

**SANTA MARIA DE LOS ANDES S.A. C/DEPARTAMENTO GENERAL  
DE IRRIGACION DE LA PROVINCIA DE MENDOZA P/ACCION PROCESAL  
ADMINISTRATIVA**

En Mendoza, a los seis días del mes de marzo de dos mil veintiséis, reunida la Suprema Corte de Justicia, en pleno, para dictar sentencia definitiva en la causa N° **13-02123032-9((012174-10918101))**, caratulada: “**SANTA MARÍA DE LOS ANDES S.A. C/DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN DE LA PROVINCIA DE MENDOZA P/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA**” y acumulada causa N° **109.187 “VITIVINÍCOLA BULNES S.A. C/DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN S/ACCIÓN PROCESAL ADMINISTRATIVA”**.

El sorteo practicado estableció el siguiente orden de votación a los fines de adoptar la decisión: primero, **Dr. DALMIRO GARAY CUELI**; segundo: **DRA. MARIA TERESA DAY**; tercero: **DR. JULIO R. GÓMEZ**; cuarto: **DR. JOSÉ V. VALERIO**; quinto: **DR. MARIO D. ADARO**; sexto: **DR. OMAR A. PALERMO** y, séptimo: **DRA. NORMA LLATSER**.

**ANTECEDENTES:**

A fs. 100/124 se presentan los Dres. Pablo M Corvalán Nanclares y Guillermo E. Neyra, en representación de Santa María de Los Andes e interponen ante la ex Sala Primera de esta Suprema Corte de Justicia, acción procesal administrativa por la cual solicitan se anulen las Resoluciones N° 176/2013 y N° 179/2013, dictadas por el Honorable Tribunal Administrativo del Departamento General de Irrigación en los expedientes administrativos N° 717.607-2 y 717.609-2, en virtud de las cuales se desestimaron los recursos de reconsideración deducidos contra las Resoluciones N° 72/2013 y N° 74/2013 emitidas por ese mismo cuerpo, actos éstos a través de los que se rechazaron las solicitudes de concesión de uso especial de aguas subterráneas en los Pozos N° 6/1814 y N° 6/1816, cuya perforación había sido autorizada a través de las Resoluciones N° 283/2010 y N° 282/2010 de la Superintendencia General de Irrigación. Peticiona se ordene al HTA dictar -en cada caso- un nuevo acto administrativo conforme a derecho. Ofrece pruebas, funda en derecho y hace reserva del caso federal.

Por auto de fecha 10/06/2013, se admite formalmente la acción interpuesta y se corre traslado de la demanda, con citación y emplazamiento por quince días, para que comparezcan y respondan al Sr. Superintendente del Departamento General de Irrigación y al Sr. Fiscal de Estado (fs. 133).

A fs. 365/396 contesta el Departamento General de Irrigación y solicita el rechazo de la demanda con costas. Funda en derecho y ofrece prueba.

Por su parte, el día 10/05/2013, fue iniciada ante la ex Sala Primera la causa N° 109.187 caratulada “Vitivinícola Bulnes de Argentina S.A. c/Departamento General de Irrigación s/Acción Procesal Administrativa”, por la Dra. Sonia Longo, en nombre de Vitivinícola Bulnes Argentina S.A. (fs. 28/29), a través de la cual impugnaron las Resoluciones N° 178 y N° 74 del HTA.

Por auto del día 26/07/2013 se resuelve admitir la acción procesal administrativa interpuesta por Vitivinícola Bulnes Argentina S.A. y acumular dicho proceso al iniciado en el expediente N° 109.181 “Santa María de Los Andes S.A. c/Departamento General de Irrigación s/APA” (fs. 36) y a partir de fs. 398 se efectúa la acumulación, procediéndose a la pertinente refoliatura.

A fs. 496/528 Vitivinícola Bulnes de Argentina S.A. amplía presentación y a fs. 531 se corre traslado de la demanda interpuesta en autos N° 109.187 acumulados y de su ampliación, al Departamento General de Irrigación y a Fiscalía de Estado.

A fs. 540 Vitivinícola Bulnes acompaña sentencia dictada en autos originarios del Tribunal de Gestión Asociada N° 1, en fecha 24/09/2013 “*Lindhe Jan y otra c/DGI p/Acción de amparo*”, precedente jurisprudencial que indica como relativo al caso de otro usuario del mismo pozo. Solicita la suspensión del proceso hasta que quede firme dicho pronunciamiento.

Por decreto del día 01/10/2013 se suspenden los procedimientos en esta sede (fs. 541), aclarándose a fs. 543 que la suspensión ordenada incluye la de los plazos que estén corriendo en los autos N° 109.187.

A fs. 545 se dispone que rijan los plazos para contestar demanda.

A fs. 549/586 el Departamento General de Irrigación contesta demanda, la cual es ampliada a fs. 588/589.

A fs. 591/594 se hace parte el Director de Asuntos Judiciales de Fiscalía de Estado.

Por auto del día 31/10/2014 se resuelve desestimar el pedido de suspensión del procedimiento formulado por Fiscalía de Estado; suspender la causa N° 250.567/50.413 caratulada “*Lindhe Jan c/DGI s/Amparo*” que tramita ante la Segunda Cámara Civil de

Apelaciones y citar a Jan Linche y Karen Dawn Edwards en los términos del art. 16 del CPA.

A fs. 618/620, se presentan Jan Linche y Karen Dawn Edwards. Plantean la falta de jurisdicción del Tribunal y solicitan la suspensión del plazo para comparecer.

Por auto del 20/11/2014, se tiene por presentados a los citados en los términos del art. 16° del CPA y se desestima la oposición a la suspensión de la causa N° 250.567/50.413.

A fs. 630 luce constancia del acta correspondiente a la audiencia celebrada el 9 de diciembre de 2014.

A fs. 647/649 obra la propuesta conciliatoria acompañada por Santa María de Los Andes S.A..

A fs. 665 se presentan Jan Linche y Karen Dawn Edwards y ratifican su opción de defender sus derechos dentro del procedimiento de amparo en trámite, absteniéndose de participar en esta acción procesal administrativa.

Por decreto del 11/02/2015, atento lo expresado por el DGI a fs. 660/661 y lo solicitado por Fiscalía de Estado a fs. 670 y vta., se notifica a la demandada directa a fin de que informe al Tribunal el plazo prudente de conclusión del trámite administrativo iniciado, con la debida colaboración del administrado (fs. 672). A fs. 689/690 presenta escrito el DGI.

A fs. 696/700 Santa María de Los Andes informa propuesta conciliatoria y solicita nueva audiencia.

Por decreto del 03/06/2015 se cita a las partes a una audiencia para el día 18 de dicho mes (fs. 701), obrando a fs. 702 constancia suscripta en dicha fecha, en la que se consigna la incomparecencia de los representantes del DGI.

Por decreto del 24/06/2015, se fija audiencia para el día 7 de julio de 2015, a fin de procurar un acuerdo entre las partes respecto de la solución definitiva de la causa o, en su defecto, del procedimiento a seguir (fs. 705). A fs. 706 luce constancia de dicha audiencia.

Mediante decreto del 7 de julio de 2015 y de conformidad con lo expresado en la audiencia realizada, se dispone que siga la causa según su estado.

Rendidas las pruebas, se agregan los alegatos, obrando a fs. 1397/1405 el de Santa María de Los Andes; a fs. 1407/1420 el de Fiscalía de Estado; a fs. 1421/1450 el de Vitivinícola Bulnes de Argentina S.A.; y a fs. 1461/1469 el de la demandada directa.

A fs. 1454/1457 vta. se incorpora el dictamen de la Procuración General del Tribunal.

A fs. 1474 se llama al acuerdo para dictar sentencia y a fs. 1475 se convoca al Tribunal en pleno.

Por decreto del 10/02/2022, se requiere a la ex Sala Segunda la remisión de los autos N° 104.785, “*Del Pópolo c/DGI s/APA*” y se libra oficio al DGI, requiriendo las actuaciones administrativas N° 218.713, N° 259.330 y N° 265.679, dado que conforme lo informa la Mesa de Entradas de la Sala Segunda en constancias que se adjuntan, tales actuaciones oportunamente registradas como AEV de la causa N° 104.785 allí radicada, fueron remitidas en devolución al DGI.

A fs. 1488 consta la recepción de las actuaciones y se dispone dar vista a las partes.

A fs. 1525 se dispone estar al llamado para dictar sentencia de fs. 1520.

Por decreto del 10 de abril de 2025 se deja sin efecto el sorteo realizado a fs. 1478 atento la renuncia del Dr. Pedro Llorente aceptada mediante Decreto N° 188/25 y se dispone practicar nuevo sorteo fijando el orden de los votos, el cual se realiza el mismo día.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia de Mendoza, la Corte en pleno se plantea las siguientes cuestiones a resolver:

**PRIMERA CUESTIÓN:** ¿Es procedente la acción de procesal administrativa interpuesta?

**SEGUNDA CUESTIÓN:** En su caso, ¿qué solución corresponde?

**TERCERA CUESTIÓN:** Pronunciamiento sobre costas.

**SOBRE LA PRIMERA CUESTIÓN, EL DR. DALMIRO GARAY CUELI, DIJO:**

I. Relación sucinta de las cuestiones planteadas.

1.- Causa N° 109.181:

a.- Posición de Santa María de Los Andes S.A.

Relata los antecedentes del caso. En particular que:

Por Expedientes N° 265.695 E8 y N° 265.694 E8, tramitaron las “*Solicitudes de permiso de perforación y concesión de aguas subterráneas*” presentadas por SANTA MARÍA DE LOS ANDES S.A. ante el Departamento General de Irrigación el día 17/12/2009, respecto de dos nuevas perforaciones para alumbrar agua subterránea, en un inmueble de su propiedad (Nomenclatura 06-09-88-2200-304995-0000-9), destinado a actividades de agricultura y ganadería (cultivo de viñedos en 819 hectáreas, 3.072,48 m2).

Subraya que el trámite siguió el procedimiento previsto en los artículos 9° y sgtes. de la Ley 4.035 y en la Resolución N° 486 de la Superintendencia.

Destaca que si bien el inmueble de la firma está ubicado en el área alcanzada

por la Resolución N° 107/98 del Superintendente (Subcuenca El Carrizal), a resultas de lo cual la construcción de nuevas perforaciones sólo puede ser autorizada a condición del cegado de otra ya existente, el Superintendente dictó la Resolución N° 232/2010 por la que determinó que el acuífero correspondiente a dicha subcuenca presentaba en su balance hidrológico un mejoramiento parcial que habilitaba a *“aumentar limitadamente -aproximadamente en un 5% según los estudios técnicos referidos-, la demanda hídrica del recurso subterráneo”* y como consecuencia de ello autorizó el otorgamiento de nuevos permisos de perforación en dicha área, sin necesidad de que el beneficiario acredite la anulación de otras perforaciones en el mismo inmueble y siempre que se respete el orden de preferencia establecido en los arts. 4°, 6°, 7° y 8° de la Ley 4.035.

Indica que en este contexto, mediante las Resoluciones N° 283 y 282 del 29/03/2010, la SGI otorgó los permisos de perforación de los que luego serían los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816, respectivamente. Destaca que en el resolutivo sexto de aquellos actos se exigió como condición para el otorgamiento de los permisos, que Santa María de los Andes desistiera de los reclamos administrativos o judiciales que tuviera pendientes por la denegación de solicitudes anteriores -lo que así se hizo, causa N° 98.263 “Santa María de Los Andes S.A. c/DGI s/APA”- y que la obra de exploración, perforación, extracción y riego se ejecutara completamente en el plazo de 24 meses.

Arguye que las perforaciones fueron efectivamente realizadas, se hicieron plantaciones de vid sobre el predio a ser regado, se realizaron obras complementarias de conducción y energía eléctrica que dejaron los pozos completamente operativos y todo ello fue verificado por la propia Superintendencia.

Señala que los expedientes prosiguieron sus trámites, a los efectos previstos por el art. 16° de la Ley 4.035, esto es el otorgamiento por parte del HTA de la concesión de uso especial del agua subterránea a ser extraída de aquellas perforaciones a los fines denunciados en la solicitud inicial (riego de viñedos).

Consigna que se generaron los Expedientes N° 717.607-2 y N° 717.609-2, en los cuales dictaminó la Dirección de Asuntos Legales que: i.- dado que el permiso para perforar y la concesión de uso del agua subterránea son títulos distintos e independientes, los permisionarios sin concesión carecen de derecho de usar el agua; ii.- el HTA conserva facultades para otorgar o no dicha concesión; iii.- los permisos contemplados en la Resolución N° 232 fueron ilegalmente otorgados por cuanto no se siguió para su asignación el orden de prioridades previsto en la Ley 4.035; iii.- ello dado que al priorizar las solicitudes de la Cámara de Comercio, Vitivinicultura, Turismo y Producción Alto Agrelo, se soslayó que dicha cámara no constituía un consorcio, asociación o cooperativa

de usuarios (en los términos del art. 7° inc b de la Ley 4.035) y que, a todo evento, los permisos así obtenidos habían quedado finalmente adjudicados a los sujetos integrantes de dicha cámara individualmente; iv.- el HTA debía rechazar las correspondientes solicitudes de concesión de uso de agua subterránea.

Relata que dicho dictamen fue compartido por la Asesoría Letrada de HTA, quien añadió que: i.- el hecho de que algunos permisionarios extrajeran agua de los pozos aún sin contar con la concesión (circunstancia “tolerada” por la Superintendencia), no implicaba que el acto administrativo expreso fuera prescindible y/o que pudiera obtenerse la concesión de hecho; ii.- la prioridad dada por el legislador a los consorcios, asociaciones o cooperativas de usuarios, se justificaba en el uso más eficiente y solidario que tales entidades pueden hacer del recurso hídrico; iii.- la equidad recomendaba tomar en consideración las solicitudes presentadas por otros sujetos no vinculados a la Cámara Alto Agrelo; iv.- el HTA podía decidir el otorgamiento o no de las concesiones de manera discrecional; v.- dada la situación legal de los permisos, debía prohibirse el uso del agua y ordenarse el cegado de los pozos.

Continúa expresando que el 08/03/2013, el HTA dictó las Resoluciones N° 72 y N° 74, en las que: i.- compartió los dictámenes referidos; ii.- indicó que los permisos para perforar fueron otorgados a las personas integrantes de la Cámara de Comercio Alto Agrelo y no a dicha asociación civil sin fines de lucro, desnaturalizando el orden de prioridades de la Ley 4.035; iii.- rechazó las solicitudes de concesión de uso de agua subterránea presentadas por SMA respecto de los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816, le prohibió la extracción y ordenó el cegado de los mismos.

Afirma que contra dichos actos interpuso recursos de revocatoria (art. 6 Ley 4036) y que mediante las Resoluciones N° 176 y N° 179, del 10/04/2013, se rechazaron dichos recursos y el pedido de suspensión de efectos de aquellos actos.

A continuación, señala la actora los fundamentos en los que basamenta la nulidad de los actos impugnados, los cuales despliega en base de sostener que, a partir de la preclusión de la etapa procedimental reservada para la discusión de preferencias subjetivas de los permisos y la consiguiente legitimidad firme en sede administrativa de las autorizaciones provisorias de las obras y uso especial para riego otorgadas por la SGI por las Resoluciones N° 282/2010 y N° 283/2010, debió el HTA en ejercicio de las facultades regladas previstas en el art. 16° y siguientes de la Ley 4.035, dictar el acto administrativo correspondiente (el título de la concesión definitiva).

Plantea los siguientes argumentos, los cuales pueden estructurarse en dos grandes grupos, pasibles, a su vez, de dividirse en una serie de líneas de razonamiento,

todos los cuales serán desarrollados en particular al dar tratamiento a cada uno de ellos: 1.- Los permisos integraban el bloque de legalidad del que el HTA no podía apartarse: ello con fundamento en los siguientes ejes argumentales: a.- Regularidad del trámite de otorgamiento de los permisos; b.- Estabilidad de los permisos: b.1.- Exceso de competencias en la actuación del HTA; b.2.- Vicios en la finalidad en las Resoluciones N° 72 y N° 74; b.3.- Falta de coherencia del DGI: falsa causa y falsa motivación; b.4.- Severa falla de motivación; b.5.- Violación al debido proceso administrativo; y 2.- El HTA estaba constreñido a otorgar las concesiones: a.- Ejercicio de facultades regladas; b.- Irrazonabilidad/arbitrariedad de las decisiones impugnadas y afectación de los derechos adquiridos.

b.- Posición del Departamento General de Irrigación:

A fs. 365/396 contesta el traslado de demanda de Santa María de los Andes S.A.

Relata los antecedentes del caso. En particular, que se trata de permisos de perforación ubicados en un acuífero de la subcuenca El Carrizal (Margen derecha Río Mendoza), la cual presenta un desbalance de cantidad de agua (la extracción es mayor que la recarga), por lo que la Resolución N° 107/98 de Superintendencia, creó en tal lugar un área de restricción que implica en la actualidad que sólo se puede construir un pozo en reemplazo de otro existente en la misma propiedad (Resolución N° 260/99 HTA). Por Resolución N° 525/08 de Superintendencia ratificada por Resolución N° 380/08 del HTA se dispuso la inaplicabilidad de la Resolución N° 260/99 del HTA al Área de Restricción denominada Margen Derecha del Río Mendoza, Subcuenca El Carrizal y en virtud de dicha reglamentación el régimen para acceder a un nuevo permiso para perforar dentro del Área de Restricción se tornó más restrictivo, exigiéndose el ofrecimiento en reemplazo de otra perforación en funcionamiento efectivo en los últimos dos años y ubicada en la misma parcela catastral.

Expresa que la Resolución N° 232/10 de Superintendencia (11/03/2010), reconociendo la existencia de disponibilidad hídrica para atender nuevos pedidos para perforar -22, destinando 3 al abastecimiento poblacional-, encomendó a la Secretaría de Gestión Hídrica identificar a quienes tendrían prioridad para su otorgamiento, de acuerdo a las disposiciones de la Ley 4.035, eximiéndolos de ofrecer perforación alguna en reemplazo. Dicha resolución se aplicó en el Área de Restricción para la Construcción de Nuevas Perforaciones denominada Margen Derecha del Río Mendoza Subcuenca El Carrizal.

Sostiene que al amparo de la Resolución N° 232/10 de Superintendencia, y a

través de una errónea e ilegal aplicación del orden de preferencias de la Ley 4.035, la actora obtuvo los permisos de perforación a que refieren los presentes autos, sin ofrecer perforación alguna en reemplazo.

Indica que luego del juicio político al Superintendente (Ingeniero Frigerio) y teniendo en cuenta que uno de los principales cuestionamientos refería al otorgamiento de 20 pozos en el marco de la Resolución N° 232/10, al asumir la actual gestión de la Superintendencia, se inició una profunda investigación respecto de las particularidades ocurridas en el otorgamiento de los polémicos pozos, que incluyó inspecciones oculares, técnicas y luego jurídicas. Sobre estas últimas y ante la existencia de una acción procesal administrativa presentada por Marcelo Del Pópolo (causa N° 104.785), quien cuestionaba justamente el actuar de la Superintendencia en la asignación de 20 pozos, se adoptó la estrategia de procurar obtener un pronunciamiento judicial sobre su legalidad o ilegalidad. Así, se solicitó a la Suprema Corte en el marco de dicho juicio, integrar la litis con todos los permisionarios que adquirieron dicha calidad gracias a la Resolución N° 232.

Expone que la Suprema Corte accedió a la integración con solamente 2 pozos (Fideicomiso Aymuray) de los 22 pozos, considerando que la integración con los otros terceros interesados cuyos permisos de perforación fueron otorgados en los expedientes administrativos y conforme la Resolución N° 232/10, no aparecía en esa etapa procesal como pertinente (auto del 05/11/2012).

Como tal pedido solo prosperó en forma parcial y no respecto de todos los permisionarios involucrados en el marco de la Resolución N° 232, por cuestiones formales, y al detectarse administrativamente serias irregularidades jurídicas en el otorgamiento de los permisos, se decidió dar continuidad al procedimiento legal de la Ley 4.035 para rechazar el uso del agua de dichas perforaciones.

Formula su defensa en base a los siguientes argumentos:

i.- Las irregularidades detectadas justificaron que el HTA en ejercicio de sus facultades, decidiera rechazar la solicitud de uso especial del agua subterránea. La irregularidad en el otorgamiento de los 20 permisos residió en la alteración del orden de preferencias que regula la Ley 4.035.

Del análisis que efectuó la Dirección de Asuntos Legales pudo constatarse que al momento de dictarse la Resolución N° 232 habían 84 solicitudes de permisos para perforar y que, sin embargo, los informes técnicos que dieron origen a la Resolución N° 232 sólo sugerían el otorgamiento de 22 perforaciones (19 para uso agrícola y 3 para abastecimiento poblacional), por lo que resultaba imperioso aplicar el orden de prioridades de la Ley 4.035.

El Informe Técnico del Lic. Daniel Corral y del Ingeniero Marciano Gasco (expte. N° 218.713), procura aplicar el orden de prioridades de la Ley 4.035 a los fines de la asignación del cupo de 22 perforaciones, a que se refiere la Resolución N° 232/10 de Superintendencia y en él se entendió que las de la Cámara de Comercio, Vitivinicultura, Turismo y Producción Alto Agrelo, debían ser priorizadas para el otorgamiento de los 19 permisos agrícolas por cuanto se trataría de un consorcio, asociación o cooperativa de usuarios, en los términos de la Ley. Sin embargo, de los dictámenes legales producidos antes del rechazo de la concesión, surge que la Cámara de Turismo Alto Agrelo no estaba conformada por usuarios del recurso hídrico, como lo exige la ley a los efectos de que se configure la prioridad.

ii.- La Ley 4.035 propicia el uso asociativo del recurso, evitando la sobreexplotación de los acuíferos con la construcción de cada inmueble de una perforación y alentando perforaciones de uso colectivo y el espíritu de la ley al priorizar a las asociaciones de usuarios fue el uso colectivo, asociado de una perforación en favor de muchos y con el objeto de complementar otros derechos de uso de agua.

Menos aún se cumple la finalidad de la norma cuando se observa que los permisos para perforar fueron otorgados a las personas físicas integrantes de dicha “asociación civil sin fines de lucro” y no a la Cámara solicitante en cuanto tal (que tampoco reunía las condiciones de priorización), desnaturalizando así el orden de prioridades de la ley.

Aunque se entendiera que la Cámara poseía las condiciones para ser priorizada, la misma tramitó su personería jurídica por Expediente 124-C-09-00918 por ante la Dirección de Personas Jurídicas de la Provincia de Mendoza y nada se oponía a que fuera ella permisionaria para perforar el recurso hídrico subterráneo.

iii.- Equivoca la actora su razonamiento respecto a que la preferencia del art. 7° b Ley 4.035 es “al solo efecto del trámite”, en tanto la prioridad legal de una asociación civil va mucho más allá de un simple trámite administrativo y se asienta en que el uso del recurso hídrico en cada perforación sea mancomunado, solidario y eficiente entre sus integrantes.

iv.- Quienes efectuaron mayores inversiones que las que le exigía la resolución que otorgó el permiso para perforar, procediendo a cultivar la tierra, utilizando el recurso hídrico subterráneo sin expresa concesión del HTA, asumieron un “riesgo empresario” que ahora pretenden cargar en el DGI.

Si bien la resolución de otorgamiento del permiso para perforar imponía entre sus condiciones el desarrollo del proyecto, ello implicaba realizar todas las obras

necesarias y previas a la utilización del agua (desmonte, colocación de palos y demás actividades accesorias). Una vez realizadas, debían esperar que el HTA otorgara la concesión de uso de agua para poder plantar, cultivar y utilizar el agua. Ello no ocurrió porque la actora, a su propio riesgo, procedió a cultivar y a utilizar el agua sin derecho a hacerlo.

v.- Se trata de un procedimiento de interés privado del administrado, siendo un caso que está excepcionado del impulso de oficio plasmado en el art. 147° de la LPA. Si el particular se abstiene de realizar actos impulsorios durante ese período, la administración no debe suplir su voluntad instando el expediente.

vi.- La decisión del HTA de rechazar el otorgamiento de la concesión, cuenta con el apoyo de los propios regantes del Río Mendoza y de diversas Cámaras de productores.

vii.- El HTA no ha revocado el permiso, sino que se limitó a cumplir el procedimiento legalmente previsto en las Leyes 4.035 y 4.036 y recién cumplidas las condiciones de rigor, el expediente puede ser puesto a consideración del HTA para la tramitación de la concesión de uso de agua.

viii.- Si bien en algunos casos el DGI ha tolerado el uso del agua por quien solo ostenta un permiso para perforar, tal hecho de la administración es incapaz de generar derechos.

ix.- El permiso para perforar se encontraba extinguido por haberse agotado su objeto de “perforar”, por ello no podía ser objeto de revocación y/o acción de lesividad. Ningún sentido tendría revocar una autorización que ya había producido sus efectos jurídicos (habilitar la construcción de una perforación de agua subterránea), pues la misma se había extinguido de pleno derecho.

x.- En subsidio, para el caso en que el Tribunal considerara que el permiso para perforar implicaba el uso del agua, plantea que el acto de otorgamiento del permiso era inexistente por estar groseramente viciado en su objeto (art. 52° LPA), al transgredir el orden de prioridades que establece la Ley 4.035, de orden público y en la competencia, por cuanto el Superintendente no es competente para autorizar el uso del agua.

xi.- El permiso para perforar hubiera sido pasible de caducidad: las Resoluciones N° 232 y N° 283 de Superintendencia imponían como condición para su otorgamiento la instrumentación de sistemas altamente eficientes de riego para el permiso en un plazo de 24 meses, resultando su incumplimiento una causa especial de caducidad del permiso de perforación, condición resolutoria que el recurrente no cumplió al menos hasta que se resolvió el no otorgamiento de la concesión.

No desconocía la Superintendencia tales circunstancias, pero estimando más eficaz para la protección del recurso hídrico y el restablecimiento de la legalidad, por cuanto el permiso de perforación ya se había agotado en su objeto y una declaración de caducidad hubiera abierto instancias recursivas, decidió darle la intervención que por ley le corresponde al HTA como órgano concedente, sugiriendo el no otorgamiento de la concesión.

xii.- Exigir a la demandada deducir la acción de lesividad para obtener la anulación judicial, aparece como un recaudo formal excesivo.

La finalidad de la acción de lesividad se considera verificada, habida cuenta que el interesado ha promovido la presente acción, todo lo cual en definitiva implica someter a plena revisión judicial el juzgamiento de las decisiones administrativas.

xiii.- El HTA tiene amplia discrecionalidad para resolver el otorgamiento o no de las concesiones de uso de agua subterránea y que nada se opone a que dicho órgano realice un examen sobre la oportunidad y conveniencia como así también sobre la legitimidad, para el otorgamiento de derechos sobre un bien de dominio público.

xiv.- El otorgamiento de la concesión, es un acto de imperio unilateral, en donde no participa la voluntad del administrado, por lo que mal puede en esta etapa otorgarle vista alguna. Cuando el legislador consideró que cabía la audiencia del interesado, la consagró expresamente (arts. 14° y 36° LPA).

xv.- En orden a la ausencia de violación al orden de prioridades de la Ley 4.035 y a su alegación de que no se valió de la Cámara para acceder al permiso para perforar, sino que su presentación lo fue a título personal, si así fuera, la violación al orden de prioridades de la Ley 4.035 sería aún más evidente, dado que si se solicitó a título personal permiso para perforar sin contar con ninguna prioridad ni en cuanto al uso ni en cuanto al sujeto, su solicitud debió ser atendida con posterioridad a las que se habían presentado con anterioridad en el tiempo (art. 7° Ley 4.035).

En el listado adjunto como prueba, puede observarse un sinnúmero de solicitudes de permisos de perforación, presentadas ante el DGI con anterioridad a la de Santa María que, de no anteponerse la Cámara (como lo hizo) gozaban de prioridad legal.

xvi.- El principio de inherencia se encuentra receptado en el art. 19° inc. a, de la Ley N° 4.035 preceptuando entre las obligaciones del administrado “utilizar racional y eficientemente el caudal concedido exclusivamente en su propiedad”, pero ello no significa que el permiso sólo deba ser otorgado a quien sea titular de un inmueble.

La propia ley prevé el supuesto en el cual la perforación pretende realizarse en terreno ajeno (art. 9° inc. c Ley 4.035) y que el permisionario podría ser un mero poseedor

o tenedor, siempre que contare con la autorización expresa del titular del derecho real de propiedad sobre el inmueble. La referida Cámara, podría válidamente con autorización de los propietarios de los inmuebles y cumpliendo con las demás exigencias de la ley, haber obtenido permiso para perforar.

En distintas oportunidades se han otorgado derechos de uso de agua a Asociaciones Civiles y/o Cámaras de Comercio e Industria. Adjunta cuadro. También, permisos de perforación otorgados a Inspecciones de Cauce, para el riego de todos los inmuebles integrantes de dicha inspección, como refuerzo hídrico de sus aguas superficiales, cuyos pozos han sido construidos en terrenos de particulares.

Ni siquiera podría la Cámara en cuanto tal, obtener permisos para perforar, pues entre otras cosas, no pretendía por sí misma el uso del recurso hídrico, sino el de sus asociados. El Informe del Lic. Corral, refiere a un proyecto de la Cámara, pero luego se detecta que se trata de proyectos individuales. Nunca existió un proyecto mancomunado y/o de todos sus integrantes en conjunto o beneficio común.

xvii.- Conforme la Ley 4.035 (art. 10°), deben cumplirse dos acciones para dar publicidad al trámite: publicación edictal y puesta en conocimiento de los interesados a quienes se sabe pudiera afectar la solicitud. En el caso se cumplió el primer requisito y no el segundo, sin haberse notificado en el domicilio legal constituido a cada uno de los solicitantes en trámite de la solicitud.

Los edictos se publicaron antes del dictado de la Resolución N° 232/2010 de Superintendencia -que no fue publicada- o bien con posterioridad pero sin mencionarse la existencia de la Resolución N° 232/2010.

Nadie podía hacer presumir a los terceros afectados que la solicitud del presentante iba a prosperar en desmedro de sus derechos, pues a esa fecha los permisos solo podían otorgarse ofreciendo en reemplazo otra perforación en funcionamiento efectivo ubicada en la misma propiedad (Res. N° 525/08), dado que la Resolución N° 232 fue mantenida en estricta reserva (salvo para unos pocos), así como los resultados de su aplicación. Los terceros solo podían suponer que aquella solicitud únicamente podría integrar la lista de espera en la que ellos se encontraban o que se había ofrecido en reemplazo otra perforación que cumpliera las exigencias vigentes.

Tampoco han podido esos terceros ejercer su derecho con posterioridad al otorgamiento de los permisos, pues no han sido a la fecha notificados de la resolución de otorgamiento del permiso para perforar, cuando de acuerdo a lo preceptuado por el art. 149° inc. b de la LPA debió ser notificada a los terceros afectados en sus derechos subjetivos o intereses legítimos.

Aún así, existen diversos planteos en sede administrativa y judicial de terceros afectados por la ilegal asignación de derechos efectuada, al amparo de la Resolución N° 232. V.G., causa “Del Pópolo” (SCJM) y administrativas “Fainstein de Rosas y “Aliaga”.

xviii.- El argumento en orden a que el DGI defendió otra postura en la causa “Del Pópolo”, no fue planteado en sede administrativa, por lo que debe ser excluido de la acción procesal (art. 11° CPA).

En subsidio, no se configuran en el caso los requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios. No existe identidad subjetiva, pues el HTA aunque integrado por la Superintendencia es un órgano legal distinto de aquella y lo actuado por la Superintendencia es ineficaz para obligar al HTA para resolver en tal o cual sentido.

xix.- Del análisis pormenorizado que realizó la Dirección de Asuntos Legales de Superintendencia, se verificó luego de responder la APA en la causa “Del Pópolo”, que los permisos otorgados en el marco de la Resolución N° 232 de Superintendencia por las ilegalidades detectadas, no eran dignos del otorgamiento del derecho subjetivo a usar el agua. Suma a ello que a la fecha de tal contestación, recién comenzaban a desarrollarse los expedientes complementarios el DGI relativos a la evaluación de los permisos, lo que culminó con el rechazo de la concesión por parte del HTA, lo cual fue debidamente puesto en conocimiento de la SCJM.

xx.- La cuestión de la supuesta orden ilegítima del Poder Ejecutivo Provincial, tampoco fue objeto de reclamo administrativo previo, por lo que no puede ser objeto de APA (art. 11° CPA).

En subsidio, en ninguna actuación administrativa se ha citado como causa de la decisión del HTA, la orden -por cierto informal, declarativa- del Gobernador. El HTA ha actuado según su propia discrecionalidad, sin siquiera referirse a las declaraciones del Gobernador. El órgano concedente (HTA) actualmente está integrado por referentes de distintos partidos políticos y la decisión aquí cuestionada fue adoptada por “unanimidad” de los consejeros de Río.

Sin perjuicio de ello, el Gobernador como titular de los bienes del dominio público es el guardián último de los mismos, aún cuando por la Constitución la administración la tenga el DGI por lo que frente a actos que eran de público conocimiento no sólo puede legalmente pedir al Superintendente que los analice en cuanto a su legitimidad sino que tiene el deber de hacerlo.

## 2.- Causa N° 109.187:

a.- Posición de Vitivinícola Bulnes de Argentina S.A.:

En escrito de fs. 427/429, manifiesta que adhiere expresamente al APA

presentada por Santa María de Los Andes S.A..

Luego de fundar su legitimación y de relatar los antecedentes de hecho y de derecho del caso, señala las normas y principios legales violados, no aplicados erróneamente interpretados, que conculcan los derechos constitucionales enunciados, los cuales también serán desarrollados en dicha oportunidad, pero que se adelanta se estructuran con el siguiente alcance: A.- Arbitrariedad y carencia de motivación por desconocimiento de la legitimidad ministerio legis de los permisos otorgados; B.- Arbitrariedad por incorrecta aplicación y omisión del derecho vigente; C.- Ilegalidad por incompetencia material y violación del principio de estabilidad de los actos administrativos; D.- Ilegalidad por efecto de los actos propios del DGI; E.- Ilegalidad por violación de la confianza legítima; F.- Arbitrariedad por desviación de poder; G.- Arbitrariedad por exceso ritual manifiesto en el alcance otorgado al eventual error material que se sostiene que existe; H.- Ilegalidad por carencia de un mejor interés afectado; I.- Ilegalidad por violación al debido proceso y el derecho de defensa; J.- Invoca la existencia de un antecedente jurídico: Jurisprudencia del 1er. Juzgado de Gestión Asociada (causa N° 11.963 “Bulnes c/DGI s/AMPARO”); K.- Planteo subsidiario: Inconstitucionalidad art. 4° Res. 232 y art. 6° Res. 281:

b.- Posición del Departamento General de Irrigación:

A fs. 549/586, responde el traslado de la demanda incoada por Vitivinícola Bulnes S.A.

Relata los antecedentes del caso. Aclara que la acción que ejerce Vitivinícola Bulnes, resulta incoada en contra de la Resolución N° 178/13 y su antecedente N° 74/13 del HTA, en su carácter de “beneficiaria” del pozo N° 6/1816, del cual se obtuvo permiso de perforación en los autos N° 265.694 y que en la acción principal (causa N° 109.181), se cuestiona y se persigue la anulación de la Resolución N° 179 del HTA que refiere al mismo antecedente (Res. N° 74) que intenta cuestionar Bulnes con esta APA.

Señala que la Resolución N° 74 rechazó la solicitud de uso especial de aguas subterráneas presentada por Santa María de los Andes, quien notificada de dicho acto, interpuso revocatoria desestimada mediante Resolución N° 179 del HTA y en los mismos términos lo hace Bulnes (en calidad de usuaria), por el que se dictó la Res. 178 ratificando la misma Resolución N° 74.

Afirma que esa identidad de objeto, es lo que llevó a la Sala a disponer la acumulación de las causas N° 109.181 y N° 109.189.

Ratifica la contestación de demanda efectuada en autos N° 109.181.

Añade a ello:

i.- Contradicción existente entre los actores: Vitivinícola sustenta su defensa al relatar los antecedentes fácticos, en la asociación civil conformada por la empresa SMA bajo la figura de Cámara de Comercio, Vitivinicultura Turismo y Producción Alto Agrelo, para justificar el pedido de permisos de perforación y la preferencia o prelación del art. 7° de la Ley 4.035 a favor de asociaciones de usuarios y, sin embargo, Santa María en su defensa afirma que no se ha valido de la Cámara para acceder al permiso de perforar sino que su presentación fue a título personal y que la misma debió concederse. Considera que esta aseveración, en forma expresa, contradice los argumentos de defensa que despliega Vitivinícola en su demanda.

ii.- Inexistencia de un derecho adquirido. Esta Suprema Corte ha tenido oportunidad de referir al instituto del permiso administrativo de perforación en la causa “Aliaga”, citando otros fallos L.S. 432-116 (“Keltisur”) y en L.S. 432-147 (“Porolli”), para justificar la inexistencia de un derecho adquirido como afirma la actora.

iii.- Reconoce la accionante que el trámite administrativo de concesión de uso de una perforación, es un trámite complejo donde primero se debe obtener un permiso para perforar y luego de producida la perforación y alumbrada el agua, se deben remitir las actuaciones al HTA, quien es el órgano competente para otorgar la concesión respectiva. Sin embargo, afirma y acusa al DGI de que las inversiones realizadas fueron en virtud de sus emplazamientos y exigencias, con el consecuente daño que ello implica, al disponer el rechazo de la concesión.

iv.- No existe arbitrariedad de la administración: la forzada interpretación que hace la actora que pretende hacer valer principios jurídicos en una supuesta contraposición con el derecho positivo, no puede ser considerada como arbitrariedad.

v.- Diferencias existentes entre la concesión y el permiso. Se contradice la actora cuando afirma tener un derecho subjetivo de uso, cuando en realidad el Pozo N° 6/1816 nunca tuvo otorgada la concesión por parte del HTA. No existe en el texto de la Ley 4.035 un “permiso de usar el agua”, sólo un permiso de perforar para alumbrar agua.

vi.- El permiso para perforar era pasible de caducidad, por incumplimiento de condiciones particulares, art. 4 Res. 232 y art. 6 Res. 282.

vii.- Resoluciones N° 563/75 y N° 1839/75: Inexistencia de actividad reglada concesional y competencia del HTA.

La Resolución N° 563/75 al especificar que el titular de la concesión será el titular del predio, no modifica las consideraciones expuestas. Por el contrario, coincide con lo que se viene sosteniendo: la propiedad que resulte -luego de la aplicación del orden de prioridades- beneficiaria del permiso para perforar y la concesión, deberá quedar

perfectamente individualizada, por cuanto el agua no puede ser utilizada fuera de sus límites, de acuerdo al principio de inherencia. Ello es reiterado por el Decreto N° 1839/75.

Reconoce la actora que la asociación no podría poseer un permiso para perforar, puesto que la misma carecía de fines de lucro y, por tanto, de un proyecto propio.

viii.- La teoría de la confianza legítima carece de base legal en nuestra normativa. Nada en dicho marco normativo debió hacer suponer al administrado que su situación jurídica respecto del uso de la perforación estaba resuelta y consolidada.

ix.- Cuando el órgano concedente decide o no el otorgamiento de la concesión lo hace en función de la solicitud previamente formulada por el interesado (en este caso, el titular del pozo SMA), oportunidad en la cual el administrado puede invocar y probar las distintas razones por las que se considere de interés público su otorgamiento.

x.- La actora es una usuaria, que ni siquiera ha participado del trámite administrativo sino después de dictada la Resolución N° 74, por lo tanto no puede pretender afectación del derecho de defensa y debido proceso y el otorgamiento de la concesión, es un acto de imperio unilateral, en donde no participa la voluntad del administrado, por lo que mal puede en esta etapa otorgársele vista alguna.

xi.- El antecedente jurídico “Bulnes” invocado por la actora no puede ser tenido en cuenta. La sentencia no se encuentra firme ni ejecutoriada, siendo apelada y hallándose pendiente de decisión el recurso.

Equivoca su razonamiento la sentenciante en dichos autos, dado que el HTA no revocó el permiso de perforar, no volvió atrás en el procedimiento administrativo, sino que se limitó a cumplir el procedimiento previsto en las Leyes N° 4.035 y 4.036 que dispone la autorización para perforar (ante Superintendencia) y la concesión de uso de agua subterránea ante el HTA.

El HTA no pretendió revocar el permiso, el que se extinguió de pleno derecho por cumplimiento de su objeto en el mismo momento que se ejecutó la perforación.

En el ámbito local esta discrecionalidad queda palmariamente demostrada con la expresión utilizada por la Ley 4.035, que al referirse a la concesión, expresa: “...*el expediente respectivo será puesto a consideración del organismo concedente*”.

Segundo error del fallo: haber considerado que el paso del tiempo torna en “irrazonable” la decisión del HTA de no otorgar la concesión.

Tercer error del decisorio: la interpretación deontológica que hace de la ley, cuando en realidad la única hermenéutica que le cabe a los arts. 16° y 17° es literal o expresa.

Se equivoca el fallo en considerar que hubo mora de la administración, ya que

no nace el plazo para dictar la resolución de concesión hasta tanto el expediente no se encuentre puesto a consideración del HTA. El expediente siempre se mantuvo en jurisdicción de Superintendencia y el peticionante nada hizo para completar las deficiencias marcadas en el informe final, menos solicitó que se elevara al HTA para que comenzara a correr el plazo de 30 días que marca la ley.

Cuarto error: pretender aplicar el art. 2° de la Ley 5961 al caso de autos, el que no tiene nada que ver con el objeto del mismo: la preservación, conservación, defensa o mejoramiento del ambiente.

El caso trata de un trámite administrativo de interés privado del administrado y como tal era él quien debía impulsarlo y solicitar su elevación al HTA.

En subsidio, por más que se pretenda aplicar el instituto de la denegatoria tácita, interpretando las normas legales a favor del administrado, tampoco se da el supuesto para la adquisición del derecho subjetivo (concesión), ya que la vigencia y efectos comenzarán a regir desde su inscripción en el Registro General de Perforaciones (art. 16° Ley 4.035), inscripción que nunca ocurrió en los casos cuestionados.

Ultimo error del fallo: afirmar que eventualmente su parte podía recurrir a la revocación de la concesión tácitamente otorgada, conforme art. 34° Ley 4.035, dado que se trata de una premisa errónea.

### 3.- Posición de Fiscalía de Estado en ambas causas:

A fs. 591/594, asume la defensa, contesta demanda y expresa que atento la cuestión planteada y al modo en que se desarrollan los actos procesales en el juicio, la intervención que le cabe a la Fiscalía de Estado, es en su carácter de Ministerio Público, conforme lo preceptuado en el segundo párrafo del art. 177 de la C. Provincial.

Señala que en esta colisión de intereses, el Fiscal de Estado ejerciendo el contralor de la legalidad del proceso, debe observar que ambos litigantes ejerciten en debida y legal forma su derecho de defensa, con el objeto de que mantengan el equilibrio del proceso y la igualdad de sus garantías, razón por la cual señala que tiene especial y particular interés en que se le notifiquen la totalidad de actuaciones que se dicten en el mismo, para verificar el modo en que ambas partes en conflicto se desempeñan en las distintas etapas del procedimiento, como así si han rendido las diversas probanzas de las cuales pretenden valerse, al igual que si han cumplido todas las cargas del proceso, ya que todo ello es lo que hace al contralor de la Fiscalía de Estado, impuesto por la Constitución de Mendoza y por la Ley 4.418, por lo que se requiere se le notifiquen la totalidad de las actuaciones.

Manifiesta que su parte estará a las resultas de las pruebas incorporadas, y la

resolución judicial que dicte el Tribunal.

Solicita la suspensión de procedimiento, atento al precedente resuelto por este Tribunal en autos N° 109.183 “Bulnes S.A. c/DGI s/APA”, idéntico criterio que al adoptado en los autos N° 109.179 “Fideicomiso Aymuray”.

Expresa que si bien los actores en este proceso no han iniciado acción de amparo ante la justicia civil, una de las actoras, Vitivinícola Bulnes, según consta a fs. 540, solicitó la suspensión del procedimiento atento a que existió sentencia de primera instancia en el juicio de amparo de los autos N° 250.567 “Lindhe Jan c/DGI s/Amparo”, que resultaron usuarios del mismo pozo que la peticionante, a la que se hizo lugar.

Indica que la sentencia allí recaída, fue apelada por la demandada DGI y se elevaron las actuaciones a la Segunda Cámara Civil, dando origen a los autos N° 50.413, sin que hasta la fecha la sentencia se encuentre firme.

Por ello, en razón de configurarse los mismos presupuestos fácticos que la suspensión ordenada en los autos N° 109.183, solicita la suspensión de procedimiento hasta tanto se encuentre firme la sentencia de los autos N° 50.567.

#### 4.- Posición de Jan Linche y Karen Dawn Edwards:

Ambos fueron citados mediante auto del 31/10/2014, dando como fundamento a tal fin, el reconocimiento de su calidad de terceros interesados que tienen los amparistas respecto del acto que se impugna en autos, debiendo ser anoticiados de la existencia y contenido de las actuaciones, a los fines que estimen corresponder, de conformidad a lo reglado en el art. 16 del CPA.

Se presentaron y plantearon la falta de jurisdicción del Tribunal y sostuvieron que dentro de las facultades que le acuerda a la Suprema Corte la Constitución Provincial (art. 144 ), no se encuentra la facultad de intervenir y/o disponer medidas en procesos en que la competencia ha sido definitivamente establecida a favor de otros Tribunales. Afirma que tampoco el CPCC determina tal potestad, fuera del caso de los expedientes que han llegado a conocimiento de la Corte vía de recursos reglamentados.

Invocaron que los tribunales no están ligados por una relación de jerarquía, sino que se desempeñan en distintas órbitas de su competencia, siendo impracticables las facultades de delegación como de avocación y la afectación al principio de juez natural.

Por otra parte, en orden a la citación efectuada en el dispositivo 3° del auto del 31/10/14, afirmaron que ya han hecho valer sus derechos mediante acción de amparo obteniendo sentencia favorable de primera instancia, por lo que la renovación del planteo en otro expediente, en forma contemporánea ante distinto tribunal, provocaría una duplicación de la contienda, circunstancia que los dejaría en una situación de

litispendencia.

Requirieron que se suspenda el plazo para comparecer que se les ha fijado, hasta después de la audiencia del 9 de diciembre de 2014.

Por auto del 20/11/2014, se tuvo por presentados a los citados en los términos del art. 16 del CPA y se desestimó la oposición a la suspensión de la causa N° 250.567/50.413 ya referida.

Ulteriormente (fs. 665/666) presentan escrito Jan Lindhe y Karen Dawn Edwards y ratifican su *“opción de defender los derechos de los Sres Lindhe dentro del procedimiento de amparo que se encuentra actualmente en trámite ante la Segunda Cámara Civil (autos 250.567/50.413, caratulada “Lindhe Jan c/DGI s/Acción de amparo”)*”, absteniéndose de participar en esta APA, lo que solicitaron se tuviera presente (05/02/2015). Por decreto del 11/02/2015, se tuvo presente lo expresado en dicha presentación.

5.- Dictamen de la Procuración General para ambas causas:

Señala que nos hallamos ante un conflicto que trasciende el ámbito individual de las partes; ya que, por un lado y no obstante que las causas han sido acumuladas, existen planteos similares al presente que se ventilan en otros seis expedientes radicados ante la Sala Primera y uno ante la Sala Segunda, en los que las circunstancias fáctico-jurídicas son similares.

Sostiene que el argumento central desplegado por la demandada para denegar la concesión, 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 4.035 a favor de los entes asociativos (v.g. 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 superficiario.

Añade que, 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), 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 permitían la realización de las obras pero no el uso del agua hasta que se otorgara la concesión definitiva.

Concluye en que, ante tal 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 (conf. SCJM “Cresud”), 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 de resolver el conflicto.

En ese orden, esa Procuración advierte que la decisión del Tribunal deberá ponderar, necesariamente, los factores sociales, económicos, productivos y ambientales involucrados en el conflicto en tanto, 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 25.675 de política ambiental; art. 2 CCyCN; art. 2 Ley 5961; art. 27 incs. 1 y 14 Ley 8911).

## II.- PRUEBA:

### A.- Documental:

a.- Adjuntada por la actora Santa María de los Andes S.A.:

1.- Poder general para Juicios y Gestiones Administrativas (fs. 2/5).

2.- Copia de la Resolución N° 282 (29/03/2010) del Superintendente General de Irrigación (fs. 7/9).

3.- Copia de la Resolución N° 283 (29/03/2010) del Superintendente General de Irrigación (fs. 10/12).

4.- Copia de la Resolución N° 72 (08/03/2013) del Honorable Tribunal Administrativo (fs. 14/15).

5.- Copia de la Resolución N° 74 (08/03/2013), del Honorable Tribunal Administrativo (fs. 16/17).

6.- Copia del recurso de revocatoria interpuesto por Santa María de los Andes S.A. en contra de la Resolución N° 72 (fs. 19/37).

7.- Copia del recurso de revocatoria interpuesto por Santa María de los Andes S.A. en contra de la Resolución N° 74 (fs. 38/56).

8.- Copia de la Resolución N° 176 del Honorable Tribunal Administrativo (fs. 58/67).

9.- Copia de la Resolución N° 179 del Honorable Tribunal Administrativo (fs. 68/77).

10.- Copia de la contestación del Departamento General de Irrigación en la causa N° 104.785 “Del Pópulo Marcelo Alejandro c/DGI s/APA” (fs. 79/99).

b.- Adjuntada por la actora Vitivinícola Bulnes S.A.:

1.- Poder General para Juicios (fs. 399/402) y escrituras de venta y compromiso de participación societaria (fs. 403/424).

2.- Plano (fs. 425/426).

3.- Escrituras de venta y compromiso de participación societaria (fs. 440/474)

4.- Copia de Plano Catastral, croquis y foto satelital (fs. 440/483).

5.- Copia del presupuesto de Winterco (fs. 484/485).

6.- Copia del informe del Enólogo Michel Roland sobre el proyecto de referencia (fs. 486/487).

7.- Cuadro comparativo de las cotizaciones de las plantas adquiridas para su plantación; Remitos de entrega de madera por parte de Sociedad Impregnadora del Este; Factura de alambres adquiridos por VB de Argentina S.A.; Facturas varias y descripción de los trabajos realizados por Cepas de Lunlunta S.A. (fs. 488/495).

c.- Adjuntada por el Departamento General de Irrigación:

1.- Copia de la Resolución N° 380 del Honorable Tribunal Administrativo (fs. 136).

2.- Copia de la Resolución N° 232 del Superintendente General de Irrigación (fs. 137/139).

3.- Copia de la Resolución N° 673 (28/11/1997) del Honorable Tribunal Administrativo (fs. 140/143).

4.- Copia de la Resolución N° 525 (13/06/2008) del Superintendente General de Irrigación (fs. 144/148).

5.- Copia de publicación en el Diario Los Andes (fs. 148).

6.- Listado de permisos de perforación solicitados 2008/2011 (fs. 149/156).

7.- Listado Perforaciones Refuerzo Hídrico (fs. 157/161).

8.- Constancias de datos registrales de pozos (fs. 162/193).-

9.- Copia del expediente N° 260.247 (fs. 194/250).

10.- Copia del expediente N° 701.930 (fs. 251/296).

11.- Copia del expediente N° 76.036 (fs. 297/364).

12.- Expedientes N° 717.607 y acumulado N° 265.695; N° 717.609; N° 717.609, los cuales han quedado registrados en el Tribunal bajo el N° 85.189/11 (fs. 131).

13.- Expedientes N° 259.330, N° 265.679 y N° 218.713 del Departamento General de Irrigación:

Adjuntados digitalmente por la demandada directa a fs. 1485/1487, a raíz de la medida dispuesta a fs. 1481.

**B.- Informativa:**

1.- Producida por el Diario Los Andes (fs. 744/747), que adjunta copia de la nota editorial del día 19/03/2013 “Una decisión que honra a Irrigación”.

2.- Respuesta de la Ingeniera Agrónoma Gabriela Celeste p/Eno Rolland, al oficio que le requirió acompañara informe agrícola, presupuesto, proyecto contratado sobre el predio donde se localiza el pozo 06/1816 y todos los antecedentes referidos a la finca en cuestión; informe si la zona es apta para el cultivo vitivinícola y variedades; informe requerimiento de agua para el proyecto, detalles sobre época de plantación, desarrollo del año agrícola; informe si es requisito indispensable previo a plantar contar con provisión de energía eléctrica y agua del pozo (fs. 759/761).

3.- Producida por la Legislatura Provincial, quien adjunta la exposición de motivos de las Leyes 4035, 4036 y 6405 (fs. 763/1018).

4.- Evacuado por el Departamento General de Irrigación, quien acompaña copia de la Resolución N° 563/75 del Honorable Tribunal Administrativo (fs. 1025/1041).

5.- Producida por el Gobierno de la Provincia, quien adjunta copia del Decreto N° 1839/74 publicado en el B.O. el 05/06/1974 (fs. 1055/1057).

6.- De Laura Estefanía Vacca, quien adjunta copia certificada del plano de mensura N° 06-37237 y los certificados de transferencia emitidos por el DGI para la celebración de las escrituras de transferencias N° 35 y N° 36 de fecha 01/10/2011 (fs. 1065/1074).

7.- Del Departamento General de Irrigación, quien adjunta informe sobre hasta qué fecha estuvo inscripta la perforación 06/1816 objeto de litigio, en base a qué acto administrativo fue inscripta la baja del mismo y si se han generado deudas o tributos exigibles durante el tiempo en que estuvo inscripta (fs. 1082/1087).

**C.- Testimonial:**

1.- De Juan Carlos Ruiz (fs. 1020/1023).

2.- De Daniel Esteban Duo (fs. 1023/1024).

3.- De Laura Estefanía Vacca (fs. 1046/).

4.- De Hugo Mattiello (fs. 1049/1051).

6.- De Claudio Germán Gatica (fs. 1100/1103).

D.- Pericial:

1.- Contable:

De la Perito Contadora Carolina Andrea Simán, quien se expide:

i.- Sobre si los libros de la empresa son llevados en legal forma: responde en forma afirmativa.

ii.- Cuantifica y describe los desembolsos efectuados por SMA en la contratación de obras, servicios e insumos vinculados a la perforación de los pozos N° 6/1814 y 6/1616 y en el montaje de las obras inherentes a ellos, indicando sus fechas: Efectúa un cuadro en donde los especifica.

Aclara que el 4 de marzo de 2008, en la Ciudad de Buenos Aires, se celebró un contrato de fideicomiso (Fideicomiso Santa María de Los Andes S.A.) entre Chimpay S.A. y Altos de Agrelo S.A. (fiducientes) y Santa María de Los Andes S.A. (fiduciario), cuyo objeto fue encomendar a la fiduciaria que desarrollara el Proyecto Inmobiliario y Comercial ubicado en las fracciones de campo de 815 hectáreas de Agrelo, Luján de Cuyo (terreno donde se le informó se construyeron los pozos del litigio). Tuvo oportunidad de compulsar comprobantes de gastos relacionados a la contratación de obras, servicios e insumos vinculados a la perforación de los pozos efectuados por otras de las partes del contrato de fideicomiso. Detallo los comprobantes de gastos efectuados por Fideicomiso Santa María de Los Andes S.A. (\$ 1.175.660,64) y por Chimpay S.A. (\$ 4.281,52).

Informa que ha sido informada de la existencia de más comprobantes de gastos, que al día de la fecha no han sido puestos a su disposición.

iii.- Informa el destino al que está afectado el inmueble de SMA y el valor con que están contabilizados los bienes o activos emplazados sobre el mismo:

Del inmueble correspondiente a Santa María de los Andes S.A. titular de dominio fiduciario, inscripto en el Registro de la Propiedad bajo matrícula 326123/6, según inspecciones oculares realizadas por esa perito en el lugar (servidumbre de tránsito sin número, salida a ruta 86, Alto Agrelo, Luján de Cuyo), informa que en el lugar se encuentra funcionando un hotel boutique.

Menciona que de los estados contables de Santa María de los Andes S.A., surge que la sociedad no es titular del mencionado inmueble, dado que posee el mismo con carácter de dominio fiduciario.

Según informaciones recibidas, la sociedad que actualmente administra los

espacios comunes de la mencionada propiedad es Dragonback S.A. y de los estados contables de la misma surge que en el rubro bienes de uso, se encuentran contabilizados los siguientes bienes: terrenos (\$ 3.146.801), edificios y construcciones (\$ 8.818.595,04).

Según papeles de trabajo utilizados en la confección de los estados contables de la sociedad, el valor de referencia para activar estos bienes surge de un informe de tasación de fecha 24 de diciembre de 2016 referido a un emprendimiento inmobiliario ubicado en servidumbre de tránsito s/n con salida a la ruta provincial N° 86 s/n del distrito de Agrelo, Luján de Cuyo, Mendoza y abarca Pozos números 1, 2, 3, 4, 6 y 7 represas números 1 a 4, portal de acceso y parcelas de terreno (51 has 8609,46 m2 de terrenos distribuidos en doce parcelas).

De la memoria de los estados contables del ejercicio 2015 de Dragonback Estate S.A. surge que durante el mes de diciembre de 2015 se inició el proceso de transferencia de los espacios comunes que se encontraban bajo titularidad de la sociedad fiduciaria del Fideicomiso, quedando estos en posesión de Dragonback Estate S.A.

iv.- Indicó la cantidad de personas que trabajan actualmente en el proyecto productivo al que sirve el recurso hídrico extraído mediante los pozos en cuestión y si los mismos y sus familias podrían ver cerrada su fuente de trabajo, en caso de ejecutarse el cegamiento y prohibición de uso para riego de aquellos:

Actualmente la sociedad Dragonback Estate S.A. posee en relación de dependencia la cantidad de 10 empleados quienes trabajan en el proyecto productivo.

Además, según informe del 23/10/2017 confeccionado por la firma, cuyo respaldo documental son las facturas recibidas durante el último período agrícola de las tres empresas contratistas con quienes actualmente tercerizan los trabajos en los viñedos (Wine & Work S.A., Iberex y Nayton), surge que el promedio de personas que ingresan al establecimiento para prestar sus servicios de mano de obra es de 73 personas.

## 2.- Ingeniero agrónomo:

De la Ingeniera Agrónoma Patricia Monica Arnal, quien en el informe obrante a fs. 1279/1283:

### i.- Describe el estado de las perforaciones y obras realizadas:

Las perforaciones 6/1814 y 6/1816 se encuentran en perfecto estado de funcionamiento. Fotos: 1 se aprecia la caseta de mampostería que cuenta con la reja de entrada y la alarma para proteger el equipamiento que aloja dentro. Indica que el sistema que constituyen los pozos, incluye una represa impermeabilizada con geomembrana. Tiene una capacidad de 4.500.000 litros, en la misma desembocan las cañerías de ambos pozos, agua que luego se va a distribuir por el sistema de goteo en las parcelas.

ii.- Informa el grado de adecuación de tales obras al proyecto obra fs 6 y 7 expedientes 265.694 E8 y 265.695 E8:

De acuerdo a la documentación relevada y la visita a la propiedad, se pudo observar que la extracción del agua se hace por un medio de una electrobomba marca Rotor Pump Modelo 10 RXSP 1100-10 de 300 HP. En fs. 6 y 7 de los expedientes presentados ante el DGI, los cuales se adjuntan a esta pericia, se indica un modelo Rotor Pump 10S64/7AB de 250 HP.

El motor sumergible es de marca Franklin de 250 HP para cañería de 10 pulgadas, en tanto que en las fojas de los expedientes, no se indica la marca pero coincide la potencia.

iii.- Indicó estimativamente en qué plazo fueron montadas tales obras y/o a partir de qué fecha quedaron en condiciones de ser utilizadas para extracción de agua y riego del predio: ambos pozos habrían sido concluidos en el año 2011, de acuerdo a la información que figura en la solicitud de certificación para transferencia presentada ante DGI incluida a fs. 1066 y 1070 y de la certificación de la parcela identificada con nomenclatura catastral que obra a fs. 1067 y 1071.

iv.- Indicó el efectivo uso del agua alumbrada mediante los pozos en cuestión y el resultado que habrá de provocarse, en caso de darse cumplimiento al cegado de aquéllos y hacerse efectiva la prohibición de riego:

El agua provista por los pozos, tienen por finalidad uso agrícola.

El volumen de agua que cada uno alumbraría permitiría el mantenimiento en la actualidad de 130 hectáreas de cultivo aproximadamente.

En caso de cegarse, esta superficie debería ser regada con otra fuente de agua. De no realizarse esta sustitución, podrían manifestarse problemas en los cultivos actuales debido al estrés hídrico.

El efecto del estrés hídrico y su gravedad varía en relación al momento del ciclo fenológico del cultivo en el cual se produce.

Particularmente, es importante la disponibilidad de agua en los momentos críticos como los comprendidos entre la brotación hasta que el grano adopta el tamaño de una arveja y en poscosecha cuando la planta debe recuperarse, acumular reservas e incrementar el crecimiento de las raíces.

E.- Examen judicial:

Dispuesta su realización mediante auto de fs. 1316/1317, en el cual se resuelve que como medida para mejor proveer, se practique examen judicial en el emprendimiento que Santa María de los Andes S.A. lleva adelante en su inmueble ubicado en zona rural,

calle servidumbre de tránsito s/n° salida a Ruta Provincial N° 86 del distrito de Agrelo Departamento de Luján de Cuyo (pozo N° 6/1814 y N° 6/1816), a fin de constatar las circunstancias de uso del recurso hídrico por parte del accionante. Acta de fs. 1359.

### III.- Tacha del testigo Claudio Germán Gatica:

1.- Tanto la demandada directa como Fiscalía de Estado tachan la declaración del testigo de referencia, prestada a fs. 1100/1103.

La accionada directa basamenta la tacha en la circunstancia de haber reconocido el declarante ser acreedor de la parte actora y poseer a su favor 3,8 hectáreas del predio involucrado en autos, circunstancia que demuestra que el objeto de la litis se encuentra vinculado a su acreencia, por cuanto el valor de la tierra en dicha zona dista tangencialmente de poseer o no un derecho a usar el agua subterránea, y tener un interés directo de naturaleza económica en el resultado del proceso, todo lo cual hacía presumir la parcialidad de su declaración testimonial. Añade que de la calidad de acreedor surgiría incluso su calidad de copropietario del predio de Santa María de los Andes, lo que le impide su declaración objetiva.

