Ministerio Público Fiscal
PROVINCIA DE MENDOZA

Expte. Nº 13-05769835-1, "Cuesta Roca Luis, Puig Claret Ignasi, Segarra José Antonio c/ Departamento General de Irrigación p/ Acción Procesal Administrativa"

Sala Segunda

EXCMA. SUPREMA CORTE:

I- Se pretende en autos la anulación de la Resolución N° 9/21 del Honorable Consejo de Apelaciones de fecha 07 de mayo de 2021 dictada en el expediente administrativo N° 712595 y solicita el restablecimiento del derecho vulnerado.

Asimismo pide la declaración de inconstitucionalidad de las resoluciones atacadas N°09/21 del HCA y de la Resolución N° 558/20, inc. 3 del Superintendente General de Irrigación.

Explican los actores que en fecha 28 de agosto del 2018, Superintendencia otorga permiso para perforar para alumbramiento de aguas subterráneas mediante Resolución N° 0863/18, en una parcela de campo de un inmueble de propiedad de la actora identificada como Padrón Inmobiliario 15-04585-9, de 26,93 has., Departamento de Tunuyán, Mendoza, el cual se encuentra absolutamente inculto.

Refiere que por razones que son de público y notorio conocimiento, las posibilidades financieras para poder iniciar la perforación en noviembre de 2018, se esfumaron ante la debacle cambiaria que comenzó a desatarse esos días, lo que impidió cualquier tipo de inversión de semejante magnitud.

Relata que sin perjuicio de ello, solicitó una ampliación de plazo para poder desarrollar la perforación y posterior emprendimiento agrícola, lo que fue rechazado por la administración hídrica.

Agrega que por Resolución N° 0558/20 de Superintendencia de fecha 29 de julio del 2020, se dispuso la revocación del permiso de perforación por no haberse construido el pozo en los plazos dispuestos en el art. 13 de la Ley 4035, estableciendo en el art. 3° del resolutivo

que “La Dirección de Recaudación y Financiamiento deberá disponer las medidas tendientes al cobro de la deuda devengada, bajo apercibimiento de proceder por la vía de apremio…”.

Sostiene que su parte recurrió los alcances de la cláusula 3° en tanto habilita a la oficina responsable al cobro de las deudas devengadas, por la “No Perforación”, bajo apercibimiento de proceder a la vía del apremio, lo que a todas luces generó una afectación de derechos consagrados legal y constitucionalmente.

Considera que la ley es muy clara y se refiere sólo a las cargas financieras relativas a la concesión por uso de las aguas públicas alumbradas por perforaciones mecánicas, nada dice de otro tipo de atribución: no se advierte ninguna facultad legal en favor del Departamento General de Irrigación que faculta al mismo a imponer una carga a una perforación que no se hizo, sea la causal que fuera, pues en definitiva nunca se realizó la misma y tampoco ha hecho uso del recurso hídrico, dado que nunca fue alumbrado, es decir, no hay aguas que administrar , ni gestionar ni proteger, por ende ni cobrar por ellas.

Indica que la deuda además de ilegal es también confiscatoria, por cuanto se impone una carga sin sustento legal alguno que podría tener visos de razonabilidad si la misma fuera acotada en el tiempo y por el cobro de gastos administrativos y técnicos, lo que no es el caso y no tiene correlato con la realidad, siendo una suma injusta que asciende a $ 316.465,09, lo que a la fecha debe ser de casi $500.000, lo que es de imposible pago, dado que la finca no tiene riego ni actividad agrícola.

Señala que el Honorable Consejo de Apelaciones del rechazó el recurso de apelación, sin analizar ninguno de los argumentos que seriamente se le plantearon, reiterando la postura que viene repitiendo desde hace tiempo, sin que por ello no deje ser ilegal.

Denuncia que no se respetan los principios elementales de equidad tributaria, igualdad ante la ley, legalidad del tributo y además se vulnera el derecho de propiedad (art. 17 C.N.), existiendo arbitrariedad por desviación de poder, dado que la postura del Departamento General de Irrigación tiene exclusivamente fines recaudatorios y advierte una extralimitación en el ejercicio de sus atribuciones.

Postula la incompetencia de Irrigación al no

haber agua y señala como precedente aplicable, el caso "Genco SA c/ Departamento General de Irrigación p/ APA", en los autos N° 13-03897007-5 de fecha 2 de mayo de 2017, en el que se cuestionó a Irrigación la atribución auto arrogada de percibir canon minero por extracción de áridos en zonas colindantes con ríos o arroyos.

En relación a la inconstitucionalidad de las normas atacadas, funda la misma en la violación al principio de jerarquía normativa contenida en el art. 48 de la Constitución de la Provincia, al ser contrarias a las previsiones contempladas en los artículos 199, inciso 6 y 209 de igual Constitución, y el art. 113 de la Ley N° 1079.

II- En el responde de fs. 55/64 vta. el Departamento General de Irrigación refuta los argumentos de la accionada y por ende persigue el rechazo de la demanda.

