

Buenos Aires, 4 de agosto de 2009

Vistos los autos: **"Las Mañanitas S.A. c/ Neuquén, Provincia del s/ acción declarativa de certeza"**, de los que

Resulta:

I) A fs. 15/22 Las Mañanitas S.A. promueve acción declarativa de certeza, en los términos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, contra la provincia del Neuquén, a fin 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 fracción A del Lote B-7 que linda con el río Chimehuín, Departamento Huiliches, que "según dice" no sirve a la comunicación por agua porque no es navegable.

Explica que es titular del lote B-7 y que con el fin de escriturar la venta de la fracción A -de la cual firmó el boleto de compraventa- y de la fracción B -respecto de la que existe una reserva- encomendó a un agrimensor el trámite de mensura para su división, pero se le informó que la Dirección General de Recursos Hídricos de la provincia requería para su aprobación y la del plano respectivo, la incorporación de notas marginales, lo que importaba -a su criterio- someter al inmueble a un régimen jurídico de restricciones al dominio que son inconstitucionales, pues derivan de leyes provinciales y no del Código Civil.

Cuestiona el acto administrativo de esa Dirección General, en tanto exige aceptar que "los límites con el río Chimehuín están supeditados a la demarcación de la línea de ribera" y 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" (fs. 13 y 16).

Impugna también la ley local en cuanto dispone autorizar "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" (artículo 2°), y en cuanto le 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" (artículo 1°).

Advierte que la provincia demandada podría convertir así en calle o camino público todas las riberas provinciales -sin expropiar ni indemnizar al propietario- y "sin importar" que el río o canal al que acceden sirva para la comunicación (fs. 17). Observa además que la ley local obliga a los propietarios de terrenos ribereños a permitir el uso de la calle o camino de sirga

"a cualquier habitante, a los efectos de la navegación, pesca y de cualquier otra utilización propia de su destino público" (artículo 3°).

Afirma que las restricciones al dominio privado que pretende imponer la provincia del Neuquén exceden los términos del artículo 2639 del Código Civil y desnaturalizan la restricción al dominio allí dispuesta que es explícita y acotada, y que sólo impide construir, reparar las construcciones existentes, o deteriorar el terreno en esos treinta y cinco metros. Fuera de ello -continúa- tiene el dominio exclusivo y por ende, el derecho de excluir a terceros del uso y goce o disposición del predio (artículos 2508 y 2516 del Código Civil).

De lo contrario, sostiene, se convertiría el área de treinta y cinco metros costeros al río Chimehuín en una "propiedad pública", sin efectuar una declaración de utilidad pública, ni pagar indemnización alguna, es decir, sin el correspondiente proceso expropiatorio (fs. 17 y 19).

Por tanto, alega que el actuar de la provincia del Neuquén y la referida ley local, reducen y alteran su derecho real de dominio sobre el inmueble de carácter pleno y exclusivo, afecta la enajenación, a la que ya se comprometió, al transformar y extender ilimitadamente la restricción dispuesta por el artículo 2639 del Código Civil, lo que -a su entender- configura un despojo, es decir, una auténtica confiscación encubierta y viola los artículos 2507, 2508 y 2516 de ese cuerpo legal, como así también los artículos 17, 31, 75 (inciso 12) y 126 de la Constitución Nacional.

En consecuencia, pide que el Tribunal declare que:

a) la restricción al dominio prevista en el citado 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; b) no se puede conceder sobre los inmuebles ribereños de cualquier curso de agua, el uso de un área de 35 m para pesca u otra utilización como si fuera un bien público; c) el Estado provincial no puede imponer a la actora, como propietaria del lote B-7 (fracciones A y B), ribereño del río Chimehuín, restricciones o pérdida de la exclusividad del derecho real de dominio, pues el inmueble de autos no linda con un río o canal que sirva para la comunicación por agua y, d) declare la inconstitucionalidad de los artículos 1°, 2° y 3° de la ley provincial 273 (fs. 16 vta./17, 20, 21 vta./22).

Asimismo, solicita que se cite como tercero a Santiago Luis Arturo de Montalembert, en su carácter de comprador en los términos del artículo 94 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues considera que la controversia le es común.

II) A fs. 47/52 la provincia del 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, a su criterio, no existe un caso o 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 éste recién se dictará con posterioridad a la presentación del proyecto final del plano con la firma del titular del dominio (fs. 49). Agrega que aun si se considerase la respuesta como un acto administrativo, sería sólo el inicio de la actuación administrativa que no agota esa instancia ni lo habilita a la presente acción.

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 (fs. 51).

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.

Por último, solicita que las costas se impongan en el orden causado.

