

Expte. N° 13-06858545-1 "Chediack
José c/ Departamento General de
Irrigación de la Provincia de Mendoza
p/ Acción Procesal Administrativa"

Sala Segunda

Excma. Suprema Corte:

i. José Chediack, por intermedio de apoderado, promueve acción procesal administrativa contra la Resolución N° 12/22 de fecha 22 de marzo de 2022, emanada del Honorable Consejo de Apelaciones del Departamento General de Irrigación, en cuanto rechaza sustancialmente el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución N° 727/21 de Superintendencia que rechaza la continuidad del trámite de la solicitud del permiso de perforación tramitada en expediente N° 713.276-25, caratulado "Chediack José s/ Permiso de perforación".

Expresa que oportunamente tramitó ante el Departamento General de Irrigación (2011) una solicitud de permiso de perforación, dentro de una propiedad ubicada en el Distrito Los Chacayes, Departamento de Tunuyán, para el riego de aproximadamente 61 has. de viñedo, acompañando la documentación inicial requerida por la autoridad hídrica.

Refiere que el expediente estuvo sin ningún tipo de movimiento durante casi dos años, hasta que en mayo de 2013, se inició el trámite de sustitución de perforaciones en los términos de la Resolución N° 164/13 de Superintendencia; en enero de 2014 se realizó un informe de viabilidad técnica de la Dirección de Gestión Hídrica; en fecha 27/10/15 se paraliza el trámite de sustitución por decisión del titular del pozo ofrecido, quien desiste en entregarlo para su cegado; el 25 de julio de 2017 su parte ratificó la voluntad de continuar con el trámite de perforación de acuerdo a lo ordenado por la Resolución 0898/17 de Superintendencia.

Agrega que en fecha 15 de marzo de 2021 comenzó a instar el expediente paralizado "sine die" por Superintendencia conforme lo resuelto por Resolución N° 751/17 HTA, puntos 4 y 5 y Resolución N° 1541/17; Resolución 898/17 y el DGI lejos de cumplimentar lo solicitado,

continuar la tramitación del expediente, dictó la Resolución N° 727/21 por lo cual se rechaza lo peticionado, contra la cual interpuso recurso de revocatoria, en el cual se solicitó aplicación de las disposiciones del art. 2 de la Resolución N° 898/17, en lo estrictamente procedimental y formal y la continuación del trámite de ofrecimiento de sustitución de perforación de conformidad con las Resoluciones N° 164/13, 548/12 y siguiendo el precedente Aliaga de la Suprema Corte de Justicia.

Afirma que el Honorable Consejo de Apelaciones dictó la Resolución N° 12 de fecha 22/3/22 en la que dispuso rechazar la apelación e hizo saber que su solicitud para perforar será resuelta sobre la base del informe complementario de disponibilidad hídrica a que se refiere el art. 4 de la Resolución N° 751/17 del HTA y N° 521/19 de Superintendencia, e implementado el Plan de Modernización de Agua Subterránea dispuesto en la Resolución N° 1541/17 y de acuerdo al orden de registro de solicitudes, lo cual es contrario a derecho y afecta principios y garantías constitucionales, sin perjuicio de que trasluce una inoperancia del sistema de administración hídrica.

Alega que a la tramitación corresponde aplicar el marco legal vigente a agosto de 2011 que permitía la sustitución de perforaciones de acuerdo a la ubicación en la cuenca y no el marco legal de 2017 que impide prácticamente cualquier tipo de sustitución en desmedro del administrado, máxime cuando el accionar de Irrigación es lento y negligente, tomándose más de tres años para emitir la primera actuación.

Menciona que si no cumplió o no pudo cumplir con los requisitos fue por responsabilidad exclusiva de la Administración que en 7 años no realizó ningún tipo de actividad y cambió abruptamente las reglas del juego.

Ataca también el art. 2 de la Resolución en cuanto deja sujeto el otorgamiento del permiso, al arbitrio sine die de la administración hídrica, sin ningún tipo de certeza y proyección en cuanto a las inversiones a realizar, y desde el 2017 hasta la fecha no ha cumplido con las tres condiciones que se autoimpuso; a) Informe complementario de disponibilidad hídrica; b) procedimiento de reordenamiento de concesiones de la cuenca c) Implementación del Plan de Modernización de Agua subterránea.

