

Marisa Herrera - Gustavo Caramelo - Sebastián Picasso
Directores

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

Tomo I

Título Preliminar y Libro Primero
Artículos 1 a 400



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

Código Civil y Comercial de la Nación Comentado

Tomo I

Título Preliminar y Libro Primero
Artículos 1 a 400



Ministerio de Justicia
y Derechos Humanos
Presidencia de la Nación

uso de la cosa” (art. 2330 CC). No obstante, ambas se subsumen dentro de la fórmula “rentas que la cosa produce”. En síntesis, el fruto civil posee dos manifestaciones: 1) las rentas que la cosa produce por su uso, goce o privación; y 2) las remuneraciones del trabajo.

2.3. Los frutos naturales e industriales y los productos no son accesorios

El art. 2329 CC establecía que los frutos naturales y las producciones orgánicas (productos) de una cosa, formaban un todo con ella. Es decir que tanto los frutos naturales como los productos no eran considerados accesorios de la cosa, como sí lo eran los frutos civiles (art. 2330 CC). Bajo este orden se omitía la situación de los frutos industriales, aunque en la doctrina existía consenso en que ellos integraban un todo con la cosa. Mas el art. 233 aclara la situación al disponer que “los frutos naturales e industriales y los productos forman un todo con la cosa, si no son separados”.

Por último, cabe destacar que tanto los frutos naturales e industriales como los productos dejan de formar un todo con las cosas que los generan si son separados de ella; en este último caso, se transforman en sus accesorios.

ARTÍCULO 234. Bienes fuera del comercio

Están fuera del comercio los bienes cuya transmisión está expresamente prohibida:

a) por la ley;

b) por actos jurídicos, en cuanto este Código permite tales prohibiciones.

1. Introducción

La norma en comentario reproduce el art. 225 del Proyecto de Código de 1998, cambiando tan solo la palabra “transferencia” por “transmisión”. El art. 234 CCyC comprende la clasificación de los bienes según que su transmisión se encuentre o no expresamente prohibida. Estas categorías ya se encontraban contempladas en los arts. 2336 y 2337 CC, con la diferencia de que ellos aludían a las “cosas” dentro o fuera del comercio y el art. 234 hace gala del término “bienes”. Advertimos que la palabra “bienes” comprende en sentido amplio los bienes del individuo, con o sin valor económico, los bienes colectivos y los bienes comunitarios.

2. Interpretación

2.1. Bienes “dentro” y “fuera” del comercio

Los bienes se encuentran dentro o fuera del comercio, según sean o no libremente transmisibles por su titular. La regla es que los bienes se encuentran dentro del comercio, mientras que los bienes fuera del comercio constituyen la excepción. Respecto a esto, Biondi expresó en atención a la cosa fuera del comercio —extensible a los bienes en el sentido que le hemos dado en la introducción—, que es “aquella que está fuera del círculo de las relaciones patrimoniales privadas. Fuera del comercio no quiere decir, como a veces se afirma, fuera del ordenamiento jurídico, ya que las cosas a las que se da tal calificación están en el ámbito del Derecho; están sin embargo sujetas a un particular régimen jurídico, que esencialmente y en su función no corresponde al privado, si bien se modela sobre él”.

En última instancia, señala Kemelmajer de Carlucci que la oposición entre la comercialidad y la extracomercialidad es relativa, porque la comercialidad también comporta grados; así, hay derechos que tienen contenido económico pero no son cesibles (por ejemplo, el derecho a los alimentos), o son cesibles pero limitadamente (por ejemplo, el cesionario de una obra intelectual debe respetar el derecho moral del autor).

2.1.1. Inalienabilidad absoluta

La inalienabilidad es “absoluta” en los casos en que ella se encuentra expresamente prohibida, ya sea por la ley o por actos jurídicos (entre vivos o *mortis causa*); en este último caso, siempre y cuando el Código autorice tales prohibiciones. Citamos a modo de ejemplo los bienes públicos del Estado (art. 237 CCyC) y las cláusulas de inajenabilidad referidas a persona o personas determinadas (art. 1972 CCyC), entre otros.

2.1.2. Inalienabilidad relativa

Un bien es “relativamente” inalienable cuando para su enajenación se requiere de una autorización previa; se advierte la derogación de esta subclasificación prevista en el art. 2338 CC. Se ha tildado, como es el caso de Kemelmajer de Carlucci, de *“excesivo e inútil categorizar estos bienes como de inajenabilidad relativa; sólo se trata de la necesidad de cumplir con el debido proceso legal para ejecutar actos de disposición”*.

Sin embargo, aunque la nueva codificación —al igual que el Anteproyecto de 1954 y el Proyecto de Código de 1998— haya omitido la categoría de inalienabilidad relativa, ella existe. Su existencia deriva de encontrar en el Código supuestos en los que se requiere autorización previa para poder enajenar. Son ejemplos de esto la enajenación o gravamen de bienes del presunto fallecido durante el periodo de prenotación, ya que se requiere autorización judicial para tales actos de disposición (art. 91 CCyC); la transmisión, constitución o modificación de derechos reales sobre los bienes de los niños, niñas o adolescentes, en razón de necesitar autorización judicial (art. 122 CCyC); la transmisión de inmuebles afectados a protección de la vivienda cuando el titular registral se encuentra casado o en unión convivencial inscripta y no obtiene la conformidad del cónyuge o del conviviente (art. 250 CCyC).