III) Corrido el pertinente traslado del allanamiento formulado, la actora lo contesta a fs. 55/56 e indica que el objeto de la demanda no coincide con el del allanamiento, y que, en consecuencia, éste no satisface su pretensión, la cual procura hacer cesar la incertidumbre generada a partir de la respuesta a la consulta ya referida, y repeler cualquier acto que desconozca su derecho real de dominio pleno y exclusivo, y el de sus sucesores, sobre el inmueble ribereño; así como también, que se declare que las únicas restricciones a las que está sometido el inmueble de su propiedad son las que surgen del Código Civil, y que, en consecuencia, serán nulos todos los actos legislativos o administrativos de la provincia del Neuquén que importen el establecimiento de límites más amplios que los allí dispuestos (fs. 56).

En apoyo de su postura, aduce que el demandado no reconoció la inconstitucionalidad de la ley 273, ni se comprometió a no aplicarla al caso de autos (fs. 55 vta./56). Sostiene además que se encuentra comprometido el orden público, ya que se pretende modificar el Código Civil y establecer restricciones al dominio en violación a los artículos 17 y 31 de la Constitución Nacional (fs. 56 vta.).

IV) A fs. 62 se presenta Santiago Luis Arturo de Montalembert -citado como tercero- y contesta la demanda.

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 (ver boleto de compraventa de fs. 8/9).

Afirma que las leyes provinciales 273, 899 y el decreto reglamentario 790/99 le causan un serio perjuicio no sólo por cambiar la expectativa con la que compró el inmueble, sino también por la reducción del valor económico del bien.

Finalmente, se remite a los argumentos ya expuestos por la actora y pide también su rechazo.

V) A fs. 24/26 y 153/157 dictaminan el señor Procurador Fiscal subrogante y la señora Procuradora Fiscal.

Considerando:

1°) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional) y se hallan reunidos los recaudos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tal como lo puso de relieve la señora Procuradora Fiscal en el apartado IV de su dictamen, a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad.

2°) Que en relación al allanamiento formulado a fs. 47 vta. - que ha merecido objeciones de la contraria- corresponde su rechazo. Ello es así, pues la demandada se limitó a comprometerse a suprimir la mención de la ley local 273 en las notas a consignar en el plano de mensura y subdivisión, sin que ello haya implicado un reconocimiento real y efectivo de las pretensiones de la actora a los fines de la extinción del conflicto y por ende del proceso (ver fs. 20/20 vta., petitorio de fs. 21 vta./22, puntos 5°, 6° y 7° y fs. 55/56).

Adviértase que a fs. 47 vta. el Estado provincial dejó a salvo que "dicho alcance no excluía otras notas y requerimientos que correspondan al momento...de la mensura para subdivisión al efecto de su visación y aprobación y la afectación por la restricción al dominio establecida por el artículo 2639 del Código Civil, la ley provincial 899 (Código de Aguas) y el decreto reglamentario 790/99", lo que corrobora lo antes expuesto (fs. 47 vta. y 139).

Por lo demás, la afirmación de la demandada de que la ley en cuestión del año 1961 ha sido "superada" por otras normas posteriores, no invalida lo antedicho, en la medida en que ha sido aplicada como lo prueba el sub examine, y no ha sido derogada.

3°) Que en cuanto al fondo del asunto, la cuestión radica en determinar si la ley local 273 y el acto de la Dirección General de Recursos Hídricos de la provincia del Neuquén que la aplica, se

encuentran en colisión con las normas del Código Civil y de la Constitución Nacional.

Cabe recordar que la citada Dirección General informó mediante la nota DGRH 0078/04, que para efectuar el visado del plano de mensura y división del lote B-7, matrícula catastral n° 13-20-69-1853, se deberían incorporar las siguientes notas marginales: a) los límites con el río Chimehuín están supeditados a la demarcación definitiva de la línea de ribera, y b) el presente inmueble se encuentra afectado por la restricción al dominio establecida por el artículo 2639 del Código Civil, ley provincial 273, ley provincial 899 (Código de Aguas) y decreto reglamentario 790/99 (fs. 13).

4°) Que de los términos de la demanda surge que la actora se agravia pues considera que la ley local 273 y las "exigencias" de la Dirección General de Recursos Hídricos de la provincia del Neuquén son inconstitucionales (fs. 16 y 20). Sobre dichas bases, plantea como argumentos centrales para sustentar su reclamo que las restricciones al dominio privado que pretende imponer la provincia del Neuquén son contrarias al artículo 2639 del Código Civil y "exceden los límites que a las facultades provinciales impone el artículo 31 de la Constitución Nacional" y, que dichas restricciones configuran una confiscación encubierta que afectan su derecho real de dominio pleno y exclusivo conforme al artículo 17 de la Constitución Nacional.