Solicita en concreto que la Suprema Corte ordene al DGI que revoque total o parcialmente la Resolución N° 012/22 del HCA imponiéndole plazos certeros a fin de que en un término razonable y perentorio se expida otorgando o rechazando por resolución fundada el permiso para perforar siguiendo los lineamientos del precedente Aliaga (2017).

Funda en derecho, ofrece pruebas y hace reserva de solicitar los daños y perjuicios ocasionados por el accionar del DGI.

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

Sostiene, que previo a las defensas que opondrá al progreso de la acción, parece oportuno delimitar el objeto de la litis, atento en esta instancia no puede discutirse cualquier asunto sino solo las “cuestiones debatidas previamente en las reclamaciones o recursos administrativos (art. 11 Ley N° 3918 CPA)”; en tal sentido, concluye que el permiso para perforar y eventualmente obtener concesión de uso de aguas subterráneas gestionado por la actora, no ha sido rechazado sino que Irrigación, solo ha resuelto la paralización del trámite, lo que deja fuera de análisis los precedentes judiciales que cita el actor: “Monfarrel”, “Gualtallary” y “Aliaga”, en los cuales Irrigación rechazó el permiso para perforar y queda fuera también el precedente “Bulnes”, atento es un caso diametralmente opuesto en el cual Irrigación rechazó el otorgamiento de derecho concesional a un permiso ya autorizado.

Agrega que el expediente del actor está iniciado en 2011, pero no se han emitido ninguno de los informes técnicos y/o jurídicos previstos por el art. 9 y ss. de Ley N° 4035, por lo tanto, jamás ha estado en condiciones de ser resuelto y la solicitud se encuentra paralizada desde 2011, atento nunca varió positivamente el estado del acuífero en un sentido que permitiera el otorgamiento de nuevos permisos en la zona debido a la situación de restricción que pesa sobre la cuenca del río Tunuyán Superior.

Indica que Irrigación resolvió la paralización del trámite administrativo, cuestión ésta que tiene íntima y perfecta correlación con lo que solicitó el actor en 2021, es decir, la continuidad del procedimiento y no la resolución del mismo, petición que fue mutada en ocasión de fundar sus agravios en sede administrativa, circunstancia sobre la que V.E. deberá

entender y resolver, siendo improcedente el triple objeto de esta causa (principal, subsidiario y el contenido en la ampliación), por cuanto no son cuestiones debatidas previamente en sede administrativa (art. 5 de la Ley N° 3918).

En cuanto a los hechos, afirma que en agosto del año 2011, el actor dio inicio a una solicitud para obtener permiso de perforación y concesión de aguas subterráneas para una parcela ubicada en Los Chacayes, departamento de Tunuyán, correspondiente a la cuenca del río Tunuyán Superior; en setiembre de 2011 Irrigación emitió la Resolución N° 722/11, que decidió restringir el acceso a nuevos permisos para perforar en la cuenca hidrológica del río Tunuyán Superior, con aplicación hacia adelante y hacia atrás respecto de todos los trámites iniciados y no resueltos, quedando comprendida en estas previsiones la solicitud de la actora, la cual no volvió a impulsar el expediente, no registrándose ninguna nueva presentación con virtualidad jurídica suficiente entre 2011 y 2017, por lo que entiende que el actor consintió la Resolución N° 722/11, la que por otro lado fue declarada constitucional por V.E. en los precedentes “Kayders”, “Gualtallary” y “Ostropolski”.

Sostiene que durante la vigencia de las Resoluciones N° 548/12 HTA y N° 164/13, Irrigación invitó al administrado a cumplir sus requisitos para obtener el permiso, que el actor no cumplió y pretende cinco años después que V.E. ordene evaluar la procedencia de su solicitud con dicho régimen legal, a la postre derogado por la Resolución N° 751/17 HTA.

Expresa que en julio de 2017, se llevó adelante un proyecto de modernización de la gestión de las aguas subterráneas, el cual fue plasmado a través de las resoluciones: N° 898, 899, 1540, 1541 y 1542 de Superintendencia y la N° 751/17 del Honorable Tribunal Administrativo, que en un apretado resumen, el plexo normativo tuvo por objeto: (i) generar un reordenamiento para solicitudes no resueltas, (ii) determinar áreas de paralización total de trámites por restricción, (iii) aprobar un mapa provincial de disponibilidad, (iv) disponer formas y condiciones a las que estarían sometidas las nuevas concesiones que se autoricen, (v) generar un registro de solicitudes de permisos de perforación y (vi) efectivizar nuevos procedimientos administrativos para nuevas solicitudes de permisos.