Sección 2ª. Bienes con relación a las personas

Consideraciones previas

Se establecía en el art. 2339 CC que *“las cosas son bienes públicos del Estado general que forma la Nación, o de los Estados particulares de que ella se compone, según la distribución de los poderes hecha por la Constitución Nacional; o son bienes privados del Estado general o de los Estados particulares”*. De esta forma, se abría paso a la clasificación de las cosas con relación a las personas. Sin embargo, el CCyC no contiene una norma semejante al art. 2339, por lo que la clasificación entre bienes del dominio privado o público del Estado se desprende directamente del cotejo entre los arts. 235 y 236.

Señalamos que los bienes con relación a las personas deben enmarcarse dentro del nuevo paradigma que instaura el Código en materia de bienes. Así, por ejemplo, algunos bienes ambientales que se encuentran enunciados dentro del dominio público, en rigor, no son solamente propiedad del Estado ya que configuran supuestos de bienes colectivos. Tal es el caso de los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales, entre otros. La misma advertencia cabe respecto de los bienes comunitarios

puesto que el Estado debe respetar la titularidad de las tierras de las comunidades indígenas, ello en base al reconocimiento constitucional que ostentan en calidad de ser preexistentes a este.

ARTÍCULO 235. Bienes pertenecientes al dominio público

Son bienes pertenecientes al dominio público, excepto lo dispuesto por leyes especiales:

- a) *el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo;*
- b) *las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;*
- c) *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, 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. 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. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos;*
- d) *las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares;*
- e) *el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial;*
- f) *las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;*
- g) *los documentos oficiales del Estado;*
- h) *las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.*

1. Introducción

El art. 235 CCyC contiene la enumeración de los bienes pertenecientes al dominio público, exceptuando lo dispuesto por leyes especiales. En los Fundamentos del Anteproyecto se puede leer como el legislador expresa que la presente Sección se ha regulado “*con nociones similares al CC*”.

2. Interpretación

2.1. Análisis de los incisos

- a) *el mar territorial hasta la distancia que determinen los tratados internacionales y la legislación especial, sin perjuicio del poder jurisdiccional sobre la zona contigua, la zona económica exclusiva y la plataforma continental. Se entiende por mar territorial el agua, el lecho y el subsuelo;*

De la comparación entre el inciso 1, del art. 2340 CC y el actual inciso a, surge como novedad: 1) la alusión a los tratados internacionales en la determinación de la distancia del mar territorial; 2) la referencia al poder jurisdiccional sobre la zona económica exclusiva y la plataforma continental; y 3) se introduce el concepto legal de “mar territorial”.

Se define al mar territorial como “*el agua, el lecho y el subsuelo*”. La soberanía de la Nación Argentina se extiende “*al mar adyacente a su territorio hasta una distancia de 200 millas marinas, medidas desde la línea de las más bajas mareas, salvo los casos de los golfos San Matías, Nuevo y San Jorge, en que se medirán desde la línea que une los cabos que forman su boca*” (art. 1º de la ley 17.094). Mientras que la soberanía de la Nación sobre el lecho del mar y subsuelo de las zonas submarinas adyacentes a su territorio se extiende hasta la profundidad de las aguas suprayacentes que permita la explotación de los recursos naturales de dichas zonas.⁽²⁰⁵⁾

La zona contigua al mar territorial es aquella designación dada a la zona donde el Estado ribereño puede tomar medidas de fiscalización como: a) prevenir las infracciones de sus leyes y reglamentos aduaneros, fiscales, de inmigración o sanitarios que se cometan en su territorio o en su mar territorial; b) sancionar las infracciones de esas leyes y reglamentos cometidas en su territorio o en su mar territorial (art. 33 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar). Se entiende por zona económica exclusiva el “*área situada más allá del mar territorial y adyacente a este*” (art. 55 de la Convención). Sobre la zona económica exclusiva el Estado posee derechos tales como “*exploración y explotación, conservación y administración de los recursos naturales, tanto vivos como no vivos, de las aguas suprayacentes al lecho y del lecho y el subsuelo del mar, y con respecto a otras actividades con miras a la exploración y explotación económicas de la zona, tal como la producción de energía derivada del agua, de las corrientes y de los vientos (...), la investigación científica marina*”, entre otras (art. 56 de la Convención citada). Mientras que la plataforma continental de un Estado ribereño “*comprende el lecho y el subsuelo de las áreas submarinas que se extienden más allá de su mar territorial y a todo lo largo de la prolongación natural de su territorio hasta el borde exterior del margen continental, o bien hasta una distancia de 200 millas marinas contadas desde las líneas de base a partir de las cuales se mide la anchura del mar territorial, en los casos en que el borde exterior del margen continental no llegue a esa distancia*” (art. 2º de la ley 26.639).

- b) *las aguas interiores, bahías, golfos, ensenadas, puertos, ancladeros y las playas marítimas; se entiende por playas marítimas la porción de tierra que las mareas bañan y desocupan durante las más altas y más bajas mareas normales, y su continuación hasta la distancia que corresponda de conformidad con la legislación especial de orden nacional o local aplicable en cada caso;*

(205) Ver art. 2º de la ley 17.094.

