (cfr. nota 28), p. 364 si la requieren.

45. Más arriba, en nota al pie, hemos traído jurisprudencia y comentado sobre la realización de construcciones –contraviniendo el Código Civil– aun cuando ellas estén autorizadas por las autoridades administrativas (que no deberían pasar por encima de la ley de fondo). En cuanto a la plantación de árboles y otras actividades, creemos que el propietario ribereño solo debería abstenerse cuando con esto impida completamente el uso del camino de sirga o se deteriore el terreno. Y, obviamente, el camino de sirga solo es una restricción al dominio que existe sobre canales y ríos que –según se explicó– sirven a la comunicación por agua, y no sobre todo curso de agua, como pretendía la norma local invalidada.

cátedra de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Córdoba observa que “[...] si la calle debe tener treinta y cinco metros ‘hasta la orilla del río’, esa medida debe tomarse tomando como orilla la línea limitrofe del cauce normal, según el art. 2577, y no la que fija el límite de la ribera interna, según el inc. 4 del art. 2340”. El propietario limitrofe, entonces, verá restringido su dominio dependiendo del ancho que en cada caso tenga la ribera interna (así, por ejemplo, si la costa cae verticalmente sobre el agua y la creciente media ordinaria no sobrepasa a la misma, los 35 metros caerán totalmente sobre el dominio del propietario o casi totalmente sobre el mencionado dominio si la ribera interna tiene pocos metros de ancho por ser la costa muy inclinada).

3. MOISSET DE ESPANÉS, Luis, “Camino de sirga”, en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos.artcamino_desirga2> (o en Lunes 4 y 30, n° 255, p. 32): “¿De qué antecedentes se sirvió Vélez Sarsfield para redactar estas normas? Sinceramente, no lo sé; y sorprende, sobre todo, el ancho excesivo fijado para el camino de sirga, actividad para la cual no parecen necesitarse los 35 metros que fija el artículo 2639”. Debemos excusarnos por no haber podido buscar los artículos 4160, inc. 1, y 4262, inc. 3, del *Esboço* de Freitas, y el 490, 2 parte, del *Proyecto* de Goyena, mencionados como antecedentes en OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *Código Civil y leyes complementarias*, La Plata, Librería Jurídica.

7. CLERC, Carlos M., *op. cit.* (cfr. nota 5), p. 89, citando a Allende, señala la mediación de los glosadores, en particular de Placentino de Montpellier y de su discípulo Azón; por otra parte, el derecho francés contempla la institución desde el siglo VI y el derecho escrito presenta las servidumbres de *halage* y de *marchepied*, acogidas por los artículos 556 y 650 del *Code* napoleónico (acerca de estas y su repetición por el Código Civil de Bélgica y de Haití, ver MOISSET DE ESPANÉS, Luis, *op. cit.* [cfr. nota 3]).

8. Para aquellos interesados en los orígenes históricos, ver CLERC, Carlos M., *op. cit.* (cfr. nota 5), p. 90. Menciona el decreto del 6 de noviembre de 1823, dictado bajo el gobierno de Martín Rodríguez y reactualizado por el presidente Rivadavia el 29 de noviembre de 1826. El 9 de agosto de 1864, se dictó un decreto nacional, estableciendo que todo propietario ribereño debía dejar 40 varas de ribera entre su fundo y la lengua de agua. Sobre la *vara* y las unidades de medición, ver nuestro “Orígenes del Sistema Métrico Legal Argentino (SIMELA): una aproximación jurídica”, *Zeus*, t. 100, p. D-89 a D-95, o bien “Uniformidad de pesas y medidas (art. 75, inc. 11, C. N.): Sistema Métrico Legal Argentino (SIMELA)”, *Jurisprudencia Argentina*, 2007-I, pp. 878-891.

10. OTTONELLO, Néstor J., “Joaquín V. González y el Código Civil. Su propuesta respecto de los artículos 2639 y 2640”, *La Ley*, Suplemento Actualidad, 1/9/2005; en el punto I nos dice que el senador por La Rioja Joaquín V. González presentó el proyecto de derogar los artículos 2639 y 2640, sosteniendo que eran inconstitucionales e injustos y que “¿cómo va a justificar el Estado la retención puramente abstracta de tierras destinadas para los usos ordinarios de la industria o del trabajo a título de un derecho que no ejercita ni puede ejercitarse [...]?”. MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.* (cfr. nota 6), pp. 299 y 300, agrega que, aunque “Bibiloni también se mostró enemigo de este instituto, pero, no obstante ello lo conserva –arts. 2490/91–, debido a que ‘está desde hace tanto tiempo en vigencia’. Igual tesitura adoptan el Proyecto de 1936 (art. 1577) y el Anteproyecto de 1954 (art. 2648)”.