Afirma que por medio de la Resolución N° 898/17, que fue la primera de todas, Irrigación ofreció un plazo para que todos los administrados con solicitudes de perforación pendientes ratificaran (o no) su voluntad de contar efectivamente con un permiso y el actor, en el plazo de 30 días que ofreció la Administración, ratificó su voluntad de contar con el permiso solicitado (fs. 88).

Agrega que contrariamente a lo que alega el actor, dentro de los plazos previstos por la Resolución N° 898/17, Irrigación, con dictamen de especialistas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Mendoza, el Instituto Nacional del Agua y diversas entidades intermedias, sancionó la resolución del nuevo esquema reglamentario: la N° 751/17HTA que regula las pautas que regirán las concesiones de uso de agua subterránea, la que establece, entre otras cosas, que las concesiones serán provisionales, temporales, sin perjuicio a terceros y podrán ser revocadas y en lo que aquí respecta, dicha norma continuó con la restricción dispuesta para la cuenca del Tunuyán Superior a partir de la Resolución N° 722/11, disponiendo en su art. 4 la paralización de todos los expedientes en los que se tramitaran permisos para dicha cuenca y derogó la Resolución N° 548/12 y 164/13 de Superintendencia (art. 11), disposiciones cuya aplicación pretende el actor cinco años después.

Añade que por Resolución N° 1540/17 de Superintendencia se aprobó el procedimiento administrativo a aplicar a aquellas solicitudes ratificadas, con excepción expresa de los expedientes en los que la propiedad esté incluida en la zona prevista por el art. 4 de la Resolución N° 751 (zonas centro y norte de la cuenca del Río Tunuyán Superior), las que deberían continuar paralizadas y la Resolución N° 1541/17 de Superintendencia aprobó el Mapa de Zonas de Disponibilidad elaborado por la Secretaría de Gestión Hídrica, en donde la zona correspondiente al Río Tunuyán Superior aparece como restringida; finalmente la Resolución N° 1542/17 de Superintendencia decide la creación de un Registro de solicitudes de otorgamiento de permisos de perforación a fin de llevar un informe acabado y público de todas las solicitudes que persigan obtener derecho de concesión, teniendo en cuenta fecha de presentación, uso, hectáreas, proyecto a implementar, volumen solicitado, etc., registro donde se encuentra inscripta la solicitud del actor, a la espera que la situación del acuífero permita volver a autorizar nuevos permisos.

En concreto, expresa que la solicitud fue debidamente merituada por medio de dictamen legal que sugiere rechazar la continuidad solicitada, por las razones que expone, a las que se remite en honor a la brevedad, del cual se hizo eco la resolución de Superintendencia N° 727/21, por medio de la cual se resolvió rechazar la solicitud de continuidad del trámite y se puso a disposición del administrado la totalidad de la información disponible sobre la cuenca, la cual fue impugnada por el interesado, modificando su pretensión original y solicitando se permita tramitar su solicitud al amparo de lo contemplado por las Resoluciones N° 548/12 HTA y 164/13 de Superintendencia, aunque siempre dentro del mismo objeto de fondo, la continuidad del trámite; el HCA confirmó lo resuelto por Superintendencia, mediante Resolución N° 12/22, informando adicionalmente al interesado todas las acciones que el Departamento General de Irrigación se encontraba llevando a cabo a efectos de poder conocer, a partir de la comparación de los datos de oferta y demanda del acuífero, la posibilidad o no de otorgar nuevos permisos, siendo dicha información esencial y necesariamente previa a la toma de decisiones, en aplicación de los principios ambientales que rigen en la materia.

Finalmente, menciona que la situación del acuífero se mantiene a día de hoy en idéntico estado, esto es, vedado a la autorización de nuevas perforaciones por la restricción imperante, la que se ha sostenido sin solución de continuidad a partir de las declaraciones expresas de restricción formuladas por las resoluciones: N° 722/11, 1221/16, 751/17, 1541/17 y 1051/21, las que, cada una al vencimiento de la anterior, han ido renovando la declaración de restricción.

