

Expte. N° 13-06757336-0
"CRESUD S.A.C.I.F.yA. c/
Departamento General de
Irrigación de la Provincia
de Mendoza p/ Acción
Procesal Administrativa"

-Sala Primera-

Excma. Suprema Corte:

I.- Los Antecedentes de la causa

i. La demanda

CRESUD S.A.C.I.F.yA., por intermedio de apoderado, promueve acción procesal administrativa contra el Departamento General de Irrigación a fin que V.E. anule las Resoluciones del Honorable Consejo de Apelaciones N° 20, 21, 22, 23, 24, 25 y 26 de fecha 13 de setiembre de 2.021, dictadas en los expedientes N°779023/2, 779024/2, 779026/2, 779027/2, 779028/2, 780690/2, 780697/2 caratulados "CRESUD S.A.C.I.F.yA. s/ Solicitud de Permiso de Perforación". Asimismo solicita se anule parcialmente las Resoluciones N°280/21, 277/21, 278/21, 308/21, 276/21, 279/21 y 275/21 de la Superintendencia General que restablecieron el derecho vulnerado por la norma y el imperio de la legalidad (art. 18 Ley 3.918) con costas.

Expresa que el 6 de marzo de 2.019 concluyó el régimen de restricción de otorgamiento de nuevos permisos de perforación en la margen derecha del Río Mendoza-Sub Cuenca el Carrizal y con ella la prohibición de presentar nuevas solicitudes destinadas a ese fin (Resoluciones 107/98, 205/06, 252/09 y 530/14). Agrega que el vencimiento de la prohibición motivó a su parte a presentar siete (7) solicitudes de permiso de

perforación a partir del mes de diciembre de 2.019, siguiendo para ello el procedimiento previsto en la Ley 4035 y resoluciones reglamentarias subsecuentes del DGI.

Relata que luego de asignársele número de expediente a las 7 solicitudes, la Subdirección de Aguas Subterráneas en una de sus primeras intervenciones informó a su parte que en la Subcuenca El Carrizal habían 18 solicitudes de permiso de perforación en trámite al 16/06/2020 y 8 expedientes en espera hasta tanto se resolviera la situación de los dieciocho precedentes, bajo los términos de la Resolución N°898/17 y se evalúe si en función de la situación del acuífero se podrían tramitar nuevos permisos. Destaca que a las 18 solicitudes indicadas se les otorgó permiso para perforar mediante Resolución Administrativa dictada por el Superintendente General de Irrigación (art. 13 Ley 4035).

Indica que con la situación de todos los pretendientes resuelta y de acuerdo con los postulados de la Resolución N°1540/17, su parte solicitó reiteradamente el tratamiento y resolución de sus solicitudes de permiso para perforar al amparo de la normativa vigente. Agrega que los pedidos desembocaron en las Resoluciones de Superintendencia y del H. Consejo de Apelaciones contra las que se interpone la presente acción procesal administrativa.

Refiere que las resoluciones apeladas yerran también al considerar que la solicitudes de CRESUD son formalmente improcedentes en orden a la prohibición de los artículos 11 de la Resolución HTA N°751/17 y 6 de la Resolución N°1541/17. Agrega que la vigencia de la prohibición establecida por ambas normas, está asentada en el mismo presupuesto fáctico: que concluya el procedimiento de reordenamiento de las solicitudes pendientes y ratificadas.

Indica que la Resolución N°107/98 declaró área de restricción de construcción de nuevas perforaciones a la margen derecha del Río Mendoza, Subcuenca El Carrizal, abarcando los distritos de Agrelo, Blanco Encalada, Pedriel, Ugarteche, Carrizal y Anchoris del Departamento de Luján de Cuyo y Tupungato, por el término de 2 años (art. 1), restricción que fue prorrogada por Resoluciones N°205/06, 252/09 y 530/14. Ésta última, del 8 de julio de 2014, resolvió prorrogar la restricción por un plazo de 5 días a contar desde el 6 de marzo de 2014 (fecha de vencimiento de la restricción dispuesta por Resolución N°252/09). Agrega que no se ha puesto una nueva restricción para el área en cuestión, con lo que la restricción ha cesado el 6 de marzo de 2.019 y por ello habiendo cesado la restricción para el ingreso de nuevas solicitudes antes del inicio del trámite de CRESUD, no correspondía aplicarles la limitante establecida en el artículo 11 in fine de la Resolución N°751/2017.