Es así que sostiene que la demandada no puede imponer a la actora como propietaria del lote B-7 o fracciones A y B de aquél, ribereñas del río Chimehuín, restricciones, o pérdida de la exclusividad del derecho real de dominio, por no tratarse el de autos de un inmueble lindero con ríos o canales que sirvan para la comunicación por agua (fs. 22).

5°) Que de las constancias de la causa surge y es un hecho no controvertido que la actora es titular del lote B-7 que linda con el río Chimehuín, nomenclatura catastral n° 13-20-69-1853, Departamento Huiliches, que es parte del lote B, porción a su vez de una mayor fracción ubicada en el sector sudeste del lote oficial diecinueve de la sección XXXIII, matrícula 2058, según escritura n° 99, folio n° 165, del 20 de mayo de 1991, pasada ante la escribana S. H. Egurza (fs. 6 y 167/172), y que por boleto de compraventa del 15 de diciembre de 2003 vendió al señor Santiago Luis Arturo de Montalembert la fracción A, que es la mitad norte del lote B-7 (fs. 8).

6°) Que la demandante sostiene que el río Chimehuín "no sirve a la comunicación por agua ni es navegable a ese fin" (fs. 18 vta.), extremo que la contraria no negó en oportunidad de contestar el traslado de la demanda (fs. 47/52), por lo que corresponde tenerlo por reconocido, en lo que se refiere al tramo del río que linda con el inmueble que ha sido objeto de la observación

cuestionada y que se impugna en estas actuaciones (artículo 356, inciso 1°, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

7°) Que cabe sin embargo señalar que es un hecho de público y notorio conocimiento que el río Chimehuín tiene 53 km de extensión (fs. 99/100) y que en muchos de sus tramos es un río navegable, a tal punto que la propia provincia del Neuquén ha prohibido la navegación en la "Boca del Chimehuín" (ver la resolución 784/07 que aprobó el Reglamento General de Pesca Deportiva Continental Patagónico para la temporada 2007/2008, anexo II, artículo 11); mas de ello no puede deducirse que lo es en el tramo de que se trata en el sub lite, el que se encuentra alejado en muchos kilómetros de su boca (ver plano de fs. 6).

La variabilidad que presenta el río en su extenso recorrido es la que ha determinado que la demandada no haya desconocido la afirmación efectuada por la actora en cuanto a su no navegabilidad, y haya sustentado los argumentos, que como se expuso imponen el rechazo de su allanamiento, en otro orden de razones.

Cabe poner de resalto que igual posición procesal asumió el tercero citado, quien indicó que fue de "especial importancia" en su decisión de comprar el inmueble la circunstancia de que la fracción lindaba con el río Chimehuín que no es navegable (fs. 62).

8°) Que resulta absolutamente extemporánea la reflexión que la provincia hace en la oportunidad de alegar intentando plasmar matices en lo que respecta al extremo señalado en el considerando precedente, y pretendiendo discutir aspectos concernientes a la navegabilidad "de vuelta" de dicho tramo, cuando afirma -de manera general e imprecisa- que en esos cursos de agua con fuerte corriente aguas abajo es precisamente donde la navegación a la sirga es más necesaria para remontar el curso del río (fs. 143/150).

Además de lo discutible de la afirmación -como así también de los alcances que se le asignan-, y de la imprecisión emergente de las expresiones utilizadas -"en esos cursos de agua"-, admitir su análisis en esta instancia sin que exista, ni se haya intentado ofrecer aun extemporáneamente prueba alguna que justifique el aserto, además de vedarle a la actora toda posibilidad de discutir su procedencia (Fallos: 300:1015), importaría afectar seriamente la garantía constitucional de la defensa en juicio (artículo 18 de la Ley Fundamental).

9°) Que es preciso poner de resalto que esta Corte desde sus decisiones más tempranas ha señalado la carga que pesa sobre el demandado de contestar claramente la demanda, y ha compartido las consecuencias que pueden traer aparejadas su incumplimiento (Fallos: 13:374), de lo que se deriva también la exigencia de que no medie de parte del juzgador un apartamiento de la relación procesal, lo que ocurre cuando el fallo se expide sobre defensas no alegadas, ya que la calificación de las relaciones jurídicas que

competente a los jueces no se extiende a la admisión de defensas no esgrimidas ni autoriza a apartarse de lo que tácitamente resulta de los términos de la *litis*, en la medida en que reconocer y acordar a una de las partes derechos no debatidos es, como principio, incompatible con el artículo 18 de la Constitución Nacional (Fallos: 239:442; 267:419; 300:1015; 301:104; 306:1271; 315:103; 317:177; 329:349, 4372, 4634, 5903).