Consecuente con lo anterior, afirma que la supuesta demora o inacción del expediente administrativo, obedece a la situación de estrés hídrico que presenta el acuífero involucrado, siendo carga del administrado, impulsar el expediente atento que es el único interesado en la resolución de su petición, y por tanto es el obligado a tal efecto en los términos de los artículos 147 y 148 de Ley N° 3909 e idénticos de la ley actual N° 9003.

Resalta que durante la vigencia de las Resoluciones N° 548/12 HTA y 164/13, el interesado no cumplió tampoco los requisitos de dichas normas y de la simple lectura de la pieza administrativa se advierte que Irrigación respetó en todo tiempo el debido proceso, notificando al interesado todos los movimientos, todas las decisiones, permitiendo el ejercicio de derecho de defensa, poniendo a disposición la información disponible sobre la cuenca.

En cuanto a la normativa aplicable, sostiene que en materia de aguas subterráneas, resultan de aplicación las leyes provinciales N° 4035 y 4036, las que deben ser aplicadas e interpretadas en conjunto con las prerrogativas constitucionales de Irrigación, la Ley General de Aguas y las leyes protectorias del ambiente, nacionales y provinciales, fundamentalmente los principios protectorios y precautorios de observancia obligatoria para la autoridad hídrica de la provincia de Mendoza.

En tal sentido, señala que el DGI es la entidad con competencia constitucional y legal para autorizar el uso privativo de un bien de dominio público (agua) en favor de un particular; Que esta facultad no es discrecional sino reglada y justamente las leyes citadas contienen el procedimiento a seguir para el otorgamiento de tal derecho; Que en ese marco, existen dos etapas bien diferenciadas: la etapa que se sigue ante Superintendencia, en la cual el trámite finaliza con el rechazo o el otorgamiento de un simple permiso para perforar; Previo al otorgamiento, se deben acreditar algunos requisitos y se deben emitir algunos informes (arts. 9 y ss. Ley N° 4035) que, en lo esencial, tienen por objeto dilucidar si el otorgamiento del permiso puede afectar al acuífero y/o a terceros; Obtenido el permiso, comienza la segunda etapa, cual es la de conseguir el derecho concesional de uso del agua que emite el HTA, título superior en jerarquía al permiso, pero igualmente siempre condicionado (ver Resolución N° 751/17 HTA que se acompaña).

Manifiesta que en el marco del expediente administrativo donde se han emitido las resoluciones cuestionadas, solo se llegó a la etapa donde el interesado presenta solicitud: no cumplió éste los requisitos pertinentes ni se libraron los informes técnicos y jurídicos de rigor, toda vez que por la sanción de la Resolución N° 722/11, eminentemente

restrictiva, se paralizaron todos los expedientes por los cuales se perseguía el otorgamiento de algún derecho en la zona.

Postula que no es legal ni razonable pretender que se resuelvan situaciones mediante la aplicación de normas que no se encuentran vigentes al momento de decidir y con mayor razón cuando el administrado no acredita haber cumplido la totalidad de los requisitos que lo hubieran colocado en situación de potencial acogimiento de su pretensión con anterioridad a la modificación de la normativa aplicable; tampoco se invoca, ni se acredita, que la Administración le dispensara al administrado un trato injusto o desigual respecto de otros casos resueltos en identidad de circunstancias.

Concluye que la resolución puesta en crisis, fue sancionada sin vicios en sus elementos componentes, con plenas facultades y luego de haber respetado el debido proceso y un Tribunal de Justicia podrá evaluar la legitimidad de una resolución que otorgue o rechace un permiso para perforar, de acuerdo a las leyes vigentes, pero es absurdo pensar que este mismo tribunal podría “correr” o “reemplazar” a un organismo constitucional autónomo con una amplísima especialización en el tema y disponer la continuidad de un trámite y otorgar un “permiso”.

Funda en derecho y ofrece prueba.

iii- Fiscalía de Estado en su presentación manifiesta que el accionante inició el trámite de solicitud de permiso de perforación, sujeto a las disposiciones de la ley 4035 y ccs., específicamente previstos en el art. 9 y de la simple compulsas de la pieza administrativa resulta que el accionante no cumplió con los requisitos allí previstos, ni en las mentadas resoluciones N° 164/13 del Superintendente General de Irrigación (SGI) y la N° 548/12 del Honorable Tribunal Administrativo (HTA) para poder avanzar en la perforación.