El inc. b utiliza la denominación “aguas interiores” en contraposición a la expresión “mares interiores” utilizado por el CC. La supresión es correcta ya que, como observaba Marienhoff, ellos no existen en nuestro país. Se define las aguas interiores como “*las aguas situadas en el interior de la línea de base del mar territorial*” (art. 8° de la Convención a la que se hizo referencia). A su vez, se alude a los golfos y a las bahías y se define a las playas marítimas. Por último, la norma dispone que pertenecen al dominio público los puertos y los ancladeros.

c) 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, 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. 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. Por lago o laguna se entiende el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos;

El inciso comienza con la referencia a “*los ríos, estuarios, arroyos y demás aguas que corren por cauces naturales*”. A los efectos legales, 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*”. El Código mejora así la técnica del enunciado legal. Allende ya criticaba la alusión a “*los ríos, sus cauces*” empleada por el CC, expresando que “*la técnica empleada es mala (...) decimos que es mala porque no puede haber río sin cauce; es como si dijéramos el hombre y la cabeza, ya que no puede haber hombre sin cabeza. Evidentemente, al decir hombre incluimos su cabeza, como al decir río incluimos su cauce*”. Tal crítica era compartida por Marienhoff, pero combatida por Borda que expresaba que la aclaración no estaba de más ya que las aguas y los cauces por donde corren los ríos son separables. Decía el maestro que “*no sería inconcebible que el propietario del predio por donde cruza un río, fuera dueño del lecho y pudiera explotarlo, para extraer arena o minerales. La ley ha querido dejar sentado que también el cauce es del dominio público*”. Más ahora se alude (como lo hiciera el Proyecto de Código de 1998) a los ríos y, separadamente, a otras “*aguas que corren por cauces naturales*”. A su vez, el inciso incorpora a los estuarios.

La norma continúa con la referencia a “*los lagos y lagunas navegables*” y brinda el concepto de tales aguas hacia el final del inciso. Así, se entiende por lago o laguna “*el agua, sus playas y su lecho, respectivamente, delimitado de la misma manera que los ríos*”. Es decir que tanto el lago como la laguna se encuentran delimitados “*por la línea de ribera que fija el promedio de las máximas crecidas ordinarias*”. Allende definía a los lagos expresando que “*se trata de una masa más o menos grande de agua, dulce o salada, que ocupa una concavidad de la corteza terrestre, con o sin comunicación con el mar. Cuando la masa de agua es más bien pequeña y especialmente poco profunda, recibe el nombre de laguna*”.

El artículo en comentario introduce como novedad la referencia a “*los glaciares y el ambiente periglacial*”. Se entiende por glaciar “*toda masa de hielo perenne estable o que fluye lentamente, con o sin agua intersticial, formado por la recristalización de nieve, ubicado en diferentes ecosistemas, cualquiera sea su forma, dimensión y estado de conservación. Son parte constituyente de cada glaciar el material detrítico rocoso y los cursos internos y superficiales de agua. Asimismo, se entiende por ambiente periglacial en la alta montaña, al área con suelos congelados que actúa como regulador del recurso hídrico. En la media y baja montaña al área que funciona como regulador de recursos hídricos con suelos saturados en hielo*” (ley 26.639, art. 2°).

El inc. c, un poco más adelante, continúa con “... y toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales”. Alterini 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”. En cuanto a las aguas subterráneas, desarrollaremos el tema en la glosa al art. 239.

d) *las islas formadas o que se formen en el mar territorial, la zona económica exclusiva, la plataforma continental o en toda clase de ríos, estuarios, arroyos, o en los lagos o lagunas navegables, excepto las que pertenecen a particulares;*

Se define a las islas como “una extensión natural de tierra, rodeada de agua, que se encuentra sobre el nivel de esta en pleamar” (art. 121.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar). Las islas, según el art. 121.2 de la Convención, poseen mar territorial, zona contigua, zona económica exclusiva y plataforma continental. El inc. d omite la referencia a la situación de las rocas no aptas para mantener habitación humana o vida económica propia, siendo que ellas no poseen zona económica exclusiva ni plataforma continental (art. 121.3 de la Convención referida). En atención al inc. d, el profesor Godio ha señalado que las islas sin intervención del hombre, de conformidad con el derecho internacional, no se pueden encontrar jurídicamente dentro de la zona económica exclusiva toda vez que poseen, necesariamente, mar territorial. A su vez, observa que no se justificaría la inclusión de la referencia a las “islas formadas o que se formen (...) en la plataforma continental (...) toda vez que las islas deben encontrarse por sobre el nivel de pleamar, razón por la cual resultaría sin utilidad la expresión aludida a la plataforma continental”.

e) *el espacio aéreo suprayacente al territorio y a las aguas jurisdiccionales de la Nación Argentina, de conformidad con los tratados internacionales y la legislación especial;*

Este inciso constituye una novedad que trae aparejada el Código. Ello concuerda con el Convenio de Aviación Civil Internacional (Convenio de Chicago) y la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar. Videla Escalada describe al espacio aéreo como “un ambiente que tiene contacto con la tierra firme y el mar y rodea a nuestro planeta en toda su extensión”.

