

LEY DE AGUAS DE 1884
COMENTADA Y CONCORDADA



Pinto, Mauricio Esteban

“Ley de Aguas de 1884” comentada y concordada / Mauricio Esteban Pinto, Gladys Eugenia Rogero, Mónica Marcela Andino ; coordinado por Mauricio Esteban Pinto — 1a ed. - Mendoza : Irrigación Edita, 2006.

236 p. ; 15 x 30 cm.

ISBN 987-96023-1-5

1. Legislación de Aguas-Mendoza. I. Rogero, Gladys Eugenia II. Andino, Mónica Marcela III. Título

CDD 343.07

Mauricio Pinto (coordinador)
Gladys Rogero – Marcela Andino

LEY DE AGUAS DE 1884
COMENTADA Y CONCORDADA



ISBN-10: 987-96023-1-5
ISBN-13: 978-987-96023-1-7

ABREVIATURAS UTILIZADAS

APA: Acción Procesal Administrativa

Art.: artículo

Arts.: artículos

CC: Código Civil

CN: Constitución Nacional

CP: Constitución Provincial

CPC: Código procesal Civil

DGI: Departamento General de Irrigación

Ed: Editorial

EPAS: Ente Provincial del Agua y del Saneamiento

HCA: Honorable Consejo de Apelaciones

HLP: Honorable Legislatura Provincial

HTA: Honorable Tribunal Administrativo del Departamento General de Irrigación

JA: Jurisprudencia Argentina

LA: Ley de Aguas

LL: La Ley

ob cit: obra citada

p./ps.: página/s

SCJM: Suprema Corte de Justicia de Mendoza

ss.: siguientes

t.o.: texto ordenado

T°: Tomo

Nota: El texto de la Ley de Aguas comentado en la presente obra es el ordenado por Decreto del 29/11/1888, dispuesto por Resolución de Superintendencia General de Irrigación del 29/09/1920, como texto oficial n° 151.

PREFACIO

La Provincia de Mendoza ha sido cuna del Derecho de Aguas argentino. Su legislación formal y sus instituciones son decimonónicas. De sus habitantes han surgido algunos de los más destacados expertos en la materia, como Miguel Marienhoff, Guillermo Cano o Joaquín López. En sus aulas se han formado las primeras cátedras jurídicas sobre aguas, como las que ejerció el Dr. Cano desde 1936 en la Universidad Nacional de Cuyo, o el Dr. López desde 1962 en la Universidad de Mendoza. Su actual régimen legal y constitucional, ha sido la base de numerosas normas y proyectos en otras latitudes, tanto en Argentina como en otros lugares alejados del mundo.

El Departamento General de Irrigación acompañó y conformó esta evolución, a través del desarrollo jurídico que día a día, durante más de 110 años, ha realizado el cuerpo de asesores letrados del organismo en sus dictámenes, llevando la norma jurídica a la realidad cotidiana del administrado. Es así como grandes juristas de la talla de Conrado Céspedes, Raúl Della Torre, Héctor Arenas o Joaquín López, han iluminado con sus pareceres la permanente toma de decisiones.

Además, ha sido una constante institucional el hecho de fortalecer el conocimiento y la difusión del Derecho de Aguas. Así, en 1931 se publicó la recopilación de Dictámenes producidos por el Dr. Conrado Céspedes. También en reiteradas oportunidades, mediante distintas publicaciones oficiales, se recopiló y difundió la normativa hídrica vigente: "Legislación de Aguas" (1920), "Digesto del Departamento General de Irrigación" (1929), "Régimen de las Aguas. Disposiciones Constitucionales, Legales y Reglamentarias" (1954), "Digesto de Aguas" (1978) y "Digesto de Aguas" (1996).

Hoy actuamos en esa misma línea, dando lugar a un análisis de la magistral obra jurídica del Dr. Manuel Bermejo, la Ley de Aguas de 1884.

Para ello, los Dres. Mauricio Pinto, Marcela Andino y Gladys Rogero, han elaborado un sistemático estudio de los ejes que componen la centenaria ley, correlacionando sus implicancias y aplicación con las opiniones doctrinales y antecedentes jurisprudenciales, así como con las principales normas vigentes en Mendoza.

Este trabajo brinda un aporte sustancial al conocimiento del Derecho de Aguas, como pilar institucional que conforma el avance mendocino desde la época colonial. Pero, además, muestra en qué medida su entendimiento es fundamental, para lograr una inserción sustentable de lo económico en lo social, comprendiéndose así de manera amplia no sólo los aspectos formales, como la letra de la ley y la organización administrativa que de ella se desprende, sino también las múltiples referencias a factores dinámicos como las circunstancias socioeconómicas, resumidas en la verdadera noción de gestión hídrica.

Deseo destacar el nivel analítico del grupo profesional de autores de este trabajo, altamente capacitado y familiarizado con la realidad cotidiana de una temática tan compleja. Su labor reflexiva, plasmada en las páginas del presente libro, resulta especialmente necesaria en nuestra provincia, con eco en aquellos lugares donde el agua sea, como es para nosotros, la herramienta ineludible en la construcción del futuro mejor que todos anhelamos.

Esta obra trata también visiones, aspiraciones y problemas referidos a la gestión del agua, en el marco de una creciente toma de conciencia a nivel social, respecto de la relevancia del tema y del carácter de bien estratégico de los recursos hídricos, implicando a cada uno de los ciudadanos. Por tal motivo, para el Departamento General de Irrigación, la edición de esta obra significa sobre todo una muestra concreta de la identificación de sus autoridades y de su personal con los desafíos generales que deben enfrentarse y superarse; pero también una identificación responsable con los principios y objetivos específicos de la política hídrica provincial que hemos planificado y que venimos desarrollando.

En otras palabras, esta obra muestra el marco en que nos basamos, para que el agua de los mendocinos pase de ser una limitante del desarrollo social y económico provincial, a ser el elemento central que lo potencie.



LIC. LUCIO DUARTE

Superintendente General de Irrigación

INTRODUCCIÓN

La Ley de Aguas de Mendoza fue sancionada el 20 de noviembre de 1884. Su texto -cuyas diversas fuentes provienen tanto de las prácticas indígenas como del derecho español, indiano e intermedio¹- fue obra de un brillante integrante de la Generación del '80, y constituyó para la sociedad mendocina un instrumento básico de progreso que aún mantiene su eficacia.

Los principios normativos que dispone constituyeron la impronta de una política hídrica que permitió transformar la geografía árida en los oasis agroindustriales que hoy existen. La descentralización y desconcentración administrativa al nivel más apropiado, equilibrada con una Administración centralizada en un organismo estatal único con perfil técnico, la autogestión participativa por los mismos usuarios, la sustentabilidad económica y financiera de los sistemas de gestión hídrica, el control del deterioro de calidad, el uso efectivo y beneficioso del agua, el balance hídrico (aforo) como base de la asignación, la priorización y registración de los usos, la seguridad jurídica al concesionario (mediante el reconocimiento de un derecho patrimonial cuantificable sobre la concesión, la inherencia de la misma al predio que constituye la unidad productiva y la cláusula sin perjuicio de terceros), todos ellos son institutos de política que hoy en día se recomiendan en los foros especializados² y que están presentes en el centenario

¹ Guillermo Cano, "Concepto y fuentes de Derecho Argentino de Aguas", en *Instituto Nacional de Ciencia y tecnología Hídrica*, "Curso de Derecho de Aguas", Vol. I, Ed. INCYTH, 2° ed, Mendoza, 1975, p. 114

² Miguel Solanes y Fernando González Villareal, "Los principios de Dublín reflejados en una evaluación comparativa de ordenamientos institucionales y legales para una gestión integrada del agua", en *Global Water Partnership (AGW)*, Technical Advisory Comité (TAC), Background Papers n° 3, ed. en español, julio de 2001. Banco Interamericano de Desarrollo, "Estrategias para el manejo integrado de los recursos hídricos", Informe de estrategias BID, Ed. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 1998. Gonzalo Cubillos, "Bases para la formulación de leyes referidas a recursos hídricos", publicación de la *Comisión Económica para Latino América y El Caribe de las Naciones Unidas*, Ed. Autorizada a la Comisión de Recursos Hídricos del H. Senado de la Nación y Consejo Federal de Inversiones, Buenos Aires, 1998. Miguel Solanes y David Getches, "Prácticas recomendables para la elaboración de leyes y regulaciones relacionadas con el recurso hídrico", Informe de Buenas Prácticas BID, Ed. Banco Interamericano de Desarrollo, Washington, 1998. Consejo Hídrico Federal, "Principios rectores de Política Hídrica de la República Argentina", Buenos Aires, agosto de 2003.

texto legal como muestra de la idoneidad jurídica de quienes formularon tal basamento normativo.

Tal fue el acierto de algunos de estos principios, que la sociedad mendocina a partir de su tercera Carta Magna los introdujo en el rígido sistema constitucional en 1894, transformándolos en pautas difícilmente derogables por la mera voluntad de un gobierno, y consolidándolos así como bases de una verdadera Política de Estado en materia hídrica que incluso ha sido fuente de ordenamientos legales en otras latitudes.

A pesar de que han transcurrido más de 120 años desde que la Ley de Aguas fuera sancionada, la misma ha sabido adaptarse a las necesidades de los distintos tiempos, lo que demuestra la flexibilidad práctica que denotan sus instituciones³.

Esta perennidad, seguramente fue lograda gracias a la genialidad y sabiduría de su autor, quien reunía en su persona el saber del político, del jurista, del técnico y del práctico, y pudo, por ello, “traducir en normas jurídicas lo que los mendocinos habían hecho durante tres siglos en materia de reparto de aguas y de administración del servicio de riego. La ley fue así un producto del ambiente y se condicionó a sus circunstancias geográficas, a sus modalidades humanas, a sus singularidades económico sociales. No fue, en resumen, ni una abstracción, ni un ensayo de gabinete”⁴.

Es que el Dr. Manuel Bermejo, antes que abogado fue agrimensor; y como tal trabajó en 1871 como asistente del Ingeniero galo Nicout en el estudio del regadío del Valle del Zonda, en San Juan. Poco tiempo después se desempeñó como auxiliar de los Ing. Husberg y Stergmann en el estudio de las cuencas de los Ríos Mendoza y Tunuyán.⁵ Esta experiencia práctica enriquecida por su conocimiento profesional le permitió vivenciar en forma direc-

³ Amilcar Moyano, “La flexibilidad de la Ley de Aguas de la Provincia de Mendoza, en Argentina”, en Revista Ambiente y recursos naturales, Ed. La Ley – FARN, julio – setiembre 1989, vol, VI, n° 3, sec. doctrina, p. 6.

⁴ Guillermo Cano, “Derecho, política y administración de aguas”, T° III, vol. 2, en “Colección de estudios jurídico-políticos sobre los recursos naturales y el ambiente humano”, Vol 2, Ed. INCYTH-INELA, Mendoza, 1976, p. 840.

⁵ Pedro Carlos Requena, “Manuel Bermejo: Ley General de Aguas (16-12-84)”, en Revista Agua, n° 32, Ed. Departamento General de Irrigación, agosto de 1980, p. 7. Guillermo Cano, “Derecho, política y administración de aguas”, T° III, vol. 2, ob cit, p. 837.

ta las necesidades técnicas y los aspectos culturales del manejo del agua en nuestra región, lo que sumado a su posterior saber como jurista y hombre de política le permitió que mientras se desempeñaba como Ministro del Gobernador Rufino Ortega concretara el exitoso proyecto de 1884.

Seguramente por esas cualidades, el proyecto de 1884 no sólo tuvo la fuerza suficiente para reemplazar el hasta entonces vigente Reglamento General de Aguas de 1844, dictado durante el gobierno de Félix Aldao, cuya sustitución se impulsó reiteradamente sin éxito con los proyectos de la comisión de 1852, de Vicente Gil en 1860, de Daniel Correas, Eliserio Moyano y Medardo Román en 1867, de Daniel Videla Correa, Julio Gutiérrez y Daniel González en 1875, de Hilarión Furque en 1880 y de Julián Barraquero en 1881⁶. También ha perdurado hasta nuestros días a pesar de que han existido numerosos proyectos de reforma total realizados por algunos de los más brillantes expertos en Derecho de Aguas de cada época: en 1912 de Manuel Lemos, en 1927 de Juan Agustín Moyano, Eustaquio Covarrubias y Gustavo André, en 1928 de Carlos Wauters, en 1940 de Miguel Marienhoff, Alberto Corti Videla y Ludovico Ivanissevich, en 1980 de Ernesto Labiano, Enrique Di Filippo, Telma Mató, María Zito de Reta y César Magnani, y en 1988 de César Magnani y Maria Elena Agradano de Llanos.

A pesar de tal vocación de permanencia, los proyectos referidos dan cuenta de una constante tendencia a actualizar el régimen vigente mediante el dictado de una nueva norma. Doctrina sumamente respetada ha observado disfunciones en el actual sistema legal, propiciando reformas de diversas magnitudes⁷.

⁶ Ministerio de Economía, Obras Públicas y Riego, "Memoria correspondientes a los años 1938 a 1941", T° VII, Ed. Best Hermanos SRL, Mendoza, 1942, p. 66.

⁷ Joaquín López, "Apuntes sobre los criterios y política a seguir para la reforma de la legislación de aguas en Mendoza", Ed. INCYTH-CELA, Mendoza, 1980. Joaquín López, "Mejoras en la legislación a corto plazo", en Congreso "El agua y el futuro de la Economía Regional", documento de trabajo sobre aspectos jurídicos e institucionales, Mendoza, 08 al 14/02/1976, p. 42. Hugo Mattiello, "Requerimientos jurídico-administrativos de la política hídrica", en Simposio Política Hídrica y Futuro Regional, Ed. Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad nacional de Cuyo y Banco de los Andes SA, Mendoza, Noviembre 1973, p. 65. Guillermo Cano, "Base para la política hídrica de Mendoza", en Simposio Política Hídrica y Futuro Regional, ob cit, p. 96. Guillermo Cano, "Reforma de la Administración Hídrica Mendocina", en Congreso "El agua y el futuro de la Economía Regional", ob cit, p. 31. Miguel Mathus Escorihuela y Delia Mercedes Zavala, "La legislación de aguas en Mendoza.

Entendemos que como toda norma, el régimen de aguas –más que la Ley de Aguas- puede ser susceptible de mejoras.

La Ley de Aguas de 1884, como ya expresamos, dentro de su flexibilidad presenta en general modernos principios que en nada deben impedir una adecuada gestión del recurso hídrico en tanto los responsables de su aplicación tengan la visión y capacidad necesaria. Por ello, es acertada la observación de Amilcar Moyano al sostener que “En vista de la gran crisis del agua, y de su influencia en todas las esferas de la vida, la política pública y privada debe preguntarse, si son en realidad las normas o los prejuicios arraigados los que eventualmente limitan el crecimiento”⁸.

Sin perjuicio de ello, tampoco puede desconocerse que el desarrollo de nuevas tecnologías –como los modernos sistemas presurizados- y técnicas –como los usos múltiples y las fuentes conjuntas-, sumado al carácter instrumental del derecho⁹ –que debe adecuarse ante las nuevas necesidades de la política hídrica- imponen la posibilidad de una reforma del régimen jurídico de las aguas. Un ejemplo de modificación para desarrollar la nueva política estatal fue el caso de la reforma parcial que la Ley de Aguas recibió en materia de aguas subterráneas mediante las Leyes 4035 y 4036 con motivo de la publicidad de las aguas que permitía la Ley 17.711, reforma que produjo el cambio normativo que no lograron los proyectos previos de Von Der Heyde en 1941¹⁰ y de Cano en 1942¹¹.

Más aún, si atendemos que la sucesión de textos normativos complementarios que se han dictado desde la sanción de la Ley de

Estado actual y mejoras a largo plazo”, en Congreso “El agua y el futuro de la Economía Regional”, ob cit, p. 47. **Nedo Carlucci y Miguel Mathus Escorihuela**, “La Administración del agua en Mendoza”, en Asociación Internacional de Derecho de Aguas, “Annales Iuris Aquarum 1”, 1968, p. 371. Fundamentos de Decreto 135-E-1940, por el que se encomienda la confección de un anteproyecto de ley de aguas a Miguel Marienhoff, Alberto Corti Videla y Ludovico Ivanissevich, y Mensaje enviado a la H. Legislatura acompañando el consiguiente proyecto de ley, en **Ministerio de Economía, Obras Públicas y Riego**, “Legislación de Aguas”, Ed. Best. Hnos., Mendoza, 1940. **Luis Gustavo Borsani**, Fundamento al proyecto de ley de 1988 de los Dres. Magnani y Llanos presentado en la Cámara de Diputados.

⁸ **Amilcar Moyano**, “La flexibilidad de la Ley de Aguas de la Provincia de Mendoza, en Argentina”, ob cit, p. 14.

⁹ **Guillermo Cano**, “Derecho, política y administración de aguas”, Tº III, vol. 2, ob cit, p. 709

¹⁰ **Alejandro Von Der Heyde**, “Elementos para legislar en materia de aguas subterráneas”, Ed. Del autor, Buenos Aires, 1941, citado por **Joaquín López**, “Apuntes sobre los criterios y política a seguir para la reforma de la legislación de aguas en Mendoza”, ob cit, p. 6.

¹¹ **Guillermo Cano**, “Estudios de Derecho de Aguas”, Ed. Valerio Abeledo, Mendoza, 1943, p. 173.

Aguas, los que a veces se superponen o contradicen¹² en un sistema copioso y desordenado¹³, han tornado a la legislación en la materia dispersa y de difícil manejo. A pesar de que el Departamento General de Irrigación ha recopilado y sistematizado en diversas ocasiones las normas vigentes¹⁴, puede resultar oportuno disponer la sanción de un Código de Aguas que sistematice en un texto moderno los célebres principios que hoy nos brinda la centenaria ley de 1884, y satisfaga a la vez las nuevas necesidades que la política del agua demande.

La presente obra, más allá de estas apreciaciones generales, procura brindar un análisis específico del régimen jurídico de la Ley de Aguas, en coordinación con los principales textos normativos que la complementan.

¹² Guillermo Cano, "Reseña crítica de la legislación y administración de aguas de Mendoza", ob cit, p. 21

¹³ Joaquín López, "Apuntes sobre los criterios y política a seguir para la reforma de la legislación de aguas en Mendoza", ob cit, p. 3.