Destaca que el otorgamiento de un permiso para perforar no se otorga en forma tácita, requiere un pronunciamiento expreso por parte de la Administración (ley 4035, arts. 9, 10,11 y 12) y en el caso no hubo acto administrativo que otorgara el permiso para perforar, con lo cual, carece de sustento su afirmación de que el acto impugnado le ha cercenado un derecho adquirido que tiene protección constitucional,

simplemente por el hecho que no hubo acto administrativo con un pronunciamiento expreso, ya sea autorizando o rechazando su solicitud; ni hay afectación alguna al derecho de propiedad, simplemente hubo una solicitud, con la mera expectativa de obtener, después del permiso para perforar, la concesión de uso de aguas subterránea, siempre bajo el marco normativo en la materia.

Remarca que nunca tuvo un derecho adquirido a obtener, por la sola iniciación del trámite, la autorización del permiso para perforar, por lo tanto no amerita protección judicial alguna por no haber nacido ningún derecho con esa simple presentación.

Sostiene que el propio accionante reconoce que inició el trámite en el año 2011, recién en el año 2017, manifestó su voluntad de continuar con el trámite bajo el amparo de la Resolución N° 898/17; luego en el año 2021 insta el expediente; ello además surge del propio expediente administrativo, de allí que la simple compulsas de fechas le lleva a concluir que la inacción fue derivada de su propia conducta

Afirma que es jurídicamente inadmisibles acceder a la pretensión de aplicar las Resoluciones N° 164/13 del Superintendente General de Irrigación (SGI) y la N° 548/12 del Honorable Tribunal Administrativo (HTA), para continuar su trámite, simplemente porque se trata de un régimen derogado, siendo inaplicable el art. 7 del CCCN, ya que el actor no tiene ningún derecho adquirido que le otorgue el permiso para perforar.

Expresa que es atribución del DGI dictar la normativa en materia de aguas como autoridad de aplicación y la resolución N° 673/97 del HTC (B.O. 03/10/2011) faculta al Superintendente General de Irrigación a declarar área de prohibición temporaria y/o restricción de construcción de perforaciones en aquellas zonas en que la extracción de aguas subterráneas altere el equilibrio del balance del acuífero, sea por descenso o desmejoramiento en la calidad de las aguas.

Agrega que fundado en la resolución citada, se dicta la Resolución N° 722/11 que declara área de restricción para la construcción de nuevas perforaciones a la superficie correspondiente a la cuenca hidrológica del Río Tunuyán en su Tramo Superior, la que establece en cinco años, siendo prorrogable por igual término en caso de subsistir las

razones que la motivaron o ser dejada sin efecto en caso de que estudios técnicos demuestren que ello es viable. Estableció en su art. 2 que en el área de reserva solo se podrá tramitar solicitudes de permisos de perforación que procuren el reemplazo de un pozo de igual característica que se encuentre en uso en la misma propiedad en el último año. En esta situación quedó encuadrada la solicitud de la accionante.

Entiende que el actor incurre en una equivocación, cuando afirma que Irrigación produjo un cambio unilateral y arbitrario de las reglas de juego, al modificar la normativa; muy por el contrario, el Superintendente se encuentra plenamente facultado para adoptar esas medidas, que tienen sustento técnico.

Explica que de una simple y atenta lectura de los actos cuestionados, emerge que la resolución N° 727/21 ha rechazado la continuidad del trámite, en el marco de un proyecto de modernización de la gestión de las aguas, por lo que no hay basamento fáctico y jurídico para reclamar daños y perjuicios, por cuanto no hay ningún obrar ilegítimo o arbitrario por la parte de Irrigación.

Por último, señala que resulta irrisorio la pretensión de que el Tribunal ordene y disponga el otorgamiento del permiso para perforar, supliendo en definitiva la voluntad y decisión del Departamento general de Irrigación, dado que contraria expresas normas constitucionales y legales, al arrogarse el Poder Judicial facultades propias del poder administrador, específicamente en materia de aguas, que le corresponden constitucional y legalmente al Departamento General de Irrigación (art. 188 y ccs. de la Constitución Provincial) y art. 1 y cc de la ley de Aguas 322.

iv- Esta Procuración General ya tuvo oportunidad de expedirse en casos 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 respecto a la naturaleza 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)".