El inciso e, a su vez, armoniza con el art. 1945 CCyC que al legislar sobre la extensión del dominio establece que el dominio de una cosa inmueble se extiende al espacio aéreo “en la medida en que su aprovechamiento sea posible”. Lo que descarta el viejo aforismo de los antiguos: “Cujus est solum, hujus est usque ad ccelum et usque ad inferos”.

f) *las calles, plazas, caminos, canales, puentes y cualquier otra obra pública construida para utilidad o comodidad común;*

El inciso es reproducción del art. 2340, inc. 7, CC. Él contiene la referencia al dominio público “artificial” ya que las obras enunciadas son “construidas” por el hombre. Marienhoff advierte que también pertenecen al dominio público aquellas obras “organizadas” o “formadas” como un museo o una biblioteca. A su vez, no es necesario que haya sido el Estado el que las haya construido, sino que pueden haber sido terceros y, luego, el Estado haberlas adquirido —por ejemplo, un monumento—.

g) los documentos oficiales del Estado;

Señala Dassen que con respecto a los documentos oficiales “*no se trata de saber si sirven o no al uso público en forma directa o indirecta, sino de algo más hondo (...) Así como existe en derecho privado una serie de derechos llamados de la personalidad, en principio inalienables, también es preciso reconocer al Estado algunos derechos de igual o parecida naturaleza. Y entre ellos, no cabe duda que deben incluirse aquellos que tiene sobre la documentación oficial que instrumenta su actividad propia, presente o pasada (...) si toda la documentación oficial es como una porción del propio ser del Estado, como puede serlo a la luz del derecho privado cierto tipo de correspondencia particular. Por ello el autor ya en 1963 ponía de manifiesto que tales documento pertenecían al dominio público del Estado, dando como ejemplos el protocolo del escribano, entre otros*”.

h) las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos.

Este resulta una copia casi literal del inc. 9, agregado por la ley 17.711, del art. 2340 CC, el cual comprendía “*las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos de interés científico*”. Se amplía el dominio público del Estado hacia aquellas ruinas o yacimientos arqueológicos y paleontológicos que no posean interés científico. En ocasión del agregado, Borda señalaba que “*se procura evitar el saqueo y la pérdida de la notable riqueza arqueológica argentina, que desde ahora queda protegida*”. Sobre este punto traemos a colación la Ley 25.743 de Protección del Patrimonio Arqueológico y Paleontológico del año 2003, cuyo segundo artículo establece que “*forman parte del Patrimonio Arqueológico las cosas muebles e inmuebles o vestigios de cualquier naturaleza que se encuentren en la superficie, subsuelo o sumergidos en aguas jurisdiccionales, que puedan proporcionar información sobre los grupos socioculturales que habitaron el país desde épocas precolombinas hasta épocas históricas recientes. Forman parte del Patrimonio Paleontológico los organismos o parte de organismos o indicios de la actividad vital de organismos que vivieron en el pasado geológico y toda concentración natural de fósiles en un cuerpo de roca o sedimentos expuestos en la superficie o situados en el subsuelo o bajo las aguas jurisdiccionales*”.

ARTÍCULO 236. Bienes del dominio privado del Estado

Pertenecen al Estado nacional, provincial o municipal, sin perjuicio de lo dispuesto en leyes especiales:

- a) los inmuebles que carecen de dueño;*
- b) las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería;*
- c) los lagos no navegables que carecen de dueño;*
- d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros;*
- e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.*

1. Introducción

El art. 236 contiene la enumeración de aquellos bienes que posee el Estado en su calidad de sujeto de derecho privado. Como ha sostenido la doctrina, la diferencia entre el dominio público y privado del Estado radica en el distinto “régimen jurídico” que se aplica en

uno y otro caso. Por ello, cobra cabal importancia saber cuándo un bien queda sometido al régimen jurídico del dominio público ya que de él se derivan consecuencias tales como la inalienabilidad e imprescriptibilidad de dicho bien. En cambio, si el bien se encuentra sometido al dominio privado, el régimen aplicable será el de la propiedad privada con todas sus características ordinarias. Para que un bien quede sometido al régimen del dominio público, es menester que este se encuentre afectado al uso público, ya sea directa o indirectamente. Este punto será desarrollado en la glosa al art. 237 CCyC.

2. Interpretación

2.1. Análisis de los incisos

a) *los inmuebles que carecen de dueño;*

Corresponde al inciso 1 del art. 2342 CC que disponía que *“todas las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales de la República, carecen de otro dueño”*. El Código reformula la norma al introducir el término “inmuebles” por “tierras” y quitando la referencia a que aquellas tierras deben encontrarse *“situadas dentro de los límites territoriales de la República”*. La norma contempla el llamado “dominio privado originario” del Estado, en el que la potestad dominical del Estado se extiende a tal punto de cubrir a todos los inmuebles carentes de dueño que se sitúen dentro de los límites territoriales de la Argentina.

b) *las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería;*

Este inciso alude a *“las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas, sustancias fósiles y toda otra de interés similar, según lo normado por el Código de Minería”* y corresponde al inc. 2 del art. 2342 CC que establecía *“las minas de oro, plata, cobre, piedras preciosas y sustancias fósiles, no obstante el dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra”*. La similitud entre ambos incisos es patente, pero la nueva normativa agrega la fórmula *“y toda otra de interés similar”*, lo cual amplifica la potestad dominical del Estado. Por otra parte, el legislador sustituye la mención al *“dominio de las corporaciones o particulares sobre la superficie de la tierra”* por la remisión a las normas dispuestas por el Código de Minería.

