

Expte. N° 13-02123027-2, carat. “BOMCHIL MÁXIMO LUIS Y OTS. 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. 921.

I.- Las actuaciones

1. La demanda

A fs. 49/84 comparece la actora por medio de apoderado y solicita que tras el trámite de ley se declare la nulidad de la Resolución 182/2013 dictada por el H.T.A. mediante la cual rechazó el Recurso de Reconsideración incoado por su parte contra la Resolución 77/13 (que también impugna) por las cuales se dejaron sin efecto las autorizaciones provisorias enmarcadas en la Resolución 232/10 de Superintendencia que había otorgado 21 permisos de perforación en forma irregular.

Al respecto y tras detallar las circunstancias fáctico jurídicas a partir de las cuales la aquí actora vino a ser propietaria de una fracción de un inmueble de mayor extensión, la cual contaba con un permiso para la construcción de una perforación otorgado a los anteriores propietarios (Resolución 278/2010), el que se enmarcaba en lo dispuesto mediante la Resolución 232/10, por la cual 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 la resolución 278/2010 llevó adelante el proyecto, detallando minuciosamente cada una de las acciones direccionadas a ese fin hasta su consecución total, con importantes inversiones y expectativas de producción; y, cuando estaba a la espera de la concesión fue notificada de la decisión del H.T.A. de rechazarla (Resolución 77/2013).

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, siendo lo propio una fundamentación aparente, desconectada de la realidad de los hechos.

De allí que considera que los actos administrativos impugnados adolecen de vicios graves ya que alteró actos anteriores que se encontraban firmes (doctrina de los actos propios) y que constituían a su favor el reconocimiento de derechos subjetivos. 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. Denuncia “desviación de poder” en la actuación del ente estatal, a más de haberse violado el debido proceso administrativo al revocarse un año después una concesión definitiva (por silencio de la administración ante el cumplimiento de su parte de los requerimientos iniciales, art. 17 ley 4035) y el principio de “confianza legítima”. Todo lo cual apareja la violación de normas de rango superior y por consiguiente la inconstitucionalidad de las decisiones administrativas puestas en crisis.

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

2. La contestación de la demanda

A fs. 369/423 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 rechaza la argumentación referida al silencio de la administración tras el cumplimiento de la contraria de las obligaciones asumidas en la autorización provisoria, ya que el expte. nunca estuvo en condiciones de ser puesto a consideración del H.T.A. porque era carga del interesado instar el expediente, no siendo aplicable la previsión del art. 17 de la ley 4035 por esos motivos.

Sostiene que las resoluciones iniciales autorizaban la realización de obras (pozos) mas no el uso del agua; 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 precluido 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. Niega que se hayan violado actos propios, haya ejercido en forma desviada su poder, ni que se haya violado la confianza legítima; en tanto y en cuanto el HTA ha hecho uso de facultades del régimen legal de aguas que le asisten de acuerdo a la legislación vigente; destacando la existencia de terceros interesados. Ofrece prueba.

3. La contestación de Fiscalía de Estado

A fs. 431/433 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 co-lecten y la resolución judicial que se dicte.

4. La respuesta de la actora

A fs. 454/460 rola la contestación al traslado del “responde”, que efectúa el letrado de la actora, ratificando la posición inicial, acompañando pruebas instrumental.

5. La admisión y producción de la prueba

A fs. 463/465 V.E. se pronunció sobre la prueba, teniéndose presente los exptes. administrativos y disponiéndose las medidas para la producción de la restante admitida..

A fs.480/777 obran los antecedentes legislativos de las leyes 4035; 4036 y 6405; a fs. 814/824; 827/829 vta.; 837 y 852/853 las testimoniales; y, a fs. 806/808 informe de Asesoría Letrada del Dpto. Gral. de Irrigación.

6. Los alegatos y otras actuaciones

A fs. 866/909 están agregados los alegatos de las partes y a fs. 914 y vta. en función de propuesto por esta Procuración General (911 y vta.) 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. 918.

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 el 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.

Ahora bien, el argumento fundamental desplegado por la demandada para denegar definitivamente la concesión de los pozos mediante la resolución cuya nulidad persigue la actora (182/2013 de rechazo de las reconsideraciones contra la resolución 77/2013) 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 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 un importante proyecto productivo de viñedos (irrigado por el pozo motivante 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 reso-

luciones 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 septiembre de 2021.-



Dr. HECTOR PRAGAPANE
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General