Asimismo se dijo 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).

No obstante lo anterior, se considera que la solución propuesta en los precedentes señalados no resulta de aplicación en la especie, por cuanto las circunstancias fácticas jurídicas difieren, dado que en el caso de autos no ha habido un rechazo del permiso de perforación (sino un rechazo a la continuidad del trámite) y al momento del dictado de las resoluciones N° 722/11 (declarada constitucional por V.E.) y N°164/13 y cc., el interesado no había cumplido los requisitos necesarios y pertinentes (formales y sustanciales) para obtener la autorización referida; tampoco se invoca, ni se acredita, un trato injusto o desigual por parte del Departamento General de Irrigación, respecto de otros casos resueltos en identidad de circunstancias.

Tampoco las circunstancias fácticas coinciden con el precedente “Aliaga”, en el que también hubo un permiso para perforar rechazado, en el cual V.E. entendió que el rechazo en base a una normativa era injusto, atento el administrado había cumplido los requisitos exigibles de otra reglamentación con carácter previo a la sanción de un nuevo marco reglamentario.

Allí se sostuvo: “... que el Máximo Tribunal tiene dicho: “...para que exista derecho adquirido y, por tanto, se encuentre vedada la aplicación de la nueva ley, es necesario que su titular haya cumplido -bajo la vigencia de la norma derogada o modificada- todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata, aun cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo” [Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c. Buenos Aires, Provincia s/ daños y perjuicios (F-479.XXI-O), 12/09/1996, (MJ-JU-E-10167-AR| EDJ10167) y Fallos: 296:723; 298:472; 304:871; 314:481)]”.

Asimismo, agregó que es necesario indagar en cada caso el momento o la época en que se cumplió el hecho, acto o relación jurídica que engendró y sirvió de fundamento a la obligación, ya que esta circunstancia determinará cuál es la legislación aplicable, y en consecuencia, en dicho precedente, V.E. hizo lugar parcialmente a la acción, ordenando a la Administración “dictar nuevo acto administrativo, por el que se otorgue o rechace por resolución fundada el permiso para perforar en el marco de lo dispuesto por el art. 13 de la Ley 4035”.

En este orden de ideas, se considera que, si bien la solución no es aplicable al caso de autos, los lineamientos mencionados anteriormente, a contrario sensu, sí son de aplicación y en base a ellos este Ministerio Público Fiscal entiende que correspondería el rechazo de la demanda incoada.

En efecto, el acto administrativo cuestionado, Resolución N° 0727/21 del Superintendente General de Irrigación, confirmada por Resolución N° 12/22 del H. Consejo de Apelaciones del Departamento General de Irrigación, en cuanto decide el rechazo de lo solicitado por José Chediack respecto a la continuidad del trámite de solicitud de permiso de perforación, en base a la normativa específica vigente sobre áreas de restricción,

se ajusta a derecho y no resulta ilegítimo.

En los considerandos de la norma se menciona la normativa aplicable que regula el derecho de aguas subterráneas –Leyes N° 4035 y 4036 y Resoluciones sancionadas a partir de 2017, N° 898, 899, 1540, 1541, 1542 y 751/17 que reordenan la materia y determinan las pautas a cumplir para el otorgamiento de permisos y concesiones de uso.

Así por Resolución N° 751/17 se aprueba el procedimiento a aplicar para aquellas solicitudes ratificadas por Resolución N° 898/17 con excepción expresa de los expedientes con solicitudes ratificadas en los que la propiedad esté incluida en la zona prevista por el art. 4 de la Resolución N° 751 (zonas centro y norte de la Cuenca del Río Tunuyán Superior) y se dispone en el art. 2, la desparalización de los expedientes de permisos para perforar ratificados con excepción de los iniciados en las Sub Cuencas Norte y Centro del acuífero libre de la cuenca del Tunuyán Superior los que permanecerán en dicho estado hasta que se obtengan los informes técnicos ampliatorios derivados de las medidas que Superintendencia pondrá en marchare, los que serán inscriptos en el Registro de Solicitudes de Permisos de Peroración a los fines de preservar su prioridad en el tiempo.