¹⁴ "Legislación de Aguas", texto oficial n° 151 (Resolución del 29.9.20 de Superintendencia General de Irrigación), Ed. Radaelli, Buenos Aires, 1920. "Digesto del Departamento General de Irrigación", Ed. Oficial, Mendoza, 1929, compilado por Néstor Lemos con el asesoramiento de los Dres. Della Torre y Ochoa Castro. "Régimen de las Aguas. Disposiciones Constitucionales, Legales y reglamentarias", Ed. Oficial, Mendoza, 1954, desarrollado a partir de la Resolución No 148-bis de fecha 6 de agosto de 1.952. "Digesto de Aguas", elaborado bajo la coordinación del Dr. Magnani a partir de la Resolución 511/78, sin publicar. "Digesto de Aguas", Ed. Departamento General de Irrigación, Mendoza, 1996, publicado en numerosos tomos en soporte papel y en formato digital, basándose en la recopilación efectuada por Jorge Llanes con el asesoramiento de la comisión designada por Resolución 433/94.

Título I

DISPOSICIONES GENERALES

En las disposiciones contenidas bajo el presente título, la Ley de Aguas fija aspectos básicos referidos al ámbito de aplicación y las facultades de policía de las aguas que ostentan las autoridades creadas por ella (Arts. 1 y 6 LA). Además establece otras normas de carácter general y práctico que hacen a tales facultades, tales como las relativas al procedimiento de apremio para el cobro de las contribuciones financieras que recaudan dichas autoridades (Arts. 4 y 5 LA), la necesaria aprobación de las obras hídricas particulares por parte de estas autoridades (Art. 2 LA), la obligatoriedad de licitar las obras hídricas públicas (Art. 7 LA), y la necesaria colaboración de toda autoridad pública hacia las autoridades del agua (Art. 10 LA).

El ámbito de aplicación dado en el Art. 1 LA, así como los demás aspectos del Título, son un preludio de las restantes temáticas que, dentro de la materia hídrica, serán reguladas en los restantes Títulos de la Ley. Tal ámbito, es propio de las autoridades de aplicación de esta centenaria norma, a las que el Art. 6 LA le otorga la función de policía de las aguas.

Con relación a dichas autoridades, y sin perjuicio del análisis específico que se realizará al comentar los Títulos XI y ss. LA, es oportuno adelantar en este primer Título, como punto de partida a la consideración de los distintos institutos que regula la Ley de Aguas de 1884, un encuadre genérico capaz de esbozar una noción preliminar de los organismos que han de aplicar tales preceptos.

Como puede apreciarse, la Ley de Aguas siguiendo una técnica legislativa propia de la época de su sanción, contiene normas regulatorias de conductas y otras referidas a los organismos encargados de hacer cumplir la misma. Este criterio legislativo ha sido dejado de lado en la redacción de las leyes modernas, tal como ha

aconsejado la más destacada doctrina¹⁵. Un ejemplo de ello es el caso de las Leyes de Aguas Subterráneas, que mediante una norma (Ley 4035) rige la conducta de los administrados y, por otra norma (Ley 4036), determina las instituciones encargadas de la administración del recurso. La razón de la división, además de responder a criterios técnicos, tiene su fundamento en considerar la parte institucional como la más cambiante y vinculada a los avatares políticos.

No obstante lo expresado anteriormente, es necesario destacar que sólo contados aspectos institucionales han caído en desuso, como es el caso de la administración del “Canal Zanjón” (Art. 189 bis LA), u otros que sin perder la esencia original que regulaba la Ley de Aguas han sido objeto de reglamentación especial (Inspecciones de Cauce - Ley 6405). Las restantes autoridades previstas por la misma conservan su vigencia, aunque complementadas por los nuevos órganos creados por el ulterior régimen constitucional y la Ley 322.

El Departamento General de Irrigación, sucesor institucional del “Departamento de Aguas” creado por la Ley de Aguas de 1884, constituye por mandato constitucional (Art. 188 CP) el único Administrador del Recurso Hídrico Provincial, entendiéndose con exclusividad en todos los asuntos referidos a la temática hídrica que no sean de competencia de la justicia ordinaria. Sus máximas autoridades –Superintendencia y Consejeros- creados por la Constitución Provincial, Ley de Aguas y la Ley 322, se mantienen actualmente con todas las facultades y competencia que se les asignaran originariamente.

¹⁵ Miguel Mathus Escorihuela y Delia Mercedes Zavala, “La legislación de aguas en Mendoza. Estado actual y mejoras a largo plazo”, ob cit, p. 54; Joaquín López, “Apuntes sobre los criterios y política a seguir para la reforma de la Legislación de Aguas en Mendoza”, ob cit, p. 10; Joaquín López, “Código de Aguas de la Provincia de Córdoba”, Ed. Secretaría de estado de Obras y Servicios Públicos de Córdoba, 1973, en Exposición de motivos, p. 8; Guillermo Cano, “Anteproyecto de Ley de Aguas para la República de Venezuela”, en su Exposición de Motivos, Caracas, 1963, ps. V y VI. Guillermo Cano, “La codificación del Régimen Legal de los Recursos Naturales”, ponencia presentada a la 6ª Conferencia Nacional de Abogados (La Plata, 1959) con transcripción del “Proyecto de Código de los Recursos Naturales para la provincia de Jujuy” y su Exposición de Motivos, Mendoza, 1959, p. 20. Hugo Mattiello, Exposición de Motivos al “anteproyecto de Ley de Autoridad Administrativa de Aplicación de la Ley de Aguas Subterráneas”, en “Régimen legal de las aguas subterráneas”, Ed. CELA-INCYTH, Mendoza, 1973, p. 43.

Junto al Departamento General de Irrigación, se presentan las Inspecciones de Cauce, consorcios públicos no estatales conformados *ministerio legis* por los usuarios del agua. Estas instituciones constituyen un llamativo sistema de descentralización de doble grado¹⁶, donde no sólo se ha desmembrado la función estatal del Poder Ejecutivo sobre las aguas, otorgándose la misma a un ente extrapoder (Departamento General de Irrigación), sino que también se ha separado la gestión operativa o distribución desde dicho ente público hacia los consorcios de usuarios.

De este modo, el ámbito de aplicación de la Ley de Aguas y la función de policía hídrica que regula este Título descansan sobre dos autoridades con particularidades propias, como puede observarse a continuación.

I- EL DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN, órgano extrapoder que asienta su independencia en cuatro pilares:

a) Autarquía financiera: La escasez del recurso hídrico y la importancia que este tiene para el desarrollo socio-económico de la provincia, han impuesto un sistema de administración basado –como se desarrolla en el comentario al Art. 27 LA- en tres grandes principios desde el punto de vista financiero: autosuficiencia, equidad y eficiencia.

Evidentemente el rasgo más importante y que ha contribuido al mantenimiento de esta “*independencia*” es manejar sus propios recursos, sin depender económicamente ni de partidas presupuestarias que otorgue la H. Legislatura, ni de ejecuciones de las mismas que disponga el Poder Ejecutivo.

Anualmente el DGI dicta su presupuesto, donde constan los recursos con los que cuenta y los respectivos gastos que ha de afrontar, siendo ello la máxima expresión de la autarquía financiera o autarcía que ostenta. Así lo expresa nuestra Constitución a través de la siguiente fórmula: “*El Departamento de Irrigación sancionará anualmente su presupuesto de gastos y cálculo de recursos*”. (Art. 196 CP).

¹⁶ Guillermo Cano, “Reseña crítica de la legislación y administración de aguas en Mendoza”, Ed. del autor, Mendoza, 1967, p. 46.

Esta disposición se complementa con lo dispuesto por Ley 1032 al señalar textualmente que: “*Los presupuestos del DGI serán enviados (a la Legislatura) al sólo efecto de tenerlos presentes en el estudio de la situación general*”.

La ejecución del presupuesto es sometida al control posterior por parte del Honorable Tribunal de Cuentas de la Provincia, pero sólo con respecto a la “legalidad” de las cuentas.

b) Decisiones no revisables por otro órgano de la Administración Central: Conforme el sistema vigente, de los fallos que dicte el Honorable Consejo de Apelación, como de las resoluciones que pronuncia el Superintendente en última instancia, habrá acción procesal administrativa por ante la Suprema Corte de la Provincia (Art. 19 de la Ley 322). Por ello, en ningún supuesto las decisiones sobre aguas son revisables por el poder central, ni siquiera a través del recurso de alzada que regula la Ley 3909.

La autarquía institucional, de jerarquía constitucional, constituye un sistema de administración que propicia la independencia técnica y política del Departamento General de Irrigación¹⁷.

Íntimamente vinculado con el tema se encuentra la “*exclusividad*” que ostenta el DGI en materia de aguas. Así la Constitución Provincial, a través de una fórmula residual, fija la competencia del DGI estableciendo que corresponde a esta institución todos los asuntos que se refieran a la “*irrigación*”, que no sean de competencia de la justicia ordinaria (Art. 188 CP).

Ha expresado al respecto la Suprema Corte “*El artículo 188 de la Constitución Provincial consagra por un lado, una cláusula abierta de competencia administrativa, en el sentido de que toda la competencia de este tipo es titularizada por el Departamento General de Irrigación*”¹⁸.

¹⁷ **Mauricio Pinto y Marcela Andino** “Entes Reguladores con independencia funcional, política e Institucional; una antigua solución del derecho mendocino en las modernas instituciones de control” Nota al fallo **Suprema Corte de Justicia**, in re “Obras Sanitarias Mendoza p/ Inconstitucionalidad”, Sentencia del 23/09/2003, La Ley Gran Cuyo, Tº 2003, p. 797

¹⁸ **Suprema Corte de Justicia**, in re “Emilio Cugnini SA c/ Departamento General de Irrigación y ots”. Sentencia del 18/05/1989, Ubicación: S209-170.

Es necesario aclarar que el término “irrigación” debe ser interpretado en el contexto que fue dictado, como principal destino del recurso hídrico a principios del siglo XX, pero sin que esto signifique limitar la competencia del DGI sólo a ese aspecto. Prueba contundente de ello resulta el Art. 1 de la Ley de Aguas, establece que compete a las autoridades que aplican la misma todo lo referente a *“La administración del agua, su distribución, canales, desagües, servidumbre, etc., las concesiones de agua para irrigación y su empleo para otros usos...”*

Esta “exclusividad” en materia de recurso hídrico, fue considerada por los propios constituyente como la *“bandera de autonomía”*. En tal sentido, el Dr. Julián Barraquero durante los debates de la Convención Constituyente de 1915, al analizar y fundar el texto actual del artículo 188 CP sostuvo que *“la palabra “exclusivamente” tiene un alto significado, porque es la palabra que declara la autonomía de la Irrigación, es decir, que todos los asuntos que interesan a la Irrigación y al uso del agua, le corresponden al interesado en la forma que esta Constitución lo determina”*¹⁹.

En igual sentido, el informe de la Comisión Redactora a la Honorable Convención Constituyente refiere al Consejo de Irrigación previsto en el artículo 188 CP para *“construir una especie de federación administrativa en el régimen de las aguas que consulta la mayor suma de opiniones y la mayor suma de intereses legítimos con prescindencia de todo resorte gubernamental”*.²⁰

c) Designación y Remoción de las Autoridades del DGI: Las máximas autoridades del DGI (Superintendente y miembros del Consejo), son nombradas por el Poder Ejecutivo con acuerdo del Senado (Art. 189 CP), lo que garantiza la existencia de consenso político en su designación. Asimismo, la remoción de dichos funcionarios sólo puede hacerse a través de “Jury de Enjuiciamiento”, lo que denota aún mas la independencia del Poder Administrador Central y permite un actuar eficiente y libre de la contingencia

¹⁹ H. Convención Constituyente de 1915, “Debates de la Convención Constituyente de 1915”, Mendoza, 1941 T° 2, Ed. Oficial, p.448

²⁰ H. Convención Constituyente de 1915, “Debates de la Convención Constituyente de 1915”, ob. Cit. p. 46

política partidista²¹, evitando la ineficiencia administrativa que afecta la gobernabilidad mediante la adopción de decisiones con fines políticos de corto plazo u oportunistas.²²

Otro aspecto relevante es la duración del mandato. Mientras que el Gobernador de la Provincia dura cuatro años en sus funciones, el Superintendente y los Consejeros duran cinco, con lo que estos últimos funcionarios presentan un mandato que se extiende más allá del gobierno que los designa.

Como consecuencia de ello, suele ocurrir que el Superintendente y demás autoridades del DGI resulten de un partido político distinto de aquel que preside el Poder Ejecutivo Provincial, demostrando una vez más la intención del constituyente de mantener alejadas de las meras “políticas de gobierno” a las decisiones que en materia hídrica deben ser “políticas de Estado”.

d) “Ius edicendi”: El cuarto pilar de la “independencia” deviene de la facultad que ostenta el DGI de dictar normas de funcionamiento interno y externas de carácter obligatorio para toda la población, como máximo exponente del “Poder de Policía” de las aguas, cauces, riberas y zona de servidumbre.

II- Las INSPECCIONES DE CAUCE, por su parte, resultan también autoridades de aplicación de la Ley de Aguas de 1884, ejerciendo funciones de policía hídrica sobre los cauces menores. Su existencia es garantizada constitucionalmente (Art. 187 CP) y su régimen actual, si bien con remotas raíces en la historia institucional mendocina²³, encuentra su regulación positiva específica en los Títulos XV y XVI LA y en la moderna Ley 6405. Dichas Inspecciones de Cauce presentan como pilares fundamentales:

²¹ **Guillermo Cano**, “Reseña Crítica de la legislación y Administración de Aguas en Mendoza”, ob cit, p. 38. **Guillermo Cano** “Aspectos Jurídicos e Institucionales” en **Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL) y Consejo Federal de Inversiones (CFI)**, “Los recursos hidráulicos de Argentina”, Ed. CFI, Buenos Aires, 1969, p. 145.

²² **Humberto Peña y Miguel Solanes**, “La Gobernabilidad Efectiva del Agua en las Américas, un Tema Crítico”, Ed. Global Water Partnership (GWP) y Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL), III Foro Mundial del Agua, Kyoto, marzo de 2003, p. 6.

²³ **Guillermo Cano**, “Bosquejo del derecho mendocino intermedio de aguas”, Ed. Instituto de Historia del Derecho Argentino, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1943. **Guillermo Cano**, “Régimen Jurídico Económico de las Aguas en Mendoza. Durante el periodo intermedio (1810-1884)”, Ed. García Santos, Mendoza, 1941.

a) Autarcía y autoadministración: Al igual que el Departamento General de Irrigación, las Inspecciones de Cauce presentan un destacado grado de autarcía, ya que determinan y ejecutan sus propios presupuestos.

Como desarrollo de la garantía establecida en el Art. 187 CP, la Asamblea de Usuarios de la Inspección de Cauce se reúne anualmente, para establecer el presupuesto de gastos de la Inspección y la "prorrata" con que han de contribuir los usuarios a solventar los mismos; y también para aprobar la ejecución del presupuesto que ha realizado el Inspector de Cauce en el ejercicio anterior. El Inspector de Cauce, siguiendo la autorización presupuestaria, administra las rentas de la Inspección. Todo ello, bajo el control de legalidad que realiza el Departamento General de Irrigación como autoridad superior del agua.

b) Democracia directa y representativa: Otra garantía que surge del Art. 187 CP, es la atribución de los usuarios de elegir a las autoridades de sus canales. Tal sistema, es propio de la naturaleza de "consorcio" que revisten las Inspecciones de Cauce y actualmente se rige por la Ley 5302. En este régimen, cada cuatro años los usuarios eligen por votación secreta y obligatoria a quien se ha de desempeñar como administrador y representante legal del consorcio a través del cargo de Inspector de Cauce.

Pero sin perjuicio de la elección democrática de ese representante, los usuarios en forma directa ejercen aspectos fundamentales del gobierno del cauce, a través de la conformación de Asambleas de Usuarios. Las mismas no sólo autorizan presupuestariamente la futura gestión del Inspector, y aprueban luego la rendición de cuentas de la misma, sino que, además, las Asambleas de Usuarios pueden expedirse sobre los aspectos de importancia para la vida de la Inspección.

c) Autarquía institucional: Las Inspecciones de Cauce resultan entes autárquicos con competencia en la administración, uso, control, conservación, mantenimiento y preservación de los canales, hijuelas y desagües de riego de la Provincia, así como de las aguas que son conducidas por los mismos (Arts. 1 y 2 Ley 6405).

Consecuentemente la autoridad superior que se presenta a través del Departamento General de Irrigación, sólo puede practicar

un control de legalidad, pero no de oportunidad, mérito o conveniencia, de las decisiones que adopta el consorcio.

d) Control por parte de las autoridades superiores: Tal como surge del punto anterior, las Inspecciones de Cauce están sometidas al control ex post del Departamento General de Irrigación (Art. 187 CP).

El referido control, en el marco de la relación autárquica, debe limitarse a la legalidad del funcionamiento de la Inspección. La Ley 6405 lo regula en su Art. 23, donde establece funciones de fiscalización a través del H. Tribunal Administrativo (aprobar y efectuar los controles de legitimidad de la ejecución presupuestaria y de las rendiciones de cuentas de las Inspecciones y Asociaciones; aprobar los Estatutos de las Asociaciones de Inspecciones; requerir la exhibición de libros y documentos que estime necesaria; solicitar informes y disponer investigaciones de oficio o a petición de parte; verificar el cumplimiento de los recaudos exigidos para designar autoridades; designar veedores de las Asambleas Generales de Usuarios; intervenir administrativamente la Inspección o la Asociación, (de oficio o a petición de los Usuarios, cuando existan causas graves que así lo justifiquen) y de la Superintendencia (vigilar el cumplimiento de las atribuciones, deberes y funciones asignadas a las Inspecciones y Asociaciones, cuidando de no entorpecer la regularidad de sus respectivas administraciones por las autoridades legítimamente constituidas; disponer inspecciones o verificaciones de carácter técnico que tengan por objeto asegurar el normal escurrimiento de las aguas y el adecuado funcionamiento hidráulico de las obras de conducción).

Sin perjuicio de ese control de legalidad, en el marco de los Arts. 221 h) LA, 5 de la Ley 322 y 9 de la Ley 6405, el Departamento General de Irrigación atiende en aspectos que exceden la mera legalidad únicamente ante recursos de apelación a los decisorios del Inspector de Cauce, en su carácter de juez de canal o hijuela, sobre conflictos que se planteen entre los Usuarios con motivo del uso y la preservación de las aguas.²⁴

²⁴ Mauricio Pinto y Marcela Andino, "Entes Reguladores con independencia funcional, política e Institucional; una antigua solución del derecho mendocino en las modernas instituciones de control", ob cit, p. 808.

Artículo 1: La administración del agua, su distribución, canales, desagües, servidumbres, etc., las concesiones de agua para la irrigación y su empleo para otros usos, estarán exclusivamente sujetos a las disposiciones de esta ley y de las autoridades creadas por ella.

