

Expte. N° 13-02123032-9, carat. “SANTA MARÍA DE LOS ANDES S.A. C/DEPARTAMENTO GENERAL 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. 1396.

I.- Las actuaciones

1. La demanda

A fs. 100/123 comparece la actora por medio de apoderado y solicita que tras el trámite de ley se declare la nulidad de las Resoluciones 176/2013 y 179/2013 dictadas por el H.T.A. mediante las cuales rechazó las solicitudes de concesión de uso especial de agua subterránea en los pozos 6/1814 y 6/1816; que previamente le había otorgado el Superintendente (Resoluciones 283/2010 y 282/2010).

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 282 y 283 llevó adelante el proyecto, construyendo e implementando un proyecto agrícola altamente tecnificado y cuando estaba en avanzado estado de desarrollo intempestivamente fue notificada de la decisión del H.T.A. de rechazar su concesión.

Como abono de su pretensión denuncia el cambio de posición intempestivo del D.G.I., haciendo hincapié al respecto que el uso sería agrícola y que su parte integraba la Cámara de Comercio, Vitivinicultura, Turismo y Producción de Alto Agrelo; aunque la petición la hizo para sí y no para la “Cámara”, siguiendo el trámite y de publicación requeridos por la ley, la

cual nada dice respecto de que las concesiones deben otorgarse a la Asociación en lugar de sus asociados.

De allí que considera que los actos administrativos impugnados adolecen de vicios graves ya que alteró actos anteriores que se encontraban firmes y que constituían a su favor el reconocimiento de derechos subjetivos; los cuales, en todo caso debieron ser atacados mediante la acción de lesividad. Descalificando por absurda la posición de la contraparte en cuanto a que se trató de actos discrecionales, ya que modificaron situaciones consolidadas y en virtud de las cuales su parte había realizado ingentes inversiones y asumido múltiples compromisos económicos y financieros.

Funda en derecho, ofrece pruebas y hace reserva del caso federal.

A fs. 427/428 se presenta Vitivinícola Bulnes de Argentina S.A. adhiriendo a la acción en razón de ser usuaria del pozo 6/1816 pidiendo la acumulación a los presentes actuados, lo que fue proveído de conformidad, según se lee a fs. 435 y vta.; la cual ampliara su presentación a fs. 596/527 vta.

2. La contestación de la demanda

A fs. 365/395 comparece la apoderada del Departamento General de Irrigación, la cual sostiene la validez de las actuaciones impugnadas para lo cual, 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 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). Razón por la cual y en uso de sus facultades el H.T.A. denegó las concesiones solicitadas, teniendo en cuenta para ello que la Cámara de Turismo Alto Agrego 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 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 por lo cual no correspondía interponer la acción de lesividad como pretende la contraparte; que se trata de una actividad concesional no reglada y por ende tiene una amplia discrecionalidad para resolver; que no se ha violado su derecho de defensa; que la concesión en todo caso debió otorgarse a la Cámara y no a sus integrantes en forma individual abundando en casos en que ha sido así; que no había precluído el derecho de los terceros omitidos al no haberseles notificado en forma personal las autorizaciones de perforación a los integrantes de la Asociación, que no tenía un derecho adquirido hasta tanto se le otorgase el título correspondiente; y por sobre todo, que el D.G.I. no ha violado los derechos del aquí actor, sino que por el contrario se ha ajustado al principio de legalidad en su accionar. Ofrece prueba.

A fs. 549/587 vta. y 588 y vta. rola la contestación al traslado de la demanda acumulada que fuera formulada por la coaccionante Vitivinícola Bulnes S.A.

3. La contestación de Fiscalía de Estado

A fs. 591/594 se presenta Fiscalía de Estado por medio de apoderado, el cual tras describir suscitantemente 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. 266 y 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

Tras diversas vicisitudes procesales, a fs. 708/709 vta. se admitió la totalidad de las pruebas ofrecidas por las partes, teniéndose presente los exptes. administrativos y disponiéndose las medidas para la producción de la restante.

A fs. 763/1016 obran los antecedentes legislativos de las leyes 4035; 4036 y 6405; a fs. 1020/1024; 1046/1047 vta.; 1050/1054 vta. y 1100/1102 vta., testimoniales; a fs. 1025/1037 informe del H.T.A. y 1083/1086 de Asesoría Letrada, ambos del Dpto. Gral de Irrigación; a fs. 1269/1271 luce la pericia contable que da cuenta de la inversión realizada por la actora como así también de la cantidad de hectáreas irrigadas y de empleados contratados; y a fs. 1279/1282 la pericia presentada por ingeniera agrónoma.

6. Los alegatos y otras actuaciones

A fs. 1316/1317 y 1353 y vta. y tras sucesivas suspensiones a la espera de que otras causas vinculadas a la presente llegaran a la misma etapa procesal, como medida para mejor proveer V.E., 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. 1359/1360. A fs. 1381, se pusieron nuevamente los autos a la oficina para alegar, haciéndolo la actora, la demandada y Fiscalía de Estado; según las respectivas constancias.

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 an-

teponiéndose 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 la 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 (176/2013 y 179/2013 de rechazo de las reconsideraciones contra las resoluciones 72/2013 y 74/2013) 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 superficial.

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 80 hectáreas de vid (irrigadas por los dos pozos motivantes del presente conflicto conforme se pudo constatar en la inspección ocular referida), 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 permitirían 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, 08 de julio de 2021.-



D^o HECTOR PRADOLAPANE
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General