En base a la normativa mencionada, se decide el rechazo motivado en que:

-Confunde el administrado la naturaleza jurídica del trámite instado, al expresar que el mismo estaría exceptuado de la paralización por ofrecer una perforación en sustitución y la misma surge de comparar los trámites de sustitución de una perforación averiada (art. 5 de resol. 898/17 y resolución 899/17) con el trámite reemplazo de perforaciones propuesto por Resolución N° 164/13.

-El marco que permitía el reemplazo de perforaciones de distintas propiedades, ha sido derogado por el art. 11 de la Resolución N° 751/17 y por tanto dicha posibilidad no resulta procedente.

-La única sustitución posible es la prevista por Resolución N° 899/17 de Superintendencia, que en su art. 1 reglamenta para todo el territorio de la Provincia de Mendoza el procedimiento que deberán cumplir las solicitudes que tengan por objeto la obtención de autorización para sustituir perforaciones registradas cuando se haya alterado, por afectación de la cantidad y/o calidad del recurso, el caudal anteriormente autorizado en una

propiedad o en una unidad productiva proyectada con anterioridad a la solicitud que se reglamenta.

Además en los considerandos de la Resolución 12, que confirma la anterior, se indican las acciones llevadas a cabo para elaborar el informe complementario de disponibilidad del acuífero: relevamiento mediante brigadas de los usos efectivos del recurso, delimitando así la demanda y procurando la gestión sustentable, con carácter previo a la resolución de las solicitudes pendientes; implementación de un plan de modernización de la Gestión del agua subterránea por el que se realizan medidas: conocer y controlar volúmenes efectivamente bombeados, implementar inspecciones y multas de aguas; restringir bombeos; sistematizar la información y desarrollar modelos hidrológicos, entre otras y se señala que una vez finalizado el otorgamiento de las concesiones a los usuarios efectivos e implementado el Plan de Modernización de la Gestión del agua subterránea, se podrá producir el informe complementario de disponibilidad hídrica (a partir del balance de la oferta y demanda real en dichas áreas).

Se aclara que el otorgamiento del permiso sin realizar previamente las acciones mencionadas, pondría en riesgo la sustentabilidad que se busca y que el apelante realiza una errónea interpretación del caso Aliaga así como del art. 7 del Código, Civil y Comercial, según el cual solo estaría vedada la aplicación de la nueva ley, en el caso la nueva reglamentación, cuando su titular haya cumplido- bajo la vigencia de la norma derogada o modificada- todas las condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en esa ley para ser titular del derecho de que se trata, aun cuando falta la declaración formal de una sentencia o acto administrativo (CSJN Francisco Costa e Hijos Agropecuaria c. Buenos Aires Provincia s/ daños y perjuicios (F-479.XXI-O) 314:418) o lo que es lo mismo que se han realizado los presupuestos de hecho necesarios y suficientes para su nacimiento y adquisición de conformidad con la ley vigente a la época en que se cumplieron, de modo que en su virtud, se haya incorporado al patrimonio de su titular” (LS 137-018) (SCJ de Mendoza, causa N° 99.693, caratulada “Aliaga, Juan c/ Dpto. General de Irrigación s/ A.P.A” (2017).

Se expresa que el interesado no obtuvo la viabilidad técnica ni legal que permitiera avanzar con la tramitación del permiso, sin perjuicio de no haberse cumplimentado las exigencias y ni siquiera ofreció

una perforación en reemplazo que pudiera ser aceptada como tal, la ofrecida como tal, fue desistida por su titular, conforme constancias del expte. N° 92649; que el solicitante viene a solicitar que se le aplique un régimen de reemplazos al cual no se adecuó oportunamente, pretendiendo darle vigencia cuando dicho régimen fue derogado hace ya más de 4 años.

Las razones expuestas no se consideran irrazonables y los argumentos de la actora para fundar su pretensión no logran desvirtuar, en concreto, los extremos fácticos y jurídicos debidamente ponderados al emitir la resolución puesta en crisis ni acreditar la existencia de arbitrariedad que justifique la modificación de la resolución dictada.

En virtud de lo expresado, corresponde el rechazo de la demanda.

Despacho, 01 de febrero de 2023.