El presente artículo determina el ámbito de aplicación de la ley con relación a la materia, la que incluye la administración y distribución del recurso hídrico provincial, tanto con fines agrícolas como para otros usos, así como los aspectos propios del régimen de concesión de uso del agua y la administración de canales, desagües y servidumbres.

Artículo 2: El agua concedida a uno o más vecinos sólo podrá ser conducida por canales, cauces o acueductos, ordenados o construidos con aprobación expresa de las autoridades de aguas.

Artículo 3: Los desagües de uno o más fundos estarán sujetos a las mismas condiciones.

Los artículos transcriptos sientan el principio general referente a que toda obra hídrica deberá construirse con la previa aprobación de las Autoridades de Agua. Tal principio es especificado por los Arts. 139, 142, 143, 148, 170, 171, 194, 203 b) y 203 c) LA.

Artículo 4: Las ejecuciones a que diesen lugar los vecinos morosos en el pago del impuesto de aguas, se ejecutarán administrativamente y en la forma establecida para el cobro de los demás impuesto fiscales.

Artículo 5: El mismo procedimiento se observará para el cobro de cualquier gasto o multa impuesta por las autoridades de aguas.

Las disposiciones que se comentan, establecen la vía de “apremio” como procedimiento de ejecución, a los fines del cobro de las contribuciones financieras a favor de las autoridades del agua, sea que estas deriven de la falta de pago del “tributo de riego” o de

cualquier otra causa, como es el caso de las multas. En virtud de lo cual, actualmente es de aplicación el “Código Fiscal”.

En Mendoza el sistema imperante en materia de cargas financieras para el aprovechamiento de aguas públicas es el de “costo discriminado”, pudiendo establecerse la naturaleza de cada costo o carga financiera. Por ello, no obstante que la Ley habla de “impuesto de aguas”, su naturaleza jurídica no coincide exactamente con la de un impuesto, sino que resulta mixta en cuanto se encuentra constituido por diversos rubros de distinta naturaleza, a saber:

- a) *Renta dominial*: Es una carga tributaria conocida normalmente como “Canon” o “cuota de sostenimiento”²⁵. Resulta una cuota variable, cuyo monto fija anualmente el DGI sobre la base del presupuesto de gastos y del número de hectáreas empadronadas, teniendo por finalidad solventar los gastos generales de la Administración, en su labor de policía de las aguas y cauces concedidos en uso y que integran el dominio público estatal. Esta renta dominial es impuesta como carga inherente a la concesión. Debe ser abonada en todos los casos, se use o no el recurso, lo que se justifica en cuanto la concesión, independientemente del uso del agua que autoriza, produce una plusvalía del inmueble beneficiado por ese dominio público²⁶. Sobre el particular, la Ley 4290 ha establecido: “*Dejase establecido que el canon o cuota de sostenimiento a que se hace referencia en el artículo anterior, debe ser abonado por todos los concesionarios, con independencia de la utilización o no que estos realicen del recurso hídrico*”. (Art. 2).

En los últimos años, el Departamento General de Irrigación ha disgregado formalmente en su presupuesto algunos conceptos que integran la cuota de sostenimiento, tales como la Red Telemétrica. Dichos ítems, si bien se discriminan específicamente en la facturación, se destinan a la actividad de administración general que debe ser afrontada con dicha cuota, y por ello debe

²⁵ Miguel Mathus Escorihuela, “La Administración Hídrica”, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2002, p. 55.

²⁶ Suprema Corte de Justicia, Sala I, in re “El Aguaray SA p/conc. prev. Hoy quiebra s/inc. de casa-ción”, sentencia del 27/10/2004, La Ley Gran Cuyo, T° 2005, p. 225, con nota de Mauricio Pinto, “Reconocimiento jurídico del valor económico del agua”.

entenderse que sustancialmente la integran, a pesar de su formal distinción.

- b) *Tasa por servicio*: algunos conceptos que afronta el usuario, constituyen tasas retributivas de servicios. Por ejemplo:
- a. La Prorrata de Cauce: es un monto variable que fija anualmente en su presupuesto la Inspección de Cauce. A diferencia de la cuota de sostenimiento, la naturaleza jurídica de este ítem constituye una “tasa” que se paga como contraprestación a un servicio que brinda la Inspección de Cauce.
 - b. La limpieza de cupos, cuando fuere realizada a través del presupuesto de la Inspección de Cauce de acuerdo con lo previsto en el Art. 144 LA, a cuyo comentario se remite.
 - c. Otras tasas: como los Trabajos con Equipos Mecánicos (TEM) Dique, o costos administrativos varios (visado de planos, notificaciones, etc), que son conceptos estipulados presupuestariamente por el DGI y exigidos a los usuarios beneficiarios de dichas prestaciones.
- c) *Contribución por mejoras*: la contribución por mejoras, es un recurso financiero o tributario que dispone el Estado, el cual consiste en la determinación del valor de la obra que debe tributar un propietario frentista por el mayor valor incorporado a su propiedad. Tal como su nombre lo indica, se contribuye en la medida del mayor valor que otorga la mejora al objeto imponible que es el inmueble. El monto a tributar requiere de dos elementos numéricos: el valor del costo de la obra, debidamente prorrateado; y el mayor valor incorporado que opera como tope o techo del o de los tributos similares²⁷. Abarca todos los pagos que realizan los usuarios para el financiamiento de las obras que los benefician. Entre ellos:
- a. Obras Menores: el Fondo Permanente de Obras Menores, que fuera creado originariamente por Ley 1420/41 y actualmente mantenido por el Decreto Ley 555/75, tiene por finalidad la construcción y mantenimiento de obras menores de riego, y se encuentra conformado con el

²⁷ Suprema Corte de Justicia, in re “Autotransporte El Trapiche S.R.L. Y Ots. / Municipalidad De Capital”, sentencia del 11/11/2002, Ubicación: S315-113.

aporte por hectárea y por año que realizan los concesionarios y permisionario de aguas públicas, entre otros. Las obras ejecutadas de conformidad con lo dispuesto por el referido decreto ley, deberán reembolsarse en un 80% de su valor por los usuarios beneficiados con la misma, en tanto el 20 % restante se considera obra de fomento.

- b. Obras Mayores: De acuerdo con el Art. 192 CP, para su ejecución se requieren autorización legislativa, la que puede ser expresa o tácita (como es el caso de la previsión presupuestaria o la autorización al endeudamiento dispuesta por la H. Legislatura). En estos casos, la contribución por mejoras en las propiedades beneficiadas, suele significar el reembolso del 60% del valor de la obra, en tanto el 40 % restante se considera obra de fomento, como -por ejemplo- se ha instrumentado en las obras practicadas a partir del Convenio Marco entre el DGI y la Provincia (ratificado por Decreto 592/97 y Resolución 657/97 HTA).
- c. Otras obras reembolsables: como las previstas en los Arts. 145, 148, 173 y 203 c LA.

Artículo 6: La policía de las aguas y sus cauces naturales o artificiales, riberas y zonas de servidumbre, la vigilancia para que las aguas no puedan afectar a la salubridad pública ni a la seguridad de las personas y bienes, estará a cargo de las autoridades creadas por esta ley.

A los fines de comentar el presente artículo, es necesario distinguir entre “policía” y “poder de policía”. La afirmación de un derecho -como forma jurídica de la libertad- importa, recíprocamente, la existencia de un deber, una carga o limitación a ese derecho. La limitación de los derechos individuales, en razón del interés público, se denomina policía y poder de policía²⁸.

La locución “poder de policía”, aparece en 1827 como “police power” en la jurisprudencia de la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de Norte América, a través de una sentencia del juez Marshall.

²⁸ Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, ob cit., p 435.

El poder policial refiere a la potestad de reglamentar el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes, mediante normas generales, abstractas, impersonales, y objetivas, con el fin de promover el bienestar general, y con sustento positivo en los artículos 14 y 28 de la Constitución Argentina²⁹.

La actual noción de “policía”, aparece en Francia a principios del siglo XV, mediante el dictado de unas ordenanzas reales de 1415, referidas a la prosperidad pública y al bienestar colectivo. Refiere a la función o actividad administrativa que tiene por objeto la protección de la seguridad, moralidad o salubridad pública, materializando en el caso concreto la norma abstracta que genera el poder de policía que procura en bienestar general³⁰.

En materia de aguas públicas, la facultad de “policía” de las aguas, cauces, riberas y zonas de servidumbre, es ejercida por Superintendencia General de Irrigación (Arts. 190 y 204 LA).

En tanto, el H. Tribunal Administrativo del Departamento General de Irrigación ejerce el poder de policía en materia de aguas, gozando del denominado *ius edicendi*³¹, admitiéndose en base al ordenamiento constitucional y legal vigente su facultad reglamentaria³² en la temática hídrica como una suerte de

²⁹ Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº IV, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p 508/515. Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, ob cit, p 436/437.

³⁰ Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº IV, ob cit, p 508/515. Agustín Gordillo, “Tratado de Derecho Administrativo”, Ed. Macchi, Buenos Aires, 1980, Tº II, p XII-19; Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, ob cit p 436/437.

³¹ Guillermo Cano, “Aspectos institucionales y jurídicos”, en Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL) y Consejo Federal de Inversiones (CFI), “Los Recursos Hidráulicos de Argentina”, Ed. CFI, 1969, Tº 7, p 606. Nedo Carlucci y Miguel Mathus Escorihuela, “La Administración del agua en Mendoza”, ob cit, p. 360.

³² Si bien en general la doctrina rechaza la idea de la delegación de facultades legislativas a órganos ajenos a las Legislaturas, la Corte Suprema de Justicia de la Nación in re “Laboratorios Anodai SA c/Gobierno Nacional”, Jurisprudencia Argentina, Tº 1968-III, ha aceptado la delegación de facultades normativas a órganos ejecutivos dentro de un ámbito cierto y determinado expresamente. Al respecto, Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº IV, ob cit, p 525, expresa que estos casos no implicarían una delegación en sí, sino la asignación de atribuciones de estatuir determinadas materias. La Ley de Procedimientos Administrativos de Mendoza, contempla dentro de la función administrativa el dictado de reglamentos con efectos jurídicos generales en forma directa. Jorge Sarmiento García y Guillermo Petra Recabarren, “Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza nº 3909 concordada y comentada”, Ed AVGVSTVS, 1979, Mendoza, p 9/11 y 117 /123, observan que dichos reglamentos no constituyen en sí el ejercicio de una función legislativa, y que abarcan tanto a los reglamentos de ejecución o reglamentarios de leyes, a los reglamentos delegados o de integración por habilitación legal, los reglamentos autónomos o sobre la base de las atribuciones constitucionales propias del ente administrador, y los reglamentos de necesidad y urgencia.

función legislativa en sentido amplio³³.

Conforme lo establece el artículo comentado, la facultad de "policía" se extiende no sólo a los bienes que conforman el dominio público hidráulico (agua, cauce, ribera interna); si no que también a la propiedad de los particulares ribereños en la extensión fijada como zona de servidumbre, y en lo demás aspectos en que dichas propiedades puedan afectar al dominio público, como es el supuesto de contaminación por industrias ribereñas.

En materia de aguas privadas, no obstante formar parte del patrimonio de los particulares, amparada por la garantía constitucional del Art. 17 CN, el DGI tiene facultades de "policía" pero, tal como lo expresa el presente artículo, para dictar "...disposiciones de carácter policial que sean necesarias para mantener en sus límites normales el ejercicio del derecho de propiedad...relacionadas con la sanidad, seguridad, etc"³⁴.

Artículo 7: Todas las obras de defensa, tomas y demás que reclame el servicio de las aguas, se sacarán siempre a licitación, pudiendo solamente hacerse por administración en los casos urgentes o cuando no se presenten licitadores.

Este artículo sienta el principio general referente a la "licitación pública" como sistema de contratación de las obras hidráulicas. Posteriormente, por Ley 4416 de "Obras Públicas", se repite el mismo principio rector y, excepcionalmente, se admiten contrataciones por licitación privada o concurso de precios. Asimismo, la Ley 3799 de "Contabilidad", sienta igual principio con relación a todas las contrataciones del Estado.

Por su parte, el Presupuesto del DGI, en aplicación del Art. 7 LA y en concordancia con las Leyes 3799 y 4416, suele contemplar para los supuestos de obras de reconocida "urgencia" y en caso de que estas revistan el carácter de "impostergable e imprescindible", la

³³ César Magnani, "Administración de las Aguas en la Provincia de Mendoza. Descentralización y participación de los usuarios como rasgos determinantes de la gestión hídrica de regadío", tesis, Mendoza, 1991, p 51.

³⁴ Miguel Marienhoff, "Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas", Ed. Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1939, p. 118.

posibilidad de contratar directamente su ejecución, sin otro requisito que tres cotizaciones.

Artículo 8: Todo Canal, acequia o desagüe que produzca filtraciones que puedan causar perjuicio a los edificios vecinos, deberá reformarse construyendo un acueducto impermeable, aunque guardase la distancia que establece la ley.

Artículo 9: El dueño de un canal, acequia o desagüe, deberá establecerlo a una distancia, por lo menos, de tres metros de la línea divisoria con el vecino.

Los Arts. 8 y 9 LA establecen una restricción administrativa al dominio, restringiendo su carácter absoluto al encauzarlo dentro del normal ejercicio que debe realizarse del mismo en aras del interés público.

Quizá una técnica legislativa más depurada hubiera incluido estas normas en el Título III LA, donde bajo la denominación de “servidumbres” se regulan restricciones dominiales de carácter administrativo vinculadas a las aguas.

El régimen que se comenta, establece que todo propietario debe efectuar su infraestructura hídrica a una distancia mínima de tres metros de su vecino, y aunque guarde esa distancia debe impermeabilizar dicha infraestructura si produce filtraciones perjudiciales; sin perjuicio de ello, la restricción debe interpretarse racionalmente de acuerdo con cada caso, y así, por ejemplo, se ha entendido inaplicable cuando la ubicación del cauce es anterior a la conformación del límite predial³⁵. Las presentes normas deben coordinarse con el Art. 64 LA, al que se remite.

Artículo 10: Las autoridades civiles, municipales o policiales, están obligadas a prestar a las de aguas, el más eficaz auxilio para hacer cumplir sus mandatos.

³⁵ Conrado Céspedes, Asesor Letrado del DGI, Dictamen del 24/01/1922 emitido en expediente 24869, publicado en *Departamento General de Irrigación*, “Dictámenes producidos por el ex Asesor Letrado Dr. Conrado Céspedes”, Ed. Luz y Arte, Mendoza, 1933.

La presente disposición, al igual que la contenida en el Art. 203 a), constituyen manifestaciones prácticas de la facultad de “policía de las aguas” que surge del Art. 6 LA, a cuyos comentarios nos remitimos.

En igual sentido, el Decreto 5432/63 establece la obligación para la autoridad policial de prestar auxilio inmediato a las autoridades de aguas para el desalojo de “intrusos “ que ocupen cauces, márgenes y obras de riego.

Título II

DEL DOMINIO DE LAS AGUAS

Bajo el título “*Del Dominio de las Aguas*”, el legislador mendocino ha agrupado una serie de normas jurídicas, muchas de las cuales, como ocurre con otros títulos de la ley, nada tienen que ver con la temática anunciada; es el caso del Art. 14 LA, por el que se consagra el principio de “inherencia” del derecho de agua al predio al que beneficia; o el Art. 27 LA que legisla sobre la suspensión del uso del agua o “corta”.

Mucho se ha discutido en doctrina en cuanto a si el “agua”, como elemento esencial para la vida humana, puede o no ser objeto del derecho de propiedad. Aquellos que se inclinan por la afirmativa, se preguntan a su vez qué alcance y característica tiene este dominio.

Sobre el particular, siguiendo a Marienhoff³⁶, entendemos que el agua en su condición jurídica de “cosa”, es decir, como “...objetos materiales susceptibles de tener un valor”. (Art. 2311 CC), es perfectamente posible de ser objeto del derecho de propiedad.

Por otra parte, la circunstancia de que el “agua” sea objeto del derecho de propiedad, en otras palabras, que pertenezca a una persona en particular o el Estado, no obsta a que todos los hombres, por su sola condición de tales, puedan satisfacer sus necesidades esenciales sin que se requiera autorización o permiso. Es lo que Marienhoff denomina “*derecho de la sed*” y que ha sido reconocido en los artículos 49,106,107 y 109 LA como “uso común”.

El recurso hídrico, desde un punto de vista legal, puede pertenecer al dominio privado, del Estado o de los particulares, o al

³⁶ Miguel Marienhoff, “Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas”, ob cit, p. 77.

dominio público. En este último caso lo será cuando esté destinada a la satisfacción de un "interés público" o "uso público".

La calidad de pública o privada de las aguas no depende de la naturaleza sino, por el contrario, de su "afectación" o "destino" realizado por el legislador a través de una ley formal, con fundamento en la conveniencia de que las aguas como factor de vida y progreso para los pueblos esté en manos de la autoridad³⁷. Es así como a pesar de que en el Derecho indígena -que surgía del *callpulli* azteca y del ayllu peruano- y en el Derecho de Indias, que rigió durante la colonia todas las aguas eran públicas³⁸; en el vigente derecho patrio que rige el mismo territorio desde finales del siglo XIX, existen aguas privadas (Arts. 2635, 2350 y 2637 CC; y Arts. 11, 30 y 40 LA).

La doctrina se ha dividido al discutir a quien corresponde la determinación de las cosas que pertenecen al dominio público o al dominio privado. ¿Al Estado Nacional o a las Provincias?

En materia de aguas, la opinión mayoritaria entiende que la autoridad competente para legislar tal asunto es el Estado Nacional, a través de los Códigos de fondo, en virtud de que se estaría en presencia de una facultad "delegada" por las Provincias al Estado Nacional a través del Art. 75 inc. 12 CN.

Marienhoff afirma en este sentido que es la Nación, en virtud de las facultades sobre legislación de fondo delegadas por las Provincias, a quien corresponde determinar los bienes que conforman el dominio público o el privado. Pero agrega mas adelante "*...el Código Civil nada tiene que hacer respecto al uso y goce de los bienes públicos. Esto es así no sólo porque tal materia pertenece al derecho público y no al derecho privado -que constituye el objeto del Código Civil-*

³⁷ Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re "Provincia de Buenos Aires c. Crédito Ferrocarrilero e Inmobiliario SA", sentencia del 15/06/1936, LL, T° 3, p. 250.

³⁸ Alberto Spota, "El dominio público sobre las aguas que corren por cauces naturales y sobre estos últimos", nota al fallo Cámara Civil 1° de la Capital Federal, in re "Obras Sanitarias de la Nación v. Sierburger Hnos", sentencia del 23/12/1941, JA, 1942, T° I, p. 894. Alejandro Vergara Blanco, "Derecho de Aguas", T° I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 105. Antonio Dugnac Rodríguez, "El Derecho de Aguas Indiano según Ambrosio Cerdán y Pontero", Revista de Historia del Derecho "Ricardo Levene", n° 30, Facultad de derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, Ed. Ciudad Argentina, 1995, p. 5. Alberto Spota, "Legislación de aguas en el Derecho Intermedio", LL, T° 2, sec. doc., p. 179.