Fiscalía de Estado sostiene la tacha y oposición a la declaración, ya que si bien se le preguntó por las generales de la ley y expuso su calidad de acreedor, declaró y respondió todas las preguntas de la sustitución de la Dra. Longo, sin aclarar en qué consistía tal calidad, la que explicitó recién en las repreguntas, de donde surge que no se trata de una acreencia de dinero simplemente, sino de un copropietario del predio, el que si bien a la fecha no se encuentra escriturado a nombre del testigo ni de sus apoderados, no le quita mérito a la vinculación existente entre él y el resto de los propietarios y lo hace tener especial interés en el curso del proceso por ser futuro titular, al igual que el resto de los actores, de una parte del predio objeto del proceso.

2.- Otorgada vista a la actora, el Dr. Dupetit invoca que independientemente de lo que haya manifestado el testigo -quien no ha sido citado por Santa María de los Andes-, no le consta que exista una acreencia a su favor respecto de su mandante.

La Dra. Longo solicita al Tribunal que analice al momento de dictar sentencia la diferencia entre una tacha y una oposición a la declaración del testigo. Señala que el testigo que queda comprendido en las generales de la ley es la persona que no puede declarar frente al tribunal y que diferente es la situación de una tacha la cual debe ser analizada en relación a cada una de las declaraciones y respuestas del testigo al interrogatorio. Requiere que la tacha se rechace dado que el testigo no ha sido parcial ni subjetivo en sus respuestas y que ha contestado conforme su conocimiento de los hechos y circunstancias narradas.

Indica que el testigo es hábil para declarar y la calidad o supuesto carácter de acreedor de uno de los actores no puede mellar su obligación de decir verdad ya que se le tomó juramento de ley. Añade que por otra parte la calidad o carácter supuesto de acreedor que hizo referencia comprendería a una sola de las partes actoras la cual no citó al testigo en esta instancia. El testigo ha contestado cada pregunta con veracidad y sin demostrar en ninguna de sus respuestas interés alguno en el resultado del pleito. Además su supuesta acreencia no le impide decir verdad y no constituye un óbice para su declaración la cual fue consentida por todas las partes de la audiencia y se le permitió responder una a una las preguntas del interrogatorio, no obstante conocer todos, desde las generales de la ley, su supuesta condición.

3.- Corresponde tener presente que al ser interrogado por las generales de la ley, el testigo -quien fue ofrecido por la actora Vitivinícola Bulnes S.A. (fs. 526 vta.)-, declaró conocer a las accionantes y señaló que a ambas actoras les prestó servicios, así como indicó ser acreedor de Santa María de los Andes.

Al ser repreguntado por el Dr. Muzzino del Departamento General de Irrigación, para que amplíe las generales de la ley en cuanto refirió ser acreedor de Santa María de los Andes, respondió que trabajaba y una parte se la pagaban con dinero y una parte iba a cuenta de parcelas, por lo que de esa forma posee 3,8 hectáreas dentro del predio, aclarando que justo esas hectáreas no están a nombre suyo o de la empresa que él representaba. Interrogado en orden a si realizó gestiones para el cobro de dicha acreencia, respondió que no y en punto a si están determinadas en el terreno de Santa María de los Andes las 3,8 hectáreas de las que dice ser acreedor, responde que por el momento no, solo hubo en su momento diálogo y la última parcela otorgada, menor obviamente a las 3,8 hectáreas, fue la A33. Interrogado sobre a qué y a quién se refiere con la expresión “la última parcela otorgada”, contesta como su trabajo tenía continuidad ese lote A33 era de aproximadamente 2,3 hectáreas y cuando se realizó la última inversión grande, cerró un paquete de obras y se ampliaron en 1,5 hectáreas más, por eso es que ese lote A33 quedó fuera del rango o no, o quizás le daban otro lote para compensar 1,5 hectáreas o podía ser el efectivo en el caso de que ellos lo vendieran.

Asimismo, fue interrogado sobre quién le pagaba los trabajos que le fueron contratados.

4.- Se tiene presente que en la tacha del testigo está en juego no sólo la imparcialidad, sino más bien la veracidad de sus dichos, se pone en duda por alguna de las partes las condiciones subjetivas y objetivas de veracidad, que serán objeto de consideración del juez, mediante su confrontación con otros medios de prueba y para ello,

el juez contará con las reglas de la sana crítica y del principio de la verdad real por sobre la verdad formal para juzgar el contenido de las declaraciones (L.S. 380-131).

La coyuntura descrita resulta demostrativa de la procedencia de la tacha, en tanto ha quedado comprobada en virtud de las especificaciones formuladas por el propio declarante, ante las repreguntas desplegadas por los profesionales de la demandada, que dan cuenta de que la presunción de parcialidad surge manifiesta dado que el carácter de acreedor de una de las coactoras, encuentra su causa al decir del declarante, en la circunstancia de que las acreencias que señala poseer a ese respecto por las tareas profesionales que realizó para aquélla, le habrían sido compensadas a través de la entrega de un segmento dentro del predio respecto del cual han sido emitidos los actos administrativos impugnados en el presente.

En consecuencia, tal contexto resulta demostrativo de que la presunción de parcialidad, se verifica por sí misma, dado el evidente interés personal y directo en el pleito del testigo, que imposibilita que su declaración sea merituada en este proceso.

Se tiene presente que el carácter del testigo como extraño al proceso, no debe reducirse a no ser parte en el mismo, debe serlo también con relación al interés que se controvierte en la causa.

Por aplicación de tales máximas, corresponde hacer lugar a la tacha efectuada por la parte demandada respecto del testigo Claudio Germán Gatica.

Atento a que la coactora Vitivinícola Bulnes S.A. que ofreció la declaración de dicho testigo, es, en principio, ajena al vínculo que uniría a Santa María de los Andes S.A. y el declarante y a las circunstancias por él relatadas que conducen a la recepción de la tacha, se entiende pertinente que las costas de la incidencia se impongan en el orden causado.

#### IV.- DECISIÓN DEL CASO:

Tal como ha sido planteada la controversia, corresponde determinar si resultan legítimas las decisiones del Departamento General de Irrigación impugnadas por las accionantes:

##### A.- Actos impugnados

Por Santa María de los Andes S.A.:

i.- Resoluciones N° 72/2013 y N° 74/2013 del Honorable Tribunal Administrativo del DGI (08/03/2013), emitidas en los expedientes N° 717.607-2 y N° 717.609-2, por medio de las cuales fueron rechazadas las solicitudes de concesión de uso especial de agua subterránea en los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816, cuya perforación había sido autorizada por las Resoluciones N° 283/2010 y N° 282/2010 de la Superintendencia

General de Irrigación (Expedientes N° 265.695-E8 y N° 265.694-E8).

ii.- Resoluciones N° 176/2013 y N° 179/2013 del Honorable Tribunal Administrativo, que desestimaron los recursos de revocatoria deducidos contra las Resoluciones N° 72/2013 y N° 74/2013 de ese HTA.

Por Vitivinícola Bulnes S.A.:

i.- Resolución N° 74/2013 del Honorable Tribunal Administrativo del DGI (08/03/2013), emitida en el expediente N° 717.609-2, ya reseñada.

ii.- Resolución N° 178/2013 del Honorable Tribunal Administrativo, acto que desestimó el recurso de revocatoria deducido contra la Resolución N° 74/2013 de ese HTA.

B.- Especial naturaleza de la materia involucrada en autos:

Resulta apropiado comenzar el examen de la controversia, poniendo de resalto la especial y trascendente naturaleza de la temática subyacente en el caso.

En efecto, la sola circunstancia de advertir que nos hallamos frente al control de legitimidad de decisiones adoptadas con respecto a aguas subterráneas, determina una serie de implicancias que no pueden ser soslayadas en su consideración y que es necesario exponer desde el inicio de este pronunciamiento.

i.- Condición jurídica de las aguas subterráneas:

La naturaleza jurídica de las aguas subterráneas como bienes del dominio público, otorga un primer elemento de evaluación.

En el orden local, la Ley N° 4.035 impuso el nuevo régimen en la materia.

Se expresaba en la Exposición de Motivos de dicha norma en referencia a la reforma operada en el derecho de fondo por la Ley 17.711, que: *“...por virtud del dispositivo legal mencionado, las aguas subterráneas se han incorporado al patrimonio de la Provincia y como cualquier otro bien del dominio público susceptible de ser usado (y en uso intensivo actualmente) en forma diferenciada por los particulares y por el propio Estado, debe ser reglamentado por ley local”*.

Ello, claro está, en virtud de ser las provincias las que poseen la titularidad y jurisdicción sobre los recursos naturales incluidos en la enumeración que el código de fondo efectúa de los bienes de dominio público (art. 124 C.N.).

Por su parte, el Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1 de agosto de 2015, dispone en su art. 235 inc. c que pertenece al dominio público del Estado *“Toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general, comprendiéndose las aguas subterráneas, sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales”*.

Manifiesta Alterini que este inciso comprende en el dominio público a las “aguas subterráneas”, es decir, aquellas que corren por el interior de la tierra, formando verdaderos ríos o arroyos, con sus lechos y líneas demarcables, de significativa importancia económica y social. El texto, como su antecesor (art. 2340 inc. 3°), deja a salvo el “ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a las disposiciones locales” (Alterini, Jorge H.; “Código Civil y Comercial Comentado”; T° II; La Ley; Bs. As, pág. 44 y sgtes.).

Por su parte, el art. 239° del C.C.C.N. establece que *“Las aguas que surgen en los terrenos de los particulares pertenecen a sus dueños, quienes pueden usar libremente de ellas, siempre que no formen cauce natural. Las aguas de los particulares quedan sujetas al control y a las restricciones que en interés público establezca la autoridad de aplicación. Nadie puede usar de aguas privadas en perjuicio de terceros ni en mayor medida de su derecho. Pertenecen al dominio público si constituyen cursos de agua por cauces naturales. Los particulares no deben alterar esos cursos de agua. El uso por cualquier título de aguas públicas, u obras construidas para utilidad o comodidad común, no les hace perder el carácter de bienes públicos del Estado, inalienables e imprescriptibles. El hecho de correr los cursos de agua por los terrenos inferiores no da a los dueños de éstos derecho alguno”*.

Comentando tales preceptos, se ha subrayado que de la comparación entre el nuevo art. 239° del CCCN con el art. 2637° CC, texto introducido por la Ley 17.711, se observa en el primero una mayor impronta socioambiental en la utilización de las aguas subterráneas por parte del propietario, razón por la cual constituye un importante aporte al llamado “derecho ambiental de aguas”. Este último se define, de acuerdo a autores como Pigretti, Bellorio Clabot y Cavalli, como “el conjunto de normas imperativas de un ordenamiento social que, conforme a la justicia, regulan la relación de las personas con el agua, considerada ésta en las diversas maneras en que se manifiesta en el ciclo hidrológico e integrada al medio ambiente”. En el caso del agua subterránea, como lo ha notado Allende “está incluida dentro del término genérico de ‘toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general’, pero con esta singularidad, el agua subterránea ‘iuris et de iure’ se presume que tiene esta cualidad. Es decir, cualquier agua subterránea por expresa disposición de la ley tiene la aptitud de satisfacer usos de interés general” (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Directores Marisa Herrera, Gustavo Caramelo, Sebastián Picasso; T° I; pág. 239).

La condición de bienes del dominio público de las aguas subterráneas,

determina entonces que participen de los caracteres especiales de dicha categoría de bienes (conf. art. 237° CCyCN).

Como se ha señalado a nivel doctrinario, aunque por motivos diversos a los de antaño -fundamentalmente climáticos-, la tendencia a conferirle carácter de públicas a la mayoría de las aguas ha terminado por imponerse definitivamente en el derecho argentino y en el comparado; a ello hay que agregar, además, que paralelamente al desarrollo de esta tendencia, la consideración de la importancia ambiental de las aguas, la unidad del ciclo hidrológico y el aspecto funcional de su utilización -que sirvieron de fundamento a su publicación- al mismo tiempo han paradójicamente relativizado la diferencia entre aguas públicas y privadas, que resultan -en virtud de idénticos argumentos- sujetas a regulaciones de intensidades similares, fundadas ya no exclusivamente en el título demanial, sino en función del poder de policía del Estado (Liber Martín; “Derecho de aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas”; Abeledo Perrot; Bs. As., 2010; pág. 87).

#### ii.- Cambios de paradigma a nivel constitucional

Por otra parte, la materia involucrada determina también otra dimensión que no debe ser omitida en cualquier análisis que la tenga de protagonista, como es la dimensión ambiental.

Se ha subrayado que la introducción del art. 41° de la C.N., supuso una transformación de la estructura axiológica constitucional que implicó un cambio de paradigma, al punto que algunos autores han llegado a postular la existencia de un Estado ecológico de derecho; circunstancia que incide en la base fundamental del derecho de aguas y sin lugar a dudas, en la transformación del mismo derecho administrativo. Así, los principios contenidos en el art. 41° de la CN, contribuyen a modular, conformar, delimitar y hasta modificar el contenido de otros derechos, tales como la propiedad privada, y deben ser armonizados con el resto de las normas constitucionales (Liber Martín; “Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas”; Abeledo Perrot, Bs. As. 2010; pág. 37 y sgtes.).

Se acentúa el necesario contenido ambiental del uso de aguas del dominio público, a partir del quiebre que el paradigma del derecho ambiental y la regulación ambiental del agua supuso, respecto del tradicional paradigma productivista decimonónico en el plano teórico, que debe ser trasladado e integrado con los institutos y los instrumentos alrededor de los cuales se estructura la regulación y la administración del agua, entre los que se destaca de especial modo la concesión como forma de utilización privativa del dominio público hidráulico. La transformación actual del derecho de aguas o más propiamente de la política hídrica pasa por incorporar principios y parámetros, incluidos

ahora en la Constitución y la legislación ambiental, antes no tenidos en cuenta. Una interpretación armónica supone una previa o simultánea consideración del agua como bien ambiental, social y cultural, que tiene en consideración también la gestión de la oferta y se enfrenta naturalmente con la concepción recursista tradicional que lo consideraba preponderantemente un bien económico (Martín Liber; ob. cit.; pág. 24 y sgtes.).

Añade dicho autor que puede decirse que el art. 41° CN, transforma en indisponible para el legislador el contenido ambiental de los derechos de uso especial y el gobierno a través de sus principios, que se erige ahora en exigencia constitucional y no en alternativa legislativa. En virtud de ello y de la nueva legislación general, es que no parece posible considerar como legítima una gestión o utilización ambientalmente incorrecta de las aguas o un régimen concesional en detrimento de los principios constitucionales y legales antes mencionados. Lo antedicho permite afirmar que los principios de utilización racional y sustentable de las aguas han dejado de ser meras pautas directrices de uso de las aguas para pasar a integrar el clausulado de toda concesión/permiso para la utilización de las aguas públicas, sumándose a los principios de prevención (conservación) y restauración (recuperación) que resultan también de aplicación e imponen el deber de minimizar el daño ambiental. El principio de desarrollo sostenible entronca perfectamente con los objetivos de la gestión integrada de los recursos hídricos que, como principio indiscutible de política hídrica, se traduce en alcanzar la eficiencia y el crecimiento económico, con equidad social y protección ambiental.

En el caso de las aguas subterráneas, la cuestión atinente a su protección reside tanto en su calidad como en la preservación de la disponibilidad suficiente para asegurar su existencia frente a las demandas de las generaciones presentes y de las futuras, pues el desafío de alcanzar un desarrollo que sea racional y sostenible impone, como condición necesaria, el uso eficiente de todos los recursos naturales. Evitar el despilfarro y la contaminación del agua en general y de las aguas subterráneas en particular, de modo que se permita o posibilite el disfrute de sus beneficios en el presente, sin hacer peligrar su disponibilidad para las generaciones futuras, constituye el objetivo más serio al que se enfrenta toda política avanzada de gestión de los recursos hídricos, cualquiera sea el país de que se trate. Al igual de lo que ocurre en las aguas superficiales, las aguas subterráneas requieren de las dos aristas de la protección de los recursos hídricos: preservación cuantitativa y la protección cualitativa. La primera de ellas pone la mirada en la racionalidad de las extracciones, la eficiencia en el uso y la gestión eficaz del comportamiento de los acuíferos. La segunda arista es la que regula e interviene en las acciones que producen o pueden producir infiltraciones o inficciones desde la superficie

hacia las aguas subterráneas, y en general todas aquellas que impiden o minimizan los efectos no queridos de la contaminación en acuíferos, en las masas de agua o cuerpos hidrológicos (Nicolás González del Solar; “Régimen legal de las aguas subterráneas en Argentina”; Ed. Lajouane; CABA; 2017; pág. 257 y sgtes.).

En lo que respecta a la preservación cuantitativa de las aguas subterráneas, señala el citado autor, que este tipo de técnicas de preservación están íntimamente relacionadas con la gestión de la utilización de las aguas subterráneas, sin embargo no son técnicas de uso y esa utilización racional del agua debe ser entendida como necesidad de aplicar políticas de ahorro y de conservación del recurso, lo que puede llegar a determinar hasta preferencias en las pretensiones de utilización del recurso. Efectivamente, los usos que lleven a cabo los particulares de las aguas deben ser racionales, y la misma decisión pública sobre atribución de usos deberá ser presidida por el criterio de racionalidad, entendiéndose por tal racionalidad, la presente en los proyectos que supongan una mejor utilización del recurso desde el punto de vista de su conservación (ob. cit.; pág. 259).

En particular, afirma que la creación de áreas de restricción y prohibición de explotación de acuíferos, el establecimiento de zonas de veda y áreas críticas importa un mecanismo jurídico de protección de las aguas subterráneas y de los acuíferos, basado o fundado en los principios ambientales de prevención o de precaución, dependiendo principalmente del conocimiento que la administración posea sobre esos recursos (ob. cit.; pág. 298).

### iii.- Jurisprudencia de la CSJN y de esta Suprema Corte de Justicia:

Otro de los pilares que debe ser contemplado en la temática, es el importante desarrollo que en los últimos años ha forjado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en materia de derecho de aguas.

En precedente publicado en Fallos 344:3209, que involucraba una materia atinente a nuestra jurisdicción provincial (Ley N° 7.722), el Alto Tribunal recordó los principios que enunciara en sus pronunciamientos registrados en Fallos: 342:917 (“Barrick”) y 1203 (“Majul”).

En el primero de ellos, el Tribunal señaló que cuando existen derechos de incidencia colectiva atinentes a la protección del ambiente, en especial -como en el caso de los recursos hídricos, la hipotética controversia no puede ser atendida como la mera colisión de derechos subjetivos, pues la caracterización del ambiente como “*un bien colectivo, de pertenencia comunitaria, de uso común e indivisible*” cambia sustancialmente el enfoque del problema (Fallos 340:1695 y 329:2316), que no solo debe atender a las pretensiones de las partes. La calificación del caso exige entonces “*una consideración de*

*intereses que exceden el conflicto bilateral para tener una visión policéntrica, ya que son numerosos los derechos afectados. Por esa razón, la solución tampoco puede limitarse a resolver el pasado, sino, y fundamentalmente, a promover una solución enfocada en la sustentabilidad futura, para lo cual se exige una decisión que prevea las consecuencias que de ella se derivan*". El ambiente -ha dicho el Tribunal- *"no es para la Constitución nacional un objeto destinado al exclusivo servicio del hombre, apropiable en función de sus necesidades y de la tecnología disponible, tal como aquello que responde a la voluntad de un sujeto que es su propietario (Fallos 340:1695, cons. 5°)"*.

Recientemente retomó tales conceptos en pronunciamiento registrado en Fallos 347:1495, poniendo el acento en que la naturaleza de la clase de litigios en examen, de carácter ambiental, multicausal, dinámico y eminentemente prospectivo, puede conllevar cierta complejidad en la ejecución de sus sentencias y su adecuado cumplimiento entraña un efecto multiplicador en la tutela efectiva de derechos constitucionales.

Respecto del acceso al agua potable, en el caso "*Barrick*" citado, la Corte aclaró que es un derecho cuya tutela implica modificar una visión según la cual *"la regulación jurídica del agua se ha basado en un modelo antropocéntrico, que ha sido puramente dominial al tener en cuenta la utilidad privada que una persona puede obtener de ella o bien en función de la utilidad pública identificada con el Estado. El paradigma jurídico que ordena la regulación del agua es eco-céntrico, o sistémico, y no tiene en cuenta solamente los intereses privados o estadales, sino los del mismo sistema, como bien lo establece la ley general del ambiente (Fallos 337:1361 y 340:1695)"* (v. Fallos 342:917, cons. 17)".

Por su parte, en el precedente de Fallos 342:1203 ("*Majul*"), indicó que en los procesos donde se debate este tipo de conflictos debe tomarse en cuenta el principio in dubio pro natura que establece que *"en caso de duda, todos los procesos ante tribunales, órganos administrativos y otros tomadores de decisión deberán ser resueltos de manera tal que favorezcan la protección y conservación del medio ambiente, dando preferencia a las alternativas menos perjudiciales. No se emprenderán acciones cuando sus potenciales efectos adversos sen desproporcionados o excesivos en relación con los beneficios derivados de los mismos (Declaración Mundial de la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza -UICN-, Congreso Mundial de Derecho Ambiental de la UICN, reunido en la Ciudad de Río de Janeiro en abril de 2016)"*.

En función de ello, el Alto Tribunal Nacional ha empleado mecanismos de solución que tengan en miras resguardar dichos conceptos (Fallos 340:1695 y 343:603).

Con relación al acceso al agua potable ha dicho ese Tribunal que éste derecho

incide directamente sobre la vida y la salud de las personas, razón por la cual debe ser tutelado por los jueces y -en particular- en el campo de los derechos de incidencia colectiva, por lo que es fundamental la protección del agua para que la naturaleza mantenga su funcionamiento como sistema y su capacidad regenerativa y de resiliencia (Fallos: 337: 1361).

Destacó asimismo que, en general, se dice que los estados deben adoptar estrategias y programas amplios e integrados para velar porque las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre. Entre esas estrategias y programas podrían figurar: a) reducción de la disminución de los recursos hídricos por extracción insostenible, desvío o contención; b) reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua; c) vigilancia de las reservas de agua; e) examen de las repercusiones de ciertas actividades que pueden afectar la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales; f) aumento 'del uso eficiente del agua por parte de los consumidores; g) reducción del desperdicio de agua durante su distribución y h) mecanismos de respuesta para las situaciones de emergencia. La Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha expedido sobre la materia, señalando que "Las afectaciones ('0') del derecho al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia (...), para el ejercicio de otros derechos" (CORTE IDH. CASO COMUNIDAD INDÍGENA YAKYE AXA VS. PARAGUAY. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17/06/2005. Serie C No. 125, Párrafo 167 Paraguay I 2005) (Fallos 349:1695).

También puso de resalto en dicha oportunidad la CSJN, la relevancia de la problemática jurídica en relación a la desertificación y las implicancias jurídicas de la misma.

En particular, señaló que nuestro país suscribió la "Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o. Desertificación, en particular en África", adoptada en París, República Francesa, y la ratificó mediante la ley 24.701, por la cual la Nación debe otorgar la debida prioridad a la lucha contra la desertificación y la mitigación de los efectos de la sequía y asignar recursos suficientes, conforme a sus capacidades y circunstancias. Esta materia también ha sido tratada en el ámbito de Naciones Unidas en la última Conferencia sobre Desarrollo Sustentable del año 2012, titulada: "El Futuro que queremos" (Río + -32- '. CSJ 243/2014 (50-L) /CS1 ORIGINARIO La Pampa, Provincia c/ Mendoza, Provincia de s/ uso de aguas. 20), en especial parágrafos 205-209. Así se destaca en dicho documento que los procesos de desertificación, la degradación de la tierra y la sequía son problemas con una

dimensión mundial que siguen suponiendo un serio desafío para el desarrollo sostenible de todos los países, en particular los países en desarrollo. También se reconoce la necesidad de que se tomen medidas urgentes para revertir la degradación del suelo. Asimismo, se reafirma la determinación, de conformidad con la "Convención de las Naciones Unidas" citada, de tomar medidas coordinadas a nivel nacional, regional e internacional para vigilar, globalmente, la degradación de la tierra y restaurar las tierras degradadas en zonas áridas, semiáridas y subhúmedas secas. La lucha contra la desertificación implica enfocarse en la oferta de agua y no solo en el derecho al agua como demanda.

En consonancia con tales principios, esta Suprema Corte de Justicia, se ha expedido frente a planteos que involucraban el ejercicio del poder de policía en materia de aguas públicas (causa N° 104.303 "Gualtallary S.A. c/DGI s/Acción Inconstitucionalidad", sentencia 19/05/2014, Sala I, L.S. 466-054).

En dicha oportunidad, en que se la convocó a resolver sobre un acto que había declarado un área de restricción, subrayó que *"la tesis en boga se inclina por sostener que, desde el punto de vista constitucional argentino, los principios de utilización racional y sustentable, prevención y restauración (sentados por el art. 41°) forman parte del contenido mínimo del interés público implicado en cualquier utilización privativa de las aguas, lo cual exige ponderar no sólo la dimensión económica del dominio público y del derecho de aguas, sino también los valores ambientales, sociales y participativos (conf. MARTÍN, L., ob. cit., p. 91 y 289/290)"*.

Recordó asimismo que tiene dicho la Corte Federal que *"el principio precautorio produce una obligación de previsión extendida y anticipatoria a cargo del funcionario público. Por lo tanto, no se cumple con la ley si se otorgan autorizaciones sin conocer el efecto, con el propósito de actuar una vez que esos daños se manifiesten. Por el contrario, el administrador que tiene ante sí dos opciones fundadas sobre el riesgo, debe actuar precautoriamente, y obtener previamente la suficiente información a efectos de adoptar una decisión basada en un adecuado balance de riesgos y beneficios"*. Aunque, la aplicación de este principio no es absoluta, puesto que *"implica armonizar la tutela del ambiente" con "el desarrollo, mediante un juicio de ponderación razonable. Por esta razón, no debe buscarse oposición entre ambos, sino complementariedad, ya que la tutela del ambiente no significa detener el progreso, sino por el contrario, hacerlo más perdurable en el tiempo de manera que puedan disfrutarlo las generaciones futuras" (Fallos 332: 663)"*.

iv.- Área involucrada en autos. Margen Derecha del Río Mendoza, Subcuenca El Carrizal

Para finalizar la introducción a la temática objeto de decisión y contar una descripción acabada de la coyuntura en que la controversia se halla inserta, corresponde realizar una reseña respecto de las etapas por las que transitó la denominada Subcuenca El Carrizal (Margen Derecha del Río Mendoza).

El Expediente N° 218.713 venido como AEV al proceso, nos brinda una muestra detallada de las alternativas por las que ha atravesado dicha área.

Se advierte que ya en el año 1994, productores de las zonas de Ugarteche, Carrizal y Anchoris, del Departamento de Luján de Cuyo, expresaban ante el DGI la grave preocupación que soportaban los regantes por aguas subterráneas de las zonas ubicadas al sur del Río Mendoza, motivado por la salinización de los suelos por efecto de las aguas y la disminución de los caudales, situación que atribuyeron a la defectuosa explotación que se hace por parte de empresas petroleras en el sector, como por la pretendida incorporación de nuevas tierras. Requirieron medidas específicas (censo de la totalidad de los pozos ubicados al sur del Río Mendoza, en el Departamento de Luján de Cuyo y análisis de la calidad del acuífero y determinación de la cantidad del mismo) y que intertanto no se autorizara la realización de nuevas perforaciones.

En el curso del año 1997, se suceden múltiples notas de usuarios, asociaciones y diversos interesados, poniendo de manifiesto ante el DGI diversas problemáticas de la zona, en relación al recurso hídrico subterráneo y exigiendo la planificación correcta del uso del suelo.

Luego de la elaboración de distintos documentos técnicos, la Dirección de Aguas Subterráneas sugiere al Superintendente la necesidad de declarar “Área de Restricción de Explotación de Agua Subterránea” del acuífero ubicado a la margen derecha del Río Mendoza, denominada subcuenca El Carrizal, que comprende los distritos de Blanco Encalada, Perdriel, Agrelo, Ugarteche, Anchoris y El Carrizal, pertenecientes al Departamento de Luján de Cuyo y en menor proporción al Departamento de Tupungato (año 1997). Indicó que el pedido tenía su origen en aspectos de carácter cuantitativo, pues la disponibilidad de aguas subterráneas se encuentra cubierta y de proseguir otorgando permisos y concesiones de uso de aguas subterráneas traerá al breve plazo afectaciones a las perforaciones existentes.

Cabe recordar que por Resolución N° 673/97 del HTA (B.O. 30/12/1997), se facultó al Superintendente para declarar áreas 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 hidrológico del acuífero, sea por descenso de niveles o desmejoramiento en la calidad de sus aguas. Se establecieron a tales efectos los

parámetros que habilitarían tales declaraciones.

En este contexto el Superintendente mediante la Resolución N° 503 (04/12/1997), dispuso la convocatoria a una audiencia pública para la “Evaluación del uso racional del agua subterránea en la margen derecha del Río Mendoza”.

Posteriormente, en febrero de 1998, el Superintendente emitió la Resolución N° 107 (27/02/1998), por la cual se declaró Area de Restricción de construcción de nuevas perforaciones de explotación de agua subterránea en la margen derecha del río Mendoza, en el área denominada Subcuenca El Carrizal, abarcando los distritos de Agrelo, Blanco Encalada, Perdriel, Ugarteche, Carrizal y Anchoris, en los Departamentos de Luján de Cuyo y Tupungato, a partir de la fecha de publicación en el B.O. y por el término de dos años (art. 1°).

Estableció la resolución asimismo que únicamente se autorizaría la construcción de una nueva perforación, cuando la misma sea en reemplazo de una existente en funcionamiento o fuera de servicio y equivalencia de diámetro de caño de salida y de caudal, previo cegado de ésta. Las nuevas perforaciones deberían instalar instrumentos de medición de volumen, a ubicar en la cañería de descarga, con capacidad de memoria equivalentes al volumen a extraer durante dos (2) meses, como mínimo y la colocación de tubos específicos que permitan la medición de niveles estáticos y dinámicos, en lugares visibles y de acceso permitido para el personal técnico que disponga el Departamento General de Irrigación (art. 2°).

También dispuso que durante la vigencia de la restricción establecida, la Dirección de Aguas Subterráneas implementaría con respecto a la oferta del recurso subterráneo, un programa de medición de niveles durante el período de verano (activo) y de invierno (quietud) a través de dos monitoreos anuales y con respecto a la demanda, un censo de perforaciones y mejoras de la metodología de conocimiento de las perforaciones de funcionamiento a través de los datos obtenidos por los entes proveedores de energía eléctrica, a cuyas resultas se efectuará la revisión de la presente norma; sin perjuicio de otras medidas de control y vigilancia, que se consideren oportunas (art. 3°).

Indicó que las presentaciones de permisos de perforaciones realizadas con anterioridad a la puesta en vigencia de dicha resolución, seguirían idéntico tratamiento que el mencionado en los arts. 1° y 2° (art. 4°) y que excepcionalmente el Superintendente podría autorizar la construcción de una nueva perforación sin que medie reemplazo de otra existente, a solicitud de Entes Públicos de carácter nacional, Provincial y/o Municipal, fundada en razones de seguridad, salubridad y/o estratégicas (art. 5°).

Por Resolución N° 260 (08/07/1999) del H. Tribunal Administrativo del DGI,

se modificó el último párrafo del art. 3° de la Resolución N° 673/97 del HTA, el que quedó redactado de la siguiente forma: “Art. 3°: ...*En ambos casos solo podrá otorgarse un nuevo permiso de perforación dentro del área de restricción, cuando la misma sea en reemplazo de otra perforación en funcionamiento existente en la zona restringida o por una fuera de servicio ubicada en el mismo inmueble para el que se solicita dicho permiso. Deberá entenderse por fuera de servicio, la condición de inactividad que afecta a las perforaciones durante un período no mayor de un año al de la fecha de solicitud del nuevo permiso. En cuanto a la equivalencia de diámetro de caño de salida y de caudal, deberá mantenerse el declarado en el caso de reemplazo del pozo existente y para el supuesto del caso “fuera de servicio” deberá verificarse su anulación y cegado, manteniéndose su diámetro de caño de salida y de caudal”.*

En el curso del año 2000, la Dirección de Investigación y Planificación Hídrica, requirió al Director del Instituto Nacional de Agua, la presentación de un informe de avance, elaborándose un Informe de Avance (fs. 97/98), un Segundo Informe de Avance (fs. 150/156) y posteriormente la ampliación de las conclusiones del Segundo Informe de Avance del proyecto y el Análisis de la Variación del Almacenamiento en el Acuífero Libre de la Cuenca Hidrogeológica de Mendoza Zona Norte y Subcuenca Carrizal (fs. 156).

El día 21 de febrero de 2000 la Dirección de Investigación y Planificación Hídrica dirigió nota al Superintendente, en la cual le solicitó considere una serie de recomendaciones con el fin de salvaguardar los derechos y permisos concedidos por ese DGI Asimismo, sugirió prorrogar la vigencia de la Resolución N° 107/98.

Realizada la audiencia pública convocada por Resolución N° 177 del Superintendente, éste dicta la Resolución N° 220 (13/03/2000), por la cual se proroga la vigencia de la Resolución N° 107/98, con igual alcance que aquella.

A ello, se sucedieron nuevas prórrogas respecto de tal medida, mediante la Resolución N° 570 del Superintendente (05/06/2002, B.O. 19/06/2002); la Resolución N° 262 (19/03/2004, B.O. 21/05/2004) y la Resolución N° 205 (15/03/2006; B.O. 22/03/2006).

Cabe aclarar, que en el curso del año 2008, fue dictada la Resolución N° 525 (B.O. 10/07/2008), por la cual el Superintendente General de Irrigación ad referendum del HTA, resolvió disponer la inaplicabilidad de las exigencias previstas en la Res. 260/99 HTA para el otorgamiento de nuevos permisos de perforación en el área de restricción denominada "Margen Derecha del Río Mendoza, Subcuenca acuífero El Carrizal" (art. 1°); que sólo podría otorgarse un nuevo permiso de perforación dentro del área de restricción denominada "Margen Derecha del Río Mendoza, Subcuenca acuífero El Carrizal" cuando

la misma sea en reemplazo de una existente ubicada en la misma parcela catastral (art. 2°); y que las perforaciones a ofrecer en reemplazo para acceder a un nuevo permiso deberán haber estado en funcionamiento efectivo en los últimos dos años, en el marco de la concesión para la que fueron autorizadas, circunstancia que deberá ser acreditada fehacientemente por el interesado (art. 3°).

Ello en función de que, como se indicó en los Considerandos de dicha Resolución, conforme lo informara la Dirección de Gestión Hídrica, en el área de restricción mencionada se estaba produciendo un aumento de la superficie cultivada, con el consiguiente aumento de los caudales extraídos y una concentración de los bombeos en una franja estrecha del territorio, lo cual podría ocasionar problemas zonales respecto a los descensos de nivel y afectación de los permisos ya otorgados.

Especificó también que en los últimos siete (7) años se han solicitado 101 permisos de perforación en el área; que las perforaciones ofrecidas en reemplazo de las nuevas a construir estaban subocupadas, en cambio, las nuevas están utilizando el máximo caudal de la concesión y con coeficientes de uso alto; entendió que ese número es altamente significativo tanto en cantidad como por el breve tiempo en que se han producido y que a fin de proteger los derechos adquiridos por anteriores permisionarios o concesionarios del uso de agua subterránea, y en ejercicio del poder de policía que al Departamento General de Irrigación compete en materia hídrica (art. 188 Constitución Mendoza, Ley N° 4.035, Ley N° 4.036) la Dirección de Gestión Hídrica aconsejaba detener el aumento de los bombeos y, en particular el traslado de las perforaciones a la zona oeste del acuífero y estimaba oportuno prohibir la construcción de nuevas perforaciones en el área denominada "Margen Derecha del Río Mendoza, Subcuenca acuífero El Carrizal", salvo que se ofrezca en reemplazo de la nueva a construir una perforación que ubique en la misma parcela catastral y que se haya encontrado en funcionamiento efectivo en el marco de la concesión durante los últimos dos años.

Por su parte, en el curso del año 2009, la Dirección de Policía del Agua, dirigió nota al Secretario de Gestión Hídrica, manifestando la conveniencia de fijar en cinco (5) años la prórroga en la medida de restricción para la construcción de nuevas perforaciones en la margen derecha del Río Mendoza, Subcuenca El Carrizal.

El 6 de marzo de 2009 el Superintendente dictó la Resolución N° 252 (B.O. 13/03/2009), por la cual prorrogó la vigencia de la Resolución N° 107/98 y sus ampliaciones, por el término de cinco (5) años a contar desde el vencimiento del plazo dispuesto por la Resolución N° 205/06 (art. 1°). Dispuso que a los fines de la consideración de las solicitudes de permiso de perforación que se sustancien y demás trámites que

correspondan, téngase presente a georeferenciación de los límites de la Subcuenca El Carrizal informada por la Secretaría de Gestión Hídrica conforme las coordenadas abajo indicadas. Los permisos que se otorguen en el área de restricción en cuestión deberán ser encuadrados en el marco normativo establecidos en las Resoluciones N° 673/97 del HTA, N° 525/08 de Superintendencia y N° 380/08 del HTA (art. 3°).

En julio de 2009, se elaboró un Informe Técnico, que contiene el “Análisis de la evolución de las reservas hídricas subterráneas y de la salinidad a base de las mediciones de las redes monitoras en las cuencas norte, centro y sur de Mendoza”: IT N° 120 INA CRA (fs. 322/331) y a fs. 332/384, luce Informe de marzo de 2010 “Dinámica Hídrica de la Subcuenca El Carrizal. Área de restricción Margen Derecha Río Mendoza”, documento realizado con la participación de Rafael Daniel Corral, Ing. G Ortiz Maldonado, Lic. R. Silanes, Ing. E Montero, Lic. A Femenias, Mustoni, Labianca, Marroquin, Foster y otros especialistas del Instituto Nacional del Agua (J. Robles, N. Martini, A. Alvarez), a los que se solicitó su participación en el marco de los estudios por los que se realizó el Informe Técnico N° 120 INA-CRA.

El 11/03/2010 dictaminó el Departamento Jurídico. Allí expresó que:

\*El objeto de la consulta que se efectúa por la Dirección de Policía del Agua, corresponde ser atendido en cuanto a cómo instrumentar las acciones de estudio e intervención instadas, y en cuanto a la viabilidad de morigerar el área de restricción al *“permitir el otorgamiento de un pequeño número de permisos de perforaciones que extraigan un volumen de agua que no afecte el estado de equilibrio, es decir que no supere el 5% del volumen extraído para permitir la evaluación de proyectos”*.

\*Luego de consignar las facultades de disponer áreas de restricción y lo acaecido desde el año 1998, expresó que, sin embargo, debe atenderse que tal restricción no es permanente, sino que atiende a las necesidades de preservación del acuífero, y debería cesar en caso de que la situación del mismo lo permitiere. Señaló que en el caso, se observa que si bien no existe una mejora en el balance hidrológico que permita el cese pleno de la restricción, sí existe un mejoramiento parcial que habilita a aumentar limitadamente -aproximadamente en un 5% según los estudios técnicos de autos- la demanda hídrica del recurso subterráneo.

\*Aclaró que lo que se expresa no importa las excepciones que contempla el art. 5 de la Resolución 673/97 del HTA.

\*Entendió que de implementarse este tipo de medidas, el problema administrativo que se generará es en cuanto a la determinación de los interesados que deben ser beneficiados por un permiso de perforación. El informe precedente observa

claramente que sin riesgo al balance hídrico que se ha recompuesto paulatinamente solo pueden autorizarse perforaciones que equivalgan al 5% del volumen extraído.

\*En caso de que deba seleccionarse entre diversas solicitudes de interesados en realizar nuevas perforaciones, deberá atenderse el uso al que se procura destinar la nueva perforación, así como el usuario solicitante, en los términos de los arts. 4°, 6° y 7° de la Ley de Aguas Subterráneas. Igualmente, si en los casos de estudio existieran proyectos técnicos adecuadamente fundados que permitieran acreditar fehacientemente que ciertos casos importan un beneficio económico social notoriamente superior, el art. 8° de la Ley 4035 permite mediante resolución fundada priorizar los mismos frente a otros eventuales interesados que procuren proyectos de menor interés económico-social.

\*Siendo el Superintendente competente para realizar estudios y obras tendientes a la recarga, conservación y aprovechamiento de los acuíferos, corresponde al mismo disponer las medidas necesarias para instar tales acciones. Igualmente, siendo competente para declarar y suprimir áreas de restricción, también lo es para modular parcialmente las exigencias de las mismas cuando los estudios técnicos muestran que la prohibición plena se torna desproporcionada e irrazonable frente a las necesidades reales.

A continuación, se emitió la Resolución N° 232 (11/03/2010, fs. 391/395) del Superintendente General de Irrigación, en cuyos Considerandos se indicó que el acuífero correspondiente a dicha Subcuenca presentaba en su balance hidrológico un mejoramiento parcial que habilitaba a aumentar limitadamente -aprox. en un 5% según los estudios técnicos- la demanda hídrica del recurso subterráneo, y, como consecuencia de ello autorizó el otorgamiento de nuevos permisos de perforación de dicha área, sin necesidad de que el beneficiario acredite la anulación de otras perforaciones en el mismo inmueble y siempre que se respete el orden de preferencia establecido en los arts. 4°, 6°, 7° y 8° de la Ley 4.035.

Aclaró que la modulación propuesta, no importa las excepciones que contempla el art. 5° de la Resolución N° 673/97 del HTA, en cuanto éstas refieren a la autorización excepcional de perforaciones en casos en que subsiste la restricción y sus causas, mientras lo que se considera en este caso es modular la prohibición en base a una alteración de la plataforma fáctica que ha sido su causa.

Añadió que siendo imposible distender la restricción más allá de la medida que permite aseverar técnicamente el no perjuicio sensible al acuífero por aplicación del principio de precaución, a los efectos de encauzar la solución del problema administrativo que importa la determinación de los interesados, que deben ser beneficiados por un permiso de perforación ante lo limitado de la oferta disponible y la gran demanda existente

en la zona, el dictamen del Departamento Jurídico señala el orden de preferencia que impone la Ley N° 4.035.

Estableció que los referidos beneficiarios deben ser condicionados oportunamente en los permisos que se otorguen con exigencias que garanticen el desarrollo efectivo del proyecto al que se destina el agua, que tal desarrollo se realice con tecnología eficiente en el uso del agua, y que no se presente conflicto judicial o administrativo pendiente en torno al uso del acuífero al que acceden, todo ello como condiciones inherentes a la presente autorización.

En virtud de ello, la Resolución N° 232 resolvió:

(a) Encomendar a la Secretaría de Gestión Hídrica, la realización de los estudios y acciones que ha informado en su estudio técnico precedente, debiendo elevar a la Superintendencia un programa de desarrollo para su aprobación (art. 1°);

(b) Encomendar a la Secretaría de Gestión Hídrica, la identificación de aquellas peticiones de permiso de perforación en el área de restricción creada por Resolución N° 107/98 que encontrándose en trámite, correspondan ser priorizadas por aplicación de los arts. 4°, 6°, y 7° de la Ley 4.035 a los efectos del otorgamiento de los permisos respectivos para acceder al volumen limitado que sugieren los informes técnicos (art. 2°);

(c) Cumplido con art. 2°, previo informe de Superintendencia, autorícese la continuidad del trámite de perforación y su resolución en los casos en que corresponda la prioridad que fija la Ley 4.035 sin que tales peticiones deban cumplir las exigencias generales que surgen del régimen de restricción impuesto en el área por la referida Resolución N° 107 (art. 3°).

(d) Indicó asimismo que la autorización establecida en el art. 2, se encuentra condicionada a una serie de exigencias: a.- los permisos que se otorguen, solo podrán beneficiar a solicitantes que no presenten litigios administrativos o judiciales pendientes con el DGI vinculados al uso de las aguas en el área alcanzada por la Resolución N° 107/98 (desistimiento a toda acción en la materia); b.- los permisos que se otorguen estarán condicionados a que los interesados instrumenten sistemas tecnificados y altamente eficientes del uso del agua subterránea, resultando causal especial de caducidad del permiso de perforación y/o concesión de uso del agua subterránea el incumplimiento de esta exigencia. c.- Los permisos que se otorguen de conformidad a lo establecido en el art. 2, deberán estar condicionados a que los proyectos productivos económicos que beneficien presenten el desarrollo de utilización efectiva del recurso en el fin otorgado -con desarrollo pleno del proyecto- en un plazo máximo de 24 meses, resultando una causal especial de caducidad del permiso, el incumplimiento de esta exigencia. d.- Si se produjera la venta o

cambio de razón social de los titulares a los cuales se otorgó el permiso, los nuevos responsables tendrán que cumplir con las condiciones expresadas en los puntos anteriores por constituir condiciones inherentes a la autorización del recurso que se otorga.

(e) Disponer que del total de las 22 perforaciones posibles de desarrollar conforme el informe de la Dirección Policía del Agua, sólo autoriza en el marco del art. 3 de la presente Resolución la tramitación de 19 perforaciones, debiendo reservarse las 3 restantes exclusivamente para usos de abastecimiento poblacional que sea solicitado en futuros proyectos en la zona (art. 5°).

(f) Finalmente, por su art. 6°, ordenó su registración, comunicación y archivo de copia y cumplido, su remisión a la Secretaría de Gestión Hídrica.

A continuación, luce nota del 22 de marzo de 2010, suscripta por Lic. Rafael Daniel Corral -Dirección Policía de Agua- e Ing. Marciano Juan Gasco (Secretario de Gestión Hídrica), en la cual señalan que en cumplimiento de lo dispuesto en el art. 2 de la Resolución 232, se procedió a compulsar los expedientes en trámite que refieren a solicitudes de permiso de perforación en el área dispuesta por Resolución N° 107/98, atendiendo primeramente las prioridades que surgen de los arts. 4° y 6° de la Ley 4.035 y, segundamente, la que fija el art. 7° de dicha ley. Indican que solo se encontró un caso de trámite instado por un peticionante dentro del segundo orden de prioridad (consorcios, asociaciones o cooperativas de usuarios”), el que supera en su petición la disponibilidad hídrica existente: el correspondiente a la Cámara de Comercio, Vitivinicultura, Turismo y Producción Alto Agrelo.

Cabe adelantar que es bajo el ámbito de la citada Resolución N° 232 y del aludido informe producido en su marco, en que fueron otorgados los permisos de perforación, que luego dieron lugar a las denegatorias de las concesiones respectivas en el caso, circunstancias que acaecieron entre el año 2010 y el año 2013, las cuales serán desarrolladas y analizadas en el punto siguiente.

Para finalizar el examen de las etapas de regulación por las que transitó la Subcuenca El Carrizal, es dable destacar que en el año 2014, el Director de Gestión Hídrica requirió que se le solicite al sector Aguas Subterráneas que analice e informe sobre la prórroga o no de la restricción de perforaciones en la Subcuenca el Carrizal, lo cual dió lugar a la elaboración de un Informe Técnico: Condición Hidrológica Actual del Acuífero de Margen Derecho del Río Mendoza- Subcuenca el Carrizal, en el cual se concluye que dado que la Resolución 252/09 referida a la Declaración de Restricción de Margen Derecha-Subcuenca El Carrizal vencida el 06/03/2014 y como consecuencia de las condiciones hidrogeológicas precedentemente señaladas, esta Subdirección de Aguas

Subterráneas sugiere a SS la prórroga por igual período de 5 años.

Posteriormente, el Director de Gestión Hídrica y Secretario de Gestión Hídrica sugiere también la prórroga por igual lapso.

El 8 de julio de 2014 se emitió la Resolución N° 530 (B.O. 14/07/2014), por la cual el Superintendente General de Irrigación, prorrogó la vigencia de la Resolución N° 107/98, mediante la cual se declara área de restricción de construcción de nuevas perforaciones para la explotación de aguas subterráneas, en la Zona de la Margen Derecha del Río Mendoza, en la Subcuenca El Carrizal”, por el término de cinco (5) años desde el vencimiento del plazo de la Resolución N° 252 (art. 1°).

Se especificó que sin perjuicio de la georeferenciación del límite del acuífero que se declara en el presente artículo, en aquellos supuestos en que existan dudas razonables en cuanto a la ubicación relativa a la perforación que se proyecte con respecto al acuífero restringido, en razón del principio precautorio deberá suspenderse toda tramitación tendiente a otorgar permiso de perforación hasta tanto se constate la inexistencia de vinculación física entre el acuífero a perforar y la Subcuenca El Carrizal (art. 2°).

Los permisos que se otorguen en el área de restricción a la que se refiere el presente resolutivo, deberán ser encuadrados en el arco normativo establecido en la Resolución N° 164/13 de Superintendencia (art. 3°).

Por su parte, por Resolución N° 1108 del Superintendente General de Irrigación (B.O. 07/08/2024), se dispuso la continuidad de la situación de restricción para el otorgamiento de nuevos permisos de perforación, a llevarse a cabo en la Margen Derecha del Río Mendoza-Subcuenca El Carrizal, por el plazo de dos (2) años, a partir de dicha resolución, ello en uso de las facultades conferidas por los arts. 1 y 3 de la Resolución N° 673/97 HTA (art. 1°).

Estableció quedar exceptuadas de lo dispuesto en dicho artículo, las siguientes solicitudes de permisos de perforación: a) Solicitudes que tengan como destino el abastecimiento poblacional; b) Solicitudes presentadas por Inspecciones de Cauce que tengan por objeto aumentar la dotación superficial insuficiente (Refuerzo de Dotación en su respectivo Canal); c) Las solicitudes que tengan por objeto la obtención de autorización para sustituir perforaciones en los términos establecidos por la Resolución N° 899/17 de Superintendencia y demás normativa vigente (art. 2°).

Ratificó el Mapa de Zona de Disponibilidad aprobado por Resolución N° 1541/17 de Superintendencia (art. 3°) y dejó establecido que no resultaba procedente una redistribución de los volúmenes de agua no asignados, indicados en el informe realizado

por la Dirección de Gestión Hídrica-Subdirección de Aguas Subterráneas, de los cuales se había desprendido que a partir del año 2012, la tendencia en la evolución de los niveles es descendente y preocupante, ya que en los últimos tres años han aumentado los pozos que registran mínimos históricos, debido a que no puede garantizarse: 1.- Que el caudal factible de ser extraído no comprometa con perjuicio de terceros la calidad, capacidad o disponibilidad de la fuente del acuífero; 2.- Que el caudal factible de ser extraído no provoque una disminución o agotamiento del caudal medio para satisfacer las explotaciones anteriores o prioritarias y que no causará perjuicio a las mismas (art. 4°).

Instruyó a la Dirección de Gestión Hídrica-Subdirección de Aguas Subterráneas a llevar a cabo cada uno de los estudios indicados en el informe de fs. 490/503 (art. 5°).

Procede recalcar que en forma previa al dictado de dicha Resolución, también tomó intervención el Instituto Nacional del Agua (INA), quien elaboró opinión técnica experta sobre el Informe de Continuidad de la Restricción en la Subcuenca El Carrizal, Margen Derecha del Río Mendoza, ratificando la necesidad de mantener y reforzar las medidas de gestión actuales, resultando crucial la inversión en monitoreo y estudios hidrológicos para adaptar las estrategias de gestión a las condiciones cambiantes y así asegurar el uso sostenible del acuífero para las generaciones futuras.

Asimismo los Considerandos de la Resolución N° 1108 recogen las conclusiones del dictamen legal elaborado por la Dirección de Asuntos Legales, en el que además de sugerir prorrogar la situación de restricción del acuífero y respecto a la situación de las solicitudes existentes para perforar tenidas en cuenta en la Resolución N° 631/24 de Superintendencia y la conveniencia de redistribuir o no en favor de ellas el volumen no asignado mencionado en el informe de fs. 513/516 y aclaratoria de fs. 518/520, sugiere no redistribuir el volumen no asignado consignado en dicho informe, debido al tenor del informe técnico del Departamento de Planificación, que fue puesto a disposición para comentarios del INA e IHLLA. Allí consigna que debía considerarse asimismo la situación judicial de causas que aún no tienen sentencia vinculadas a permisos y concesiones de uso de aguas subterráneas sobre la cuenca, ya sea por rechazo de concesión (Santa María de Los Andes y vinculadas), sanción de caducidad (Zander Express y vinculadas), revocación de permisos (Maturana América Latina, Bodegas y Viñedos Don Fernando Martins y vinculadas) entre otros, teniendo en cuenta especialmente que la hipotética acogida de dichas causas significará un impacto sobre el acuífero.

C.- Antecedentes administrativos de trascendencia:

Habiéndose dejado consignadas las características del área en cuestión y las

etapas atravesadas por la misma, corresponde ingresar en el examen de aquellos antecedentes específicos que condujeron a que, en el marco de la Resolución N° 232/2010 cuyo contenido ya se reseñara, fueran otorgados los permisos de perforación involucrados en autos y luego denegadas las concesiones, a través de los actos que se impugnan en el presente:

1.- Expediente N° 259.330 del Departamento General de Irrigación:

Actuaciones iniciadas el día 30/09/2009, con un escrito presentado por Eduardo Galeano (Presidente de la Cámara de Comercio, Vitivinicultura, Turismo y Producción Alto Agrelo) y Julio César Tosti (Secretario), dirigido al Superintendente General de Irrigación, con el fin de solicitar *“audiencia para la presentación de nuestra entidad y exponer la problemática que afecta a nuestros asociados en el desarrollo de sus proyectos de inversión, la restricción al otorgamiento de las concesiones de agua subterránea sobre la margen sur del río Mendoza, abarcando las zonas de desarrollos de dichos proyectos de inversión”*.

A fs. 3/6 obra agregado escrito suscripto por Julio César Tosti, también dirigido al Superintendente, en representación de la aludida Cámara, indicando como motivo de la presentación, *“solicitar la consideración de los medios necesarios de excepciones para que los proyectos de inversiones vitivinícolas que se encuentran asociados a nuestra Cámara de Comercio, puedan obtener los correspondientes permisos y concesiones para el alumbramiento de aguas subterráneas”*.

Precisó que a tales efectos adjuntaba las *“carpetas técnicas con toda la documentación requerida para el inicio de los expedientes administrativos de cada empresa, acreditando en cada caso la personería del firmante y el nombramiento del representante técnico...”* y que dicho pedido *“obedece a la necesidad de fomentar y avanzar con una serie de proyectos privados de inversión en el área denominada Alto Agrelo, algunos de los cuales ya se encuentran en ejecución y otros se encuentran en espera a la obtención de dichos permisos para el inicio de las obras necesarias, siendo en todos los casos proyectos de inversiones con fondos ya asegurados para el cumplimiento de los plazos y metas fijadas. El desarrollo de estos proyectos provocarán una mejora sustancial tanto social como económica en la zona de influencia, generando una gran cantidad de puestos de trabajos estables en forma directa y un efecto multiplicador en todas las actividades industriales y comerciales de la zona, abarcando los departamentos de Luján de Cuyo, Tupungato, Tunuyán, debiéndose considerar también la movilidad de trabajadores temporarios que ocupará las distintas industrias que intervendrán en la construcción y en el sector agrícola en el armado de las distintas fincas”*.

Consignó asimismo que “es de nuestro conocimiento que el área donde se solicitan dichas perforaciones está comprendida dentro de las restricciones contempladas por las Resoluciones 107/98, 570/02, 262/04, 205/06 y 525/08 y que nuestra Cámara comprende las normativas vigentes, pero luego de extensos análisis de la totalidad de los proyectos y de las tecnologías que se utilizarán para el uso y cuidado del recurso hídrico, haciendo especial cuidado en la utilización de traslados sin pérdidas de fluido, sin provocar procesos de evaporación y haciendo la extracción en forma equilibrada y controlada, se puede inferir que el otorgamiento de las necesidades requeridas por nuestros proyectos no afectará el equilibrio de la cuenca, asumiendo que todos los proyectos se comprometerán a respetar la utilización eficiente del agua, sometiéndose a los controles que vuestro Organismo requiera. Este compromiso se visualiza dado que todos los proyectos cuentan con los desarrollos de los sistemas de riego previsto, donde se estipula el caudal de extracción y el método de distribución para el riego, siendo el sistema adoptado el de ´riego gota a gota´, mediante la presurización de la cañería distribuidora. La totalidad de las empresas que componen nuestra Cámara, tienen los proyectos totalmente desarrollados y planificados, incluso alguno de los cuales ya cuentan con resolución declaratoria de Interés Municipal de la Comuna de Luján de Cuyo, como por el ejemplo el proyecto Santa María de los Andes y Vignes des Andes. Nuestra Cámara ha mantenido reuniones constantes con autoridades municipales y provinciales presentando los distintos proyectos y cada una de las problemáticas que enfrentamos para la realización de los mismos, contando en todo momento con el apoyo de dichas autoridades, como así también de las empresas prestadoras de servicios, quienes de una manera u otra fueron analizando y presentando distintas alternativas de soluciones. Es nuestro deseo contar con el apoyo del Departamento General de Irrigación y aunar los esfuerzos para que la zona se convierta en un nuevo polo de alta gama vitivinícola, con el consiguiente crecimiento económico y comercial de toda la zona de influencia. La conformación de la Cámara de Comercio, tiene como fin, canalizar y organizar en forma conjunta los esfuerzos de los asociados, y crear un vínculo entre las autoridades municipales y provinciales, las empresas intervinientes y la comunidad, generando espacios dedicados a la cultura, a la capacitación del personal necesario, y sobre todo a la difusión del área como centro de producción de vinos de alta calidad, en conjunción con una nueva oferta hotelera y de servicios que actualmente no tiene, con centros de convenciones, spa, y toda clase de servicios para el turismo en general, nacional e internacional”.

A continuación, efectuó una descripción de los proyectos integrados a la

Cámara y que señaló se hallaban en ejecución o próximos a hacerlo, respecto de los cuales se adjuntó la documentación para el inicio de los expedientes correspondientes: Santacroce S.A.; Bulnes S.A.; Santa María de los Andes S.A., Vignes des Andes S.A., Aymuray S.A., Viñas Alto Agrelo S.A., Proyecto Agrícola “Altos de Agrelo, Luján de Cuyo”, Proyecto Cerezas Argentinas.

En el caso de Santa María de los Andes S.A., se indicó que el proyecto consistía en el aparciamiento cooperativo de viñas entre distintos propietarios y de distintas dimensiones (entre 7 y 10 has), la implantación, el control y la cosecha es realizada por la sociedad gerenciadora (Santa Maria de los Andes S.A.). Actualmente se encuentran 130 has ya implantadas y en producción y con una superficie similar preparadas para la implantación respectiva. La propiedad cuenta con galpones, casas de encargados, maquinarias agrícolas. Destacan dos variables importantes para el desarrollo de la zona y de la provincia, mano de obra que se está ocupando en las tareas agrícolas e industriales de construcciones y la cantidad de propietarios que ya existen en este proyecto, como los interesados potenciales, lo que hace que sean numerosos minifundios, lo que produce distribución de la riqueza como también el trabajar desde una gerenciadora, que unifica los costos y hace más eficiente la ocupación de los profesionales y trabajadores intervinientes. El cronograma del desarrollo integral, tanto de la implantación de viñas, olivos, construcción de bodega y demás tareas, es de un total de 120 meses.

Se especificó sobre el sistema de riego previsto, que para la realización, ejecución y perfecto funcionamiento del proyecto vitivinícola, se utilizará el sistema de “gota a gota”, acumulando el agua en reservorios ya instalados y que para la continuación del cronograma del proyecto es necesario la realización de 2 perforaciones de 12” para la extracción de agua, aplicando la mejor tecnología en el control del riego en todos los casos. Turismo: existe un proyecto para realizar un museo de los pueblos originarios, Centro Cultural para escritores y músicos, y polo de artesanos. Generación de puestos de trabajo estable y temporario: dado el tipo de explotación agrícola, industria y de turismo durante el año se han ocupado más de 100 personas estables y temporarias, destacando que solamente se ha desarrollado el 15% del proyecto, lo que significa que estando en pleno funcionamiento crecería en el tiempo, tanto en lo que hace a la mano de obra agrícola, y especializada. La empresa en la actualidad se encuentra capacitando al personal que están en proceso de poda y mantenimiento de viña. La inversión estimada para el desarrollo del proyecto es de USD 70.000.000,00, a lo largo de los 10 años, con la consiguiente inversión continua por el flujo de mantenimiento de los activos fijos y viñas, en el transcurso de la vida útil de las plantaciones.

A continuación, luce la escritura correspondiente al Acta constitutiva y Estatuto Social de Cámara de Comercio, Vitivinicultura, Turismo y Producción Alto Agrelo (Escritura N° 157, 21/04/2009), en la cual se hacen constar los concurrentes -algunos por derecho propio (señores Galeano, Morsucci, Guevara Mosso, Bucasta, Valentini, Pereyra, Raúl Angel López y Diego Nicolás López) y los restantes en nombre y representación de Vignes Des Andes, Santa Croce S.A., Bulnes S.A., Santa María de Los Andes S.A., Golf Club Alto Agrelo S.A.-, se reúnen con el objeto de dejar constituida una asociación civil sin fines de lucro, con el siguiente objeto: a) agrupar a los empresarios del comercio, de la industria vitivinícola, del turismo, de la producción y actividades conexas, a los fines de la defensa mutua de sus intereses y del crecimiento de los distintos sectores comerciales, culturales, educativos, ambientales y económicos de la comunidad Alto Agrelo; b) petitionar ante los poderes públicos en todo lo concerniente a los intereses generales del Departamento y en protección común de los asociados y su comunidad; c) gestionar ante los poderes públicos la derogación, postergación o modificación de los instrumentos legales que se conceptúen lesivos a los intereses generales de la comunidad; d) Gestionar ante las empresas o entidades públicas y/o privadas las mejoras de los servicios públicos que explotaren, en la medida que se considere equitativo y justo; e) estimular las iniciativas de los asociados cuando ellos lo merezcan fomentando en la mayor medida el espíritu de asociación; f) fomentar entre los asociados las transacciones que promuevan el progreso zonal; g) adquirir inmuebles para beneficio social; ...r) fomentar la unidad y vinculación entre los socios; s) contribuir moralmente a toda manifestación de progreso que se opere en el departamento.

En el Estatuto de la Asociación transcrito en dicho acto, se establece que queda constituida la Cámara de Comercio, Vitivinicultura, Turismo y Producción Alto Agrelo, como asociación civil sin fines de lucro, con fines gremiales y de defensa de los intereses generales y de las fuerzas activas y productivas del Departamento de Luján de Cuyo.

