

Expte. N° 13-05523021-2 "Finca 22 S.A. c/ Departamento General de Irrigación de la Provincia de Mendoza s/ A.P.A."

Sala Primera

Excma. Suprema Corte:

i. Finca 22 S.A., por intermedio de apoderado, promueve acción procesal administrativa contra el Departamento General de Irrigación (en lo siguiente D.G.I.), por denegatoria tácita de solicitud de permiso de perforación efectuada ante el Superintendente General de Irrigación en el expediente N° 706.415-25.

Expresa que con fecha 09 de septiembre de 2010 José Luis Correa y otros solicitan ante el D.G.I. permiso de perforación, en la calle Servidumbre de salida a Calle Paso de los Andes s/n, Distrito Los Arboles, Tunuyán.

Refiere que la Subdelegación dio curso al pedido y pidió que se completaran ciertos requisitos y tras constatar que no hubo oposición de terceros se publicaron los edictos; se presentó el Formulario de Viabilidad Técnica para uso agrícola; el Departamento de Gestión Hídrica División Aguas Subterráneas dictaminó que se ha dado cumplimiento a los requisitos vigentes para el otorgamiento y tras constatar que no hubo oposición de terceros al trámite se elevó al Secretario de Gestión Hídrica, quien sugiere otorgar el permiso de perforación, entre otros movimientos del expediente que menciona.

Aduce que cumplió la totalidad de los requisitos legales y la Administración paralizó las actuaciones arbitrariamente omitiendo dictar el acto administrativo de otorgamiento o rechazo y sometiénolo al régimen de la Resolución 722/11 de SGI.

Expresa que mientras el expediente de Finca 22 S.A. se encontraba paralizado, tomó conocimiento del otorgamiento de una importante cantidad de permisos de perforación en la subcuenca e idéntico sector hidrogeológico donde se ubica la propiedad, motivo por el cual se presentó con

fecha 24 de julio de 2020 a denunciar su prioridad legal y formuló su oposición y suspensión del trámite de los expedientes que detalla así como la declaración de caducidades por no uso y la solicitud de aceptación de la renuncia de derechos de perforaciones ofrecidas en reemplazo en otras actuaciones administrativas.

Agrega que el trámite se encuentra paralizado y sin resolución definitiva del recurso de apelación interpuesto, existiendo arbitrariedad y trato desigual siendo la desviación de poder manifiesta.

Sostiene la analogía y conexidad de la presente acción con el caso Monfarrell, Alicia Estela c/ DGI s/ A.P.A., Autos N° 13-02123176-7 (110327) y reiterada en el caso “Gualtallary SA. y ot. c/ Departamento General de Irrigación s/ A.P.A.”, Autos N° 13-03861617-4 de setiembre de 2020.

Aduce que es completamente análogo, tanto en lo referido al caso (circunstancias de tiempo y lugar) como a los fundamentos, con lo que la mayoría de las cuestiones controvertidas ya han sido resueltas por esta Corte en dos oportunidades.

Invoca violación al principio de igualdad y no discriminación (art. 16 CN), trato desigual de las solicitudes de permisos de perforación tramitadas durante 2010-2011 en la Cuenca del Tunuyán Superior y denuncia permisos de perforación otorgados en forma concomitante y/o con posterioridad a la solicitud de Correa José Luis y otros (Finca 22 S.A.), en el Río Tunuyán Superior, en violación a la prioridad obtenida en el expediente N° 706.415.

Postula que la Resolución N° 722/11, Res. 548/12, Res. 164/13 no es aplicable y que se ha violado la Ley N° 4.035.

Funda en derecho, cita jurisprudencia, ofrece pruebas y hace reserva de solicitar los daños y perjuicios ocasionados con la ilegítima negativa a otorgar el permiso de perforación y concesión de aguas.

ii. Corrido traslado de la demanda, el D.G.I. la contesta solicitando su rechazo.

Afirma que el administrado consintió expresamente el régimen vigente derivado de las resoluciones N° 548/12 HTA y 164/13 de Superintendencia y solicitó el otorgamiento de un permiso cumpliendo los requisitos de la reglamentación a la que se sometió voluntariamente y sin cuestionamiento alguno, la que hoy 8 años después pretende impugnar.

Destaca que la Res. N° 548/12 no fue atacada en su constitucionalidad en ninguna causa, aunque fue bien meritada por V.E. en autos N° 104.303, carat. “*Gualtallary S.A. c/ DGI s/ Acc. Inc.*”.

Alega que había solo interés del administrado; que no había nacido un derecho al otorgamiento del permiso; que los permisos autorizados con posterioridad lo fueron en un marco de una reglamentación diferente (reemplazos, sustitución o bien para satisfacción de usos comunes o comunitarios).

Funda en derecho y ofrece prueba.

iii- Fiscalía de Estado a fs. 69/71 y vta. manifiesta que su intervención en orden a la plataforma fáctica controvertida, se limitará al estado de cosas descrito en el responde, al que adhiere en todas sus partes y a cuya acreditación orientará su actividad probatoria.

iv- Luego de rendirse la prueba admitida, las partes alegaron.

v- Esta Procuración General ya tuvo oportunidad de expedirse en casos similares al de autos en los cuales se solicitaron permisos de perforación respecto a la misma zona geográfica (Cuenca Superior del Río Tunuyán) y en la misma época (2010/2011), *in re* “Monfarrell” y “Gualtallary”, en los cuales V.E. ha dictado sentencia.