*sino porque siendo este último una ley de la Nación, no podrá validamente contener normas sobre uso y goce de bienes públicos situados en las provincias, ya que entonces la Nación aparecería legislando sobre una materia ajena a su competencia*³⁹.

La posición minoritaria, en la que se enroló el Dr. Guillermo Cano, entiende, por el contrario, que no habiéndose delegado al Gobierno Federal las materias atinentes al derecho público y siendo de competencia de estas ramas del derecho la determinación de qué bienes son de naturaleza pública, es atributo provincial legislar sobre ellas⁴⁰. Con claridad conceptual razona el experto que *“una Provincia puede, en cualquier momento, dictar una ley disponiendo la expropiación de aguas del dominio privado, y su afectación al uso público, esto es, su transformación en aguas del dominio público”*⁴¹. Expresa así el Dr. Guillermo Cano *“Y no se diga que la clasificación del dominio es materia de derecho privado. Lo es, pero la del dominio privado, mas no la del dominio público, que hace a la esencia del derecho público, pues es su base fundamental”*⁴².

De lo expuesto se desprende entonces que las disposiciones contenidas en la Ley de Aguas relativas al “dominio de las aguas”, son contrarias a la noción mayoritaria sobre la facultad nacional de dividir el dominio público del privado. De no coincidirse con la teoría minoritaria que hemos expuesto a través del Dr. Cano, sería acertada la crítica que realiza Castello⁴³ al exceso del legislador mendocino por entrometerse en la definición del dominio.

No obstante ello, y a pesar de que se ha sostenido lo contrario⁴⁴, es necesario destacar que en esencia la Ley mendocina no se aparta de lo preceptuado originariamente por el Código Civil, creando un sistema mixto donde conviven las aguas públicas y las privadas.

³⁹ Miguel Marienhoff, “Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas”, ob cit, p. 113.

⁴⁰ Guillermo Cano, “La materia impositiva ante el Derecho Público Provincial”, Ed. El Siglo Ilustrado, Mendoza, 1935, p. 87. Guillermo Cano, “Estudios de Derecho de Aguas”, Ed. Valerio Abeledo, Mendoza, 1943, ps. 72 a 87.

⁴¹ Guillermo Cano, “Estudios de Derecho de Aguas”, ob cit, p. 78.

⁴² Guillermo Cano, “El Derecho de Aguas en el Anteproyecto de Código Civil, La Ley, Tº 7, sec. doc., p. 43.

⁴³ Manuel F. Castello, “Legislación de Aguas”, Ed. Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 1921, p. 399.

En consecuencia, aún si se adhiriere a la tesis mayoritaria referida, en la medida en que las normas sobre dominio de la Ley de Aguas no sean incompatibles con la legislación civil, y ayuden a dilucidar el sentido preciso de estas últimas, puede considerárselas a modo de “interpretación legislativa” que realiza el Estado provincial de la legislación de fondo⁴⁵.

Con la sanción de la Ley 17711, se modifica al Código Civil y se posibilita que las “aguas”, en su gran mayoría, pasen a formar parte del “dominio público”. Dicha posibilidad se logra a través de la modificación del Art. 2340 inc. 3 CC, el que declara como públicas a las aguas subterráneas, las que hasta ese momento pertenecían al propietario superficiario por aplicación del Art. 2518 CC. Sin perjuicio de ello, reconoce en el propietario del terreno la facultad de usar dichas aguas subterráneas si necesidad de concesión o autorización alguna, en la medida de su “*interés*”. En otras palabras, reconoce el derecho del superficiario de usar el recurso destinándolo a satisfacción de sus necesidades esenciales (uso común).

Esta cláusula, considerada una declaración genérica de “*utilidad pública*”⁴⁶, al modificar la naturaleza jurídica de un bien que hasta la sanción de la ley pertenecía al dominio privado de los particulares, no hizo más que reconocer la importancia del recurso hídrico subterráneo y acoger favorablemente la recomendación de la IV Conferencia de Abogados, realizada Tucumán (1936). En Mendoza, la Ley 4035 concreta en particular la afectación de las aguas subterráneas al dominio público provincial.

El uso especial de las aguas subterráneas, ha sido reglamentado en Mendoza a través de la referida Ley 4035, complementada por la Ley 4036, que atribuye al DGI las funciones de administrador del recurso hídrico subterráneo.

⁴⁴ Joaquín López, “Código de Aguas de la Provincia de Córdoba”, ob cit, Exposición de Motivos, p. 7

⁴⁵ Joaquín López, “Código de Aguas de la Provincia de Córdoba”, Ed. Secretaría de estado de Obras y Servicios Públicos de Córdoba, 1973, en Exposición de motivos, p. 17, y nota a los Arts. 131, 146 y 148.

⁴⁶ Luis Moisset de Espanes y Joaquín López, “Derecho de Aguas. Régimen transitorio y normas de conflicto”, Ed. Universidad Nacional de Córdoba, 1980, p. 13. Miguel Mathus Escorihuela y Amilcar Moyano, “La aptitud de las aguas para satisfacer usos de interés general como fundamento de su carácter de bien público”, Revista Idearium 8/9, Mendoza, 1982/1983, p. 233. Amilcar Moyano, “El valor actual o potencial de las aguas o de las aguas consideradas en si mismas como recursos”, CELA-INCYTH, Mendoza, 1985, p. 27.

Asimismo, siguiendo la inspiración del “Texto Único Italiano” de 1933, el Código Civil reformado agrega, luego de la enumeración de los bienes que conforman el dominio público hidráulico, que también son públicas “... *toda otra agua que tenga o adquiera la aptitud de satisfacer usos de interés general...*”.

A partir de ello, se habilita la posibilidad de hacer públicas las únicas aguas que subsisten como privadas en la norma civil, es decir:

- Aguas Pluviales caída en terrenos privados (Art. 2635 CC y Arts. 30 y 40 LA).
- Aguas de Vertiente que nacen y mueren dentro de la misma heredad (Art. 2350 CC y Art. 11 LA –a *contrario sensu*-).
- Aguas de Fuente que no formen cauce natural (Art. 2637 CC).

A los fines de aclarar los alcances de los términos “vertiente” y “fuente”, nuestra Suprema Corte ha manifestado: “*Es un error invocar los artículos 2350 y 2637 del Código Civil como normas que rigen fenómenos físicos idénticos. No se puede confundir al interpretar los dos textos legales las aguas que provienen de “fuentes” y las de “vertientes”. Si el agua brota desde abajo de la tierra, se debe denominar de “fuente”. Si baja de las laderas de las montañas por deshielo o precipitaciones pluviales debe llamarse “vertiente”*”⁴⁷, en forma coincidente con la opinión de Spota, Bridge, Cano y el Código de Aguas de Córdoba⁴⁸.

En Mendoza, a partir de la Ley 1920 existe un registro de aguas privadas complementario al registro de aguas públicas que se generó con el Art. 103 LA. Sin embargo, existe una anomalía por

⁴⁷ **Suprema Corte de Justicia**, in re “Ruiz de Correa Edith Y Otros En J: Ruiz de Correa Edith Y Otros / Sucesión de Antonio Olguín”, sentencia del 03/03/1952, Ubicación S051-268.

⁴⁸ **Alberto Spota**, “Tratado de Derecho de Aguas”, Tº II, Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1941, p. 460. **Alfredo Bridge**, “Estudios de Derechos de Aguas”, Tº I, Ed. CFI, San Juan, 1970, p. 70. **Guillermo Cano**, “Repercusión económica de la jurisprudencia en materia de aguas de fuente o manantiales”, JA, 1944-II, p. 280. **Joaquín López**, “Código de Aguas de la Provincia de Córdoba”, Ed. Secretaría de estado de Obras y Servicios Públicos de Córdoba, 1973, Arts. 151 y 153 y sus notas, p. 56 y 57. Sostienen que vertiente y fuente implican idéntica regulación **Miguel Marienhoff**, “Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas”, ob cit, p. 494; **Guillermo Allende**, “Derecho de Aguas con acotaciones hidrológicas”, Ed. EUDEBA, 1971, p. 287; **Joaquín López**, “El Derecho Federal de Aguas en la legislación federal argentina”, separata del tomo XXVI de “Anales”, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1987, p. 54.

la que aguas que son públicas están registradas y se gestionan como privadas, como es el caso de las vertientes que nacían y morían en una heredad que se ha subdividido y por ello ha cambiado la condición jurídica de las aguas, observando que al convertirse en públicas surge el problema del trámite concesional ante la Legislatura⁴⁹. También gran parte de las aguas registradas como de “vertiente”, en realidad no provienen de deshielo o precipitaciones pluviales sino de afloramientos.

Son aguas públicas:

- Mares, ríos y sus cauces, las aguas subterráneas, lagos navegables y toda otra agua que tenga o adquiera aptitud para satisfacer usos de interés general. (Art. 2340 CC y Arts. 11, 42 y 154)
- Lagos no navegables (Art.2349 CC y Arts. 45 y 46 LA).
- Aguas pluviales caídas en lugares públicos (Art. 2636 CC y Art. 32 LA).
- Aguas de vertientes que no nacen y mueren en la misma heredad (Art. 2350 CC) y las de fuente que forman cauce natural (Art. 2637 CC).

Conforme el esquema anteriormente expuesto, donde conviven aguas públicas y privadas, puede concluirse que en nuestra legislación prácticamente todas las aguas tienen el carácter de públicas, siendo lo contrario una excepción. Esta condición, como resulta obvio, no le viene dado por su “naturaleza” sino por su “afectación”. A los fines de dicha afectación al dominio público, el legislador ha tenido en cuenta su “importancia o escasez”, como es el caso de Mendoza y otras zonas áridas; o bien, por su “peligrosidad”, que justifican la intervención directa del Estado para prevenir los efectos dañosos o no queridos del recurso hídrico.

⁴⁹ Alejandro Von Der Heyde Garrigós, “Breves críticas a las disposiciones sobre las aguas en la Reforma del Código Civil”, LL, 1937, T° 6, sec. doc., p. 116. Guillermo Cano, “Reseña Crítica de Legislación y Administración de Aguas en Mendoza”, 1967, p. 34. Joaquín López, “Código de Aguas de la Provincia de Córdoba”, Ed. Secretaría de estado de Obras y Servicios Públicos de Córdoba, 1973, Art. 151 y su nota, p. 56.

En cuanto al titular de ese dominio, con la reforma introducida a la Constitución Nacional en 1994 ha quedado definitivamente resuelto que las aguas, al igual que los restantes recursos naturales, le corresponden originariamente a las provincias (Art. 124 CN).

Art. 11: El agua corriente es del dominio público, cuando no nace y muere dentro de una propiedad particular.

Como se adelantara en el comentario al título, la Ley de Aguas concuerda en gran medida, en materia de dominio, con las disposiciones contenidas en el Código Civil.

De esta manera, las “aguas corrientes”, definidas por Marienhoff como “...la sustancia líquida considerada con independencia del terreno sobre el cual corre...”⁵⁰, distinguiéndolas asimismo de las que el mismo autor denomina “estancadas” (lagos y lagunas), constituyen bienes perteneciente al dominio público provincial.

En contraposición a lo expresado, las aguas “corrientes” (ríos, arroyos, torrentes, etc.) pertenecerán al dueño del predio, cuando nazcan y mueran en el mismo fundo y –según el Art. 2350 CC- se trate de aguas de vertientes. Las demás aguas corrientes, resultan públicas en concordancia con los Arts. 2340 inc. 3 y 2637 CC.

Art. 12: El dominio público está limitado por el derecho que los particulares, propietarios de terrenos cultivados, tienen adquirido.

Art. 13: El derecho reconocido en el artículo precedente, es el de aprovechar el agua para el riego de los terrenos cultivados, o para otros objetos industriales, en la proporción y bajo las condiciones establecidas en la presente ley.

Conforme lo establece el Art. 2341 CC, no obstante que las “aguas corrientes” pertenecen al dominio público, el “uso y goce”

⁵⁰ Miguel Marienhoff, “Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas”, ob cit, p. 281.

de las mismas corresponde a los particulares, sometidos “... a las disposiciones de este Código y a las ordenanzas generales o locales”.

Cabe acotar que conforme a la distribución de poderes realizada en nuestra Carta Magna, “*Las Provincias conservan todo el poder no delegado por esta Constitución al Gobierno Federal y el que expresamente se hayan reservado por pactos especiales al tiempo de su incorporación*” (Art. 121 CN), por lo cual entendemos que las condiciones en que se otorgará el uso -y los consiguientes derechos y obligaciones de los concesionarios y/o permisionarios- es materia reservada por las Provincias.

El Art. 12 LA reconoce un límite a la disposición dominial a favor de quienes tenían derechos al uso de las aguas adquiridos con anterioridad a la Ley de 1884. Tales derechos adquiridos, para efectivizarse, debían inscribirse en el marco de los Arts. 17 y 103 LA. Esta limitación ha de extenderse incluso a los derechos que correspondan a concesionarios posteriores a 1884, derechos que integran el patrimonio de sus titulares (Art. 117 LA).

Por otra parte, no obstante el derecho reconocido por el Art. 12 LA en cuanto al uso concedido a los particulares, este no es ilimitado y se encuentra sometido en todo lo referente a su extensión y condiciones a lo dispuesto por el título de concesión, la ley y demás reglamentación que se dicte al efecto.

Art. 14: El derecho de aprovechamiento del agua, es inseparable del derecho de propiedad sobre todo terreno cultivado o que se cultive en la Provincia.

Art. 15: Todo contrato de agua destinándola a otro uso que aquel para el cual se hizo la concesión, es nulo; y los que lo ejecuten pagarán una multa de veinte a cien pesos m/n.

Los artículos precedentes, junto a los Arts. 24 y 25 LA, constituyen la aplicación práctica del principio de inherencia consagrado posteriormente en el Art. 186 de la vigente Constitución Provincial de 1916. El principio de inherencia del agua a la tierra, implica una adscripción entre ambas, de modo tal que los derechos sobre una y otra no puedan transferirse independientemente, sino *in solidum*⁵¹.

La Ley 430 reafirma dicho principio al establecer que “*las obligaciones impuestas por esta ley, pesan sobre toda la tierra a favor de la cual se acuerda el derecho de irrigación y las seguirán a objeto de hacerse efectivas en ellas*” (Art. 14).

Dicho principio, constituye un aspecto básico del ordenamiento jurídico provincial, y es un elemento fundamental para el desarrollo económico y social de nuestra provincia, en virtud de otorgar “seguridad jurídica” a todos aquellos que invirtieran en la tierra⁵², consideración que en la práctica puede extenderse a la infraestructura pública⁵³, garantizando el Estado la inamovilidad del derecho otorgado a esa tierra en desmedro de la unidad productiva e infraestructura pública generada. Este fin es esencial en lugares en que, como Mendoza, el derecho de agua tiene más valor que la tierra que beneficia⁵⁴.

Tal como se encuentra planteado en nuestra Carta Magna, el principio de inherencia implica la adhesión del derecho a la tierra o industria a favor de la cual ha sido concedida, de manera tal que cualquier acto jurídico (contrato, medidas cautelares, etc.) o material que pretenda separarlo, es nulo y de ningún valor.

⁵¹ **Juan Antonio Batista Medina**, “Respondiendo a la escasez del agua de riego: cambio institucional y mercado de agua. Estudio de un caso en las Islas Canarias”, en Revista Española de Economía Agraria, n° 175, enero-marzo 1996, p 172.

⁵² **Telma Ofelia Mató de Castro**, “El agua para regadío y la inherencia al terreno”, Ed Departamento General de Irrigación, Mendoza, 1994, p 2

⁵³ **Mauricio Pinto**, “Mercados de agua y su posible implementación jurídica”, La Ley Gran Cuyo, Ed. La Ley, T° 2004, p. 87, observa que el principio de inherencia impide que derechos de aguas concedidos en determinadas áreas sean reasignados a otras, quedando obsoleta o inútil la infraestructura pública construida para el área de regadío original.

⁵⁴ **Mauricio Pinto**, “Reconocimiento jurídico del valor económico del agua”, La Ley Gran Cuyo, T° 2005, p. 225.

Reconoce como única excepción el Art. 123 LA, por el que se admite la reubicación del derecho en otro predio, siempre que el beneficiado se encuentre improductivo por causa de encenegamiento.

No obstante la rigidez con que en ciertas oportunidades se ha interpretado y aplicado el mentado principio –lo que analizamos en mayor detalle al comentar el Art. 123 LA-, actualmente se tiende a morigerar dicha interpretación sin que se llegue a su derogación.

En este sentido se ha expresado: “...que aún cuando no se modifique dicha cláusula constitucional, la misma observa en concordancia con el principio reglamentario que fija el artículo 28 de la Constitución Nacional, la posibilidad de limitar legislativamente el principio de inherencia, pudiéndose establecer normas generales de flexibilización al mismo o excepciones en orden a una mejor gestión hídrica”.⁵⁵

Otra norma que permite una aparente excepción al principio de inherencia es el Art. 26 LA, que autoriza a transferir agua temporalmente de una propiedad a otra dentro del mismo canal, cuando las necesidades de regadío así lo exijan. Entendemos que este caso, que se analizará con mayor detalle al comentar el Art. 26 LA, no es una excepción al régimen de la inherencia, ya que no se produce un divorcio entre el derecho al uso del agua y la propiedad beneficiada por ella; el título jurídico “concesión”, sigue adscripto a la propiedad que beneficia y lo único que se traslada momentáneamente es la dotación de agua que el mismo implica.

Art. 16: El derecho al aprovechamiento del agua se pierde por el abandono de su ejercicio durante más de cinco años, que principiarán a contarse desde el momento en que el concesionario esté en aptitud de usarlo.

Concordantemente con el Art. 16 LA, la Ley 322 dispone en su Art. 30 que, al otorgarse una concesión, se fijará en cada caso el término dentro del cual debe aprovecharse, bajo pena de caduci-

⁵⁵ Mauricio Pinto, “Mercados de agua y su posible implementación jurídica”, ob cit, p. 87.

dad. Este término no podrá exceder de dos años contados desde la fecha de la concesión. Igualmente, el Art. 125 LA dispone que las concesiones de aprovechamiento de agua caducarán por no haberse cumplido las condiciones y plazos con arreglo a los cuales hubiesen sido otorgadas.

La caducidad de la concesión, constituye la máxima sanción que prevé el ordenamiento jurídico provincial, ante el incumplimiento de ciertas obligaciones que pesan sobre el concesionario.