10) Que ello es así porque si bien los jueces gozan de amplias facultades para seleccionar los criterios generales más adecuados para el juzgamiento de cada caso concreto, el ejercicio de esas potestades excluye una utilización errática de aquéllos, ya que es de vital importancia mantener una orientación que asegure el dictado de un pronunciamiento acorde con las pautas adoptadas en todo el transcurso del trámite, pues de otro modo el proceso podría convertirse en el vehículo de ritos caprichosos con directa afectación del artículo 18 de la Constitución Nacional (arg. Fallos: 315:103; 327:2471).

11) Que, sentado lo que antecede y en lo que hace al tema en debate en esta causa (considerando 3°), resulta oportuno señalar que la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legal es un acto de suma gravedad institucional y una de las más delicadas funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y, por ello, debe ser considerada como *última ratio* del orden jurídico (Fallos: 288:325; 290:83; 292:190; 294:383; 298:511; 300:1087; 302:457, 484 y 1149; 311:394; 312:122 y 435, entre muchos otros), y sólo debe ejercerse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (Fallos: 322:842).

12) Que el artículo 1° de la ley 273 de la provincia del Neuquén encomienda 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".

13) Que la demandante sostiene que el artículo 1° de la norma local reemplaza el supuesto de "comunicación por agua" del artículo 2639 del Código Civil por el de "flotabilidad", con lo que "se convierte en una restricción genérica para todos los propietarios ribereños de cualquier curso de agua"; sin embargo esta afirmación es inexacta (fs. 16 vta./17).

La navegación a la que alude el artículo 2639 del Código Civil se aplica no sólo a los cursos navegables, propiamente dichos, sino también respecto a los flotables, tanto más cuando la ley no hace distinción alguna al respecto. La flotación está incluida en el concepto legal de navegación (es una especie dentro del género); cuando la ley habla de cursos de agua navegables, debe entenderse que también se refiere a los flotables. A título ilustrativo es

dable indicar que esa doble terminología ha sido utilizada por el artículo 538 del Código Civil francés que equiparó a los dos ríos al establecer: *"Les chemins, routes et rues à la charge de l'État, les fleuves et rivières navigables ou flottables, les rivages, lais et relais de la mer, les ports, les havres, les rades, et généralement toutes les portions du territoire français qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée, sont considérés comme des dépendances du domaine public"* (derogado por ordenanza 2006-460 del 21 de abril de 2006 a partir del 1° de julio).

Es por ello que ambos conceptos se rigen por iguales principios; su rasgo característico esencial es el mismo; sólo que los cursos flotables, dado su menor profundidad, son utilizados mediante almadrías, balsas, jangadas y lanchones de escaso calado (Marienhoff, Miguel S. "Tratado de Derecho Administrativo", Editorial Abeledo Perrot -1996-, Tomo VI, páginas 378/380 y 463/464, y "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", Editorial Abeledo, 1939, páginas 353/356; Lafaille, Héctor, "Derecho Civil", tomo IV, "Tratado de los Derechos Reales", volumen II, Editorial Ediar, 1944, página 73).

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

El concepto legal de la navegabilidad de un curso de agua está subordinado a la índole del tráfico que allí se realice, ya que para serlo debe servir como medio de transporte continuo, para el transporte público de personas y cosas, debe responder a un interés general y a una idea económica del tráfico fluvial organizado. Es por ello que la posibilidad accidental y transitoria de conducir una embarcación por un curso de agua, no lo convierte por ese solo hecho en legalmente navegable.

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

Por lo tanto, no asiste razón a la demandante cuando afirma que el artículo 1° de la norma local contraría, en lo que ha sido materia de examen, las previsiones del Código Civil.

15) Que distinta debe ser la conclusión con respecto a la previsión contenida en el artículo 2° de la ley 273.

Esta disposición establece que se 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".

Dichas zonas son, según la redacción dada por la ley al artículo 1° ya referido, las que por su densidad de población y uso intensivo así lo justifiquen.

El alcance de la disposición permite afirmar, tal como se desarrollará seguidamente, 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.

16) Que el artículo 2639 citado, expresamente establece que "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 de manera alguna".

La confrontación de la disposición local con la nacional, permite afirmar que aquélla la excede totalmente ya que deja de lado los presupuestos que justifican la existencia de la norma de fondo.

En efecto, la imposición establecida por la norma provincial desconoce claramente la previsión de fondo que sólo establece 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 y tal como la misma norma lo indica, a todo propietario ribereño cuyo inmueble se encuentre en zonas que por su densidad de población y uso intensivo así lo justifiquen.