El inc. b coincide con lo dispuesto por el art. 7° del Código de Minería, el cual dispone que *“las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”*, a lo cual agrega que *“sin perjuicio del dominio originario del Estado reconocido por el Artículo 7, la propiedad particular de las minas se establece por la concesión legal”* (art. 10 del Código de Minería); esto último, en tanto *“el Estado no puede explotar ni disponer de las minas, sino en los casos expresados en la presente ley”* (art. 9° del Código de Minería).

c) *los lagos no navegables que carecen de dueño;*

El Código introduce como novedad que los *“lagos no navegables que carecen de dueño”* pertenecen al dominio privado del Estado. El Código de Vélez no lo contemplaba expresamente, y tan solo se limitaba a señalar en su art. 2349 que *“el uso y goce de los lagos que no son navegables, pertenecen a los propietarios ribereños”*, razón por la cual la doctrina debatía la naturaleza jurídica de tales lagos. Para una corriente —abonada por Marienhoff, Spota, entre otros— todos los lagos (navegables y no navegables) pertenecían al dominio público del Estado; en efecto, Marienhoff señalaba que los lagos,

navegables o no navegables, exceptuando únicamente los formados por vertientes nacidas en heredades particulares, son bienes públicos. Sin embargo, Allende pensaba lo contrario. El maestro dio una serie de argumentos que resumimos en los siguientes puntos: 1) si hay dos clases de lagos y Vélez dice que los navegables pertenecen al dominio público, implícitamente dice también que los otros no forman parte de dicho dominio; 2) el art. 2340, inc. 6 dispone que son bienes del dominio público “*las islas formadas o que se formen en el mar territorial o en toda clase de río, o en los lagos navegables*”. Al respecto, obsérvese bien que la naturaleza jurídica del lago sirve, a su vez, para fijar la naturaleza jurídica de las islas pues si ambas clases de lagos tuvieran la misma naturaleza jurídica, no habría razón para que sus islas tuvieran una naturaleza jurídica distinta; y 3) el art. 2349 no trata la naturaleza jurídica de tales lagos —ya que Vélez lo dio por aclarado en el art. 2340, inc. 5— sino que tiene en mira exclusivamente el caso de los propietarios ribereños, en cuyos fundos no está el lago, sino que el lago linda con tales fundos. El lago no navegable en estos casos pertenece, naturalmente, al dominio privado del Estado porque está en tierras que no salieron nunca de la propiedad estatal, aunque con la característica especial de que el Estado y los ribereños tienen el uso y goce.

En última instancia, triunfa la corriente que entendía que los lagos no navegables pertenecían al dominio privado del Estado.

d) las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas, excepto los tesoros;

Este inciso se corresponde con el inciso 3 del art. 2342 CC que establecía “*los bienes vacantes o mostrencos, y los de las personas que mueren sin tener herederos, según las disposiciones de este Código*”. Una parte de la doctrina, como es el caso de Llambías y Borda, ha señalado que los bienes vacantes son las cosas inmuebles de propietario desconocido, así como también que estos bienes se diferenciaban de las tierras que carecían de todo otro dueño en el hecho de que estas últimas nunca habían salido del patrimonio del Estado, mientras que los bienes vacantes habían pertenecido a los particulares y a falta de titular actual, eran atribuidos al Estado. Los bienes mostrencos, por su parte, son las cosas muebles que no tienen dueño. La alusión a los bienes que dejare una persona sin herederos podría cuadrar dentro de los bienes vacantes o mostrencos, dependiendo la naturaleza mueble o inmueble de las cosas que dejare luego de su muerte. Por su parte, Molinario expresaba que los bienes vacantes son los que integran el acervo sucesorio una vez que se ha declarado vacante la herencia.

Se advierte que el inc. d solamente refiere a “*las cosas muebles de dueño desconocido que no sean abandonadas*”, lo que significa que no contempla a los bienes vacantes, sino que apunta solamente a los bienes mostrencos. En función de lo expuesto, parecería que quedan excluidos del dominio privado del Estado los inmuebles de propietario desconocido (bienes vacantes). Se podría decir, entonces, que este caso se cobija en el inc. a —inmuebles que carecen de dueño— pero, como hemos dejado señalado, el inc. a alude técnicamente a los inmuebles que “nunca” pertenecieron a los particulares. Prueba de ello es que tal inciso reemplaza al inciso 1 del art. 2342 CC, razón por la cual estamos en presencia de dos supuestos diferentes: 1) inmuebles que nunca han sido de los particulares (inc. a) y 2) inmuebles que siendo de los particulares, no tienen propietario actual (bienes vacantes); estos fueron omitidos por la nueva legislación.