Obvio es que, tratándose de una provincia de clima árido y con un recurso hídrico escaso, donde la concesión o permiso de uso de agua pública constituye un verdadero "privilegio", otorgado por el interés general en la producción particular, la falta más grave en la que puede incurrir el concesionario es el "no uso" del recurso.

En efecto, no obstante que la concesión o permiso de uso se otorga en beneficio directo o inmediato de los particulares, es de interés público el desarrollo que implica la adecuada y eficiente utilización de los bienes pertenecientes al dominio público provincial. Este mismo razonamiento es expresado al comentar los Títulos III y IV, para fundamentar la existencia de servidumbres administrativas en beneficio de predios particulares.

El otorgamiento de una concesión implica, un derecho diferenciado por parte del particular respecto a un bien público, estando de por medio también un beneficio común, que puede verse afectado ante el incumplimiento de la finalidad que tuvo en miras la Administración al otorgarla. De aquí deviene la facultad de esta última para decretar, a título de sanción, la caducidad de la concesión en dichos casos. La sanción comentada constituye, la expresión de la facultad de "Policía de las Aguas" que la Ley acuerda al Superintendente General de Irrigación a través de los Art. 6, 10 y 190.

Para que la sanción sea legítimamente impuesta, es necesario que el "no uso" del recurso le sea imputable al particular, ya que la Ley expresamente establece que los cinco años comenzarán a computarse desde que el concesionario esté en aptitud de usarlo. Asimismo, resulta necesario, a los fines de hacer efectiva la garan-

tía constitucional del debido proceso, otorgar al concesionario la posibilidad de ser escuchado como paso previo a resolver la caducidad del derecho.

Si bien existe la opinión de que este plazo fue suspendido por la Ley 930⁵⁶, coincidimos con la opinión mayoritaria en cuanto a que esta norma estableció solamente una prórroga de cinco años para la vigencia de las concesiones que a ese momento (1927) estaban en condición de caducidad por no uso, pero de ninguna manera abolió la causa de caducidad prevista en el Art. 16 LA⁵⁷.

Art. 17: Tendrán derecho de aprovechamiento indefinido todos los terrenos cultivados que, a la fecha de la presente ley, existan en la provincia, y las concesiones que se empadronen con el arreglo a la misma. Si de la distribución que se haga de las aguas del Río Mendoza conforme a esta ley para los terrenos actualmente cultivados resultase un sobrante, se destinará éste para el regadío de las tierras situadas al Oeste de la ciudad, al objeto exclusivo del cultivo de la vid y con derecho de aprovechamiento definitivo e indefinido.

La presente disposición tuvo por objeto respetar los usos existentes al tiempo de la sanción de la ley y se complementa con el Art. 103 LA, por el que se concedió un plazo de seis meses a todos los propietarios de terrenos cultivados, para denunciar los mismos otorgándoles una concesión genérica en forma automática.

Dichos usos anteriores a la Ley de Aguas de 1884, surgían de las “mercedes” que otorgaba la Corona sobre las aguas de su *iura regalia*⁵⁸, y posteriores concesiones durante el periodo interme-

⁵⁶ Guillermo Cano, “Reseña Crítica de Legislación y Administración de Aguas en Mendoza”, Ed. Del Autor, Mendoza, 1967, p. 22

⁵⁷ Joaquín López, “Mejoras en la legislación a corto plazo”, en Congreso “El agua y el futuro de la Economía Regional”, documento de trabajo sobre aspectos jurídicos e institucionales, Mendoza, 08 al 14 /02/1976, p. 43; Miguel Mathus Escorihuela y Delia Mercedes Zavala, “La legislación de aguas en Mendoza. Estado actual y mejoras a largo plazo”, ob cit, p. 50.

⁵⁸ Alejandro Vergara Blanco, “Derecho de Aguas”, Tº I, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 123.

⁵⁹ Guillermo Cano, “Régimen Jurídico Económico de las Aguas en Mendoza. Durante el periodo intermedio (1810-1884)”, Ed. García Santos, Mendoza, 1941, p. 39

dio⁵⁹. Con la implementación del presente artículo, se reconocen los derechos adquiridos durante el periodo colonial e intermedio, y se permitió, además, legitimar los usos de hecho.

En cuanto a la segunda parte del artículo comentado, por la que se impone la obligación de destinar los sobrantes a la zona oeste de la ciudad, se encuentra derogado por imperio del Art. 195 CP, que establece que en caso de existir “sobrantes”, “... el Departamento de Irrigación, previo los estudios del caso, determinará las zonas en que convenga ampliar los cultivos, remitiendo los antecedentes a la Legislatura, para que ésta resuelva por el voto de la mitad más uno de los miembros que componen cada Cámara, si se autoriza o no la extensión de los cultivos”.

Art. 18: Fuera de los terrenos expresados en el artículo anterior, es absolutamente prohibido aumentar los derechos de aprovechamiento indefinido con agua del Río Mendoza.

Esta disposición, como en el caso anterior, se encuentra íntimamente vinculada al Art. 194 CP, que impone como condición para el otorgamiento de “concesiones definitivas” (o indefinidas, como también las llama la Ley de Aguas) el previo “aforo” de los ríos. Aunque en este caso sólo se refiere al Río Mendoza, resulta por analogía de aplicación a todos los demás ríos de la provincia.

Cabe aclarar que “aforo” no es un término unívoco, mientras que para las ciencias hidráulicas refiere a la simple medición de caudales, desde el texto legal alude a la meritución de la oferta que surge de esas mediciones en razón de la demanda actual y potencial. Sobre este aspecto, debe atenderse el Art. 122 LA y su comentario.

No obstante que, el DGI ha realizado el “aforo”-medición de caudales- en los distintos ríos provinciales en forma constante desde hace casi un siglo, y que ha realizado ciertos estudios⁶⁰ de la

⁶⁰ Departamento General de Irrigación, “Evaluación y priorización de proyectos de modernización de las áreas de manejo del Río Mendoza”, Ed. D.G.I., Mendoza, 1997. Departamento General de Irrigación, “Caracterización y evaluación de las áreas de manejo del Río Mendoza”, Ed. D.G.I., Mendoza, 1997. Departamento General de Irrigación, “Programa de Inversiones prioritarias en el sistema de riego del río Mendoza”, Ed. D.G.I., Mendoza, 1997. Como trabajos más recientes, estudios realizados por el DGI bajo el Programa PNUD/FAO-ARG-008.

oferta bruta y neta del recurso y la demanda zonal en cada cuenca, en ningún caso ha existido acto administrativo formal declarando cumplido el aforo, con lo cual las concesiones que se otorgan tienen el carácter de “eventual”.

Si bien el legislador quiso distinguir las concesiones “definitivas” de las “eventuales”⁶¹, tema que se desarrolla al comentar los Arts. 20 a 23 LA, lo cierto es que ambas clases de concesiones están condicionadas a la disponibilidad del agua, ya que en todos los casos la concesión de uso de agua pública es un negocio jurídico “aleatorio” que depende de la riqueza o pobreza de agua que otorga la naturaleza en cada año hidrológico, tal como se analiza en el comentario al Título V y a los Arts. 56 y 124 LA.

Teóricamente, las concesiones eventuales deberían recibir su dotación una vez satisfechas las definitivas. Sin embargo, en la práctica ambos tipos de concesiones se encuentran físicamente intercaladas, lo que torna material y socialmente imposible su cumplimiento, mediante el abastecimiento de sólo algunas propiedades de cauce. La solución al problema se logró a través de la Ley 712 y la Acordada del 5 julio del año 1929, emanada del H. Tribunal Administrativo, que estableció un suministro simultáneo de ambas concesiones, aunque con una dotación menor a los derechos eventuales (de acuerdo con la antigüedad, las concesiones eventuales deben recibir entre el 40% y el 80% de la dotación correspondiente a una concesión definitiva). Sobre esta situación, que contraría el original principio legal, se ha expresado que “*no es repugnante a la sistemática del derecho de aguas mendocino la existencia del derecho eventual equiparado por las leyes anteriores comentadas (n° 430, 712, 804 y 930) al derecho definitivo de riego*”⁶², y que se justifica por la perturbación al orden público que se generaría al negar todo suministro a los derechos eventuales mientras se estuviera abasteciendo a los definitivos⁶³.

⁶¹ Mauricio Pinto, “Transformación de derechos de uso de agua eventuales en definitivos en el régimen jurídico mendocino”, La Ley Gran Cuyo, T° 2001, p. 575.

⁶² Suprema Corte de Justicia, en autos n° 32.113 caratulados “Morales Ramón R c/Departamento General de Irrigación”.

⁶³ Guillermo Cano, “Reseña crítica de la Legislación y Administración de Aguas en Mendoza”, ob. cit., p. 28.

Art. 19: No podrán hacerse concesiones de agua, con derecho de aprovechamiento indefinido, en perjuicio de derechos adquiridos.

Esta disposición, que se comenta constituye una aplicación de la "cláusula sin perjuicio de terceros", cuya inclusión se considera insita en toda concesión o permiso de uso de agua pública, y que también se encuentra presente en el texto de los Arts. 21, 22, 23, 105, 118, 128, 135, 137, 183 inc. 2) LA y en el Art. 194 CP.

La cláusula en cuestión, tiene su fundamento en el viejo axioma romano "*prior tempore, prior iure*", receptado en los Arts. 953 y 1195 del Código Civil e implica que, otorgada una concesión por el Estado, las ulteriores concesiones no pueden ser en menoscabo de aquella.

El perjuicio a que se refiere la norma, comprende todos los supuestos en que una concesión puede lesionar derechos de terceros, en la medida en que este sea real y efectivo, es decir, descartando el simple "temor", debiendo ser probada su existencia en forma fehaciente. No obstante lo expresado, no se requiere que este perjuicio sea material, bastando que sea jurídico.

Art. 20: Entiéndase por derecho de aprovechamiento eventual el que sólo existe con las intermitencias debidas a la carencia o la disminución del agua.

Art. 21: Estos derechos serán considerados en el orden de su antigüedad.

Art. 22: Los derechos de aprovechamiento eventual no pueden nunca perjudicar a los que tienen o tengan derecho de aprovechamiento definitivo o indefinido.

Art. 23: No podrán hacerse en adelante concesiones de agua que reduzcan la de los que tengan adquiridos derechos de aprovechamiento definitivo a menos cantidad que la establecida en los artículos 17 y 18 para los terrenos cultivados con agua del Río Mendoza.

La Ley de Aguas de 1884, determinó la obligación de todo propietario de un terreno con derecho en uso actual y efectivo (“cultivado”) de presentarse ante la Autoridad Hídrica, a fin de hacer registrar el número de hectáreas cultivadas y obtener el correspondiente título por el número de hectáreas que justifique tener. Estos usos dieron lugar a las denominadas concesiones “definitivas”, las que tienen derecho a ser servidas en todo tiempo, sin consideración a la antigüedad de su otorgamiento⁶⁴.

Fuera de los derechos preexistentes a la Ley de Aguas 1884, todo el que quiera aprovechar el agua pública deberá contar con expresa concesión de autoridad competente (Art. 110 LA), no pudiendo otorgarse nuevas concesiones o reconocerse derechos en perjuicio de los derechos adquiridos en forma preexistente, por lo que en los Art. 18, 19, 22, 23, 105, 118 y 129 LA se prohíbe el otorgamiento de nuevas concesiones salvo a título eventual. Estas concesiones “eventuales”, a diferencia de las descritas en el párrafo anterior, sólo pueden ser servidas con las intermitencias debidas a la carencia o la disminución del agua (Art. 20 LA), y por ello se suministrarían una vez abastecidas las “definitivas”⁶⁵. Dentro de las concesiones eventuales, el orden cronológico de otorgamiento debería brindar la preferencia de suministro (Art. 21 LA).

De esta forma, surge la distinción legal entre los actuales usuarios del agua en Mendoza: quienes presentan un derecho de agua que se remonta a la sanción de la ley de 1884, son titulares de

⁶⁴ Guillermo Cano, “Reseña Crítica de la Legislación y Administración de Aguas de Mendoza”, Ed. del autor, Mendoza, 1967, p. 27. Mauricio Pinto, “Transformación de derechos de uso de agua eventuales en definitivos en el régimen jurídico mendocino”, La Ley Gran Cuyo, T° 2001, p. 575.

⁶⁵ Guillermo Cano, “Reseña Crítica de la Legislación y Administración de Aguas de Mendoza”, ob. cit., p. 27

carácter “definitivo” y gozan de la prerrogativa jurídica de ser servidos con preferencia a los otorgados con posterioridad, y quienes presentan un derecho “eventual” sobre aguas públicas, que deben ser servidos sin perjudicar a los derechos definitivos⁶⁶.

Tal como se comentó al analizar el Art. 18 LA, en la actualidad tanto los derechos definitivos como los eventuales son suministrados simultáneamente, aunque con un coeficiente diferencial.

Art. 24: Todo contrato sobre un terreno cultivado comprende también el derecho de agua correspondiente al mismo.

Art. 25: El derecho de agua no puede ser embargado ni enajenado, si no juntamente con el terreno para que fue concedida.

Los Arts. 24 y 25 LA resultan aplicación práctica del principio de “inherencia” comentado en el Art. 14 LA, al que se remite para su consideración.

Art. 26: El agua en uso perteneciente a una propiedad puede transferirse temporalmente durante los turnos a otra propiedad cultivada que esté bajo el regadío del mismo canal, cuando las necesidades del cultivo lo requieran y fuese solicitado por el interesado.

El presente artículo comúnmente ha sido confundido como una excepción al “principio de inherencia” comentado en el artículo 14 LA, no obstante lo cual, como se expondrá a continuación, lo que se solicita no es la “reubicación” del derecho sino el traspaso provisorio y temporario del “turno”.

Cabe aclarar que, como se verá al comentar el Art. 122 LA, si

⁶⁶ Mauricio Pinto, “Transformación de derechos de uso de agua eventuales en definitivos en el régimen jurídico mendocino”, La Ley Gran Cuyo, Tº 2001, p. 575.

bien la Ley de Aguas adopta un sistema volumétrico de entrega de la dotación, que combina tres variables (volumen-tiempo-superficie), establece también el sistema de “turnado” para los supuestos de escasez extraordinaria, lo que en la práctica se ha transformado en la regla. El Art. 26 LA autoriza a aplicar dicho turno a una propiedad distinta a la que corresponde.

El artículo que se comenta ha sido primeramente reglamentado por la Resolución N° 160/64 de Superintendencia, la que estableció los requisitos que deben acreditarse para que sea procedente el traspaso: *1. Que el inmueble pertenezca al mismo propietario o propietarios, exclusivamente; 2. Que la transferencia no perjudique derechos de otros regantes ni la racional distribución de las dotaciones; 3. Que el agua pueda llegar físicamente a la propiedad cuyo riego reforzará; 4. Cuando el agua deba transferirse a otra hijuela del mismo canal bajo la administración de otra Inspección, y éstas con anuencia de la mayoría de los regantes acuerden el consentimiento y se cumplan las condiciones de los apartados 1) y 3); 5. En toda solicitud deberá tomar intervención la Subdelegación de zona, debiendo el regante especificar los turnos en que usará el agua, y el permiso, de ser precedente, deberá limitarse a la fecha del turno que se indique, sin que en ningún caso tenga otro alcance; 6. En la solicitud deberá expresarse las razones del pedido que será atendible exclusivamente: a) para reforzar el riego de almácigos, sementeras de hortalizas, nuevas plantaciones de vid y frutales; 7. En ningún caso se acordará el permiso cuando la superficie del inmueble sea mayor que el derecho de agua y se compruebe la preparación de más tierras para efectuar nuevas plantaciones que excedan el derecho de agua; 8. Las Subdelegaciones llevarán un registro de los pases de turno concedidos y que se ajusten a la presente, debiendo dejarse constancia si hubiere transgresión a lo dispuesto, para tenerlo como antecedente.*

Con basamento en la norma comentada, la Resolución 286/95 HTA introdujo el llamado “Registro de Uso de Agua” (RUA), cuyo régimen de funcionamiento ha sido actualizado por Resolución 323/99 HTA. El mismo, constituye un sistema de reasignación temporaria de dotaciones hídricas excedentes, en el que se consignan los pedidos de suspensión de las concesiones de usuarios que no realizarán uso de su derecho de agua durante un período determinado (la resolución contempla de tres a doce meses), y los peti-

cionantes que desean hacer uso de dichos volúmenes de agua disponibles. La implementación de este “banco de aguas” establece un mecanismo de reasignación hídrica de efecto temporal que, al suspender y no trasladar los derechos de agua, convive con el principio de inherencia del agua a la tierra en su modalidad vigente⁶⁷.

Art. 27: Sólo podrá suspenderse el uso del agua en los casos siguientes:

- 1° Cuando sea necesario hacerse algún trabajo en el canal de su servicio, apertura de desagües o arreglo de compuertas.
- 2° En los casos de derrumbe del canal o abandono de la toma.
- 3° Como pena impuesta por la Superintendencia, el Subdelegado de Aguas o los inspectores de canales o hijuelas, a los que incurran en mora en el pago de los impuestos que le correspondan, no cumplan con la apertura de los canales o las hijuelas particulares, no satisfagan el valor de los trabajos que por disposición de esta ley deberán practicarse por cuenta de los interesados en canales, hijuelas o desagües, o carezcan de compuertas.

Art. 28: Los trabajos a que se refiere el inciso 1° del artículo anterior, deberán hacerse siempre en la época en que menos perjudique la privación del agua, y dándose aviso a los interesados con ocho días de anticipación.

El Art. 27 LA prevé la suspensión de la dotación en dos supuestos: por un lado, los incisos 1 y 2, cuando es necesario para realizar el mantenimiento y conservación de los cauces de riego, al que también se refiere el Art. 28; y por otro lado el inciso 3, agregado por Ley del 27/11/1889, donde la “corta” de agua se impone como sanción.

En función del primer caso, una vez al año, entre los meses de

⁶⁷ Mauricio Pinto, “Mercados de agua y su posible implementación jurídica”, La Ley Gran Cuyo, T° 2004, p. 87

junio/julio, se realiza una corta anual, dejándose sin agua los canales por un período en el que se realizan las obras de infraestructura y mantenimiento. Durante este lapso de tiempo se procede, por parte de la Inspecciones de Cauce, a la denominada limpieza de “cupos” a la que se refiere específicamente el Art. 144 LA.

El inciso tercero, por su parte, prevé el supuesto de no pago del tributo y el incumplimiento de otras obligaciones a cargo de los concesionarios (limpieza de cupos, instalación de compuertas, etc.). Estos incumplimientos de condiciones propias de la concesión, facultan a la Administración a suspender el suministro de agua y demás obligaciones a su cargo, ya que las obligaciones del concedente están sujetas al cumplimiento de las cargas de la concesión, siendo este un principio básico no sólo en el derecho público sino también en el privado (Art. 1201 CC)⁶⁸.