17) Que de tal manera, la ley abre la posibilidad de que su aplicación no se limite a los lotes linderos a cursos de agua legalmente navegables o flotables sino a todos aquéllos que se encuentren en las amplias zonas a que se ha hecho referencia en el párrafo anterior.

Su aplicación en el caso en examen demuestra este aserto, ya que, a pesar de no tratarse de un río navegable tal como ha quedado

expuesto, el Estado provincial a través del organismo correspondiente ha exigido que en el plano se asiente que el inmueble se encuentra afectado por la restricción al dominio establecida por la ley.

Así ha creado el estado de incertidumbre que justificó la promoción de esta demanda, ya que parece claro que no puede exigirse ese comportamiento a quien considera que su propiedad no está sujeta a la limitación en cuestión, y a quien de lo contrario -frente a la amplitud de los presupuestos contemplados por la legislación local y a las imprecisas zonas que abarca la normativa- estaría sometiéndose voluntariamente a un régimen que valora como inconstitucional.

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

19) Que si bien es indiscutible que los estados provinciales han conservado las facultades atinentes a la determinación de los fines de interés público que justifican la sanción de sus leyes (artículos 121, 122 y 124 de la Constitución Nacional), y que las restricciones que se imponen al dominio privado sólo en base a ese interés general son regidas por el derecho administrativo (artículo 2611 del Código Civil), también lo es que las provincias, bajo la invocación del ejercicio de esas facultades, no pueden alterar la esencia de los institutos regulados por los códigos de fondo estableciendo exigencias que los desnaturalizan.

20) Que el derecho de propiedad, la regulación del dominio, no es un instituto propio del derecho público local, sino un derecho tan general que ha justificado su regulación desde la Nación mediante la atribución que al efecto le fue conferida al legislador nacional por medio del artículo 75, inciso 12, de la Constitución Nacional.

21) Que al haber atribuido a la Nación la facultad de dictar el Código Civil, los estados locales han admitido la prevalencia de las leyes del Congreso y la necesaria limitación de no dictar normas que las contradigan (Fallos: 176:115; 226:727; 235:571; 275:254; 311:1795; 320:1344).

22) Que ello no importa desconocer que las provincias conservan todo el poder no delegado en la Constitución al gobierno federal (Fallos: 322:2817, entre muchos otros), sino determinar el alcance del que sí lo ha sido, para lo cual debe tenerse presente que la referida legislación tuvo por finalidad el logro de un sistema homogéneo de leyes que, sin desmerecer el poder de los

estados provinciales, generara los fuertes lazos de unidad que resultan necesarios para que exista una misma identidad.

23) Que de tal manera no puede ser convalidada la norma local frente a la regulación de la propiedad que instituye el Código Civil, ya que las provincias carecen de facultades para establecer normas que se aparten de la referida legislación (Fallos: 175:300; 176:115; 193:157; 203:274; 284:319; 285:209; 320:1344; 326:3899).

24) Que establecida la improcedencia de imponer la restricción a todo inmueble lindero a un curso de agua sin importar la navegabilidad legal del río en el sentido ya indicado, debe examinarse la previsión contenida en el artículo 2° de la ley 273, que, como se señaló en el considerando 15 precedente, afecta asimismo la franja a camino público "de conformidad con lo establecido por el artículo 2673 del Código Civil".

25) Que así la ley local somete las situaciones que allí contempla al régimen del condominio. En efecto, eso es lo que establece la norma citada por la legislatura local al determinar que el "condominio es el derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble".

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

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

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

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

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

30) Que es indudable que el derecho de propiedad, como cualquier otro reconocido por la Constitución, se halla sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio; pero el poder de reglamentar el derecho sustancial no llega, desde luego, a consentir la posibilidad de invalidarlo. De modo que cuando la Constitución declara inviolable la propiedad y cuando dispone que no se la puede confiscar ni transferir al dominio público sin previa indemnización, está dando las bases para decidir la cuestión aquí planteada (Fallos: 122:209; 278:232, disidencia de los jueces Marco Aurelio Risolía y Margarita Argúas).

31) Que en tales condiciones la previsión referida, y que la Dirección General de Recursos Hídricos de la provincia aplica, importa una afectación tal del derecho real de dominio de una única persona que lo invalida, ya que priva a la actora de parte de su inmueble, afectando una característica esencial de ese derecho cual es la exclusividad (artículos 2506 y 2508 del Código Civil).

Ello lleva a declarar 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.

32) Que la actora impugna también el artículo 3° de la ley 273 en tanto dispone 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".

Asevera que, en tales condiciones, se convierte en "propiedad pública" a los treinta y cinco metros sin expropiación ni indemnización alguna, y se obliga al propietario a "soportar toda suerte de invasiones y abusos" (fs. 17).