En el último precedente se sostuvo que respecto de la naturaleza del permiso V.E. dejó sentado en el fallo emitido en la causa N° 99.685, “*Aliaga, Juan Francisco C/ Dpto. General de Irrigación S/A.P.A.*” registrado en LS 441-81, respecto del instituto administrativo del “permiso”, que éste, según la doctrina especializada, es un acto que autoriza a una persona el ejercicio de un derecho, en principio prohibido por el orden público. Que es una exención especial respecto de una prohibición general, en beneficio exclusivo de quien lo pide. Que con el permiso no se autoriza ni delega nada, sino que se tolera, se permite realizar algo determinado e importa una concesión de alcance restringido, “por cuanto otorga derechos de menor intensidad y mayor precariedad; más que otorgar un derecho, tolera un uso (Dromi, Roberto, *El acto administrativo*, 3ª Ed., Ciudad Argentina, C.A.B.A., 1997, pp. 185 y ss.)”. Que es un acto que autoriza a una persona el ejercicio de un derecho precario,

en principio prohibido por el orden jurídico y se diferencia de la concesión en que ésta crea un derecho subjetivo perfecto, patrimonial, a favor de la persona a cuya nombre aparece otorgado el acto. Que el derecho que se otorga en el permiso, es a título precario y que "se concede en interés privado de la persona que lo obtiene" (Buj Montero, Mónica, en Manual de Derecho Administrativo, Depalma, C.A.B.A., 1996, pp. 169 y ss. Dir.: Ismael Farrando -h- y Patricia R. Martínez)". Agregó que la situación del permisionario en materia de derechos frente a la administración no es plena, en tanto no implica una conducta administrativa debida con exclusividad, cierta y actual (derecho subjetivo), irrevocablemente adquirida con una "concesión" de uso; sino que se trata de un "permiso" de uso del dominio público, derecho que sólo genera un vínculo inestable y débil, a cuyo reconocimiento directo no está obligada la administración, sometido al cumplimiento de deberes u obligaciones bajo pena de caducidad, pasible de ser modificado, y hasta extinguido por razones de mérito, oportunidad o conveniencia (conf. Art. 97 inc. b) Ley 3909).

Se advirtió que de persistir la denegatoria se estaría contrariando la previsión de los arts. 4 a 7 de la ley 4035 en tanto y en cuanto establece un orden de prioridades (según el destino del agua, la naturaleza de los sujetos impetrantes y el tiempo de la solicitud) ya que al momento del dictado de las resoluciones 722/11 (declarada constitucional por V.E.) y 164/13 y cc. ya habían completado los requisitos necesarios y pertinentes para obtener la autorización referida, con lo cual quedaría consolidada una alteración en el orden legal referido.

En virtud de lo expresado, se señaló que mientras no se modifiquen las condiciones del acuífero subterráneo involucrado, esto es, la subcuenca norte conforme a la Resolución 1221/2016 del Superintendente, ya sea mediante el incremento de sus volúmenes o a través de la determinación de que el mismo se encuentre conectado con el resto de la cuenca del Tunuyán Superior, cuya determinación depende de nuevos estudios que deben llevarse a cabo y se sostuvo que la alternativa para subsanar el conflicto suscitado, sería permitir la redistribución de los volúmenes ya asignados, a cuyo efecto la demandada debería proceder en similar sentido en que se la condenó en la causa Monfarrell.

A mérito de las razones expuestas, se concluyó que V.E. podría hacer lugar a las demandas incoadas por Gualtallary S.A. y Andillian S.A. en los términos y con los alcances señalados.

vi. V.E. en el precedente señalado de “Gualtallary” decidió hacer lugar a la demanda y anuló las Resoluciones n° 18 y 19 de fecha 23.12.2015 emitidas por el D.G.I. y, en consecuencia, condenó a la demandada directa a que, redistribuya las autorizaciones a perforar, para uso agrícola, así como los volúmenes máximos relativos susceptibles de ser extraídos y por ende superficies beneficiadas, de modo concurrente y conforme al orden de preferencia establecido legalmente (arts. 4, 6 y 7 de Ley n° 4035), entre las actoras y los permisionarios autorizados entre el 01.04.2010 y el 31.03.2011 (es decir, desde la segunda mitad del ciclo hidrológico 2009/2010 hasta la primera mitad del ciclo siguiente), en la zona de la cuenca hidrológica del Río Tunuyán, Tramo Superior, conforme lo explicitado en la Segunda Cuestión de la sentencia.

Atento a que las circunstancias fáctico- jurídicas de la presente causa, son similares a las dieran lugar a la sentencia dictada en el caso aludido, se considera que V.E. podrá evaluar si resultan de aplicación los mismos criterios expuestos en el antecedente citado (v. cfr. Luqui, Roberto, “*Revisión Judicial de la Actividad Administrativa*”, Tomo II, pág. 403/404).

Despacho, 07 de marzo de 2022.-



Dr. HECTOR PRADAPANÉ
Fiscal Adjunto Civil
Procuración General