En cuanto al tributo, el pago del mismo en tiempo y forma resulta indispensable a los fines de garantizar los principios sobre los que asienta la Administración del recurso hídrico: autosuficiencia, equidad y eficiencia.

El primero de estos principios, implica la aplicación de la regla “beneficiario-pagador”. Quien se beneficia con el uso especial de un bien del “dominio público”, es quien debe asumir su costo. Si el agua es la “materia prima” fundamental de la producción, el beneficiario debe asumir el costo del mantenimiento y administración de la red hídrica. En Mendoza, la autosuficiencia es una realidad ya que la red de riego se mantiene exclusivamente con el aporte que realizan aquellos que se benefician con la misma, sin recibir subsidios u otro tipo de aportes del Gobierno Provincial.

La equidad supone que todos paguen. En tanto la eficiencia impone asignar el recurso hídrico a la producción.

En una provincia como Mendoza, donde el recurso hídrico constituye un bien estratégico para el desarrollo social y económi-

⁶⁸ Joaquín López, “Ley de Aguas. Artículo 27 inc. 3. Aspecto Jurídico”, en Revista Agua, n° 4-5, noviembre 1960, Ed. Departamento General de Irrigación, p. 19.

co, el “regante moroso” se transforma en un elemento perjudicial a la comunidad de usuarios, ya que unos pocos deben pagar el servicio que beneficia a todos. A mayor abundamiento, baste recordar las palabras de Von Der Heyde Garrigós, en su comentario al proyecto de Código de Aguas para la Provincia, elaborado por los Dres. Marienhoff, Corti Videla y el Ing. Ivanisevich: “*El contribuyente moroso es el elemento más antisocial que cabe en un conjunto de regantes. Es un parásito que hace gravitar el costo del agua que recibe o de la concesión que no usa y no renuncia sobre sus colegas*”⁶⁹.

Por su parte, Joaquín López ha observado que “*el regante moroso usa las obras que los demás pagan beneficiándose con la notoria desvalorización de la moneda, priva a la administración de los cauces de realizar las obras proyectadas por falta de fondos y hace que la falta de pago haga necesario elevar la prorrata para contar en los presupuestos con el dinero en caja para pagar las obras que se construyen. Es una rémora que hay que terminar con medidas efectivas y funcionales*”⁷⁰.

En cuanto a la Autoridad con competencia para imponer la sanción, por tratarse de una manifestación de la facultad de “policía” de las aguas, la misma puede ser impuesta tanto por el Inspector de Cauce, Subdelegado o Superintendente. Asimismo, como en toda sanción, previo a su imposición deberá asegurarse a los particulares el cumplimiento de la garantía constitucional del “debidó proceso” (Art. 18 CN). El procedimiento de la “corta de suministro”, se encuentra reglamentado por la Resol. N° 88/92 y su modificatoria Resolución n° 999/04, ambas de Superintendencia.

Art. 29: El agua podrá emplearse como fuerza motriz, con tal de no perjudicar a la agricultura.

El presente artículo constituye otra manifestación de la cláusula “sin perjuicio de terceros”, por la cual ninguna nueva concesión que se otorgue podrá perjudicar a aquellas otorgadas cronológicamente

⁶⁹ Alejandro Von Der Heyde Garrigós, “Breves críticas al Proyecto de Código de Aguas para la Provincia de Mendoza de 1940”, J.A., 1941, T° 75, sec. doc., p. 32.

⁷⁰ Joaquín López, “Ley de Aguas. Artículo 27 inc. 3. Aspecto Jurídico”, ob cit, p. 21.

antes, más aún cuando se trata de un uso prioritario y relevante como es el uso agrícola frente a la generación de energía hidroeléctrica (Art. 115 LA). Téngase presente que al tiempo de la redacción de la Ley de Aguas (año 1884), el riego constituía el uso más importante y que más beneficios económico ofrecía a la Provincia.

Ha de atenderse la coordinación de la presente norma con los Arts. 29, 49, 112, 115 y 130 LA, Art. 29 de la Ley 322, y las Leyes 6497 y 6498.

Art. 30: Pertenecen al dueño de un predio las aguas pluviales que caen en el mismo mientras discurren por él.

Podrá, en consecuencia, construir dentro de su propiedad, estanques, represas o aljibes, donde conservarlas al efecto, o emplear cualquier otro medio adecuado, siempre que con ello no cause perjuicio al público ni a tercero.

Art. 31: Se reputan aguas pluviales, para los efectos de esta ley, las que proceden inmediatamente de las lluvias.

Art. 32: Son del dominio público las aguas pluviales que discurren por barrancas o ramblas cuyos cauces sean de dominio público.

Como se expresara en el comentario al Título II, en materia de dominio de las aguas el legislador provincial no se aparta de los conceptos definidos por el Código Civil, sino que –en su caso– los complementa interpretativamente.

Con relación a las aguas pluviales, en su carácter de accesorias al bien inmueble en que precipitan⁷¹, siguen la suerte de éste, de

⁷¹ Guillermo Allende, "Derecho de Aguas con acotaciones hidrológicas", Ed. EUDEBA, 1971, p. 303. Miguel Marienhoff, "Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas", ob cit, p. 248.

manera tal que serán privadas si caen en fundos de particulares; en tanto ostentarán el carácter de públicas cuando el bien inmueble en donde precipitan pertenece al dominio público, tal como surge de los Arts. 2635 y 2636 CC, o cuando ingresan al dominio público que sobre los cauces imponen los Arts. 40 a 42 LA, en concordancia con los Arts. 2340 y 2577 CC.

Art. 33: Pertenecen al dueño de un predio en propiedad las aguas subterráneas que en él hubiese adquirido por medio de pozos ordinarios.

Art. 34: Todo propietario puede abrir libremente pozos ordinarios para elevar aguas dentro de sus fincas.

Art. 35: Para la apertura de pozos ordinarios deberá guardarse entre las poblaciones la distancia de cinco metros entre pozo y pozo, y la de veinte metros en la campaña, entre la nueva excavación y los pozos, estanques, puentes o acequias permanentes de los vecinos.

Art. 36: Se entiende por pozos ordinarios, para los efectos de esta ley, aquellos que se abren con el exclusivo objeto de atender el uso doméstico y necesidades ordinarias de la vida, y en los que no se emplea en los aparatos la extracción del agua otro motor que el hombre.

Art. 37: Cuando se busca el alumbramiento de aguas subterráneas por medio de pozos artesianos, por socavones o galerías, el que las hallase o hiciese surgir a la superficie del terreno, será dueño de ellas a perpetuidad, sin perder su derecho aunque sal-

gan de la finca donde vieron la luz, cualquiera sea la dirección que el alumbrador quiera darles, mientras conserve su dominio.

Art. 38: Si el dueño de las aguas obtenidas por los medios expresados en el artículo anterior, no construyese acueductos para conducir las por los predios inferiores que atravesasen, y las dejase abandonadas a su curso, los dueños de los predios inferiores tendrán el derecho de aprovechamiento eventual de esas aguas.

Art. 39: El derecho de aprovechamiento eventual puede consolidarse, en el caso precedente, por el uso no interrumpido durante diez años.

Si bien cierta doctrina consideraba que antes de la Ley 17.711 las aguas subterráneas eran públicas, en cuanto los acuíferos resultaran equiparables a cauces subterráneos⁷², entendemos que tanto el Código de Vélez (Arts. 2314 y 2518 CC)⁷³, como la legislación hídrica mendocina de 1884 (Art. 33 a 39 LA)⁷⁴ coincidieron en otorgar el carácter privado a las aguas subterráneas.

Tal como se expresó, en el comentario al Título, por imperio de la redacción del Art. 2340 inc. 3 CC que impuso la Ley 17711, y la afectación realizada por la Ley 4035, las aguas subterráneas son públicas. Las Leyes 4035 y 4036, dictadas luego de la Ley 17.711, expresamente derogaron hace más de tres décadas los artículos 33 a 39 LA (Art. 42 Ley 4035), y procuraron superar el problema de ineficiencia del inaplicado Reglamento de Perforaciones (Resolución 451/53 HTA)⁷⁵.

⁷² Alberto Spota, "Tratado de Derecho de Aguas", Tº II, ob cit, p. 516.

⁷³ Miguel Marienhoff, "Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas", ob cit, p. 594. Alfredo Bridge, "Criterios sobre el dominio superficiario y la propiedad del agua subterránea", Ed. CRAS, publicación 006, San Juan, 1972, p. 8. **Suprema Corte de Justicia de la Nación**, in re "Provincia de Mendoza v. Cía. de Ferrocarriles Gran Oeste Argentino y Bs. As. al Pacífico", sentencia del 12/05/1924, Fallos, 140:282. **Suprema Corte de Justicia de la Nación**, in re "Seleme v. Provincia de Catamarca", Fallos, 180:172.

⁷⁴ Guillermo Cano, "Estudios de Derecho de Aguas", ob cit, p. 177.

⁷⁵ Exposición de Motivos de la Ley de Aguas Subterráneas, en Hugo A. Mattiello, "Regimen legal de aguas subterráneas", Ed. CELA - INCYTH, Mendoza, 1973, p. 8. Mauricio Pinto, "Eficacia del Régimen

Art. 40: El álveo o cauce natural de las corrientes continuas formadas con aguas pluviales, es el terreno que aquellas cubren durante sus avenidas ordinarias en las barrancas o ramblas que le sirven de recipiente.

Los Arts. 40 y 42 LA son transcripción literal de los Arts. 28 y 30 de la Ley Española de 1879, en la que se inspiró el legislador mendocino. Sin embargo, el Art. 41 LA –como veremos- se separa de tal fuente.

Tanto el Art. 40 LA como el Art. 43 LA, definen lo que es el álveo o cauce, estableciendo que el mismo es el espacio cubierto por las “avenidas” o “crecientes ordinarias”. Este álveo o cauce pertenece al dominio público, en concordancia con el Art. 2340 inc. 3 CC.

Sobre este tema, caben los mismos comentarios efectuados en la Nota al Título II, en cuanto a si se trata o no de una facultad delegada por las Provincias a la Nación, la determinación de qué bienes conforman el dominio público, por lo que en mérito a la brevedad, nos remitimos a dicha nota.

Cabe agregar que, cualquiera sea la tesis doctrinaria a la que se adhiera, tanto el Código Civil como la Ley de Aguas coinciden en definir a la línea de ribera, es decir aquella línea imaginaria que marca el límite entre el dominio público y el privado del ribereño, como “la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal” (Art. 2577 Cód. Civil), lo que equivale a las “avenidas ordinarias” (Art. 40 LA) o a las “mayores crecientes ordinarias” (Art. 43 LA). En este sentido, en el caso “Provincia de Mendoza c. Bombal Pedro y ot” se consideró el cauce determinado normativamente por el Art. 43 LA, en concordancia con el Art. 2577 CC⁷⁶.

de Aguas Subterráneas, a 30 años de su vigencia”, La Ley Gran Cuyo, T° 2004. **Miguel Mathus Escorihuela**, “Ley de Aguas Subterráneas de Mendoza (a 25 años de su sanción)”, disertación en Jornadas de Aguas Subterráneas organizadas por el DGI en agosto del 2000, publicada como capítulo 6 de la obra del mismo autor, “La Administración Hídrica”, ed. Facultad de Derecho de la UNC, Mendoza, 2002, p. 83, observa su comentario como miembro informante de la Comisión en la Legislatura con motivo del proyecto de ley, donde se pronosticó que la Ley de Aguas Subterráneas sería letra muerta si no lograba superar las fallas que había provocado la inaplicabilidad de la Resolución 451/53 HTA.

⁷⁶ **Cámara de Apelaciones en lo Civil y Minas de Mendoza** in re “Pcia de Mendoza c. Bombal, Pedro y ot”, sentencia del 11/11/1937, con nota de **Alberto Spota**, “Principio legal a tener en cuenta en la delimitación del cauce de las corrientes públicas”, LL, 1937, T° 8, p. 1187.

Ya sea que los Arts. 40 y 43 LA impliquen el ejercicio de facultades reservadas en las Provincias, o que se consideren como interpretativos de los contradictorios Arts. 2577 y 2340 inc. 4 CC en su actual redacción⁷⁷, evitándose así que la confusión terminológica que introdujo la Ley 17711 dificulte la determinación del dominio público provincial en el marco del verdadero alcance que ese dominio tiene, es siempre aplicable la teoría del “*plenisimo flumens*” creada por los romanistas y adoptada por el Art. 2577 CC, tal como ha considerado la doctrina más destacada⁷⁸.

A su vez el Decreto 131-E de 1949, al fijar las reglas para la delimitación de terrenos lindantes con los ríos y/o arroyos de la Provincia, establece que: “...a) *Tratándose de ríos o arroyos, la medición y amojonamiento serán hechos por sus márgenes, las que están determinadas por la línea a que llegan las más altas aguas en su estado normal; entendiéndose por ésta la línea de las crecidas ordinarias*”.

Conforme lo establece el Art. 2750 del Código Civil, “... el deslinde de los fundos que dependen del dominio público corresponde a la jurisdicción administrativa”. En otras palabras, es la Administración quien realiza lo que se denomina “deslinde administrativo” fijando la “línea de ribera”. En el caso de Mendoza, entendemos que tal competencia corresponde al DGI, con fundamento en los Art. 188 CP, Art. 1 y 6 inc. a) ley 322 y Arts. 1, 2, 6, 189, 190 y 197 LA, a los que remitimos.

Art. 41: Son de propiedad privada los cauces a que se refiere el artículo anterior, cuando se hallen dentro de una propiedad privada.

⁷⁷ Joaquín López, “Código de Aguas de la Provincia de Córdoba”, Ed. Secretaría de estado de Obras y Servicios Públicos de Córdoba, 1973, en Exposición de motivos, p. 17, y nota a los Arts. 131, 146 y 148.

⁷⁸ Guillermo Cano, “Estudio sobre línea de ribera”, Informe final, T° I, Ed. Consejo Federal de Inversiones, Buenos Aires, 1988, p. I-3 y II-45 y 61 Amilcar Moyano, Director de Fiscalía de Estado de Mendoza, dictamen del 02/05/1997 en expediente n° 31-U-97 originario de la Dirección de Hidráulica. Amilcar Moyano y Eduardo Cebrelli, “El requisito de la perennidad del caudal del río”, Separata del IX Congreso Nacional del Agua, San Luis, 20-26/05/1979, Ed. Subsecretaría de Recursos Hídricos, 1979, p. 388. Joaquín López, “Determinación de la Línea de Ribera”, Ed. INCYTH, CELA, Mendoza, 1983, p. 25. Joaquín López, “Cursos de Agua”, en Instituto Nacional de Ciencia y tecnología Hídrica, “Curso de Derecho de Aguas”, Vol. I, Ed. INCYTH, 2° ed, Mendoza, 1975, p. 152 y ss. Guillermo Allende, “Derecho de Aguas con acotaciones hidrológicas”, ob cit, p. 194. Alberto Spota, “Principio legal a tener en cuenta en la delimitación del cauce de las corrientes públicas”, nota al fallo de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Minas de Mendoza in re “Pcia de Mendoza c. Bombal, Pedro y ot”, sentencia del 11/11/1937, LL, 1937, T° 8, p. 1187.

Art. 42: Son del dominio público los cauces que no pertenecen a la propiedad privada.

Sobre los cauces y demás bienes que conforman el dominio público hidráulico, reiteramos los comentarios generales realizados al Título II. Sin perjuicio de ello, el Art. 41 LA remite a las *"corrientes continuas formadas con aguas pluviales"* (Art. 40 LA), las que responden al concepto jurídico de *"vertiente"* (Art. 2350 CC y Art. 11 LA), tal como expresamos tanto en ese comentario general como en el particular de dichos artículos.

El Art. 29 de la ley española de 1879, fuente del Art. 41 LA, disponía: *"Son de propiedad privada los cauces a que se refiere el artículo anterior, que atraviesen fincas de dominio particular"*. La variación que ha introducido Bermejo es clara, ya que el precepto comentado no considera los cauces que *"atraviesen"* propiedades, sino los que se *"hallen dentro"* de ellas.

De ahí, que el Art. 41 LA es perfectamente coherente, cuando dispone que los cauces de las vertientes que *"se hallen dentro de una propiedad privada"*, es decir que nacen y mueren dentro de una propiedad privada, son privados. La norma es plenamente compatible con el régimen civil del Art. 2350 CC, y en su caso lo completa interpretativamente al especificar que el cauce y las aguas, que conforman una unidad indivisible como curso de agua,⁷⁹ son de igual naturaleza y condición jurídica.

Por su parte, el Art. 42 LA refiere a los restantes casos que, fuera de la excepción que constituye el Art. 2350 CC y el Art. 41 LA, son públicos en los términos de los Arts. 2340 inc. 3 y 2637CC. Aquí también Bermejo se separa de la fuente española, la que si bien contemplaba en su Art. 34 el dominio público de los *"cauces naturales de los ríos en la extensión que cubren sus aguas en las mayores crecidas ordinarias"* y de los *"cauces de los arroyos que no se hallen comprendidos en el artículo"* 33, en dicho Art. 33 disponía que *"los álveos de todos los arroyos pertenecen a los dueños de las heredades de los terrenos que atraviesan"*. Así, mientras que la ley española diferenciaba los cauces por su magnitud, disponiendo que los de mayor magnitud (ríos)

⁷⁹ Miguel Marienhoff, "Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas", ob cit, p. 297.

eran públicos y los de menor magnitud (arroyos) eran privados si atravesaban propiedad privada y públicos si atravesaban propiedad pública⁸⁰, la norma mendocina se asimilaba a la legislación civil elaborada por Vélez.

Art. 43: Álveo o cauce natural de un río o arroyo, es el terreno que cubren sus aguas en sus mayores crecientes ordinarias.

El presente artículo es una transcripción textual del Art. 32 de la Ley de Aguas Española de 1879. En el comentario al Art. 40 LA analizamos su alcance.

Art. 44: Son de propiedad particular las aguas detenidas, estanques o lagunas comprendidas dentro de una propiedad particular.

Art. 45: Cuando el estanque o laguna esté rodeado de dos o más propietarios, todos podrán aprovechar el agua en común.

Art. 46: Si los depósitos o lagunas de que hablan los artículos precedentes, están alimentados por una o más corrientes continuas, que se extienden más allá de los terrenos de un solo propietario, los depósitos, lagunas y corrientes son de propiedad pública.