El expediente culmina en la fs. 61, con una nota del 3 de noviembre de 2009, suscripta por el Ingeniero Juan Carlos Ruiz, Eduardo Galeano (Presidente) y Julio César Tosti (Secretario), dirigida al Director de la Dirección de Policía del Agua del DGI, en la que indica que *“de acuerdo a lo manifestáramos en la audiencia concedida, quienes presentamos el carácter de asociados a la Cámara que representamos queremos ratificar nuestra intención de desarrollar proyectos de inversión en el área donde se encuentran las propiedades que nuclean nuestra entidad. En este sentido, a la brevedad formalizaremos la presentación de los detalles de los proyectos de inversión que aspiramos para Alto*

*Agrelo, el que se encuentra concebido como una estrategia de desarrollo zonal colectiva, estrategia que ha sido motivo de nuestra asociación en la Cámara que integramos. Igualmente, le adelantamos que oportunamente y en función del grado de cálculo a nivel ejecutivo que se alcance, iniciaremos los respectivos expedientes para tramitar las perforaciones necesarias para el proyecto. Si bien en la reunión mantenida hemos sido advertidos de las limitaciones jurídicas que existen en el área con motivo de las restricciones fijadas por la Superintendencia, nuestro espíritu emprendedor nos lleva a continuar con las presentes solicitudes, convencidos en que las diversas medidas adoptadas por el Departamento General de Irrigación permitirán en algún futuro, que esperamos no sea muy lejano, dejar sin efecto las restricciones ante una recuperación del acuífero”.*

2.- Expediente N° 265.679 del Departamento General de Irrigación:

Iniciado el día 17/12/2009, asunto: Proyecto de inversión económico y financiero. Proyecto Agrícola Alto Agrelo Luján de Cuyo.

Comienza con una nota dirigida por Julio César Tosti (Secretario de la Cámara de Comercio, Vitivinicultura, Turismo y Producción Alto Agrelo), al Superintendente (cargo de entrada 17/12/2009), con motivo de adjuntar información adicional de cada proyecto de inversión que componen la Cámara y que oportunamente solicitaran excepción a la restricción del otorgamiento de las concesiones para el alumbramiento de aguas subterráneas, con este fin y en forma conjunta se realiza la presentación de todas las carpetas técnicas para el inicio de los expedientes administrativos.

Luego de agregada toda la documentación, lucen a fs. 180 y 181, Acta de Inspección de la Dirección de Policía del Agua N° 0-00008656, del 2 de marzo de 2012, haciendo constar que los funcionarios se constituyen en RN7, Nueva Dumit y RP86-Agrelo, en donde se encuentran varios predios de propiedad integrantes de la Cámara CVTO Alto Agrelo, inspección relacionada con perforaciones varias obteniendo el siguiente resultado: se realiza una inspección ocular a las veinte (20) perforaciones que sirven o servirán fundos pertenecientes a los integrantes de la Cámara de Comercio. El resultado de lo observado durante la inspección referida al estado de las perforaciones y grado de avance de cada proyecto agrícola, se vuelca en un informe del cual se agrega copia en cada expediente de obra de las perforaciones involucradas.

A fs. 182/187, obra un informe de la Dirección de Gestión Hídrica, del 07/03/2012, suscripto por el Departamento Drenaje. Ref: Inspección perforaciones Cámara CVTyP Alto Agrelo.

Allí se indica que de acuerdo a lo oportunamente solicitado en el mes de

diciembre de 2011, en relación a un análisis detallado del estado de situación de cada uno de los pozos constituidos bajo el régimen de la Resolución N° 232/10, se eleva el informe genérico de la cuestión, sin perjuicio del análisis puntual del estado de cada pozo que se debe realizar en el trámite de cada perforación de conformidad al art. 15° y cc. de la Ley 4.035.

Precisa que para realizar el mismo, se efectuaron diversas inspecciones a cada una de las 20 perforaciones. El viernes 2 de marzo de 2012, se realiza una inspección ocular a las perforaciones correspondientes a la Cámara de Comercio, Vitivinicultura, Turismo y Producción Alto Agrelo, inspección que se suma a las ya realizadas en el tiempo que demandó la construcción de los pozos, tanto las particulares de las maniobras de perfilaje eléctrico, entubación y equipamiento de cada perforación, como así también las generales de actualización del estado de avance de las obras (29/09/2010; 29/06/2011; 16/12/2011 y 20/12/2011).

Detalle del estado de las perforaciones observado durante la inspección: respecto de las perforaciones involucradas en autos, se establece lo siguiente:

Perforación N° 6/1814: se encuentra equipada con bomba electrosumergible conectada con el tablero de comando en una casilla de mampostería contigua. Tiene cabezal para cañería de descarga de diámetro 8". No tiene acometida eléctrica. La línea de suministro de energía está en construcción. La propiedad se encuentra cultivada con viñas en espaldero, con sistema de riego presurizado (goteo), en el sector este de la misma, estando el sector oeste con tareas de desmonte. Se observa acopio de madera para puntales. Se ha presentado el Informe Técnico Final del Director Técnico.

Perforación N° 6/1816: equipada con bomba electrosumergible conectada con el tablero de comando en una casilla de mampostería contigua. Tiene cabezal para cañería de descarga de diámetro 8". No tiene acometida eléctrica. Junto a la casilla hay tendida en el suelo una columna de hormigón pretensado con dos ménsulas. La línea de suministro de energía está en construcción. La propiedad se encuentra cultivada con viñas en espaldero, con sistema de riego presurizado (goteo), en el sector este de la misma, estando el sector oeste con tareas de desmonte. Se observa acopio de madera para puntales. Se ha presentado el Informe Técnico Final del Director Técnico.

Culmina señalando que habiéndose cumplido con la elevación del informe a su conocimiento, como se solicitara, se agregará copia del mismo a cada uno de los expedientes de los pozos referidos, a los efectos de la debida constancia (fs. 188).

A fs. 188 vta., luce constancia dirigida a la Jefa de Gabinete, indicando que visto el informe precedente, solicitado por el señor Superintendente a cargo, se remite para

su conocimiento y efectos que estime corresponder (Departamento Aguas Superficiales y Subterráneas, 20/03/2012), suscripto por Angela Antonia Rusalen (Dirección de Gestión Hídrica); Rafael Daniel Corral (Director Policía del Agua); Ingeniero Marciano Juan Gasco (Secretaría de Gestión Hídrica).

El expediente termina con la actuación del 22/03/2012, suscripta por la Jefa de Gabinete del DGI (contadora Patricia Sonia Tieppo) y por el Presidente HTA A/C Superintendencia, en la cual se señala que vistos los informes producidos y atendiendo a que las actuaciones administrativas que dieron origen a cada permiso de perforación radican en Dirección de Asuntos Legales, corresponde una vez tomado conocimiento del estado de cada perforación por parte de la Superintendencia, se remitan los actuados al área legal a fin de consensuar en cada caso la viabilidad de obtener el título de concesión.

En la foja siguiente, luce nota de la Directora de Asuntos Legales, dirigida al Jefe de Gabinete, del 4 de marzo de 2013, en la cual se indica que la pieza administrativa está relacionada con las 20 perforaciones otorgadas en el año 2010, al amparo de la Resolución N° 232/2010 de Superintendencia, por la cual sugiere se remitan a consideración del HTA para que dicho cuerpo las tenga en cuenta al resolver.

3.- Expedientes N° 265.695 E8 y N° 265.694 E8,

Actuaciones por las que tramitaron las “*Solicitudes de permiso de perforación y concesión de aguas subterráneas*” presentadas por Santa María de los Andes S.A. ante el Departamento General de Irrigación el día 17/12/2009, respecto de dos nuevas perforaciones para alumbrar agua subterránea, en un inmueble de su propiedad (Nomenclatura 06-09-88-2200-304995-0000-9), destinados a actividades de agricultura y ganadería (cultivo de viñedos en 819 hectáreas, 3.072,48 m<sup>2</sup>). El primero, corresponde al pozo N° 6/1814 y el restante al N° 6/1816.

Lucen a continuación diversas constancias documentales (viabilidad catastral, proyecto de obra, planos de mensura) y las relativas a la publicación de edictos. Así, en el expediente N° 265.694 obra a fs. 21 constancia de publicación en el Boletín Oficial, los días 25 y 26 de febrero de 2010 y, en las mismas fechas, en el Diario Uno. En el expediente N° 265.695, las constancias corresponden a la publicación en el B.O. los días 23 y 24 de febrero de 2010 y, en iguales fechas, en el Diario Los Andes (fs. 22).

Acto seguido, obra intervención de fecha 22/03/2010 de la Dirección Policía del Agua, en la cual se consigna la viabilidad técnica favorable de las tramitaciones respectivas, en virtud del informe técnico obrante en el referido expediente.

En este contexto, mediante Resolución N° 282 (29/03/2010) emitida en expediente N° 265.694-E8, el Superintendente General de Irrigación resolvió:

i.- Conceder permiso para la construcción de una perforación a favor de Santa María de los Andes S.A., en la propiedad individualizada bajo Nomenclatura N° 06-09-88-2200-304995-0000-9, en beneficio de una superficie total de 819 has 3072 m2 (art. 1°);

ii.- Aprobar el Plan de Trabajo inserto en las actuaciones, el que debería desarrollarse en el plazo máximo de seis meses, bajo apercibimiento de revocación del permiso sin más trámite en caso de incumplimiento (art. 2°).

iii.- Consignar que el volumen de extracción a autorizar, dependería de los resultados del ensayo de bombeo. En caso de ser este productivo, se autorizaría el volumen de extracción, el que se ajustaría mediante resolutivo de Superintendencia, una vez realizada la inspección final de obra y conforme el límite excedentario que se ha considerado en los antecedentes de la Resolución N° 232/2010 (art. 3°).

iv.- Disponer que el Director Técnico debería comunicar a la Dirección de Gestión Hídrica, con 48 hs de anticipación, las distintas maniobras a realizar en la perforación, a fin de poder realizar las inspecciones correspondientes, bajo apercibimiento de revocar el permiso en caso de omitir tal aviso, paralizar la obra ya construida y exigir su total cegado (art. 4°).

v.- El Director Técnico de la obra deberá presentar, además de la documentación prevista en el art. 8 de la Resolución N° 229/94 del HTA, un pormenorizado informe de resultados obtenidos (ensayos (art. 5°).

vi.- Imponer como condiciones para el otorgamiento del permiso, que el solicitante no presente litigios administrativos o judiciales pendientes con el DGI vinculados al uso de las aguas en el área alcanzada por la Resolución N° 107/98 y sus modificatorias, así como la instrumentación de sistemas altamente eficientes de uso del agua y la utilización efectiva del recurso en el fin otorgado -con desarrollo pleno del proyecto- en un plazo máximo de 24 meses, resultando una causal especial de caducidad del permiso de perforación y/o concesión del uso del agua subterránea, el incumplimiento de estas exigencias (art. 6°).

vii.- Establecer que si se produjera la futura venta del predio o establecimiento, o el cambio de la razón social de los titulares del mismo a los cuales se otorgó el permiso, los nuevos responsables tendrán que cumplir con las condiciones expresadas en los artículos anteriores, por constituir condiciones inherentes a la autorización del recurso que se otorga, bajo apercibimiento de caducidad del permiso de perforación o concesión de uso de agua subterránea (art. 7°).

viii.- Disponer que la permisionaria debería cumplimentar los requisitos pendientes que observa el informe de la Dirección Policía del Agua, en un plazo de 5 días,

bajo apercibimiento de revocarse el presente permiso sin más trámite. Igualmente, en dicho plazo deberá cumplimentar las condiciones impuestas en esta resolución, desistiendo de todo trámite o reclamo administrativo o judicial en los términos del art. 6 de la presente (art. 8°).

El mismo alcance, poseyó la Resolución N° 283 de igual fecha.

En los Considerandos de ambos actos, se dejó constancia que la propiedad en cuestión no poseía derecho de agua superficial ni subterránea inscrita y se hizo alusión al informe de la Dirección Policía del Agua, donde se detalló el cumplimiento de los requisitos del caso y observó que aunque la propiedad corresponde al área alcanzada por Resolución N° 107/98, conforme se informó en el expediente N° 218.713-E8, el caso corresponde a la autorización otorgada por el art. 3° de la Resolución N° 232/2010, para la continuidad del trámite de perforación y su resolución según la prioridad que fija la Ley 4.035.

También se indicó que en el marco de las exigencias previstas en la Resolución N° 232/2010, es condición para el otorgamiento del permiso, que el solicitante no presente litigios administrativos o judiciales pendientes con el DGI vinculados al uso de las aguas en el área alcanzada por la Resolución N° 107/98 y sus modificatorias, que realice un uso tecnificado del recurso hídrico de alta eficiencia que desarrolle el uso efectivo del recurso en el desarrollo pleno del proyecto en un plazo de 24 meses, condiciones esenciales que resultan inherentes al permiso.

A fs. 36/37 y 37/38, respectivamente, de ambas actuaciones, se acompañan los edictos que se señalan publicados nuevamente como consecuencia de un error cometido en la Nomenclatura Catastral de la parcela, indicándose en tal presentación que, no obstante, la puesta en conocimiento de los interesados fue efectivamente realizada en la publicación original, que indica efectuada los días 25 y 26 de febrero de 2010. Las nuevas constancias de publicación, corresponden al B.O. en los días 5 y 6 de abril de 2010, así como en el Diario Los Andes.

Luce asimismo en tales actuaciones, copia del escrito de desistimiento presentado por la actora en autos N° 98.263 “Santa María de los Andes S.A. c/DGI s/APA”, que tramitó ante esta Suprema Corte (Sala I). Allí se consignó como fundamento del desistimiento aquella condición establecida en las Resoluciones N° 282 y N° 283.

A continuación, obran constancias de iniciación de trabajos del día 6 de septiembre de 2010, actas de inspección, nuevas constancias de iniciación de trabajos (en los días 13 y 16 de noviembre de 2010, respectivamente), seguidas de notificación cursada a la firma, en marzo de 2011, en punto a que *“atento a que no ha dado cumplimiento al*

*desarrollo y equipamiento definitivo de la citada perforación en el plazo establecido en el art. 2° de la Resolución N° 282 y N° 283, se lo emplaza por el término de 30 días corridos, a dar cumplimiento a lo señalado, bajo apercibimiento en caso de incumplimiento, de revocar sin más trámite el permiso otorgado”.*

Más adelante, la Secretaría de Gestión Hídrica, la Dirección Policía del Agua y el Departamento Aguas Superficiales y Subterráneas, cursan nota a la Directora de Recaudación y Financiamiento, en la que indican que se han registrado usuarios en el Padrón de la perforación N° 6/1814 y N° 6/1816 y que teniendo en cuenta que la misma se autorizó en el marco de la Resolución N° 232/2010, se solicita que a través del Departamento Registros Públicos a su cargo, se informe en virtud de qué documentación se empadronaron dichos usuarios.

El Departamento Registros Públicos informa el 14 de diciembre de 2011, que el registro de las perforaciones en cuestión se encuentra a la fecha debidamente inscripto de acuerdo a los antecedentes de dominio que se han verificado, por lo que no corresponde proceder a ninguna modificación. En cuanto a la incorporación de usuarios al registro de perforación, informa que los mismos fueron ingresados en base a cartas gráficas aprobadas por la Dirección Provincial de Catastro. Por ello se hace necesaria la intervención de las Areas de Agua Subterránea y Catastro de Cuenca de la Zona Río Mendoza a los efectos de que informe con relación al tema que se plantea.

Se incorpora seguidamente informe de la Dirección de Gestión Hídrica, de marzo de 2012, respecto del análisis detallado del estado de situación de cada uno de los pozos construidos bajo el régimen de la Resolución N° 232/10, en el cual se indica elevar el informe genérico de la cuestión, sin perjuicio del análisis puntual del estado de cada pozo que se debe realizar en el trámite de cada perforación de conformidad al art. 15 y cc. de la Ley 4.035.

Respecto de las perforaciones N° 6/1814 y N° 6/1816, se efectúan las especificaciones ya reseñadas en el punto anterior.

A continuación, esa misma Dirección emitió el certificado técnico final en el marco de los arts. 15 y 16 de la Ley 4.035.

En éste se indicó en orden a las condiciones de funcionamiento reglamentario, que la perforación había sido construida y equipada, aunque no se encontraba en condiciones de operar en razón de la falta de conexión eléctrica y tampoco se ha dado cumplimiento hasta la fecha, a las exigencias de las condiciones particulares reglamentadas en el art. 4° de la Resolución N° 232 y 6° de la Resolución 283, ya que no se ha instrumentado sistema de riego alguno (y menos altamente tecnificado y eficiente), ni se ha

realizado el desarrollo efectivo del proyecto con la utilización del agua correspondiente.

Destacó que aunque el plazo que refieren el art. 4° de la Resolución N° 232 y 6° de la Resolución N° 283, no se ha cumplido a la fecha, el estado de avance y la cercanía de esa fecha, demostraba que lo más probable era que tal incumplimiento subsista para ese entonces, pudiendo verificarse nuevamente esa situación en el plazo referido.

Concluyó que el expediente no se encontraba en condiciones de ser puesto a consideración del HTA para el otorgamiento de la respectiva concesión (art. 16° Ley 4.035), correspondiendo en su caso que se considere la situación del trámite una vez que se cumplimente el plazo otorgado en el art. 4° de la Resolución N° 232 y art. 6° Resolución N° 283 y a las resultas de lo allí inspeccionado.

4.- Expedientes N° 717.609 y N° 717.607:

Iniciados en abril de 2012, en orden al Estado de Situación de los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816.

Poseen un informe de Gestión Hídrica de mayo de 2012 y también obran informes de la Dirección de Asuntos Legales de DGI, sobre las causas judiciales vinculadas a la materia.

Posteriormente se agrega constancia de julio de 2012, en la cual la Dirección de Asuntos Legales se dirige al Jefe División Gestión Judicial y expresa que por indicación del Superintendente, le instruye que al contestar la demanda en autos “Del Pópulo”, solicite a la Suprema Corte la integración de la litis con los permisionarios beneficiarios en el marco de la Resolución N° 232/2010 de Superintendencia, con el objeto de obtener del máximo órgano judicial, pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de tales permisos.

Luego se adjunta constancia de la decisión adoptada por la Sala Segunda de la Suprema Corte el 05/11/2012 en autos N° 104.785 “Del Pópulo...”, mediante la cual se hizo lugar a la solicitud de integración de litis con el Sr. Santiago Julio Obarrio, Fiduciario del Fideicomiso Aymuray.

El 4 de marzo de 2013, emitió informe la Dirección de Asuntos Legales y allí acompaña un Anexo Expedientes Resolución N° 232/2010 Superintendencia.

A continuación, dictaminó la Asesoría letrada del HTA y acto seguido se emitieron por el HTA las Resoluciones N° 74 y N° 72, ambas del 08/03/2013, por las cuales se rechazó la solicitud de concesión de uso especial de agua subterránea presentada por Santa María de los Andes S.A., a mérito de las consideraciones vertidas (art. 1°) y se prohibió la extracción de agua subterránea de la perforación y se ordenó su cegado, el que debería ser efectuado en el plazo de 30 días, en los términos y condiciones establecidos en la Resolución N° 331/00 del HTA (art. 2°).

En los Considerandos de dichos actos, se aludió a la Resolución N° 232/2010 de Superintendencia (11/03/2010), por la que se reconoció la existencia de disponibilidad hídrica para atender nuevos pedidos, para perforar -22-, destinando 3 al abastecimiento poblacional, se encomendó a la Secretaría de gestión Hídrica identificar a quienes tendrían prioridad para su otorgamiento, de acuerdo a las disposiciones de la Ley 4035, eximiéndolos de ofrecer perforación alguna en reemplazo (exigencia de la normativa vigente Resolución N° 525/08 de Superintendencia, ratificada por Resolución N° 380/08 del HTA).

Se añadió que los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816 corresponden a uno de los 21 permisos de perforación otorgados en el marco de la Resolución N° 232/10 de Superintendencia y que luego de relatar los diversos antecedentes judiciales existentes y el marco legal aplicable, la Dirección de Asuntos Legales de la Superintendencia produjo dictamen, sugiriendo el rechazo de las concesiones solicitadas (a excepción de la destinada a abastecimiento poblacional) por haber sido ilegalmente resueltas, por cuanto han sido decididas violando el orden de prioridades previsto en la propia Ley 4.035, entre otras falencias que observa.

Se consignó que los permisos para perforar fueron otorgados a las personas integrantes de la Cámara de Comercio, Vitivinicultura, Turismo y producción Alto Agrelo, y no a dicha asociación civil sin fines de lucro, desnaturalizando el orden de prioridades de la Ley 4.035.

Se indicó que en virtud de ello, el Superintendente solicitó se rechacen las solicitudes de concesión de uso especial de agua subterránea para restablecer el imperio de la legalidad.

Manifestó que de conformidad con el régimen legal de las Leyes 4.035 (art. 16°) y Ley 4.036 (art. 4° inc. b), la decisión sobre el otorgamiento del título concesional habilitante del uso especial del recurso hídrico subterráneo, previa consideración y evaluación, compete a ese HTA.

La accionante interpuso recursos de revocatoria en contra de las Resoluciones N° 72 y N° 74 del HTA, el 3 de abril de 2013, los cuales fueron rechazados por Resoluciones N° 176 y N° 179 del HTA (10/04/2013).

Los fundamentos de dichos actos fueron los siguientes:

i.- La perforación obtuvo la respectiva autorización para perforar, pero no cuenta con la concesión para el uso del agua y que por tanto, el administrado carece de derecho a usar el agua subterránea de dominio público provincial. El permiso para perforar, solo autorizó la realización de la obra (pozo), más no el uso del agua, el que requería de la

concesión a la que alude la Ley 4.035 (art. 16°), la que fue denegada por el órgano concedente (HTA conf. art. 4° inc. b Ley 4.036).

Si bien en algunos casos el DGI ha tolerado el uso del agua por quien solo ostenta un permiso para perforar, tal hecho de la administración es incapaz de generar derechos.

Si bien la Resolución que otorgó el permiso para perforar, ordenaba la implementación plena del proyecto productivo en un plazo de 24 meses, ello implicaba una condición impuesta obligatoriamente para que la Superintendencia elevara las actuaciones al HTA para el otorgamiento de la concesión de uso, pero de ninguna manera pretendía -menos podía- autorizar el uso.

El permiso para perforar se encontraba extinguido por haberse agotado su objeto al perforar, por ello no podía ser objeto de revocación y/o acción de lesividad.

ii.- En subsidio, para el caso que se considere que el permiso para perforar implicaba el uso del agua, cabe decir que el acto de otorgamiento del permiso para perforar, era inexistente por estar groseramente viciado en su objeto (art. 52° LPA), al transgredir el orden de prioridades que establece la Ley 4.035 y en la competencia (art. 56° inc. a) por cuanto el Superintendente no es competente para autorizar el uso del agua.

iii.- Individualizó las diferencias existentes entre la concesión y el permiso: por su naturaleza (derecho subjetivo la concesión, interés legítimo el permiso); tiempo de duración (concesión, por tiempo indefinido: art. 132° LA y permiso por tiempo limitado); revocabilidad.

iv.- También añadió, en subsidio, que el permiso para perforar era pasible de caducidad, por incumplimiento de las condiciones particulares, art. 4° Resolución N° 232 y 6° Resolución N° 283, que imponían entre sus condiciones, el desarrollo pleno del proyecto, condición resolutoria que el recurrente no cumplió.

v.- Formuló un desarrollo en orden a la discrecionalidad en el otorgamiento de la concesión e indicó que, por otra parte, la circunstancia de que se trate de una actividad reglada por la ley, no quita que el órgano que concede, una vez recibido el expediente y puesto a su consideración, realice un examen sobre la oportunidad y conveniencia del otorgamiento de este bien del dominio público, como así también sobre la legitimidad.

vi.- Negó la violación del derecho de defensa: la Ley 4.035 no prevé otra instancia de intervención del administrado antes de la toma de la decisión.

vii.- En cuanto a la alegación del recurrente, de que el solicitante no se valió de la Cámara para acceder al permiso de perforar, sostuvo que nada más alejado de la realidad, la propia Cámara impulsó en las actuaciones el proyecto de Santa María de los

Andes y fue por tal razón que el Informe Técnico del Lic. Corral y del Ing. Gasco, obrante en el expediente 218713, entendió analizando todas las solicitudes presentadas, que las de la Cámara de Comercio, Vitivinicultura Alto Agrelo, debían ser priorizadas para el otorgamiento de los 19 permisos agrícolas, por cuanto se trataría de un consorcio, asociación o cooperativa de usuarios, en los términos de la Ley. Indicó que ninguna posibilidad habría tenido la recurrente de acceder al permiso, al presentarse fuera de la asociación, porque existían solicitudes anteriores y prioritarias.

viii.- Respecto a la invocación del recurrente de que la ley de aguas de la provincia impide otorgar un permiso de perforación o una concesión a quien no es propietario o poseedor de un inmueble, indica que la Ley 4.035 recepta el principio de inherencia en el art. 19° inc. a preceptuando las obligaciones del administrado, de utilizar racional y eficientemente el caudal concedido, exclusivamente en su propiedad, pero ello no implica que el permiso solo deba ser otorgado a quien sea titular de un inmueble. La propia ley prevé el supuesto en el cual la perforación pretende realizarse en terreno ajeno (art. 9° inc. c Ley 4.035). El permisionario podría ser un mero poseedor o tenedor, siempre que contara con la autorización expresa del titular del derecho real de propiedad sobre el inmueble. La Cámara Alto Agrelo podría válidamente, con autorización de los propietarios de los inmuebles y cumpliendo las demás exigencias de la ley, haber obtenido permiso para perforar.

ix.- Resulta una maniobra violatoria del orden de prioridades que contiene la Ley 4.035 intentar desplazar a quienes contaban con prioridad en el tiempo para el otorgamiento de los permisos (más de 50 interesados), bajo el pretexto de integrar una Cámara, si no fue dicha Cámara la que obtuvo el beneficio para el uso exclusivo del agua pública. La prioridad solo la podría tener dicha Cámara y no sus integrantes.

Para que la propia Cámara o asociación pudiera acceder a un permiso para perforar, debía ser propietaria de un inmueble o bien contar con autorización expresa de los propietarios, pero además de ello, debería proponer el uso del recurso, a través de un proyecto productivo agrícola propio y haber estado integrada por usuarios el recurso hídrico.

Con el término asociaciones, cooperativas o consorcios se pretendía abarcar a otras figuras asociativas de usuarios del recurso hídrico, que no fueran propiamente las Inspecciones de Cauce. Es que a la época de la ley la integración de inspecciones de cauces no era obligatoria para todos los usuarios (obligatoriedad que recién impone varios años después la Ley 6.405 en el año 1996). Tales asociaciones, consorcios o cooperativas podían también serlo de aguas subterráneas, para las cuales la constitución de inspecciones de

cauce es facultativa, salvo por razones excepcionales (art. 1° Ley 6.405). De lo que se trataba era de propiciar el uso asociativo del recurso, evitando la sobreexplotación de los acuíferos con la construcción en cada inmueble de una perforación y alentando perforaciones de uso colectivo.

x.- Los edictos respectivos se publicaron antes del dictado de la Resolución N° 232/2010 de Superintendencia -que no fue publicada- y sin mencionarse en aquellos edictos la existencia de la misma. Nada podía hacer presumir a los anteriores solicitantes que la solicitud del presentante iba a prosperar en desmedro de sus derechos.

xi.- Respecto a la violación de la legítima confianza del administrado, aclaró que el HTA ha hecho uso de las facultades que el régimen legal de las aguas subterráneas (Leyes 4.035 y 4.036), le conceden. Nada en dicho marco normativo, debió hacer suponer al administrado que su situación jurídica respecto del uso de la perforación estaba resuelta.

D.- Planteos desplegados por Santa María de los Andes S.A. y Vitivinícola Bulnes S.A. en su adhesión.

Los argumentos de Santa María de los Andes S.A., a los que adhirió Vitivinícola Bulnes S.A., pueden estructurarse en dos grandes grupos, los cuales, a su vez, son pasibles de dividirse en una serie de líneas de razonamiento:

1.- Los permisos integraban el bloque de legalidad del que el HTA no podía apartarse: ello con fundamento en los siguientes ejes argumentales:

a.- Regularidad del trámite de otorgamiento de los permisos: a.1- La Cámara Alto Agrelo solo tuvo la intervención legalmente prevista, y a.2.- Las instancias de publicidad y oposición fueron cumplidas satisfactoriamente.

b.- Estabilidad de los permisos: b.1.- Exceso de competencias en la actuación del HTA; b.2.- Vicios en la finalidad en las Resoluciones N° 72 y N° 74; b.3.- Falta de coherencia del DGI: falsa causa y falsa motivación; b.4.- Severa falla de motivación; b.5.- Violación al debido proceso administrativo; y

2.- El HTA estaba constreñido a otorgar las concesiones:

a.- Ejercicio de facultades regladas;

b.- Irrazonabilidad/arbitrariedad de las decisiones impugnadas y afectación de los derechos adquiridos.

Por su parte, aquellos que introduce Vitivinícola Bulnes S.A. en su ampliación de demanda (fs. 497/528), pueden sistematizarse en los siguientes puntos:

1.- Arbitrariedad y carencia de motivación por desconocimiento de la legitimidad ministerio legis de los permisos otorgados;

2.- Arbitrariedad por incorrecta aplicación y omisión del derecho vigente;

3.- Ilegalidad por incompetencia material y violación del principio de estabilidad de los actos administrativos;

4.- Ilegalidad por efecto de los actos propios del DGI;

5.- Ilegalidad por violación de la confianza legítima;

6.- Arbitrariedad por desviación de poder;

7.- Arbitrariedad por exceso ritual manifiesto en el alcance otorgado al eventual error material que se sostiene que existe;

8.- Ilegalidad por carencia de un mejor interés afectado;

9.- Ilegalidad por violación al debido proceso y el derecho de defensa;

10.- Invoca la existencia de un antecedente jurídico: Jurisprudencia del 1er. Juzgado de Gestión Asociada (causa N° 11.963 “Bulnes c/DGI s/AMPARO”);

11.- Planteo subsidiario: Inconstitucionalidad art. 4° Res. 232 y art. 6° Res. 281.

A efectos de dar tratamiento a todas las argumentaciones desplegadas, sin incurrir en reiteraciones innecesarias, se comenzará con el examen de aquellos agravios vertidos originariamente por Santa María de los Andes S.A., y en el marco de los mismos, se abordarán los introducidos en su ampliación por Vitivinícola Bulnes S.A. y que sean símiles o afines a los desplegados por Santa María; para luego ingresar en los planteos novedosos incorporados por Vitivinícola en su ampliación de demanda.

1.- Los permisos integraban el bloque de legalidad del que el HTA no podía apartarse:

Sostiene Santa María de los Andes S.A. y Vitivinícola Bulnes adhiere a ello, que pasada la preclusión de la etapa procedimental reservada para la discusión de preferencias subjetivas de los permisos y consiguiente legitimidad firme en sede administrativa de las autorizaciones provisorias de obra y uso especial para riego otorgadas por el Superintendente General de Irrigación (Resoluciones N° 282 y N° 283), el HTA no pudo desestimar las concesiones.

a.- Invocada regularidad de los permisos:

Fundamenta tal proposición, en primer orden, en una serie de ejes que hacen a la regularidad del trámite seguido para el otorgamiento de los permisos, a saber:

a.1- La Cámara Alto Agrelo solo tuvo la intervención legalmente prevista, y

a.2.- Las instancias de publicidad y oposición fueron cumplidas satisfactoriamente.

A continuación, se abordarán ambos aspectos de la problemática.

a.1- Autoría de los pedidos de permisos y orden de preferencias consagrado a

nivel normativo:

Argumentos de la accionante:

Afirma que las solicitudes de permisos de perforación y concesión de uso de agua, fueron suscriptas y presentadas por Santa María de los Andes en nombre propio y para sí y, correlativamente, los permisos fueron otorgados a su favor (conf. arts. 1° Resoluciones N° 282 y N° 283); que el DGI supo en todo momento, quién estaba actuando como parte interesada y que las perforaciones serían realizadas en el inmueble de Santa María para regar exclusivamente cada fracción de la propiedad en uso agrícola.

Sostiene que no hubo error esencial de la administración sobre quién era el peticionante de los permisos, ni sobre la prioridad objetiva y subjetiva que invocaba, ni tampoco dolo del administrado y que, igualmente, si tales vicios hubieran existido, los actos habrían estado levemente viciados, serían anulables y gozarían de estabilidad (arts. 64°, 72°, 74°, 96° y cc. Ley N° 3.909).

Considera que no contradice ello la circunstancia de que al momento de efectuarse el examen de las solicitudes presentadas y su prioridad, se hayan tenido en cuenta las auspiciadas por la Cámara Alto Agrelo, como consorcio, asociación o cooperativa de usuarios aunque finalmente los permisos hayan quedado en cabeza de éstos, ya que esa era la única posibilidad legal, siendo ilícita la alternativa planteada por el DGI de que los pozos hubieran sido registrados a nombre de la Cámara.

Invoca que la preferencia prevista en el art. 7° inc. b de la Ley N° 4.035 respecto de los consorcios, asociaciones o cooperativas, es al sólo efecto del trámite, en tanto permite aglutinar las solicitudes de distintos usuarios y simplificar de ese modo los respectivos procedimientos y aparece solo justificada en razones de eficiencia, agilidad y economía de recursos por concentración de interesados.

Alega que esta es la única interpretación posible de cara al denominado principio de inherencia, en virtud del cual *“la concesión de uso de agua para riego es otorgada al predio y no a la persona”* (art. 186° de la Constitución de Mendoza).

Manifiesta que los permisos son intuitu rei y por ello nunca podrían quedar en cabeza de un consorcio, asociación o cooperativa de usuarios, cuya intervención se halla prevista al solo efecto de la solicitud y trámite.

Arguye que no es atendible el cambio de postura por parte del DGI en la interpretación legal del orden subjetivo de preferencias, dado que dicho organismo durante el mandato de sus nuevas autoridades defendió lo contrario, al contestar la demanda en juicio promovido por un perjudicado (*“Del Popolo”*) y que no se trató tan sólo del cumplimiento de la carga procesal de contestar demanda, la que no se extiende a sostener

una determinada interpretación legal y que, por lo demás, está confesada en las actuaciones administrativas la duda que tenía al respecto. Ello dado que se ha reconocido la estrategia procesal de obtener en dicho expediente un pronunciamiento de esta Suprema Corte sobre la legitimidad de los permisos en cuestión.

Argumenta que el art. 9° de la Ley 4.035 levanta un obstáculo insalvable a la nueva interpretación ensayada por el DGI y que aún cuando se hubiere petitionado el permiso a nombre de la asociación, en virtud de tal norma legal, se habría arribado a idéntico resultado que el que es objetado por el DGI: el permiso habría salido a favor del propietario del inmueble.

Añade que la propia reglamentación del HTA (Resolución HTA N° 563/75), determina la imposibilidad jurídica de que el permiso se hubiere registrado a nombre de la Cámara.

Decisión del punto:

El planteo formulado por la accionante, no resulta atendible desde ninguna de las diversas ópticas de análisis que despliega.

Cabe dejar puntualizado que la “*regularidad*” que la actora arguye en su primera premisa en relación a los permisos, posee el *sentido de legitimidad*, en tanto sostiene que aquellos actos que otorgaron tales permisos fueron actos perfectos carentes de todo vicio al decir de dicha parte -al menos de aquellos que afectan la validez del acto: art. 72° LPA- y no con un significado de acto regular como concepto central de la doctrina de la estabilidad del acto administrativo (arts. 72°/76°; 96°/99° LPA).

No deja de advertir el Tribunal que el sustrato de la materia objeto del proceso, es específicamente el control de legitimidad de los actos del HTA en cuanto *denegaron las concesiones* solicitadas por la actora (Resoluciones N° 72 y N° 74) y no, en sentido estricto, el examen de los actos del Supertendente que, en su oportunidad, otorgaron los permisos de perforación (Resolución N° 282 y N° 283).

No obstante, se avizora también que la dilucidación de aquella concreta materia traída a control de legitimidad, ha discurrido a lo largo del proceso por diversas líneas de razonamiento planteadas por las partes que llevan a ingresar en aspectos que involucran a dichos permisos y que serán abordadas en la medida en que sea oficioso su examen y no se trate de tesis basadas en premisas que resulten descartadas en virtud de argumentaciones de orden preeminente o excluyente.

Una aplicación de la expansión que se impone respecto de la específica temática traída a decisión del Tribunal, está dada por aquel planteo que se analizará en el presente punto, en orden a lo que la accionante califica como la “*regularidad*” de los

permisos otorgados, en tanto su construcción pone el eje en la consideración de que el HTA a través de su obrar denegatorio de las concesiones, habría procedido a revocar o volver sobre los actos de otorgamiento de permisos a los que califica como “*estables*”.

Y si bien solo resultaría oficioso ingresar en dicho planteo en caso de convalidarse la existencia del aludido obrar “revisor” por parte del HTA, dado que el fundamento de los actos aquí impugnados al denegar las concesiones fue precisamente la inexistencia de la prioridad invocada por la accionante, resulta pertinente, útil y necesario el tratamiento que se efectuará en este punto, cualquiera sea la implicancia que procure dársele a la respuesta a dicho interrogante: sea a los fines de fundar la legitimidad (y carácter “regular”) de los actos de otorgamiento de los permisos y su consecuente estabilidad a la que el HTA habría desconocido -conforme la postura accionante-; sea para basamentar en forma exclusiva la legitimidad del obrar del HTA al denegar las concesiones, en ejercicio de sus competencias y en forma independiente a cualquier avance sobre los permisos en sí, a los que se consideró en dicho ámbito del DGI, agotados en su objeto.

i.- Corresponde tener presente que la Ley N° 4.035 (B.O. 16/08/1974), regula y distingue expresamente el uso común de las aguas subterráneas (conf. art. 2° “*aquel que se destina exclusivamente a satisfacer necesidades domésticas del usuario*”), de los usos especiales, los cuales señala sólo pueden ser adquiridos mediante concesión otorgada por la autoridad administrativa de aplicación (art. 3°).

Las “clases” de usos o aprovechamientos especiales son enumerados en el art. 4°, a saber: a) abastecimiento de población; b) agricultura y ganadería; c) industria; d) minera; e) recreación y turismo; f) termal o medicinal y el art. 6° preceptúa que en caso de conurrencia de solicitudes de concesión, la prioridad para su otorgamiento y para la regulación posterior de los usos especiales, comprendidos los existentes, se regirá por el orden de prelación establecido en el art. 4°.

Por su parte, el art. 7° dispone respecto a la “*preferencia con relación al sujeto solicitante*” que, sin perjuicio de lo establecido en el art. 6°, se dará preferencia a las solicitudes para un mismo uso, peticionados en el orden siguiente por: a) personas jurídicas públicas, comprendidas las inspecciones de cauces; b) consorcios, asociaciones o cooperativas de usuarios; c) personas físicas o jurídicas de naturaleza privada, cuyas propiedades o establecimientos gocen de una concesión para uso de aguas públicas superficiales y el aprovechamiento requerido sea para completar la superficie o volumen concedido o para mantener los cultivos existentes; d) personas físicas o jurídicas de naturaleza privada para el cultivo de tierras sin derecho de aguas superficiales o para

cualquier otro uso. También dispone que, en igualdad de condiciones se preferirá la que primero haya sido presentada.

El art. 8°, regula las excepciones, al consignar que *“las prioridades y preferencias establecidas precedentemente, podran ser alteradas previo al otorgamiento del permiso para perforar y por resolución fundada, cuando se acreditara fehacientemente que el beneficio economico-social es notoriamente superior al de la solicitud preferente competitiva”*.

Cabe tener presente que la Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de Aguas Subterráneas (fs. 763/897), señala que *“el régimen de prioridades o preferencias ha sido estructurado sobre la base de un sistema mixto: en relación al uso que se da al agua y con relación al sujeto solicitante, pretendiéndose de tal manera brindar flexibilidad a la autoridad de aplicación tanto al momento de otorgamiento de la concesión como durante su regulación posterior, en orden a obtener el máximo beneficio económico social en su utilización y en consideración de la realidad actual”*. Añade que *“es precisamente este último aspecto al que se asigna trascendencia, permitiendo por vía de excepción y debidamente fundada, alterar las prioridades establecidas (art. 8)”*.

En relación a ello, en las Notas de dicho Anteproyecto de Ley, se establece respecto del art. 6° de prioridad con relación al uso de agua, que la fijación de prioridades en orden a los distintos usos que pueden hacerse del agua o con relación a los sujetos solicitantes, depende fundamentalmente de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en donde van a ser aplicadas, en definitiva, están sujetas a los objetivos que persiga la política hídrica que se haya formulado. Añade que si bien se ha adoptado el sistema rígido o tabulado, el art. 8 permite cierta flexibilidad al momento del otorgamiento del permiso para perforar, en atención al beneficio económico social comprometido (fs. 778/796).

Por su parte, se indica respecto del art. 7°, que *“se pretende que los beneficios derivados del aprovechamiento de un recurso escaso, alcance a la mayor cantidad de usuarios posibles, mancomunando sus esfuerzos y obteniéndose al mismo tiempo una economía de inversiones”*.

ii.- Los elementos apuntados, dejan entrever que, a diferencia de lo argüido por la accionante, la estructura del sistema legal apunta a priorizar usos de agua que abarquen subjetivamente al mayor número de usuarios, distribuyendo entre los mismos las cargas y reduciendo los costos o gastos que dicho aprovechamiento demande y, fundamentalmente, efectuando un uso racional y mancomunado del recurso.

Como lo afirma la demandada, la norma tiende a que el uso del recurso hídrico en cada perforación sea mancomunado, solidario y eficiente entre sus integrantes,

propiciando el uso asociativo del recurso, evitando la sobreexplotación de los acuíferos con la construcción en cada inmueble de una perforación y alentando perforaciones de uso colectivo, de manera que una perforación pueda utilizarse en favor de muchos.

Tal interpretación pone el eje en la utilización racional de un recurso que se reconoce “escaso” y no se detiene en una cuestión meramente burocrática, de celeridad o simplificación de trámites por parte de los solicitantes, sino que se centra en la necesaria protección del recurso a los fines de su aprovechamiento.

La hermenéutica propiciada por la actora no solo soslaya el propósito manifestado en forma expresa por la norma, sino que posee la potencialidad de alterar, a través de un postulado, en principio vacuo -en tanto reduce la temática a una mera cuestión de tramitación o gestión de las peticiones-, el orden de preferencias consagrado legalmente.

Repárese en que el sistema rígido o tabulado receptado por la ley, solo posibilita cierto atemperamiento, a través del cumplimiento de específicas exigencias, las cuales si bien involucran el ejercicio de facultades tradicionalmente calificadas como discrecionales o la aplicación de los llamados conceptos jurídicos indeterminados, en ningún caso habilitan a suponer que tales requerimientos puedan entenderse satisfechos en forma presunta. Ello sería lo contrario a la acreditación fehaciente, mediante resolución fundada, de que el beneficio económico-social es notoriamente superior al de la solicitud preferente competitiva que exige el art. 8° de la Ley N° 4.035.

Es claro que, en la especie, tal herramienta no fue la utilizada, sino que la autoridad administrativa encuadró el caso en el art. 7° (en particular, en su inc. b) en oportunidad de otorgar los permisos.

El *razonamiento de la actora se erige sobre un equívoco evidente*: parte por poner el eje en el principio de inherencia, en función del cual los derechos son otorgados a la propiedad y no a la persona y en base a tal postulado, concluye que la única posibilidad normativamente prevista para el caso, era asignar el derecho al titular del fundo -en la especie, Santa María de los Andes- y no a la Cámara, ya que hubiera resultado ilícita la alternativa planteada por el DGI, en orden a que los pozos hubiesen sido registrados a nombre de dicha Cámara.

Sin embargo, soslaya la actora que dicha “alternativa” no resultaba procedente -o, no era tal-, dado que aún cuando se entendiera que fue la Cámara quien formuló la solicitud respectiva -y no cada uno de sus integrantes-, la situación por ella planteada como fundamento de tal petición, no encuadraba en el supuesto de hecho previsto por el art. 7° inc. b, por no constituir un consorcio, asociación o cooperativa de usuarios en el sentido consagrado por la ley. Consecuentemente; si la Cámara que integra la accionante, no

gozaba de esa preferencia subjetiva, tampoco podría postularse que la prioridad le correspondía a sus integrantes, por lo que no podía acceder la firma actora al permiso en cuestión, o debió aguardar el orden que le correspondía en su condición subjetiva encuadrable en los restantes incisos del art. 7°.

El corolario al que arriba la actora, parte de una incorrecta argumentación lógica: lo *central*, es si la petición de la Cámara encuadraba o no dentro de la *hipótesis de preferencia subjetiva* contemplada por el art. 7° inc. b de la Ley N° 4.035, ello a fin de determinar la prioridad en los supuestos de concurrencia de pedidos para un mismo uso especial -en el caso, uso agrícola-, y no aquella circunstancia tanjencial o derivada, en la cual pone el acento la accionante, en orden al principio de inherencia y a nombre de quién se inscribiría el derecho pertinente.

Si bien no se desconoce la vigencia y trascendencia de dicho principio en la materia, el mismo no hace a la sustancia de la cuestión aquí debatida, dado que aunque se entendiera que en el caso de gozar la Cámara de la referida preferencia subjetiva (art. 7° inc. b Ley 4.035), ello no obstaría a que el derecho se inscribiera a nombre del titular del fundo objeto del permiso -en la especie, cada uno de los integrantes de la Cámara-, ello no implicaría que la premisa central de la materia se relativizara. Por el contrario, siempre la cuestión atinente a nombre de a quién sería inscripto el derecho resultaría una cuestión secundaria que tendría que contar con su presupuesto habilitante, cual es el debido encuadre de la situación de hecho y jurídica en el supuesto reglado por la norma, esto es, estarse en presencia de un consorcio, asociación o cooperativa de usuarios con el alcance específico consagrado en el art. 7° inc. b de la Ley N° 4.035.

A tales efectos, no bastaba con la constitución de una forma asociativa cualquiera sea el fin que ella tuviera, por más loable que fuera. Debía tratarse de una figura asociativa específica, con una finalidad concreta -al menos, una de las poseídas por la asociación-, como es la de aunar a sus integrantes en carácter de usuarios del recurso hídrico de manera tal que se presente esa mancomunidad específica prevista por la norma.

Dicho elemento no se hallaba presente en el caso. El acta constitutiva y estatuto social de la Cámara, demuestra que la misma se conformó con el objeto de agrupar a los empresarios del comercio, de la industria vitivinícola, del turismo, de la producción y actividades conexas, a los fines de la defensa mutua de sus intereses y del crecimiento de los distintos sectores comerciales, culturales, educativos, ambientales y económicos de la comunidad de Alto Agrelo. A partir de dicha premisa, los objetivos consignados en sus estatutos, versan sobre diversos aspectos generales y medidas para el logro de tal fin asociativo.

Tal genérica formulación no habría impedido que la Cámara encaminara, a nombre propio, algún proyecto relativo al uso especial en cuestión, que comprendiera el específico aprovechamiento del agua y proyectara realizarlo en forma asociativa entre sus miembros o que sus miembros encararan en sus fundos el uso especial a través de una explotación y aprovechamiento del recurso hídrico en forma asociativa con restantes integrantes de la Cámara. Sin embargo, nada de ello acaeció en el caso.

La planificación y articulación de un proyecto relativo a ese uso especial por la misma Cámara o proyectos -aún independientes- de sus miembros pero con planificación asociativa del uso del agua, a los fines de que ese aprovechamiento del recurso hídrico fuera mancomunado, en forma asociativa, con uso racional del recurso y distribución de sacrificios o costos, más allá de que el proyecto económico de explotación de ese uso especial fuese individual, independiente o atribuible a cada uno de ellos, es la piedra de toque de la preferencia subjetiva en cuestión.

Nada de ello fue acreditado en las actuaciones administrativas, en las que la Cámara como tal, como una suerte de tercero -intermediario, mediador o árbitro-, se limitó a “auspiciar”/”patrocinar” los proyectos individuales de sus integrantes, proyectos totalmente independientes entre sus miembros aún en aquello que tenía que ver con las necesidades hídricas y su forma de explotación y aprovechamiento. Se proyectaron la cantidad de perforaciones que necesitaría cada proyecto individual y en forma independiente.

No existía entonces elemento fundado alguno que hubiese permitido identificar que la petición de la Cámara -ni la de cada uno de sus integrantes “auspiciada” por aquélla- debía ser priorizada a los efectos del otorgamiento de los permisos respectivos para procurar acceder en un futuro -mediante la respectiva concesión- al volumen limitado sugerido por los informes técnicos que dieron lugar a la emisión de la Resolución N° 232.

iii.- En particular, las actuaciones administrativas demuestran que el día 30 de septiembre de 2009, la Cámara presentó un escrito ante el Departamento General de Irrigación, en el que solicitó audiencia a los fines de la presentación de la entidad y de exponer la problemática de los asociados en el desarrollo de sus proyectos de inversión, dada la restricción en el otorgamiento de las concesiones de agua subterránea sobre la margen sur del río Mendoza. Posteriormente, en otra presentación, peticionó se consideraran medios de “*excepciones*” para los proyectos de inversiones vitivinícolas asociados a la Cámara, para que pudieran obtener permisos y concesiones para el alumbramiento de aguas subterráneas.

En tal oportunidad, se adjuntaron las carpetas técnicas respectivas con los

proyectos y se puso el eje en los beneficios que se entendió, tales proyectos, generarían en la zona. También acentuó la importancia de los proyectos, las tecnologías que se emplearían en los mismos y la estrategia de desarrollo zonal colectiva (expte. N° 259.330).

De allí en adelante, el expediente N° 265.679, da cuenta que en diciembre de 2009, la Cámara adjuntó al Superintendente información adicional de cada proyecto de inversión que componen la Cámara, que *“habían solicitado la excepción a la restricción del otorgamiento de las concesiones para el alumbramiento de aguas subterráneas”*.

Los términos de las actuaciones rendidas hasta ese momento, daban cuenta que los trámites parecían direccionarse más que nada a la obtención de una medida que exceptuara las restricciones en la zona (conf. art. 8° Ley 4.035) y no a un pretense encuadre de la situación planteada por la Cámara, como un supuesto de preferencia subjetiva comprendido en el inc. b del art. 7° de la Ley 4.035.

Sin embargo, ello viró a que en el expediente N° 218.713 relativo a la cuenca en cuestión, se produjeran diversos informes técnicos sobre el estado de la Subcuenca El Carrizal, Area de restricción Margen Derecha Río Mendoza (marzo 2010), en los que se concluyó en que si bien no existía una mejora en el balance hidrológico, que posibilitara el cese pleno de la restricción, sí se presentaba un mejoramiento parcial que habilitaba a aumentar limitadamente (aproximadamente en un 5%) la demanda hídrica del recurso subterráneo, indicándose procurar modular la prohibición en base al alcance de las exigencias reales que la fundan, remitiendo al régimen de prioridades establecido por la Ley 4.035.

En concreto, se especificó en el informe del Departamento Jurídico, que en caso de que debiera seleccionarse entre diversas solicitudes de interesados en realizar nuevas perforaciones, debía atenderse al uso al que se procurara destinar la nueva perforación, así como el usuario solicitante, en los términos de los arts. 4°, 6° y 7° de la Ley 4.035, y que si en los casos de estudio existieran proyectos técnicos adecuadamente fundados que permitieran acreditar fehacientemente que ciertos casos importaban un beneficio económico social notoriamente superior, el art. 8° de la Ley 4035 permitía, mediante resolución fundada, priorizar los mismos frente a otros eventuales interesados que procuren proyectos de menor interés económico-social.

En tal contexto, luego del dictado de la Resolución N° 232 (11/10/2010), luce constancia en la que dos funcionarios de la Dirección Policía de Agua y Secretario de Gestión Hídrica, consignan que en cumplimiento del art. 2° de la Resolución N° 232, compulsaron los expedientes en trámite que se refieren a solicitudes de permiso de perforación en el área dispuesta por Resolución N° 107/98, atendiendo primeramente las

prioridades que surjan de los arts. 4° y 6° de la Ley 4.035 y, segundamente, la que fija el art. 7° de dicha ley. Señalan, que, en virtud de tal compulsas, se verificó que existía una petición para el uso en abastecimiento de población (con primer orden de preferencia), el que debería ser resuelto dentro de la reserva para uso poblacional que realiza el art. 5 de la Resolución N° 232. Indicaron que dentro del total de trámites correspondientes al segundo orden de preferencias (agricultura y ganadería), se presentaban la generalidad de peticiones en curso, que superaban holgadamente la disponibilidad del recurso, y que se comprobó en el marco del art. 7°, que dentro de las peticiones para tal uso, no existía ninguna solicitud de una persona jurídica pública, y que solo se encontraba un caso de trámite instado por un peticionante dentro del segundo orden de prioridad (consorcios, asociaciones o cooperativas de usuarios), el que superaba en su petición la disponibilidad hídrica.

Resaltaron que se trataba de una asociación de productores que planteó un proyecto de desarrollo zonal que aspiraba a un total de 27 perforaciones (número que supera las restantes 19 perforaciones que son posibles), correspondiendo dar curso solo a los trámites que limita ese número (tramitaciones expedientes 259.330 y 265.679). Manifestaron que, a su vez, los integrantes de dicha asociación, iniciaron los expedientes para la tramitación de diversas perforaciones, en vista al desarrollo ejecutivo de tal proyecto (expedientes N° 265.689, 265.688, 265.682, 265.681, 265.693, 265.691, 265.692, 265.690, 265.695, 265.694, 265.685, 265.684, 265.687, 265.686, 700.971, 700.970, 265.683 y 700.988). Concluyeron que, en la determinación de las 19 peticiones de perforación, en virtud del orden preferencial que fija la Ley 4.035, debían tomarse en cuenta conforme el art. 3° de la Resolución N° 232, salvado el trámite para abastecimiento poblacional, los trámites para uso agrícola correspondientes a un proyecto de desarrollo zonal que impulsa una asociación de productores y los trámites que se inicien -dentro del límite de 19 pozos en total-, en razón de las perforaciones identificadas a fs. 5 y 6 del expediente 259.330.

iv.- De la reseña realizada, se desprende que la exposición de la Cámara en las actuaciones referenciadas, así como las presentaciones individuales efectuadas por sus integrantes en los expedientes por cada uno de ellos iniciados, contenían proyectos de explotación económica particulares e independientes entre sí y que, en lo que respecta al aprovechamiento del recurso hídrico requerido para aquéllos, no se planteó, proyectó ni propuso ninguna forma o mecanismo mancomunado de explotación. Lo único que se invocó fue el beneficio zonal que se sostuvo generarían tales explotaciones individuales.

El “sujeto solicitante” a los efectos de la prioridad subjetiva contemplada por el art. 7° inc. b de la Ley 4.035, debía ser una asociación, consorcio, cooperativa de usuarios

con un determinado y específico alcance, independientemente del aspecto en que se centra la accionante en orden a quién fue -y con qué alcance- aquel que formalmente efectuó la presentación, o las implicancias a ella asignada, circunstancia, en definitiva, de carácter secundario o accesorio en la controversia planteada. Esos usuarios individuales integrantes de la asociación, en el mejor de los supuestos para sus partes, sólo podían argüir la misma preferencia que pretendían asignar a la Cámara que integraban, esto es, la del inciso b del art. 7° de la Ley N° 4.035. Desestimada la misma, por las razones ya expuestas, se derriba la regularidad del permiso obtenido en base a una prioridad, también inexistente, en cabeza de la actora como miembro de la Cámara.

La ley, como ya destacamos, no pone el eje en una mera formalidad o solemnidad en la constitución o existencia de una figura jurídica asociativa, cualquiera sea su fin, para asignarle preferencia en los pedidos de perforación a la asociación o a sus integrantes. Por el contrario, la causa o razón de ser de dicha preferencia es la existencia de un uso del recurso hídrico asociado/aunado/solidario (en esfuerzos e inversiones), de manera tal que el mismo alcance al mayor número de usuarios.

Partiendo de los propios términos en que la Cámara efectuó el planteamiento en sede administrativa, a los efectos de la solicitud respectiva, se advierte que el acento fue puesto no en el uso conjunto y racional del recurso, sino en el desarrollo económico de la zona, a través de un “auspicio” (promoción, respaldo, patrocinio, fomento, apoyo, apadrinamiento) de la Cámara a los proyectos de sus integrantes individuales.

La interpelación central es si resultaba suficiente y habilitante a los fines del encuadre en la preferencia en relación al sujeto prevista por el art. 7° inc. b de la Ley N° 4.035, que un pretenseo usuario de aguas subterráneas, con la finalidad del uso especial del art. 4° inc. b de dicha ley, miembro de una asociación sin fines de lucro, que nucleaba a empresarios de diversos sectores para fines de defensa mutua de sus intereses y del crecimiento de los distintos sectores de la comunidad de una región, peticione y acceda con la aludida preferencia subjetiva a permisos de perforación a nombre propio y para sí, para encarar una explotación independiente, con un aprovechamiento y uso del recurso hídrico también autónomo y aislado de los restantes asociados.

La respuesta, en función de los hechos descriptos y la norma en la que se encuadran, es evidentemente negativa.

Para finalizar el punto, corresponde efectuar una serie de consideraciones en orden a los agravios que, en relación a la normativa aplicable en la materia, desplegó Vitivinícola Bulnes S.A. en su ampliación de demanda, identificado al comienzo del desarrollo bajo el punto 2.- *Arbitrariedad por incorrecta aplicación y omisión del derecho*

*vigente.*

i.- Plantea Vitivinícola Bulnes S.A., que es errado el encuadre jurídico que se ha realizado para fundamentar el decisorio atacado y sostener la supuesta ilegalidad de los permisos de perforación, perdiéndose de vista u omitiendo normas esenciales.

Recuerda que la Ley N° 4.035 ha sido reglamentada por la Resolución N° 563/75 del HTA y que en el caso la Cámara se presentó como figura asociativa de productores individuales que pretendía implementar un proyecto de desarrollo zonal colectivo, donde se propiciaba construir perforaciones en los predios pertenecientes a los integrantes de dicha Cámara. Es decir, que la Cámara solicitante pretendía la construcción de perforaciones en predios que no eran de su propiedad, sino de la de sus miembros, tal cual habilita el art. 9° inc. c de la Ley 4.035.

Colige que por aplicación del art. 20° de la Resolución reglamentaria N° 563 del HTA, los permisos y posteriores concesiones no podían otorgarse de manera distinta a la que fue instrumentada, es decir bajo la titularidad del dueño del inmueble donde se asentaría el pozo. Indica que ese extremo es concordante, además, con las prescripciones del Decreto N° 1839/74.

Invoca que es claro que la solicitud de los permisos de perforación por parte de la Cámara, no buscaba que dicha entidad explote por sí el recurso hídrico, sino que la misma, al igual que las cooperativas y asociaciones de usuarios que contempla el art. 7° de la Ley de aguas subterráneas, procuraba el acceso al agua de sus integrantes, como parte de un proyecto regional agrícola integral.

Destaca que el art. 7° de la Ley 4.035 ha priorizado, luego de los sujetos públicos, a las solicitudes instadas en el marco del asociativismo productivo, por lo cual se brinda preferencia a las peticiones que se realicen mediante consorcios, asociaciones o cooperativas de usuarios. Aunque en ninguno de esos casos, la explotación agrícola debe ser realizada por el consorcio o la cooperativa, sino por los propios asociados.

Alega que esto último resalta especialmente en la figura de las asociaciones, las que constituyen personas jurídicas privadas sin fines de lucro, lo que desde ya hace imposible pretender que la Cámara que ha propiciado el uso del agua para el desarrollo productivo de la región que hace a su objeto estatutario, sea la que emprenda el desarrollo que se propiciaba.

Añade que la misma Ley 4.035, en concordancia con el art. 27° del Decreto N° 1839/74 regula en sus arts. 14° y 16° que el permiso de perforación y la concesión de agua deben anotarse en el registro que contempla el art. 25° de la misma y ese registro, según reza la ley, es de carácter real.

Señala, que el régimen de prioridades, a los efectos de otorgar permisos y concesiones fijado en el art. 7° de la Ley 4.035, en función de la naturaleza de los sujetos solicitantes, distingue entre “Consortios, asociaciones o cooperativas de usuarios” (inc. b) y personas físicas o jurídicas de naturaleza privada (incisos c y d) y que esta distinción es importante para comprender el error jurídico en que ha caído el HTA, al entender que puede haber una ilegalidad en los permisos otorgados, ya que a pesar de que los “consorcios, asociaciones y cooperativas de usuarios” también son personas jurídicas privadas, la ley las ha distinguido de las restantes. Y el elemento que permite diferenciar ambos casos, es que mientras que en los “consorcios, asociaciones y cooperativas de usuarios” el agua será utilizada por los usuarios que integran dichas figuras, en los otros casos de personas jurídicas privadas (personas físicas o sociedades comerciales, por ejemplo), serán éstas en forma directa las usuarias del recurso hídrico.

Destaca que el objeto social de la Cámara no es la producción agropecuaria sino el fomento de la misma en la zona donde los integrantes realizan tales actividades y que si la solicitud hubiera sido presentada por una figura asociativa que pretendía explotar el agua en forma directa, tendría que haber sido encuadrada en los incisos c y d de la norma, lo que no ha sido el caso.

ii.- El desarrollo desplegado por Vitivinícola Bulnes en relación al punto, exige formular una serie de consideraciones particulares, más allá de aquellas ya consignadas en el presente respecto de aquel agravio que, en vinculación al punto en examen, introdujo Santa María de los Andes S.A., dado que se advierten algunas disparidades en el planteo de la cuestión por parte de ambas accionantes.

Es en función de tales diferencias que el DGI al contestar la demanda incoada por Vitivinícola Bulnes S.A., pone de resalto la contradicción existente entre ambas actoras, al subrayar que Vitivinícola sustentó su defensa en la asociación civil conformada -entre otros- por la empresa Santa María de los Andes, bajo la figura de Cámara de Comercio, Vitivinicultura Turismo y Producción Alto Agrelo, para justificar el pedido de permisos de perforación y la preferencia o prelación del art. 7° de la Ley 4.035 a favor de asociaciones de usuarios, mientras que Santa María de los Andes S.A. afirmó que no se valió de la Cámara para acceder al permiso de perforar sino que su presentación fue a título personal.

En este contexto, la primera consideración particular que cabe efectuar, es que la contradicción de las accionantes que denuncia el DGI no es tal, o al menos, no posee el alcance que dicho Departamento arguye. En efecto, más allá de la fundamentación que cada una de las actoras efectúa sobre la materia, ambas coinciden en individualizar al art.

7° inc. b de la Ley N° 4.035, como aquella norma en la que encuadraría el caso y en virtud de la cual procedía, al entender de ambas, el otorgamiento de la concesión pretendida. La preferencia en relación al sujeto (Cámara de Alto Agrelo) prevista por dicho precepto, es una circunstancia sostenida y reinvidicada por ambas accionantes y constituye la premisa a partir de la cual luego despliegan sus distintas argumentaciones a fin de fundar la ilegitimidad del obrar administrativo.

En definitiva, ambas coinciden en que Santa María de los Andes S.A. tenía derecho a acceder al permiso y posterior concesión, en virtud de la preferencia que, como integrante de un “consorcio, asociación o cooperativa de usuarios” le correspondía y, por tanto, su derecho al uso especial pretendido (agrícola).