Se podría alegar que la Real Academia Española entiende que los bienes mostrencos son los “*inmuebles vacantes o sin dueño conocido que por ley pertenecen al Estado*”. El argumento, no obstante, se toparía con los determinantes inc. a —inmuebles que carecen de dueño porque nunca lo tuvieron— e inc. d —las cosas muebles de dueño desconocido

que no fueran abandonadas, es decir que nunca tuvieron dueño—. A su vez, en ningún momento se recepta legalmente la noción de “bienes mostrencos” con la amplitud de la definición de la Real Academia Española.

A su vez, para que las cosas muebles pasen al dominio privado del Estado, no basta con que el dueño sea desconocido, sino también “que no sean abandonadas” ya que las cosas muebles abandonadas son susceptibles de apropiación privada tal como lo dispone el art. 1947, inc. a.i CCyC. Por último, el inc. d exceptúa expresamente a los tesoros, los cuales tienen una regulación propia (art. 1951 y ss.).

e) los bienes adquiridos por el Estado nacional, provincial o municipal por cualquier título.

Este inciso se corresponde con la última parte del inc. 4 del art. 2342 CC, el cual expresaba: “*todos los bienes adquiridos por el Estado o por los Estados por cualquier título*”. Se suprime la referencia a “*los muros, plazas de guerra, puentes, ferrocarriles y toda construcción hecha por el Estado o por los Estados*”. Aquella enunciación había sido criticada por Llambías por ser “*en buena parte, equívocas, y pueden dar lugar a confusión*”. Para el citado maestro, “*las construcciones hechas por el Estado serán bienes privados de este si se levantan en terreno fiscal, pero no en caso contrario*”, y concluyó que en verdad el inc. 4 del art. 2342 “*debió limitarse a consignar los bienes adquiridos por el Estado por cualquier título*” —precisamente por esta última solución es por la que se inclina el nuevo codificador—. La fórmula genérica “*por cualquier título*”, de acuerdo a Highton y Wierzba, permite considerar como pertenecientes al dominio privado del Estado a todos los objetos no destinados al uso de los habitantes, que no reconozcan afectación a un fin de utilidad o comodidad común.

ARTÍCULO 237. Determinación y caracteres de las cosas del Estado. Uso y goce

Los bienes públicos del Estado son inenajenables, inembargables e imprescriptibles. Las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales.

La Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos artículos 235 y 236.

1. Introducción

El artículo trae a colación “*la determinación y caracteres de las cosas del Estado*”, temas que forman parte del estudio de los bienes del dominio público, razón por la cual la glosa al presente artículo versa sobre el régimen jurídico de la dominicalidad.

2. Interpretación

2.1. Concepto, elementos y naturaleza jurídica

Marienhoff define al dominio público al tiempo que señala los cuatro elementos constitutivos de la dominicalidad. De esta forma, para el autor, el dominio público es un conjunto de bienes (elemento objetivo) que, de acuerdo al ordenamiento jurídico (elemento normativo o legal), pertenecen a la comunidad política pueblo (elemento subjetivo), hallándose destinados al uso público —directo o indirecto— de los habitantes (elemento teleológico o finalista).

Sobre la naturaleza jurídica del derecho que posee el Estado sobre los bienes del dominio público, la doctrina ha elaborado diversas teorías. Manuel Diez enseña que el derecho que ejerce el Estado es el de “propiedad pública” ya que puede ejercer todos los atributos inherentes al mismo, el *ius utendi* lo ejerce para ciertos bienes la persona jurídica pública en la única forma en que puede hacerlo, vale decir por medio de sus componentes, en este caso el pueblo. En lo que respecta al *ius fruendi* lo ejerce también, porque puede recoger los frutos naturales que se produzcan, sin contar con los frutos civiles obtenidos por medio de concesiones y permisos que se deben otorgar respetando el objeto, la función del bien dominical. Por lo que hace al *ius abutendi*, facultad de disponer, la ejercen también las personas jurídicas públicas respecto a los bienes de su dominio público, por cuanto las pueden desafectar en determinados casos, con lo que pasarían a su dominio privado y podrían ser alienadas. También el acto de otorgar un permiso o una concesión de uso podría ser considerado como acto de disposición. En contra, Borda señala que el dominio público del Estado no es un derecho de propiedad, ya que el Estado es apenas un administrador, que se limita a reglamentar su uso por los particulares; carece de todos los atributos esenciales del propietario; no puede gozar exclusivamente de la cosa, puesto que su uso es común; no puede disponer de ella.

2.2. El llamado dominio público “natural” y “artificial”

Los bienes del dominio público del Estado pueden ser divididos en: dominio público “natural” y dominio público “artificial”. Los bienes del dominio público son catalogados de naturales en atención al estado en que se encuentran en la naturaleza, tal como sostiene J. H. Alterini. Son ejemplos de bienes del dominio público natural los supuestos del art. 235, incs. a, b, c, d y e. Mientras que los bienes del dominio público “artificial” son aquellos en los que interviene la actividad del hombre para utilidad o comodidad común, como por ejemplo las enunciaciones contempladas en el inc. f.