Las aguas detenidas o dormidas, es decir, las que no tienen curso o esorrentía –al menos no aparentemente, pero sí imperceptiblemente–, son las que corresponden a lagos y lagunas naturales, y a represas y estanques artificiales⁸¹. La distinción entre

⁸⁰ R. Gay de Montellá y Cristóbal Massó Escofet, "Tratado de la Legislación de Aguas Públicas y Privadas", Tº I, Ed. Bosch, 3º ed., Barcelona, 1956, p. 188 y 189.

⁸¹ Miguel Marienhoff, "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", ob cit, p. 552.

lago y laguna, así como entre represa y estanque, es meramente una cuestión de magnitud o tamaño.

En la legislación civil, el Art. 2340 CC en su inc. 5 expresamente considera públicos a los lagos navegables, y en su inc. 7 se incluyen las obras (como las represas) construidas para utilidad común. Por su parte, el Art. 2349 CC refiere a los lagos no navegables; pero sin expresar nada sobre la naturaleza de su dominio, se limita a establecer que el uso y goce de los mismos pertenece a los ribereños (lo que como se ha observado previamente, excede la competencia delegada en la Nación). En consecuencia, la doctrina y jurisprudencia se ha dividido en interpretar que los lagos no navegables son públicos o privados⁸².

En el concepto de Guillermo Cano previamente expuesto, relacionado a la facultad provincial de fijar el dominio público, las aguas dormidas en Mendoza están reguladas por los Arts. 44 a 46 LA. En este marco, dichas aguas son públicas si están alimentadas por una corriente continua que se extiende más allá del terreno de un mismo propietario⁸³, y son privadas cuando se trate de aguas estancas dentro de una misma propiedad. Cuando el estanque o laguna esté rodeado por más de un propietario, la solución de la ley mendocina coincide con el Art. 2349 CC, e implica que todos los ribereños podrán usar el agua.

Por nuestra parte, entendemos que el Art. 46 LA en la práctica no resulta incompatible con la publicidad que dispone el Art. 2340

⁸² Consideran que los lagos no navegables son públicos **Miguel Marienhoff**, "Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas", ob cit, p. 564 y ss.; **Alberto Spota**, "Tratado de Derecho de Aguas", T° II, Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1941, p. 153; **Joaquín López**, "El Derecho Federal de Aguas en la legislación federal argentina", separata del tomo XXVI de "Anales", Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Córdoba, 1987, p. 49; **Juan Antonio Bibiloni**, "Anteproyecto de reformas al Código Civil Argentino", T° 3, Buenos Aires, 1928-32, p. 7 y ss, citado por los autores anteriores. **Alfredo Bridge**, "Estudios de Derecho de Aguas", T° I, ob cit, p. 63. Por el contrario, sostienen que los lagos no navegables son de dominio privado **Guillermo Cano**, "Estudios de Derecho de Aguas", ob cit, p. 171; **Guillermo Allende**, "Derecho de Aguas con acotaciones hidrológicas", Ed. EUDEBA, 1971, ps. 84 y 325; **Manuel F. Castello**, "Legislación de Aguas", Ed. Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 1921, p. 64; **José Olegario Machado**, "Exposición y comentario del Código Civil Argentino", T° VI, Ed. Félix Lajouane, Buenos Aires, 1900, p. 228. ; **Acdeel Ernesto Salas y Félix Trigo Represas**, "Código Civil y Leyes Complementarias Anotados", T° II, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1999, p. 592. **Suprema Corte de Justicia de la Nación**, in re "Frederking, Gustavo c. Provincia de Buenos Aires", Fallos, 138: 295.

⁸³ **Guillermo Cano**, "Estudios de Derecho de Aguas", Ed. Valerio Abeledo, Mendoza, 1943, p. 169.

inc. 5 y 7 CC, ya que no conocemos represa ni lago provincial navegable que no resulte alimentado por alguna corriente continua que se extienda por más de una propiedad. Además, tal como han sostenido Bibiloni⁸⁴ y Spota⁸⁵, en los casos en que los lagos –sean navegables o no- se encuentran en la situación del Art. 46 LA, es decir, alimentan o son alimentados por un cauce, dichos cuerpos no son más que un ensanchamiento de los cauces de las corrientes en cuyo curso se encuentran, y siguen por ello la condición de tales ríos públicos.

En lo que refiere a los lagos no navegables, y sin dejar de atender el silencio de la norma civil al respecto y sus consecuencias doctrinarias, la ley mendocina dispone el “uso común” del mismo por los ribereños, cuando el lago esté abarcado por más de una propiedad (Art. 45 LA). Esta disposición implica como presupuesto de tal uso común que dichas aguas son públicas, criterio que es coincidente con el argumento de Spota, respecto a la publicidad de los lagos no navegables a partir del Art. 2349 CC⁸⁶. En cambio, los mismos son privados sólo cuando están dentro de una única propiedad particular y no son alimentados por un cauce público, ya que de lo contrario son públicos por imperio de los Arts. 45 y 46 LA.

Finalmente, los “estanques” a los que refiere el Art. 44 LA, consisten en pequeñas represas que se construyen dentro de cada finca para una mejor gestión del agua, son privados en cuanto obras particulares, y contienen aguas públicas objeto de la correspondiente concesión, las que como derecho de uso integran el patrimonio particular (Art. 117 LA).

⁸⁴ Juan Antonio Bibiloni, “Anteproyecto de Reformas al Código Civil”, T° 3, Buenos Aires, 1929-1932, p. 18, citado por Guillermo Cano, “Estudios de Derecho de Aguas”, ob cit, p. 169.

⁸⁵ Alberto Spota, “Tratado de Derecho de Aguas”, T° II, Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1941, p. 155

⁸⁶ Alberto Spota, “Tratado de Derecho de Aguas”, T° II, Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1941, p. 154.

Título III

DE LAS SERVIDUMBRES

Las limitaciones al dominio consisten en el conjunto de medidas legales concebidas para que el derecho de propiedad individual armonice con los requerimientos del interés público⁸⁷, o con el interés privado de otros propietarios vinculados por motivos de vecindad, enmarcándose ello en el aspecto social del dominio⁸⁸.

En este sentido, debe recordarse que en concordancia con el régimen constitucional que fijan los artículos 14 y 28 de la Carta Magna, ningún derecho reconocido resulta absoluto, estando todos atenuados en sus contenidos por las leyes que reglamenten su ejercicio.

Tales limitaciones al patrimonio de los particulares, pueden ser establecidas en aras del interés privado o del interés público. En el primero de estos casos, la regulación resultará una cuestión de naturaleza privada reglada por las normas de fondo que ha de dictar el Congreso Nacional (Art. 75 inc. 12 CN). En el segundo de los casos, resultará una cuestión pública, propia de la relación entre la Administración y los administrados, y regulada en consecuencia por el derecho administrativo que dicta cada Provincia (Art. 121 CN), tal como reconoce el Art. 2611 CC⁸⁹.

Los Títulos III y IV de la Ley de Aguas, regulan sobre limitaciones al dominio establecidas en beneficio del uso y protección de las aguas por motivos de interés público. Las limitaciones funda-

⁸⁷ Miguel Marinhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", Tº IV, Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 19

⁸⁸ Alberto Spota, "Responsabilidad en materia de libre escurrimiento de las aguas", nota al fallo de la 1º Cámara en lo Civil de Capital in re "Miqueleiz Sebastián c. F. C. Sud", sentencia del 19/06/1941, LL, 1941, Tº 24, p. 106.

⁸⁹ Adolfo Vicchi, "Servidumbres de acueducto para uso de las aguas públicas", JA, 1946-II, sec. doc., p. 75.

das en el interés privado se encuentran reguladas en los Título VI “De las restricciones y límites del dominio”, Título XII “De las servidumbres” y Título XIII “De las servidumbres en particular” del Libro Tercero “De los Derechos reales” del Código Civil aprobado por la Ley Nacional 340.

No es extraño entonces que en ciertos casos existan limitaciones análogas reguladas por normas civiles y administrativas. Pero ambos regímenes, fundados en intereses de distinta naturaleza, no deben confundirse aunque sí complementarse, dentro de la analogía que presenta la *ratio legis* común a ambos casos (Art. 17 CC).

El dominio puede ser limitado en su carácter absoluto, exclusivo o perpetuo. En el primer caso, estamos ante restricciones al dominio; en el segundo caso, ante servidumbres y ocupaciones temporarias; y en el tercer caso, ante la expropiación.

El Título III de la Ley de Aguas, si bien se denomina “de las Servidumbres”, no regula tal instituto sino que refiere a restricciones al dominio. Esta cuestión terminológica, propia de la época y presente en las fuentes legales del Título⁹⁰, proviene de denominar servidumbre natural a las restricciones propias del uso normal del dominio, y servidumbre legal a las servidumbres administrativas propiamente dichas.

Tales restricciones resultan condiciones legales del ejercicio normal u ordinario del derecho de propiedad, consistiendo en una mera tolerancia general que el propietario debe soportar⁹¹, y que se genera por situaciones naturales como es el caso del normal escurrimiento de las aguas.

En efecto, el referido Título III no trata de límites al carácter exclusivo del dominio –lo que sí ocurre en el caso de las servidumbres–, sino que atempera su carácter absoluto, fijando el modo nor-

⁹⁰ Art. 111 y ss de la Ley de Aguas de España de 1866 modificada en 1879.

⁹¹ **Roberto Dromi**, “Manual de Derecho Administrativo”, Tº 2, Ed ASTREA, Buenos Aires, 1987, p. 63. **Miguel Mathus Escorihuela**, “Las limitaciones al dominio vinculadas al uso de las aguas públicas”, Curso de Derecho y Administración del Agua del Centro Interamericano de Desarrollo Integral de Aguas y Tierras (CIDINT), Mérida, Venezuela, 1976, p 3.

mal en que las propiedades ubicadas aguas abajo u aguas arriba deben ser utilizadas en tolerancia hacia las propiedades vecinas⁹².

Dichas limitaciones –como obligaciones de hacer, no hacer o de dejar hacer- son sufridas por todos y cada uno de los propietarios en igual medida e intensidad. Por ello, no implican una carga especial o extraordinaria, sino que se encuentran presentes en la existencia, naturaleza y esencia misma del dominio como una calidad jurídica general de todas las propiedades que fija los límites regulares y comunes del ejercicio del derecho. Son indeterminadas en su clase y número, ya que surgen conforme exige el interés que las motiva. Tienden a hacerse cada vez más numerosas.

Además, son generales y operativas, es decir, que las sufren todos los propietarios en igualdad de circunstancias sin implicar una carga o sacrificio especial, y no requieren que se las ejercite, operan por sí mismas a diferencia de las servidumbres que requieren un acto concreto de imposición. Su generalidad y la característica de ser propia del ejercicio normal del dominio, hace que no sean indemnizables.

Finalmente, las restricciones administrativas son ejecutorias, es decir que la Administración las puede hacer cumplir con el auxilio de la fuerza pública, sin que el particular pueda imponer acciones negatorias para impedir los trabajos, tal como surge del Art. 182 LA y su comentario.

Las Restricciones reguladas en este título, guardan gran analogía con idénticas instituciones reguladas por el derecho privado, aunque aquellas atienden al uso normal del dominio en convivencia con las necesidades sociales. La distinción de las restricciones basadas en interés público de las basadas en interés privado, es una cuestión fáctica, ya que tales limitaciones al dominio se tornan de naturaleza administrativa por superar las relaciones de vecindad y alcanzar una importancia social o comunitaria.

⁹² Mauricio Pinto, "Limitaciones al dominio vinculadas al uso de aguas", La Ley Gran Cuyo, T° 2004, p. 742

Miguel Marienhoff observa que la distinción entre una restricción administrativa y una civil es una cuestión de hecho, por lo que a veces las normas administrativas incluyen disposiciones aplicables a las relaciones de vecindad, aunque se basan en relaciones que han trascendido de la esfera del interés privado al interés público⁹³. Con idéntico razonamiento aplicable a las restricciones, aunque refiriendo a servidumbres de acueducto y desagüe, Alberto Corti Videla, considera que en las regiones en que la agricultura se desarrolla en base al regadío, esas servidumbres son de “interés público” y por ello sujetas al derecho administrativo y no al civil que normalmente las regula⁹⁴.

Art. 47: El dueño de todo predio está sujeto a recibir en éste las aguas que descienden naturalmente de predio superior, es decir, sin que la mano del hombre contribuya a ello.

No se puede, por consiguiente, dirigir un albañal o acequia sobre el predio vecino, si no se ha constituido esta servidumbre especial.

Este artículo regula una restricción similar a la fijada por el Art. 2647 CC, la cual implica respetar jurídicamente los hechos que se generan bajo las leyes de la Naturaleza.

La segunda parte del artículo resulta consecuencia de la primera, y no es otra cosa que un preludeo del Art. 48 LA. Sin embargo, se deja a salvo la posibilidad de constituir una servidumbre que relacione a ambas propiedades, a fin de dirigir una acequia desde el predio superior al inferior, aspecto que es propio del Título IV LA.

Igualmente, los Arts. 51 y 52 LA establecen supuestos de excepción a la restricción fijada por este artículo.

Es de observarse que idéntica restricción administrativa impone la Ley 939 en su Arts. 13, a los propietarios de los terrenos colin-

⁹³ Miguel Marienhoff, “Tratado de Derecho Administrativo”, Tº IV, ob cit, p. 27 y ss

⁹⁴ Alberto Corti Videla, “Las servidumbres administrativas en la legislación de aguas”, en “Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas”, Rosario, 1936, p. 343, 345 y 370, citado por Miguel Marienhoff, “Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas”, ob cit, p. 690.

dantes de los caminos cuyas propiedades se encuentran a un nivel más bajo que aquellos.

Art. 48: En el predio sirviente no se puede hacer cosa alguna que estorbe la servidumbre natural, ni en el predio dominante que la grave.

La exigencia de esta norma es una consecuencia del artículo 47 LA: si en el predio sirviente se estorbara el descenso natural de las aguas, se violentaría el precepto dado en la primera parte del artículo 47; igualmente, si en el predio dominante se agravare el descenso de las aguas hacia el predio inferior, se estaría violentando la segunda parte del Art. 47.

La presente regulación guarda plena relación con los preceptos civiles expresados en los Arts. 2651, 2652 y 2653 CC, los que en las relaciones de vecindad entre particulares limitan la posibilidad de represar las aguas y áridos que descienden desde el predio superior, salvo que se trate de aguas que no se está obligado a recibir, y prohíben al titular del fundo superior dirigir las aguas a un solo punto, o hacer la corriente de cualquier modo más impetuosa en perjuicio del terreno inferior.

Igualmente, esta norma debe correlacionarse con el Art. 50 LA, el cual contempla restricciones en las obras que puede realizar el dueño de un predio cuando estas puedan causar perjuicios a otros predios, a infraestructura o a terceros; y con los Arts. 53 y 54 LA, los que contemplan la realización por el ribereño de obras de regularización, defensa o aprovechamiento de las aguas que descienden naturalmente, siempre que y cuando no afecten a terceros.

Art. 49: El dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella el uso conveniente para los menesteres domésticos o para abrevar sus animales; pero no podrá hacer uso para el riego ni como fuerza motriz, sin una concesión de autoridad competente, haciendo siempre volver el sobrante a su cauce natural.

El Art. 49 de la Ley de Aguas establece dentro del ejercicio regular del dominio del ribereño el uso de las aguas que corren por su propiedad. El precepto en cuestión limita la prerrogativa al uso común, excluyendo el uso especial, aspectos que se analizarán al comentar los Arts. 106 y ss LA; y fija la obligación posterior al uso de devolver el sobrante al cauce original.

El contenido de este artículo es concordante con la restricción civil regulada en el Art. 2636 CC.

Art. 50: El dueño de una heredad no puede hacer trabajos en los álveos o cauces naturales de corrientes discontinuas, ni construir obras que puedan hacer variar el curso natural de las mismas en perjuicio de tercero, o cuya obstrucción, por las fuerzas de las avenidas, puedan causar daños a predios, fábricas o establecimientos, puentes, caminos o poblaciones inferiores.

Esta restricción, concordante con el Art. 2634 CC, mantiene el criterio que impone el Art. 48, asegurando el normal escurrimiento de las corrientes naturales.

La realización de trabajos sobre cauces realizados para la defensa de los efectos nocivos de las aguas, se rige por los artículos 168 a 173 LA, donde se exige autorización administrativa para aquellos casos en que la obra ha de invadir el cauce del río, arroyo o canal, y simple aviso en caso de que no se afecte el cauce; pudiendo la autoridad suspender o hacer demoler la obra en caso de que produzca perjuicios.

Art. 51: Los dueños de predios o establecimientos inferiores podrán oponerse a recibir los sobrantes de establecimientos industriales, que arrastren o lleven en disolución substancias nocivas introducidas por los dueños de éstos.

Este precepto constituye una excepción a la restricción impuesta por el Art. 47 LA, y es concordante con la restricción civil fijada por el Art. 2648 CC para las relaciones vecinales. Igualmente, puede relacionarse con el Art. 131 y 134 LA y la Ley 6044, en cuan-

to al supuesto de contaminación hídrica y las medidas que la Administración debe adoptar.

Art. 52: Si en cualquiera de los casos de los artículos precedentes le conviniera al dueño del predio inferior dar inmediata salida a las aguas, para eximirse de la servidumbre, sin perjuicio para el superior ni para tercero, podrá hacerlo a su costa.

Esta norma constituye una forma de eximirse de las restricciones impuestas en el presente título, en particular por el Art. 47 LA, y contempla la posibilidad de realizar en el predio inferior obras de mitigación de las escorrentías.

Art. 53: El dueño del predio sirviente tiene derecho a hacer dentro de él ribazos, malecones o paredes que, sin impedir el curso de las aguas, sirvan para regularizarlas o para aprovecharlas en su caso.

El presente artículo, al igual que el Art. 54 LA, implica situaciones que no estén en contravención con los Arts. 48 y 50 LA; es decir, que no estorben la natural escorrentía hídrica, e implica una extensión a lo ya previsto por el Art. 49 LA, en cuanto al uso de las aguas que escurren naturalmente por un predio.

Esta norma también guarda relación con lo dispuesto en el Título IX LA, que regula sobre obras defensivas en cauces públicos.

Art. 54: Del mismo modo puede el dueño del predio superior o dominante, construir dentro de él ribazos, malecones o paredes que, sin gravar la servidumbre del predio inferior, suavicen la corriente de las aguas, impidiendo que arrastren consigo la tierra vegetal o causen desperfectos en la finca.

Lo prescripto en el Art. 54 LA, es concordante con lo normado en el Art. 55, a cuyo comentario se remite.

Art. 55: Cuando el dueño de un predio varíe la salida de las aguas procedentes de alumbramientos y con ello se irrogue daño a tercero, podrá éste exigir indemnización o resarcimiento.