Por otra parte, más allá de las modulaciones particulares observadas en relación al punto respecto de ambas accionantes, en oportunidad procesal de alegar (fs. 1421/1451) y, principalmente, al concedérsele la nueva vista para formular alegatos en virtud de las actuaciones incorporadas (fs. 1493/1500), Vitivinícola Bulnes S.A., despliega un desarrollo que ratifica los argumentos expresados por Santa María de los Andes S.A. en su demanda -a la cual aquélla adhirió-, poniendo el eje en que la prioridad de los consorcios, asociaciones o cooperativas lo es al solo efecto del trámite (fs. 1495 vta.).

En virtud de ello, corresponde reiterar -vía remisión- aquellos mismos fundamentos vertidos en oportunidad de dar tratamiento a la acción incoada por Santa María de los Andes S.A. -a la que Vitivinícola Bulnes S.A. adhirió-, en orden a los distintos fundamentos que hacen que no resulte procedente el encuadre argüido y, por tanto, que no fuera viable acceder a la concesión que, en base a la prioridad aludida, reivindicaban las actoras.

Solo procede añadir, en virtud del foco que pone al respecto la actora Vitivinícola Bulnes, que la argumentación que despliega dicha parte, en relación al alcance de los incisos b, por una parte y c y d del art. 7° de la Ley N° 4.035, por la otra, tampoco resulta definitiva a los fines pretendidos.

En efecto, aún cuando se convalidara la interpretación que formula dicha accionante, en relación a la distinción entre el supuesto aprehendido por el inc. b del art. 7° de asociaciones/consorcios/cooperativas de usuarios y los referidos restantes incisos (personas jurídicas o físicas de naturaleza privada), en punto a que, en el primer caso, no se exige que la explotación o uso respectivo sea realizado por el consorcio o asociación, mientras que en el restante sí es la persona jurídica -o física- quien realizará la explotación, nada de ello derivaría en un corolario diverso al ya señalado.

El núcleo de la cuestión seguiría siendo el obstáculo -no salvado por ninguna

de las argumentaciones desplegadas por dicha parte- de no presentarse en el caso, el supuesto de una asociación, consorcio o cooperativa de usuarios con el alcance previsto por el legislador.

Por la misma razón, tampoco deviene oficioso avanzar en aquellos otros argumentos que introduce dicha accionante (en particular, sobre la Resolución N° 563 del HTA y el Decreto N° 1839 y sobre los restantes vertidos sobre la inscripción del derecho), dado que ellos constituyen aspectos que presupondrían superada la premisa basal de la materia -encadre o no del caso en el ámbito del art. 7 inc. b Ley 4.035, como consorcio, cooperativa o asociación de usuarios-, la cual ha sido desechada en el presente.

Conclusión: La regularidad -en el sentido de legitimidad- del trámite de otorgamiento de los permisos, no resulta una premisa pasible de validación, en tanto la preferencia subjetiva a los fines de acceder con prioridad al uso especial pretendido, debe ser descartada.

a.2.- Alegado cumplimiento de las instancias de publicidad y oposición:

i.- Como otro segmento de su desarrollo argumental en relación a la regularidad que habrían poseído los permisos otorgados y a la preclusión que habría alcanzado a las etapas de discusión de las preferencias subjetivas, aborda la accionante aquel reproche que señala realizó el HTA en los actos impugnados, en orden a las instancias de publicidad y oposición por parte de terceros.

Reconoce la actora que la primera publicación de edictos tuvo lugar en febrero de 2010 (fs. 21 expte N° 265.694 y fs. 22 265.695), antes del dictado de la Resolución N° 232, mediante la cual se habilitaron nuevas perforaciones debido a la mejora del balance hídrico, pero añade, que tales publicaciones se repitieron en abril del mismo año (fs. 37 y fs. 38 expte. 265.694), es decir, luego de la emisión de aquel que califica dicha parte como un “*acto de alcance general*” que data del 11/03/2010. Destaca que en tales edictos se denunció como solicitante a la propia Santa María de los Andes y no a la Cámara Alto Agrelo, de manera que, a todo evento, cualquier interesado debió advertir que su preferencia estaba siendo disputada por otro particular y sin embargo ninguno presentó objeciones. Afirma que el incumplimiento de esta carga impugnatoria, produce la preclusión del agravio tardíamente -y sin legitimación directa activa- levantado por el DGI.

Cabe resaltar que el argumento en orden a las objeciones a las etapas de publicidad y oposición, fue introducido por el DGI no en las Resoluciones N° 72 y 74 que denegaron las concesiones, sino en los actos que resolvieron los recursos de reconsideración interpuestos en contra de aquéllas (Resoluciones N° 176, N° 178 y N° 179), en las cuales se expresó que la única opción de oposición de dichos terceros

afectados que prevé la Ley 4.035, para que en ejercicio de la cláusula sin perjuicio de terceros se “opongan” al trámite, es la que se produce al publicar edictos de la solicitud, pero que en el caso los edictos respectivos se publicaron antes del dictado de la Resolución N° 232 y sin mencionarse en ellos la existencia de dicha Resolución. Arguyeron dichos actos que nada podía hacer presumir a los anteriores solicitantes que el pedido del presentante iba a prosperar en desmedro de sus derechos, pues a esa fecha los permisos solo podían otorgarse ofreciendo en reemplazo otra perforación en funcionamiento efectivo ubicada en la misma propiedad de la nueva a construir (Resolución N° 525/08 de Superintendencia), así como que tampoco pudieron ejercer su derecho con posterioridad al otorgamiento de los permisos, pues no fueron notificados de la resolución de otorgamiento del permiso para perforar.

Añadieron que existían diversos planteos en sede administrativa y judicial, de terceros afectados por la ilegal asignación de derechos efectuada al amparo de la Resolución N° 232 (ej., Del Pópulo, Aliaga), así como que el DGI se encontraba obligado a hacer cumplir la ley, ajustando su actuar a sus disposiciones, aún de oficio.

ii.- Corresponde examinar, en primer orden, los elementos que se desprenden sobre el punto de las actuaciones administrativas.

Se observa en el Expediente N° 265.695, relativo al pozo N° 6/1814, que los edictos respectivos fueron publicados el 23 y 24 de febrero de 2010, en el Boletín Oficial y en el Diario Uno, y el 5 y 6 de abril de 2010, en el Boletín Oficial y en el Diario Los Andes. Por su parte, surge del Expediente N° 265.694, relativo al pozo N° 6/1816, que los edictos fueron publicados el 25 y 26 de febrero de 2010, en el Boletín Oficial y en el Diario Uno y el día 5 y 6 de abril de 2010 en el Boletín Oficial y en el Diario Los Andes.

Cabe aclarar que los edictos publicados en segundo término, tuvieron su origen al decir de la parte interesada en las actuaciones, en virtud del error cometido en la nomenclatura catastral de la parcela (fs. 36 expte. adm.).

Otro dato de relevancia en el análisis del punto, lleva a subrayar que la Resolución N° 232, fue emitida por el Superintendente en fecha 11 de marzo de 2010 y, conforme su art. 6°, se ordenó registrar, comunicar y archivar copia de la misma, no habiendo sido publicada en el Boletín Oficial.

También debe tenerse presente que los actos administrativos respectivos que otorgaron los permisos (Resoluciones N° 283 y N° 282), fueron dictados el 29 de marzo de 2010.

iii.- En lo que respecta a la regulación normativa de la materia, el art. 10° de la Ley 4.035 dispone, en el capítulo destinado a la autorización para perforar y a la concesión,

que una síntesis de la solicitud de concesión deberá publicarse por dos días en el Boletín Oficial y un diario local y ponerse en conocimiento de los interesados a quienes pueda afectar la solicitud y el art. 11° establece que todos los que tengan un derecho subjetivo o interés legítimo que defender, deberán formular su oposición en el término de diez (10) días a contarse la última publicación o desde que le hubiere sido notificado personalmente.

Por su parte, la llamada “Cláusula sin perjuicio de terceros” prevista en el art. 5° de la Ley N° 4.035, consigna que *“Las concesiones a que se refiere esta ley se entenderán otorgadas sin perjuicio de terceros y estarán siempre sujetas a la existencia de caudales. Las acciones de revocación o nulidad de concesiones lesivas, solo procederán cuando el uso especial afectado sea de igual o superior rango de prioridad”*.

iv.- La confrontación de los hechos en examen, con la regulación normativa, permite desprender como elementos de relevancia en la decisión del punto, que la primera publicación efectuada por el término establecido legalmente, fue cumplida antes de la emisión de la Resolución N° 232/2010, en cuyo marco fueron otorgados los permisos en cuestión, y la posterior publicación, estando ya emitida la misma, fue consumada después de expedidos -y notificados a sus destinatarios- los actos administrativos respectivos que otorgaron los permisos en cuestión (Resoluciones N° 282 y N° 283).

La etapa de publicidad y oposición cumplida en la coyuntura descrita, exhibe evidentes carencias de índole cronológico, ello en virtud de que la necesaria progresión o sucesión que presupone la realización regular de dicha instancia, no podría considerarse legalmente satisfecha, cuando los primeros edictos fueron publicados con anterioridad al dictado de la Resolución N° 232/2010 y la restante publicación -si bien ulterior a aquélla- fue consumada cuando ya los actos administrativos de otorgamiento de los permisos habían sido dictados y notificados.

A ello se añade que, en las publicaciones realizadas en abril de 2010, no hay referencia alguna a la Resolución N° 232/2010 -en particular, a que la solicitud respectiva se enmarcaba dentro de las habilitaciones que habrían operado en el marco de dicha Resolución-, por lo cual tampoco podría entenderse que se satisfizo en debida forma la exigencia de la normativa de publicar *“una síntesis de la solicitud”*.

Existió una frustración evidente de aquella finalidad que tiende a satisfacer la etapa de publicidad, cual es que los interesados, a quienes pudiera afectar la solicitud tomen conocimiento cabal de la misma.

v.- Se tiene presente que la ex Sala Segunda de esta Suprema Corte, en la causa *“Del Pópulo”* (sent. 24/04/2017), ha formulado una serie de consideraciones en torno a la sustancia de la Resolución N° 232/2010, ello en el marco de una acción procesal

administrativa que tuvo por objeto impugnar el acto administrativo que rechazó un pedido de permiso de perforación, así como aquellos actos del Superintendente que, en el marco de la Resolución N° 232/2010, habían otorgado tales permisos a otra firma.

En tal contexto, ante los planteos desplegados por el accionante que se identificaron por el Tribunal como contradictorios -al invocar y pretender la aplicación de la Resolución N° 232, pero simultáneamente cuestionar su validez-, afirmó la ex Sala Segunda que dicha Resolución no constituía un reglamento administrativo, al no producir efectos jurídicos generales en forma directa, sino limitarse a dar instrucciones a la Secretaría de Gestión Hídrica para dirigir los trámites y/o pedidos de perforación en curso, sin obligar a los administrados en general. Subrayó que el Superintendente en uso de sus facultades conferidas por el art. 7° de la Ley 4.036, impartió una instrucción concreta a la Secretaría de Gestión Hídrica, cuyo cumplimiento entendió en parte reflejado a fs. 394/396 del expediente administrativo N° 218.713 y que finalmente se tradujo en el otorgamiento de permisos de perforación, a quien actuó como litisconsorte en dicha causa.

Entiendo que lo dirimente en dicho fallo, en relación a la Resolución N° 232/2010, fue el hecho de no poseer el allí actor un trámite pendiente al momento de la implementación de dicha Resolución, circunstancia, en función de la cual advirtió la ex Sala Segunda, que el DGI no estaba obligado a poner en conocimiento del accionante, el resultado de la implementación de dicha resolución, es decir, la identificación de quienes resultaron priorizados y como tales, con derecho de acceder al recurso hídrico subterráneo.

En el presente caso, la respuesta a aquel aspecto de la contienda analizado en este acápite, no requiere avanzar sobre la naturaleza jurídica de la Resolución N° 232/2010, ni en orden a la proyección poseída, por la falta de su publicación en el Boletín Oficial, al resultar ello inoficioso, en función de que cualquiera fuera la respuesta que se diera al respecto, la deficiencia ya apuntada en relación a la publicidad dada a las solicitudes involucradas en el caso, conduciría a igual resultado de desestimar el argumento accionante, en torno al debido cumplimiento de las etapas de publicidad y oposición, con independencia de que se califique a la Resolución N° 232 como un reglamento, como un acto administrativo, o como un acto de administración sin efectos jurídicos directos para los administrados.

En cualquiera de tales supuestos -aún en el escenario más favorable a la accionante, que considere que la Resolución N° 232/2010 no debió ser publicada, al no tratarse de un reglamento con efectos directos hacia los administrados e, incluso, que tampoco resultaba necesaria la referencia a la misma en la publicación de los edictos relativos a las solicitudes de permisos aquí involucradas-, nada de ello conduciría a estimar

satisfecha en legal forma la etapa de publicidad y oposición contemplada por la normativa especial, desde que la publicación de los edictos efectuada estando ya emitida la Resolución N° 232/2010, se concretó con posterioridad al dictado de los actos administrativos que otorgaron los permisos.

Por ello, en un contexto que demuestra que los terceros interesados que hubiesen podido verse afectados por las solicitudes de permisos en cuestión, solo pudieron conocer la existencia de las aludidas peticiones cuando ya los actos administrativos de otorgamiento de los permisos estaban dictados; que exhibe también que tal desajuste temporal se halló determinado porque no resulta viable asignar virtualidad a los fines de la publicidad exigida por el art. 10° de la Ley N° 4.035 a la publicación realizada con anterioridad a la emisión de aquella Resolución de la Superintendencia que, cualquier sea la naturaleza jurídica que se le asigne, poseía una evidente y determinante incidencia en la materia, en tanto modificaba la coyuntura existente a ese momento en el área en cuestión (Resolución N° 232/2010); que suma a ello que la publicación efectuada, ya emitida la aludida Resolución N° 232/2010, no contuvo referencia alguna a que las solicitudes se enmarcaban en las habilitaciones dadas por tal Resolución, la cual, tampoco fue puesta en conocimiento general a través de algún medio habilitado a tal fin, debe ser descartada la regularidad que invoca la parte actora en relación a los permisos otorgados, en base a la argüida satisfacción de las etapas de publicidad y oposición de terceros.

vi.- Cabe dejar sentado como consideración final sobre el punto, que no modifica la conclusión expuesta respecto de la etapa de publicidad y oposición, aquel cuestionamiento que la accionante introduce en orden a la ausencia de legitimación directa activa del DGI para “levantarse” en forma tardía -dada la preclusión operada- contra los permisos otorgados, cuando los terceros afectados incumplieron con sus cargas al no oponerse en su oportunidad.

En primer lugar dado que, se reitera, no puede sostenerse en un marco como el descripto, que las etapas de publicidad a los fines de la oposición de terceros se hubiesen cumplimentado en debida forma como para entenderla precluida. Lejos de haber resultado una tramitación consumada en forma manifiesta y pública, fue velada -al menos en algunos de sus elementos esenciales-, lo cual impide tener por satisfecha esa finalidad consagrada por la normativa, por cuya respeto debe velar todo el obrar de la administración, no siendo una materia disponible o de interés privado de las partes.

Por esa misma razón no podría convalidarse en la línea pretendida por la actora, que habría operado una preclusión en orden a la materia de las prioridades subjetivas. Tampoco en virtud de las competencias propias de los órganos del DGI

asignadas en la materia, cuyo desarrollo será profundizado en los puntos siguientes.

Una especial referencia debe hacerse en el marco del aludido planteo, a la denominada cláusula sin perjuicio de terceros (art. 5° de la Ley N° 4.035 ya citado) y su incidencia en la materia discutida en el punto.

La Exposición de Motivos del Anteproyecto de Ley de aguas subterráneas (fs. 767/776), señala al respecto que “...Siguiendo una pauta de invariable aplicación en materia de aguas públicas, se prevé en el anteproyecto la cláusula sin perjuicio de terceros y la falta de responsabilidad del Estado por disminución o escasez de caudales”, así como que “...Esta cláusula significa que una concesión de agua subterránea sólo puede ser enervada por anulación o revocación, siempre y cuando el afectado lo sea por un uso de igual o inferior categoría, ya que de lo contrario, únicamente tendrá derecho a promover acción resarcitoria por el daño sufrido”.

El precepto implica, en primer orden, que las concesiones estarán siempre sujetas a la existencia de caudales y, por tanto, como se señala en el anteproyecto, el Estado no es responsable por la disminución o escasez de caudales. Este aspecto pone el eje en el delicado objeto de la concesión: un recurso escaso e indisponible. El Estado no puede garantizar la permanencia del derecho, ni siquiera para el supuesto en que se detente el título respectivo -concesión-.

Por otra parte, la norma establece que la concesión se otorgará “sin perjuicio de terceros”, es decir, recepta el principio romano *prior in tempore potior in iure* (primero en el tiempo primero en el derecho), principio en virtud de cuya aplicación, podrán derivarse revocaciones o anulaciones de concesiones otorgadas en transgresión al mismo, en caso en que ese tercero que poseía prioridad en virtud de ser anterior su petición, sea afectado por un uso de igual o inferior categoría, dado que, en caso contrario, únicamente tendrá derecho dicho tercero a promover acción resarcitoria por el daño sufrido.

La disposición en análisis no puede servir de base para sostener que otorgada una concesión en transgresión al orden de prioridades legalmente establecido, si ello no es argüido por el tercero perjudicado por dicha irregularidad o si dicho tercero no detenta un uso de igual o superior rango de prioridad, se imposibilite que la administración, a través de las herramientas previstas por el orden jurídico general, proceda según corresponda.

La norma especial se limita a consagrar cuándo procedería la nulidad o revocación en los supuestos en que esos terceros con prioridad temporal en relación a una concesión otorgada en transgresión a dicha prioridad, tendrían derecho a que sus intereses se canalicen a través de la nulidad de la concesión ilegítimamente otorgada y en la consecuente asignación a su parte, esto es, en la hipótesis de detentar una prioridad por

categoría de uso de igual o superior jerarquía que la del titular de la concesión lesiva.

Ahora bien, no debe perderse de vista que aquello expuesto hasta el presente en orden a la cláusula sin perjuicio de terceros, debe ser enmarcado, como la propia ley lo indica, dentro del ámbito de la concesión, único título habilitante del uso del agua, conforme la estructura normativa. Dicha proposición, sobre la que se profundizará en el punto siguiente, determina que, aún cuando no deba dejar de visualizarse al complejo normativo aplicable en materia de aguas subterráneas, como un todo formado por etapas progresivas que avanzan hacia el aprovechamiento o utilización del recurso hídrico, no corresponda alejarse del eje o premisa legal, que consagra a la concesión como único modo de adquirir los usos o aprovechamientos especiales de aguas subterráneas.

Es a dicho título al que circunscribe su regulación el art. 5° de la Ley 4.035, en relación a la cláusula sin perjuicio de terceros.

Lo expuesto, en consonancia con los principios generales aplicables en materia de permisos, conduce a desechar no solo la preclusión que, en función del carácter de permisoria asignado entiende la actora imposibilitaba toda consideración, control o revisión, en orden a las circunstancias de hecho y de derecho que la alcanzaron -entre ellos, la prioridad subjetiva-, sino también, lógicamente la ausencia de legitimación que invoca en cabeza del DGI a los fines de decidir, sin la supuesta existencia de “oposición” de terceros afectados, la denegación de las concesiones -o, según la accionante, la revocación de los permisos otorgados-.

No podría decirse que precluyó la temática atinente al orden de prioridades como sostiene la accionante, ni que la materia no podría haber sido analizada por el HTA -sea porque es una temática de competencia del Superintendente, sea porque no existió impugnación de terceros interesados que instaran la revocación-. Ello en tanto, como se ha anticipado en el presente y se profundizará en los puntos siguientes, el HTA no revocó los permisos otorgados, sino que denegó las concesiones pretendidas; la etapa de publicidad de las solicitudes para oposición de terceros afectados no se cumplimentó en debida forma y porque formaba parte de las competencias propias del HTA evaluar, si desde la perspectiva del orden de preferencias, era procedente otorgar la concesión a la actora, sin hallarse vinculado en forma automática por el obrar del Superintendente respecto de los permisos otorgados.

Si una concesión ya dispuesta puede ser pasible de revocación o anulación cuando se transgrede el orden de prioridades legal, con mayón razón el HTA pudo -debió, en realidad- proceder a denegar la concesión si avizoró que el permiso fue asignado en desconocimiento a esta prioridad, máxime si la etapa de publicidad no había sido cumplida

en debida forma, sin dársele real posibilidad de oposición a los terceros interesados.

En función de los fundamentos expuestos, es que tampoco resultan atendibles aquellos planteos que introdujo Vitivinícola Bulnes S.A. en su ampliación de demanda, que aquí se identificaron como punto 8.- *Ilegalidad por carencia de un mejor interés afectado*.

Sostiene dicha accionante que el trámite administrativo en el que se otorgó el permiso de perforación y en el que se solicitó la concesión, tuvo las etapas de publicidad en beneficio de cualquier interesado que presente un mejor derecho e invoca que efectuó la publicación de edictos y que nadie efectuó oposición en término o fuera de él. El permiso fue objeto de inscripción en un Registro público (Ley 4.035, arts. 14° y 25°) y esa publicidad registral lo hizo objeto de su oposición erga omnes. Añade que en la oportunidad que el HTA otorgue la concesión y la misma se inscriba en el registro público referido acorde exige el art. 16° y 25° de la Ley 4035, nuevamente cualquier interesado que entienda que tiene un derecho preferente podrá ejercer los remedios legales del caso.

Arguye que no hay un interés público en el pedido de cada uno de los restantes peticionantes y justamente por ello, la defensa de sus intereses dependen de su oposición en tiempo oportuno (art. 11° Ley 4035), más no de la intempestiva revisión oficiosa que contradice la estabilidad del acto administrativo.

Destaca que el art. 148° de la LPA excluye del impulso oficioso a los trámites en los que medie solo el interés privado del administrado y que en trámites que -como la solicitud de un permiso de perforación para riego-, no está involucrado un interés público, no puede la administración recurrir o cuestionar actos administrativos que los interesados no han cuestionado, ya que ello importa un desvío y abuso de poder.

Parte de los agravios expuestos, hallan respuesta en el desarrollo efectuado hasta el presente, debiendo añadirse solo que en lo que respecta a la invocación del art. 148° de la LPA en base a la calificación de la solicitud del permiso de perforación como un procedimiento que excluye el impulso oficioso a los trámites en tanto media solo el interés privado del administrado, se avizora la impertinencia de dicho postulado.

En efecto, no solo resulta irrazonable argüir la ausencia de interés público en una materia como la involucrada -y, por tanto, el encuadre en el art. 148° de la LPA resulta ciertamente objetable o controvertido-, sino que dicho precepto, en todo caso, alude a la impulsión del procedimiento y no se focaliza en el ejercicio de las competencias. En consecuencia, sea que se ubique al procedimiento en cuestión como encuadrado en el art. 148° de la LPA, sea que se lo haga en el art. 147° de dicha ley, la competencia a cargo del HTA para expedirse en la materia, a través del examen de las circunstancias de hecho y de derecho y de su encuadre legal, resultaba innegable.

No se soslaya tampoco que, como ha reconocido este Tribunal al analizar algunos aspectos de la prescripción en materia administrativa, los procedimientos que pueden entenderse con implicancia exclusiva de derechos privados en materia de derecho administrativo, poseen un ámbito de actuación ciertamente circunscripto (L.S. 371-162; entre otros).

Por último, no deja de advertirse la contradicción de la accionante, quien sostiene dicho postulado en el punto pero que, en forma simultánea, trae un pronunciamiento judicial del fuero civil en apoyo de su postura, el cual parte de la calificación y encuadre del caso en el art. 147° de la LPA.

Cabe efectuar una consideración final en punto a aquel agravio introducido por Vitivinícola Bulnes S.A., sistematizado en el presente como punto 7.- *Arbitrariedad por exceso ritual manifiesto en el alcance otorgado al eventual error material que se sostiene que existe*, dado que el mismo se vincula intrínsecamente con el aspecto analizado en el presente.

Entiende dicha accionante que la denegación de concesión en que incurre el HTA, es arbitraria, ya que se formula en base a un exceso de rigor ritual manifiesto, en tanto si en el caso, una asociación de usuarios ha solicitado permisos para perforar a efectos de que sus integrantes usen el agua subterránea, y si tales permisos se otorgaron a nombre de la asociación cuyos integrantes usarán el agua o si se otorgaron a nombre de cada uno de los integrantes de la asociación, no deja de ser una mera discordancia formal, sin efecto concreto, ya que en ambos casos el agua está destinada a las mismas propiedades.

Afirma que si el HTA entendía que existía un error material en la forma de consignar la titularidad correspondiente, podría, en todo caso, haber corregido tal deficiencia en el acto concesional, disponiendo la concesión en titularidad de la asociación de usuarios solicitante. Especialmente, porque nadie le solicitó al DGI que el permiso o concesión fuera a nombre de Santa María, sino que lo hizo de oficio.

Todos los fundamentos vertidos hasta el presente (en particular, en punto al planteo de regularidad de los permisos, intervención de la Cámara y régimen legal), dan cuenta que el postulado de Vitivinícola Bulnes en la citada línea, no puede prosperar.

Ello en tanto, como ya se basamentara en profundidad, no se trata de una divergencia menor, terminológica o formal, en orden a nombre de quién correspondería efectuar la inscripción respectiva, sino de una deficiencia sustancial, insubsanable y central, como es que la Cámara en cuestión, no revestía los caracteres para ser encuadrada como un supuesto de asociación, consorcio o cooperativa de usuarios a los fines de gozar

de la preferencia subjetiva pretendida y, consecuentemente, que tampoco podrían poseer o usufructuar la misma sus integrantes.

Como se ha especificado, al no tratarse de un consorcio de usuarios con el alcance requerido por la ley especial, ni la Cámara ni sus asociados, titularizaban dicha prioridad, no siendo por tanto un aspecto decisivo, aquel atinente a nombre de quién debía inscribirse un título al cual no se tenía derecho.

No consumó un rigorismo el obrar del DGI, sino ni más ni menos que la aplicación de la normativa vigente, como intérprete y operador jurídico.

Por otra parte, no puede soslayarse el basamento o origen legal del régimen de prioridades, que hace que su consagración a dicho nivel, no constituya una materia disponible para el administrador. En esta línea, se ha señalado que se parte de la premisa que los derechos sobre las aguas públicas en la Argentina son generalmente acordados prescribiendo el fin al cual han de ser destinados. Esta adscripción del derecho al uso del agua a un fin determinado traduce el “interés público” y la preferencia de una determinada política hídrica por el desarrollo de unos usos en detrimento de otros (Martín Liber, 2010, pág. 239).

Corolario sobre la pretensa “regularidad” (legitimidad) de los permisos otorgados:

En función de todos los fundamentos expuestos hasta el presente, surge que aquella primera premisa planteada por la actora en base a la cual sostiene que “*los permisos integraban el bloque de legalidad del que el HTA no podía apartarse*”, como es la “*regularidad del trámite de otorgamiento de los permisos*”, no puede ser convalidada.

Por el contrario, ha sido acreditada la irregularidad o ilegitimidad del obrar que otorgó los permisos en cuestión, en violación al orden de prioridades y en el marco de un trámite que exhibió las deficiencias señaladas en relación a las etapas de publicidad y oposición.

La improcedencia del encuadre de la firma actora en la hipótesis de preferencia subjetiva contemplada en el art. 7° inc. b de la Ley N° 4.035, en la que se ha concluido en el desarrollo del presente punto, si bien resulta una cuestión pertinente y necesaria para la decisión del caso, no se erige en un corolario suficiente a tales efectos, dado que deviene indispensable examinar los restantes argumentos vertidos por las accionantes, a fin de determinar si, a pesar de la ausencia de prioridad subjetiva como causal justificante de la denegatoria de la concesión, el obrar del HTA resultó ilegítimo al obstar al mismo alguna de las razones jurídicas que arguye dicha parte.

Tales aspectos, serán aquellos que se tratarán en el punto siguiente y estarán

destinados a dar respuesta al siguiente concreto interrogante: ¿obró ilegítimamente el HTA al denegar las concesiones, por haber implicado ello revocar -aunque en forma solapada o implícita- los permisos de perforación? ¿Transgredió con dicho obrar el principio de estabilidad del acto administrativo?

b.- Estabilidad de los permisos:

Habiéndose descartado la primera premisa de análisis argüida por la accionante, centrada en la regularidad del trámite de otorgamiento de los permisos, debe ingresarse en el segundo aspecto que integra el primer planteo de dicha parte, cual es el relativo a si tales actos resultaban estables desde el punto de vista del régimen jurídico administrativo, y, por tanto, no podían ser dejados sin efecto en su sede por la administración, en cuanto al reconocimiento de derechos que ellos habrían efectuado (arts. 96°/97° LPA).

i.- Argumentos de la accionante relativos a la “estabilidad” de los permisos:

Sostiene la actora que:

\*los actos que otorgaron los permisos encuadran en los términos de los arts. 96° y 97° de la LPA;

\*el permiso no es esencialmente revocable, a diferencia de lo afirmado por el HTA, salvo cuando haya sido otorgado expresa y válidamente a título precario -que no es el caso-; o cuando se trata del uso del dominio público frente al cual se invoquen razones de oportunidad sobrevinientes -que tampoco lo es- (conf. art. 97° LPA);

\*las Resoluciones N° 282 y N° 283 de la SGI debieron ser respetadas por el HTA como actos administrativos válidos y estables, no revisables en su sede, sino por causas sobrevinientes;

\*si bien el HTA afirma que lo que hizo a través de las Resoluciones N° 72 y N° 74 no fue cuestionar la legitimidad de los permisos -a los que reputó de objeto agotado-, sino ejercer la atribución propia de resolver el otorgamiento o no de concesiones de uso de aguas subterráneas, se puso en contradicción con sus dichos, al enfatizar que como órgano competente -distinto de la Superintendencia que otorgó el permiso para perforar-, resolvió rechazar o no otorgar el derecho a usar el agua, en virtud de las ilegalidades detectadas en el procedimiento de otorgamiento de los permisos para perforar;

\*el único motivo tenido en miras para denegar las concesiones solicitadas, es el referido a la presunta ilegitimidad de los permisos, materia sobre la que no se podía volver en esta instancia y, mucho menos, en sede administrativa.

ii.- Interpelaciones que generan las argumentaciones de la actora:

Los reseñados planteos accionantes, conducen a formular una serie de

proposiciones o enunciados en cuyo examen debe avanzar el Tribunal:

¿Son “estables” los permisos de perforación de aguas subterráneas?

¿Qué derechos otorgan -reconocen- o, pueden legalmente asignar por consagración normativa dichos permisos?

¿En el caso, los actos de otorgamiento de los permisos, se circunscribieron a los límites legales sin avanzar en la asignación de un derecho al uso del agua?

¿De ser afirmativa la respuesta a dicho interrogante, puede entenderse que la circunstancia de haber “tolerado” el DGI por parte del permisionario el uso de las aguas respectivas sin la existencia de concesión (o ser ello una práctica administrativa), importó el otorgamiento de algún derecho subjetivo en dicha línea, que pueda considerarse estable y regular?

¿Qué órgano dentro del DGI posee la competencia para expedirse en la materia de derecho a uso del agua subterránea?

¿Actuó el HTA en exceso de competencias, ya sea por invadir atribuciones del Superintendente o al avanzar sobre actos que solo podrían ser revisados en su legitimidad por la justicia a través de la acción de lesividad?

¿Poseyeron los actos del HTA un vicio en su finalidad, dado que aún cuando declararon que desestimaron concesiones de uso, en realidad, revocaron por razones de ilegitimidad originaria los actos de otorgamiento de los permisos? ¿Poseyeron falsa causa y falsa motivación?

¿Tuvieron tales actos una “severa falla de motivación”, al fundar la negativa de la concesión en circunstancias que solo eran aptas para revocar los permisos o negar el otorgamiento de éstos?

¿Se incurrió en el obrar administrativo a través de los actos del HTA en transgresiones al debido proceso administrativo?

iii.- Las primeras interpelaciones formuladas, exigen examinar la normativa aplicable en la materia, a los fines de dilucidar si aquello acaecido en las actuaciones administrativas, implicó o no una transgresión por parte del DGI -a través del HTA- a la estabilidad que arguye la actora en relación a los permisos otorgados por el Superintendente.

Debe analizarse entonces cuál es el alcance del *régimen jurídico* aplicable a los *permisos en materia de aguas subterráneas*, más allá de aquellas construcciones doctrinarias y jurisprudenciales que se han erigido, en general, respecto a tal categoría jurídica en el derecho administrativo.

La Ley N° 4.035 estructura un claro sistema en el que los usos o

aprovechamientos especiales de las aguas subterráneas, reconocen como su título legitimante “solo” a la concesión. Ello surge evidente de la estructura de la ley, que siempre alude a la concesión a los fines de acceder a los usos especiales.

Existen algunos preceptos definitorios en la estructura de la Ley N° 4.035, en relación al punto:

Art. 3°: Usos especiales. Modo de adquisición: “Los usos o aprovechamientos especiales de aguas subterráneas, solo pueden ser adquiridos mediante concesión otorgada por la autoridad administrativa de aplicación”.

Art. 5°: Cláusula sin perjuicio de terceros y carácter de la concesión: “Las concesiones a que se refiere esta ley se entenderán otorgadas sin perjuicio de terceros y estarán siempre sujetas a la existencia de caudales. Las acciones de revocación o nulidad de concesiones lesivas, solo procederán cuando el uso especial afectado sea de igual o superior rango de prioridad”.

Art. 6°: Prioridad en relación al uso: “En caso de concurrencia de solicitudes de concesión, la prioridad para su otorgamiento y para la regulación posterior de los usos especiales, comprendidos los existentes, se regirá por el orden de prelación establecido en el artículo 4°”.

Art. 7°: Preferencia con relación al sujeto solicitante: “Preferencia con relación al sujeto solicitante: Sin perjuicio de lo establecido en el artículo anterior, se dará preferencia a las solicitudes para un mismo uso, peticionados en el orden siguiente por:...”

Art. 8°: Excepciones: “Las prioridades y preferencias establecidas precedentemente, podrán ser alteradas previo al otorgamiento del permiso para perforar y por resolución fundada, cuando se acreditara fehacientemente que el beneficio económico-social es notoriamente superior al de la solicitud preferente competitiva”.

Art. 14°: Inscripción. Revocación: “El permiso aludido en el artículo precedente deberá anotarse en el registro general de perforaciones aludido en el art. 25 y podrá ser revocado en cualquier momento por resolución fundada, si luego de su otorgamiento o durante la ejecución de las obras y trabajos, sobrevienen causas que tornen imposible su construcción o funcionamiento en condiciones reglamentarias. La revocación será sustanciada con audiencia del interesado”.

Art. 15°: Certificado final: “Realizada la obra, se expedirá el informe técnico final, que esencialmente deberá expresar: A) Profundidad y diámetro de la perforación; B) Potencia de explotación y equipos; C) Nivel y calidad del agua; D) Perfil de suelos; E) Condiciones de funcionamiento reglamentarias”.

Art. 16°: Concesión: “*El expediente respectivo será puesto a consideración del organismo concedente para el otorgamiento de la respectiva concesión. La resolución que así lo disponga, constituirá el ‘Título’ de la concesión; deberá dictarse dentro de los 30 días de recibido el expediente y su vigencia y efectos comenzarán a regir desde su inscripción en el Registro General de Perforaciones a que alude el art. 25...*”.

Art. 18°: Derechos y obligaciones del concesionario: “*El concesionario goza de los siguientes derechos: A) Usar de las aguas con arreglo a los términos de la concesión y la ley...*”.

Art. 19°: Obligaciones: “*Son obligaciones del concesionario: A) Utilizar racional y eficientemente el causal concedido, exclusivamente en su propiedad, establecimiento o actividad...*”.

La estructura de la ley especial, lleva a extraer las siguientes consecuencias o máximas:

(a) Es indudable que la ley erige un sistema que debe leerse, entenderse y pensarse en su *lógica*, evitando interpretaciones irrazonables, como aquella que propugne que los permisos de perforación y las concesiones de aguas subterráneas, resultan etapas inconexas, aisladas o desvinculadas entre sí. Por el contrario, es evidente que se trata de diversos aspectos o fases de un trámite o procedimiento complejo, que tiene un iter natural y un fin último: *el uso especial del recurso hídrico*.

(b) Sin embargo, tal hermenéutica integral no debe conducir a habilitar transgresiones legales, que no reparen debidamente en las posiciones o situaciones jurídicas en que, en el curso de ese procedimiento complejo, se encuentran ubicados los interesados en acceder al uso especial de un recurso escaso.

No podría considerarse que en tanto el permiso para perforar propende a la obtención del uso del agua subterránea, el mismo posea, por esa sola tésis, la misma morfología constitutiva que las concesiones, o que no existen diferencias entre ambos títulos jurídicos. No podría tampoco aplicarse a los permisos, reglas privativas de las concesiones.

(c) La ley distingue específicamente ambas figuras, aún en el marco de su evidente interrelación progresiva.

Respecto de las concesiones, dispone que es el único título de adquisición de los usos o aprovechamientos especiales de las aguas subterráneas y que se entenderán otorgadas sin perjuicio de terceros y estarán siempre sujetas a la existencia de caudales. En función de ello establece que pueden ser declaradas lesivas y dar lugar a la nulidad o revocación, en caso en que el uso especial afectado sea de igual o superior rango de

prioridad, así como también que aún ellas, a pesar de la sustancia propia del derecho que se otorga, están sujetas o condicionadas siempre a la existencia de caudales.

Se advierte, que la propia naturaleza del bien objeto de la concesión, así como la especial preeminencia que asigna el régimen legal al sistema de prioridades (verdadero principio en el marco del régimen jurídico de las aguas públicas), determina la adecuación de las reglas aplicables en materia de estabilidad del acto administrativo.

Los permisos de perforación, por su parte, también poseen reglas específicas consecuentes a su alcance y naturaleza, de representar una primera etapa o paso a los fines de la obtención ulterior del título que otorga el derecho de uso del agua.

En esta línea, la normativa dispone que los permisos para perforar, aún ya inscriptos en el registro respectivo, pueden ser revocados en cualquier momento por resolución fundada, si luego de su otorgamiento o durante la ejecución de las obras y trabajos, sobrevienen causas que tornen imposible su construcción o funcionamiento en condiciones reglamentarias (art. 14° Ley 4.035).

Ahora bien, este último precepto, no debe ser interpretado en forma aislada, como propugna la accionante, ni argüirse en virtud del mismo -en su conjunción con los arts. 97° inc b y 101° inc. b de la LPA-, que el permiso para perforar aguas subterráneas sea irrevocable por principio, al no haber sido otorgado en el caso expresa y válidamente a título precario, ni al haberse invocado razones de oportunidad sobrevinientes en el marco de un permiso de uso de dominio público (conf. art. 97° LPA).

Dicho postulado no repara en debida forma en la estructura específica de los permisos en cuestión, los cuales, *no constituyen permisos de uso de agua subterránea*, sino permisos de perforación, tendientes a la ulterior obtención, de resultar ello procedente, de la concesión de las aguas respectivas -único título habilitante de los usos especiales- y cuyo sustrato se centra eminentemente en aquellas operaciones y trabajos de índole técnico previstos en la normativa.

De allí que, aún en la mejor hipótesis para la accionante, de entenderse que el permiso de perforación resultó en el caso un acto estable -en el sentido de permanente, inalterable o duradero-, que no asignó un derecho de carácter “*precario*” -ni fue otorgado expresa y válidamente con dicho alcance- y respecto del cual tampoco se invocaron razones de oportunidad sobrevinientes, a los fines de su revocación, nada de ello derivaría, por sí solo, en la conclusión de haber acaecido en el caso, una transgresión a la estabilidad de dichos actos al denegarse las concesiones.

Ello en razón de que no solo debería determinarse en un primer estadio de análisis si el obrar desplegado por el DGI a través del HTA al haber desestimado las

respectivas concesiones habría implicado, efectivamente, la revocación por ilegitimidad del permiso con el alcance establecido por el art. 98° de la LPA -como extinción en sede administrativa de un acto viciado para restablecer el imperio de la legitimidad-, sino porque, en todo caso, aunque se entendiera que la finalidad con la que procedió dicho órgano fue la de revocar los actos que otorgaron los respectivos permisos en función de tal ilegitimidad, ello no podría extenderse a convalidar que tal obrar implicó la revocación de un derecho estable con el alcance que procura asignar la actora, en tanto se repare que la esencia y contenido del permiso en materia de aguas subterráneas, no puede exceder por expresa regulación normativa, de una primera etapa del procedimiento centrada en aquellas operaciones técnicas tendientes a posibilitar, de ser ello procedente, el posterior aprovechamiento de dichas aguas a través de la concesión. Contenido que, por otra parte, como se analizará específicamente más adelante, no fue sobrepasado por el objeto que exhibieron los actos que otorgaron los mismos (Resoluciones N° 282 y N° 283).

En consecuencia, si aquello que la accionante podría argüir como derecho asignado en forma estable por el acto, no podía exceder por consagración legal -ni fue sobrepasado tampoco en la aplicación particular que hizo la administración- del contenido antedicho, afectación alguna de un derecho adquirido podría invocarse con respecto al pretense atributo del uso de las aguas respectivas.

Debe tenerse presente a tales efectos que como lo ha señalado el Tribunal, la estabilidad del acto administrativo cuya transgresión da origen a la nulidad del acto que quebranta tal estabilidad (art. 53° LPA), debe ser analizada en cada caso concreto, a la luz de los derechos (subjettivos o precarios) que el acto respectivo asignó al interesado (voto mayoritario causa “Soto Oscar c/OSEP s/APA” -sent. 26/02/2019-, con cita en voto del Dr. Garay Cueli in re “Martínez Rita” -sent. 13/12/2018).

En función de tales principios, se entendió que no sería dable considerar, verbigracia, que la transgresión al principio de estabilidad o irrevocabilidad de los actos administrativos que crean, reconocen o declaran derechos en materia de empleo público en función de la inexistencia de vicios groseros en los actos respectivos y su consecuente declaración de nulidad, traiga necesariamente aparejado que los agentes respectivos resulten alcanzados o deban ser anclados en una situación que implique o presuponga la estabilidad en el empleo público, sino que deberá ser evaluada cada situación en función de los derechos que el acto respectivo otorgaba al interesado.

Por aplicación de tales máximas, aquello que, en el mejor de los supuestos para la accionante, podría invocar como “estable” y no modificable a través del denunciado obrar con desvío de finalidad del HTA, no alcanzaría nunca al derecho al uso especial del

agua subterránea, el cual, se reitera, sobrepasa y es ajeno al contenido de los permisos. De allí, que, aunque se pretendiera la nulidad de los actos impugnados por transgresión al principio de irrevocabilidad, su consecuencia nunca podría importar -a diferencia de lo que pretende la parte actora por aplicación de la teoría de la estabilidad del acto administrativo- colocarla en una situación jurídica que le reconociera el derecho al uso del agua.

En este orden se tiene presente que se ha afirmado sobre el permiso de perforación de aguas subterráneas, que es una autorización otorgada a fin que el administrado ejecute las obras necesarias para la captación del agua que se encuentra en el acuífero. Es decir, que es un trámite de naturaleza eminentemente técnica. Una perforación, básicamente consiste en la acción de realizar un hueco profundizado en la tierra para interceptar acuíferos o mantos de aguas subterráneas. Para los supuestos en los cuales la ley exige permiso, serán aquellos en los cuales la excavación se hace por medios manuales o impulsados por fuerza motriz (ej, taladros), que producen un gran diámetro y son destinados a proporcionar una considerable extracción de agua con fines de aprovechamiento privativo. Esa perforación irá atravesando diferentes estratos, entre los que puede haber unos acuíferos y otros no acuíferos; unos consolidados y otros no consolidados. En síntesis, un permiso de perforación se solicita con el objeto de obtener la autorización por parte de la administración, de ejecutar ese “hueco” y es así tal cual surge de la letra de la ley 4035, al analizar su capítulo referido al trámite de autorización para perforar. Es decir, que en el trámite del permiso para perforar, predominan cuestiones eminentemente técnicas relativas a la obra misma (Nicolás González del Solar; *“Régimen Legal de las Aguas Subterráneas en Argentina”*; de. Lajoune; Bs. As; 2017; pág. 113 y sgtes.).

Especifica dicho autor que se destaca a la figura o instituto del permiso como título necesario en la mayoría de las legislaciones argentinas, para realizar la obra de construcción del pozo que luego, se extraerá agua para los fines que hayan sido denunciados o declarados por el interesado particular al momento de su solicitud ante la autoridad competente. Aquella autorización para intervenir la masa de agua, no entraña per se el derecho de usar esa agua; es decir, que el permiso para construir la obra hidráulica no trae ínsita, generalmente, la de explotar el acuífero y utilizar sus aguas (González del Solar; ob. cit., pág. 109 y sgtes.).

iv.- Esta Suprema Corte se ha expedido en orden a la diferencia existente entre el permiso y la concesión de aguas subterráneas en el régimen legal de la Provincia de Mendoza, en el precedente *“Srbovic Marcelo Alejandro y otro c/DGI s/APA”* (causa N° 102.809, Sala I, sent. 15/10/2012, L.S. 444-70), en el marco de la impugnación a un acto

del Superintendente que había denegado un pedido de prórroga para poner en condiciones el pozo, declarando la caducidad del permiso de perforación.

Allí el Tribunal sentó las bases de las diferencias existentes entre “*permiso y concesión*”: el permiso es un acto que autoriza a una persona el ejercicio de un derecho precario, el que se diferencia de la concesión en tanto ésta crea un derecho subjetivo a favor de la persona a cuyo nombre aparece otorgado el acto. En el caso de los permisos, la situación jurídica del administrado 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 y que se encuentra sometido al cumplimiento de deberes u obligaciones bajo pena de caducidad, pasible de ser modificado o extinguido por razones de mérito, oportunidad o conveniencia.

Explicitó, asimismo, que ello no quiere decir que el derecho a uso especial del dominio público que nace del permiso sea libremente revocable, ya que tal potestad está sujeta a límites, especialmente en cuanto hace a la motivación del acto que lo revoque, el que deberá establecer las causas por las que se toma la decisión lo que permite determinar si es arbitrario o ilegítimo. Y así como el otorgamiento del permiso requiere una evaluación entre el interés público y la finalidad para la cual es permitido el uso de bienes del dominio público también su revocación exige que haya desaparecido o variado objetivamente la conveniencia que dio lugar al nacimiento del permiso en función de los mismos intereses generales o fin público que inicialmente lo justificaron (L.S. 432-116 y 147).

Bajo tales máximas, al desestimar la defensa de los allí actores respecto a la negativa de abandono de la perforación por sus antiguos propietarios, afirmó la Sala que *“El derecho al uso del agua no estaba concedido, no existía un ´derecho subjetivo´ al uso, solo existía un permiso para perforar lo que traducía una mera expectativa respecto a la utilización del agua subterránea y los actores –al comprar en esas condiciones- asumieron ese riesgo en la esperanza de obtener el agua necesaria para los trabajos de explotación agrícola que dicen haberse propuesto...”*.

Añadió que la interpretación pretendida por los actores atentaba contra el régimen de tutela de las aguas públicas vigente en nuestra provincia y alteraba el esquema de administración de las aguas porque en los casos de uso particular de las aguas públicas, el interés público predomina sobre el interés del administrado que pretende beneficiarse con ese uso, el que necesariamente debe resultar productivo para justificar la concesión y el uso, por ello entre las exigencias legales para su otorgamiento se establece la obligación

de determinar el destino que se dará al agua (inc. f art. 9° Ley 4035).

Conclusión inicial: Más allá de los caracteres que, en general, pretenda asignar la accionante a los permisos como categoría jurídica, el permiso receptado en la Ley N° 4.035 en materia de aguas subterráneas, posee una morfología o configuración particular y circunscripta, que no alcanza a la atribución del uso especial del recurso. En consecuencia, aquello que el accionante pretendiera argüir como prerrogativa derivada de dicho acto, aún con pretensión o vocación de estabilidad, no podría exceder nunca de su específica sustancia de constituir un primer estadio -necesario- centrado en operaciones de tipo técnico, a los fines de continuar el iter que otorgue el título de concesión.

v.- En pos de dar una respuesta acabada a la integridad de las líneas de análisis que postula la accionante, corresponde profundizar en la articulación que plantea en el caso entre los artículos 96° y 97° de la LPA.

Afirma la actora *tanto* que los actos que otorgaron los permisos constituyeron actos regulares estables que le reconocieron un derecho subjetivo irrevocable en sede administrativa, *como* que no resultan aplicables a su respecto las excepciones al principio de estabilidad del acto, al no estarse ante los supuestos contemplados por el art. 97° de la LPA.

Ninguna de tales premisas resulta pasible de convalidación en los términos planteados.

En primer orden, conforme los fundamentos vertidos hasta el presente, resulta improcedente en el marco del régimen especial vigente en materia de aguas subterráneas, afirmar que los permisos de perforación asignan derechos subjetivos con el alcance que pretende la actora, esto es, con una sustancia que excede de aquella propia de la esencia y contenido de tales permisos.

No podría sostenerse a su respecto que se trata de actos estables que asignaron el derecho subjetivo al uso especial del agua subterránea o que generaron un primer paso vinculante en el procedimiento para la obtención del uso especial que debiera derivar en forma necesaria y automática en la concesión.

Respecto del segundo aspecto del razonamiento accionante, se advierte también la sinrazón del postulado que lo basamenta, en tanto aún cuando se partiera por convalidar su proposición que sostiene que en la especie no acaeció una revocación por razones de oportunidad de un permiso de uso del dominio público, ni de un derecho otorgado expresa y válidamente a título precario, ello no modificaría la consecuencia ya expresada en orden a la premisa central, de constituir el permiso para perforar en materia de aguas subterráneas una categoría jurídica con un contenido concreto y circunscripto a

nivel legal.

Por ello, aunque la precariedad del título pueda pretender ser puesta en cuestionamiento u objetada al considerar que los respectivos derechos no fueron expresa y válidamente otorgados a título precario, intentando alejar a este específico permiso de perforación de los caracteres que, en general, ha asignado la doctrina y jurisprudencia tradicionales a la categoría jurídica del permiso, el corolario de ello no podría ser nunca la atribución de una situación jurídica calificada o con una protección mayor que aquella que poseerían las categorías cuya precariedad es sistemáticamente descartada (v.g., la concesión).

Repárese en que al amparo de las proposiciones que despliega la actora, el titular de un permiso de perforación de aguas subterráneas, se hallaría en una posición jurídica de superior protección que la reconocida al concesionario de uso de tales aguas, dado que la propia norma especial declara a las concesiones siempre otorgadas sin perjuicio de terceros y sujetas a acciones de revocación o nulidad de concesiones lesivas (art. 5° Ley N° 4.035).

vi.- Por todo lo expuesto, no corresponde ahondar en la precariedad de los permisos como característica general que podría alcanzar a tal categoría jurídica, dada la inoficiosidad que ello exhibe en el caso.

No escapa al Tribunal la marcada evolución habida en la materia, en punto a los diversos asuntos que dicha temática involucra, no solo en cuanto a la estabilidad o no de la situación jurídica que tal título asigna, sino aún en aspectos que se han añadido en el análisis del concepto del precario (v.g., en punto a la discrecionalidad en su otorgamiento).

Sin embargo, se reitera, tales aspectos no resultan pertinentes en su consideración en el caso, no solo en virtud de la especificidad del régimen vigente en materia de permisos de perforación de aguas subterráneas, sino porque no fue en la cuestión atinente a la precariedad de dichos permisos en que se centró el obrar de la administración aquí objetado -más allá de algunas expresiones que se desplegaron en el curso del procedimiento recursivo-, sino en haberlos considerado agotados en su objeto y proceder a desestimar las respectivas concesiones en virtud de la ausencia de prioridad subjetiva para el otorgamiento del derecho al uso especial.

vii.- Corrobora aquello sostenido hasta el presente, la circunstancia puesta de resalto por autorizada doctrina, en orden a una de las denominadas excepciones al principio de irrevocabilidad del acto regular vinculada a los derechos asignados a título precario (en concreto, la que en el Decreto-Ley N° 19.549 se consigna como el supuesto en que “...*el derecho hubiere sido otorgado expresa y válidamente a título precario*”), respecto a la cual

se ha expresado que no podría considerársela como una causal de excepción a la inextinguibilidad del acto por razones de ilegitimidad, *“toda vez que la consistencia jurídica de la prerrogativa surgida de un acto en nada se vincula con la naturaleza de las causales que tornan viable la anulación de dicho acto”* (Comadira, Julio Rodolfo y Escola, Héctor Jorge, *“Derecho Administrativo Argentino”*, Editorial Porrúa, 2006, pág. 388/389)

Con particular agudeza, señalan dichos autores que *“...mientras en el caso de la extinción de un acto que otorgue un derecho a título precario, cuando la extinción se dispone por causa de esa precariedad, la validez de él no queda cuestionada, en el supuesto de la anulación, por el contrario, cualquiera que sea la consistencia del derecho otorgado, lo que realmente se halla en juego es la estructura viciada del acto de que se trata. En otros términos: el carácter precario con que haya sido otorgado un derecho no autoriza la anulación del acto respectivo sino cuando con prescindencia de dicha precariedad concurren, objetivamente, causales idóneas para viciar el acto de su legitimidad originaria”*.

Como subrayan dichos especialistas, la diferencia no es meramente académica, por cuanto *“mientras la anulación tendrá efectos retroactivos, por principio, y generará la restitución recíproca de las prestaciones percibidas a raíz del acto y la indemnización de los daños derivados de la ejecución del acto ilegítimo, la extinción fundada en la precariedad operará para el futuro y carecerá de todo efecto vinculado con una legitimidad que no ha sido cuestionada”*.

Dicha modulación o inflexión en el análisis de la temática, posibilita reafirmar que la pretendida ausencia de *precariedad* que arguye la actora respecto del derecho otorgado por los permisos, no resulte una circunstancia dirimente en la decisión del caso, en función de que, aunque se procurara negar la calificación como precario del derecho asignado por el permiso de aguas subterráneas, ello no tendría incidencia en el presente, ya que aún si por vía de hipótesis se convalidara la premisa de la que parte la accionante respecto a que el obrar del HTA al denegar las concesiones importó revisar -y revocar- actos regulares, esa supuesta “extinción” del acto que otorgó el permiso, no acaeció en base a la invocación de la habilitación dada por la consistencia jurídica del derecho -su potencial precariedad-, sino en función de la improcedencia de la atribución del pretendido derecho al uso especial por ausencia de prioridad subjetiva a tal fin.

Conclusión intermedia: Aún cuando se considere que el permiso asignó un derecho subjetivo estable (art. 96° LPA), que no encuadra en las excepciones a la irrevocabilidad del acto previstas por el art. 97° de dicha ley, ello no derivaría en la

atendibilidad del planteo accionante en orden a la ilegitimidad del obrar administrativo, incluso cuando se entienda que dicho obrar del HTA implicó una revocación -aunque implícita- del permiso, dado que nada de ello tendría la viabilidad de modificar el sustrato específico del permiso de perforación, como categoría que no comprende la atribución del uso especial del recurso, posición jurídica en que pretende estar ubicada la actora y que arguye le fue revocada.

viii.- Corresponde proseguir el examen del punto, dejando establecido que si aquello que postula la actora en el marco de su argumentación en orden a la *estabilidad del acto administrativo*, es que las resoluciones que otorgaron los permisos para perforar resultaban estables con el alcance de haberles reconocido legítima o ilegítimamente -en exceso de aquello dispuesto a nivel normativo en la materia-, pero en forma “regular” -es decir, sin vicios groseros-, el derecho propio que asigna aquel título habilitante del uso especial de agua (concesión), ello tampoco configura una premisa pasible de validación.

Se tienen presentes las voces que se han erigido en materia de aguas subterráneas, subrayando la desavenencia habida entre el segmento normativo y el de la realidad de su aplicación, a través de prácticas que han conducido a señalar que si bien del texto legal no surge que el permiso habilite el uso del agua, la práctica administrativa ha considerado que tal permiso habilite el uso del agua, una utilización precaria del recurso hídrico hasta tanto el órgano concedente resuelva al respecto, lo que se produce en los numerosos casos que luego de alumbrar agua no se ha sustanciado el trámite concesional. Se destaca que una consecuencia no deseada del sistema ha sido la gran cantidad de permisos de perforación que no llegaron al status de concesión por diferentes causas, entre ellas, la ineficacia administrativa en la tramitación y elevación de los expedientes, lo que supone que ni siquiera fueron elevados al HTA por negligencia propia del interesado (ver Nicolás González del Solar; “Régimen Legal de las Aguas Subterráneas en Argentina”, de Lajoune; Bs. As; 2017).

Más allá de la referida y preocupante circunstancia subrayada en relación al llamado “uso tolerado” del recurso, en el caso, la proposición accionante sobre el reconocimiento de un supuesto derecho “estable” al uso del agua proveniente de los actos que otorgaron los permisos para perforar, no resulta atendible, en concreto, porque las Resoluciones N° 282 y N° 283 del Superintendente, no implicaron el reconocimiento de un derecho en los términos y con el alcance pretendido por la actora.

En efecto, se advierte que el contenido de tales actos se circunscribió precisamente a la sustancia propia de los permisos de perforación: concedió el permiso para la construcción de una perforación (art. 1°), aprobó el Plan de Trabajo -el que indicó

debía desarrollarse en el plazo de seis meses bajo apercibimiento de revocación- (art. 2°), así como otros aspectos eminentemente técnicos que tienen que ver con la realización de dichas operaciones (arts. 4° y 5°) y los restantes referentes a las condiciones del otorgamiento del permiso (arts. 6°, 7° y 8°).

La única parte de los actos que aludió al uso del agua, fue el artículo tercero de cada uno de ellos, que estableció que *“el volumen de extracción a autorizar, dependerá de los resultados del ensayo de bombeo. En caso de ser este productivo, se autorizará el volumen de extracción, el que se ajustará mediante resolutivo de esta Superintendencia, una vez realizada la inspección final de obra y conforme el límite excedentario que se ha considerado en los antecedentes de la Resolución 232/2010”*.

Se advierte entonces que la referencia efectuada en los artículos terceros de las Resoluciones N° 282 y N° 283, no fue operativa o ejecutiva, en orden a una supuesta habilitación al uso del agua, ni podría entenderse como generadora de derechos subjetivos con el alcance que desprende la accionante.

Por su parte, las constancias ulteriores de las actuaciones administrativas, dan cuenta que aquellas instancias futuras o venideras a las que aludió dicho artículo -que presuponían resultar productivo el ensayo de bombeo, y una autorización del volumen de extracción ajustado por resolutivo del Superintendente luego de la inspección final de obra-, no acaecieron en la especie, al menos no con anterioridad a la emisión de los actos del HTA aquí impugnados.

Así se observa que a fs. 53 del expediente N° 265.694 y fs. 55 del expediente N° 265.695, la actora fue notificada que debía presentar a la Dirección de Gestión Hídrica la información técnica detallada del equipo de bombeo que se instalaría en las respectivas perforaciones, así como los resultados del ensayo de bombeo, a los efectos establecidos en el art. 3° de las Resoluciones N° 282 y N° 283.

Las actuaciones posteriores, hacen constar que las perforaciones no fueron equipadas definitivamente, no obstante haber vencido el plazo indicado por los arts. 2° de los actos, siendo ello causal de revocación del permiso, correspondiendo emplazar al titular a efectuar los actos útiles y necesarios a tal fin, lo cual derivó en un emplazamiento por treinta (30) días, efectuado el 30/03/2011 y el 01/04/2011. Ello condujo a presentaciones de la firma, solicitando una extensión del plazo de puesta en marcha de la electrificación y bombeo de agua, a lo que siguió la realización de una serie de actas de inspección, en particular, la de fecha 2 de marzo de 2012, en la que consta la inspección ocular a las veinte perforaciones que sirven o servirán fundos pertenecientes a los integrantes de la Cámara de Comercio, Vitivinicultura, Turismo y Producción Alto Agrelo, cuyo resultado se

volcó en el informe agregado a fs. 85/91 de las actuaciones administrativas, el cual fue calificado por la misma demandada como un informe genérico de la cuestión sin perjuicio del análisis puntual del estado de cada pozo que se señaló debía realizarse en el trámite de cada perforación (art. 15 cc. Ley N° 4.035).

Respecto de las perforaciones N° 6/1814 y N° 6/1816, el informe suscripto consigna en fecha 07/03/2012, que se encuentran equipadas con bomba electrosumergible conectada con el tablero de comando en una casilla de mampostería contigua. Tienen cabezal para cañería de descarga de diámetro 8´´. No tiene acometida eléctrica. La línea de suministro de energía está en construcción. La propiedad se encuentra cultivada con viñas en espaldero, con sistema de riego presurizado (goteo), en el sector este de la misma, estando el sector oeste con tareas de desmonte. Se observa acopio de madera para puntales. Se ha presentado el Informe Técnico Final del Director Técnico.

Posteriormente, en marzo de 2012, la Dirección de Gestión Hídrica, emitió el certificado técnico final en el marco de los arts. 15° y 16° de la Ley 4.035, en el cual expresó sobre las condiciones de funcionamiento reglamentario, que la perforación ha sido construida y equipada, aunque no se encuentra en condiciones de operar en razón de la falta de conexión eléctrica, así como que tampoco se ha cumplimentado hasta la fecha con las exigencias de las condiciones particulares reglamentadas en el art. 4 de la Resolución N° 232/10 y 6 de la Resolución N° 283, ya que no se ha instrumentado sistema de riego alguno (y menos altamente tecnificado y eficiente), ni se ha realizado el desarrollo efectivo del proyecto con la utilización del agua correspondiente. Se añadió que aunque el plazo que refieren el art. 4° de la Resolución N° 232 y 6 de la Resolución N° 283, no se ha cumplido a la fecha, el estado de avance y la cercanía de esta fecha, demuestra que lo más probable es que tal incumplimiento subsista para ese entonces, pudiendo verificarse nuevamente esa situación en el plazo referido. Concluyó en que consiguientemente el expediente no se hallaba en condiciones de ser puesto a consideración del HTA para el otorgamiento de la respectiva concesión (art. 16° Ley 4.035), correspondiendo en su caso que se considere la situación del presente trámite una vez que se cumplimente el plazo otorgado en el art. 4° de la Resolución N° 232 y 6° de la Resolución N° 283 y a la resultas de lo allí inspeccionado.

A continuación, fueron formados los dos expedientes referentes al estado de situación de ambos pozos (expedientes N° 717.609 y N° 717.607) y, en el marco de ellos, se desarrollaron todas las actuaciones ya reseñadas que derivaron en la posterior denegatoria de las concesiones.