33) Que es oportuno referir que "no cabe al Tribunal apartarse del principio primario de la sujeción de los jueces a la ley ni atribuirse el rol de legislador para crear excepciones no admitidas por éste, pues de hacerlo así olvidaría que la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, y que cuando ésta no exige esfuerzo de interpretación la norma debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en aquélla (Fallos: 218:56; 299:167). De otro modo podría arribar a una interpretación que -sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal- equivaliese a prescindir de su texto (Fallos: 279:128; 300:687; 301:958 y 313:1007, considerando 51).

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

35) Que en el caso resulta claro que no es ese el único uso al que se persigue destinar la franja de treinta y cinco metros a través de las disposiciones impugnadas. En efecto, aquél aparece allí como indeterminado e ilimitado, toda vez que obliga al propietario ribereño del camino declarado público en el espacio referido, correspondiente a zonas que por su densidad de población o 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 destino público.

36) Que de tal manera la ley vuelve a incurrir en el avasallamiento al derecho invocado tal como lo regula nuestro sistema legal. Es clara la afectación del dominio en la que incurre si se tiene en cuenta que, sin cumplir con las exigencias que la Constitución Nacional establece en su artículo 17, impone al

propietario la obligación de permitir el uso de su propiedad por parte de cualquier extraño afectando su derecho de gozar, usar y de disponer de ella, y de repeler cualquier acción de parte de terceros (artículos 2513 y 2516 del Código Civil).

37) Que determina también esta afirmación los alcances que el legislador pretendió darle a la ley impugnada, los que se extraen de la discusión de fondo que se suscitó en la legislatura local en la oportunidad de su aprobación.

En esa ocasión el diputado Nordenstrom sostuvo -en su carácter de miembro informante del despacho de la mayoría de la Comisión de Legislación y Asuntos Constitucionales- que la sanción de esta norma permitirá "el libre tránsito por las costas de nuestros ríos eliminándose cercos, alambrados, y demás construcciones que actualmente en muchos lugares obstruyen y prohíben su libre acceso y circulación, impidiéndose los adelantos e iniciativas que tanto industriales, comerciales, entidades deportivas o de cualquier otra índole pueden realizar; como ser, diques, atracaderos para embarcaciones, rutas de acceso a los puentes y balsas, balnearios, recreos, etc."

"Todo ello" -indicaba en esa oportunidad- "redundaría en beneficio de la provincia y del público en general que desee viajar por las costas de nuestros ríos, ya sea por sus ocupaciones o para disfrutar de las bellezas que brinda la naturaleza". Agregaba asimismo que así "se facilitaría e incrementaría...la práctica de sanos deportes, como natación, remo, pesca; ...se abrirían nuevos panoramas turísticos [y sería] sin disminuir en lo más mínimo los derechos de los propietarios ribereños, por cuanto la zona a deslindar, de acuerdo a lo que dispone nuestra ley de fondo, no le corresponde y tienen la obligación de dejar libre sin ninguna indemnización".

En esa misma oportunidad el diputado Giambellucca contestó de manera categórica estos argumentos y observó que "el autor del proyecto ha confundido los términos con que fue redactado el artículo 2639 [del Código Civil], y de ninguna manera tiende a ampliar y detallar lo que el Código Civil ha querido significar que, por otra parte es bien claro, dicho artículo obliga a los propietarios ribereños a dejar una calle de treinta y cinco metros de acceso al curso de agua, pero en ningún momento se le ha ocurrido al codificador que esa calle debe extenderse por todo el curso de la ribera".

Recordó que, con motivo de la sanción de la Ley de Pesca, se debatió suficientemente en la legislatura local el significado del término "ribera" y cuáles eran las obligaciones de los propietarios y en dicha ocasión se dijo que no podía "tocarse" la propiedad que colinda con el curso de agua. Concluyó que el proyecto de ley no debía aprobarse, ya que significaba una "expropiación en masa de una zona de 35 metros por toda la ribera" y "un avasallamiento

sobre los derechos reales de las personas" (ver debate parlamentario del expediente B/19/69, proyecto n° 429).

38) Que todo ello revela, sin lugar a dudas, el propósito del legislador y el alcance de la disposición, y "...si bien es cierto que las palabras o conceptos vertidos en el seno del Congreso con motivo de la discusión de la ley, son, en general, simples manifestaciones de opinión individual de las personas que las pronuncian (Fallos: 77:319), no puede decirse lo mismo de las explicaciones o aclaraciones hechas por los miembros informantes de los proyectos, pues tales explicaciones o informes constituyen, según la doctrina y la jurisprudencia, una fuente propia de interpretación" (Fallos: 33:228; 100:51; 114:298; 141:254; 328:4655 y 329:3546, entre otros).