2.3. Caracteres

El art. 237 comienza con la enunciación de los caracteres inherentes a los bienes públicos del Estado. Marienhoff ha enseñado que la inalienabilidad y la imprescriptibilidad, si bien constituyen atributos de los bienes dominicales, no son atributos exclusivos de ellos. Aquellas son “efectos” y no “causa” de la dominicalidad; esta no resulta de ellas, ni es su consecuencia; al contrario, la inalienabilidad y la imprescriptibilidad son notas derivadas de la dominicalidad; pero la inversa no es exacta: la dominicalidad no deriva de la inalienabilidad ni de la imprescriptibilidad.

2.3.1 Inalienabilidad

Los bienes del dominio público, al estar destinados a la utilidad y la comodidad de toda la sociedad, se encuentran fuera del comercio privado. Señala Bielsa que el propio destino de las cosas públicas impide que sobre estas haya posesión ni tenencia de particulares o personas determinadas. Coincidimos parcialmente con Bielsa puesto que los particulares ejercen una particular clase de tenencia sobre estas cosas, sobre la cual volveremos al tratar la “imprescriptibilidad”. Se deriva de la inalienabilidad el hecho de que no puedan embargarse tales bienes. De acuerdo a este autor, el fundamento jurídico de tal prohibición deriva del carácter “extracomercial” de aquellos, en razón de su especial destino. En palabras de Diez, se trazaría el destino del bien y sería el primer paso hacia la alienación del mismo. Si bien el embargo en su calidad de medida de seguridad no implica enajenación, en última instancia la trae aparejada. A su vez, la inalienabilidad proyecta dos supuestos controvertido, esto es: si los bienes del Estado pueden ser objeto de reivindicación y de expropiación. Sobre la primera se ha dicho que no pueden serlo, ya que al pasar

al dominio público ello es suficiente para fundar un título legítimo en caso de contestación judicial —postura sostenida por Bielsa—. Marienhoff sostiene que la acción reivindicatoria en principio es improcedente a menos que la incorporación al dominio público se encuentre viciada. En cuanto a la expropiación, algunos como Bielsa no admiten la posibilidad en virtud de que tales bienes ya se encuentran destinados al uso público. En cambio, otros como Marienhoff sostienen que la expropiación es viable, ya que ella puede responder a un uso público “distinto” de aquel al que actualmente se encuentra afectada la cosa.

Por otra parte, autores como Diez, Bielsa y Marienhoff destacan que la **inalienabilidad** de la cual goza esta clase de bienes no es **absoluta**, en razón de que pueden ser objeto de un uso especial (a través de permisos o concesiones) que sea compatible con la naturaleza y destino de uso público del bien.

2.3.2. Imprescriptibilidad

Otra proyección de la inalienabilidad propia de los bienes del dominio público del Estado es que ellos no pueden adquirirse por prescripción. Ni siquiera podría un particular alegar una “posesión inmemorial” sobre aquellos con el objeto de adquirirlos por usucapión. Ello, en tanto los particulares no ejercen el uso sobre las cosas del dominio público del Estado por medio de la posesión, sino que aquel uso se efectiviza mediante la tenencia absoluta de la cosa perteneciente al Estado.

2.4. Afectación y desafectación al uso público

Para que los particulares puedan hacer uso de los bienes del Estado es necesario que previamente se los haya afectado al uso público.

La afectación es el hecho o la manifestación de la voluntad del poder público en cuya virtud el bien queda incorporado al uso y goce de la comunidad; puede provenir de la ley, un acto administrativo o de hechos, tal como sostiene Marienhoff. La afectación dependerá de si los bienes son del dominio público “natural” o “artificial” del Estado. En el caso de los bienes del dominio público “natural”, la afectación se realiza mediante “ley”. En cambio, los bienes del dominio “artificial”, como puntualiza Alterini, además de su caracterización legal como públicos, para hacer efectiva la afectación se exige que se los libre al uso público, así, por ejemplo, una obra pública para quedar afectada al uso público requiere de previas leyes, actos o hechos administrativos, como la inauguración de la obra, o el retiro de los carteles o de los obstáculos que impedían el acceso público. La desafectación también varía respecto de si estamos en presencia de un bien del dominio público “natural” o “artificial”. En el primer caso, puede provenir tanto de la ley como del hecho de la naturaleza, como por ejemplo el cambio de cauce de un río. En el segundo supuesto, la desafectación puede derivar de la ley, de la naturaleza y también del hecho de la administración o del hombre, siempre que este estuviera autorizado. Por ejemplo, el cierre definitivo de un camino para el tránsito.

Por último, la norma dispone que *“la Constitución Nacional, la legislación federal y el derecho público local determinan el carácter nacional, provincial o municipal de los bienes enumerados en los dos arts. 235 y 236”* (bienes del dominio público y privado del Estado, respectivamente).

2.5. Uso y goce de los bienes del dominio público por parte de los particulares

El artículo en análisis dispone que *“las personas tienen su uso y goce, sujeto a las disposiciones generales y locales”* de los bienes del dominio público del Estado. Sigue la línea

de su antecesor, el art. 2341 CC, que expresaba que *“las personas particulares tienen el uso y goce de los bienes públicos del Estado o de los Estados, pero estarán sujetas a las disposiciones de este código, y a las ordenanzas generales o locales”*.