Sostiene que la actora confunde la deuda generada por canon de sostenimiento por perforación N° 15/1151 con el débito generado por tarifa N° 277 denominada "Aporte fondo permanente para investigación, estudio y monitoreo de acuíferos", creada por Resolución N° 751/17 HTA y calculada para este tipo de trámites en el presupuesto de erogaciones y cálculo de recursos para el año 2018 emitido por el HTA mediante Resolución N° 856/17 (y sucesivamente en todos los presupuestos sancionados hasta la actualidad).

Afirma que ese error deja sin fundamento ni sustento gran parte de la pretensión, dado que la actora consiente expresamente que se persiga el cobro de la deuda generada por tarifa N° 277, pues conforme el detalle que acompaña. Dicha tarifa representa el 52 % de la deuda total que se ha devengado como consecuencia del permiso autorizado por resolución de Superintendencia 863/18.

Aduce que el actor trae ante V.E. cuestiones ya consentidas y firmes en sede administrativa, dado que al ser notificado de la Resolución N° 863/18 que concede el permiso para perforar, fue notificado de la deuda por canon de sostenimiento y por tarifa N° 277, según constancias del expediente administrativo N° 712595, carat. *"Cuesta Roca Luis s/ Permiso de Perforación"*, de tal manera, hace más de tres años que tomó conocimiento que a partir de los 10 días del otorgamiento del permiso se hacía exigible el cobro de

tarifa N° 277, conforme art. 8 “d” de la Resolución N° 863/18 de Superintendencia.

Describe lo actuado en sede administrativa, que comienza con el pedido de permiso para perforación que se obtuvo mediante Resolución N° 863/2018 de Superintendencia , en los términos de la Resolución N° 898/17, que a tono con dispuesto por el art. 11 del presupuesto vigente para el año 2018 (Resol. 856 HTA) y el art. 2 de la Resolución N° 751/17 HTA, ordenó en su art. 8 “d” el pago al permisionario de tarifa N° 277, la que fuera notificada junto con el estado de deuda por cuota sostenimiento y tarifa N° 277 en el mismo acto al administrado, conforme surge de fs. 166/167 del expediente administrativo, el día 17 de setiembre de 2018.

Alega que vencido el plazo de seis meses para perforar, autorizado por el art. 4 de la Resolución N° 863/18 de Superintendencia. El pozo no se encontraba construido, resultando aplicable la consecuencia que determina dicho artículo en coincidencia con el art. 13 de la Ley 4035.

Destaca la conducta pasiva del actor y por ello se emite la Resolución N° 558/2020 de Superintendencia que en lo esencial ordena la revocación del permiso, lo cual no es recurrido por el actor pero se agravia del artículo 3, siendo rechazada la apelación mediante Resolución N° 9/2021 aquí cuestionada.

Alega que es imposible para los regantes que se someten al régimen establecido por la legislación de aguas pretender que la administración del recurso sea absolutamente gratuita, por el contrario la imposición del canon es de naturaleza legal y en la normativa las obligaciones del concedente están sujetas al cumplimiento de las cargas del permiso o concesión y la imposición del canon de sostenimiento es independiente del uso concreto y efectivo que se haga del recurso; el administrado, al obtener el permiso supo con claridad que a partir de ese momento comenzaba a devengar un canon de sostenimiento, que es el que permite dar sustento al régimen como su nombre lo indica.

Aclara que en el total de la deuda devengada por el administrado el canon de sostenimiento representa el 48 % y el porcentaje restante obedece a la tarifa N° 277 creada por Resolución N° 751/17 del HTA, debidamente publicada en el Boletín Oficial y consentida por la totalidad de la población; además fue cuantificada para el año 2018, por Resolución N°

856/2017 HTA que nunca mereció ningún cuestionamiento y fue ordenado por la Resolución N° 863/18 (ART. 8 “D”) de Superintendencia debidamente notificada y consentida por quien después de más de tres años viene a plantear la supuesta injusticia.

Sostiene que existe una tolerancia al uso del agua bajo forma de permiso que opera desde la emisión del permiso hasta el otorgamiento-o rechazo- de la concesión por parte del HTA, de conformidad con las prerrogativas de cada órgano autorizadas por leyes 4035 y 4036, obviedad que era conocida por el interesado

Consecuente con ello, afirma que la legalidad del cobro de sostenimiento por el permiso N° 15/1151 resulta evidente, por la posibilidad de uso del recurso (que priva a otros interesados de tal prerrogativa), por la naturaleza jurídica del tributo, por el incremento sideral del valor del inmueble y porque está expresamente contemplado en la ley 4290 y en los artículos N° 19 y 25 de la Ley N° 4035.

Invoca la doctrina de los actos propios y argumenta que tanto un ítem (contribución aporte permanente tarifa N° 277) como en otro (canon de sostenimiento), han sido expresamente conocidos y consentidos por la actora.

Destaca el respeto a la garantía del debido proceso y niega la supuesta confiscatoriedad.