16. La posición doctrinal que da origen a esta nota serviría para dar fundamento, por ejemplo, al Proyecto n° 02508 de la Legislatura porteña, en cuyo artículo 2 se lee: “El espacio señalado en el artículo 1 de la presente ley [nota: el camino de sirga de 35 metros de ancho] es público y de libre acceso y circulación, prohibiéndose la realización de obras, construcciones o actividades de carácter permanente o transitorio que por sus características impidan u obstaculicen la libre circulación o el acceso público a dicha franja, alteren su paisaje o constituyan fuente de contaminación. En el caso de obras, construcciones o actividades que actualmente se emplacen dentro de la franja señalada, se procederá a su inmediata demolición a costa del ocupante, poseedor, tenedor o propietario”.

24. Para aclarar los términos *restricciones* y *limitaciones*, usados indistintamente en nuestra legislación, ver el comentario al clásico fallo “Vega Espeche c/ ENTel”: CANASI, José, “El debilitamiento del derecho de propiedad privada en el interés público y sus

limitaciones”, *La Ley*, t. 131-715. Remitimos a la interesante explicación del n° 282 de los Fundamentos del *Proyecto de Código Civil* de 1998, donde se sostiene que se debe hablar de “[...] límites al dominio y no de restricciones y límites, pues la primera de las nociones oscurece su recto sentido [...]”. Hasta tanto se apruebe este proyecto, utilizaremos también el término *restricciones*, sostenidos, al menos, por una cuestión de hábito lingüístico.

28. De similar criterio son: KIPER, Claudio [dir.], *Código Civil comentado. Doctrina, jurisprudencia, bibliografía. Derechos reales*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, t. II; y ANDORNO, Luis O. y GARRIDO, R., *Código Civil anotado*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía Editor, 1974. Puede verse con provecho también SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil argentino*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1946, § 1085, p. 607, aunque debe tenerse en cuenta que su libro es anterior a la reforma de la Ley 17.711. No obstante lo dicho, la interpretación del texto del artículo 2639 podría admitir una variante: los 35 metros deben empezar a contarse desde la “orilla del río o del canal” y por tal hay que entender “la línea a la que llegan las más altas aguas en su estado normal” (y que determinan, según el artículo 2577, el lecho del río). Estas líneas de “las más altas aguas en su estado normal” no son equivalentes a aquellas de las “crecidas medias ordinarias”. Mariani de Vidal (en MARIANI DE VIDAL, Marina, *op. cit.* [cfr. nota 6], p. 301) hace equivar a “las más altas aguas en su estado normal” con las “crecidas máximas ordinarias”. En una diferente interpretación, Díaz Reyna dice que “la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal” –y determinan el lecho– no son equivalentes a una crecida (DÍAZ REYNA, E., *op. cit.* [cfr. nota 1], § 4). Si estas más altas aguas en su estado normal fueran inferiores a las crecidas medias ordinarias, según parece entenderlo Díaz Reyna, tendríamos que el ancho de la ribera interna, extensión de tierra que las aguas bañan o desocupan en las crecidas medias ordinarias (artículo 2340, inciso 4), contaría dentro de los 35 metros requeridos para el sirgado. Es decir que, según esta interpretación, si la ribera interna tuviera un ancho de 15 metros en un lote ribereño vecino a un río navegable, al propietario ribereño corresponde contribuir con otros 20 metros para el camino de sirga. Debe admitirse, sin embargo, que la interpretación anterior presenta un inconveniente: podría darse el caso de que, durante una crecida, las aguas bañasen la extensión de tierra de dominio público conocida como *ribera interna* (lo cual ocurrirá de hecho cuando se trate de una crecida media ordinaria) y aun una distancia mayor. Y que, por lo tanto, el camino de sirga medido desde el *estado normal* de las aguas quedase, a causa de la crecida, excesivamente reducido en su ancho disponible, al punto de ser inservible para la sirga. Esto ocurriría en menor forma si, conforme a la interpretación de la mayoría doctrinaria, los 35 metros se cuentan desde la línea de ribera.