39) Que se debe concluir entonces, de conformidad con lo dictaminado en lo pertinente por la señora Procuradora Fiscal, 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.

40) Que un párrafo aparte merece el argumento de la demandada según el cual no puede verse una afectación al derecho de la actora en la legislación impugnada, ya que no se ha dictado el decreto provincial o la ordenanza municipal que disponga la "afectación" de aquéllos (fs. 51/51 vta.).

Al efecto se debe precisar que tratándose de una restricción impuesta por el legislador, la declaración administrativa es intrascendente como medio indispensable para que el ribereño deje libre ese espacio de treinta y cinco metros, la carga deriva directamente de la ley local y es tan obligatoria como esta misma (Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo", ob. cit., página 493).

41) Que en ese sentido se ha pronunciado este Tribunal cuando en los precedentes de Fallos: 43:403 y 128:296 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.

42) Que en el marco de la pretensión de incertidumbre planteada por la actora, y de conformidad con la previsión contenida en el artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, corresponde disipar la que le genera el alcance que el Poder Ejecutivo provincial le ha otorgado a su Código de Aguas (ley 899, B.O. 11/9/1975) a través del decreto reglamentario 790/99 del 30 de marzo de 1999.

43) Que en el artículo 1° de la ley 899 se estableció que el régimen de aguas en la jurisdicción de la provincia del Neuquén se ajustaría a las normas del Código Civil, a las de ese cuerpo legal y a las disposiciones reglamentarias que dicte el Poder Ejecutivo provincial.

A su vez, en el artículo 2°, inciso a, se dispuso que son bienes públicos de la provincia "los ríos que nacen y mueren dentro de los límites provinciales, sus cauces y demás aguas -sean o no navegables- que corren por cauces naturales, y toda otra agua que tenga o adquiriera la aptitud de satisfacer usos de interés general".

44) Que con posterioridad, mediante el decreto local 790/99 se designó como autoridad de aplicación del Código de Aguas a la Dirección General de Recursos Hídricos y, en lo que cabe calificar como un exceso reglamentario, se afirmó que sus disposiciones derogaban "toda otra norma legal" que se opusiera al decreto (artículo 1°).

45) Que asimismo por el artículo 2° del decreto citado -a través del artículo 14 de su anexo I- 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 sólo en casos excepcionales". Se precisó además 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".

46) Que la sola lectura de la disposición transcripta 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 prohíbe.

47) Que de tal manera esa disposición debe ser invalidada ya que no se puede por esa vía subvertir el espíritu y finalidad de la ley, ni derogar normas legales. Los decretos reglamentarios por su naturaleza no pueden modificar leyes formales, ni desconocer lo establecido por disposiciones superiores (Fallos: 312:787 y 802; arg. 322:752, que remitió al dictamen del señor Procurador General).

48) Que en su mérito corresponde declarar que la previsión contenida en el artículo 2° del decreto provincial debe ser privada de validez (Fallos: 323:1705 y 329:792).

Por ello, y lo concordemente dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se decide: I.- Hacer lugar parcialmente a la demanda seguida por Las Mañanitas S.A. contra la Provincia del Neuquén y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de los artículos 2° y 3°, última parte, de la ley local 273, y privar de validez con relación al caso en examen a la previsión contenida en el artículo 2° del decreto provincial 790/99; II.- Con costas (artículo 68 del Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese, remítase copia de esta decisión a la Procuración General y, oportunamente, archívese.

ELENA I. HIGHTON de NOLASCO (en disidencia)- CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI - JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY (en disidencia).

ES COPIA

DISIDENCIA DE LA SEÑORA VICEPRESIDENTA DOCTORA DOÑA ELENA I. HIGHTON de NOLASCO Y DE LA SEÑORA MINISTRA DOCTORA DOÑA CARMEN M. ARGIBAY

Considerando:

1°) Que este juicio es de la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional) y se hallan reunidos los recaudos del artículo 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tal como lo puso de relieve la señora Procuradora Fiscal en el apartado IV de su dictamen de fs. 153/157 vta., a cuyas consideraciones corresponde remitir en razón de brevedad.

