

Expte. N° 13-02123033-7, carat. “BULNES 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. 1111.

I.- Las actuaciones

1. La demanda

A fs. 1/27 vta. comparece la actora por medio de apoderado y solicita que tras el trámite de ley se declare la nulidad de la Resolución 73/13 dictadas por el H.T.A. y de la Resolución 177/13 mediante las cuales se rechazó la solicitud de concesión de uso especial de agua subterránea en el pozos cuya perforación había sido autorizada mediante Resolución 281/10

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 la resolución 281/10 llevó adelante el proyecto, construyendo e implementando un proyecto agrícola altamente tecnificado comprensivo de 104 has. aproximadamente, a las cuales se afectó a la producción vitivinícola llevándose a cabo distintas fases tales como nivelación de suelos, construcción de laguna para almacenar el agua y distribuir el riego por goteo, etc.. Y, cuando estaba en avanzado estado de desarrollo fue notificada de la decisión del H.T.A. de rechazar su concesión, aunque no había oposiciones de terceros.

Como abono de su pretensión denuncia el cambio de posición intempestivo del D.G.I. el cual deviene arbitrario e ilegal (por violación de confianza legítima, abuso de poder, exceso ritual manifiesto, carencia de un mejor interés afectado y violación de debido proceso y el derecho de

defensa; todo lo cual importa la nulidades de la resolución puesta en crisis, denunciando a todo evento la inconstitucionalidad de las resoluciones de marras, por cuanto con las mismas se afectan el derecho a trabajar y a ejercer toda industria lícita (art. 14 C.N.), a usar y disponer de la propiedad (art. 14 C.N.), al derecho de propiedad (art. 17 C.N.) y a los principios de legalidad, razonabilidad y seguridad jurídica.

Funda en derecho y ofrece pruebas.

2. La contestación de la demanda

Tras diversas vicisitudes procesales y admitida que fue la acción procesal administrativa (fs. 276 y vta.), A fs.689/726 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 de los exptes. administrativos, 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.

Discurre sobre las razones por las cuales su parte no actuó arbitrariamente ni incurrió en contradicción, sosteniendo que en ningún momento se había dado la concesión para el uso de las aguas subterráneas a la aquí accionante, no siendo de aplicación la previsión del art. 17 de la ley 4035.

3. La contestación de Fiscalía de Estado

A fs. 735/736 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. 739 el letrado de la actora niega las argumentaciones del Departamento General de Irrigación.

5. La admisión y producción de la prueba

A fs. 742/743 vta. V.E. se pronunció sobre la prueba disponiendo las medidas conducentes para su producción.

A fs. 999/1000 y 1018/1020 vta. lucen. las testimoniales y A fs. 776/929 obran los antecedentes legislativos de las leyes 4035; 4036 y 6405.

6. Los alegatos y otras actuaciones

A fs. 1041/1071 corren agregados los alegatos de las partes; y a fs. 1095 y vta., como medida para mejor proveer y en función de lo propuesto por esta Procuración General a fs. 1073/1074 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 el Dr. Julio Gómez por esa Sala Primera de la S.C.J.Mza., según consta a fs. 1108 y vta.

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 del pozo mediante las resoluciones cuya nulidad persigue la actora (73/2013 y 177/2013) 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 superfiario.

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 permi-

tían 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 FRAGAPANE
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General