En la coyuntura descrita, ¿sería legítimo y/o razonable considerar que los

actos que otorgaron los permisos atribuyeron en el caso particular un derecho con un alcance mayor al legalmente establecido en forma general para los permisos de perforación?

La respuesta negativa se impone.

La aplicación que la autoridad administrativa hizo de la normativa y del encuadre del caso, demuestra que aquello que consumaron los actos de otorgamiento de los permisos, no se alejó de los límites legales, a pesar de la referencia efectuada en el art. 3° a los volúmenes a extraer, dado que se circunscribió al permiso para perforar, más allá de aquello que pudiera haber acontecido en los hechos -aún con consentimiento o “tolerancia” de la autoridad administrativa-, tanto con anterioridad como después de la desestimación de las concesiones por parte del HTA, circunstancias cuyas consecuencias, en su caso, anclarían la cuestión en otro ámbito de discusión, pero no en aquel que nos convoca en este proceso como es el control de legitimidad de los actos administrativos emitidos por el DGI que desestimaron las respectivas concesiones.

Conclusión final: No solo por consagración normativa no puede asignarse a los permisos de perforación un alcance como el pretendido por la accionante -comprensivo del derecho al uso especial del agua-, sino tampoco desde el examen de la decisión concreta adoptada en el caso por la autoridad de aplicación -Superintendente-, dado que dicha decisión fue congruente con la etapa inicial por la que transitaban las respectivas actuaciones. Ello, claro está sin perjuicio de advertir, al ser una materia introducida por la propia accionante como parte integrante de su postulado de estabilidad del acto, que los permisos de perforación otorgados mediante las Resoluciones N° 282 y N° 283, no respetaron el orden de prioridades establecido legalmente, que debió ser acatado aún en la etapa de otorgamiento de los permisos (conf. art. 8° a contrario sensu, en tanto al regular las excepciones al orden de preferencias legalmente establecido, dispone que las prioridades y preferencias del artículo 7°, podrán ser alteradas, “*previo al otorgamiento del permiso para perforar*”, por resolución fundada).

ix.- Descartados los postulados en que basamentan las accionantes la pretensa irrevocabilidad de los permisos, corresponde efectuar una serie de consideraciones finales en el punto, en cuanto sea pertinente, respecto de aquellas consecuencias que, en el marco del planteo de estabilidad de los permisos, formula dicha parte:

Pretendida actuación del HTA en exceso de su competencia:

Al desestimar las premisas en que sustenta la parte actora la estabilidad de los permisos, declinan también las irregularidades que atribuye dicha parte en orden a la competencia del HTA, principalmente aquellas que presuponen la existencia de un acto

regular estable con el alcance argüido por las actoras.

En función de ello, no puede sostenerse válidamente que el DGI -a través del HTA- debió haber recurrido al órgano judicial vía la acción de lesividad, para proceder como lo hizo en el caso. En primer lugar, dado que, objetivamente el HTA no revocó por razones de ilegitimidad los permisos otorgados por el Superintendente, sino que, en oportunidad de ejercer las atribuciones a su cargo en el curso del procedimiento, tomó una decisión desestimatoria de la pretensión accionante. Es decir, no volvió hacia atrás en etapas o posiciones jurídicas ya agotadas. No dispuso que la decisión adoptada incidiera, en forma retroactiva, en las situaciones jurídicas consumadas hasta ese momento. No atribuyó a los permisos el carácter de actos viciados que debían ser suprimidos del orden jurídico, a través del instrumento respectivo (acción de lesividad: art. 3° CPA), por resultar actos “regulares” en los términos del art. 96° de la LPA, ni tampoco declaró su inexistencia en función de vicios groseros de tales actos.

Desde lo objetivo, el resolutivo de tales actos, poseyó el alcance antedicho, más allá de deber avanzarse en los puntos siguientes, en dilucidar si aquel desvío de poder y vicio en la motivación que denuncia la actora en la emisión de tales actos, se configuró en la especie.

Corresponde tener presente en orden a la acción de lesividad, que ha puesto de resalto el Tribunal que su fundamento constitucional “...se encuentra apoyado en un trípode constituido por el respeto al debido proceso, el respeto a la propiedad y por el principio de división de poderes, considerando Bianchi que la razón fundamental de la referida acción, se encuentra en el art. 18 de la C.N. El administrado ha logrado obtener, luego de una tramitación en la que ha sido parte y por consiguiente ha podido aportar pruebas, descargos, etc., una prestación de la Administración. Resulta lógico que si esa prestación debe ser eliminada por errores cometidos por ésta, a los cuales es ajeno el administrado, se le den a éste, todas las posibilidades de defender con amplitud sobre prueba y debate, la validez del acto cuestionado y que esto debe ser realizado, además, ante un órgano imparcial, pues de lo contrario, quien ha emitido el acto, está siendo juez y parte, lo que contraría el principio constitucional añejo” (L.S. 216-167).

Sin embargo, la plataforma fáctica y jurídica que pone en ejecución el referido instituto del ordenamiento jurídico, no se presentó en el caso.

Por el contrario, el HTA entendió -ya veremos si legítima o ilegítimamente- que los permisos de perforación se encontraban agotados en su objeto y, por tanto, extinguidos en forma natural, considerando innecesaria efectuar cualquier declaración al respecto, en orden a la potencial ilegitimidad originaria que podría haberlos alcanzado.

Consecutario con ello, tampoco podría afirmarse que a través de su obrar, el HTA hubiese avanzado en una materia (permiso), que se reivindica como de competencia exclusiva del Superintendente. Por el contrario, el HTA fundamentó específicamente en los actos impugnados que de conformidad con el régimen legal de las Leyes N° 4.035 (art. 16°) y Ley 4.036 (art. 4° inc. b), la decisión sobre el otorgamiento del título concesional habilitante del uso especial del recurso hídrico subterráneo, previa consideración y evaluación, es de competencia de ese HTA.

Argüida desviación de poder y vicio en la finalidad de las Resoluciones N° 72/2013 y N° 74/2013:

Sostiene la actora que:

-en las Resoluciones N° 72 y N° 74, al haber invalidado -si bien de manera encubierta- los permisos de perforación otorgados a través de las Resoluciones N° 282/2010 y N° 283/2010, se configuró un vicio en la finalidad, lo mismo que en las Resoluciones N° 176 y N° 179 confirmatorias de aquéllas, dado que el propósito de tales actos, a pesar de lo declarado en ellos, fue dejar sin efecto los permisos en los que el HTA enfocó toda su crítica (arts. 38° y 63° inc. c LPA).

-si bien las Resoluciones N° 72 y N° 74 estuvieron llamadas a denegar las concesiones, al justificar dicha decisión en los defectos que, a criterio del HTA presentaba el trámite de otorgamiento de los permisos, terminó adoptando en los hechos una solución diferente, cual es la revocación misma de tales actos.

-el vicio que así se consolida, no es enervado por cualquier eventual aspiración de restablecer la legalidad, pues la desviación de poder se produce siempre que el órgano actúe en aras de un fin distinto al que ha sido llamado por la norma, sea este *ilegítimo o no*.

-el DGI al hacer esa “voltereta legal”, consumó una malversación de fines en el ejercicio de la competencia: utilizar la competencia concesional del HTA para volver sobre supuestos vicios en la etapa previa de otorgamiento de los permisos.

-acaeció también un *cambio de criterio interpretativo* en torno al art. 7° de la Ley 4.035, ya no por administraciones sucesivas, sino incluso de los funcionarios y asesores de una misma gestión. Se da una falta de coherencia que delata falsa causa y falsa motivación.

En torno a esto último, señala que, primero, el DGI deambuló de la contundente defensa de la legitimidad de los permisos refutando similar cuestionamiento del actor Del Pópulo. Pasando por la etapa intermedia de incertidumbre y confesada estrategia de despejar tales dudas con un pronunciamiento de esta Suprema Corte.

En segundo lugar, sostiene se dio un cambio de postura y categórica invocación

como supuesto vicio en el trámite previo de otorgamiento de los permisos, en el tiempo sorprendentemente veloz que media entre la instrucción vendimial del Gobernador al DGI sobre la suerte que debía imprimir a los “pozos del escándalo” y la fecha (08/03/2013) en que se precipitan los dictámenes (dos) y los pases de la SGI al HTA.

Y, tercero, arguye que la verdadera causa de la revocación de los permisos no es una iluminación súbita de los asesores y funcionario del DGI, sino el acatamiento a una orden ilegítima impartida por el PE a un ente con autarquía constitucional (art. 22 inc. a LPA).

Manifiesta que al contestar los amparos se ha pretendido justificar tal comportamiento en que el P.E. dio esa instrucción como titular del dominio público afectado. Sostiene que se trata de una nueva falencia del DGI, ahora en un intento de motivación tardía, pues ni el Gobernador es titular de tal dominio (sino el Estado provincial o el pueblo de Mendoza), ni aquel dominio estaba afectado por los permisos en cuestión (ya que la objeción es sobre quien debió preferentemente obtener el uso especial disponible, sin estar en cuestión la disponibilidad del recurso hídrico).

Por su parte, Vitivinícola Bulnes S.A., en el punto sistematizado bajo el título 6.- “Arbitrariedad por desviación de poder”, afirma que ha existido una desviación de poder por parte de las autoridades actuantes, lejos de perseguir el fin que procura la ley, han buscado responder a necesidades de naturaleza política y las actuaciones administrativas se han visto influenciadas por intereses políticos y partidarios que deberían ser ajenos a la autoridad constitucionalmente independiente que radica en el DGI.

Manifiesta que debe atenderse que la finalidad de la Ley 4.035 al regular un régimen de prioridades, ha sido establecer quien tiene preferencia para acceder al agua cuando la disponibilidad es limitada y que, con ello, la supuesta ilegalidad que ha perseguido la administración debería estar ceñida en su análisis al fin de asignar al agua a otro pretendiente de mejor derecho y no en la interferencia del Poder Ejecutivo en razón de un contexto político que describe. Sostiene que ese análisis de mayor preferencia, no se satisface, con la enumeración de otros trámites en curso, tal como se ha querido sanear en la Resolución N° 177/13.

Afirma que las autoridades del agua, no han buscado restaurar el fin de la ley supuestamente violada, ya que en el trámite que corresponde al permiso de esa parte nadie se opuso ni reclamó mejor derecho.

Considera que además de mostrar la desviación de poder que afirman, socava sustancialmente el derecho de defensa, al no saber contra qué otro interesado debe ejercer sus derechos de preferencia.

Ninguno de los argumentos desplegados por las actoras, reviste entidad para dar sustento a la desviación de poder denunciada.

En primer lugar, en tanto se avizora que ni en forma expresa, ni implícita o solapada, puede corroborarse que el HTA haya obrado con el alcance argüido por las actoras. No se verifica la desviación de poder -entendida en la postura de la accionante como la finalidad oculta que habría tenido el HTA de revocar por razones de ilegitimidad los permisos de perforación otorgados-, dado que, se reitera, era competencia específica del HTA expedirse sobre las respectivas concesiones en ese estadio procedimental, circunstancia que excluye, en principio, que se haya avanzado con desviación de poder en pos de finalidades divergentes a las expresadas.

El HTA consideró, en ejercicio de sus atribuciones y de manera razonable, que los permisos de perforación se hallaban agotados en su objeto al haberse realizado las operaciones técnicas respectivas y que, superada dicha etapa liminar, la siguiente, merecía una respuesta negativa respecto a la pretensión de constitución del derecho respectivo.

Se trató, en definitiva, de la concreción de un criterio jurídico por parte del HTA, en virtud del cual estimó que la puesta a consideración de los respectivos expedientes en su ámbito, en los términos del art. 16° de la Ley N° 4.035, estando ya agotada la etapa de los permisos, alcanzaba de manera lógica a la comprobación de todos aquellos presupuestos y condiciones que posibilitarían al solicitante acceder al título pretendido, entre ellos, la existencia de una prioridad legal para alcanzar ese uso especial.

En todo caso, dicho criterio podrá ser puesto en cuestionamiento por la accionante. Podrá razonarse o argumentarse en torno al mismo y al alcance de la intervención que corresponde al HTA en función de tales preceptos -aspecto sobre el cual se profundizará en el punto siguiente-, pero ello en modo alguno autoriza a inferir la desviación denunciada.

Objetivamente los actos impugnados no revocaron los permisos en virtud de ninguna ilegitimidad originaria atribuida a los mismos. No acaeció tal revocación y conseqüente con ello, el alcance de lo decidido por el HTA, no tuvo los efectos retroactivos de una declaración de ilegitimidad del acto revocado.

Aquello en lo que se centró el obrar del HTA, fue en la imposibilidad de acceder a la concesión pretendida, en virtud de la carencia de la prioridad invocada.

No deja de advertirse que la fundamentación de tales actos del HTA, resultó sucinta, pero lo cierto es que de ella se desprende que el objeto del acto, lo constituyó el rechazo de las concesiones y si bien tal consecuencia se erigió sobre la base del antecedente de considerar el HTA que los permisos fueron otorgados en transgresión al

orden de prioridades previsto en la Ley N° 4.035, ello no derivó en la toma de una decisión que hubiese implicado volver sobre los permisos, en el sentido de revocarlos por su ilegitimidad originaria, ni disponer consecuentemente su extinción en forma retroactiva. Sino que, en virtud de la imposibilidad de encuadrar la situación del solicitante al amparo de las preferencias consagradas por el art. 7° inc. b de la Ley N° 4.035 para acceder al uso especial en cuestión, procedió en ejercicio de sus competencias en materia de concesiones, a denegar el otorgamiento del título respectivo.

La diferencia podrá resultar a primera vista sutil o, hasta si se quiere ilusoria o ficticia. Sin embargo, no es tal, en tanto se la examine en las proyecciones que habría podido poseer una decisión con un diverso alcance que la adoptada.

Por su parte, en los actos que resolvieron los recursos de reconsideración incoados en contra de las Resoluciones N° 72 y N° 74 (Resoluciones N° 176, N° 178 y N°179), el HTA indicó en forma explícita, al dar respuesta al agravio de los recurrentes, que el obrar del HTA impugnado se basó en considerar que el permiso para perforar se encontraba extinguido por haberse agotado su objeto de “perforar” y que por ello no podía ser objeto de revocación y/o acción de lesividad. Señaló dicho órgano que el permiso para perforar sería revocable -y así lo prevé la Ley 4.035- antes que la perforación se construya o cuando lo sea defectuosamente.

En esta línea, cabe tener presente que la LPA prevé entre los supuestos de extinción de los actos administrativos, una primera categoría que agrupa aquellas causales que implican una extinción en forma natural y en forma provocada por hechos (art. 84°), a la que diferencia de la extinción provocada por un acto posterior (arts. 85°/89°).

Entre el primer grupo, se incluye la hipótesis de cumplimiento del objeto, consignando la norma que los efectos de tal categoría de extinción son para el futuro.

Comentando tales preceptos, se ha subrayado que la Comisión Redactora de la Ley 3.909, siguiendo a Gordillo, interpretó que el concepto de extinción envuelve tanto la eliminación del acto, cuanto la cesación definitiva de su efectos, apartándose de aquella doctrina que distingue entre extinción del acto administrativo y cesación de los efectos del mismo, que considera que la cesación de los efectos del acto apareja la idea de algo que ocurre normalmente, de acuerdo a lo previsto de antemano, pues el acto administrativo que cesa de producir efectos se considera que hasta ese momento ha existido legalmente (v.gr., por expiración del término establecido o por cumplimiento del objeto), mientras que la extinción del acto es su retiro del campo jurídico por circunstancias no consideradas ni advertidas en el momento de la emisión del mismo (Jorge H. Sarmiento García y Guillermo M. Petra Recabarren; *“Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza N°*

3.909” Concordada y Comentada; Segunda Edición actualizada y ampliada, Ediciones Avgvstvs, Medoza, 1979).

Destacan dichos autores que enseña Gordillo que puesto que lo esencial del acto administrativo es su calidad de producir efectos jurídicos, es sobre éstos que opera la extinción: si por cualquier circunstancia se extinguen definitivamente los efectos jurídicos de un acto, él debe también considerarse extinguido, desde el punto de vista jurídico, aunque de hecho la materialidad misma del acto no haya sido sometida a tal proceso extintivo (“Acto administrativo”, p. 401). Por ejemplo, un acto que designa a una persona para una función pública, puede dejar de producir ese efecto en forma definitiva por anulación -caso de extinción- como por vencimiento del plazo de designación -caso de cesación de efectos-. Sin duda que todos estos supuestos deben ser distinguidos entre sí, pero tienen de todos modos un vínculo común, y es que en todos esos casos el acto deja definitivamente de producir los efectos jurídicos que tenía al ser dictado. Por tanto, sea que el acto se lo pronuncie o no “extinguido”, por acto expreso, al terminarse sus efectos jurídicos él carece de vida desde el punto de vista del derecho y debe por tanto considerarse extinguido o agotado desde un punto de vista práctico.

En definitiva, un acto administrativo se extingue cuando cesan definitivamente sus efectos jurídicos. Los distintos modos o formas de extinción pueden ser: a) Extinción natural: se produce cuando el acto se consume, agotándose integralmente sus efectos. El acabamiento del acto, en estos casos, surge sin intervención extraña alguna, ni en forma de un hecho que de una manera prevista o imprevista haga cesar su eficacia, ni como consecuencia de una manifestación posterior de voluntad que le prive de su capacidad productora de efectos, o lo elimine del mundo jurídico. El acto se extingue, fisiológicamente, si se quiere, por un desgaste natural de sus energías. La extinción natural se opera, entonces, cuando se cumple el objeto del acto. Por ejemplo: un permiso para construir se extingue al realizarse la construcción; la orden de demoler una casa que amenaza ruina se agota en sus efectos cuando la demolición es ejecutada. Tanto la extinción natural como la provocada por hechos previstos o imprevistos, se opera de pleno derecho, sin necesidad de pronunciamiento expreso del órgano que actúa en ejercicio de función administrativa. Por su parte, respecto de la extinción provocada por un acto posterior, la extinción de un acto administrativo puede ser provocada por otras declaraciones de voluntad que pueden provenir del particular (administrado), o de un órgano en ejercicio de función administrativa. Aquí el acto se extingue mediante una expresión de voluntad y no de pleno derecho; hay extinción de un acto administrativo por otro (Jorge H. Sarmiento García y Guillermo M. Petra Recabarren; ob. cit.).

La aplicación de tales reglas al caso, lleva a concluir que no resultó irrazonable el proceder del HTA, que partiendo de considerar que el permiso para perforar se encontraba extinguido por haberse agotado su objeto, entendió que correspondía a dicho órgano del DGI someter a su consideración por la etapa procedimental por la que transitaban las actuaciones administrativas, la cuestión atinente al otorgamiento de la concesión.

No se advierte que dicho aserto resulte forzado, ilógico o absurdo en un contexto como el descripto, en tanto las actuaciones habían transitado por las diversas etapas previstas a nivel legal y si bien la instancia del otorgamiento de los respectivos permisos para perforar, daba cuenta de que caso había sido considerado como comprendido en la preferencia subjetiva prevista por el art. 7° inc. b de la Ley 4.035 y en base a la misma fueron otorgados los permisos, dicho antecedente no implicaba limitar ni condicionar el posterior ejercicio de la competencia por parte del HTA en lo que respecta a la concesión en sí. Por el contrario, parte de la evaluación que debía efectuar dicho órgano en orden a los antecedentes de hecho y de derecho del caso -quizás la central o más sensible-, residía en determinar si efectivamente la situación de la accionante encuadraba en esa preferencia subjetiva a los fines de otorgar o no la concesión.

Sobre este último aspecto, se profundizará en el punto siguiente, al dar tratamiento al planteo accionante en orden a los límites que arguye dicha parte alcanzaban al HTA en su intervención en las actuaciones.

Se adelanta, no obstante, en el marco de la alegación de desviación de poder aquí tratada, que la postura que reivindica la accionante no resulta razonable, en tanto vaciaría de contenido la competencia atribuida al HTA, pasando a constituir una intervención meramente formal, de carácter automático y desdibujaría las distinciones existentes entre permisos y concesiones, trastocando la estructura establecida por la ley especial para cada una de dichas figuras.

Legítima y razonablemente entendió el HTA que resultaba inoficioso extinguir a través de un acto revocatorio a los respectivos permisos, dado que los mismos se encontraban ya agotados en su objeto en forma natural.

Lo expuesto se subraya, claro está, en forma circunscripta a aquello que tiene que ver con la decisión del caso.

Este Tribunal debe pronunciarse en este proceso sobre una actuación concreta de la administración -la que denegó las concesiones- y no sobre aquello que hizo con anterioridad el DGI -otorgar los permisos de perforación- y las consecuencias que ello podría generar desde las legítimas expectativas o confianza legítima generada a la parte

actora, salvo aquello que respecta a la consideración de si dicho antecedente, habría tornado improcedente -por ilegítima- la decisión adoptada por el HTA en los actos aquí impugnados, tanto desde el planteo de estabilidad del acto administrativo como desde la doctrina de los propios propios.

Lo cierto es que la ilegitimidad de la actuación estatal en orden al otorgamiento de los permisos a la accionante, no fue una circunstancia resuelta o declarada en las actuaciones administrativas antecedentes.

No se soslayan las dificultades probatorias que se han puesto de resalto en relación a la desviación de poder. Así, lo ha subrayado el Tribunal en precedente registrado en L.S. 406-204 -entre otras-, aunque añadiendo que tal como lo señala el maestro Marienhoff, la misma no resulta imposible, pudiéndose acudir a "rastros quedados en la documentación administrativa", "meros razonamientos lógicos frente a los hechos ocurridos", "prueba idónea que se produzca" (Marienhoff, Tratado de Derecho Administrativo, T.II, pág. 538/541).

También debe meritarse que, como ha señalado el Tribunal, para demostrar la presencia del vicio de desviación de poder, es necesario acreditar en primer lugar la afectación en algún grado de alguno de los derechos del agente (L.S. 385-156; entre otros).

Ninguna de tales máximas pueden tenerse por satisfechas en el caso, no solo porque no es dable considerar que la administración -en el caso, el DGI a través del HTA- no se hallaba autorizada a nivel legal para proceder con el alcance en que lo hizo, sino porque tampoco la afectación requerida para viabilizar la comprobación del vicio denunciado, podría considerarse configurada, cuando, como se ha fundamentado a lo largo del presente, la posición jurídica atribuida a la accionante por el permiso de perforación -cuya revocación afirma se efectuó en forma solapada por el HTA-, no poseyó el alcance que ella arguye, en tanto no comprendió el derecho al uso especial de las aguas. Por otra parte, tampoco representaba el derecho otorgado por tal permiso, una instancia previa de carácter vinculante o condicionante para la administración, que convirtiera a la intervención del órgano competente para otorgar el título respectivo (concesión), en una mera formalidad de aplicación automática.

Es que, más allá de las finalidades que arguye la actora habrían servido de causa al dictado de los actos impugnados, lo cierto es que en cualquier caso, la posición jurídica en la que se hallaría en uno u otro supuesto -de declararse la nulidad de los actos impugnados por desviación de poder y la consecuente vigencia de los permisos que entiende revocados en forma solapada, como también en caso de mantenerse la validez y vigencia de aquellos actos denegatorios de la concesión-, sería la misma, en tanto no

detentaría el derecho al uso especial pretendido.

La actora no ha demostrado la existencia, o al menos los indicios, de alguna finalidad perseguida por el acto impugnado, que se encuentre desviada de aquella que establece la norma que habilita la competencia ejercida.

Enseña Gordillo que existe desviación de poder toda vez que el funcionario actúa, subjetiva u objetivamente con una finalidad (*ergo*, psicológicamente o de acuerdo a lo que sugieren objetivamente las presunciones y datos que rodean el comportamiento administrativo) distinta de la perseguida por la ley. El acto está así viciado aunque su objeto no sea contrario al orden jurídico (Gordillo: “Tratado de Derecho Administrativo”, T° 3, capítulo IX-27 y sgtes.).

Ninguno de los distintos supuestos en los cuales la administración a través de sus funcionarios, actúa con una finalidad distinta de la perseguida por la ley (actuación del funcionario con finalidad personal; actuación con la finalidad de beneficiar a un tercero o grupo de terceros; actuación con la finalidad de beneficiar a la administración o al bien común), se avizoran en el caso.

En particular, la última de tales hipótesis que sería aquella en la que encuadraría la actora al vicio denunciado, no puede entenderse consumada. Dicho supuesto, es descripto por Gordillo como aquel en que el funcionario, imbuido de un erróneo espíritu estatista o de autopreservación, pretende ejercer el poder en indebido beneficio de la administración, del gobierno o del Estado; hasta de la sociedad. Puede pues incluso haber desviación de poder con respetables fines públicos, pero distintos de los contemplados por el ordenamiento jurídico.

En la especie, no podría afirmarse que el HTA actuó consumando tal hipótesis, a través de una finalidad distinta a la contemplada por el ordenamiento jurídico, en tanto, se reitera, el mismo orden le atribuye la competencia ejercida y, en el marco de la misma, su deber de verificar los presupuestos pertinentes para la concesión del título.

Los elementos probatorios no otorgan sustento a una posición diversa a aquella en que se concluye en el presente, en particular, para servir de indicios demostrativos de la búsqueda de finalidades públicas no previstas ni autorizadas por la ley.

En especial, no se avizora que las actuaciones administrativas no hubiesen poseído una progresión lógica y fundamentada de las decisiones adoptadas. Por el contrario, fueron documentadas y motivadas las distintas instancias por las que las mismas transitaron, con los dictámenes técnicos y jurídicos respectivos, que derivaron en la toma de decisión aquí cuestionada.

Las invocaciones que efectúa la accionante en orden a lo que señala como la

verdadera causa de la “revocación de los permisos” (acatamiento a lo que califica como una orden ilegítima del P.E. a un ente con autarquía constitucional), no superan de ser meras afirmaciones conjeturales sin sustento en elementos objetivos ni ciertos, y, por otra parte, se basan en premisas ya descartadas en el presente, en orden a que aquello que operó fue una “revocación” de los permisos.

Objetivamente las actuaciones demuestran la voluntad del DGI de no permitir el avance o consolidación de situaciones que no correspondía obtuvieran dicho resultado, por no encuadrar en la normativa aplicable a los efectos de acceder al título pretendido, aún cuando ello tuviera como antecedente haber transitado una primera etapa en el procedimiento, que se dirigía a la consecución de dicho fin, pero que, se reitera, no implicaba un derecho seguro o afianzado, al uso especial en cuestión.

Con respecto a los planteos desplegados por Vitivinícola Bulnes sobre el punto, cabe añadir que, a diferencia de lo que arguye dicha accionante, el régimen de prioridades no constituye un sistema consagrado en el exclusivo interés de la protección de los derechos de terceros/particulares. Las preferencias, se erigen como un verdadero principio general en materia de aguas y ellas manifiestan ni más ni menos que una voluntad del legislador de dar preeminencia a determinadas actividades y a ciertos sujetos o figuras asociativas.

Por tanto, omitir las mismas, so justificación de la supuesta inexistencia de terceros interesados que hubiesen formulado oposición, no resulta atendible, máxime en el caso, en el cual conforme ya se fundamentara, no es posible sostener que la etapa de publicidad u oposición se haya cumplido en forma satisfactoria, a la finalidad a la cual responde.

Sentado lo expuesto, debe evaluarse para finalizar el punto, las deficiencias que atribuye la accionante al obrar administrativo, en base a los *cambios de criterios por los que señala habría transitado el DGI en la materia.*

Destaca la actora Santa María de los Andes S.A., que está confesada en las actuaciones administrativas la duda o incertidumbre que tenía el DGI en orden a la hermenéutica del art. 7° de la Ley N° 4.035, a través del reconocimiento de la estrategia procesal de obtener en la causa “*Del Pópolo*” un pronunciamiento del Tribunal sobre la legitimidad de los permisos y ello significa, a juicio de la accionante, hallarse en las antípodas de la ulterior alegación de vicios muy graves y patentes de violación de la ley, con el objeto de revocar los permisos.

Tal proposición deja entrever que en el marco del planteo desplegado en torno a la desviación de poder y vicio en la finalidad que atribuye a los actos impugnados,

subyace también un cuestionamiento al obrar de la demandada desde la perspectiva de la llamada teoría de los propios actos, dado que enuncia e identifica la actora una primera postura del DGI -que califica de categórica, formal y relevante jurídicamente- de defensa en estos estrados de la legitimidad de los permisos cuestionados por el demandante Del Popolo; luego una etapa intermedia; para finalmente asumir una conducta contraria a la regularidad de los permisos en cuestión.

Dicho planteo se enclava entonces no ya en la argüida estabilidad de los permisos -desde el cotejo entre el obrar del DGI que culminó con el dictado de los actos impugnados y lo que dicho organismo pudo hacer a juicio de la actora al amparo de aquel principio-, sino que se centra en conductas que el DGI habría desplegado en relación a la temática en diversos ámbitos -en sede judicial en la causa “Del Pópulo”; en manifestaciones vertidas en el curso de las actuaciones administrativas, etc-.

Para vislumbrar el alcance de la diferenciación antedicha, deben tenerse presente las distinciones existentes entre la doctrina de los propios actos y otras figuras específicas del derecho público, como la teoría de la estabilidad del acto administrativo.

Como señala Mairal, la administración puede plantear la nulidad de los actos administrativos firmes que ha dictado y que considere viciados en su legitimidad, sin que quepa oponerle el *factum propium ni*, ha dicho la jurisprudencia, la regla que prohíbe invocar la propia torpeza. Existen sí restricciones adjetivas a tal planteo que configuran lo que se ha dado en llamar la estabilidad del acto administrativo, restricciones no de fondo, ya que se refieren solo a la manera de hacerla valer y no a la posibilidad en sí. De allí entonces que no se pueda ver en el principio de la estabilidad de los actos administrativos una aplicación o consecuencia de la doctrina de los actos propios. Ello no quita que la estabilidad del acto administrativo pueda ampliar el alcance de dicha doctrina al limitar la posibilidad de la administración de impugnar el carácter de *factum propium* de actos estables, sin seguir los pasos que le fija el ordenamiento para obtener su anulación (Mairal, Héctor A.; “*La doctrina de los propios actos y la administración pública*”; Depalma; Bs. As, 1994; pág. 102 y sgtes.).

De allí que el examen del planteo accionante debe centrarse no en el específico obrar administrativo habido en el curso del procedimiento que implicó la sucesión de los actos administrativos con la progresión ya analizada (otorgamiento de permisos de perforación/denegación de concesiones), sino en un comportamiento que la actora denuncia desplegado por el DGI, tanto en la coyuntura en que tales actos fueron emitidos como con ulterioridad a ello.

La pretensión de las accionantes tendería, en forma indirecta, a otorgar

sustancia o fundamento a la desviación de poder y vicio en la finalidad que denuncian, dado que, en definitiva, achacan a la administración un cambio de criterio interpretativo, al cual señalan como falto de coherencia, todo lo cual denotaría a su entender, la falsa causa y falsa motivación que acompañaron a las decisiones cuestionadas y el alumbramiento de lo que reivindicaban como la verdadera causa del obrar administrativo (acatamiento a una orden impartida por el titular del Poder Ejecutivo Provincial).

Se encuentra reconocido por el Alto Tribunal Nacional, que la conducta estatal debe ajustarse y ser compatible con el principio cardinal de buena fe, que informa y fundamenta todo nuestro ordenamiento, tanto público como privado y que condiciona, especialmente, la validez del actuar estatal (Fallos 311:2385; 312:1725, entre otros). Una de las derivaciones del principio mencionado es la doctrina de los actos propios, según la cual no es lícito hacer valer un derecho en contradicción con la anterior conducta, pues la buena fe impone un deber de coherencia del comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever (Fallos: 321:221 y 2250; 325:2935; 329:5793 y 330:1927; entre otros).

Se ha afirmado también que cuando se trata de la aplicación de la doctrina de los actos propios al campo del Derecho Administrativo, resulta necesario efectuar una serie de consideraciones y adaptaciones, dadas fundamentalmente por la presencia de normas imperativas que rigen en este último sector del Derecho, inspiradas en la satisfacción del interés público encomendada al Estado en sus distintos niveles, que desplazan la vigencia de la autonomía de la voluntad que es propia del Derecho privado, cuyas normas tutelan intereses particulares. Se destaca a tal fin la distinta forma en que operan las reglas y los principios, dado que estos últimos -entre los que cabe incluir al de buena fe y su derivada doctrina de los actos propios-, no resultan aptos para soslayar incumplimientos o inobservancias de normas administrativas que presupuestan y delimitan el actuar antecedente que pudiera, en su caso, ser esgrimido como impedimento para la futura actitud contradictoria (Rey Vázquez, Luis Eduardo; “*La doctrina de los actos propios, la buena fe y la administración pública*”; Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional del Nordeste, Bol. 5 Num 9, 211, pág. 277 y sgtes.).

La CSJN enfatizó que “...*la doctrina de los actos propios -que ha sido construida sobre una base primordialmente ética- sirve para descalificar ciertos actos que contradicen otros anteriores en tanto una solución opuesta importaría restar trascendencia a conductas que son jurídicamente relevantes y plenamente eficaces (Fallos 323:3035, consid. 15 y sus citas, entre otros). La aplicación de esa doctrina requiere, al menos, el cumplimiento de dos requisitos: uno, que exista identidad subjetiva, esto es,*

*identidad entre el sujeto del que emana el acto y que posteriormente realiza una conducta contradictoria, de manera que ambos comportamientos hayan sido seguidos o resulten imputables a una misma persona; el otro, que la contradicción se configure dentro de una misma situación o relación jurídica o, expresado con otras palabras, dentro de un mismo “círculo de intereses”, puesto que solo es posible tomar como vinculante una conducta que, objetivamente pueda suscitar en el “adversario” la confianza de que esta conducta sea índice o definición frente a esta situación jurídica”* (Fallos 325:1787).

Por su parte, la doctrina específica que los elementos configurativos para la aplicación de la doctrina de los propios actos, son los siguientes: I) que existan una conducta previa y una pretensión posterior emanadas de la misma persona y que se hayan producido ambas frente a la misma contraparte y dentro del marco de la misma relación o situación jurídica. Es decir, que existan identidad de partes y unidad de situación jurídica; II) que la conducta previa sea válida (pues la doctrina no impide alegar la nulidad de un acto propio jurídicamente viciado), y que revista sentido unívoco y cierta entidad, de modo de poder ser interpretada como una voluntaria toma de posición de su autor respecto de las circunstancias de una relación o situación jurídica y despertar así la confianza de la contraparte. Conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz, ha dicho nuestra CSJN (Fallos 294:220); III) que tal conducta (o sus consecuencias necesarias) y tal pretensión sean contradictorias, o sea, incompatibles entre sí; y IV) que no haya una norma que autorice la contradicción (Mairal; ob. cit.; pág. 6).

Corresponde entonces efectuar un cotejo de tales requisitos, con aquellas circunstancias a las cuales la actora asigna el aludido alcance.

En este cometido, se advierte, por una parte, que en el curso de las actuaciones administrativas antecedentes de este proceso (expedientes N° 717.607 y N° 717.609), en mayo del año 2012 -es decir, con posterioridad al dictado de los actos que otorgaron los permisos-, la Dirección de Asuntos Legales requirió informe sobre los antecedentes judiciales existentes referidos a las perforaciones otorgadas en el Área de Restricción Margen Derecha del Río Mendoza-Subcuenca El Carrizal, en el marco de la Resolución N° 232/2010. Dicho informe se produjo en junio de 2012, requiriendo en ese mismo mes dicha Dirección al Jefe de División Gestión Judicial, expida informes periódicos sobre el avance de la causa N° 104.785 “Del Pópulo” radicada ante la Sala Segunda de esta Suprema Corte.

En julio de 2012 informó dicha División la admisión formal de la acción referida y los cuestionamientos producidos en dicha sede. A ello siguió una instrucción fechada el 27/07/2012 de la Directora de Asuntos Legales al Jefe de División Gestión

Judicial en la que se consigna que por indicación del Superintendente, se le instruye que al contestar demanda, solicite a la Suprema Corte la integración de la litis con los permisionarios beneficiados en el marco de la Resolución N° 232, *“con el objeto de obtener del máximo órgano judicial pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de tales permisos”*.

En septiembre de 2012 informó dicha División haber contestado demanda en los referidos autos “Del Pópolo” el día 23/08/2012 y haber requerido en el marco de la misma, la integración de litis con el tercero interesado beneficiario de las Resoluciones N° 269 y 270 impugnadas en dicha causa, y poner en conocimiento de la Suprema Corte las restantes Resoluciones de otorgamientos de los permisos dadas en el marco de la Resolución N° 232, para que este Tribunal evaluara también hacerlo respecto de los otros terceros interesados.

A continuación, se agregan en las actuaciones constancias de los diversos autos de este Tribunal emitidos en el marco del referido proceso, que culminaron por no hacer lugar a la solicitud de integración de la litis con los restantes beneficiarios, cuyos permisos fueron otorgados en el marco de la Resolución N° 232.

Acto seguido, fue producido en las actuaciones administrativas dictamen de la Dirección de Asuntos Jurídicos (marzo de 2013), en cuyo marco, además de las circunstancias del caso, se indicaron los antecedentes judiciales, entre ellos, la causa “Del Pópolo”, su objeto y a ese respecto indicó el dictamen que por *“imperativo procesal al contestar la demanda, los abogados del DGI negaron todos los hechos. Sin embargo, por instrucción de Superintendencia, se solicitó a la SCJ que resolviera la integración de la litis con los veintiún permisionarios beneficiados en el marco de la Resolución n° 232/10 de Superintendente, con el objeto de obtener del máximo órgano judicial pronunciamiento sobre la legalidad o ilegalidad de tales permisos”*, así como que la Suprema Corte no hizo lugar a la solicitud de integración de litis con el alcance requerido por ese DGI.

En dicho dictamen, se concluyó que otorgado el permiso de perforación, construida la obra y presentado el certificado técnico final, correspondería de acuerdo al art. 16° de la Ley N° 4.035, remitir las actuaciones a consideración del HTA para que dicho cuerpo resuelva sobre la concesión de uso.

Posteriormente, fueron emitidos los actos aquí impugnados, que desestimaron las concesiones.

Cabe destacar asimismo que de los autos “Del Pópolo”, ofrecidos como prueba en el presente (AEV N° 102.739/6), surge que efectivamente, la contestación de demanda por el DGI operó el 23/08/2012; que se solicitó en el marco de la misma el rechazo de la

demanda y que en su texto sostuvo el DGI la legitimidad de los actos allí impugnados, entre ellos, de las Resoluciones N° 269 y N° 270 del Superintendente que habían otorgado los permisos cuestionados en dicho proceso. A partir de allí, respondió el DGI todas aquellas cuestiones que hacen a los trámites del allí accionante y efectuó una serie de consideraciones y afirmaciones, respecto de las Resoluciones N° 269 y N° 270. En particular, sostuvo que al momento de dictarse la Resolución N° 232, el pedido del actor no se encontraba en trámite sino denegado, y por tanto no se tuvo en cuenta a los fines de analizar las prioridades o preferencias en el marco de tal Resolución.

Asimismo, en el curso de dicha causa, fue admitido como hecho nuevo el dictado de las Resoluciones N° 78 y N° 79 del HTA que denegaron las concesiones relativas a los anteriores permisos involucrados en dicho proceso. También se subraya que al alegar (septiembre de 2016), el DGI ratificó los argumentos de la demanda, únicamente respecto a la imposibilidad temporal de plantear APA contra las resoluciones administrativas firmes y ejecutoriadas y la irrazonabilidad de la denuncia de ilegitimidad y, respecto del cuestionamiento formulado en relación a las Resoluciones N° 269 y N° 270, destacó resultar improcedente lo invocado en la demanda en orden a la Resolución N° 232 (dictada el 11/03/2010), dado que el trámite administrativo de la accionante se encontraba denegado y no en curso. También solicitó, se tuvieran en cuentas los hechos y actuaciones administrativas ocurridas con posterioridad al momento en que se contestó la demanda (en especial, el dictado de las Resoluciones N° 78 y N° 79). En virtud de ello, entendió que había devenido en abstracto el planteo del actor respecto a perseguir la nulidad de las Resoluciones N° 269 y N° 270. Desestimó que se estuviera ante un caso de posiciones contradictorias o antagónicas asumidas por el DGI con el paso del tiempo.

La sentencia de la ex Sala II de este Tribunal rechazó la demanda.

La decisión se centró en que la Resolución N° 199 de Superintendencia por la cual se rechazó la solicitud de permiso de perforación para alumbrar agua subterránea del actor, quedó consentida y firme y que la siguiente presentación del administrado en las actuaciones administrativas, fue efectuada con posterioridad al transcurso de un año, el día 1 de julio del año 2010. También destacó que las Resoluciones N° 269/10 y N° 270/10 cuestionadas por la actora, fueron dictadas en el marco de lo dispuesto por Resolución N° 232/10 de fecha 11 de marzo de 2010, y que las solicitudes de permiso formuladas por el ahora litisconsorte, fueron iniciadas con posterioridad al rechazo del trámite del Sr. Del Pópolo y concedidas antes de la presentación fechada el 1 de julio de 2010.

Desprendió el Tribunal que con independencia del carácter que se le asigne a la presentación de fecha 1/7/2010, sea bajo el rótulo “recurso administrativo” (Resol.

1123/10) o “nueva presentación” (como pretende el administrado), lo real y cierto es que cuando el DGI dictó la Resolución N° 232/10, la solicitud de permiso de perforación para alumbrar agua subterránea que había iniciado la actora, había sido rechazada por Resol. N° 199/09 de Superintendencia, y la misma se encontraba, hacía más de un año, consentida y firme ante la falta de cuestionamiento por parte del Sr. Del Pópolo.

Asignó especial relevancia al lapso temporal transcurrido entre la notificación del rechazo del permiso al actor (24/02/2009), el dictado de la nueva Res. N° 232/10 (11/03/2010) y la “nueva presentación” o “recurso administrativo” (01/07/2010). Esta brecha temporal llevó a darle la razón a la Administración en este punto, desde que al momento de dictarse la Res. 232/10 el pedido del Sr. Del Pópolo ya no se encontraba en trámite, sino denegado, terminado.

Se desprende de la sentencia dictada, que el proceso y pronunciamiento consecuente, se centraron en el examen de legitimidad de actos que habían denegado la pretensión del allí actor, de acceder al permiso de perforación solicitado y las particularidades de los planteos (entre ellos, la objeción a sendos actos emitidos en el marco de la Resolución N° 232/2010), condujeron a efectuar las consideraciones reseñadas, en orden al caso y su articulación con tal Resolución. Pero, no fue abordada la materia atinente a la legitimidad de los permisos en cuestión, por no haber resultado ello conducente, dados los argumentos dirimientes en que se centró el decisorio.

Las actuaciones reseñadas dan cuenta que no es posible asignar en el caso efectos a la doctrina de los propios actos, ni implicar que la misma actúe como configurativa de indicios de la consumación de la desviación de poder y vicio en la finalidad que denuncia la actora, ello en virtud de que los requisitos exigidos en el marco de dicha doctrina, no se encuentran configurados en el caso.

No se da, en principio, la identidad subjetiva exigida, en tanto la pretensa conducta del DGI que la actora califica como la “categórica, formal y relevante jurídicamente” defensa en los estrados judiciales de la legitimidad de los permisos cuestionados (que sería aquella “conducta inicial” en el marco de la doctrina en análisis), no fue desplegada en relación a quien reviste el carácter de parte actora en el presente proceso, sino en una causa en que las partes eran quien se agraviaba de la desestimación del permiso solicitado (así como del otorgamiento de un permiso a otro interesado -no a la aquí actora-), el DGI y quien fue el tercero beneficiario por dichos actos.

No podría entenderse en la especie que exista una conducta inicial y una pretensión posterior (aquella que la actora califica como ulterior conducta del DGI contraria a la regularidad de los permisos) que hayan emanado de la administración

respecto a la misma contraparte.

Tampoco, claro está -y conectorio con la coyuntura descripta-, se presenta la unidad de relación o situación jurídica exigida por la figura.

Como ha puesto de resalto Mairal, el requisito de la unidad de la situación jurídica restringe la aplicación de la doctrina a aquellos casos en los cuales la contradicción se observa dentro del marco de una misma relación o situación jurídica. Subraya el autor que este requisito no ha sido siempre respetado por la jurisprudencia que aplica esta doctrina con respecto a la administración, así como que exigir la unidad de situación jurídica sirve, precisamente, para poner coto a esta desmedida expansión de una doctrina hoy puesta de moda. Es cuando se produce dentro de la misma situación jurídica que la contradicción adquiere ribetes nítidamente disvaliosos y vulnera con mayor entidad la confianza de la contraparte (Mairal; ob. cit.; pág. 69).

Por otra parte, se advierte que en el marco de la doctrina en examen, se exige que esa conducta previa o inicial, además de ser válida, revista un carácter unívoco y cierta entidad. Deberá poseer los caracteres de importancia y nitidez que la doctrina privatista exige al efecto y se descarta a la manifestación ambigua como *factum proprium* (Mairal; ob. cit. pág. 73).

Se añade asimismo que para poder decir que se ha infringido una conducta anterior, además de ser jurídicamente relevante y plenamente eficaz, deberá serlo para “implicar las consecuencias que se intenten extraer”.

A modo ejemplificativo, se ha señalado que en materia de habilitaciones comerciales, la jurisprudencia se ha expedido diciendo que no es posible derivar la existencia de habilitación comercial del pago de tributos y su aceptación por las oficinas recaudadoras, pues no coinciden los órganos competentes en uno y otro caso, siendo que aquella solo podría ser otorgada por el Intendente Municipal, previa intervención de los órganos consultivos y técnicos, luego de comprobados todos y cada uno de los requisitos, uno de los cuales, es el pago de las tasas”; en ningún supuesto existe un derecho preexistente del particular para obtener la habilitación, sino tan solo para lograr una decisión administrativa que se ajuste a la normativa vigente. La existencia o no de habilitación comercial, no es algo susceptible de inferirse subjetivamente, sino que se trata de un acto administrativo expreso que, de existir, tuvo que emanar del único órgano competente -Intendente Municipal-; jamás se pudo derivar del mero hecho del pago de un tributo ante órganos subordinados a aquel (Rey Vázquez, Luis Eduardo; “La doctrina de los actos propios, la buena fe y la administración pública”: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad Nacional del Nordeste, Bol. 5 Num 9, 211, pág.

277 y sgtes.).

Por aplicación de tales máximas, es evidente colegir que la conducta del DGI, de haber defendido originariamente en el marco de un proceso que poseyó el específico objeto ya señalado, la legitimidad de los actos que formaron parte de la impugnación (actos que, por otra parte, se hallaban alcanzados entre sus caracteres propios por la presunción de legitimidad, conf. art. 79° LPA), no resulta apta para extraer de ella las consecuencias derivadas que postula la accionante, esto es, ni más ni menos que pretender ser titular del derecho al uso especial de aguas subterráneas, a través de una construcción que comprenda tanto la ilegitimidad de una revocación de permisos que, como ya se ha fundamentado, no acaeció en la especie pero que la actora infiere que fue el fin real perseguido por la administración con desviación de poder; como la convalidación de dicha desviación y, sumado a ello, la pretensión de poseer un derecho adquirido a resultar titular de la concesión, en base a considerar que el órgano competente para otorgarla (HTA), se hallaba vinculado por el permiso otorgado en su oportunidad, a través del ejercicio de una actividad reglada.

No resulta razonable ni legítimo desprender una conclusión con semejantes implicancias, de la conducta aludida ni como consecuencias necesarias de la misma.

A lo expuesto se añade que tampoco sería dable afirmar en la especie, la existencia de la contradicción que exige la configuración del instituto, entre la conducta inicial del DGI y la desplegada a través de la emisión de los actos impugnados. Por el contrario, la coyuntura ya descrita deja entrever una progresión en la actividad desplegada por el DGI, que lo condujo a no avanzar en la consolidación de situaciones que se encontraban transitando por actuaciones en curso de desarrollo, ello en tanto la situación jurídica pretendida no era procedente, llegando el DGI a dicha conclusión a través de un criterio jurídico que no se advierte ilegítimo ni irrazonable. No podría verse en dicho obrar una incompatibilidad entre la conducta inicial y las subsiguientes.

Aún cuando pretendiera postularse que, subjetiva y objetivamente, la postura del DGI al contestar la demanda en la causa “Del Pópulo”, abarcó a actos no involucrados en dicha causa (v.g. a las Resoluciones N° 282 y N° 283), tampoco podría considerarse que la ilegitimidad de tales actos de otorgamiento de los permisos haya sido declarada (por una conducta contraria) por la administración. La demandada se circunscribió en la etapa posterior, a negar la concesión. No revocó, ni declaró la ilegitimidad de los permisos.

Por todo lo expuesto, no resulta procedente aplicar en el caso el efecto característico de la doctrina de los propios actos, cual es la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria esgrimida en el marco de un proceso judicial, que sería, en la especie, ni más

ni menos que desvirtuar la legitimidad -reivindicada en este proceso por el DGI- en orden a los actos que denegaron las concesiones.

Cabe por último formular una serie de consideraciones en torno a los planteos que introdujo en orden al punto Vitivinícola Bulnes S.A. al ampliar la demanda, bajo el punto aquí sistematizado como 4.- Ilegalidad por efecto de los actos propios del DGI.

Señala dicha accionante que el mismo DGI ha exigido a los usuarios el cumplimiento del permiso que hoy cuestiona, inspeccionando si se habían satisfecho los recaudos impuestos por la Resolución del permiso, así como que el mismo Superintendente que suscribió el resolutivo que atacan como miembro del HTA se exhibió públicamente sobre la inexistencia de ilegalidades en los permisos otorgados en la gestión anterior.

A aquello ya expuesto hasta el presente, cabe agregar que así como no resulta procedente encuadrar las circunstancias denunciadas por las accionantes con respecto al comportamiento habido por la administración en el marco de la causa “Del Pópulo” bajo la doctrina de los propios actos, tampoco aquellas conductas “iniciales” que identifica Vitivinícola Bulnes S.A. (haber procedido a inspeccionar los pozos y defender la legitimidad de los permisos otorgados en el marco de la Resolución N° 232/2010) como contradictorias con el posterior comportamiento del DGI, revisten las características exigidas a título de presupuesto para la aplicación de la doctrina de los propios actos.

En particular, que la administración haya efectuado las inspecciones de rigor en el marco de los permisos otorgados y haya verificado el cumplimiento de las condiciones impuestas en su marco, no configura una conducta inicial con las exigencias que marca la doctrina en cuestión y, menos aún, podría entenderse que la misma se exhibía eficaz a los efectos de implicar las consecuencias que se intenten extraer.

#### Denunciada severa falla en la motivación de las Resoluciones N° 72 y N° 74:

Sostiene la accionante que dichos actos se encuentran indebidamente motivados, en tanto para fundar la decisión adoptada (rechazo de la concesión de uso de agua), se invocaron razones que sólo hubiesen resultado idóneas para justificar la revocación del permiso, si los mismos no hubiesen gozado de estabilidad en sede administrativa. Afirma que esa incongruencia entre los considerandos y la parte dispositiva de aquellos actos, compromete la racionalidad de lo decidido.

Las afirmaciones que extrae la accionante de los términos de los actos impugnados no resultan pertinentes, dado que exhiben un análisis sesgado que vuelve a poner el eje en la premisa sobre la que ha girado toda su postulación, cual es el “bloque de legalidad” que, a su entender, representaban los permisos de perforación otorgados y el carácter circunscripto -prácticamente formal y automático- del ámbito de actuación que

correspondía al HTA en el examen de la procedencia de las concesiones.

A partir de dicha premisa inatendible en virtud de todos los motivos ya especificados, afirma la accionante nuevamente -aunque ahora desde la perspectiva de la motivación del acto- que a través de las Resoluciones N° 72 y N° 74 el HTA revocó por ilegitimidad los permisos de perforación otorgados en su oportunidad, extrayendo de ello que también se incurrió por dicho obrar en una severa falla de motivación.

Omite la actora un aspecto central en su examen, cual es que si existía una materia propia de la esencia de la competencia del DGI a través del HTA, en la oportunidad por la que transitaban las actuaciones, era la de evaluar si la pretensión de la actora encuadraba en la normativa aplicable, a los fines del acceso al derecho pretendido, esto es, si gozaba de la prioridad invocada. En función de ello y de las conclusiones a las que se ha llegado en los puntos tratados hasta el presente, no puede entenderse que el HTA hubiese incurrido en un vicio en la motivación. El acto fue motivado, en tanto se indicaron concretamente las razones que condujeron a su dictado y las mismas no resultaban tampoco impertinentes en relación a la materia decidida.

La circunstancia de que la actora no concuerde con las razones sustanciales dadas por el DGI para la toma de la decisión adoptada, no transforma a los actos respectivos en inmotivados, o alcanzados por una severa falla en la motivación, en los términos receptados en la LPA. Podrá considerar la accionante, en su caso, que tales actos se hallaron en discordancia con la situación de hecho reglada por la norma (vicio en el objeto) o que no sopesaron en forma razonable los antecedentes de hecho y de derecho (arbitrariedad), todas circunstancias que resultan descartadas en su procedencia en función de los argumentos ya desplegados, pero ello no posibilita considerar que, en forma autónoma, los actos exhiban el vicio argüido en la motivación. Por el contrario, los mismos dieron suficiente satisfacción a las exigencias que impone el debido cumplimiento de tal aspecto del acto administrativo (conf. art. 45° LPA).

Tampoco se comprueba la existencia de alguna autocontradicción en los actos. No hay incongruencia entre aquello expresado en los considerandos de las resoluciones y lo decidido en su parte resolutive. La estructura exhibe la logicidad de haber considerado que ante la imposibilidad de encuadrar la situación de la accionante en los términos de la normativa receptora de la prioridad que se invocaba poseer, se imponía como derivación natural la desestimación de la concesión.

En función de ello se concluye en que la motivación del acto administrativo, ha sido satisfecha en debida forma en el caso.

Por las mismas razones expuestas, tampoco resulta receptable el planteo que, en similar línea desplegó Vitivinícola Bulnes S.A., sistematizado al comienzo del presente desarrollo como punto 1.- Arbitrariedad y carencia de motivación por desconocimiento de la legitimidad ministerio legis de los permisos otorgados.

x.- Afirma asimismo la actora Santa María de los Andes S.A. para finalizar el acápite destinado a fundamentar la estabilidad del acto administrativo, que se violó la regla del debido proceso adjetivo.

En particular, sostiene que ello acaeció por:

\*haber violentado la preclusión procedimental prevista para que los supuestos afectados hicieran valer su oposición (arts. 10° y 11° Ley 4.035), alegando y acreditando la supuesta violación de la preferencia subjetiva del art. 7° de la Ley 4035. Pretendió restablecerse un debate que corresponde a una etapa procedimental perimida;

\*la denegatoria de las concesiones basada en la presunta ilegitimidad de los permisos, jamás pudo ser válidamente dictada sin haberle dado antes a esa parte -titular del derecho que ellos confieren- la posibilidad de expedirse al respecto;

\*porque la referencia que realizan las Resoluciones N° 176 y 179, a que no se trata de un supuesto de caducidad de derechos, no resulta atendible, dado que la doctrina y jurisprudencia citadas en apoyo del derecho de esa parte a que se le diera audiencia previa está consolidada no sólo en torno de la particular figura de la caducidad, sino de los actos extintivos en general, entre los cuales cabe reputar incluidos a los que tienen por objeto la revocación de actos administrativos anteriores, mediante los cuales se hayan conferido derechos o prerrogativas al administrado. Invoca que si bien, el término “caducidad”, no aparece utilizado en el cuerpo de las Resoluciones N° 72 y N° 74, el resultado finalmente obtenido mucho se le parece, sobre todo en cuanto a sus efectos.

En lo que respecta al planteo de preclusión procedimental, el mismo ha sido ya abordado y desestimado en su procedencia al examinar el primero de los agravios desarrollados por la accionante, en orden a la invocada regularidad del trámite de otorgamiento de los permisos, en particular, en lo relativo a las etapas de publicidad y oposición.

Por su parte, los restantes argumentos que despliega en relación a la transgresión que denuncia, que hacen a la exigencia que arguye la parte actora respecto a una necesaria intervención que debió habersele dado antes de la toma de la decisión a través de las Resoluciones N° 72 y N° 74, no resultan atendibles.

En primer orden, se señala que la vista previa que invoca debió darle la administración, no se encuentra prevista de manera reglada por el ordenamiento jurídico a

fin de proceder a la decisión en torno a las concesiones pretendidas, en el marco de la Ley N° 4.035 (en particular, arts. 15°/17°).

Si bien en la especie como ya se ha subrayado, no aconteció la revocación de los permisos sino la denegación de las concesiones, se tiene presente que aún frente a un supuesto concreto de revocación de un permiso de perforación de aguas subterráneas, esta Suprema Corte desestimó el planteo de violación al derecho de defensa formulado por el accionante, basado en que se había procedido a la revocación sin sustanciación alguna, atento a habersele notificado la decisión de revocación, a partir de lo cual dispuso de todo el iter recursivo (inclusive la etapa de control judicial), a fin de alegar y probar causas que justificaran la situación de abandono o hechos que excluyeran tal imputación (causa N° 99.685, “Aliaga Juan Francisco c/DGI s/APA”, Sala I, sent. 13/08/2012; L.S. 441:081).

De manera semejante, la ex Sala Primera ha desestimado defensas argüidas con fundamento en la violación al derecho de defensa, frente a declaraciones de inexistencia de actos administrativas (“Quevedo Rocio c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/APA”, sent. 31/07/2018, L.S. 564-199; entre otras).

En particular, en el precedente “Soto c/OSEP s/APA” (sent. 26/02/2019, Sala Primera, L.S. 579-90), se tuvo presente que, con otra integración, la Sala puso de resalto que en virtud de las garantías procesales que también rigen en el procedimiento administrativo, deben respetarse aquellas que hacen al derecho de defensa ante la administración y, consecuentemente, resulta procedente con carácter previo a declararse la inexistencia o revocación del acto, escuchar a quien con tal decisión pueda verse afectado en sus derechos o intereses, por lo cual, entendió hubiera sido pertinente proceder conforme a lo dispuesto en el art. 149 inc. d de la Ley N° 3.909 y, en consecuencia, prevenirse al actor de que se procedería de tal forma, a los fines de darle la posibilidad de aportar los elementos que estuvieren a su alcance a efectos de desvirtuar la preparación de la voluntad administrativa encaminada a tales metas (in re “Becerra, Mauricio Alexis c/Gobierno de la Provincia de Mendoza p/Acción procesal administrativa”, sent. 11/08/2015). Sin embargo, subrayó también que en ese supuesto específico ello hubiese resultado irrelevante, en consideración a que ni de las constancias administrativas ni de las pruebas producidas en el proceso, surgía que hubiera variado el nivel de estudios alcanzado por el actor, aspecto que constituía la base de la declaración de inexistencia del acto que había dispuesto una promoción sin contar con los estudios pertinentes.

En la especie, no se advierte que en el caso concreto la ausencia de dicha participación previa al dictado del acto denegatorio de las concesiones, hubiera producido una afectación del tenor de la argüida, dado que dicha parte pudo ejercer su derecho de

defensa en sede administrativa en oportunidad de interponer el recurso contra el acto emitido, hipótesis que acaeció, y en la cual las accionantes desplegaron sus argumentaciones y defensas (fs. 124/142 expte. N° 717.607 y fs. 144/158 expte. N° 717.609).

Asimismo, dados los fundamentos del temperamento adoptado por la administración, que hicieron residir la denegación de las concesiones respectivas en la interpretación de la normativa aplicable en su cotejo con las circunstancias del caso -en particular, con las características de la Cámara de Alto Agrelo, cuyas constancias obraban en las aludidas actuaciones, así como en los exptes. N° 259.330 y N° 265.679, y en las solicitudes que tramitaron por expedientes N° 265.694 y N° 265.695-; no se avizora que el presente pueda constituir tampoco un supuesto en el que la intervención previa del interesado en el procedimiento que culminó con la desestimación de las concesiones aquí objetadas, hubiese podido conducir a un resultado diverso al finalmente consumado.

En relación a los argumentos que introduce la accionante respecto a la invocación a la caducidad de derechos a que se refiere en los Considerandos de las Resoluciones N° 176 y N° 179 que resolvieron los recursos de reconsideración, que tampoco resultan concluyentes las alegaciones que formula la actora al respecto, dado que, en definitiva, aún cuando se entendiera como pretende dicha parte que la intervención previa al interesado se impone por respeto al debido proceso no solo en casos de caducidad de derechos sino también en supuestos de actos extintivos en general, ello no modificaría la conclusión a la que se ha arribado en el presente en orden a que en el caso, no se trató de un supuesto de un “acto extintivo” de derechos -específicamente, de un acto que hubiese revocado uno anterior-, sino de la denegación de un derecho al que se pretendía acceder.

En efecto, conforme se ha fundamentado en extenso, no puede ser convalidado el postulado en que también basamenta la actora este agravio, como es que los actos impugnados implicaron la revocación de un derecho que se poseía en virtud de un acto anterior. Se reitera, al efecto, el distinto ámbito de aplicación que poseen los permisos y las concesiones, así como la razonabilidad que, en virtud de ello, exhibió el obrar administrativo de haber considerado extinguido por agotamiento de su objeto a aquéllos y procedió a denegar las concesiones.

Por último, se señala, que el precedente de la CSJN citado por la accionante en apoyo de su postura (causa “*Borgo*”: Fallos 308:108), no modifica la conclusión antedicha, en tanto la doctrina del Tribunal fue erigida, precisamente, frente a un supuesto de caducidad de derechos, en el cual el Alto Tribunal fue llamado a revisar un fallo que había declarado la “anulabilidad” del acto que declaró la caducidad de la reincorporación

del actor y dejado sin efecto la misma a partir de la fecha de la sentencia, negando para ello el carácter grave de la ausencia de interpelación previa.

Al hacer lugar al recurso extraordinario interpuesto por dicho accionante, la Corte consideró aceptado que el régimen jurídico imponía el cumplimiento de una intimación a los efectos de constituir en mora al agente, la demora en la que hubiese incurrido el actor para intentar tomar posesión del cargo, carecía de relevancia y no podía válidamente sustentar la legitimidad ni atenuar los defectos de un acto que presuponía el cumplimiento de dicha exigencia. Destacó en dicho contexto que la caducidad decretada reconocía su fundamento en una conducta reprochable al actor, es decir, que se sustentaba en una apreciación de las circunstancias que, en virtud de la propia ley de procedimiento (art. 21°), requería de una interpelación para que el empleado incurriera en mora y consideró que la omisión del recaudo sustancial previsto por la ley como condición para decidir la caducidad del acto, solo puede dar lugar a la nulidad absoluta.