2.5.1. Uso directo o inmediato e indirecto o mediato

El uso directo e indirecto se vincula con el elemento “teleológico o finalista” de la “dominicalidad”. La finalidad, en este caso, es el motivo al que debe responder la inclusión de algún bien al dominio público; para algunos como Bielsa, Borda y Llambías, aquel se circunscribe al uso directo que realiza la población. Borda señalaba que lo que caracteriza al dominio público del Estado es la circunstancia de que todos los ciudadanos tienen el uso y goce inmediato de él, pues de lo contrario, todos los bienes del Estado deberían incluirse en el dominio público, pues todos ellos tienen una finalidad mediata o inmediata de interés general.

En cambio, para otros como Salvat, Spota y Marienhoff, el uso público no solo comprende el uso directo, sino también el indirecto que es el que se realiza perteneciendo la cosa al ente público y consagrándola a un fin de utilidad general, como lo son por ejemplo, los bienes afectados a servicios públicos y *“cualquier obra pública construida para utilidad y comodidad común”* (art. 235, inc. f).

2.5.2. Usos comunes o especiales

El art. 237, al mencionar el uso y goce de los particulares respecto de los bienes del dominio público del Estado, alude a los denominados “usos comunes”, como por ejemplo la posibilidad de beber o de sumergirse en las aguas públicas, de transitar por calles y caminos públicos. En contraposición a los llamados “usos comunes”, existen los usos especiales de los que goza una o más personas determinadas en virtud de un “permiso de uso” o de una “concesión de uso”. Marienhoff define a los usos comunes como aquellos que pueden realizar todos los hombres por su sola condición de tales, sin más requisito que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por la autoridad. Uso especial, por otra parte, es el que únicamente pueden realizar aquellas personas que hayan adquirido la respectiva facultad conforme al ordenamiento jurídico correspondiente. No es un uso **general** de la colectividad, como el uso **común**, sino un uso **privativo, exclusivo**, que ejercen personas **determinadas**. Se han citado los ejemplos de las instalaciones de kioscos de diario en dependencias del dominio público, la utilización de las aceras por los propietarios de cafés y confiterías con mesas y sillas para servicio de su clientela, entre otros.

En cuanto a las formas de otorgar el derecho de uso especial, se encuentra el **permiso**, el cual no genera un derecho subjetivo para su titular y cuya esencia es, de acuerdo a Marienhoff, la posibilidad de ser revocado en cualquier momento por la autoridad pública que lo confirió. Se utiliza el permiso para actos que no revisten la mayor importancia, como por ejemplo, la autorización para extraer agua de un río mediante el empleo de bombas para el servicio del motor de una fábrica. Por otro lado, se encuentra la “concesión”, la cual constituye un acuerdo de voluntades que genera derechos y obligaciones, es decir: es un acto administrativo que posee carácter bilateral y produce derechos subjetivos. Como señalara Marienhoff, la voluntad del particular interesado es fundamental: sin tal voluntad no hay **concesión**. En otras palabras, la concesión se asemeja a un contrato, aunque técnicamente no lo sea, ya que este pertenece al derecho privado y aquella al derecho público.

ARTÍCULO 238. Bienes de los particulares

Los bienes que no son del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal, son bienes de los particulares sin distinción de las personas que tengan derecho sobre ellos, salvo aquellas establecidas por leyes especiales.

Interpretación

El artículo define por exclusión los bienes de los particulares, estableciendo que son aquellos que no son del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal. Bajo este criterio, no importa la figura de la persona que se adjudica derechos sobre tales bienes ya que la persona no incide en su calificación como “*de los particulares*”, a menos que una ley especial disponga lo contrario. En otras palabras, solo basta que los bienes no pertenezcan al Estado. La norma reproduce el art. 2347 CC, pero excluye la referencia a los bienes de la iglesia.

ARTÍCULO 239. Aguas de los particulares

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. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho.

Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. 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.

El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno.

1. Introducción

El art. 239 regula las aguas subterráneas que surgen en terrenos de los particulares. La norma se corresponde con el art. 2637 CC, texto introducido por la ley 17.711. De la comparación entre ambas normas, se observa en el art. 239 una mayor impronta socio-ambiental en la utilización de las aguas subterráneas por parte del propietario, razón por la cual constituye un importante aporte al llamado “derecho ambiental de aguas”. Este último se define, de acuerdo a autores como Pigretti, Bellorio Clabot y Cavalli, 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*”.

2. Interpretación

2.1. Vertientes, manantiales y aguas subterráneas

Allende define a las aguas subterráneas como aquellas aguas que se encuentran debajo de la tierra, al tiempo que remarca que la importancia del agua subterránea resulta de su inmensa cantidad. Asimismo, señala que el lugar donde el agua subterránea sale a la superficie, aflora, brota, toma el nombre de fuente, manantial y también vertiente. Cuando el agua surge naturalmente se habla de “*fuentes, manantiales y vertientes*”, en cambio cuando surge artificialmente, es decir por la actividad del hombre, recibe el nombre de “*pozos o pozos artesianos*”.

Si bien la mayor parte de la doctrina asimila los manantiales a las vertientes, Spota y Cano, por su parte, las han distinguido. En el pensamiento de los nombrados, la vertiente