34. Más acorde con esta interpretación del contenido del camino de sirga, podemos citar al fallo CApelC.C.Crim.yCorrec. Zárate, 29/9/1992, “Multipuerto S. A. y otra c/ Genaro Domingo y otros”, publicado en *La Ley Buenos Aires*, 1994-137, revocatorio del de primera instancia. En la anotación del mismo, bajo el artículo 2639 (en SALAS, Acdeel E. y otros, *Código Civil y leyes complementarias anotados*, Buenos Aires, Depalma, 2000, t. IV-B, actualización de jurisprudencia por Félix A. Trigo Represas), se dice sobre el mismo que “[...] también se ha juzgado que la obligación a que se someten las propiedades ribereñas 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 la comunicación terrestre, aclarándose que los artículos 2639 y ss. del Código Civil no tienen por finalidad únicamente salvaguardar el uso común y público de la navegación o del tránsito terrestre, ya que no solo 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 cómo el *jus publicum* y el *jus privatum* surgen de un mismo tronco, *el interés general*, decisión esta que abre un tanto el espectro, incluyendo también las necesidades de una mejor comunicación vial”.

39. Fallo ya citado (cfr. nota 21) publicado en revista *La Ley*, 1998-E, 562. Incluso, se dio en este caso que las construcciones en violación a lo dispuesto por el propietario ribereño habían sido habilitadas expresamente por una disposición municipal, no obstante lo

cual la Cámara dijo –correctamente–: “El hecho de que la demandada haya prestado su consentimiento y habilitado la construcción de obras en una zona donde no era factible su realización, no puede otorgarle a la actora mayores derechos que los emergentes del Código Civil. Solo cabe entender que, durante un extenso período, la actora pudo usar y gozar de su propiedad en forma más amplia que la reconocida por las normas de fondo, pero no puede interpretarse que ante una eventual expropiación se amplió su derecho a la indemnización más allá de lo permitido por el Código Civil, ya que esto implicaría admitir que las partes pudieron alterar a su voluntad normas de orden público [...]. Tampoco es atendible la invocación del derecho de propiedad que asegura el artículo 17 de la Constitución Nacional, ya que el derecho de dominio de la actora sobre el inmueble ya contaba con esa restricción legal impuesta por el Código Civil. Si la actora realizó construcciones en un lugar en el que la ley le prohibía hacerlas, así como obtuvo beneficios de su actividad industrial sobre ella deben pesar los riesgos. La realización de obras prohibidas no puede generar un derecho a favor del infractor, de modo que no integra el derecho de propiedad en términos constitucionales, el que sólo puede garantizar derechos legalmente constituidos”. Consideramos que el voto de Kiper que acabamos de reseñar es la buena doctrina.

Locación

De inmuebles: concepto; estado de la cosa al momento de la entrega; presunción; restitución; daños; presunción; obligación de conservar la cosa; indemnización; demolición posterior; irrelevancia. Instrumentos públicos: acta de constatación: diferencia con la escritura; valor probatorio.

- 56426 - CNCiv., Sala G, 9/10/2009 - “Catrigo S. A. c/ Pinturerías Prestigio S. A. y otro s/ daños y perjuicios”. (Publicado en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, año XLVIII, nº 12529, 23/6/2010).

1. — La locación es un contrato de tracto sucesivo por el que, después de entregar la cosa, el locador está obligado a conservarla en buen estado y a mantener al locatario en el goce pacífico de ella por todo el tiempo que dure la relación, haciendo todos los actos necesarios a su objeto y absteniéndose de impedir, aminorar o crear embarazos a ese goce.

2. — El artículo 1514 del Código Civil contempla una excepción al principio ge-

neral de que las partes convengan en que se entregue el bien en el estado en que se halle, hipótesis que se presume cuando el locatario entra en posesión –entiéndase tenencia– de la cosa sin exigir reparaciones. A su vez, de conformidad con lo establecido en el artículo 1561 del mismo cuerpo legal, el inquilino estará obligado a conservar la cosa en buen estado y a responder por todo daño o deterioro que se causare por su culpa o por el hecho de las personas que con él habitan o sus