En función de ello, tampoco tales máximas resultan trasladables al caso, en el que, se reitera, no operó ni la caducidad ni otra forma extintiva de derechos.

Por las razones expuestas, tampoco se exhiben atendibles los agravios que introduce sobre el punto Vitivinícola Bulnes S.A., al ampliar la demanda, aquí identificados como punto 9.- Ilegalidad por violación al debido proceso y el derecho de defensa:

Solo cabe adicionar a su respecto, que en lo que concierne a la afectación que se habría producido en el marco del recurso de reconsideración, no especifica ni funda en forma precisa dicha accionante, en qué consistió la transgresión que denuncia operada en dicho ámbito, ni de qué pruebas habría sido privada, ni de la condición imprescindible de las mismas para la solución del caso.

Consideración final sobre los agravios introducidos sobre la temática de la estabilidad del acto (y de la competencia del HTA) por Vitivinícola Bulnes S.A. en su ampliación de demanda:

Procede efectuar una serie de consideraciones particulares finales, en orden a aquellos planteos desplegados por Vitivinícola Bulnes S.A. al ampliar la demanda, respecto al punto sistematizado en el presente como 3.- *Ilegalidad por incompetencia material y violación del principio de estabilidad de los actos administrativos.*

Afirma dicha actora que la resolución denegatoria de la concesión es ilegal por haber actuado asumiendo de hecho aspectos competenciales que materialmente no le corresponden en perjuicio de la estabilidad del acto administrativo que importa el permiso de perforar.

Manifiesta que no ignora que los actos del Superintendente pueden ser revisados por el Consejo de Apelación de acuerdo al art. 26° de la Ley 322, el que es un órgano distinto al HTA que se forma en dicho Consejo más el Superintendente y con ello no es imparcial frente a este último y no tiene competencias para revisar los resolutiveos del Superintendente. Añade que la revisión de los actos del Superintendente por el Consejo, incluso si quisiera invocarse tal competencia, no es oficiosa, sino que se produce en el marco del recurso de apelación.

Considera que cuando el HTA dispone denegar la concesión y ordenar el cegado de la perforación por entender que el permiso había sido ilegalmente otorgado, lo que hizo en concreto fue revocar en forma tácita el permiso de perforación que había emitido previamente el Superintendente y dicha facultad no está prevista por las Leyes 4.035 y 4.036.

Expresa que no puede sostenerse a los fines de negar el efecto revocatorio que el cegado de la perforación ordenado por el HTA tiene sobre el permiso otorgado por el Superintendente, que tal permiso se había agotado por cumplimiento de su objeto, luego de concluir la perforación, ello no solo porque tal perforación era en vista al trámite concesional en curso y para mantenerse regularmente construida necesitaba del permiso que la amparado, sino que además tal permiso imponía diversas obligaciones sumamente onerosas a la solicitante Santa María de los Andes S.A., como a Vitivinícola Bulnes Argentina S.A. como usuaria y regante.

Afirma que la resolución impuso un verdadero derecho-deber a usar al agua, incluso sancionable en caso de incumplimiento con la caducidad del permiso e incluso -si ya se tuviera- de la concesión y que incluso es una práctica habitual del DGI -un acto propio con lo que ello implica- sostener que los permisionarios de perforación deben usar el agua, e incluso los castiga con la caducidad del permiso por no uso del agua, tal cual ha sido analizado por la Suprema Corte en sentencia del 15/10/2012 in re “Srbovic”.

Alega que esa intención de avanzar sobre la validez y eficacia de los actos administrativos del Superintendente está expresamente expuesta en las consideraciones de las resoluciones del HTA, las que señalan que la denegación de las concesiones, fue para restablecer el imperio de la legalidad, lo cual es la esencia de la revocación por ilegitimidad (art. 98° LPA).

Afirma que si a partir de la resolución que otorga el permiso de perforar es legítimo que se construya y exista físicamente una perforación, la orden de cegado basada en el conocimiento de la legalidad o ilegalidad de la resolución estable que otorgó el permiso, es un atributo judicial (art. 3° CPA).

Considera que no es aplicable al caso el art. 97° de la LPA, ya que no se ha invocado motivo de oportunidad alguno, sino que se sostiene como causa la ilegalidad del acto administrativo que otorga el permiso, sin perjuicio que tal inestabilidad es limitada por el derecho que reconoce el art. 101° inc. b de la ley, a percibir indemnización por el derecho precario de uso del dominio público que se revoca por causas distintas a la modificación de la situación fáctica inicial.

Se advierte que gran parte de los argumentos desplegados por dicha accionante sobre el punto, resultan coincidentes con aquellos introducidos por Santa María de los Andes S.A., correspondiendo por tanto reproducir el tratamiento dado a los mismos -vía remisión-.

La única circunstancia sobre la que resulta necesario ahondar en relación al planteo, la constituye aquel aspecto de la cuestión que introduce dicha accionante, en orden a la improcedencia del argumento utilizado por el HTA de que los permisos se hallaban agotados por cumplimiento de su objeto y las específicas proposiciones que despliega sobre el punto.

Respecto del primer aspecto de dicha construcción, cabe consignar que la mira que poseía el permiso en la ulterior obtención de la concesión, no permite soslayar que se trata de situaciones progresivas y sucesivas que presuponen el cumplimiento de cada una, a fin de avanzar a la ulterior. Lo cierto es que otorgada la autorización para perforar, realizada la obra y expedido el informe técnico final, el expediente se encuentra en condiciones de ser puesto a consideración del organismo concedente (HTA, conf. Ley N° 4.036). Es decir, comienza una etapa que presupone culminada la anterior. No era necesario que el permiso “amparara” a la construcción regularmente erigida, sino que el permiso había ya amparado a la construcción y habilitado a la misma, la cual se hallaba culminada en su objeto, más allá de los efectos futuros que ella pudiera tener ya en el marco de la concesión pretendida.

Ahora bien, aquel otro aspecto que hace a las obligaciones que habría impuesto el permiso a la solicitante Santa María de los Andes S.A. -como a Vitivinícola Bulnes Argentina S.A. como usuaria y regante-, hasta tanto se otorgara la concesión, que implicaba a juicio de dicha parte la subsistencia del permiso y su ejecutividad aún luego de la perforación, merece la formulación de una serie de precisiones.

Como se ha desarrollado a lo largo del presente, los actos que atribuyeron los permisos (Resolución N° 282 y N° 283), impusieron en los respectivos puntos 6° de sus resolutivos como condiciones para el otorgamiento de los mismos, que el solicitante no presente litigios administrativos o judiciales pendientes con el DGI vinculados al uso de las

aguas en el área alcanzada por la Resolución N° 107/98 y sus modificatorias, así como la instrumentación de sistemas altamente eficientes de uso del agua, y la utilización efectiva del recurso en el fin otorgado -con desarrollo pleno del proyecto- en un plazo máximo de 24 meses, resultando una causal especial de caducidad del permiso de perforación y/o concesión de uso del agua subterránea el incumplimiento de estas exigencias.

También se ha concluido en el presente que no puede convalidarse que en el caso los actos que otorgaron los permisos hubiesen asignado el uso especial en cuestión. En particular, se ha subrayado el alcance poseído por los respectivos artículos 3° de los actos, en cuanto refieren a los volúmenes de extracción y cual fue la proyección que ello tuvo en el caso.

A través de los artículos sextos de las Resoluciones N° 282 y N° 283, se dispusieron una serie de condiciones para el otorgamiento de los permisos, pero es evidente que tal precepto abarca tanto circunstancias propias de la etapa de vigencia del permiso de perforación, como otras situaciones que acaecen necesariamente cuando el derecho de uso se encuentre ya concedido (v.g. la instrumentación de sistemas altamente eficientes del uso del agua). En especial, aquel condicionamiento que alude a la utilización efectiva del recurso en el fin otorgado -con desarrollo pleno del proyecto-, no habilita a sostener sin más que ello pudiera haber implicado que el permiso otorgado hubiera incluido el uso especial del agua, en contravención a lo establecido por el régimen normativo, sino que aludió en su conjunto a un sistema que en su progresión natural, hubiese derivado en ello.

Los propios artículos sextos de los actos analizados, establecen como una causal especial de caducidad del permiso de perforación y/o concesión de uso del agua subterránea el incumplimiento de estas exigencias, es decir, incluyen a la concesión y a la caducidad de la misma por incumplimiento de algunas de tales condiciones que, claramente, suponen el uso del agua y, por consiguiente, hallarse ya en la etapa en que el título hubiera sido otorgado.

Objetivamente dicho precepto puede interpretarse como inserto en el marco de lo que era la etapa inicial del procedimiento tendiente a la obtención del uso especial pretendido, que involucraba una progresión y en cuyo ámbito se previeron una serie de condicionamientos al solicitante, a título de compromisos para acceder al permiso de perforación, como puntapié inicial del trámite, pero ello no significa -ni puede desprenderse objetivamente de los términos del artículo respectivo- que todos dichos condicionamientos resultaran propios o inherentes a la etapa de perforación o que al haber sido ellos enumerados, implicaron una modificación para el caso particular en relación al

alcance de la normativa, otorgando al permiso una sustancia mayor que la consagrada a nivel normativo.

Tampoco resulta atendible la aseveración que formula la accionante, en orden a que constituye una práctica habitual del DGI sostener que los permisionarios de perforación deben usar el agua y que incluso los castiga con la caducidad del permiso por no uso del agua y que ello fue analizado por esta Suprema Corte en sentencia del 15/10/2012 in re “Srbovic”.

Ello en tanto, más allá de la costumbre administrativa que se denuncia, lo cierto es que en la especie nos hallamos ante una específica situación, como fue la denegatoria de una concesión por imposibilidad de encuadrar la situación de la accionante en el supuesto de prioridad subjetiva aprehendido por el art. 7° inc. b Ley 4.035 y no ante un caso en que se hubiere planteado la caducidad por el no uso del recurso. Y en este específico marco no puede considerarse que la legitimidad de la decisión adoptada por el HTA en la línea antedicha, pueda ser conmovida en virtud de la existencia de la aludida práctica.

No se trata de proposiciones que pueden ser articuladas en su logicidad. Sería ciertamente forzado o artificioso proclamar que como es práctica del DGI tolerar el uso del agua aún sin el otorgamiento del título habilitante (concesión), ello obstaría a denegar una concesión en un caso en que no solo el pretendido uso no habría estado consumado en relación a tales pozos a la fecha de la denegatoria de la concesión, sino en el que el órgano competente verificó que no correspondía el encuadre del caso dentro de la prioridad subjetiva pretendida.

Por otra parte, el precedente “*Srbovic*” de esta Suprema Corte que cita la accionante, no posibilita convalidar una solución opuesta, dado que el Tribunal entendió allí, con otra conformación que la actual, en el marco de una específica controversia que le había sido planteada (control de legitimidad del acto del DGI que había denegado el pedido de prórroga del plazo para poner en condiciones un pozo de perforación de aguas subterráneas y declarado la caducidad del permiso) y, en esa específica coyuntura, rechazó los vicios que se asignaban a tal decisión, pero ello sin avanzar en orden a la supuesta práctica del DGI de tolerar el uso sin concesión, ni sobre la pertinencia o procedencia de ello, sino que se limitó a entender el Tribunal que no resultó ilegítimo el acto que declaró la caducidad del permiso por abandono, haciendo aplicación del art. 35° inc. a Ley 4.035. Repárese en que, más aún, comenzó el Tribunal su análisis, con un desarrollo en punto a las diferencias existentes entre el permiso y la concesión de aguas subterráneas, con el alcance que ya se ha reseñado en el presente.

## 2.- El HTA estaba constreñido a otorgar las concesiones:

Procede iniciar el examen del punto, deslindando aquellos aspectos que en virtud de la respuesta que se ha dado a los diversos planteos tratados hasta el presente, mantienen su actualidad e interés, de aquellos otros que han quedado superadas en el análisis.

En este cometido, se advierte que la “legitimidad y “subsistencia” de los permisos de perforación que arguye la accionante a lo largo de su presentación, constituye una premisa que en el circunscripto ámbito de decisión que delimitó el Tribunal a su respecto -esto es, en aquello que hace al argumento accionante en orden a la pretensa estabilidad de los actos administrativos que otorgaron los permisos-, no ha resultado convalidada.

Por el contrario, se ha concluido desde la aludida línea de examen propugnada por la parte actora, que los permisos en cuanto tales no participan de los caracteres del acto estable con el alcance que pretendió asignarles dicha parte y, consecuentemente, que no pueda reivindicarse a su respecto, el contenido por ella invocado, en orden a abarcar el derecho al uso especial del agua.

Frente a tales conclusiones, aquel único aspecto que mantiene su pertinencia y resulta oficioso analizar en el marco de la segunda línea de análisis que plantean las actoras, es el relativo a si frente a permisos que exhibieron un específico contenido conforme su regulación normativa y que se encontraban extinguidos por causa natural por cumplimiento de su objeto, el ejercicio de las competencias del HTA en la oportunidad de evaluar la procedencia del título pretendido, resultaba circunscripto o condicionado, en alguna medida, por aquello resuelto en la etapa que le precedió o si, por el contrario, su competencia era amplia e incondicionada.

### a.- Invocado ejercicio de facultades regladas por el HTA:

i.- Las actoras introducen los siguientes argumentos en relación al postulado que formulan en dicha línea:

\*dada la estructura textual del art. 16° de la Ley 4.035, el otorgamiento de la concesión de uso especial del agua subterránea, constituye un caso de ejercicio de *facultades regladas*, en virtud del cual, corroborado el cumplimiento de los requisitos legalmente previstos, el órgano administrativo competente no tiene mayor margen de apreciación. Invocan que no se trata de decisiones que estén libradas al solo arbitrio de la autoridad de aplicación, ni que puedan adoptarse de manera antojadiza o caprichosa por los funcionarios de turno.

\*es lo que se conoce como una “concesión legal”, hallándose la

administración obligada a otorgarla a quien se encuentra en la situación prevista por el ordenamiento jurídico para ser autorizado -definitivamente- al uso especial del recurso hídrico y también porque los procedimientos administrativos aplicables se hallan exhaustivamente regulados y el trámite y condiciones a cumplir para acceder al derecho de que se trata, específicamente previstos y tasados por el legislador.

\*solo puede hablarse, por tanto, de los permisos y concesiones como actos discrecionales, en el sentido de que pueden ser revocados, únicamente si cambian las circunstancias de hecho o de derecho existentes al momento de su dictado.

\*una vez otorgados los permisos de perforación y construidas las obras en la forma y plazos que allí se indiquen, el HTA no tenía otra alternativa que otorgar la correlativa concesión.

\*la tan reivindicada “*consideración*” a la que el trámite es sometido está apenas limitada a: la verificación de la ejecución de los trabajos (art. 13° Ley 4035) y la emisión del certificado final al que alude el art. 15° de dicho cuerpo legal. Esas son las dos únicas etapas que tienen lugar en el espacio de tiempo que va desde el otorgamiento del permiso hasta el otorgamiento de la concesión. Verificados tales extremos, el HTA no tiene otra alternativa que adoptar la solución que la ley impone (el otorgamiento de la concesión), no pudiendo entrar en consideraciones de otro orden.

\*el hecho de que el HTA tenga tan acotadas posibilidades, surge, en primer lugar, por la presunción contenida en el art. 17° de la Ley 4.035, conforme al cual la falta de pronunciamiento en el término previsto en el párrafo segundo del artículo anterior, se interpretará como que la concesión es procedente. Fue el legislador quien, al consagrar un caso excepcional de silencio positivo, puso en evidencia que, cumplidas regularmente las etapas anteriores, no existen motivos para reputar denegada la concesión.

Los postulados vertidos por las accionantes, conducen a formular los siguientes interrogantes:

¿El ejercicio de la competencia del HTA en materia de concesiones de aguas subterráneas, debe encuadrarse como una actividad reglada de la administración? ¿Estaba constreñido el HTA a otorgar las concesiones, en ejercicio de dicha actividad? ¿Podría considerarse que el permiso otorgado en su oportunidad en base a considerar la situación de la actora encuadrada en el art. 7° inc. b Ley 4.035 y ya extinguido por cumplimiento de su objeto, determinaba que el HTA no habría podido tomar otra decisión que el otorgamiento de la concesión?:

ii.- La respuesta a tales interpelaciones exige formular diversas consideraciones respecto a la heterogeneidad de planteos que subyacen en la argumentación accionante.

En primer lugar, la calificación de la competencia del HTA como actividad de tipo reglada, requiere establecer el alcance de los conceptos o categorías jurídicas involucradas en el planteo accionante.

En tal cometido, se seguirá el desarrollo que hiciera el Tribunal, en el precedente “*CuyoPlacas c/Municipalidad de Las Heras s/APA*”, (sent. 25/02/2019, Sala I, L.S. 579-28), en el cual dejó sentadas las siguientes máximas:

Conceptualmente, la *discrecionalidad* es la potestad estatal de elegir entre dos o más soluciones igualmente posibles dentro del ordenamiento jurídico. Cualquiera de ellas es, entonces, jurídicamente plausible e igualmente razonable. Se trata de un criterio jurídico, pero no es un criterio prefijado por el ordenamiento con densidad y profundidad y, en este sentido, es libre. Ese criterio discrecional está contenido en el ordenamiento jurídico, pero no existen reglas específicas predeterminadas que guíen su ejercicio y, por eso, es libre en este contexto.

Las potestades son *regladas*, cuando su ejercicio depende de criterios casi automáticos; es decir, cuando éste debe, en el marco de un supuesto de hecho determinado, aplicar las consecuencias prefijadas claramente por el orden jurídico. En tal caso, el operador, no puede optar entre dos o más consecuencias legalmente posibles e igualmente válidas en términos de derecho, sino que debe limitarse a aplicar cierto consecuente preciso y predeterminado (con cita en Balbín, Carlos F., “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº I, La Ley, Bs. As, 2015, pág. 860 y sgtes.).

En orden a la determinación de las hipótesis en que puede hablarse de la existencia de “*reglas*” a los efectos de entender que una actividad es *reglada*, se entiende que las reglas específicas describen poderes reglados y las reglas generales e inespecíficas, se corresponden con los poderes *discrecionales* porque permiten que el administrador opte entre dos o más soluciones posibles. El criterio es el grado de densidad o especificidad de las reglas, especialmente, su consecuente jurídico. Si éstas son específicas y su contenido es denso, entonces, las potestades son regladas y el acto dictado en su consecuencia es también reglado. Por el contrario, si las reglas son vagas, imprecisas e inespecíficas, las potestades y los actos son *discrecionales*. En definitiva, es una cuestión de grado, es decir, cuánto de libertades o arbitrio dejó el orden jurídico librado en las orillas del administrador que es quien debe aplicarlo en el caso concreto (Balbín, ob. cit., pág. 885 y sgtes).

La actividad estatal puede dividirse en dos especies diversas: a) la *actividad reglada*, que es aquella en que la ley brinda una solución precisa para el antecedente de hecho que contiene, obligando al intérprete a aplicarla tal como fuera prevista -en la dirección y con el contenido-, es decir, hay potestad reglada cuando su ejercicio se halla

íntegramente programado y b) la *actividad discrecional*, que existe cuando la ley permite al intérprete, ante una determinada situación fáctica, realizar una elección entre varias alternativas igualmente legítimas o adaptadas a la juricidad, es decir, son potestades discrecionales aquellas cuyo ejercicio se halla sólo parcialmente programado por sus normas de atribución.

Se concibe a la *discrecionalidad* como margen para optar entre diferentes conductas (indiferentes jurídicamente), una vez que en la aplicación de una norma de estructura condicional se ha verificado la presencia de un caso subsumible bajo el supuesto de hecho normativo. Esas diferentes conductas pueden ser: a) la conocida como discrecionalidad de actuación, que es la que permite a la administración actuar o no actuar, es decir, aplicar o no la consecuencia jurídica o alguna de las consecuencias jurídicas como posibles por la norma habilitante; b) la discrecionalidad de elección, o sea poder decidir entre una consecuencia jurídica u otra si la administración opta por actuar o está obligada a ello y son varias las consecuencias jurídicas posibles. La potestad de un órgano será discrecional allí donde ha sido habilitado con un margen de libertad de apreciación para actuar en su función de satisfacer las necesidades públicas o el interés general. La discrecionalidad constituye una facultad conferida por la ley que disciplina el modo de ejercer la potestad reconocida a la administración en un caso dado, autorizando a ésta la elección entre diversas alternativas igualmente legítimas, sobre la base de criterios de razonabilidad (Hutchinson, Tomás; “Derecho Procesal Administrativo, T° I, Rubinzal-Culzoni, Bs. As, 2009, pág. 289 y sgtes.).

Se ha definido también a la *discrecionalidad* como una modalidad de ejercicio que el orden jurídico expresa o implícitamente confiere a quien desempeña la función administrativa para que, mediante una apreciación subjetiva del interés público comprometido, complete creativamente el ordenamiento en su concreción práctica, seleccionando una alternativa entre varias igualmente válidas para el derecho (Sesín, Domingo Juan, “Administración Pública. Actividad reglada, discrecional y técnica”, Depalma, Bs. As, 1994, pág. 126).

Resulta relevante también tener presente la diferenciación existente entre interpretación del derecho y ejercicio de potestades discrecionales.

Se ha dicho que interpretar es aplicar el ordenamiento a un caso singular y sin libertad, más allá de sus aspectos subjetivos. El operador debe interpretar la ley y sólo puede hacerse de cierto modo. ¿Cuál? Aquel que prevé el propio orden jurídico. Es decir, el intérprete no puede decidir libremente cómo interpretar las normas, sin perjuicio de que es posible que coexistan interpretaciones divergentes e, incluso, contradictorias. ¿En tal caso,

cuál de las interpretaciones es correcta? Según el modelo jurídico, el criterio interpretativo correcto es aquel que los jueces dicen que es así. Luego de que el operador interprete el ordenamiento puede ocurrir que la ley reconozca ese margen de arbitrio. En el marco de la discrecionalidad, cualquiera de las soluciones posibles es jurídicamente correcta y consecuentemente válida, distinguiéndose, así, del camino interpretativo, que es limitado y sin libertad.

El proceso de interpretación debe hacerse según las pautas que prevé el ordenamiento jurídico y no con arbitrio o libertad. Es decir, según el modelo jurídico, únicamente existe un criterio interpretativo en términos de valor. Distinto es el caso de las potestades discrecionales, porque aquí el operador no debe sólo interpretar el derecho sino, además, elegir entre dos o más opciones posibles, siempre, claro, dentro del marco jurídico y según sus reglas y así los hechos, el supuesto de hecho y su interpretación constituyen cuestiones comunes respecto de las potestades regladas y discrecionales. Es decir, en el marco de unas y otras, el Estado debe valorar e interpretar los hechos y el supuesto de hecho, luego obrar de modo más reglado o discrecional, según que el ordenamiento jurídico establezca reglas más específicas o inespecíficas (consecuentes). Las cuestiones de hecho y su valoración (supuestos de hecho) no son, entonces, aspectos discrecionales porque el ordenamiento sólo acepta interpretarlos, más allá de las valoraciones subjetivas, de cierto modo y no de cualquier otro (conf. Balbín, ob. cit., pág. 885 y sgtes.).

iii.- Tales conceptos son particularmente fructuosos en la especie, dado que la divergencia entre las partes se ubica, precisamente, en ese proceso interpretativo de la norma y de subsunción del caso en la misma y no en el consecuente jurídico en sí -si el ordenamiento jurídico daba o no diversas posibilidades de selección o actuación a la administración-.

De allí que la calificación de la actividad del HTA en la materia, dentro de las categorías jurídicas de reglada o discrecional, no posee relevancia en la especie, dado que, cualquiera fuera la respuesta que se diera a este respecto, la conclusión sería la misma: es en la configuración o no del supuesto de hecho previsto por la norma (en particular, el encuadre del caso dentro de la prioridad subjetiva que invocan las actoras) en donde reside la divergencia entre las partes y no en el consecuente jurídico (otorgar o no la concesión). Es decir, se trata exclusivamente de una discrepancia interpretativa que se presenta en relación a la etapa de aplicación de una norma de estructura condicional, en orden a si se verificó o no la presencia de un caso subsumible bajo el supuesto de hecho previsto por la norma (art. 7° inc. b Ley N° 4.035).

En la especie, la administración interpretó los hechos y el derecho con un

determinado alcance, que la condujo a entender que ese supuesto aprehendido por la norma (estar en presencia de un consorcio, asociación o cooperativa de usuarios: art. 7° inc. b Ley 4.035), no se configuraba, por lo cual no avanzó en aquellas otras cuestiones que harían al consecuente jurídico, no ya en orden al rechazo que se produjo por la imposibilidad de encuadrar el supuesto de hecho en la norma en cuestión, sino respecto a si, de haberse verificado la procedencia de dicho encuadre, resultaba obligatorio para ese órgano otorgar la concesión (en caso de considerarse la actividad reglada) o, en su caso, decidir entre distintas opciones válidamente posibles (sea por tener margen de arbitrio para conceder o no, v.g., por motivos de interés público o, para optar por conceder con un alcance u otro).

Como se ha subrayado en el presente, los hechos, el supuesto de hecho y su interpretación constituyen cuestiones comunes a las potestades regladas y discrecionales y, agrego, no podría en forma razonable negarse que el intérprete/operador jurídico (en este caso, el HTA), posee naturales atribuciones para proceder en dicho cometido, dado que ello es consustancial e intrínseco a la asignación misma de competencias. Afirmar que el HTA es el órgano competente para decidir en materia de concesiones de aguas subterráneas -circunstancia indiscutible por consagración normativa- y, simultáneamente, circunscribir su actuación como autoridad de aplicación (de los hechos a la norma), a la de un mero autómatas, vinculado por una decisión a la que la norma no autorizaba, no resulta razonable.

Es más, aún desde la perspectiva que postulan las accionantes, de calificar a la actividad desarrollada en la materia por el HTA como reglada, la consecuencia a la que se llegaría no variaría, en tanto, son esas mismas reglas específicas aplicables al caso, las que le imponían obrar como lo hizo, esto es, denegar la concesión. Nunca podría considerarse que a pesar de no encuadrar los hechos en la norma aplicable a los fines de acceder a la concesión por la prioridad subjetiva, la misma debería ser otorgada por el HTA, dado que ello sería tanto como consagrar el imperio de la ilegalidad o, como ya se subrayó, vaciar y demoler la competencia asignada al órgano específico.

No deja de advertirse que la cuestión que introduce la parte actora, en orden al carácter reglado o discrecional de la actividad involucrada en materia de aguas subterráneas, resulta una temática de evidente complejidad y respecto de la cual este Tribunal ha abordado algunos aspectos (causas “Monfarrell Alicia Estela c/DGI s/APA”, sent. 14/09/2015, Sala Primera -L.S. 484-273- y N° 13-03861617-4 “Gualtallary S.A. y ot. C/DGI s/APA”, sent. 09/09/2020, Sala Primera -L.S. 611-169-).

Sin embargo, las conclusiones a las que se llegaron en tales precedentes, hacen a una cuestión diversa a aquella planteada en el presente, dado que se trató del control de legitimidad de actos administrativos que denegaron permisos de perforación con destino a

uso agrícola, frente a un conjunto individualizado de permisionarios que fueron autorizados por el DGI durante el período en que los actores tramitó su petición. En dicho marco, el Tribunal concluyó en que los accionantes habían sufrido un desigual e infundado tratamiento y resolución tanto con respecto a los precedentes de la propia administración demandada como al habersele negado lo que se otorgó a otros pedidos formulados en similares circunstancias y, en virtud de ello, condenó a la administración demandada a que redistribuya las autorizaciones a perforar para uso agrícola, de modo concurrente entre los permisionarios autorizados en un lapso que precisó, en las cuencas en cuestión.

Cabe aclarar que se ocupó de precisar el Tribunal en dichos precedentes, que la solicitud de otorgamiento del permiso de perforación, no había generado el derecho administrativo al uso especial de aguas subterráneas pretendido, así como que dado el carácter discrecional y, por ende, constitutivo, de la facultad del DGI para otorgar permisos de perforación y alumbramiento de agua subterránea para fines agrícolas, ni la tramitación del procedimiento reglado en los arts. 9° a 14° de la Ley 4.035, ni el cumplimiento de los requisitos allí previstos generan por sí mismos un derecho subjetivo, por lo que correspondía rechazar la pretensión dirigida a que se le reconociera como adquirido el derecho de permiso de perforación peticionado.

iv.- En función de todo lo expuesto hasta el presente la afirmación de las accionantes en orden a que el HTA estaba constreñido a otorgar las concesiones, en virtud del carácter reglado de la competencia a su cargo, no resulta una premisa que pueda ser convalidada, en virtud de su impertinencia.

Reivindicada en el presente la innegable atribución del HTA como órgano competente para efectuar la interpretación jurídica del caso y su subsunción en la normativa aplicable y, habiéndose concluido en la legitimidad de la decisión de dicho órgano, al entender -y decidir en consecuencia- que la situación de la actora no encuadraba en el supuesto de prioridad subjetiva prevista en el art. 7° inc. b de la Ley 4.035 -ni habiéndose hecho aplicación tampoco por parte del DGI de la herramienta que prevé el art. 8° de dicha ley para alterar las prioridades y preferencias establecidas legalmente-, se impone el rechazo de los argumentos accionantes vertidos en la línea en examen.

Para finalizar el punto, resta aclarar que no resulta determinante en la materia, aquella argumentación desplegada por las actoras, en orden a que las pretensas facultades acotadas del HTA, surgirían de la presunción contenida en el art. 17° de la Ley 4.035, por medio de la cual se consagró un caso excepcional de silencio positivo.

Ello en tanto no resulta razonable ni prudente en un régimen como el aquí involucrado, efectuar derivaciones o consecuencias de carácter conjetural o indirecto,

como las que propugnan las actoras. Sería ciertamente precipitado y hasta forzado desprender del específico instituto en cuestión, la aseveración de que el mismo implica o conlleva un achicamiento de las competencias del HTA. Que el orden jurídico otorgue una solución concreta al silencio operado en el ámbito de dicho órgano (art. 17° Ley 4.035), no habilita a deducir en virtud de ello alguna relativización de la trascendencia y alcance de su intervención.

Por otra parte, no deja de advertir el Tribunal las voces que se han alzado en relación a tal regulación normativa, que fortalecen la necesidad de cautela a su respecto.

Así, se ha manifestado que si se intenta discernir el espíritu de la ley, la solución silenciosa, positiva, estaría dada por el supuesto de autorizaciones y a los de aprobaciones que hubieran de acordarse en ejercicio de funciones de fiscalización y tutela de los órganos superiores sobre los inferiores, es decir, a casos de control, preventivo o a posteriori, de la regularidad de ciertas actuaciones de los particulares o de órganos o entidades administrativas inferiores cuya voluntad debiera ser integrada por otra administración superior. En este marco, se comprende sin dificultad que el silencio de la administración llamada a otorgar la autorización o la aprobación pudiera sustituir a éstas, pura y simplemente suavizando así el rigor propio del control, policial o tutela, instrumentado por la norma, pues, conocida la actividad a controlar y transcurrido un tiempo prudencial sin que se formulase objeción alguna por el órgano llamado a ejercerla, era lógico suponer el nihil obsat, la inexistencia del veto. Sin embargo, lo que la Superintendencia eleva al HTA, admitiendo que fuere quien tiene la facultad de otorgar los permisos de perforación, es precisamente un permiso para perforar el cual adolece del contenido técnico y jurídico que la ley exige para el título concesional, ergo el silencio de quien detenta el poder concedente reviste un serio deterioro institucional en la administración hídrica (Nicolás González del Solar; *“Régimen Legal de las Aguas Subterráneas en Argentina”*; de. Lajoune; Bs. As; 2017; pág. 109 y sgtes.).

v.- Zanjado el primer interrogante, debe avanzarse en el restante aspecto que mantiene la vigencia de su dilucidación, cual es determinar si podría considerarse que el permiso otorgado en su oportunidad y ya extinguido por cumplimiento de su objeto, determinaba que el HTA no habría podido tomar otra decisión que otorgar la concesión.

En concreto, debe determinarse si la circunstancia de exhibir la coyuntura por la que transitó el caso, el antecedente de existir permisos de perforación otorgados a la actora, en base a considerarla comprendida en la preferencia subjetiva contemplada en el inc. b del art. 7° para el uso especial pretendido, circunscribía de alguna forma la competencia del HTA.

Fácil es colegir del desarrollo efectuado hasta el presente, que dicho interrogante tampoco puede originar una respuesta afirmativa, dado que, se reitera, una posición que condicionara por la aludida circunstancia la competencia del HTA en la temática, no resultaría razonable y desnaturalizaría el régimen jurídico instituido en materia de aguas subterráneas.

Además de todo aquello ya expresado, cabe ahondar en una serie de aspectos que demostrarán la sinrazón de la postura accionante.

No ha sido motivo de discusión en el caso, cuál es el órgano competente para otorgar permisos de perforación, más allá de la falta de precisión terminológica que ha sido advertida por alguna doctrina, la cual ha destacado que esta facultad no ha sido expresamente dispuesta por la Ley 4.035, pero que surgiría de la interpretación de la Ley 4.036 que en su art. 7° inc. 2 dispone entre las facultades del Superintendente la de aplicar la ley de aguas subterráneas, salvo en aquellos asuntos que han sido atribuidos en forma originaria al HTA.

Sí ha sido una materia sobre la que han discurrido las partes y ha debido analizarse a lo largo del presente, aquella atinente a la naturaleza jurídica del permiso para perforar y, concretamente, los derechos que el mismo asigna, habiéndose concluido en que el título que otorga el derecho de uso del agua, es exclusivamente la concesión.

No deja de advertirse que el aspecto en cuestión, nos coloca de frente a un fenómeno que ha sido subrayado por la doctrina, la cual describe que *“resulta notorio que en los últimos años la administración hídrica de Mendoza, concretamente el Superintendente del DGI, ha dictado una serie de resoluciones de otorgamiento de permisos de perforación extralimitándose quizá en su contenido, entorpeciendo y ralentizando la tramitación de las concesiones que deberán ser analizadas por el HTA. Tales resoluciones han contenido en forma concreta y específica, cuestiones relacionadas con el caudal que deberá extraerse, tipo de uso, etc., que son ámbito material de la concesión y de otro órgano de aplicación”* (Nicolás González del Solar; “Régimen Legal de las Aguas Subterráneas en Argentina”; de. Lajoune; Bs. As; 2017).

Sin embargo, como ya se destacara en autos al examinarse el planteo de estabilidad de los actos administrativos, los actos que otorgaron los permisos involucrados en el caso, no avanzaron sobre materia ajena a la determinada en la regulación normativa.

Debe tenerse también presente que se ha subrayado que el sistema creado por las Leyes 4.035 y 4.036, si bien perfectible y mejorable, tiene una razón de ser explicada por los autores de sendos proyectos de leyes, quienes aluden a la separación del régimen legal y determinación competencial de la autoridad administrativa de aplicación en la

segunda ley, en razón de responder a una técnica legislativa moderna para la época. Un sistema que, a entender de González del Solar, ha provocado confusiones al no mencionar y dar por conocida o sobre entendida la supuesta Autoridad de Aplicación competente para cada caso específico de la Ley 4.035. Con bastante razón y algo de desazón, Miguel Mathus Escorihuela dijo una vez, *“...la ley se ocupa de la autorización para perforar y de la concesión, haciendo un distingo que en la práctica no se aplica, porque los funcionarios encargados de aplicarla no han advertido el sentido de lo expresado en la Exposición de Motivos, ni la discusión legislativa, publicados en el diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Provincia correspondiente a la sesión del 14 de junio de 1974, cuya reimpresión este Departamento podría hacer para su divulgación e incorporación al Digesto”* (Nicolás González del Solar; “Régimen Legal de las Aguas Subterráneas en Argentina”; de. Lajoune; Bs. As; 2017; pág. 109 y sgtes.).

En el caso de las aguas subterráneas, el modo de acceder a esa concesión difiere del que se estableció para las aguas superficiales, resultando así, una excepción al principio de concesión legal establecido por la Constitución provincial (art. 194). A diferencia de lo que ocurre con las aguas superficiales, no es la Honorable Legislatura de Mendoza quien detenta la facultad de otorgar la concesión para el uso del agua subterránea. El sistema establecido por la Ley 4.036, que obligatoriamente debe leerse en paralelo con la Ley 4.035, sitúa en cabeza del HTA del DGI, esa facultad. Así, el art. 4° dispone que *“El Honorable Tribunal Administrativo, sin perjuicio de su actual competencia, conocerá en forma originaria en los siguientes asuntos:...otorgamiento de concesiones para usos especiales de aguas subterráneas”* y el art. 16° establece al referirse al trámite de solicitud de concesión luego de haber sido otorgado el correspondiente permiso de perforación, que *“...El expediente respectivo será puesto a consideración del organismo concedente para el otorgamiento de la respectiva concesión”*.

El art. 16° de la Ley 4.035, ordena que la resolución que disponga el otorgamiento de la concesión constituirá el “título” de esa concesión, para lo cual le ha fijado un plazo al HTA, quien debe expedirse dentro de los treinta (30) días de recibido el expediente.

Por su parte, en lo que respecta al régimen de prioridades establecido en la ley especial, se ha especificado que existen diversos sistemas legislativos. Los hay rígidos como el caso de la ley de aguas de Mendoza de 1884, sistema adoptado por varias provincias argentinas, en el sentido que los usos dispuestos por la ley no pueden cambiarse y el administrador solo puede utilizar su discrecionalidad de manera limitada y de acuerdo a lo que la ley indica. Pero a su vez, existen sistemas semirrígidos, que establecen un orden

de prioridades, pero contempla al mismo tiempo la posibilidad de alterarlo en función de determinados intereses o lineamientos (Nicolás González del Solar; “Régimen Legal de las Aguas Subterráneas en Argentina”; de. Lajoune; Bs. As; 2017; pág. 128 y sgtes.).

El sistema adoptado por la normativa de Mendoza ha sido en términos generales, el semirrígido. Sin embargo, la ley trajo una particularidad no vista en otras leyes de agua del país; a la lista u orden de preferencias sobre los usos le sumó una nómina de categoría de usuarios a los cuales se les otorga la prioridad de acuerdo a su naturaleza jurídica, en caso de concurrencia.

Ahora bien, en lo que respecta a la interrelación existente entre la concesión, como título jurídico del uso especial y los regímenes de preferencia establecidos legalmente, ha destacado el citado autor que “...es fundamental afirmar que dicho sistema de preferencias se refiere al otorgamiento de la concesión para el uso del agua subterránea y no del permiso para perforar. Lo dicho resulta de medular importancia para determinar quién debe aplicarlo y cuando será el momento oportuno para aplicarlo en un régimen legal en el cual la Autoridad de Aplicación para conocer sobre el título concesional, no es la misma autoridad que otorga los permisos de perforación”. Si bien la letra de la ley, en principio, es clara respecto a que las prioridades se han establecido para determinar un mejor derecho sobre el uso de las aguas subterráneas, la situación descrita en el párrafo anterior ha producido confusiones en el administrado e incluso en la autoridad del agua que debe aplicarlas debido, y que ha demostrado un total desconocimiento sobre la manera y la oportunidad correcta para aplicarlas, en cierto modo debido a la competencia fraccionada que la ley establece para uno y otro instituto autorizante y la falta de precisión ya analizada respecto de los límites a las competencias de uno y otro órgano”.

De lo expuesto y de la estructura del régimen legal establecido, se desprende entonces que el ámbito y momento natural de consumación de la operación lógica de interpretación y encuadre en las normas respectivas, resulta aquel de competencia propia del HTA, de allí que, aunque se postulara la existencia de una logicidad de origen e interrelación evidente entre la etapa de otorgamiento de los permisos de perforación y la de examen de la procedencia de las concesiones y también, claro está, de congruencia entre las mismas, aquello claro es que de ninguna manera podría propugnarse con razonabilidad, que las competencias del HTA se vieran encorsetadas de forma tal de ser su intervención una mera etapa formal en la que se le impusiera convalidar la permanencia de situaciones que desde su origen hubiesen resultado alejadas de la normativa aplicable.

b.- Irrazonabilidad o arbitrariedad de las decisiones impugnadas

i.- Plantea como último agravio la accionante Santa María de los Andes S.A. (y Vitivinícola Bulnes S.A. adhiere), que la tesitura desarrollada por el HTA en los Considerandos de las Resoluciones N° 176 y N° 179, arroja un resultado que se opone a las más elementales pautas lógicas (irrazonabilidad). Ello en tanto, en la inteligencia que allí se propicia, se espera que el titular de un permiso de perforación ejecute todas las obras de exploración, excavación, perforación, entubación e instalación de equipos (todas las cuales implican inversiones de gran envergadura) en el plazo y en las condiciones que la Superintendencia le fije, asumiendo el riesgo de que a pesar de cumplir cabalmente las mismas la concesión finalmente no le sea otorgada, porque el HTA cuenta con discrecionalidad para ello.

En el caso, resalta que Santa María de los Andes quedó constreñida a realizar todas las obras descriptas a fs. 6 del expediente N° 265.694 y a fs. 7 del expte. 265.695 en el plazo máximo de seis meses y a desarrollar plenamente el proyecto informado (riego de viñedos) en un plazo máximo de 24 meses y que por ello sería absurdo sostener que al cabo de ese tiempo y cuando todo el proyecto estuviera montado, el HTA igualmente tendría prerrogativas para decidir discrecionalmente no otorgar la concesión.

Plantea que si ese fuera el esquema legal vigente, no se podría concluir sino en que la Ley 4.035 es arbitraria e irrazonable y particularmente contraria a toda lógica económica y/o relativa al desarrollo de inversiones.

Por otra parte arguye en el marco de las pautas de interpretación que despliega en torno al carácter de la intervención del HTA en la oportunidad prevista en el art. 16° de la Ley 4.035, que conforme lo ha sostenido la CSJN para que exista un 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, aún cuando falte la declaración formal de una sentencia o acto administrativo.

Deriva de ello, así como de otros antecedentes que señala, que cumplidos por su parte los requisitos y el trámite necesario para la obtención del permiso de perforación y la concesión de uso del agua, su otorgamiento se imponía como resultado inexorable de aquel trámite, por lo cual lo así actuado y desconocido por el HTA, integra la esfera de derechos de su parte, protegida por el ordenamiento jurídico.

ii.- Argüida irrazonabilidad del sistema en la interpretación que le asigna la demandada:

Los planteos de la accionante en la línea reseñada, se centran en la refutación de un argumento consignado por la demandada en los actos que decidieron los recursos de

reconsideración interpuestos en contra de las Resoluciones N° 72 y N° 74.

Específicamente, las Resoluciones N° 176, N° 178 y N° 179 expresaron en sus Considerandos, luego de señalar las diferencias entre el permiso y la concesión de aguas subterráneas, de sostener que los permisos se encontraban extinguidos por cumplimiento de su objeto y de consignar, en subsidio para el caso en que se considerara que el permiso para perforar implicaba el uso del agua, que el acto de otorgamiento del permiso para perforar era inexistente por estar groseramente viciado, que *“incluso más, aunque también en subsidio, debe tenerse presente que el permiso para perforar era pasible de caducidad, por incumplimiento de condiciones particulares, art. 4 Res. N° 232/10 y art. 6° Res. N° 283/10, ambas de Super. que imponían entre sus condiciones el desarrollo pleno del proyecto, condición resolutoria que el recurrente no cumplió según las constancias del expediente administrativa”*.

Cabe recordar que los actos que otorgaron los permisos (Resolución N° 282 y N° 283), impusieron en el punto sexto de su resolutivo como condiciones para su otorgamiento que el solicitante no presente litigios administrativos o judiciales pendientes con el DGI vinculados al uso de las aguas en el área alcanzada por la Resolución N° 107/98 y sus modificatorias, así como la instrumentación de sistemas altamente eficientes de uso del agua, y la utilización efectiva del recurso en el fin otorgado -con desarrollo pleno del proyecto- en un plazo máximo de 24 meses, resultando una causal especial de caducidad del permiso de perforación y/o concesión de uso del agua subterránea el incumplimiento de estas exigencias.

La coyuntura descrita, deja entrever que el origen del agravio accionante, se centra entonces en un argumento introducido *en subsidio* por el HTA en el marco de la vía recursiva, en los Considerandos de los actos respectivos, argumento que no tuvo concreción o réplica en la parte resolutoria de dichos actos, ni siquiera en el carácter subsidiario o suplementario en que fue vertido.

Es claro que la procedencia de tal argumento, desde su sustancia, solo debería ser analizada en caso de ser desestimado el fundamento o motivo dirimente de los actos que denegaron las concesiones, esto es, haber considerado el HTA en ejercicio de su competencia propia que, estando agotados en su objeto a los permisos de perforación, el caso de la accionante no encuadraba en la norma pertinente a los fines de otorgar la concesión (art. 7° inc. b Ley 4.035).

Objetivamente, las decisiones impugnadas implicaron la toma de una decisión concreta: denegación de las concesiones. Impugnadas tales decisiones a través del recurso de reconsideración, el HTA culminó en sus resolutivos rechazando en su sustancia los

recursos incoados y, si bien en sus Considerandos desplegó dos planteos en forma subsidiaria, y de manera progresiva (el relativo a los vicios groseros que entendió alcanzaban a los permisos y aquel en función del cual consideró a los permisos para perforar “pasibles de caducidad por incumplimiento de las condiciones particulares” establecidas en los art. 4° de la Resolución N° 232/2010 y art. 6° de las Resoluciones N° 282 y N° 283), no tomó decisiones consecuentes con dichos argumentos subsidiarios. No declaró, en forma secundaria, ni la inexistencia de los permisos ni dispuso, en dicho carácter subsidiario, la caducidad de los permisos por incumplimiento de condiciones particulares.

Podría discurrirse sobre la procedencia y/o pertinencia de la introducción de tales argumentos subsidiarios por la administración al decidir un recurso, dado que, en todo caso, una declaración con tal alcance efectuada en el resolutivo de los actos que resolvieron los recursos de reconsideración, hubiese tenido el riesgo de colocar a la parte interesada en una situación, al menos, diferente -aunque no necesariamente menos gravosa- que la que poseía en oportunidad del dictado de los actos originarios que denegaron las concesiones.

Más allá de ello, también se advierte que no solo sería una “ficción” decidir sobre la legitimidad de decisiones que, en definitiva, no fueron tomadas por la administración sino solo introducidas en los Considerandos de los respectivos actos como argumentos subsidiarios, sino un riesgo mayor como sería convalidar conceptualmente que pudieran operar modificaciones inoportunas o intempestivas en las decisiones por no haber sido tomadas por la administración en el momento pertinente -aquel en que decidió transitar la decisión de la cuestión por otra línea-, sino incluidas como nuevos argumentos que, en realidad, cambiarían la sustancia de la decisión.

En este contexto, solo dos interrogantes corresponde formular en torno al planteo en examen. Primero: *¿la circunstancia de haber incorporado el HTA tales argumentos inoportunos, en forma subsidiaria, en el ámbito de decisión de los recursos incoados, vicia de nulidad a las Resoluciones N° 176, 178 y N° 179?* La respuesta que se impone, es negativa, dado que tal obrar no reviste una entidad que habilite generar tales efectos, sino que conduciría solo, en su caso, a tener por no introducidos los mismos a los fines de sustentar la legitimidad de la decisión denegatoria de la concesión otorgada, no pudiéndoseles dar tratamiento sustancial.

Afirmación ésta que determina que el segundo interrogante que debe formularse en torno al punto, merezca también una respuesta negativa, esto es, *¿reviste interés o resulta oficioso en el caso analizar la procedencia -formal y sustancial- de tales*

*argumentos subsidiarios?*. La negativa también se impone, en virtud de que se ha concluido en el presente en la legitimidad de la decisión adoptada por el HTA en las Resoluciones N° 72 y N° 74 -y ratificada por dicho órgano al resolver los recursos de reconsideración- en base al fundamento primigenio y central en que la misma se basó, siendo por tanto innecesario e inoficioso avanzar en los argumentos subsidiarios vertidos por el HTA en los actos que resolvieron los recursos.

Las Resoluciones N° 72 y N° 74, se sostienen en su legitimidad en base a argumentos sustanciales suficientes que otorgan fundamento a la decisión adoptada, decisión que fue defendida y sostenida en su legitimidad por el HTA al resolver los recursos de reconsideración, en primer orden y de forma principal, en base a ese argumento central y prioritario.

Se deja sentado para finalizar el punto que aquellos restantes aspectos que hacen al planteo accionante que se vinculan con cuestiones que exceden de lo atinente a la potencial caducidad de los permisos por incumplimiento de las condiciones dispuestas por los arts. 6° de los actos respectivos y se ubican en la objeción general en punto a la razonabilidad -o, a su entender, a la arbitrariedad- que alcanzaría al régimen de las aguas subterráneas en la hermeneútica y alcance que le otorgó la demandada, serán abordados en profundidad en el acápite F.- del presente.

E.- Restantes argumentos introducidos por Vitivinícola Bulnes S.A. en su ampliación de demanda:

Cabe abordar dos aspectos finales que fueron incorporados en su ampliación de demanda por dicha accionante, que se han sistematizado en el presente bajo los puntos 10.- *“Existencia de un antecedente jurídico: Jurisprudencia del 1er. Juzgado de Gestión Asociada (causa N° 11.963 “Bulnes c/DGI s/AMPARO”)”* y 11.- *“Planteo subsidiario: Inconstitucionalidad art. 4° Res. 232 y art. 6° Res. 281”*.

a.- En orden al primero, destaca dicha accionante que distintos afectados por las resoluciones con idéntico fundamento a la impugnada, que formaron parte de la Cámara Vitivinícola, interpusieron acción de amparo que tramitó ante el Primer Juzgado de Gestión Asociada (causa 13-00715365-6 “Bulnes c/DGI s/Acción de amparo”).

Transcribe la decisión del 09/08/2013 emitida al respecto, en el marco de dicha causa, por la que se hizo lugar a la acción de amparo intentada por BULNES S.A. contra el DGI y en consecuencia declaró inexistente la Resolución N° 73 del Honorable Tribunal Administrativo de la DGI que había desestimado la concesión respecto del pozo N° 6/1815 y tuvo por reconocida la concesión tácita respecto de dicho pozo.

Posteriormente, se sucedieron una serie de alternativas procesales en relación

al punto.

En particular, la referida decisión fue apelada por el DGI (autos N° 50.311, Segunda Cámara Civil) y en el curso de la misma, se resolvió suspender el proceso (18/02/2014), dada la conexidad entre todos los amparos contra el DGI elevados a esa Alzada y lo expresado por la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, en relación a que los planteos efectuados en estos amparos resultaban prácticamente idénticos, como también lo expresado por los actores respecto a las similitudes fácticas, consignándose que se resolverían cuando se encuentren todos en estado de decidir. Dicha suspensión fue prorrogada, hasta que todos los amparos contra el DGI (incluso el N° 50.413 “Lindhe c/DGI p/Amparo”), se encontraran en estado de resolver los recursos interpuestos.

El 24/11/2015 la Cámara compartiendo lo dictaminado por el Fiscal de Cámara, prorrogó la suspensión de procedimiento en esos autos y en todos los amparos existentes en ese Tribunal contra el DGI por todo el tiempo que dure la tramitación del proceso administrativo que tramita ante la Suprema Corte bajo la carátula “Santa María de los Andes S.A. c/DGI s/APA...”.

Por su parte, en los autos radicados ante esta Suprema Corte, en cuyo marco también fue impugnada la referida Resolución N° 73 del DGI (causa N° 109.183), por auto del 25/04/2014 la Sala resolvió suspender los procedimientos hasta que se cuente con sentencia firme en el amparo iniciado por la actora bajo el N° 11.963 y mediante auto del 26/10/2015, se decidió hacer lugar al pedido de levantamiento de suspensión efectuado en relación a la apelación tramitada ante la Segunda Cámara de Apelaciones en la causa “*Bulnes*” y se ordenó el levantamiento de la suspensión dispuesta en esos autos.

Finalmente, por auto del 26/10/2015 la Sala Primera resolvió no hacer lugar al pedido de levantamiento solicitado por la actora y ordenó el levantamiento de la suspensión ordenada en dicha acción procesal administrativa. Entendió a tales efectos que resultaba aplicable al caso el criterio seguido por el Tribunal en los autos caratulados “Santa María de Los Andes S.A.” (auto de fs. 606 y de fecha 31.10.2014); “Viñas de Vertex S.A.”; “Inmobiliaria Reconquista y Ots.”; “Bomchil Máximo y Ots.” y “Golf Club Alto Agrelo S.A. y Ots.”.

Señaló que desde antaño este Tribunal ha interpretado que su jurisdicción en materia procesal administrativa es de orden público y atribuida por el art. 144, inc. 5 de la Constitución Provincial (L.S. 074-031) y que en todas las causas supra individualizadas, incluida la presente, se pretende la protección jurídica de particulares administrados a través del control jurisdiccional de la actividad administrativa, para lo cual los accionantes invocan como fundamento normas de derecho público local, asimismo existen actos

administrativos expesos, susceptibles de control de legitimidad , todo lo cual abona la competencia de la Corte sobre la materia objeto de la litis, según lo regulado en los arts. 1, 4 interpretado a contrario sensu, 5 y 12, del C.P.A. (L.A. 156-59, 215-174; L.A.: 218-170 y 299-14).

Ante ello y, en resguardo de la función jurisdiccional que la Constitución Provincial ha asignado de manera originaria a este Tribunal, estimó conveniente rechazar el pedido formulado por la actora, ordenando que continúe la tramitación de la acción procesal administrativa, fundando normativamente la decisión en las facultades conferidas por los arts. 46, incs. 1º, 3º y 5º; 48 inc. 5º; y los arts. 12, 15, 16 y 76 del C.P.A.

b.- De la reseña realizada, se colige que el precedente invocado por la actora, alude a una materia que no posee el mismo objeto que la presente, dado que involucra al pozo N° 6/1815 que no es ninguno de aquellos comprendido en autos. Por tanto, ni existencia de cosa juzgada ni litispendencia podrían invocarse a su respecto.

Ahora bien, la accionante Vitivinícola Bulnes no puntualiza la proyección que pretendería asignar a dicho pronunciamiento, esto es, si procuraría una aplicación de las máximas de análisis sostenidas en el decisorio de primera instancia, a partir de una equiparación de situaciones; o si se limitaría a poner en conocimiento del Tribunal la existencia de decisiones jurisdiccionales vinculadas a la materia.

Repárese especialmente en que en ningún momento de sus postulados en este proceso, las accionantes han invocado poseer una concesión tácita en los términos del art. 17º de la Ley N° 4.035, base de la sentencia emitida en el amparo de referencia.

Por otra parte, se pone de resalto especialmente que tal como fuera subrayado en relación a los autos "*Lindhe...*" en el tratamiento de la acción incoada por Santa María de los Andes S.A. y su acumulada, esta Suprema Corte ha adoptado una decisión concreta en el marco del presente proceso, así como en los restantes en que se discute similar materia, y ha reivindicado y radicado la materia como de su competencia originaria, suspendiendo los procesos de amparo, con un específico alcance.

Por todo lo expuesto, aquello resuelto en dicho ámbito, no resulta vinculante, ni definitivo para este Tribunal.

c.- Por último, en orden al Planteo subsidiario: Inconstitucionalidad art. 4º Res. 232 y art. 6º Res. 281, desarrollado por Vitivinícola Bulnes S.A., corresponde dejar sentada la inoficiosidad de su tratamiento, dado que conforme se ha desarrollado con relación a los argumentos subsidiarios desplegados por el HTA en el marco de las Resoluciones N° 176 y N° 179, también resultaría superfluo examinar los argumentos subsidiarios desarrollados por la administración al emitir la Resolución N° 178 por la cual se rechazó el recurso de

reconsideración de Vitivinícola Bulnes.

Se trata de razonamientos subsidiarios del HTA, sobre los cuales, dada la forma en que se resolvió el aspecto dirimente de las Resoluciones N° 72 y N° 74 del HTA, no resulta oficioso ni necesario ingresar.

F.- Examen final: Razonabilidad.

Como ya se anticipara, en el planteo accionante introducido en base a los argumentos de las Resoluciones N° 176, 178 y N° 179, subyace un cuestionamiento que excede de aquel específico atinente a la potencial caducidad de la que hubiesen sido posibles los permisos en cuestión por incumplimiento de las condiciones dispuestas por los arts. 6° de los actos que otorgaron los permisos, dado que se ubica en la objeción general en punto a la razonabilidad -o, a su entender, a la arbitrariedad- que alcanzaría al régimen de las aguas subterráneas en la interpretación y alcance que le otorgó la demandada.

Dado que ello trasunta un planteo genérico, de interés, más allá de los argumentos subsidiarios ya descartados en su pertinencia, debe ser abordado a fin de dar una respuesta jurisdiccional integral.

a.- Razonabilidad de las decisiones adoptadas en su oportunidad por el DGI

Debe entonces determinarse desde la específica perspectiva de consagración estructural del régimen a nivel normativo, en su cotejo con aquellas circunstancias presentadas en el caso, si el sistema culminó exhibiéndose irrazonable frente a las circunstancias de hecho y de derecho que acompañaron al mismo, y si ello podría determinar ya sea la ilegitimidad de los actos aquí impugnados, o bien algún tipo de condicionamiento a los fines de la decisión que debe adoptarse en este proceso, ello desde la evaluación de las consecuencias que podría implicar un pronunciamiento que desestimara, sin más, la acción incoada.

¿Podría entonces convalidarse como sostiene la accionante, que la inteligencia del sistema legal que se propicia por la demandada resulta irrazonable, en tanto supondría que el titular de un permiso de perforación ejecute todas las obras de exploración, excavación, perforación, entubación e instalación de equipos (todas las cuales implican inversiones de gran envergadura) en el plazo y en las condiciones que la Superintendencia le fije, asumiendo el riesgo de que -a pesar de cumplir cabalmente las mismas- la concesión finalmente no le sea otorgada, porque el HTA cuenta con discrecionalidad para ello?

Corresponde partir por subrayar los elementos que exhiben relevancia para responder a dicha interpelación en el caso.

Los permisos de perforación involucrados en autos, tramitaron a partir de la

declaración de la parte interesada de pretender su utilización con un destino de uso agrícola -cultivo de viñedos en 819 hectáreas, 3.072,48 m<sup>2</sup>-.

El proyecto de la accionante Santa María de los Andes S.A. acompañado por la Cámara de Alto Agrelo en su oportunidad y en cuyo marco fueron otorgados los permisos de perforación, indicaba que el plan de la firma consistía en el aparcamiento cooperativo de viñas entre distintos propietarios, de diversas dimensiones (entre 7 y 10 has); señalaba que la implantación, el control y la cosecha sería realizada por la sociedad gerenciadora (Santa María de los Andes S.A.) y que a esa fecha se encontraban 130 hs ya implantadas y en producción y con una superficie similar preparadas para la implantación respectiva.

Se destacaron en esa oportunidad dos variables señaladas como de importancia para el desarrollo de la zona y de la provincia: mano de obra que se estaba ocupando en las tareas agrícolas e industriales de construcciones y la cantidad de propietarios que ya existen en este proyecto, como los interesados potenciales, lo que hace que sean numerosos minifundios, produciendo distribución de la riqueza, como también trabajar desde una gerenciadora, que unifica los costos y hace más eficiente la ocupación de los profesionales y trabajadores intervinientes. Se indicó que el cronograma del desarrollo integral, tanto de la implantación de viñas, olivos, construcción de bodega y demás tareas, era de un total de 120 meses.

Otorgados los permisos, la coyuntura existente a marzo del año 2012 -y que continuaba en mayo de dicho año-, daba cuenta que las perforaciones en cuestión, no se encontraban en funcionamiento ni en condiciones de operar en razón de la falta de conexión eléctrica (conf. certificado técnico final e inspección; expedientes N° 265.695 E8 y N° 265.694 E8), así como que respecto del uso del terreno, la propiedad se hallaba cultivada con viñas en espalderos regadas con equipo de riego presurizado (goteo) alimentado por cuatro (4) perforaciones en funcionamiento efectivo de un total de seis (6) poseídas por la propiedad. Se consignó que existía un alto grado de avance del proyecto productivo, con sectores donde se realizaban tareas de desmonte y enmaderando, haciéndose mención a la existencia de etapas en el proceso productivo de desarrollo del proyecto, siendo los pozos en cuestión destinados a servir a esa nueva etapa.

De manera subsecuente a tales constancias (abril de 2012), se formó la pieza administrativa que dió origen al informe de Gestión Hídrica del 7 de mayo de 2012 y, finalmente, al rechazo de las concesiones, lo cual acaeció en el curso de marzo del año 2013.

De los elementos antedichos se desprende que a la fecha en que el DGI denegó las concesiones, no se tiene certidumbre sobre si los pozos en cuestión, se hallaban o no en

condiciones de ser operados, aunque la última constancia existente en las actuaciones (en mayo de 2012), daba cuenta de que dicha condición no se cumplía.

No podría entonces argüirse la presencia de circunstancias consolidadas que invoca la accionante como existentes a la fecha de la toma de las decisiones administrativas aquí impugnadas ni que éstas hayan implicado *retrotraer situaciones ya afianzadas*, ello dado que los pozos no estaban a dicha fecha en condiciones de operar, ni se efectuaba, por tanto, el uso del recurso hídrico a su respecto.

No se soslaya que el informe de la perito ingeniera agrónoma, presentado en diciembre de 2017, da cuenta al describir el estado de las perforaciones y obras realizadas visitadas por dicha profesional el día 13 de diciembre de 2017, que los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816 se encontraban a dicha fecha en perfecto estado de funcionamiento, así como manifiesta que el agua extraída de los mismos, se utiliza para su distribución por el sistema de goteo en las parcelas y que tales obras se adecuaron al proyecto de perforación presentado en las actuaciones administrativas. En particular, frente al punto en el cual se le solicitó indique estimativamente, en qué plazo fueron montadas tales obras y/o a partir de qué fecha quedaron en condiciones de ser utilizadas para extracción de agua y riego del predio, señaló que *“ambos pozos habrían sido concluidos en el año 2011, de acuerdo a la información que figura en la solicitud de certificación para transferencia presentada ante DGI incluida a fs. 1066 y 1070 y de la certificación de la parcela identificada con nomenclatura catastral que obra a fs. 1067 y 1071”*.

Las constancias a las que alude el perito, son los Anexos a un formulario del DGI denominado “Solicitud Certificación Para Transferencia” N° 6176 y N° 6177, relativos a la parcela con nomenclatura 06-99-00-2100-722649-000-6, en donde lucen los datos del adquirente (Vitivinícola Bulnes S.A.) y los datos de inscripción en el DGI respecto, entre otros, de los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816. Allí el DGI certifica las inscripciones en los Registros Públicos y el estado de deuda para transferencia, consignando que los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816 no exhiben deuda a la fecha de expedición (02/11/2011). Tales pozos figuran como aquellos inscritos en el DGI a nombre de dicha parcela, junto con otros cuatro (números 6/1719; 6/1754; 6/1792, 6/1793).