2°) Que como lo ha señalado reiteradamente este Tribunal, la acción declarativa de inconstitucionalidad debe responder a un "caso", ya que dicho procedimiento no tiene carácter simplemente consultivo, ni importa una indagación meramente especulativa; la acción debe tener por finalidad precaver las consecuencias de un acto en ciernes -al que se atribuye ilegitimidad y lesión al régimen constitucional federal- y fijar las relaciones legales que vinculan a las partes en conflicto (Fallos: 328:3573, 3586, 4198; 329:1554, 1568, 2231, 3184, 4259; 330:2617, 3109, 3777 y causa L.279.XXXV "Línea Expreso Liniers Sociedad Anónima, Industrial y Comercial c/ Buenos Aires, Provincia de s/ acción declarativa", sentencia del 19 de febrero de 2008). En este sentido, se ha precisado que -a fin de establecer la existencia de "caso" respecto de esta acción declarativa- debe mediar: a) actividad administrativa que afecte un interés legítimo; b) que el grado de afectación sea suficientemente directo y c) que aquella actividad

tenga concreción bastante (Fallos: 320:1556; 325:474; 326:4774; 328:502; 329:1554, 1568 y 3184).

3°) Que del examen del sub lite a la luz de tales pautas, se advierte que la ley provincial 273 condiciona su operatividad a la existencia de ciertos actos emanados del poder ejecutivo local, al que se encomendó "la realización de estudios técnicos necesarios para la determinación de la línea de ribera legal..." (artículo 1°); y también se lo autorizó para afectar "por decreto" (artículo 3°) "como calle o camino público" a las fracciones de treinta y cinco metros computables desde la línea de ribera legal (artículo 2°). Ninguno de estos actos provenientes de la autoridad provincial han tenido lugar en la presente causa, donde el accionante se limitó a invocar los términos de 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 en cuestión (fs. 13). En lo pertinente, la referida respuesta expresó que el plano deberá asentar -como nota marginal- que los límites del río Chimehuín "están supeditados a la demarcación definitiva de la línea de ribera" y que "el...inmueble se encuentra afectado por la restricción al dominio establecida por el Art. 2639 Código Civil, Ley Provincial N° 273, Ley Provincial N° 899 (Código de Aguas) y Decreto Reglamentario N° 790/99".

4°) Que, sin perjuicio de señalar que la evacuación de la consulta profesional por la nota aludida sólo habría importado el inicio de la actuación administrativa, que no agota esa instancia ni configura el acto definitivo que habilita la acción judicial revisora, la demandada se allanó a excluir la mención de la ley 273 en las notas a consignar en el plano (fs. 47 vta. punto III). En tales condiciones, cabe concluir que no existe acto alguno por parte de las autoridades provinciales que pudiera traducirse en una afectación para la actora, lo cual demuestra -de modo inequívoco- el carácter meramente consultivo o académico del reclamo, y la ausencia de conflicto al que se refiere el artículo 2° de la ley 27 (Fallos: 329:1675). Cabe reiterar aquí -por su condición de presupuesto elemental de la vía intentada- que no existe caso que pueda ser resuelto por el Poder Judicial, si no ha existido actividad alguna que haya puesto en tela de juicio el derecho que se ejerce, ni se ha afectado el interés que se invoca; esto es, si no median actos concretos o en ciernes del poder administrador (Fallos: 320:1556; 326:2931; 330:3777). Sin un acto de esta índole que tenga concreción directa, actual y bastante, la pretensión intentada exigiría emitir un pronunciamiento de carácter teórico que está vedado a la Corte Suprema ejercer (Fallos: 325:474).

5°) Que la ausencia de un interés sustancial y concreto en la accionante aparece manifiesta no sólo 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. En realidad, el accionante no ha expresado en qué medida la conducta de las autoridades provinciales habría generado una inminente afectación de su exclusivo dominio en el área ribereña, máxime cuando la respuesta de la Dirección General de Recursos Hídricos no parece haber generado -por sí misma- mayores restricciones que las que resultaban de una norma provincial que data del año 1961 y que se encontraba ya vigente a la fecha de adquisición del inmueble por parte de la actora (20 de mayo de 1991, conf. testimonio de fs. 176). La afectación inminente tampoco resultaría de una eventual nota marginal en el plano de mensura -a la que renunció la demandada según se ha expuesto-, pues dicha anotación no puede traducirse en la alegada pérdida de exclusividad del derecho real de dominio ni en su transformación en dominio público, si no median los actos administrativos exigidos por las normas para producir tales efectos.

Por último, 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).

Por ello, y oída la señora Procuradora Fiscal, se decide: Rechazar la demanda seguida por Las Mañanitas S.A. contra la provincia del Neuquén. Con costas (art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y, oportunamente, archívese. ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

Nombre del actor: **Las Mañanitas S.A.**

Nombre del demandado: **Provincia del Neuquén.**

Profesionales: **Dres. María Eugenia Urquijo (apoderada); Jorge Reinaldo A. Vanossi (patrocinante); Raúl M. Gaitán; Edgardo O. Scotti y Ricardo U. Siri.**

Ministerio Público: **Dres. Ricardo O. Bausset y Laura M. Monti.**