

Expte. N° 13-02123031-0, carat. “FIDEICOMISO AYMURAY C/DEPARTAMENTO GRAL. DE IRRIGACIÓN S/A.P.A.”

Sala Primera

Excma. Suprema Corte:

Vuelven los presentes autos a despacho para dictaminar conforme a la vista de fs. 1011.

I.- Las actuaciones

1. La demanda

A fs. 72/79 comparece la actora y solicita que tras el trámite de ley se declare la nulidad de las Resoluciones 183/13; 184/13 y 190/13 de rechazo de las supuestas revocatorias contra las resoluciones 78/13; 79/13 y 85/13; todas dictadas por el H.T.A. mediante las cuales rechazó las solicitudes de concesión de uso especial de agua subterránea de la perforación y ordenó el cegado de tres pozos (06/1820; 06/1821 y 06/1830); que previamente le había otorgado el Superintendente (Resolución 232/2010) bajo las precisas y rigurosas condiciones que había establecido en la referida Resolución.

Al respecto sostiene que mediante la Resolución 232/10 se permitió el otorgamiento de un número limitado de perforaciones en la margen derecha del Río Mendoza bajo los términos y condiciones de prioridad establecidos por la ley 4035, a más de otros requerimientos (vgr. instrumentación de sistemas altamente eficientes de uso del agua y utilización efectiva del recurso en el fin otorgado en un plazo máximo de 24 meses), razones por las cuales desde el dictado de las resoluciones que habilitaron los pozos llevó adelante el proyecto, realizando las perforaciones, haciendo plantaciones de vid sobre el predio a ser regado, realizando obras complementarias de conducción y energía eléctrica que dejaron los pozos plenamente operativos; todo lo cual fue verificado por el D.G.I. mediante diversas inspecciones. Y, cuando estaba en avanzado estado de desarrollo fue notificada de la decisión del H.T.A. de rechazar su concesión al considerar que los permisos fueron ilegalmente otorgados por cuanto no se siguió para su asignación el orden de prioridades previsto por la ley 4035. Lo que llevó

a su parte a plantear una acción de amparo, reservando la interposición de un recurso de revocatoria a sus resultados. De allí que sostiene que la presente acción administrativa se plantea en tiempo y forma.

Funda en derecho, ofrece pruebas y posteriormente amplía la demanda (fs. 108/111 y 142 y vta.); habiéndola V.E. admitido formalmente (fs. 145 y vta.), para darle el trámite de ley.

2. La contestación de la demanda

A fs. 150/222 vta. comparece la apoderada del Departamento General de Irrigación, la cual sostiene la validez de las actuaciones impugnadas para lo que, y tras reseñar las principales actuaciones llevadas a cabo en el marco del expte. administrativo, resalta que tras la remoción del anterior Superintendente del organismo y luego de una profunda investigación sobre lo ocurrido en relación con la Resolución 232/10 se verificó la irregularidad en el otorgamiento de los veinte permisos acordados a los integrantes de la Asociación, en razón de que se había alterado el orden de preferencias que fija la ley 4035, en tanto y en cuanto habían 84 solicitudes de permiso para perforar en la zona conforme al detalle que acompaña (muchas de las cuales antecedían a las de la aquí actora) para lo cual habían constituido ("Cámara Alto Agrelo) logrando eludir la ley y con ello violentando el orden de prioridades (razón por la cual un tercero inició una acción procesal administrativa contra el D.G.I.). Razones por las cuales y en uso de sus facultades, el H.T.A. denegó las concesiones solicitadas, teniendo en cuenta que la Cámara de Turismo Alto Agrelo no estaba conformada por usuarios del recurso hídrico, la cual había sido creada al solo efecto de obtener un beneficio en perjuicio de otros a tal punto que no tenía un predio propio ni un proyecto productivo agrícola; a más que las propiedades del actor no gozaban de derecho de agua superficial.

Por otra parte sostiene que las resoluciones iniciales autorizaban la realización de obras (pozos) mas no el uso del agua, el que requería de la concesión a la que alude la ley 4035 y por ende de una nueva autorización; siendo el H.T.A. el único competente para formalizar dicho acto administrativo, para cuya actividad concesional tiene una amplia discrecionalidad para resolver (quien juzga la oportunidad y conveniencia del otorgamiento).

3. La contestación de Fiscalía de Estado

A fs. 227/236 y vta. se presenta Fiscalía de Estado por medio de apoderado, el cual tras describir suscitantamente la demanda y su contestación, señala que su parte estará a lo que resulte de las pruebas que se colecten y la resolución judicial que se dicte.

4. La respuesta de la actora

A fs. 295/296 vta. el letrado de la actora refuta las argumentaciones del Departamento General de Irrigación, ofreciendo prueba en ese sentido.

5. La admisión y producción de la prueba

A fs. 299/301 vta. V.E. se pronuncia sobre las pruebas, teniéndose presente la documental y los exptes. administrativos ofrecidos y disponiéndose las medidas para la producción de la restante, las cuales se practicaron a partir de fs. 302, constando la incorporación de los A.E.V. a fs. 325; informes del Dpto. Gral. de Irrigación (fs. 329/359 y 383/388); testimoniales (fs. 365/375 vta. y 817/818 vta.); periciales (fs. 779/787 y 805 técnica y fs. 756/757 vta. contable) y antecedentes legislativos (fs. 822/966).