La circunstancia señalada por la profesional en forma potencial, no resulta en consecuencia definitiva respecto de la fecha de puesta en funcionamiento de los pozos, en tanto no solo no se condice con las constancias de las actuaciones relativas a las inspecciones realizadas en forma concomitante al transcurso de las alternativas en cuestión, sino porque tampoco sería dable derivar de tales certificaciones emitidas por el DGI a efectos de las referidas transferencias, que las obras se encontraban en condiciones de ser

utilizadas desde el 2011, que era el específico punto que se le requirió a la perito. De allí que tal aseveración que funda la profesional en la referida deducción, no otorga elementos determinantes en la línea que aquí se evalúa a los fines de desentrañar la razonabilidad puesta en cuestionamiento.

Desde la reseñada sucesión fáctica, tampoco podría convalidarse el postulado accionante en orden a la ilogicidad del sistema, ya sea en su consagración normativa, o en la aplicación que efectuó del mismo el DGI. Por el contrario, tales constancias demuestran una progresión lógica, en cuyo marco el DGI adoptó una decisión consecuente y tempestiva con los antecedentes del caso.

Por otra parte, se reitera que el régimen legal instituye un sistema en el que el único título que habilita al uso especial, es la concesión (Ley 4.035), siendo el órgano competente para otorgarla el HTA (Ley 4.036), el cual, conforme se ha fundamentado en extenso en el presente, en ejercicio de dicha competencia, debe efectuar un amplio control tendiente a la verificación de las circunstancias de hecho y de derecho que permitan constatar el encuadre de aquéllas en la norma pertinente.

Asimismo, se ha acreditado que tampoco puede convalidarse que en el caso los actos que otorgaron los permisos hubiesen asignado el uso especial del recurso hídrico o hubiesen dado un sustento jurídico para ello. En particular, se ha subrayado el alcance poseído por el art. 3° del acto, en cuanto se refiere a los volúmenes de extracción y cual fue la proyección que ello tuvo en el caso.

Si bien la actora pone el eje en los artículos 6° de las Resoluciones N° 282 y N° 283, en cuanto los mismos dispusieron una serie de condiciones para el otorgamiento de los permisos (entre ellos, la instrumentación de sistemas altamente eficientes de uso del agua, y la utilización efectiva del recurso en el fin otorgado -con desarrollo pleno del proyecto- en un plazo máximo de 24 meses), es evidente que tal precepto refiere a algunas situaciones que acaecen necesariamente cuando el derecho de uso se encuentra ya concedido (v.g. la instrumentación de sistemas altamente eficientes del uso del agua), tal como ha sido destacado a lo largo del presente.

En el contexto descripto, la irrazonabilidad del sistema que denuncia la parte actora, en oportunidad de denegarse las concesiones, no resulta un postulado que encuentre el necesario sustento, dado que todos los elementos descriptos demostrativos de que no verificó una interpretación y aplicación inconsecuente ni incoherente de la normativa vigente.

b.- Ponderación de la integridad de elementos que conforman la coyuntura del caso.

Una visión integral de la cuestión, hace necesario y prudente profundizar en la razonabilidad del sistema puesta en cuestionamiento por las accionantes, desde una perspectiva aún más amplia, tanto a nivel temporal, como de todos los elementos que deben ser evaluados en la toma de una decisión ecuanime y lógica en el caso.

i.- Ello conduce a sopesar especialmente una circunstancia que surge evidente a la fecha, como es el tiempo que ha transcurrido desde el desarrollo de las actuaciones administrativas, la toma de las decisiones aquí impugnadas y el presente, lapso en cuyo marco se comprueba que los pozos en cuestión comenzaron a operar a través del uso del recurso hídrico, aún frente a los actos administrativos que denegaron la concesión y, por tanto, dicho uso.

La razón por la cual ello habría acaecido, al menos desde una determinada fecha, estriba en que la administración no habría ejecutado las decisiones adoptadas mediante las Resoluciones N° 72 y N° 74 que dispusieron el cegado de los pozos (ratificadas por Resoluciones N° 176 y N° 179 y por Resolución N° 178 respecto de Vitivinícola Bulnes), en virtud de la impugnación judicial que operó de los actos primigenios que denegaron las concesiones, vía el proceso de amparo iniciado por terceros usuarios de dichos pozos -autos N° 250.567, caratulados: “Lindhe Jan c/ D.G.I. P/ Acción de amparo” originarios del Juzgado de Gestión Judicial Asociada N° 1- (conf. informe de fs. 1081/1086 del DGI).

La sentencia dictada en ese proceso (24-09-2013), declaró la inexistencia de las Resoluciones N° 72 y 74 del HTA del DGI, y reconoció una concesión tácita del derecho de uso especial de agua subterránea, para fines agrícolas, respecto de los Pozos N° 6/1814 y N° 6/1816; pronunciamiento apelado por el DGI ante la Segunda Cámara de Apelaciones (autos N° 50.413).

En el marco de dicha causa, fue proveída la medida cautelar solicitada, la cual, conforme se reseña en la sentencia de amparo, consistió en una orden durante la tramitación de la acción, de mantenimiento del “status quo” vigente a la fecha de la resolución atacada y, en consecuencia, que no rigiera la prohibición de extracción de agua subterránea de la perforación correspondiente a los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816, ni la orden de cegado de los mismos.

En consonancia con ello, el informe producido a fs. 1081 de autos por el DGI, da cuenta que a la fecha del mismo (28/10/2015), la perforación N° 6/1816 se encontraba inscrita en los registros del DGI con un comentario respecto de la medida cautelar iniciada por un usuario de dicho pozo Lindhe Jan, autos N° 250.567. Señala que la Resolución N° 282 de Superintendencia, otorgó el permiso de perforación, dándose de alta

en el sistema de registro público el 31/03/2010 y que mediante Resolución N° 74 del HTA, se denegó la concesión del uso especial y en consecuencia se procedió a la baja del registro, así como que finalmente la perforación N° 6/1816 fue reinscripta en fecha 01/11/2013 por la orden judicial dispuesta en la medida cautelar de los autos N° 250.567.

La sentencia de primera instancia en el referido amparo, abordó dos aspectos: en primer lugar, a los efectos de determinar si la acción había sido deducida en plazo, partió por analizar que Santa María de los Andes S.A. al 11/11/08, titularizaba fiduciariamente cinco fracciones de terreno ubicadas en el Distrito de Agrelo que no poseían derecho de riego superficial, pero registraban inscriptos los pozos N° 6/1719, 6/1754, 7/1792 y 6/1793 para uso agrícola de toda su extensión y que en 2009 solicitó dos permisos de perforaciones que les fueron concedidos bajo los N° 6/1814 y 6/1816. En enero de 2011, realizó con los actores del amparo (Lindhe Jan y Karen Dawn Edwards) un negocio que involucró la venta de una fracción de 8.500 m<sup>2</sup> del terreno de mayor superficie consignado y un compromiso de participación societaria inescindible de la operatoria inmobiliaria de una acción en una S.A. que se crearía con el carácter de administradora del emprendimiento denominado “Santa María de los Andes”.

A los fines de fundar la legitimación de los allí accionantes, indicó la sentencia que si bien los pozos a los que se refieren las resoluciones cuestionadas, no son los únicos que titulariza Santa María de los Andes S.A., la disminución de caudal de agua extraíble, cegando dos pozos que sirven al fundo en cuestión, puede afectar o restringir el riego de la propiedad de los actores. Concluyó el punto sosteniendo que *“Los actores son terceros interesados legitimados para el ejercicio de la presente acción y por esto, conforme ha entendido la doctrina y la jurisprudencia, dado a que no han sido notificados de la resolución adoptada por el DGI, el plazo del art. 13 de la L.A. debe computarse a partir del momento en que tomaron conocimiento de la afectación que les producían las resoluciones que se atacan”*.

En segundo orden, fue evaluado el aspecto sustancial que condujo a hacer lugar a la acción de amparo, declarar inexistentes las Resoluciones N° 72 y N° 74 del HTA y tener por reconocida la concesión tácita del DGI sobre los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816.

Desarrolló el decisorio las razones por las que entendió verificado el supuesto de concesión tácita del referido art. 17° de la Ley 4.035.

En virtud de ello entendió que existió mora en la administración, y concesión tácita del recurso hídrico, ya que lo que se hizo en marzo de 2013 debió ser hecho en mayo de 2012. Consideró que formal y sustancialmente, la única resolución que podía ser dictada en la fecha que se hizo, no era la de denegatoria de concesión sino, en todo caso, la de

revocación de la concesión si ésta cupiera, de conformidad con lo dispuesto por el art. 34° de la Ley 4035.

Sostuvo como conclusión, que si se quería variar legítimamente la situación del permisionario de este pozo, la administración no podía dictar cualquier acto administrativo, aunque considerara que existía causa fundada, ya que en Derecho, el fin no justifica los medios. En su lugar debió: 1) atacar con los remedios legales previstos el permiso de perforación otorgado, o 2) declarar caduco el mismo por incumplimiento del permisionario, o 3) rechazar la concesión en la etapa oportuna (antes del 26-04-12) fundado en causales suficientemente motivantes a la luz de lo expuesto, o 4) proceder a la revocación del derecho de concesión tácitamente adquirido por imperio del art. 17° de la L.4035 fundado en las razones que enuncia el art. 34° de la misma ley.

En cuanto al alcance del decisorio, precisó que si bien el peticionante solicitó se ordene al DGI dictar una nueva resolución ajustada a derecho que reconozca la concesión ya otorgada de conformidad con lo establecido por el art. 17° de la L.4.035 (acto administrativo positivo tácito), entendió que la misma era innecesaria, ya que en función de la totalidad de la normativa que rige la materia, el sólo cumplimiento de lo previsto por el art. 17° es suficiente para considerar obtenida la concesión del recurso, bastando por lo tanto la presente resolución para que el demandado deba tener por reconocida la misma.

El DGI apeló la sentencia de primera instancia.

Por decreto del 09/04/2015 de la Cámara interviniente, resolvió en la causa N° 50.413 suspender el procedimiento de alzada respecto de los recursos e incidencias interpuestos en esa causa.

La existencia del referido proceso de amparo y, en particular, del decisorio en cuestión, fue puesta en conocimiento de esta Suprema Corte por Vitivinícola Bulnes S.A., quien acompañó copia del mismo y entendió que resultaría contradictorio continuar la presente causa, sin antes quedar firme en todas sus instancias la sentencia acompañada, por lo cual solicitó la suspensión de estos autos.

Por auto del día 26/07/2013, se resolvió acumular la causa N° 109.187 a la causa N° 109.181 y por decreto del 01/10/2013 se suspendió el proceso (suspensión prorrogada por el día 01/04/2014), ello en virtud del referido pedido.

Posteriormente, por auto del 31/10/2014, la Sala Primera resolvió: i.- desestimar el pedido de suspensión del procedimiento formulado por Fiscalía de Estado; ii.- suspender la causa N° 250.567/50.413 caratulada “Lindhe Jan c/DGI s/Amparo”, que tramita ante la Segunda Cámara Civil de Apelaciones; iii.- citar a Jan Linche y Karen Dawn Edwars en los términos del art. 16 del CPA.

La decisión fue instada por un pedido formulado por Fiscalía de Estado, con fundamento en que en los autos N° 109.183, caratulados: “BULNES S.A. C/ D.G.I. S/ A.P.A.”, como así también en la causa N° 109.179, caratulada: “FIDEICOMISO AYMURAY C/ D.G.I. p/ A.P.A.”, que tramitan ante esta Sala, se había dispuesto la suspensión del proceso judicial “*hasta tanto se resuelva el recurso de apelación*” o “*se cuente con sentencia firme*” en los procesos de amparo incoados por los actores.

Sostuvo Fiscalía que si bien los actores en este proceso no han iniciado acción de amparo, uno de ellos (Vitivinícola Bulnes SA) denunció la existencia de la sentencia dictada el 24-9-2013 en los autos n° 250.567, caratulados: “Lindhe Jan c/ D.G.I. P/ Acción de amparo” originarios del Juzgado de Gestión Judicial Asociada N° 1, la cual poseyó el alcance ya reseñado, siendo la misma apelada.

Al desestimar dicho pedido de suspensión, la Sala Primera precisó que Santa María de Los Andes S.A. cuestionaba la legitimidad de las Resoluciones N° 72/2013 y N° 74/2013 por las cuales el H.T.A. del D.G.I. dispuso rechazar las solicitudes de concesión de uso especial de agua subterránea presentadas por esa sociedad comercial respecto de los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816, respectivamente. Por su parte, Vitivinícola Bulnes de Argentina S.A. adhiere a la demanda contra la Resolución N° 74/13 HTA-DGI en su calidad de –también- beneficiaria del uso especial de agua subterránea relativo al pozo 6/1816, por el hecho de haber adquirido dos parcelas que se encuentran dentro del predio administrado por la primera sociedad.

Señaló también que la lectura de la sentencia dictada el 24-9-2013 en los autos N° 250.567, informa que los amparistas Jan Lindhe y Karen Dawn Edwards también adquirieron un terreno dentro del emprendimiento inmobiliario que administra Santa María de Los Andes S.A. y, con ello, se valen del agua subterránea proveniente de los referidos pozos. Indicó también que la Juez de primera instancia analizó el fondo de la cuestión y declaró inexistente a la Resolución N° 74/13 y que la decisión fue recurrida por el D.G.I.

Ante dicha plataforma, señaló la Sala que aunque en la especie no hay una estricta identidad subjetiva entre los amparistas y los actores del presente proceso administrativo, ello no impedía considerar que existe una evidente conexidad objetiva entre ambos juicios. Tanto porque las causas refieren al control de legitimidad de los mismos actos administrativos, relativos a una idéntica perforación (Resolución N° 74/13 HTA y pozo N° 6/1816), como porque el derecho de uso especial de agua subterránea derivado de la misma ha sido destinado, simultáneamente, al servicio de administración y mantenimiento de las fincas particulares que componen el emprendimiento (con cultivo de uvas finas), por un lado, como así también al mantenimiento de los espacios circulatorios y

áreas de esparcimiento común de propiedad de la sociedad administradora, por el otro.

Precisó que desde antaño este Tribunal ha interpretado que, aunque limitada, su jurisdicción en materia procesal administrativa es de orden público y atribuida por el art. 144, inc. 5 de la Constitución Provincial (L.S. 074-031) y que aún antes de la Ley 3918, se entendió que el ejercicio de la competencia de este Tribunal para decidir por vía originaria y en única instancia las causas procesal-administrativas, deviene del art. 144 inc. 5 de la Constitución Provincial, y opera cuando se invoca que la Administración ha vulnerado un derecho que se encuentra protegido por una norma administrativa, que regula y limita el ejercicio de la función administrativa (L.S. 114-236, 119-090).

Resaltó que en todas causas *supra* analizadas se pretende la protección jurídica de particulares administrados a través del control jurisdiccional de la actividad administrativa, los accionantes invocan como fundamento normas de derecho público local (criterios expuestos en L.A. 156-59, 215-174), y existen actos administrativos expresos, susceptibles de control de legitimidad (pauta referida en L.A.: 218-170 y 299-14), todo lo cual abona la competencia de la Corte sobre la materia objeto de la litis, según lo regulado en los arts. 1, 4 interpretado a contrario sensu, 5 y 12, del C.P.A.

Ante ello concluyó que *“lo que se evidencia como inconveniente no es la prosecución de las acciones ordinarias, y por vía de un proceso de conocimiento pleno, como es el de marras. Antes bien, lo irrazonable sería que la jurisdicción que la Constitución asigna a un Máximo Tribunal pudiera verse encorsetada, en un caso concreto que -siguiendo las pautas de la ley procesal- ha sido sometido a su decisión, como consecuencia de lo que llegara a decirse en definitiva en una instancia de mera revisión y por la vía excepcional del amparo. Mas cuando, como en el presente caso, cualquier pretendida insuficiencia o ineficacia de los medios ordinarios de protección de los derechos ha quedado superada a partir del otorgamiento -por el juzgado de primera instancia- de la medida cautelar solicitada por los amparistas y la subsiguiente sentencia que les reconoció la pretendida concesión tácita del derecho de uso especial respecto del agua subterránea proveniente del pozo en cuestión”*.

Añadió que con el fin de aventar el riesgo de un eventual dictado de sentencias contradictorias resultaba conveniente y adecuado a las particulares circunstancias del caso, disponer la suspensión de los autos n° 250.567/50.413, que tramitan ante la Segunda Cámara Civil de Apelaciones.

Fundó normativamente la decisión en las facultades conferidas por los arts. 46, incs. 1°, 3° y 5°; 48 inc. 5°; y los arts. 12, 15, 16 y 76 del C.P.A.

Los citados en estos autos en los términos del art. 16 del CPA, se presentaron y

plantearon la falta de jurisdicción del Tribunal. Sostuvieron que dentro de las facultades que le acuerda a la Suprema Corte la Constitución Provincial (art. 144 ), no se encuentra la facultad de intervenir y/o disponer medidas en procesos en que la competencia ha sido definitivamente establecida a favor de otros Tribunales. Afirmaron que tampoco el CPCC determina tal potestad, fuera del caso de los expedientes que han llegado a conocimiento de la Corte vía de recursos reglamentados. Invocaron que los tribunales no están ligados por una relación de jerarquía, sino que se desempeñan en distintas órbitas de su competencia, siendo impracticables las facultades de delegación como de avocación y la afectación al principio de juez natural.

Por otra parte, en orden a la citación efectuada en el dispositivo 3° del auto del 31/10/14, sostuvieron que ya hicieron valer sus derechos mediante acción de amparo obteniendo sentencia favorable de primera instancia, por lo que la renovación del planteo en otro expediente, en forma contemporánea ante distinto tribunal, provocaría una duplicación de la contienda, circunstancia que los dejaría en una situación de litispendencia.

Por auto del 20/11/2014, la Sala Primera tuvo por presentados a los citados en los términos del art. 16 del CPA y desestimó la oposición a la suspensión de la causa N° 250.567/50.413 ya referida.

Para así resolver, se consignó respecto de los agravios en orden a la suspensión de la segunda instancia en la cual se encuentra el proceso iniciado por los amparistas, que el planteo sólo se dirige contra la solución procesal adoptada por este Tribunal, pero sin controvertir en modo alguno las circunstancias objetivas y subjetivas que fueron meritadas para así concluir, referidas a que existe una evidente conexidad entre ambos juicios desde que, tanto el amparo como las acciones procesales administrativas de marras, se dirigen contra un mismo acto, que constituyó un derecho de uso especial del agua subterránea proveniente del mismo pozo y respecto de lo cual todos los actores son igualmente beneficiarios.

Añadió que tampoco objetan los amparistas que la cuestión es susceptible de ser subsumida dentro de la materia procesal administrativa delimitada por los arts. 1 y 5 del C.P.A., respecto de la cual la competencia de este Tribunal es atribuida por la Constitución Provincial y, por ello, puede ser declarada de oficio (conf. art. 12, C.P.A.).

Recordó que la competencia originaria de la Corte, por ser de raigambre constitucional, es de naturaleza restrictiva y no es susceptible de ser ampliada ni restringida, y por su carácter de orden público puede ser declarada de oficio y en cualquier estado del proceso.

Concluyó que dado que la situación jurídico-procesal de las partes del presente proceso administrativo podría verse afectada por lo que se pudiera llegar a decidir de forma definitiva en otro proceso (el amparo), pero sin un previo conocimiento y decisión de este Superior Tribunal, cuya competencia en la materia deviene de la Constitución y ha sido requerida en el caso concreto por parte interesada, *es claro que resulta necesario ligar las causas y adoptar medidas adecuadas a fin de dar la más pronta resolución al conflicto en común*, entre ellas, la suspensión de la apelación contra la sentencia de amparo y la fijación de una audiencia para que concurren todas las partes interesadas, conforme se decidió.

Ulteriormente, presentaron escrito Jan Lindhe y Karen Dawn Edwards y ratifican su “*opción de defender los derechos de los Sres Lindhe dentro del procedimiento de amparo que se encuentra actualmente en trámite ante la Segunda Cámara Civil (autos 250.567/50.413, caratulada “Lindhe Jan c/DGI s/Acción de amparo”)”, absteniéndose de participar en esta APA, lo que solicitaron se tuviera presente (05/02/2015). Por decreto del 11/02/2015, se tuvo presente lo expresado en dicha presentación.*

ii.- Frente a la coyuntura descrita, debe el Tribunal examinar dos aspectos.

El primero que hace a la *proyección* que jurídicamente podría poseer en el caso, la existencia de un pronunciamiento judicial no firme, suspendido en la etapa de apelación, en orden a la legitimidad de los mismos actos aquí impugnados (Resoluciones N° 72 y N° 74), iniciado por quienes si bien no fueron los destinatarios directos de dichos actos -ya que los mismos desestimaron la solicitud de concesión de uso especial presentada por Santa María de los Andes S.A.-, fueron considerados legitimados en el marco del amparo por exhibir interés suficiente en la materia y también citados a este proceso administrativo en los términos del art. 16° del CPA.

Este Tribunal ha adoptado una decisión jurisdiccional con respecto a la interrelación entre las vías instadas en orden a la impugnación de los actos administrativos aquí involucrados y a la conexidad objetiva entre ambos procesos, decisión que ha adquirido firmeza y que ha significado reivindicar su competencia originaria para entender y pronunciarse en ejercicio del control de legitimidad de tales actos, competencia urgida por los destinatarios directos de los mismos (en el caso Santa María de los Andes S.A.), a la que luego se acumuló la causa iniciada ante esta misma sede por Vitivinícola Bulnes S.A., en razón de la conexidad existente entre ambas, en cuyo marco se impugnaron esas mismas Resoluciones N° 72 y N° 74 del HTA, así como la Resolución N° 178 que rechazó el recurso incoado por Vitivinícola Bulnes en contra de la segunda de dichas resoluciones.

Por otro lado, los actores en el referido amparo, han sido citados al presente

proceso en los términos del art. 16° CPA y, en el marco de dicha citación, efectuaron una serie de presentaciones que dieron lugar a decisiones de la Sala Primera que también han quedado firmes, en orden a la competencia de esta Suprema Corte en la materia y, claro está, a la oponibilidad de lo que aquí se resuelva a su respecto.

En función del alcance e implicancias de la decisión adoptada por este Tribunal en base a su competencia originaria (art. 12° CPA), no resultaría viable argüir en el presente proceso alguna pretensa influencia de lo resuelto en su momento en el ámbito del amparo (por sentencia no firme y con proceso suspendido), ni tampoco la inoponibilidad de lo que se resuelva en el presente, por parte de los actores en el marco de dicho amparo, que fueron citados a este proceso y decidieron no participar en el mismo.

Será en todo caso en el ámbito del proceso de amparo, a través de las vías pertinentes, en el que la jurisdicción instada deberá determinar la influencia que la sentencia de esta Suprema Corte desestimatoria de la nulidad planteada respecto de los actos impugnados, podrá tener sobre ese proceso pendiente. Así como deberá definirse los efectos que podrá poseer sobre la ejecutividad de los actos impugnados.

Y es que, por más que dichos interesados hayan decidido no intervenir en este proceso a pesar de haber sido citados, las consecuencias de la validez de los actos aquí declarada, puede afectarlos, produciéndose un efecto indirecto o reflejo de la cosa juzgada del presente decisorio, en cuanto a la oponibilidad a su parte de lo aquí decidido. Repárese en que no podría hablarse a su respecto, de inalterabilidad de derechos definitivamente adquiridos por sentencia firme, con fundamento en el derecho de propiedad y de defensa en juicio, cuando la sentencia emitida en dicho proceso, no presenta tales atributos.

iii.- Efectuadas las consideraciones precitadas, la segunda cuestión que debe evaluar el Tribunal, es si la existencia de tales antecedentes, en cuanto conformaron una coyuntura que, junto con otros elementos, derivó en que haya transcurrido un lapso de tiempo considerable en el marco del cual se consumó el uso del recurso hídrico a través de los pozos aquí involucrados, podría representar una circunstancia que hiciera irrazonable o inconveniente la adopción de una decisión en el caso que se limitara, sin más, al rechazo de la acción articulada, en tanto exigiría sopesar las consecuencias que una decisión como la descrita conllevaría, desde alguna perspectiva que meritúe los posibles derechos adquiridos de las accionantes, o afectaciones al interés general que se exhiban evidentes y deban ser tuteladas.

En este punto, debe tenerse especialmente presente que no sería lo mismo sopesar aquellas consecuencias que podrían derivarse de la caracterización como ilegítimo del obrar administrativo -calificación descartada en el presente-, de los condicionamientos

que, en cuanto a sus efectos, podrían alcanzar al presente pronunciamiento, en caso de advertirse que existen intereses que deben ser amparados, más allá de la legitimidad del obrar administrativo impugnado, en la que se concluye en el caso.

Por otra parte, también se advierte que alcanzó a la administración una imposibilidad jurídica de ejecutar tales actos, al menos durante la vigencia de las decisiones judiciales recaídas en la materia y las alternativas operadas al respecto (medida cautelar en el amparo, sentencia del amparo de primera instancia estimatoria de la pretensión y recurso de apelación con efecto devolutivo; suspensión del proceso).

La circunstancia de haber transcurrido el lapso antedicho, con el mantenimiento de una situación que no solo implicó la no ejecución de la orden de cegado de los respectivos pozos, sino que habría permitido la puesta en funcionamiento de los mismos a través del aprovechamiento del recurso hídrico, nos coloca frente a un escenario que debe ser sopesado, a los fines de no producir, a través de la presente decisión, afectaciones en derechos que deban ser objeto de protección.

En este cometido, aparece como evidente que las accionantes podrían sufrir un perjuicio patrimonial por la ejecución de los actos administrativos objeto de la presente acción, toda vez que el aprovechamiento del recurso hídrico, les habría sido permitido, en especial a través de decisiones jurisdiccionales. La existencia del pronunciamiento judicial de primera instancia en el proceso de amparo y la cautelar concedida en su ámbito con un determinado alcance, contribuyeron a generar dicho marco de situación.

Ahora bien, ¿impedir tal perjuicio, resulta un deber de esta instancia, o, mejor dicho, se erige como un interés tutelable al que deba darse preeminencia en el caso por encima de aquellos otros que la materia involucra?

Considero que se impone una solución compuesta o mixta a dicha interpelación, en tanto será parcialmente negativa -y parcialmente afirmativa-.

Respuesta parcialmente negativa:

En orden a los argumentos que he desarrollado, la primer respuesta que se impone al caso es que no existe título, instituto, ni razón jurídicamente atendible que determine que frente a la legitimidad del obrar estatal aquí impugnado, se adopte una decisión inconsecuente con dicha conclusión, que posibilite que las accionantes continúen en la misma situación jurídica en la que se encuentran al presente, esto es, usufructuando los permisos de perforación en cuestión ni, mucho menos, pretender como dicha parte postula en el presente, que el DGI deba otorgarle las respectivas concesiones. Ello, claro está, determina que el uso del recurso hídrico tal como se realizó hasta la actualidad por las accionantes, no pueda mantenerse, en tanto no existe basamento jurídico que imponga tal

consecuencia.

El corolario del rechazo de la nulidad planteada respecto de actos administrativos no puede ser el mismo que el de su declaración de nulidad.

Además de todo lo ya expuesto a lo largo del presente, se avizora que desde la perspectiva de la protección de los *derechos adquiridos*, no existe elemento que otorgue apoyo a algún condicionamiento en cuanto a los efectos que deben acompañar naturalmente a la toma de la decisión desestimatoria de la pretensión a la que se arriba en el presente.

La jurisprudencia de la CSJN ha fundado el respeto de los derechos adquiridos en la garantía constitucional de la propiedad, en base a sostener que cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en ella para ser titular de un determinado derecho, debe considerarse que hay un derecho adquirido, porque la situación jurídica general creada por esa ley se transforma en una situación jurídica concreta e individual en cabeza de un sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por una ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado por el art. 17 de la Constitución Nacional y el efecto retroactivo de la ley encuentra un valladar insorteable en una situación definitivamente concluida al amparo de la legislación precedente (Fallos 345:876).

En la especie, no se configuran los presupuestos necesarios que conduzcan a convalidar que las accionantes posean un derecho adquirido incorporado a su patrimonio. No puede decirse que la conducta estatal previa hubiera permitido la constitución de un derecho perfecto en cabeza del particular, ni que los actos posteriores chocaran contra un obstáculo constitucional, como sería el debido respecto de derechos adquiridos que ampara la garantía de la propiedad en la interpretación amplia que da a este último concepto la jurisprudencia de la CSJN (Fallos 145:307).

Como ha señalado recientemente la CSJN *“nadie tiene un derecho adquirido al mantenimiento de las leyes o reglamentos (Fallos: 310:1924; 325:11; 330:3565; 336:2307, entre otros) ni puede pretender vincular a la Administración cuando la conducta precedente no se ajusta a la ley imperativa aplicable al caso, ello pues la tutela de las expectativas generadas en los administrados no puede primar sobre el principio de legalidad a que se encuentra sometida la actividad del Estado. Al respecto, se ha señalado que si bien es cierto que una de las derivaciones del principio cardinal de buena fe es el derecho de todo ciudadano a la veracidad ajena y al comportamiento leal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el propio Estado (conf. Fallos: 312:1725), no lo es menos que debe aplicarse en el campo del derecho público con las necesarias*

*adaptaciones, esto es, con las discriminaciones impuestas por la naturaleza de lo que constituye la sustancia de aquél*(conf. Fallos: 190:142; 310:1578; 345:923)” (Fallos 348:21; sent. 06/02/2025).

Tampoco la doctrina de la confianza legítima determina una decisión que condicione el rechazo de la acción.

La accionante Vitivinícola Bulnes S.A. planteó en forma expresa la aplicación de dicha doctrina en el marco del punto sistematizado como 5.- *“Ilegalidad por violación de la confianza legítima”*.

En dicho postulado, destaca la actora que en el caso existe una clara actuación maliciosa de la administración, que es inconsistente con la buena fe que debería irradiar todo actuar procedimental. Cita al respecto dos pronunciamientos de esta Suprema Corte (causa “Keltisur” -sent. 11/10/2011- y “Porolli” -13/10/2011), a los que considera con similitudes con el presente.

Afirma que el DGI ha emitido permisos de perforación bajo titularidades que responden a las reglamentaciones vigentes, los ha inscripto en el Registro Público, ha exigido el cumplimiento de las condiciones impuestas en ellos (incluyendo inversiones de magnitud), ha requerido el pago de tributos, se ha presentado judicialmente y mediáticamente sosteniendo que los mismos son legítimos y, fundamentalmente, no se ha presentado ningún tercero invocando mejor derecho que el de los usuarios que se aglutinan en la Cámara peticionante, por lo que entiende que el organismo del agua con su nueva actitud de denegar las concesiones, violenta la confianza legítima que ha generado.

Sostiene que el equilibrio entre la legalidad y la seguridad jurídica, exige que, en consonancia con la doctrina de los actos propios, la administración no reniegue de su propia postura y se comporte en un marco de buena fe.

Considera que si ha existido un error material en identificar a los titulares de los permisos en cuestión (al anotar los mismos a nombre de los propietarios de los predios donde asientan los pozos y no de la asociación que los aglutina), la buena fe de la administración debería llevar a que el error material se corrija, pero no que se deniegue el trámite.

Se ha afirmado que el principio de confianza legítima importa, básicamente, que la autoridad pública no puede tomar medidas que resulten contrarias a la esperanza inducida por la razonable estabilidad en las decisiones de aquélla, y en función de las cuales los particulares han adoptado determinadas decisiones. De allí que, bajo comprobadas condiciones, a juzgarse con cierta estrictez, la virtualidad del principio puede suponer la anulación de un acto administrativo por la alteración de las circunstancias

habituales y estables generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento, sin las debidas medidas correctoras o compensatorias proporcionadas al interés público en juego (Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, causa I.76.357 “Química Truec/Municipalidad de Esteban Echeverría s/Inconstitucionalidad”; ent. 24/09/2024).

Como lo destaca Ivanega, estamos frente a un principio que, más allá de las diferencias conceptuales, se encuentra en el centro de otras figuras, cuyo vínculo suele generar el análisis y tratamiento conjunto. Esta confianza termina por constituir un eje interpretativo del que irradian principios y reglas de interpretaciones (Ivanega, Mirian Mabel; “Reflexiones acerca de la confianza legítima y la buena fe”; [https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/DRA\\_MIRIAN\\_M\\_IVANEGA\\_Reflexiones\\_84.pdf](https://cijur.mpba.gov.ar/files/bulletins/DRA_MIRIAN_M_IVANEGA_Reflexiones_84.pdf) ).

Se ha expresado también que la doctrina de la confianza legítima es de interpretación estricta, porque no cualquier situación fáctica o normativa puede dar lugar a su configuración en la faz subjetiva. Para ello será necesario: 1º.- que se compruebe, en primer término, la existencia de una situación subjetiva de confianza; ello es, que exista la buena fe de quien la invoca; 2º.- que, aunque haya actuado de buena fe, lo haya hecho en forma prudente o, en otros términos, como un buen padre de familia, o un comerciante diligente, o como una persona adulta consciente y previsor; y, en relación con este recaudo; 3º.- que el hecho generador haya sido idóneo para producirla (Coviello, Pedro J.J.; “El procedimiento administrativo y la confianza legítima”, en obra colectiva “Procedimiento Administrativo”, Tº II, pág., 133 y sgtes.; La Ley, Bs. As., 2012).

En dicho circunscripto ámbito, no es viable aplicar la doctrina de la confianza legítima en el caso como instrumento que determine la nulidad de los actos impugnados y la recepción de la acción.

Obstan a ello las razones ya explicitadas a lo largo del presente, en orden a los motivos suficientes y legítimos que tuvo el DGI a través del HTA, para proceder a denegar las pretendidas concesiones. Las accionantes no podían tener una expectativa plausible no solo de mantenimiento de la situación que poseyeron en vigencia del permiso (de considerársela encuadrada en el inc. b del art. 7º de la Ley 4.035), sino que no podían dejar de conocer que el régimen legal respectivo, no les garantizaba el acceso al uso del agua en la forma por ellos pretendida. Por otra parte, como ya se ha puesto de resalto, la estabilidad no es una característica que, por regla, alcance a la categoría jurídica de los permisos.

Y si bien a diferencia de la doctrina de los derechos adquiridos, la confianza legítima encuentra su ámbito de actuación aún cuando se está frente a derechos no obtenidos en forma legítima cuando el beneficiario ha actuado de buena fe (confiando que

tenía un derecho legítimo), en la especie la ausencia del requisito de encuadre de su situación en el segmento referido del art. 7° de la Ley 4.035, constituía ni más ni menos que la esencia o sustrato de la cuestión. No era un tema menor.

Sería entonces ciertamente forzado, entender que se cumplimentaba con ese marco de legalidad en que se requiere se inserte la situación que se pretende mantener estable, en virtud de que la doctrina de la confianza legítima no alcanza a perdurar situaciones nacidas con notoria irregularidad.

Los precedentes invocados por Vitivinícola Bulnes en el marco del planteo en examen (L.S. 432-147 y L.S. 432-116), tampoco otorgan sustento a su postura.

Ello en tanto se trata de casos en que el Tribunal conoció frente a supuestos de revocación de permisos precarios para riego, que habían sido extinguidos por la administración con fundamento en razones de ilegitimidad (vicios en la competencia y en el objeto) y en el marco del cuestionamiento a dicha revocación de la que había hecho uso el DGI, el Tribunal concluyó en la ausencia de vicios groseros en el acto de otorgamiento de los permisos -y su consecuente regularidad-, en función de considerar que en el peor de los casos para el actor, los vicios solo serían leves o graves y, por tanto, resultaba improcedente su revocación de oficio.

Y si bien a tales fines evaluó el Tribunal que la incompetencia del órgano que otorgó los permisos no fue una cuestión debida ni oportunamente advertida por la propia administración, así como el comportamiento habido por la misma, ello fue a los fines de valorar y calificar la entidad o gravedad de los vicios atribuidos por la propia administración a su obrar previo.

Distan en consecuencia tales precedentes del caso traído a decisión, en el que no nos encontramos ante un permiso precario de “uso”, sino ante un permiso de perforación de aguas subterráneas y en cuyo marco, se reitera, el HTA no procedió a revocar por su ilegitimidad dichos permisos, sino que en ejercicio de sus competencias exclusivas en el régimen específico de las aguas subterráneas, denegó las respectivas concesiones.

La doctrina de la confianza legítima no puede entonces servir de base a una declaración de ilegitimidad de los actos impugnados.

Tampoco existe posibilidad de justificar la salvaguarda o estabilidad de la situación en que se encontraron las accionantes durante el tiempo sopesado en este punto (desde la adopción de las decisiones impugnadas hasta el presente), a través de una pretensión de no innovar en la misma por aplicación de la doctrina de la confianza legítima.

En la especie, la propia situación de controversia por la que transitó la materia, acaecida tanto a nivel de las actuaciones administrativas, como en las instancias jurisdiccionales, impide asentar en la referida doctrina cualquier pretensión de permanencia o consolidación de las situaciones en que las accionantes se hallaron emplazadas durante el lapso en cuestión. Ellas supieron a ciencia cierta que la situación en la que se encontraban en torno al uso del recurso, era inestable, controvertida y podía cesar en cualquier momento.

Así como la confianza legítima no puede servir de base para fundamentar la nulidad de los actos impugnados, en función de alguna pretensa ilegitimidad originaria de los mismos, por haber transgredido el DGI al denegar las concesiones la “legítima confianza” de las accionantes en el otorgamiento de las mismas en virtud de su calidad de permisionaria, tampoco podría convalidarse la aplicación de dicha doctrina, a los efectos de la adopción de alguna decisión que implicara cesar los efectos de dichos actos denegatorios a futuro o condicionarlos de alguna manera.

Bajo tales máximas, acceder al mantenimiento de una situación, como la que se exhibe en el presente en relación a las accionantes, resultaría una perspectiva inadecuada.

A todo lo expuesto, se añade que los elementos recabados en el curso del proceso en relación a dicha coyuntura, impiden la recepción de un temperamento semejante.

El tiempo transcurrido entre la presentación del proyecto respectivo por parte de Santa María de los Andes S.A. ante el DGI -primero a través de la Cámara de Alto Agrelo y luego en el expediente individual-, deja entrever que dicho proyecto, incluido por la Cámara entre otros que, conforme lo sostuvieron, provocaría una mejora sustancial en la zona de influencia, fue descrito en su oportunidad como de implantación de viñas, parcelamiento, construcción de bodegas, hotel, pueblo de artesanos, etc. Posteriormente, en la presentación individual de la firma ante el DGI, se consignó que el proyecto consistiría en el parcelamiento cooperativo de viñas entre distintos propietarios y de distintas dimensiones (entre 7 y 10 has), siendo que la implantación, el control y la cosecha sería realizada por la sociedad gerenciadora (Santa María de los Andes S.A.). En ese momento se consignó que existían 130 hectáreas ya implantadas y en producción, con una superficie similar para implantación respectiva. También se indicó la existencia de un proyecto turístico (museo de los pueblos originarios, Centro Cultural para escritores y músicos, y polo de artesanos).

Las circunstancias descriptas, daban cuenta que se trataba de una explotación agrícola, industrial y de turismo, como lo describió la misma interesada y que se manifestó

necesitar para la continuación del cronograma del proyecto -en particular, para la realización, ejecución y perfecto funcionamiento del proyecto vitivinícola-, dos perforaciones más, para la extracción de agua, indicando se utilizaría el sistema de gota a gota, acumulando el agua en reservorios ya instalados, aplicando la mejor tecnología en el control del riego en todos los casos.

La pericia contable rendida en autos, elaborada en el año 2017, da cuenta de que en el año 2008 se celebró un contrato de fideicomiso en la CABA (Fideicomiso Santa María de Los Andes S.A.) entre Chimpay S.A. y Altos de Agrelo S.A. (fiducientes) y Santa María de Los Andes S.A. (fiduciario), cuyo objeto fue encomendar a la fiduciaria que desarrollara el Proyecto Inmobiliario y Comercial ubicado en las fracciones de campo de 815 hectáreas de Agrelo, Luján de Cuyo (terreno donde se le informó a la profesional se construyeron los pozos del litigio).

Con respecto al destino de afectación del inmueble de Santa María de los Andes, señaló la perito que el inmueble le corresponde a Santa María de los Andes S.A. como titular de dominio fiduciario y que según inspecciones oculares realizadas por esa perito en el lugar, en el lugar se encuentra funcionando un hotel boutique y que, conforme la información recibida, la sociedad que administraba a la fecha de la pericia los espacios comunes de la mencionada propiedad es Dragonback S.A. Describió la profesional el emprendimiento inmobiliario, en particular, que en el mes de diciembre de 2015 se inició el proceso de transferencia de los espacios comunes que se encontraban bajo titularidad de la sociedad fiduciaria del Fideicomiso, quedando estos en posesión de Dragonback Estate S.A. Indicó también que dicha sociedad posee en relación de dependencia la cantidad de 10 empleados quienes trabajan en el proyecto productivo, además, de la mano de obra que prestó a través de tres empresas contratistas, durante el último período agrícola (73 personas).

Por su parte, en el marco del reconocimiento judicial, efectuado por el Tribunal en marzo de 2021 (acta de fs. 1359), se dejó consignado que el pozo N° 1814 no se encontraba en funcionamiento desde el día lunes 1 de marzo por un problema eléctrico y que el N° 1816 se hallaba funcionando con normalidad; que ambos pozos poseen caudalímetros instalados en la salida del agua (laguna); se observó la existencia de un nuevo pozo autorizado en el año 2019, que no se encontraba en funcionamiento actual porque no está conectado eléctricamente, ubicado a 550 metros del pozo N°1816 y a 650 metros del N°1814.

En particular la inspección permitió observar plantaciones avanzadas de viñedos de titularidad de diferentes propietarios, lagunas en las que desembocan los pozos,

oficinas administrativas en donde funciona Dragonback Estate, nueva administradora del proyecto.

La propia actora Santa María menciona en sus alegatos, que los diferentes lotes del emprendimiento han sido comercializados y transferidos a terceros interesados, que se verían perjudicados en caso de no contar con agua para regar el cultivo que han desarrollado.

Las características de la operatoria que involucró a las fracciones del inmueble en cuestión, se desprenden de las escrituras obrantes a fs. 403/424, de octubre del año 2011, de Venta y Compromiso de participación societaria de Santa María de los Andes S.A. (como fiduciaria, titular del dominio fiduciario de una propiedad ubicada en el Distrito de Agrelo, con una superficie de 813 has) a favor de Vitivinícola Bulnes de Argentina S.A.

Se consigna en las escrituras que sobre dicha propiedad se está desarrollando un emprendimiento inmobiliario concebido por la Fiduciaria, bajo el nombre comercial de “Santa María de los Andes” (Emprendimiento); que el Emprendimiento es desarrollado por Santa María de los Andes S.A. en su carácter de Fiduciaria del Fideicomiso Santa María de los Andes, constituido por el Contrato de Fideicomiso del 4 de marzo de 2008, con el objeto de que SMA desarrolle el Emprendimiento. Se señaló que dicho Emprendimiento contempla: a) Un desarrollo inmobiliario y comercialización de fincas destinadas a residencia, cultivo y producción de uvas finas; b) la posibilidad, por parte de la Fiduciaria, que junto con la venta, preste un servicio de administración y mantenimiento de las fincas, en orden a facilitar a los propietarios el goce y disfrute de la misma; c) la realización de infraestructuras necesarias para la explotación de las fincas, de manera de que el comprador pueda beneficiarse con la sinergia resultante de todas las actividades previstas en el Emprendimiento.

Se describió en dicho documento, que el emprendimiento se desarrollaría de manera tal que por un lado contemple fincas con destino esencialmente residencial, de cultivo y producción de uvas finas; que serían propiedad de distintos adquirentes, y, por otro lado, espacios circulatorios y áreas de esparcimiento común, que serían propiedad de una sociedad anónima (la “Sociedad Administradora”) y de la cual la compradora será accionista. Se consignó que la compradora tenía conocimiento que al día de la fecha el Emprendimiento de conformidad con la calificación de zona rural 1, del predio donde se encuentra ubicado, se haya habilitado para funcionar y desmembrar cada finca a los efectos de su venta a terceros adquirentes y que los espacios comunes, y red de circulación interna y lugares de circulación, serían compartidos por igual por todos los titulares de fincas y esos espacios serán de propiedad de la Sociedad Administradora, cuyos socios serán

simultáneamente propietarios de fincas y es por ello entonces que junto con la adquisición de la Finca, el Comprador deberá incorporarse a la Sociedad Administradora, ya sea por aporte de capital o la compra de una acción.

Entre las cláusulas de la Compraventa y Compromiso de Participación Societaria allí documentada, se definió al Emprendimiento o Santa María de los Andes, como el emprendimiento inmobiliario desarrollado en las fracciones de campo ubicadas en la localidad de Agrelo, Departamento de Luján de Cuyo; Finca (inmueble cuyo dominio se transmite); “Sociedad Administradora”: será aquella entidad jurídica que bajo la forma legal de la S.A. (art. 3 Ley 19549) resultará titular de los espacios comunes, áreas de recreación y esparcimiento.

Respecto de la venta, se dejó consignado que el inmueble “*no posee Derecho de Riego pero forma parte de la concesión de los pozos N° 06/1719; 06/1754; 06/1792; 06/1793; 06/1814 y 06/1816 todos de 12 pulgadas para uso agrícola*”. Se autorizó a la compradora para la construcción de una vivienda única con destino residencial, y adicionalmente de su uso residencial, la compradora y los sucesivos compradores, se obligan a destinarlo exclusivamente para la actividad de cultivo y explotación de vides, no pudiendo realizar ningún otro cultivo ni ninguna otra actividad comercial.

Se estableció que sería responsabilidad de la Sociedad Administradora velar por el desarrollo de un cultivo y explotación de las vides de conformidad con las reglas fitosanitarias que aseguren la ausencia de enfermedades en las vides, así como que en caso en que se resolviera vender el producido de los viñedos dentro de la Finca a un tercero para la elaboración de vinos o elaborar vinos, cuidar que dichos productos sean de una calidad y precio acordes con la calidad de los viñedos de Emprendimiento a fin de evitar un daño a la o las marcas del Emprendimiento y el comprador otorga a favor de Santa María de los Andes S.A. o quien ésta designe, un derecho de opción de compra, con prioridad a cualquier otro para la compra al valor de venta deseado por la compradora para cada cosecha de uva que tenga lugar en su Finca.

También se convino que el comprador y los sucesivos compradores de la finca, no podrán realizar ninguna apertura de pozos de agua en dichos predios; ni modificar la infraestructura técnica de riego que la fiduciaria y/o la Sociedad Administradora organicen para aplicarse a los cultivos existentes en el Emprendimiento y en la finca; ni tampoco renunciar al derecho de riego.

Se acordó asimismo que la compradora debería colocar en la casa que construya sobre la Finca su propia planta de tratamiento de aguas, que debería elegir entre las alternativas que le proponga SMA y que la compradora tomaba conocimiento que SMA

y/o la Sociedad Administradora habrá de suministrar al predio de parques de la finca en donde aquel construya su casa, un volumen de agua similar al que hubiera correspondido a los fines del cultivo de viñedos en un predio de idéntica superficie. En caso de construcción de vivienda, la compradora deberá prever la instalación de una cisterna de por lo menos 1500 litros en conexión con la residencia para la provisión de agua de consumo humano. Déjase constancia que SMA y/o sociedad administradora proveerá diariamente de agua suficiente para el llenado de la mencionada cisterna a fin de abastecer las necesidades de agua requeridas.

De los elementos descriptos, se desprende que, en esencia, el proyecto de Santa María de los Andes S.A., constituyó un emprendimiento inmobiliario, de fraccionamiento y venta de inmuebles, en cuyo ámbito también estaría incluido un proyecto agrícola.

Podría discurrirse en orden a si ello determinaba que fuera controvertible si hubiera podido ser encuadrada la situación de dicha firma, en oportunidad de solicitar el permiso de perforación, dentro de la prioridad correspondiente al uso especial requerido (agrícola) y, por tanto, no haber resultado siquiera pertinente el examen en punto a la preferencia subjetiva invocada como asociación de usuarios frente a pedidos precedentes para dicho uso especial. Ello desde la perspectiva de avizorarse que el proyecto era esencialmente y en origen comercial (inmobiliario) y no productivo.

No obstante, ello resultaría inoficioso en el presente, dado que, bien o mal, la objeción para el acceso a la concesión, estuvo dada exclusivamente en punto a no hallarse presente la hipótesis de preferencia subjetiva asignada a los consorcios, cooperativas o asociaciones de usuarios y no en el uso especial en cuestión.

Sin embargo, a los fines analizados en el presente punto, en orden a las circunstancias acaecidas a lo largo del tiempo y a sus implicancias sobre potenciales condicionamientos que pudieran operar en relación al pronunciamiento a efectos de dilucidar si existe una razón jurídicamente atendible para mantener la situación de aprovechamiento hídrico actual -bajo esas mismas condiciones y encuadre jurídico-, la circunstancia referida cobra trascendencia, cuando no podría corroborarse que el uso agrícola del inmueble, esté convalidado en los términos que fundaron la petición, ante la realidad de un emprendimiento inmobiliario, en donde se enajenaron parcelas, para uso residencial y en cuyo marco se realizarían los cultivos en cuestión, a la par de funcionar un hotel. El destino agrícola en todo caso, no solo no se avizora como el exclusivo, sino que tampoco se sabe a ciencia cierta si es el principal.

Tampoco existen certezas en orden a los volúmenes de agua subterránea que han sido extraídos en este tiempo, ni a qué se destinan específicamente. En particular, las

cisternas observadas en la inspección, poseen volúmenes de gran envergadura respecto de los cuales no puede determinarse con certidumbre su destino, si es principalmente para el cultivo (y el mantenimiento de los predios particulares que componen el emprendimiento) o al mantenimiento de los espacios o áreas comunes.

En dicho contexto de falta de evidencia, tampoco podría afirmarse que la disminución de caudal de agua extraíble, en caso de cegado de dos de los pozos que sirven a los fundos (de otros cinco con los que cuenta el inmueble), conduzca a afectaciones ciertas o restricciones en orden al uso agrícola del recurso.

En tales condiciones, sostener en actividad a los mencionados pozos, no obstante la legitimidad de los actos que denegaron la concesión de uso especial, en un área con las características y problemáticas detalladas al comienzo del presente, no aparece como una decisión razonable ni que responda a aquellas máximas que resultan de aplicación al caso.

Repárese que la situación en la que permanecieron las accionantes durante el lapso en cuestión, ha conformado una coyuntura en la que han usufructuado durante un extenso lapso el recurso hídrico, sin estar sometidos a los condicionamientos y controles específicos e inherentes a las concesiones. De hecho, no existe constancia de que se les hubiera fijado volúmenes máximos de extracción ni que los mismos se hubieran ajustado a los límites excedentarios que se consideraron en los antecedentes de la Resolución N° 232 en su momento.

Para finalizar el punto, cabe formular una consideración especial en torno a aquella argumentación que, en función de la prueba rendida en autos, efectúa Santa María de los Andes S.A. en oportunidad de alegar (fs. 1397/1405), sobre que los diferentes lotes del emprendimiento han sido comercializados y, en consecuencia *“transferidos a terceros interesados en el proyecto -extranjeros y nativos-, que se verían sumamente perjudicados en caso de no contar con agua para regar el cultivo que han desarrollado en las parcelas de las cuales son propietarios”*, en virtud de lo cual deriva que *“...ello demuestra también, que habiendo diversos propietarios en el mismo predio, se hace efectivamente un uso comunitario y mancomunado del agua, además de sumamente eficiente, por medio del sistema de riego único que se alimenta de ambos pozos y riega los diferentes cuarteles (extremos acreditados por la pericia ingenieril y por los testimonios producidos en autos)”* y que, por tanto, *“también en este aspecto se cumple el fin de la norma que otorga las preferencias a usuarios agrupados y garantiza la equidad en su aprovechamiento, cuestión que da por tierra con el único fundamento esgrimido por el HTA para revocar los permisos y negar en consecuencia la concesión”*.

Es decir, arguye dicha accionante, que aquella finalidad que subyace en el inc. b del art. 7° de la Ley N° 4.035 ya subrayada por este Tribunal a lo largo del presente, y en la que la actora no puso el foco en su demanda -en el marco de la cual redujo, y hasta minimizó, la intervención de la asociación/consorcio/cooperativa de usuarios en el marco de la prioridad receptada por dicho precepto, a representar o constituir una preferencia consagrada al sólo efecto del trámite, a fin de aglutinar las solicitudes de distintos usuarios y simplificar los procedimientos-, habría sido en los hechos satisfecha, dado que al haber comercializado la empresa actora las fracciones de su emprendimiento, ello habría derivado en que existieran diversos usuarios de los mismos pozos.

Si aquello que postula esa accionante es que la ilegitimidad del obrar administrativo ha quedado determinada por la circunstancia de que, en los hechos y a posteriori de la solicitud y del otorgamiento de los respectivos permisos, habría acaecido ese uso mancomunado del recurso hídrico que prevé dicho precepto, ello en modo alguno puede ser convalidado, dado que resultaría una ficción considerar que no habiéndose proyectado ni dado un uso colectivo por parte de las empresas integrantes de la Cámara, que fueron presentadas (o “auspiciadas”, en la terminología de la actora) por dicha Cámara, ello pudiera virar a sustituir dicha ausencia o carencia con el pretense uso colectivo que, ya en el desarrollo del proyecto inmobiliario y comercial de una de las empresas asociadas a dicha Cámara, habría acaecido por una multiplicación o apertura de usuarios de tales pozos. Ni tal coyuntura podría habilitar a provocar una suerte de ilegitimidad sobreviniente de los actos que denegaron las concesiones, ni sería apta para determinar una solución diversa a la aquí adoptada, en orden a algún pretense derecho al uso del recurso hídrico.

Además, ello generaría no solo una “flexibilización” indebida del principio de legalidad -en tanto pasaría a considerarse “fungibles” o sustituibles circunstancias de hecho y de derecho ciertamente diversas-, sino que poseería la potencialidad cierta de afectar derechos de terceros interesados. Repárese que la materia en la que postula la referida sustitución, hace ni más ni menos que al régimen de prioridades en razón del sujeto, en donde, lógicamente, el elemento dirimente es la persona involucrada -en su caso, la asociación solicitante o los integrantes de la misma pero en el marco de esa asociación- y no aquellas personas -físicas o jurídicas- que pudieran tener vinculación con los integrantes de dicha entidad.

No podría entonces proclamarse ninguna convalidación ex post facto de la satisfacción y cumplimiento de la normativa en cuestión (art. 7° inc. b Ley N° 4.035), que lleve a entender que aún cuando el supuesto involucrado en autos, no encuadraba en la

hipótesis contemplada por dicha norma (dado que la Cámara de Alto Agrelo no constituyó una asociación de usuarios con el sentido pretendido por la norma, que proyectara un uso colectivo y mancomunado del recurso hídrico entre sus integrantes), las circunstancias posteriormente acaecidas, no ya en relación a los diversos asociados individuales de dicha Cámara que pretendieron el uso, sino respecto de quienes fueron adquirentes de distintas fracciones de terreno comercializadas por una de dichas empresas asociadas, que harían que todos ellos utilizarían el mismo recurso hídrico (el proveniente de los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816), pudieran determinar la ilegitimidad de mantener a nivel jurídico (de reconocimiento jurídico) la negativa de la concesión.

Respuesta parcialmente afirmativa:

Habiéndose descartado el mantenimiento de una situación como aquella que se presenta en la actualidad en relación a los pozos en cuestión, debe efectuar el Tribunal una última ponderación a los fines de adoptar la decisión que se entiende ecuaníme y/o justa en el caso.

Ya se han desarrollado las razones que determinan que no corresponda ni desde el específico régimen vigente en materia de aguas subterráneas, ni a partir de una concreta perspectiva de razonabilidad en la aplicación del mismo, mantener los permisos de perforación en cabeza de las accionantes ni el uso del recurso hídrico en las condiciones en las que habían venido usufructuándolo desde tan dilatado lapso. Los actos que desestimaron las concesiones respectivas, y que ordenaron el cegado de los pozos, resultan legítimos.

Ahora bien, nos encontramos en el caso con una serie de elementos que deben ser evaluados, que tienen que ver con normativa específica vinculada a la materia y su posible incidencia en el caso, elementos que, adelante, determinarán una respuesta que se identifica como parcialmente afirmativa, en orden al interés tutelable de las accionantes, que se canalizará en la forma que se especificará seguidamente.

a.- En primer orden, se advierte que con posterioridad a las solicitudes y otorgamientos de los permisos de perforación aquí involucrados, que luego derivaron en la denegatoria de las concesiones, fueron emitidas diversas normas en el ámbito del DGI que poseyeron un especial alcance.

En esta línea, se destaca la Resolución N° 548 (02/11/2012) del HTA, que reglamentó las Leyes N° 4.035 y N° 4.036 respecto al trámite para el otorgamiento de permisos de perforación y concesiones de uso especial de las aguas subterráneas que subyacen en todo el territorio provincial.

En los Considerandos de dicha Resolución, fue puesto el eje en el deber de ese

DGI de inventariar y evaluar en forma permanente los recursos hídricos subterráneos, tanto cuantitativamente como cualitativamente y practicar anualmente el balance hidrológico de las cuencas superficiales y subterráneas (art. 3° inc. a Ley 4.036) y fue destacado que la realización del Balance Hídrico brindaría los conocimientos necesarios y ello permitiría prevenir daños irreversibles para la sustentabilidad de los acuíferos, especialmente si se tiene en cuenta que en caso de extraerse un volumen de agua superior al de la recarga de ese cuerpo hídrico podría producirse su alteración de calidad o agotamiento, con evidentes consecuencias ambientales, sin perjuicio de afectarse derechos adquiridos de terceros usuarios.

Con apoyo en el principio precautorio que exige la adopción de medidas tendientes a evitar daños ambientales graves e irreversibles a los acuíferos, debido a que se trata de un recurso finito que debe estar en equilibrio, se propuso condicionar el otorgamiento de tales autorizaciones de uso de agua subterránea a la previa determinación, a través de informes técnicos integrales, fundados y periódicos de la Secretaría de Gestión Hídrica de Superintendencia, del volumen hídrico disponible para cada acuífero o fuente subterránea.

El sistema fue estructurado bajo las siguientes bases:

\*Convocatoria pública por el Superintendente, previo informe técnico que acredite la *disponibilidad del recurso subterráneo* y determine el *volumen a distribuir respecto de cada acuífero o fuente de agua subterránea*, para la presentación de solicitudes de permiso de perforación y concesión de uso especial de agua subterránea, con el objeto de asignar el caudal disponible entre los interesados.

\*Previsión en el llamado a convocatoria de una grilla de evaluación de los proyectos que permita calificar el beneficio económico social de cada solicitud, así como la compatibilidad de aquellos con los resultados a los que se hubiere arribado en la implementación de la Ley N° 8.051 de Ordenamiento Territorial y Usos del Suelo, los lineamientos del Plan Agua 2020 y las Directrices que acuerden los Consejos Consultivos de Cuenca. Se previó que serían especialmente considerados, el monto de la inversión, el efecto multiplicador en la producción, la mano de obra local, las condiciones ambientales, la eficiencia en el uso del agua y las figuras asociativas de productores.

\*Como condiciones indispensables para acceder al permiso de perforación y concesión de uso especial de agua subterránea, en el marco de la convocatoria se dispuso: a) el uso eficiente del recurso hídrico, en la conducción, distribución y aplicación interparcelaria b) el ofrecimiento de un aporte pecuniario destinado al fondo que creó por el art. 11°.

\*Se estableció que no se admitirían nuevas solicitudes de permisos de perforación y/o concesión de uso especial de aguas subterráneas en toda la Provincia de Mendoza, que no fueran presentadas en los plazos y condiciones de las Convocatorias públicas respectivas (art. 7º) y que quedarían eximidas del cumplimiento de dicho reglamento, las solicitudes de permiso de perforación y/o concesión de uso de agua subterránea que se hubieren presentado con anterioridad a su publicación oficial.

\*Se facultó al Superintendente a reglamentar las condiciones para acceder a un nuevo permiso de perforación en reemplazo de otro existente en la misma cuenca o acuífero, manteniendo su vigencia las actuales Áreas de Restricción de Perforaciones y sus condiciones de acceso a nuevos permisos de perforación hasta tanto Superintendencia efectivice la reglamentación a que se refiere el art. 7º (art. 8º).

\*Se dispuso que intertanto se obtengan los resultados definitivos del Balance Hídrico, Superintendencia realizaría convocatorias públicas y periódicas para el otorgamiento de permisos en aquellos acuíferos o fuentes de agua subterránea en las que las mediciones verificadas permitan inferir que existen volúmenes susceptibles de aprovechamiento, sin riesgo ambiental ni afectación de derechos de terceros usuarios.

\*Se creó un Fondo específico destinado a obras hidráulicas, al mantenimiento y mejora de los sistemas de riego y a la realización de los estudios hidrológicos respectivos, el que será integrado por los aportes pecuniarios que deberá abonar cada permisionario que resultare seleccionado por la respectiva convocatoria pública (art. 11º).

Es importante aclarar que los propios Considerandos de dicho reglamento, reconocieron que para la asignación del volumen hídrico que se determinara como factible de ser extraído sin riesgos ambientales ni perjuicio de terceros, se debía garantizar la aplicación del régimen de prioridades de la Ley N° 4.035.

En el marco de dicha Resolución N° 548, se dispusieron diversos llamados a convocatoria pública para permisos y concesiones de uso de aguas subterráneas en distintas cuencas (Resoluciones del Superintendente N° 379; N° 378; N° 455; N° 1035; N° 1151; N° 1151; N° 1153: cuenca hidrológica de Malargüe; Oasis Sur; Valle del Toba; Tramo Inferior Río Mendoza; cuenca hidrológica Mendoza Norte; etc).

Por su parte, a través de la Resolución N° 164 (11/03/2013), el Superintendente, en consonancia con aquello previsto en la Resolución N° 548, estableció las condiciones para acceder a un nuevo permiso en reemplazo de otro existente en la misma cuenca o acuífero.

Dicha Resolución sería aplicable en todo el territorio provincial, con excepción de las zonas comprendidas en las Áreas de Restricción de Construcción de Nuevas

Perforaciones del Departamento de San Martín y Margen Derecha del Río Mendoza, Subcuenca del Carrizal (prorrogada por Resolución N° 252/09 de Superintendencia), disponiéndose que en tales casos, los nuevos permisos de perforación sólo podrían ser otorgados en reemplazo de otra existente en la misma Subcuenca y/o Area de Restricción (art. 5°).