Alega que encontrándose gravemente viciados los actos administrativos cuestionados por tener un error esencial en su objeto, en tanto la situación fáctica que conlleva al rechazo y paralización de los expedientes en los que CRESUD está solicitando el permiso para perforar es distinta a la consignada para fundarlos, por lo que considera que corresponde que V.E. anule en los términos requeridos y que en su lugar se permita la continuación del trámite conforme su estado y garantizando la prioridad temporal que asigna la fecha de ingreso del trámite.

ii. La contestación

Corrido traslado de la demanda, el Departamento General de Irrigación por intermedio de apoderado contesta solicitando su rechazo.

Sostiene, que originalmente CRESUD inició 7 expedientes administrativos con el objeto de obtener permiso de perforación y eventual concesión de agua subterránea. Que luego de recibir distinta información emitida por la Administración, la interesada mutó su pretensión original, habida cuenta que la obtención de los permisos por las resoluciones vigentes y por el estado del acuífero era jurídicamente improcedente. En consecuencia, su parte entiende que la intención de la parte actora a partir de la información otorgada por la autoridad, no fue ya la obtención de un permiso de perforación sino la simple continuidad del trámite.

Indica que la parte actora, con su acción intenta subrepticamente que V.E. no solo ordene a su parte proseguir con la actuación del trámite administrativo, sino también se pronuncie sobre supuestos deberes de Irrigación (distribución de caudales) y sobre la situación de la cuenca involucrada (margen derecha del Río Mendoza). Agrega que son temas que van más allá del objeto del litigio, en tanto lo que pretende es la continuidad del trámite porque según su visión generaría en su favor una prioridad temporal que le permitiría acceder al permiso.

Refiere que las solicitudes del interesado, por encontrarse en zona de restricción existente a la fecha, en los términos de la Resolución N°107/98 (prorrogada sucesivamente hasta el año 2.019 por medio de la Resolución N°530/14, las que forman parte del expediente administrativo N°218713 caratulado "Dirección de Investigación y Planificación Hídrica s/ Restricción para nuevas Perforaciones") quedaron directamente dentro de la prohibición de trámite de los artículos 11 de la Resolución N°751/17 HTA y 6 de la Resolución N°1541/17 de Superintendencia.

iii- Fiscalía de Estado en su presentación manifiesta que como Organismo de Control además de contestar la demanda y hacer suyos los fundamentos expuestos por el Departamento General de Irrigación en su contestación del traslado de demanda, ejercerá además el control de legalidad que por Ley le corresponde, conforme a lo previsto en el art 177 de la Constitución Provincial y Ley N.º 728.

Afirmó que respecto al otorgamientos de nuevos permisos de perforación en la margen del Río Mendoza - Sub cuenca el Carrizal, la parte actora realiza una mención sesgada de la normativa aplicable al caso ya que ello sigue estando restringido en base a la sanción del Mapa de Disponibilidad confeccionado por la Secretaría de Gestión Hídrica y aprobado por resolución N° 1541/17 de Superintendencia, el cual establece justamente a la zona (donde la actora pretende perforar) como restringida. No debiéndose ello a una decisión caprichosa del DGI, sino a que otorgar nuevos permisos implicarían una sobrecarga perjudicial para el acuífero en sí y un perjuicio en contra de los terceros que ya gozan de permiso y concesión para el uso del agua.

Que respecto a la afirmación donde la actora sostiene que el proceso de reordenamiento de aguas subterráneas ha finalizado, la misma no solo es subjetiva sino también inexacta. Ya que las solicitudes "ratificadas" en la margen derecha del Río Mendoza (las cuales ha autorizado la Resolución N° 898/17 de Superintendencia), no concluyen sin más con la concesión del permiso, sino que el trámite sigue su curso hasta que se finalice el expediente administrativo, y esto se produce recién con el otorgamiento de la concesión por el órgano competente (HTA), situación que hasta el día de la fecha no ha ocurrido, ya que en el interin de dicho trámite pueden presentarse una serie de vicisitudes.

Refiere que el proceso de reordenamiento no ha finalizado y por ende la Actora no estaba habilitada en ese contexto a solicitar "nuevos" pedidos de perforación.

II.- Consideraciones

Esta Procuración General ya tuvo oportunidad de expedirse en casos en los cuales se solicitaron permisos de perforación respecto a la zona geográfica Cuenca Superior del Río Tunuyán, *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 no 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, los actos administrativos cuestionados por la parte actora a través de la presente acción procesal administrativa en base a la normativa específica vigente sobre áreas de restricción, se ajustan a derecho y no resultan ilegítimas.

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 a tenor de lo dispuesto por la Resolución N° 1541/17 de Superintendencia que estableció medidas para la implementación del proceso de modernización de la gestión del agua subterránea, entre la que se cuentan 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).

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.

III.- Dictamen

En virtud de lo expresado, esta Procuración General estima que correspondería que V.E. rechace la demanda conforme las consideraciones expuestas en el acápite anterior.

Despacho, 17 de abril de 2.023.