III- Fiscalía de Estado se presenta a fs. 68/70 y manifiesta que realiza en esta instancia el control de legalidad que por ley le corresponde, en virtud de lo previsto por el art. 177 de la Constitución Provincial y Ley 728, y adhiere a la contestación de demanda efectuada por el Departamento General de Irrigación atento a que la misma satisface todos los puntos demandados y logra rebatir y fundar los motivos por los que los actos administrativos dictados resultan válidos.

IV- Analizadas las actuaciones, los argumentos esgrimidos por las partes en litigio, los elementos de juicio incorporados a la causa y teniendo en cuenta el control de juridicidad que ejerce V.E. respecto al obrar del Departamento General de Irrigación, este Ministerio Público Fiscal entiende que correspondería rechazar la acción intentada en atención a las

siguientes consideraciones:

i. Se advierte que la actora fracasa en el intento de demostrar la procedencia de su pretensión, reiterando argumentos ya expuestos en instancias anteriores que 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.

ii- Las constancias del expediente administrativo confirman la posición adoptada por la accionada en las decisiones impugnadas las cuales resultan legítimas y ajustadas a derecho.

iii- En el caso particular, por Resolución N° 0863 de Superintendencia de fecha 28 de agosto de 2018 se otorgó permiso de perforación para una propiedad ubicada en el Departamento de Tunuyán, dando un plazo de 6 meses para la construcción de la obra, la cual no fue realizada, ni el interesado demostró que la no construcción se deba a circunstancias ajenas a su voluntad o de fuerza mayor que impidan el cumplimiento de los plazos.

Acreditado el incumplimiento, se dispuso la revocación del Permiso de Perforación por Resolución N° 0558 de fecha 29 de julio de 2020, por no haber sido construida dentro de los plazos establecidos y conforme lo dispuesto por el art. 13 de la Ley N° 4035, previa vista al interesado a efectos de respetar la garantía del debido proceso.

La normativa mencionada establece que con los informes producidos, la autoridad de aplicación otorgará o rechazará por resolución fundada el permiso para perforar. Si lo autorizare aprobará al mismo tiempo y en forma provisoria, los planes respectivos y el plan de trabajos a realizar. Dispondrá igualmente el plazo de ejecución de los trabajos que no podrá exceder de seis meses, bajo apercibimiento de revocar sin más trámite el permiso.

A fs. 168 obra Acta de Inspección N° 3431 de fecha 09 de octubre de 2019 en la que se deja constancia que al momento de la inspección de la propiedad se determinó totalmente inculta con monte natural. En la ubicación proyectada se determinó que la perforación NO FUE CONSTRUIDA, teniendo en cuenta que el permiso otorgado por Res. 863/18 con vigencia por seis (6) meses desde su notificación se encuentra vencido. Se cursará la baja del registro.

iv- Así, frente al incumplimiento, el Superintendente General de Irrigación dictó la Resolución mencionada que dispuso la revocación, en un procedimiento de fiscalización llevado a cabo por el DGI, en uso de las facultades legales y ajustándose al marco normativo vigente en el cual el interesado pudo ejercer el derecho de defensa.

De allí que las decisiones atacadas de Superintendencia General de Irrigación y del Honorable Consejo de Apelaciones se ajustan a derecho, resultando por tanto legítimas.

v- Acreditado el incumplimiento correspondía aplicar las consecuencias previstas en las normas ante tal supuesto.

Explica Gordillo que en el caso de que la conducta a seguir por el administrador esté predeterminada por una norma *"... la ley sustituye al criterio del órgano administrativo y predetermina qué es lo conveniente al interés público, en tales casos el administrador no tiene otro camino que obedecer a la ley y prescindir de su apreciación personal sobre el mérito del acto. Su conducta, en consecuencia, está predeterminada por una regla de Derecho; no tiene él libertad para elegir entre más de una decisión: su actitud sólo puede ser una, aunque esa una sea una realidad inconveniente. En este caso la actividad administrativa está reglada: el orden jurídico dispone que ante tal o cual situación de hecho él debe tomar tal o cual decisión; el administrador no tiene elección posible: su conducta le está dictada con antelación por la regla de derecho...*"[1].

Marienhoff por su parte explica que *"en ejercicio de la actividad reglada, la administración aparece estrechamente vinculada a la ley, que al respecto contiene reglas que deben ser observadas. Cuando ejerce una actividad discrecional, la administración actúa con mayor libertad: su conducta no está determinada por normas legales, sino por la finalidad legal a cumplir*"[2].

En el presente caso, el orden normativo predetermina la solución a adoptar, no existiendo, por tanto, la posibilidad de apartarse de la misma.

---

[1] GORDILLO, Agustín A., *Tratado de Derecho Administrativo*, T.I, VIII.19, www.gordillo.com.
[2] MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, Abeledo Perrot, 3º ed., Bs. As., 1984, T. I, pág. 99.

Por las consideraciones vertidas, este Ministerio Público Fiscal entiende que la demanda no puede prosperar, correspondiendo que V.E. la rechace.

Despacho, 25 de septiembre de 2023.

Firmado digitalmente por: CAPIZZI Sebastian Andres
Fecha: 27/9/2023 08:35:22