Ambos reglamentos en materia de aguas subterráneas (Resolución N° 548 y Resolución N° 164), tuvieron una vigencia limitada, dado que el primero fue derogado por la Resolución N° 751 del HTA -08/12/2017-, aunque antes había sido suspendida su vigencia por la Resolución N° 391 (14/07/2017), por 180 días, plazo previsto por el art. 4° de la Resolución N° 898 (12/07/2017). La referida Resolución N° 898, había puesto de resalto los problemas que se habían dado en la aplicación de la Resolución N° 164, encomendando a las áreas específicas, la redacción de un nuevo marco reglamentario de las Leyes N° 4.035 y N° 4.036, habiendo suspendido por 180 días la tramitación de las solicitudes de permisos de perforación pendientes de resolución, así como la admisión de nuevas solicitudes.

La Resolución N° 751 del HTA determinó que los permisos de perforar que se solicitaran a partir del 1 de enero de 2018 en toda la Provincia, deberían ser analizados ab initio en cuanto a su procedencia formal teniéndose en consideración la legislación vigente, informes obrantes en autos y/o los que en un futuro se confeccionen conforme a nuevos estudios técnicos que se realicen. Estableció también que en las actuales áreas de restricción, no debería la Superintendencia tramitar nuevas solicitudes hasta tanto no se resolvieran todas las pendientes y ratificadas en tiempo y forma.

Dispuso las pautas que regirían las concesiones de aguas que se otorgaran a permisos para perforar que el Superintendente resolviera en el marco del reordenamiento integral de solicitudes ratificadas conforme a la Resolución N° 898, siguiendo el orden de prioridades establecido en los artículos 4°, 6°, 7° y 8° de la Ley N° 4.035 y criterios de igualdad y equidad. En particular, determinó dentro de un sistema que calificó como un régimen transitorio los siguientes aspectos de trascendencia:

\*las concesiones otorgadas revestirán *carácter provisional, temporal* (cuya vigencia será fijada por el HTA) y *condicional*, siendo conferidas sin perjuicio de terceros y podrán ser revocadas conforme Ley 4.035. Al vencimiento del plazo, la misma podrá ser prorrogada;

\*dados los informes técnicos, el caudal consignado en los títulos correspondientes revestirá carácter condicionado y provisional, pudiendo el Superintendente o el HTA, restringirlo o limitarlo tanto al momento de la aplicación de los

arts. 4°, 6°, 7° y 8° de la Ley 4.035, como en todo momento, conforme arts. 23° y 24° Ley 4.035, sin que ello genere derecho a indemnización alguna.;

\*el concesionario está obligado a la implementación de sistemas tecnificados u altamente eficientes de uso del agua, debiendo instalar instrumentos de medición modernos y tomar los recaudos necesarios para el adecuado funcionamiento de los mismos, permitiendo el ingreso a la propiedad en cualquier momento de personal del Organismo para la lectura e inspección. Deben presentar en forma anual declaración jurada de volumen utilizado y a utilizar en el ciclo agrícola siguiente, el que deberá ser aprobado por el DGI;

\*el permisionario y/o concesionario asumirá a su riesgo el tipo de cultivo y/o actividad a poner en marcha, atento el carácter provisional, temporal y condicional de la concesión de uso que oportunamente se otorgue;

\*el DGI no será responsable en caso de falta de caudales;

\*el otorgamiento de permisos que realice la Superintendencia -en caso de corresponder-, deberá contar con los informes técnicos oficiales previstos en el art. 12° de la Ley N° 4.035, atender al art. 41° de la C.N., debiendo respetar el orden de prioridades y preferencias (arts. 4°, 6°, 7° y 8° Ley 4.035) y deberá limitarse a los aspectos vinculados a la obra de perforación y no al uso del recurso, cuyas condiciones serán fijadas oportunamente por el HTA conforme a los términos de la presente y los informes técnicos.

Por su parte, la Resolución N° 164 fue derogada por Resolución N° 1540 del Superintendente (14/12/2017), la cual asimismo aprobó el procedimiento aplicable a la tramitación de solicitudes de permisos para perforar pendientes y ratificados en el marco de las Resoluciones N° 898 y N° 751.

Cabe destacar que en el marco de lo dispuesto por la Resolución N° 751, fueron otorgados diversos títulos de concesión para el aprovechamiento de aguas subterráneas, por un plazo determinado (Resoluciones del HTA N° 16, N° 81; N° 156; N° 213; N° 351; N° 381; N° 510; N° 542; N° 602; N° 646; N° 683; entre otras).

Primera conclusión en el marco de la respuesta parcialmente afirmativa:

De la reseña efectuada, surge que en el lapso ulterior al otorgamiento de los permisos que luego derivaron en la denegación de las concesiones involucradas en autos, existieron a nivel normativo una serie de institutos en materia de aguas subterráneas, dentro de los cuales las accionantes, podrían haber pretendido encauzar, eventualmente, el acceso al aprovechamiento del agua subterránea procurada.

Claro está, las actoras se encontraron durante la vigencia de dichas normas, en la situación ya descrita, que implicó el primigenio otorgamiento de permisos de

perforación, la ulterior denegación de las respectivas concesiones, la impugnación a nivel administrativo y judicial de dicho obrar administrativo, la concesión de una medida cautelar en el marco del amparo civil referenciado, la suspensión de los respectivos procesos y todas aquellas circunstancias que determinaron que, durante los doce años que transcurrieron desde la emisión de los actos administrativos impugnados, las accionantes hayan hecho uso del recurso hídrico pretendido, en las condiciones ya descritas en el presente.

En particular, se avizora que en el curso de este proceso, fueron incorporadas por la parte actora diversas constancias relativas a “propuestas conciliatorias” instadas por ella (fs. 647 y siguientes), las cuales involucraron la pretensa aplicación de las Resoluciones N° 548 y N° 164. Si bien dichas propuestas no terminaron avanzando en el sentido pretendido, dejan entrever que las partes no fueron ajenas a las alternativas que se producían a nivel normativo en relación a la delicada materia que la controversia involucra.

Es pertinente poner de resalto que aquella circunstancia que ha sobrevolado no solo en todo el curso de este proceso, sino desde el origen de las actuaciones administrativas que dieron lugar al otorgamiento de los permisos frente a la presentación de la Cámara de Alto Agrelo, relativa a la importancia para el desarrollo zonal y provincial de los proyectos que dicha Cámara procuró “auspiciar”, resultaba un aspecto que la normativa aludida no soslayaba (en especial, la Resolución N° 548), la cual en el marco del eje puesto en el balance hídrico y en el principio precautorio y en la asignación del volumen hídrico disponible mediante la aplicación del régimen de prioridades de la Ley N° 4.035, puso el acento también en el carácter semi flexible del régimen de prioridades (con específica alusión al art. 8° de la Ley N° 4.035) y en esta línea especificó que *“para cada convocatoria se aprobará la respectiva grilla de evaluación de proyectos tendientes a mensurar su beneficio económico y social a los fines del artículo 8 de la Ley 4.035”*.

Nada de ello culminó por concretarse en relación al emprendimiento involucrado en autos, tratándose de normativa que ya no se encuentra vigente. Pero no deja de evaluarse la incidencia que el curso de las instancias administrativas y judiciales de discusión, pudo tener sobre la concreción de tal posibilidad, dado que el sistema de reemplazo establecido por la Resolución N° 164, exigía no presentar reclamos administrativos ni judiciales pendientes sobre permisos de perforación.

b.- En esta coyuntura encuentra el Tribunal un último elemento que resulta pasible de ser ponderado a los fines de concluir por determinar el alcance que corresponde dar a la decisión del caso.

Dicho componente se vincula con la figura de los llamados “permisos

precarios”, en cuanto categoría relativa no ya a las aguas subterráneas, sino a las superficiales, pero que brinda una serie de posibilidades que deben ser evaluadas para la toma de una decisión que ponga el eje en la especial naturaleza de la temática involucrada en el caso y en la resolución del conflicto a partir no de un paradigma antropocéntrico puramente dominial sino de una perspectiva ecocéntrica, o sistémica, que no tenga en cuenta solamente los intereses privados o estadales, sino los del mismo sistema.

En esta línea, cabe recordar que mediante la Resolución N° 175 del HTA (14/05/1999), fue creado el Fondo de Financiación de Obras Complementarias al Proyecto Potrerillos, conformado, entre otros, con los recursos provenientes de los permisos precarios que se otorguen en la cuenca del Río Mendoza, mediante la carga financiera especial que se les establezca en su otorgamiento.

El objeto de dicho Fondo es el financiamiento de obras complementarias al proyecto Potrerillos que den lugar a la eficientización de la red hídrica y a la consiguiente obtención de una mayor oferta neta del recurso que permita satisfacer nuevas demandas hídricas, siendo la Superintendencia quien tendrá a su cargo identificar las obras complementarias que sean necesarias para mitigar los efectos negativos de la Presa Potrerillos y lograr la mayor disponibilidad u oferta de recurso por mejora en la eficiencia hídrica, sin afectar derechos de terceros y determinará el costo de las mismas.

En este marco, dicha Resolución previó que trimestralmente o a medida que la mejora en la eficiencia de la cuenca permita otorgar nuevos aprovechamientos sin afectar las dotaciones comprometidas anteriormente a terceros, Superintendencia llamará a licitación pública a fin de adjudicar el volumen disponible entre aquellos que lo soliciten, así como que la adjudicación tendrá como base el costo de las obras que permitan la mejora de eficiencia obtenida y se realizará a la oferta más conveniente en cada caso y el monto así obtenido, constituirá una carga financiera destinada al Fondo creado y no implicará eximición alguna de otras contribuciones establecidas por la reglamentación correspondiente.

En este contexto se estableció que los beneficiarios recibirán un permiso precario para uso del recurso hídrico, hasta tanto se dicte la respectiva ley de concesión, o transcurra un término de diez (10) años.

También se facultó a la Superintendencia para dictar la norma reglamentaria pertinente.

Debe tenerse presente que los fundamentos de la norma pusieron el acento en que los volúmenes medios que eroga anualmente el Río Mendoza se encuentran comprometidos en los caudales otorgados y que dicha situación se presentaba

fundamentalmente como consecuencia del bajo nivel de eficiencia en la utilización del recurso en dicha cuenca, el que ha sido calculado en un 30% de su potencialidad; que de aumentarse el citado valor de eficiencia global del sistema hídrico, se producirá una mejora en la disponibilidad del recurso, lo que permitiría satisfacer, en primer lugar, la actual situación de usuarios empadronados, y eventualmente dar lugar a nuevos empadronamientos. Se señaló que de posibilitarse la entrega de nuevas dotaciones, y en tanto se produzca el trámite legal, en caso de que éste corresponda, el DGI podrá otorgar permisos precarios de uso del recurso hídrico.

Dicha Resolución dio origen a la emisión de toda una serie normativa regulatoria de tales permisos de uso del recurso hídrico de la cuenca del Río Mendoza (Resoluciones N° 477/00; N° 576; N° 1261; N° 34; entre otras). En particular, los precedentes de este Tribunal correspondientes a las causas N° 98.251 (L.S. 432-147) y N° 95.255, dan cuenta de la evolución normativa presentada a este respecto.

Se señaló en tales oportunidades que la Ley General de Aguas estableció el régimen de concesiones para el aprovechamiento de las aguas públicas, dándole prioridad al abastecimiento poblacional, pero no ha previsto el otorgamiento de derechos de uso a través de la figura del “permiso”, régimen que se empezó a utilizar con posterioridad, otorgándose permisos precarios para uso agrícola al amparo de distintas disposiciones como la Resolución N° 97/45 del HTA; Decreto-Ley 862/1945; Ley 1920; Ley 5081.

En este contexto, el HTA emitió la Resolución N° 944 (22/12/2006) que aprobó el texto ordenado de la normativa vigente en materia de permisos precarios, regulando el régimen de otorgamiento de permisos precarios, en general y, por otra parte, el régimen de otorgamiento de permisos en la Cuenca del Río Mendoza.

Respecto del primero, se estableció que todo interesado en hacer uso del recurso hídrico superficial correspondiente a las Cuencas de los Ríos Diamante, Atuel, Tunuyán Superior e Inferior, puede solicitar el otorgamiento de un permiso precario de agua. Recabados los informes que se especifican, si de ellos resultare la imposibilidad de otorgar el permiso solicitado, se resolverá la denegación y se dispondrá el archivo. Si resultara viable, emitirá la resolución, la cual deberá indicar, entre otras cosas, el inmueble beneficiado; cauce por el que se otorgará el permiso; objeto, naturaleza, duración y extensión del permiso; modalidades, condiciones y cargas financieras; causas de extinción del permiso.

Entre las obligaciones del permisionario, estableció la de construir a su cargo las obras necesarias para la captación y conducción del recurso; no contaminar ni causar perjuicios a terceros; realizar un uso racional y eficiente del recurso, atendiendo a las

indicaciones que se realicen por autoridad competente; abonar en término las cargas financieras que se establezcan y/o las que se le impongan durante el tiempo de duración del permiso.

Como causales de extinción de los permisos precarios, se previeron, entre otras, el agotamiento de la fuente, el empleo del agua en un uso total o parcialmente distinto al autorizado; perder las aguas la aptitud para satisfacer el fin para el cual son otorgadas; por la revocación de la autoridad competente en uso de sus facultades; por incumplimiento de las obligaciones tributarias por un total de tres cuotas, por vencimiento del término establecido en el acto de otorgamiento. Producido el hecho que constituya causal de extinción, se procederá al inmediato cese de entrega de dotación.

Se dispuso que los permisos otorgados y los que se otorguen revisten carácter precario y se entregarán con las intermitencias debidas a la carencia o disminución del recurso, pudiendo ser suspendida la entrega de la dotación cuando los bajos caudales lo hagan necesario para salvaguardar los derechos de terceros concesionarios, suspensión que se dispuso no produce responsabilidad alguna de la autoridad del agua.

Con respecto a los permisos en la Cuenca del Río Mendoza, el art. 20° dispuso que el otorgamiento de autorizaciones para el aprovechamiento especial de tipo consuntivo de aguas excedentes producidas o a producirse procedentes de la cuenca del Río Mendoza, se regirá por las normas generales de la Resolución, con las especificaciones que se establecen. En el supuesto de excedentes aún no producidos, la autorización a otorgar producirá sus efectos a partir de la efectiva existencia de los mismos.

Se previó que los permisos tendrían un plazo máximo de duración de diez (10) años, computados a partir del efectivo uso del recurso, o hasta tanto se dicte la ley de concesión, si esto ocurriera primero y que podrían renovarse por nuevos períodos de hasta diez (10) años cada uno, renovación que debería ser objeto de pronunciamiento administrativo previo informe técnico.

También se estableció que el uso efectivo y beneficioso del recurso hídrico, sería condición permanente para conservar el permiso y se previeron como causales especiales de extinción y caducidad: a) incumplimiento total o parcial del uso del recurso hídrico en el emprendimiento que justificó su otorgamiento; b) falta de pago del valor llave establecido en el art. 24°; c) incumplimiento de las demás condiciones indicadas en la solicitud y que motivaron su otorgamiento.

Se consignó que Superintendencia, previo informe técnico que acredite la mayor disponibilidad del recurso hídrico como consecuencia de las obras hídricas ejecutadas y que su otorgamiento no afectará la dotación de agua de los actuales usuarios,

abrirá mediante la convocatoria pública respectiva, un período para la presentación de solicitudes de permisos precarios para uno o más usos sobre las dotaciones remanentes. En este último supuesto se aplicarán las prioridades establecidas en el art. 116 de la LA, la cual prevé que dentro de cada clase serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad; en igualdad de circunstancias, las que antes hubieran solicitado el aprovechamiento. Vencido el plazo para efectuar estas presentaciones se procederá a evaluar las mismas. Superintendencia deberá establecer los requerimientos que deberán cumplir los peticionantes de permisos precarios, según sea el uso solicitado.

Una vez presentada la solicitud, se tramitarán los informes establecidos en el art. 3°; obtenidos los informes, se procederá a la evaluación de la solicitud, asignando el puntaje que le corresponda a cada ítem, de conformidad con la grilla de evaluación que se apruebe por Superintendencia. En caso de alcanzar el puntaje mínimo, la Superintendencia resolverá discrecionalmente las actuaciones, enviando copia de la resolución que dicte a conocimiento del HTA.

Se previó específicamente que cuando califiquen un número de emprendimientos que superen el recurso hídrico disponible que motivara la convocatoria, Superintendencia asignará el recurso en función del valor llave ofrecido por los interesados sobre el monto base determinado de acuerdo al art. 24°. Si éstos estuvieran en igualdad de condiciones, podrá llamar a mejora de oferta o resolver conforme lo dispuesto en el tercer párrafo del art. 22°.

Dispuso que el proyecto debería acreditar una eficiencia global de la conducción, distribución y aplicación intraparcilaria, por uso como mínimo del: Uso agrícola 50%; uso recreativo 60%; uso industrial 70%; uso poblacional 70%. Asimismo, se requerirá una eficiencia en la aplicación del 60% para uso agrícola y del 80% para el uso industrial. En los restantes, la eficiencia se establecerá en función de la cantidad de agua solicitada por superficie a desarrollar.

Respecto a las cargas financieras, el art. 24° previó que las mismas se establecerían de conformidad con el capítulo VI de la Resolución, determinándose complementariamente que los beneficiarios de los permisos a los que se refiere este Capítulo, deberán pagar además un valor llave, el cual no podrá ser inferior al monto base que se determine y que podrá prorratearse hasta en diez (10) años. El valor llave ofrecido será objeto de la pertinente ponderación según lo dispuesto por el art. 22° de la Resolución.

Los recursos que se recauden por el valor llave quedan afectados al Fondo regulado por los artículos 1° a 3° y 7° de la Resolución N° 175/99 del HTA o la que la reemplace.

Segunda conclusión en orden a la respuesta parcialmente afirmativa:

La ponderación de todos los datos y elementos reseñados, presentados tanto a nivel normativo como fáctico, determina que corresponda dar una solución específica que responda a aquellas máximas que han sido desarrolladas al comienzo del presente y que coadyuve a una resolución eficiente del conflicto para todos los intereses que el mismo involucra.

La pretensión de las actoras se asienta en el aprovechamiento hídrico de las aguas subterráneas a través de los permisos y concesiones que reivindican poseer sobre los pozos en cuestión.

Se encuentra fuera de discusión en virtud de todos los fundamentos desplegados hasta el presente, que el obrar administrativo cuestionado no resultó ilegítimo al denegar las concesiones pretendidas y que, por tanto, tales actos gozan de ejecutividad (art. 80° LPA). En consecuencia, la pretensión accionante de titularizar las concesiones sobre los respectivos permisos de perforación involucrados en autos y, de tal manera, legitimar sustancialmente el uso especial del recurso subterráneo, debe ser desestimada como tal, en el marco del régimen establecido por las Leyes N° 4.035 y N° 4.036.

No obstante, dados todos los elementos ya destacados en el presente y el complejo entramado normativo regulatorio de las aguas en el ámbito provincial, se avizora procedente adoptar una solución alternativa del caso con el alcance que se establecerá seguidamente.

En concreto, entiendo que las necesidades hídricas que invocan las accionantes para el mantenimiento del emprendimiento asentado en las parcelas beneficiadas por los pozos en cuestión, pueden ser canalizadas a través de su encuadre en la figura del permiso precario previsto por las Resoluciones N° 175 y N° 944 del HTA. En particular, dentro de la específica regulación del capítulo VII de la Resolución N° 944, relativa al otorgamiento de permisos precarios en la Cuenca del Río Mendoza.

Dicho remedio se exhibe como aquel apropiado y conveniente al amparo de las máximas especificadas en el acápite IV punto B del presente, en tanto pondera y resguarda el *interés público* como eje central en materia de aguas públicas, en particular, en la promoción de una más productiva y eficiente utilización de los recursos hídricos, merituando la *dimensión ambiental del agua* en pos de cuya tutela se ha previsto un instrumento específico en la normativa aplicable (carga financiera -valor llave- con destino al Fondo destinado a obras para la eficiencia de la red hídrica), así como también *evitar perjuicios* que resulten prevenibles en relación a un proyecto asentado en forma estable en la zona en cuestión y, de tal manera, contribuir al logro de intereses generales, en especial,

a través del beneficio social y regional comprometido en tal emprendimiento.

Se tiene presente a dicho fin la importancia que poseen los recursos judiciales complejos en las causas ambientales, postulando su específica aplicación en el caso (en este sentido, Lorenzetti, Ricardo Luis; “*Remedios judiciales complejos en el litigio ambiental*”; La Ley T° 2017-A, pág. 989 y sgtes.).

Señala el autor citado que aunque no son exclusivos de la legislación ambiental, los recursos judiciales complejos se tornan especialmente relevantes en ese ámbito debido a la naturaleza de los conceptos de sostenibilidad. A medida que la sostenibilidad implica la confluencia de las preocupaciones sobre el crecimiento económico, el progreso social y la protección del medio ambiente, surgen preguntas comunes para los jueces acerca de, por ejemplo, si debe o no permitírsele a una empresa empezar o continuar con sus operaciones; cuáles son los costos sociales/ambientales del recurso de elección, y cómo debe ser utilizado el capital ambiental disponible. Los efectos de los recursos en los casos de derecho ambiental son, por tanto, el restablecimiento, la corrección del problema que sufren los afectados, la aplicación de la legislación, el refuerzo del estado de derecho y la promoción del desarrollo sostenible.

No se soslayan los desafíos que implica la cuestión de los recursos judiciales, ya que plantean una serie de preguntas respecto de los límites del poder judicial. Sin embargo, la pauta de razonabilidad, determina su empleo en la especie, con el alcance ya descrito, con la flexibilidad y adaptabilidad que los mismos -y, fundamentalmente, la materia involucrada- exigen, en un esquema en el que se presentan evidentes cambios de paradigma propios de los procedimientos policéntricos, que presentan una multiplicidad de interesados.

En el caso, el mandato a la demandada adoptará una forma esencialmente sustantiva, en tanto el presente decisorio determina tanto aquel resultado (aprovechamiento del recurso hídrico superficial) como el medio para llevarlo a cabo (encuadre en la situación prevista por la Resolución N° 944). Se ordena a la autoridad de aplicación qué hacer y como, sin perjuicio de dejar aquel margen que corresponde sea desarrollado en el ámbito administrativo entre las partes, pero cuya ejecución deberá ser puesta en conocimiento del Tribunal a los fines de controlar su cumplimiento.

El remedio que se postula implicará en el caso, el deber de otorgamiento por parte del DGI y solo en el caso de que las accionantes manifiesten su interés y voluntad en dicha línea, de una autorización para el aprovechamiento especial de aguas procedentes de la Cuenca del Río Mendoza, respecto de excedentes producidos o a producirse en la misma.

Aquello que se admite por el presente, es el derecho de la parte actora a que la controversia jurídica subyacente en el caso, en orden a su pretensión de uso del recurso hídrico, deba ser canalizada y encuadrada por la demandada a través de sus órganos competentes, en el régimen vigente en materia de permisos precarios de aguas superficiales. Ello con las aclaraciones y salvedades que se especificarán a continuación.

La solución propiciada importa el reconocimiento de la posibilidad -de ratificar las accionantes su voluntad en tal sentido- de encuadrar la situación del predio en cuestión en la normativa aplicable a los permisos precarios, pero ello, claro está, no a los fines de que participe como oferente en el mecanismo de convocatoria pública previsto por la Resolución N° 944 para los permisos de aprovechamiento en la Cuenca del Río Mendoza (conf. art. 22°), dado que la condición de emprendimiento calificado y seleccionado en el ámbito de dicha normativa debe entenderse ya superada y/o satisfecha en virtud del iter por el que transitó el caso durante el prolongado lapso de controversia entre las partes.

Debe entonces admitirse el derecho de las accionantes a que su pretensión de uso del recurso hídrico a los fines de evitar los perjuicios que, según arguyen, le ocasionaría el cegado de los dos pozos involucrados en autos al proyecto económico asentado en el inmueble en cuestión, sea canalizada a través de la figura del permiso precario de aguas superficiales. Ello con sujeción a todas y cada unas de las restantes condiciones y reglas regulatorias establecidas en el régimen jurídico respectivo.

A tales efectos, cada una de las partes tendrá a su cargo el cumplimiento de los trámites que la normativa distribuye en el marco del régimen en cuestión. Así, las accionantes deberán precisar aquellos que la Resolución N° 944 determina como requisitos de la petición o demanda del recurso: el uso al que se destinará, el tipo de cultivo o actividad que se realizará, el sistema de riego o aprovechamiento a utilizar, elementos que permitan cuantificar la demanda (art. 6° Resolución N° 944). También deberá indicar el valor llave ofrecido y deberá acreditar la eficiencia global de la conducción, distribución y aplicación intraparciliar a la que alude el art. 23° de dicha Resolución.

Recabados por la demandada los informes técnicos respectivos (conf. art. 22° Res. 944), a los fines de determinar si existen excedentes producidos o a producirse provenientes de dicha Cuenca, deberá emitirse el acto administrativo que otorgue la autorización, cumpliendo, en lo pertinente, con los requisitos establecidos en el art. 6° de la Resolución. Debe tenerse presente que, como indica el capítulo específico relativo al otorgamiento de permisos en la Cuenca del Río Mendoza, en el supuesto de excedentes aún no producidos, la autorización producirá efectos sus efectos a partir de la efectiva existencia de los mismos.

Deberá establecerse por la demandada en el acto respectivo, el plazo de duración del permiso, así como las cargas financieras establecidas en el art. 24° de la Resolución N° 944, en particular el valor llave, el cual, conforme lo establece la norma, no podrá ser inferior al monto base que se determine y que podrá prorratearse hasta en diez (10) años. Cabe aclarar que el monto base será determinado por el DGI, en forma fundada y razonable, dado que en la especie no se abrirá un procedimiento de convocatoria ni oposición.

En lo que respecta a tales cargas financieras, se aclara que será en el ámbito de las relaciones particulares internas entre las partes de dicho emprendimiento y en función de las obligaciones y derechos convenidos en el marco de la misma, en que deberá definirse la distribución de tales cargas y la forma de conformarse las voluntades a tal fin.

Las partes deberán cumplimentar con los trámites debidos, con el debido espíritu de cooperación, que haga viable el progreso de la canalización que se ha dado a la materia hacia un resultado eficaz, evitando incidencias innecesarias. A tal fin, la tramitación en sede administrativa, no deberá exceder de sesenta (60) días hábiles administrativos computados a partir de la notificación del presente, debiendo presentarse al proceso el resultado al que se arribara en dicha sede.

**ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión, los Dres. María Teresa Day y Julio R. Gómez adhieren por los fundamentos al voto que antecede.

**SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. JOSÉ V. VALERIO, DIJO:**

Postulo el rechazo de la acción procesal administrativa interpuesta.

A tal fin, señalo que concuerdo con el voto preopinante del Dr. Dalmiro Garay Cueli, en lo que respecta al desarrollo efectuado en los puntos IV (Decisión del caso), en sus acápite A.- (Actos impugnados), B.- (Especial naturaleza de la materia involucrada en autos), C.- (Antecedentes administrativos de trascendencia), D. (Planteos desplegados por Santa María de los Andes S.A. y Vitivinícola Bulnes S.A. en su adhesión) y E.- (Restantes argumentos introducidos por Vitivinícola Bulnes S.A. en su ampliación de demanda).

Por su parte, en lo que respecta al punto F.- (Examen final: Razonabilidad), concuerdo con el tratamiento que allí se formula en el punto a.- del voto preopinante (Razonabilidad de las decisiones adoptadas en su oportunidad por el DGI).

Por el contrario, me aparto parcialmente de las conclusiones que se efectúan en el voto preopinante en el punto F.- b.- (Ponderación de la integridad de elementos que conforman la coyuntura del caso), en tanto considero que ninguno de los aspectos abordados en ese segmento del voto poseen incidencia para determinar una consecuencia

distinta de aquella que se erige como la natural y lógica cuando en el marco del control de legitimidad que está llamado a efectuar el Tribunal en punto a los actos impugnados, se concluye en que tales actos no exhiben los vicios que las accionantes les asignan.

Frente a ello, mérito que las circunstancias analizadas en el punto F.- b. configuran elementos y antecedentes que reafirman que el presente proceso concluya en una decisión que se circunscriba a rechazar la acción promovida.

De allí que si bien convengo en las consideraciones que en el desarrollo del referido punto F.- b.- del voto preopinante se realizan en orden a lo que se indica allí como la “Respuesta parcialmente negativa” que se impone en relación a la existencia de algún interés jurídicamente tutelable al que deba darse preeminencia en el caso. En efecto, ninguno de aquellos institutos jurídicos que las actoras introducen en sus planteos impugnatorios, poseen la proyección procurada, en orden a conllevar a una pretensa ilegitimidad del obrar estatal objeto de examen en el presente, ni tampoco a manifestarse como obstáculo para una solución del caso que se circunscriba al rechazo de la acción. Ni los derechos adquiridos argüidos por las actoras a ese respecto, ni el principio de la confianza legítima otorgan basamento al pretendido corolario, tal como se desarrolla en detalle en el voto preopinante.

Ello se afianza frente al examen que allí se expone respecto de los diversos elementos recabados en el proceso en relación al proyecto económico involucrado en autos.

Frente a ello, considero que los restantes elementos evaluados en el voto preopinante en el marco de lo que se identifica como la “Respuesta parcialmente afirmativa”, no habilitan la adopción de la decisión que posibilite ser encuadrada como un remedio judicial.

Así, ni las diversas normativas vigentes durante el lapso involucrado en autos, que regularon con determinado alcance aspectos relativos a las aguas subterráneas, ni tampoco la figura de los permisos precarios para uso del recurso hídrico, habilitan ni determinan la adopción de un remedio judicial como el postulado en el voto preopinante.

A tales fines, señalo que en relación a los límites a la jurisdicción frente al derecho de las partes de definir su teoría del caso, invariablemente vengo sosteniendo que en el proceso judicial cada uno de los sujetos procesales cumple la tarea asignada por la ley sin poder subrogar de modo alguno la que corresponde a los otros; donde el juzgador debe actuar con imparcialidad (subjética y objetiva) asegurando la igualdad de los parciales. La imparcialidad de los jueces es una de las piedras angulares sobre las que reposa el debido proceso legal, debido a que junto a la independencia y la imparcialidad conforma una triada

de virtudes que debe ostentar el órgano jurisdiccional.

Ya enseñaba Giuseppe Chiovenda que lo que conforma la esencia de la función jurisdiccional es la imparcialidad del juzgador. Y ya que la jurisdicción juzga sobre asuntos de otros, la primera exigencia respecto del juez es la de que este no puede ser al mismo tiempo, parte en el conflicto que se somete a su decisión.

La imparcialidad del juzgador se refiere más a la noción de jurisdicción que a la de proceso, y hace que quien la titula deba abstenerse de realizar de cualquier forma las tareas propias de las partes litigantes: pretender, afirmar hechos litigiosos y asignarles calificación legal, plantear su teoría del caso, introducir nuevas cuestiones luego de trabada la Litis y probar oficiosamente los hechos alegados por ellas, cuya existencia improbadamente no puede ser suplida por el conocimiento personal que el juez tenga del asunto a fallar; y en caso de carencia de prueba convictiva el juez debe fallar conforme lo indican las reglas de la carga probatoria, de aplicación objetiva, y sin necesidad de involucrarse en el problema.

Así puede desarrollarse el contradictorio sin contaminaciones por interpretaciones y sesgos que pueda introducir el juzgador, destacando y preservando así su rol de árbitro neutral; y por tanto, realizador de la igualdad de las partes, y con ello la garantías del art. 7 de la Constitución de Mendoza, la del debido proceso legal establecido en el art. 18 de la Constitución Nacional; resultando, además, compatible con las atribuciones y deberes de esta Suprema Corte para decidir las causas contencioso administrativas en única instancia, previa denegación por parte de la administración al reconocimiento de los derechos del interesado; tales derechos, por disposición constitucional, deben haber sido previamente gestionados por parte interesada. (art. 144 inc. 5 Constitución Provincial).

Entonces, las partes acceden al proceso de manera activa mientras que el juez lo hace de manera pasiva, recibiendo información provista por aquéllas para luego decidir de manera alejada del asunto. Resulta indispensable no mezclar ambos posicionamientos frente al conflicto, toda vez que ello conduciría a la pérdida de la imparcialidad del juzgador contaminándolo con su posición subjetiva lo que derive en el favorecimiento de una de las partes del proceso.

En este entendimiento, el juez durante el juicio debe permanecer con una función inactiva, en el sentido de ajenidad a todo movimiento impulsor de su propia actividad decisoria, limitándose a resolver las incidencias que surjan entre las partes durante el desarrollo del juicio; y latente, vista como en potencial intervención para la salvaguarda de los principios, garantías e institutos procesales que la legalidad constitucional requiera, y a exclusivas instancias de una intervención formal de un sujeto

externo, por medio de una pretensión jurídica. Su función es de garantía para que las partes ejerzan eficazmente los derechos que le confiere la legislación procesal.

Al respecto, se ha manifestado la doctrina: “si el juez es un verdadero tercero en el proceso (en situación de clara ajenidad o de neutralidad) respecto de las partes procesales ellos, es obvio que no debe hacer ni puede aceptarse bajo pretexto alguno que haga lo que constituye esencial tarea de toda parte procesal: introducir hechos en el proceso mediante su afirmación en la demanda o en la contestación, negar la existencia de los hechos afirmados, probar los hechos negados, alegar acerca de ellos, etcétera. ....en el sistema acusatorio, en el cual el juez es un verdadero tercero que, como tal, no sufre a las partes ni hace lo que a ellas les corresponde hacer en todo proceso: afirmar, pretender y probar los hechos afirmados para convencer al juzgador de su existencia. ....en el proceso acusatorio el predominio lo tiene la figura de las partes, a cuyo servicio se pone el Estado (por medio del juez) para que ellas puedan debatir en situación de paridad.

Por eso es que, en su esencia, es método de discusión” (LA IMPARCIALIDAD JUDICIAL, ADOLFO ALVARADO VELLOSO, ROSARIO, ARGENTINA, 2007. [https://campus.academiadederecho.org/upload/webs/Bari/BARI%20LA%20IMPARCIALIDAD%20JUDICIAL.pdf?utm\\_source=chatgpt.com](https://campus.academiadederecho.org/upload/webs/Bari/BARI%20LA%20IMPARCIALIDAD%20JUDICIAL.pdf?utm_source=chatgpt.com)).

La concepción de juez como imparcial supone sustraerle la posibilidad de hacer las tareas propias y exclusivas de las partes, de modo tal que tiene vedada la posibilidad de reemplazarlas en el cumplimiento defectuoso que ellas puedan tener en el desenvolvimiento del juicio. Lo hasta acá expuesto, viene siendo propuesto por parte de la doctrina y jurisprudencia desde hace tiempo en nuestro país; y a partir del año 1994 integra nuestro ordenamiento constitucional por el reconocimiento con rango constitucional que han adquirido los arts. 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y art. 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

#### Conclusión:

En función de lo expuesto, considero que el presente pronunciamiento debe circunscribirse a un rechazo de las acciones interpuestas, sin la adopción de remedio judicial alguno a su respecto.

ASÍ VOTO.

#### **SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. MARIO D. ADARO, DIJO:**

Disiento con el voto preopinante, dado que entiendo que la demanda debe ser admitida.

#### 1.- Preludio del alcance de mi postura.

Conuerdo con el desarrollo efectuado en el voto preopinante en relación a la

individualización de los actos impugnados (punto IV Decisión del caso, acápite A.-); a la indicación de la especial naturaleza de la materia involucrada en el caso (punto B.-) y a la reseña de los antecedentes administrativos del caso (punto C.-), exposición a la cual remito por razones de brevedad.

A partir de allí, si bien no descarto la procedencia que desde el punto de vista técnico jurídico pudiera tener, en abstracto, el tratamiento que se realiza en el voto preopinante respecto a los planteos centrales desplegados por las accionantes (punto IV, acápite F), considero por una serie de fundamentos que señalaré, que la decisión que se impone en el caso no puede llevar a la confirmación sin más de la legitimidad de los actos impugnados, que denegaron las concesiones sobre los permisos de perforación otorgados en su oportunidad.

A tal fin, entiendo que el examen que se impone de la materia litigiosa debe ser integral, evitando decisiones circunscriptas que no hagan mérito de las múltiples y particulares circunstancias que el caso presenta. De allí que advierto que existen, una serie de elementos que deben ser sopesados, que serán abordados a continuación.

## 2.- Elementos que conducen al acogimiento de la acción.

### i.- Génesis de los permisos de perforación otorgados.

En primer orden, debe dejarse sentado que si bien el otorgamiento de los permisos de perforación que luego constituirían los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816, fue realizado respecto de una zona de restricción sostenida como tal en forma sistemática por el Departamento General de Irrigación en base a la normativa reseñada en el voto preopinante (Margen Derecha del Río Mendoza, Subcuenca El Carrizal), también surge como una circunstancia incuestionable que tales permisos, encontraron su génesis a partir de su encuadre en una normativa emitida por el Superintendente General de Irrigación que dió cuenta de un excedente o mejoramiento parcial en la aludida Subcuenca, que habilitaba aumentar limitadamente (aprox. en un 5%), la demanda hídrica del recurso subterráneo, autorizando el otorgamiento de nuevos permisos de perforación (Resolución N° 232).

En función de ello, dicha Resolución N° 232 encomendó a las áreas técnicas (Secretaría de Gestión Hídrica), la realización de estudios y acciones, a fin de elevar al Superintendente un programa de desarrollo para su aprobación. En particular, le encargó la identificación de aquellas peticiones de permisos de perforación en el área de restricción creada por Resolución N° 107/08, que encontrándose en trámite, correspondía fueran priorizadas por la aplicación de los arts. 4°, 6° y 7° de la Ley 4.035 a los efectos del otorgamiento de los permisos respectivos para acceder al volumen limitado que sugieren los informes técnicos.

A partir de allí las respectivas actuaciones dan cuenta del informe realizado por los funcionarios a cargo de la Dirección Policía de Agua y de la Secretaría de Gestión Hídrica, todo lo cual derivó en el posterior otorgamiento de los permisos de perforación, entre otros, a la parte actora.

Es decir, los actos administrativos que otorgaron en su oportunidad los permisos de perforación aquí involucrados, que luego derivaron en el dictado de aquellas resoluciones impugnadas que denegaron las concesiones respectivas, se enmarcaron dentro de una resolución dictada por el DGI, cuya emisión fue precedida de los estudios técnicos respectivos, quedando registro de todos los referidos hitos, dado que obraron en el marco de actuaciones administrativas.

Ello nos da un primer elemento en el examen, en tanto a los fines de determinar cuál es la decisión razonable en el caso, debe sopesarse, en primer orden, la circunstancia destacada, en tanto los actos de otorgamiento de los permisos, poseyeron sustento en un propio acto emitido por el DGI.

La legitimidad de dichos actos no es objeto del presente y no podría avanzarse sobre la misma, en tanto, fue la propia administración demandada quien encauzó su obrar aquí objetado, no en base al cuestionamiento en punto a una potencial ilegitimidad originaria de los actos administrativos que otorgaron los permisos de perforación, así como tampoco respecto de la Resolución N° 232, sino que se circunscribió a reivindicar las facultades del HTA en orden al otorgamiento de concesiones de aguas subterráneas y, en particular, a la posibilidad de reexaminar la cuestión en punto a si los pedidos de los integrantes de la Cámara requirente (Cámara de Comercio, Vitivinicultura, Turismo y Producción Alto Agrelo), podían o no ser encuadrados en los términos de la preferencia prevista por el art. 7° inc. b de la Ley 4.035.

Por tanto, todo aquello que hace específicamente a la legitimidad o ilegitimidad de los actos administrativos que otorgaron los permisos de perforación (Resoluciones N° 282 y N° 283), son cuestiones que deben quedar fuera del análisis que compete al presente y esa circunstancia obliga a evaluar ese particular hito dentro del procedimiento administrativo que ulteriormente derivó en el rechazo de las concesiones, como una etapa cumplida al amparo de actos administrativos a los cuales la propia administración demandada no atribuyó vicios de ilegitimidad, sino que consideró agotados en su objeto.

La administración que otorgó en su oportunidad los permisos, no optó por declarar la inexistencia de tales actos ni instó un proceso de lesividad a su respecto, sino que decidió transitar por otra vía jurídica, que supuso no avanzar sobre los actos que concedieron los permisos de perforación, sino que reivindicó la posibilidad de examinar

nuevamente -ahora a través del HTA-, la preferencia subjetiva de la parte actora.

Tal circunstancia hace que no sea viable analizar el caso sobre la base de conjeturas o suspicacias en orden a la legitimidad de los actos de otorgamiento de los permisos de perforación y ello, como se verá seguidamente, resulta un elemento de trascendencia en el examen de razonabilidad que postulo en el presente.

ii.- Realidad existente antes y después de la emisión de los actos impugnados en relación al uso del recurso hídrico.

Otro aspecto que debe ser valorado para la decisión del caso, es aquello acaecido a nivel fáctico en relación al uso de las aguas subterráneas a través de los pozos aquí involucrados.

A este respecto, considero que debe tenerse presente que, más allá del desarrollo que se efectúa en el voto preopinante en orden a la distinción jurídica entre permisos de perforación y concesiones en materia de aguas subterráneas y, particularmente, en relación al uso del recurso hídrico, existen una serie de componentes que exhibe el caso a ese respecto, que exigen su análisis a partir de la realidad o materialidad objetiva de aquello acaecido a su respecto, más allá de los principios y reglas que operan desde la juricidad.

En este punto, evalúo que resulta una circunstancia de trascendencia el propio contenido poseído por los actos que otorgaron los permisos de perforación, en cuanto aludieron al volumen de extracción a autorizar (artículos 3°), así como impusieron entre las condiciones para el otorgamiento de los permisos, la instrumentación de sistemas altamente eficaces de uso del agua y la utilización efectiva del recurso en el fin otorgado -con desarrollo pleno del proyecto- en un plazo máximo de 24 meses, resultando una causal especial de caducidad del permiso de perforación y/o concesión del uso del agua subterránea, el incumplimiento de estas exigencias (artículos 6°).

El voto preopinante efectúa una lectura de los actos de otorgamiento de los permisos en función de la cual considera que los mismos no implicaron otorgar el uso del recurso hídrico con anterioridad a la concesión, en particular, en base al análisis de aquello dispuesto en los artículos terceros de los respectivos actos, en torno al volumen de extracción a autorizar y, asimismo, respecto de aquello establecido en sus artículos sextos, concluyendo respecto de este último aspecto que el agravio accionante se basamenta en un argumento introducido en subsidio por el HTA en el marco de la vía recursiva en los Considerandos de los actos respectivos, sin tener réplica en el resolutivo de los mismos, entendiendo en tal contexto que tal argumento, desde su sustancia, solo debería ser analizado en caso de ser desestimado el motivo dirimente de los actos que denegaron las

concesiones (esto es, haber considerado el HTA en ejercicio de su competencia propia que estando agotados en su objeto los permisos de perforación, el caso de la accionante no encuadraba en la norma pertinente a los fines de otorgar la concesión).

Ahora bien, por mi parte, considero que ambos aspectos de los actos que otorgaron los permisos de perforación, unidos a aquella práctica de “tolerancia” de uso del recurso hídrico subterráneo por parte de los permisionarios -praxis destacada tanto por la doctrina citada en el voto preopinante como reconocida por el propio DGI-, conllevan a que la cuestión no pueda ser examinada de manera aislada a todos los aludidos elementos que conforman la coyuntura del caso traído a decisión.

En efecto, frente a actos de otorgamiento de permisos de perforación que poseyeron un alcance ciertamente impreciso y/o no concluyente en lo que respecta al uso del recurso hídrico -al menos, a no haber prohibido dicho uso-, con mayor razón se evidencia como más irrazonable aquella decisión que en forma sesgada y ciertamente rigorista adoptó el HTA respecto del caso en examen.

Por otra parte, como se verá seguidamente, ese uso del recurso hídrico se dio en los hechos, más allá de la ausencia de precisión en cuanto al momento exacto en que tal circunstancia comenzó a acaecer y ello operó en función de diversos motivos cuya impronta no puede ser soslayada en el examen integral del caso.

iii.- Irrazonabilidad del sistema en la interpretación que postula el DGI. Confianza legítima.

En el contexto descrito, nos encontramos con aquel agravio que introducen las actoras, que hace a la ilogicidad que exhibiría la construcción de la demandada en cuanto a que implicaría pensar el sistema jurídico de modo tal que, estando otorgado un permiso de perforación e impuestas una serie de condiciones y cargas en cabeza del permisionario cuyo incumplimiento le puede generar la pérdida de sus derechos y aún satisfechas todas ellas, luego el HTA podría volver sobre el examen de aspectos (en la especie, el de las preferencias del interesado), que habrían sido ya analizadas en oportunidad del dictado de los permisos.

En particular, arguyen las actoras que la inteligencia del sistema legal que se propicia por la demandada resulta irrazonable en tanto supondría que el titular de un permiso de perforación ejecute todas las obras de exploración, excavación, perforación, entubación e instalación de equipos (con inversiones de gran envergadura) en el plazo que indique la Superintendencia, asumiendo el riesgo de que a pesar de cumplir cabalmente las mismas, la concesión finalmente no le sea otorgada, porque el HTA cuenta con discrecionalidad para ello.

La proposición desplegada por la parte actora en la referida línea, presenta una especial relevancia en la causa, dado que, más allá de aquellas interpretaciones que, en general, pudieran argüirse respecto del sistema legal vigente en materia de aguas subterráneas y, en particular, sobre los derechos derivados de los permisos de perforación y de las concesiones, en el específico caso traído a decisión dados los múltiples elementos que confluyen en su configuración, asiste razón a las accionantes en punto a que una decisión que al presente confirme la legitimidad de los actos que denegaron las concesiones, se presentaría como inoportuna e inconveniente, teniendo en miras no sólo los intereses de las partes, sino, el interés general comprometido en el caso. Tal aspecto será profundizado en el punto siguiente.

Entiendo en relación a ello, que tampoco podría descartarse el encuadre del caso al amparo de la doctrina de la confianza legítima, a diferencia de lo que se considera en el voto preopinante.

Y es que, más allá de las específicas reglas y principios que conforman el régimen jurídico del acto administrativo -en especial, el principio de la estabilidad o irrevocabilidad analizado en profundidad en el voto preopinante-, estimo que no podría descartarse en la especie la existencia de circunstancias generadoras de esperanzas fundadas de mantenimiento, máxime sin las debidas medidas correctoras o compensatorias proporcionadas al interés público en juego, aludidas en el precedente de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires citado en el voto preopinante.

En particular, evalúo que en el contexto ya descripto, de actos administrativos emitidos por el propio DGI que otorgaron los permisos de perforación en base a reconocer el encuadre de la situación jurídica en determinada norma en orden a la preferencia subjetiva, actos que, como ya se destacara, tuvieron un específico contenido que incluyó imponer el cumplimiento de una serie de estrictas condiciones en cabeza del beneficiario del permiso en el marco de un emprendimiento de evidente trascendencia y que, se reitera, no fueron objetados en su legitimidad por la propia administración, no podría afirmarse que se trata de situaciones nacidas con notoria irregularidad y que, por tanto, descarten ser amparadas bajo la doctrina de la confianza legítima.

iv.- Circunstancias acaecidas con posterioridad al dictado de los actos impugnados.

Un especial componente que debe añadirse al análisis del caso, es aquel que hace las alternativas que se sucedieron luego del dictado de los actos emitidos por el HTA aquí impugnados y que tienen que ver con las complejas circunstancias que fueron acaeciendo en diversos órdenes y que se extendieron por un lapso tal que determinan la

inoportunidad e irrazonabilidad de la adopción de una decisión que se limite a confirmar la legitimidad de los actos impugnados, desde una perspectiva circunscripta a un examen técnico-jurídico.

Y en este punto considero, a diferencia de lo sopesado en el voto preopinante, que una perspectiva integral de examen tanto a nivel temporal como de todos los elementos que deben ser estimados para la adopción de la decisión del caso, conducen a postular la irrazonabilidad de una decisión que rechace la demanda y confirme la legitimidad de los actos impugnados.

Como se señala en el voto preopinante, se encuentra comprobado que los pozos en cuestión comenzaron a operar a través del uso del recurso hídrico y que ello habría acontecido en función de una serie de circunstancias. Aquella que se destaca, principalmente, es la decisión adoptada en sede judicial en el ámbito de la justicia civil a instancias de terceros usuarios de aquellos dos pozos involucrados en autos (autos N° 250.567, “Lindhe Jan c/DGI p/Acción de amparo”), proceso en cuyo marco fue primero proveía una medida cautelar que ordenó el mantenimiento del “status quo” vigente a la fecha de emisión de los actos atacados (Resoluciones N° 72 y 74 HTA) y, en consecuencia, que no rigiera la prohibición de extracción de agua subterránea de la perforación correspondiente a los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816 ni la orden de cegado de los mismos.

A ello siguió el dictado de la sentencia en dicho proceso, la cual hizo lugar al amparo interpuesto, declaró inexistentes a las Resoluciones N° 72 y N° 74 del HTA y tuvo por reconocida la concesión tácita del DGI sobre los pozos N° 6/1814 y N° 6/1816.

Dicho decisorio fue impugnado por la demandada y tal como se detalla en el voto preopinante, a partir de allí se sucedieron una serie de eventos a nivel judicial que tuvieron que ver con repetidas suspensiones que fueron decididas primero en sede civil y luego en el ámbito de esta Suprema Corte, para luego culminar resolviendo este Tribunal desestimar el pedido de suspensión efectuado por Fiscalía de Estado, suspender la referida causa civil y citar a los actores en dicha causa al proceso en trámite ante esta Suprema Corte (causa N° 109.181 y acumulada N° 109.187) en los términos del art 16° del CPA.

Tal coyuntura presenta una complejidad evidente y, más allá de las proyecciones que se analizan en el voto preopinante en relación a tales elementos y a las implicancias que ellos poseerían desde el punto de vista técnico jurídico en base a la competencia originaria de este Tribunal en la materia reivindicada al adoptar las decisiones antedichas (conf. art. 12° del CPA), considero que, a diferencia de lo que se fundamenta en dicho voto respecto a la incidencia que posee la existencia de tales antecedentes, tal implicancia resulta evidente, en tanto determinaron que haya transcurrido un lapso

considerable en el marco del cual se consumó y consolidó el uso del recurso hídrico a través de los pozos aquí involucrados.

Y dicha incidencia se irradia no solo en punto a la parte actora destinataria directa de los actos impugnados, sino que la trasciende, tanto desde la perspectiva de aquellos terceros que, en el marco de la operatoria económica que involucra al terreno en que se asientan los pozos en cuestión, se convirtieron en usuarios de los mismos, como del interés público general implicado en un proyecto socioeconómico que se ha ido desarrollando durante más de quince años, emprendimiento que alcanza a múltiples aspectos y actores y que convertirían a una decisión que confirme la legitimidad de los actos impugnados, en una sentencia no razonable al no hacer mérito de la totalidad de los componentes del caso.

La pericia rendida en autos, así como el reconocimiento judicial realizado, dan cuenta de la entidad y relevancia del emprendimiento involucrado en el caso.

Se tiene presente que, como se ha destacado, la relación dialéctica interés público (y privado) constituye la lógica que articula los derechos de uso especial y que el problema puede consistir en determinar en qué medida ese interés público en la utilización privativa del agua representa o refleja los intereses particulares o individuales de cada uno de los ciudadanos y, viceversa, en qué medida ese interés privado contribuye o implica de manera significativa el logro de los intereses generales. Pero en el marco de la dialéctica propuesta, más que disputar si el uso especial es efectuado en interés público o privado, es posible postular que ambos se encuentran siempre implicados y que la cuestión a dilucidar es, por lo tanto, su modo de articulación y la forma de determinación que ambos presentan en un contexto referencial determinado, sin perjuicio de la dinámica o preeminencia que pueda reconocerse a uno sobre el otro conforme la variación del marco contextual (Liber Martín; *“Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas”*; Universidad Nacional de Cuyo, Abeledo Perrot, Bs. As. 2010; pág. 179 y sgtes.).

En la especie, ese contexto referencial específico, conforme las razones que se han desarrollado en el presente, da cuenta de la razonabilidad en la adopción de una decisión que recepte la acción interpuesta.

En consecuencia, postulo se haga lugar a la demanda.

ASÍ VOTO.

**SOBRE LA MISMA CUESTIÓN, EL DR. OMAR A. PALERMO, DIJO:**

Disiento parcialmente con el voto preopinante, en tanto considero que la decisión del caso debe limitarse al rechazo de las acciones incoadas, sin la adopción de aquel remedio judicial que se postula en el voto preopinante.

A dicho fin, dejo sentado que concuerdo con el voto del Dr. Dalmiro Garay Cueli, en el desarrollo efectuado en los puntos IV (Decisión del caso), en sus acápite A.- (Actos impugnados), B.- (Especial naturaleza de la materia involucrada en autos), C.- (Antecedentes administrativos de trascendencia), D.- (Planteos desplegados por Santa María de los Andes S.A. y Vitivinícola Bulnes S.A. en su adhesión) y E.- (Restantes argumentos introducidos por Vitivinícola Bulnes S.A. en su ampliación de demanda).

Por el contrario, en lo que respecta al punto F.- (Examen final: Razonabilidad), si bien concuerdo con el tratamiento que allí se formula en el punto a.- (Razonabilidad de las decisiones adoptadas en su oportunidad por el DGI), me aparto en forma parcial de las conclusiones que allí se despliegan en el punto F.- b.- (Ponderación de la integridad de elementos que conforman la coyuntura del caso).

A dicho fin tengo presente que la pretensión introducida por la parte actora ha sido concreta, en orden a procurar la declaración de ilegitimidad originaria de los actos impugnados, declaración que se desestima en el voto preopinante, en base al tratamiento en que se realiza en relación a los múltiples agravios que formula dicha parte respecto de los vicios que asigna a los actos objetados.

Cada uno de los diversos institutos jurídicos que arguyen las accionantes a los fines de encauzar la declaración de nulidad que procuran, resulta abordado en profundidad en el voto preopinante, desde una perspectiva técnica jurídica evaluada en su cotejo con las particulares circunstancias de hecho y de derecho que conforman el caso.

A partir de allí, el examen que se efectúa en el voto preopinante en el aludido punto F b.-, destinado a la ponderación de la integridad de elementos que conforman la coyuntura del caso, considero que brindan elementos para confirmar la desestimación, sin más, de la acción, en tanto ratifican que ninguno de los institutos jurídicos bajo los cuales la parte actora procura el amparo de su situación jurídica, poseen virtualidad a tales efectos (derechos adquiridos, confianza legítima, etc.), a lo que se añade el específico examen que se efectúa en dicho voto respecto a los elementos que han sido recabados en el curso del proceso en relación al emprendimiento en cuestión, los cuales, tampoco justifican la adopción de una solución o remedio particular en el caso.

En este contexto, entiendo que los elementos que son sopesados en el voto preopinante al amparo de lo que se individualiza como la “Respuesta parcialmente afirmativa”, no configuran una coyuntura que habilite el encuadre de la materia bajo la figura de un remedio judicial como el que allí se postula.

Por el contrario, considero que más allá del tiempo transcurrido entre la adopción de las decisiones aquí impugnadas y de las múltiples alternativas que se

plantearon a su respecto principalmente en virtud de las distintas instancias judiciales y extrajudiciales por las que transitó la materia, la decisión que se impone al presente, es aquella que clausure en forma definitiva una situación jurídica que nació y subsistió por diversas circunstancias, al margen del orden jurídico aplicable.

En conclusión, postulo que el decisorio debe limitarse a la desestimación de las acciones interpuestas.

ASÍ VOTO.

Sobre la misma primera cuestión, la Dra. Norma L. Llatser adhiere al voto preopinante del Dr. Dalmiro Garay.

**ALA SEGUNDA CUESTIÓN, EL DR. DALMIRO GARAY CUELLI, DIJO:**

En virtud de como se ha resuelto la primera cuestión por mayoría, corresponde:

a.- Rechazar la demanda en cuanto a la pretensión de declaración de nulidad de los actos impugnados: Resoluciones N° 72, N° 74; N° 176; N° 178 y N° 179 del HTA del DGI.

b.- Como remedio judicial a las necesidades hídricas que se invocan para el mantenimiento del emprendimiento asentado en las parcelas que fueron beneficiadas por los pozos en cuestión, se dispone su canalización a través del encuadre dentro de la específica regulación del capítulo VII de la Resolución N° 944, relativa al otorgamiento de permisos precarios en la Cuenca del Río Mendoza.

El mandato a la demandada adopta una forma esencialmente sustantiva, en tanto se determina por el presente tanto aquel resultado (aprovechamiento del recurso hídrico superficial) como el medio para llevarlo a cabo (encuadre en la situación prevista por la Resolución N° 944).

El DGI deberá otorgar, en el caso de que las accionantes manifiesten su interés y voluntad en dicha línea, una autorización para el aprovechamiento especial de aguas procedentes de la Cuenca del Río Mendoza, respecto de excedentes producidos o a producirse en la misma, reconociendo el derecho de la parte actora a que la controversia jurídica subyacente en el caso, en orden a su pretensión de uso del recurso hídrico, deba ser canalizado y encuadrado por la demandada a través de sus órganos competentes, en el régimen vigente en materia de permisos precarios de aguas superficiales.

Se reconoce la posibilidad -de ratificar las accionantes su voluntad en tal sentido- de encuadrar la situación del predio en cuestión en la normativa aplicable a los permisos precarios, considerando que la condición de emprendimiento calificado y

seleccionado en el ámbito de dicha normativa debe entenderse ya superada y/o satisfecha en virtud del iter por el que transitó el caso durante el prolongado lapso de controversia entre las partes y se admite el derecho de las accionantes a que su pretensión de uso del recurso hídrico a los fines de evitar los perjuicios que, según arguyen, le ocasionaría el cegado de los dos pozos involucrados en autos al proyecto económico asentado en el inmueble en cuestión, sea canalizada a través de la figura del permiso precario de aguas superficiales, ello con sujeción a todas y cada unas de las restantes condiciones y reglas regulatorias establecidas en el régimen específico.

Cada una de las partes deberá cumplimentar los trámites que la normativa distribuye en el marco del régimen en cuestión: las accionantes deberán precisar los requisitos de la petición o demanda del recurso, en especial, el uso al que se destinará, el tipo de cultivo o actividad que se realizará, el sistema de riego o aprovechamiento a utilizar, elementos que permitan cuantificar la demanda (art. 6° Resolución N° 944), como también deberá indicar el valor llave ofrecido y deberá acreditar la eficiencia global de la conducción, distribución y aplicación intraparcularia a la que alude el art. 23° de dicha Resolución.

La demandada, luego de manifestada la voluntad en tal sentido por las accionantes y cumplimentados los requisitos antedichos, deberá recabar los informes técnicos respectivos (conf. art. 22° Res. 944), a los fines de determinar si existen excedentes producidos o a producirse provenientes de dicha Cuenca y deberá emitirse el acto administrativo que otorgue la autorización, cumpliendo, en lo pertinente, con los requisitos establecidos en el art. 6° de la Resolución. Debe tenerse presente que en el supuesto de excedentes aún no producidos, la autorización producirá efectos sus efectos a partir de la efectiva existencia de los mismos.

La demandada deberá establecer en el acto respectivo el plazo de duración del permiso, así como las cargas financieras establecidas en el art. 24° de la Resolución N° 944, en particular el valor llave, el cual, conforme lo establece la norma, no podrá ser inferior al monto base que se determine y que podrá prorratearse hasta en diez (10) años. El monto base será determinado por el DGI, en forma fundada y razonable, dado que en la especie no se abrirá un procedimiento de convocatoria ni oposición.

La distribución interna de las cargas financieras entre los interesados en el uso del recurso que conforman el emprendimiento asentado en el predio en cuestión, será determinado en el ámbito de las relaciones particulares entre los integrantes de dicho emprendimiento y en función de las obligaciones y derechos convenidos en el marco de la misma.

Las partes deberán cumplimentar con los respectivos trámites, con el debido espíritu de cooperación, que haga viable el progreso de la canalización que se ha dado a la materia hacia un resultado eficaz para todos los intereses involucrados, evitando incidencias innecesarias. A tal fin, la tramitación en sede administrativa, no deberá exceder de sesenta (60) días hábiles administrativos computados a partir de la notificación del presente, debiendo presentarse al proceso el resultado al que se arribara en dicha sede.

**ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los Dres. María Teresa Day, Julio R. Gómez, José V. Valerio, Mario D. Adaro, Omar A. Palermo y Norma L. Llatser adhieren al voto que antecede.

**ALA TERCERA CUESTIÓN, EL DR. DALMIRO GARAY CUELI, DIJO:**

Las costas del proceso se imponen a la parte actora, dado que la pretensión de ilegitimidad planteada ha sido rechazada y el remedio judicial que se adopta en el presente, resulta determinado por la multiplicidad de factores desarrollados en el punto F del acápite IV y no se asientan en ningún reproche al obrar de la demandada.

**ASÍ VOTO.**

Sobre la misma cuestión los Dres. María Teresa Day, Julio R. Gómez, José V. Valerio, Mario D. Adaro, Omar A. Palermo y Norma L. Llatser adhieren al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto, procediéndose a dictar la sentencia que a continuación se inserta:

**SENTENCIA:**

**Y VISTOS:**

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Suprema Corte de Justicia en Pleno, fallando en definitiva, por mayoría,

**RESUELVE:**

1º) Rechazar la acción procesal administrativa interpuesta por Santa María de los Andes S.A. a fs. 100/124 y la acción interpuesta a fs. 28/29 y ampliada a fs. 496/528 por Vitivinícola Bulnes S.A.

2º) Hacer lugar a la tacha efectuada por la parte demandada respecto del testigo Claudio Germán Gatica, con costas en el orden causado.

3º) Disponer como remedio judicial en el proceso, que las necesidades hídricas que se invocan por las accionantes para el mantenimiento del emprendimiento asentado en las parcelas que fueron beneficiadas por los pozos involucrados en autos, se canalicen a través del encuadre dentro de la específica regulación del capítulo VII de la Resolución N°

944, con el alcance determinado en la segunda cuestión del presente.

4°) Imponer las costas a la parte actora vencida (art. 36 CPCCyT y art. 76 CPA).

5°) Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad.

6°) Dése intervención a la Administración Tributaria Mendoza, a los efectos fiscales pertinentes.

Regístrese, notifíquese y devuélvase a origen las actuaciones administrativas acompañadas.

DR. DALMIRO GARAY CUELI  
Ministro

DRA. MARÍA TERESA DAY  
Ministro

DR. JULIO R. GÓMEZ  
Ministro

DR. JOSÉ V. VALERIO  
Ministro

DR. MARIO D. ADARO  
Ministro

DR. OMAR A. PALERMO  
Ministro

DRA. NORMA L. LLATSER  
Ministro