6. Los alegatos y otras actuaciones

Puestos los autos a la oficina para alegar (fs. 971), A fs. 981/982 como medida para mejor proveer que V.E., en función de lo propuesto por esta Procuración General en los autos “BULNES S.A. C/DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN S/A.P.A., dispuso una inspección ocular de la propiedad involucrada, la que se llevó a cabo en presencia de las partes, Fiscalía de Estado, este Ministerio Público y los miembros de esa Sala Primera de la S.C.J.Mza., según consta a fs. 990. A fs. 1001, se pusieron nuevamente los autos a la oficina para alegar, haciéndolo la actora, la demandada y Fiscalía de Estado; los que se encuentran agregados partir de fs. 1012.

II.- Consideraciones de la materia de dictamen

Conforme al plexo precedente y teniendo en cuenta que estamos frente a un conflicto que trasciende el ámbito individual de

las partes; ya que, por un lado y no obstante que las causas no han sido acumuladas tenemos que planteos similares al presente se ventilan en otros seis expedientes radicados por ante esa Sala Primera y uno por ante la Sala Segunda, en los cuales las circunstancias fáctico-jurídicas son similares (autorización precaria de permiso a partir de la Resolución 232/10 a los integrantes de una Asociación anteponiéndose a otros individuos que había solicitado el permiso con anterioridad en función al orden de preferencias que confiere el art. 7 de la ley 4035, con la condición de optimizar el recurso y llevar a cabo las obras en el lapso de 24 meses) tras lo cual una nueva autoridad del Dpto. Gral. de Irrigación dispuso la denegatoria definitiva y por ende ordenó el cegado de los pozos. Y, por el otro, durante el interregno entre ambos momentos, la aquí actora –como el resto-, al amparo de la autorización precaria, llevó a cabo importantes inversiones que, en el caso aparejaron la incorporación al proceso productivo de una importante cantidad de hectáreas, todas irrigados mediante los pozos cuyo cegado ha dispuesto el D.G.I. y al cual se resiste la actora, conforme se ha corroborado mediante las inspección ocular llevada a cabo por esa Sala y que se compadece con las periciales incorporadas a la especie.

Ahora bien, el argumento fundamental desplegado por la demandada para denegar definitivamente la concesión de los pozos mediante las resoluciones cuya nulidad persigue la actora (183/13; 184/13 y 190/13 de rechazo de las supuestas revocatorias contra las resoluciones 78/13; 79/13 y 85/13) consistente en que la conformación de la Cámara de Comercio y Turismo Alto Agrelo habría tenido por única finalidad anteponer a sus asociados a otros pretensos usuarios del escaso recurso la preferencia que establece el art. 7 de la ley 4035 a favor de entes asociativos (vgr. consorcios, asociaciones o cooperativas de usuarios) y a través del cual los integrantes de la misma se antepusieron a otros solicitantes (84), resulta verificado ya que, como surge de las constancias de autos y no lo niega la actora, la utilización del uso del agua solamente es en beneficio o interés particular, para su propio proyecto de inversión, el cual no hubiera tenido posibilidad de no mediar esa interposición, ya que la propiedad involucrada tampoco tiene derecho de riego superficiario.

No obstante, en el caso concreto y tras la inicial autorización la actora llevó a cabo importantes inversiones que derivaron en

la incorporación al proceso productivo de alrededor de 80 hectáreas al proceso productivo (lo que fue corroborado mediante la inspección ocular referida precedentemente), como ya se dijo, todas las cuales se realizaron en el tiempo inmediato posterior y dentro de los 24 meses de los permisos concedidos mediante Resoluciones iniciales y auditados por la propia autoridad de aplicación en el tiempo subsiguiente (año 2012), sin ningún tipo de observación, razón por la cual resulta contradictorio sostener que las mentadas resoluciones solo permitían la realización de las obras pero no el uso del agua hasta que se otorgara la concesión definitiva.

Ante esa situación y sin perjuicio de que no se desconoce que el recurso hídrico constituye un bien del dominio público y las normas de orden público comprometidas no son materia de transacción (S.C.J.Mza. autos 113373 “Cresud S.A.C.I.F. c/Dpto. Gral. de Irrigación s/A.P.A.”) cobra relevancia y no constituye un dato menor lo expuesto por Fiscalía de Estado en cuanto al interés social jurídicamente tutelable cuando existen usos de agua consolidados de hecho (en el caso, validados indirectamente por la autoridad de aplicación), incluso sin el permiso de concesión de previa; confrontando los principios de legalidad y seguridad jurídica, los cuales no pueden ser dejados de tener en cuenta al momento del resolver el conflicto. Y en ese mismo orden de ideas esta Procuración General advierte que la decisión de V.E. deberá ponderar, necesariamente, los factores sociales, económicos, productivos y ambientales involucrados en el conflicto en trato como así también de toda la región donde se emplazan los emprendimientos de similares características al presente; en tanto y en cuanto son de interés provincial, las actividades destinadas a la preservación, conservación, defensa y mejoramiento de los ambientes urbanos, agropecuarios y naturales y todos sus elementos constitutivos e involucran la protección del ambiente en el orden nacional (Arts. 2 y 4 ley 25675 de política ambiental nacional, 2 C.C y C.N.; 2 ley 5961; y 27 incs. 1 y 14 Ley 8911).

Despacho, 30 de junio de 2021.-



Dr. HECTOR PRIGAPANÉ
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General