El presente artículo, constituye un exceso del legislador provincial, por cuanto el supuesto contemplado incursiona en el derecho de daños entre particulares que es regulado por el derecho civil y por ello compete a la jurisdicción nacional (Art. 75 inc. 12 CN).

Sin perjuicio de ello, la Ley 4035 ha dispuesto en su Art. 20 la prohibición al usuario de aguas subterráneas alumbradas de derivar las mismas hacia propiedad, establecimiento o actividad de terceros sin permiso previo.

Art. 56: No se considera daño el contraído al suprimir el aprovechamiento de las aguas sobrantes a los que sólo eventualmente las disfrutan.

El Art. 56 LA, si bien pareciera referir a un aspecto civil, en realidad se limita a señalar un límite al derecho de uso de aguas públicas. Los derechos al uso de caudales sobrantes, por su naturaleza eventual, implican prerrogativas aleatorias que dependen de la existencia de caudal, y por ello, tal como la ley lo tiene presente, no existe daño ante la falta de un aprovechamiento que de por sí es incierto.

Esta norma, refleja la eventualidad que presentan los derechos otorgados con posterioridad en el tiempo, lo cual es consecuencia de la cláusula sin perjuicio de terceros. Dicha eventualidad, reconocida esta ley humana, está directamente relacionada con la eventualidad que dan las leyes de la naturaleza y que hacen que algunos años exista menor oferta hídrica y por ello los sobrantes -que en otros ciclos hidrológicos existieron- dejen de estar disponibles.

Tal reconocimiento a la variabilidad que tienen los caudales en la naturaleza, también está presente en los artículos 20, 21, 22, 23, 105, 118, 124, 128, 129 LA y 194 CP.

Art. 57: Cuando el agua acumule en un predio piedra, broza u otros objetos que, embarazando su curso natural, puedan producir embalse con inundaciones, distracciones de las aguas u otros daños, los interesados podrán exigir del dueño del predio que remueva el estorbo, o les permita removerlo.

El presente artículo, al igual que el siguiente, regula la limpieza de los cursos naturales de agua dentro del alcance del ejercicio normal del predio que cursan. En caso de que el dueño de tal propiedad no satisfaga el requerimiento de limpieza, o no permita a los interesados hacerlos, los Art. 80 y 81 LA regulan el ingreso compulsivo al predio para tal fin. Por otra parte, el Título IX LA regula el caso de obras defensivas que obstruyen el cauce.

Esta restricción dominial implica una carga a todo propietario ribereño, a fin de que mantenga su heredad libre de obstáculo a la escorrentía hídrica, y es concordante con la restricción dominial impuesta en interés particular por el Art. 2643 CC.

Art. 58: Si en el caso precedente hubiere lugar a indemnización de daños, será a cargo del causante.

Tal como se expresó al comentar el Art. 55 LA, los aspectos propios de reparación de daños exceden el ámbito administrativo y deben regirse por los institutos del derecho civil.

Sin embargo, en lo que respecta a los costos de la limpieza del cauce, los mismos corresponden a los interesados, tal como preceptúa el Art. 144 LA aclarado por Ley del 25/08/1885 y Art. 145 LA; y en caso de culpa u omisión en la limpieza corresponde que el costo sea afrontado por el causante (Art. 146 LA).

El Código Civil en su Art. 2644, cuando trata el tema de las restricciones en interés privado, establece en forma concordante con esta normativa, que cuando la alteración regulada en el Art. 2643 CC fuese provocada por culpa de un ribereño que hiciese una obra o destruyese una defensa, los gastos deberán ser pagados por dicho causante, quien debe responder, además, por las indemnizaciones de los daños.

Sin embargo, el Art. 2644 CC también dispone que si la alteración fuese motivada por caso fortuito o fuerza mayor, corresponderán al Estado los gastos para volver las aguas a su estado anterior. Entendemos que en este punto la norma nacional comete un exceso al regular materia que no ha sido constitucionalmente delegada por el Art. 75 inc. 12 CN; en cuanto es ajena a las relaciones privadas que corresponden al derecho civil, y por ello resulta reservada en la competencia provincial propia del derecho público (Art. 121 CN). Cada Provincia ha de regular quién debe asumir o no las consecuencias de las obras defensivas para encauzar las aguas, y la Ley de Aguas que se comenta lo regula en los Arts. 168/173 LA.

Título IV

DE LAS SERVIDUMBRES LEGALES

En el Título IV la Ley de Aguas regula sobre las servidumbres administrativas. Estas limitaciones al dominio consisten en un derecho real sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar del mismo o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad.

Esta institución, es confundida en diversas oportunidades con las restricciones al dominio, las que son regidas en Título III LA. Sin embargo, tal como se adelantó al comentar dicho Título, mientras que las servidumbres atemperan el carácter exclusivo del dominio, las restricciones limitan el carácter absoluto del mismo mediante una regulación de su uso normal.

Art. 59: Toda heredad está sujeta a la servidumbre de acueducto en favor de otra heredad que carezca del agua necesaria para el cultivo de sementeras, plantaciones o pastos en favor de una población que precise agua para el servicio doméstico de los habitantes, lo mismo que todo establecimiento industrial que las necesite para el movimiento de sus máquinas.

Art. 60: A la misma servidumbre están sujetas todas las heredades para dar salida a las aguas sobrantes que provengan del riego o establecimientos industriales.

Los artículos 59 y 60 LA establecen el sometimiento genérico de toda propiedad a la imposición de servidumbre de acueducto o desagüe, con las excepciones regladas en los Arts. 61 y 62 LA.

Este sometimiento genérico, es el primer elemento legal para que en el marco del Art. 85 LA el Superintendente General de Irrigación pueda decretar la constitución de una servidumbre administrativa, de acueducto o desagüe, en el marco del régimen del Título IV de la LA.

Estas normas son concordantes con el régimen que instaura el Art. 3082 CC, para las servidumbres de acueducto constituidas por el interés particular.

El Art. 14 de la Ley 971, del 23/09/32 (t.o. por Decreto 893/45), dispone como carga y condición inherente a las concesiones de riego de aguas públicas que se otorguen en adelante, la obligación para los predios beneficiados, de dar paso gratuitamente a los acueductos generales o particulares que sean necesarios para la irrigación o desagües. En forma concordante, igual carga impone la Ley 1920 a los terrenos que sean empadronados por beneficio de la misma.

Art. 61: Se exceptúa de la servidumbre establecida en el artículo 59 el terreno que ocupan las casas, patios y jardines, sino por avenimiento de los interesados.

Art. 62: Exceptuase de la servidumbre establecida en el artículo 60 las casas, patios y jardines.

Los Art. 61 y 62 LA establecen una excepción al régimen general dado por los Arts. 59 y 60 LA, dejando a salvo el terreno que ocupa una casa, o sus patios y jardines, de sufrir la construcción de un cauce. Sin embargo, en caso de avenimiento de los interesados, puede darse lugar a la imposición de la servidumbre que resulte necesaria.

Esta excepción legal, es al sometimiento general dispuesto por los artículos 59 y 60 LA, para la constitución de una servidumbre administrativa, mediante el decreto que establece el Art. 85 LA. Por ello que no alcanza a las servidumbres, que siendo preexisten-

tes a una urbanización, subsisten en los predios en los que se desarrolla la construcción de viviendas y jardines, tal como ha ocurrido en algunas zonas de Mendoza.

Igualmente, la excepción tampoco alcanza a la propiedad mayor que se fracciona en predios menores donde se construye alguna vivienda, y en los que por imperio legal se constituye una servidumbre por destino del padre de familia, en el marco del Art. 89 LA.

La norma civil regula una excepción al Art. 3082 CC, similar a la presente en el Art. 3084 CC.

Art. 63: La conducción de las aguas por acueductos se hará de manera que no se ocasionen derrames, ni se deje estancar el agua, ni acumular basuras, debiendo el acueducto tener los puentes necesarios para la cómoda administración y cultivos del fundo sirviente.

Esta norma inicia la regulación del normal uso que debe hacer el titular del predio dominante, sobre el acueducto que descansa en la servidumbre que grava al predio sirviente. La norma procura asegurar un regular uso de la servidumbre de modo tal que no agrave la situación del predio sirviente mediante desbordes, suciedades o aguas que puedan infeccionarse al estar estancadas.

Asimismo, la imposición de una servidumbre sobre un predio implica la obligación del beneficiario de construir los puentes que resulten razonables al normal desarrollo de la actividad que se realiza en el predio sirviente y a la comunicación entre ambos márgenes, tal como concordantemente establecen los Arts. 79 y 79 bis LA.

Art. 64: En el caso que un acueducto causare perjuicio a las heredades sirvientes o vecinas, desmejorando, por filtraciones o derrames, la calidad de los terrenos o seguridad de los edificios, los dueños del predio sirviente y los vecinos perjudicados ten-

drán derecho a exigir la indemnización de los daños causados y que el acueducto se construya en condiciones inofensivas.

El artículo 64 LA se excede en la competencia provincial al regular sobre derechos de daños, aspecto de fondo delegado al Congreso de la Nación en el Art. 75 inc. 12 CN, y que debe ser resuelto a la luz de las disposiciones del Código Civil.

Sin embargo, sí resulta propio del ámbito provincial la posibilidad de los afectados de recurrir ante la Administración, a efectos de exigir la construcción del acueducto en condiciones adecuadas.

Esta norma se complementa con los artículos 8 y 63 LA, que exigen la impermeabilización de los acueductos que infiltren aguas de modo tal que no causen perjuicios, y la conducción de aguas evitando derrames.

Art. 65: El derecho de acueducto comprende el de llevarlo por un rumbo que permita el libre descenso de las aguas y que por la naturaleza del suelo no haga excesivamente dispendiosa la obra.

Art. 66: Verificadas las condiciones establecidas en el artículo anterior se llevará el acueducto por el rumbo en que menos perjuicio cause a los terrenos cultivados.

Art. 67: El rumbo por donde sea más corto el acueducto se considerará como menos perjudicial a la heredad sirviente, y el menos costoso para el interesado, si no se probase lo contrario.

Art. 68: Siempre se deberá conciliar en lo posible los intereses de las partes; y en caso de duda, se decidirá a favor de la heredad sirviente.

La servidumbre de acueducto, tiene por objeto la construcción de una obra de conducción, para hacer llegar las aguas hasta el predio dominante. Surge claramente entonces, como requisito inevitable, que la obra resulte técnicamente apta para tal necesidad, y por ello se garantiza en el Art. 65 LA que el cauce tenga la pendiente adecuada a tal fin.

Sin embargo, pudiendo existir distintas trazas alternativas con pendiente suficiente donde imponer la servidumbre sobre el predio sirviente, esta norma limita las opciones de modo tal que sólo deben considerarse aquellas que impliquen un costo razonable a quien se beneficia con la servidumbre, equilibrándose la situación de dicho beneficiario con la del titular del predio sirviente en el Art. 66 LA. Este último precepto, limita el derecho a establecer el recorrido del cauce en virtud de la conveniencia económica del beneficiario de la servidumbre que estipula el Art. 65 LA, poniendo en consideración el menor perjuicio posible al predio sirviente.

Así, del equilibrio razonable entre los intereses en juego (por un lado la obra menos costosa que procura el titular del predio dominante, y por otro lado el menor perjuicio a su propiedad que procura el titular del predio sirviente), resultará la solución que la Administración deberá procurar en cada caso concreto.

Por otra parte, la Ley de Aguas dispone en el Art. 67 una presunción *iuris tantum* sobre cual es la traza de la servidumbre que consigue el equilibrio razonable entre las previsiones de los Arts. 65 y 66 LA. El interesado que considere que existe una mejor solución deberá desvirtuar la presunción legal demostrando la mejor razonabilidad de su propuesta

Estos preceptos deben coordinarse con lo dispuesto en los Arts. 2, 8, 9, 61, 62, 63 y 72 LA, de los que surgen otros aspectos a considerar desde la perspectiva legal, para determinar la traza de la servidumbre que procura imponerse.

En el caso de servidumbres impuestas por interés particular, el Art. 3089 CC establece una solución distinta a la de un rumbo que permita el libre descenso de las aguas, autorizando al dominante a modi-

ficar el nivel del predio sirviente. En caso de que en el marco de los Arts. 65 y 66 LA no resulte posible o conveniente la determinación de una traza para la servidumbre administrativa de acueducto que permita el libre descenso de las aguas, el titular del predio dominante podría rebajar el predio sirviente en el marco de los Arts. 93 y 142 LA.

Finalmente, el Art. 68 LA abre la puerta a procedimientos alternativos de resolución de conflictos administrativos -tales como la mediación- y establece el principio *in dubio pro dominus proprietatis*, asegurando que ante la duda en establecer una traza razonable tanto para el interés del predio dominante como del predio sirviente, la causa se resuelva en atención a este último.

Art. 69: El dueño del fundo sirviente tendrá derecho para que se le pague el precio del terreno que tiene ocupado por el acueducto, y, además, un ancho de dos metros a cada lado, o más extensión según sean las dimensiones del canal, las imperfecciones que se les cause en su regadío y nuevas construcciones que tengan que hacerse con este motivo, en toda la extensión de su curso.

Art. 70: Deberá además indemnizarse al dueño del fundo sirviente de todo perjuicio ocasionado por pérdida o arranque de plantas o árboles, teniéndose también en consideración el desmérito que sufre la heredad sirviente por la subdivisión.

Art. 71: El dueño del predio sirviente podrá impedir toda especie de plantación u obra nueva en el espacio lateral de que habla el artículo 69.

Los Arts. 69 y 70 LA, incursionan en torno a la indemnización previa que debe atenderse al imponer una limitación al dominio, tal como exige el Art. 17 CN. Debe considerarse la excepción establecida en las Leyes 971 y 1920, que se comentó al analizar los Arts. 59 y 60 LA.

No debe olvidarse que el procedimiento de imposición de servidumbre administrativa de acueducto o desagüe, presenta un aspecto propiamente administrativo (la decisión de imponer una limitación al dominio por interés público) y un aspecto netamente civil (la reparación pecuniaria del derecho de dominio limitado).

Tanto la Ley de Aguas como el régimen de expropiación aplicable en forma supletoria por imperio del Art. 177 LA, brindan pautas para determinar el alcance de la limitación administrativa al dominio que importa la imposición de una servidumbre, y la consiguiente indemnización que ha de fijarse. Estas normas administrativas, al complementar el régimen civil de daños, han de resultar orientativas a los fines de determinar en el marco de la instancia administrativa de concertación una indemnización que responda al verdadero perjuicio sufrido, el cual no implica la pérdida absoluta de la propiedad, sino sólo de su uso.

Por ello el Art. 69 LA, al referir al precio del terreno que se afecta, comete un exceso por sobre el daño efectivo que implica una servidumbre, la que a diferencia de la expropiación sólo desmiembra el carácter exclusivo del dominio, dejando subsistente los demás aspectos de su contenido. Por ello, y bajo el régimen de fondo que regula la norma civil, entendemos que en forma concordante con los Arts. 3082 y 3085 CC, únicamente debe indemnizarse el valor de uso del suelo, pero no su precio total.

Por otra parte, dicho Art. 69 LA, regulando la materia que sí le corresponde al legislador local y que ha de ser el presupuesto administrativo de la indemnización a determinar, establece una extensión mínima de superficie que debe corresponder a una servidumbre dada por el ancho del acueducto con más dos metros a cada lateral, superficie que puede ser ampliada de acuerdo con las necesidades de servicio del cauce. La Superintendencia General de Irrigación, por Resolución 129/52, ha reglamentado tal superficie ampliada, en base a tener por ancho normal la medida de cuatro metros con más dos veces el ancho del cauce, estableciendo servidumbres con anchos distintos a esta regla en caso que así resulte oportuno (como ocurre con el Canal Cacique Guaymallén, reglado por Resolución 2132/71).

Observa además la norma en los Arts. 69 y 70 LA que al considerarse la indemnización deben atenderse las imperfecciones que ocasionen al regadío y las nuevas construcciones que deban hacerse por tal motivo, el desmérito que sufre el predio sirviente por la división que el acueducto ocasiona, y las plantas que se pierdan con motivo de la limitación dominial impuesta en el marco del Art. 71 LA.

Estas disposiciones, son concordantes con el Art. 8 Decreto Ley 1447/75, que regula el régimen de expropiación aplicable por remisión del Art. 177 LA, donde se establece que la indemnización sólo comprenderá el valor objetivo del bien y los daños directos e inmediatos a la limitación dominial. Entendemos que las previsiones de la Ley de Aguas analizadas, si bien resultan orientativas al trámite administrativo de concertación del monto a indemnizar, resultan de mayor justicia que el pago de un valor tarifado en el diez por ciento del precio del terreno, solución que regula el Art. 3085 CC.

En este encuadre, el Art. 10 del referido régimen expropiatorio fija, como criterio orientador en la valuación que se realice para proponer un monto indemnizatorio en la instancia administrativa de concertación directa, la consideración de los siguientes parámetros, sin perjuicio de otros que resulten útiles: a) precio de la última transferencia del bien a gravar, b) valuación fiscal, c) ofertas fundadas realizadas entre las partes, d) valores de propiedades linderas de los últimos cinco años, e) valores registrados por bancos públicos de la zona y f) valor de la rentabilidad del bien en los últimos cinco años.

El procedimiento administrativo-judicial de determinación de la indemnización a través de la concertación administrativa, o la eventual instancia judicial es considerada al comentar los Arts. 85 y 86 LA.

Finalmente, la limitación fijada en el Art. 71 LA, en forma concordante con el Art. 8 de la ley 971, a la forestación o construcción de obras en la servidumbre, debe coordinarse con la posibilidad de implantar forestales que contemplan los Arts. 168, 170, 171 y 201 LA y por los Arts. 12 a 15 de la Ley 2376, pudiendo desarro-

llarse arboledas con las condiciones técnicas que apruebe la autoridad, condiciones que deberán garantizar que no se obstruya el objeto de la servidumbre.

Art. 72: El que tiene a beneficio suyo un acueducto en su heredad, puede oponerse a que se construya otro en ella, ofreciendo paso al suyo a las aguas que otra persona quiera servirse, con tal que de ello no se siga un perjuicio notable al que quiera abrir un nuevo acueducto.

Art. 73: Aceptada esta oferta, se pagará al dueño de la heredad sirviente el valor del suelo ocupado por el acueducto, incluso el espacio lateral designado en el artículo 69, en proporción del nuevo volumen de agua introducida en él.

Art. 74: Deberá también indemnizarse al que facilite su acueducto, lo que valiere la obra en toda la longitud que aproveche el interesado, en la misma proporción establecida en el artículo anterior.

Art. 75: Si el acueducto no tiene bastante capacidad, el interesado lo ensanchará a su costa, y pagará el nuevo terreno ocupado por él, y el espacio lateral, y todo otro perjuicio.

Art. 76: Si el que tiene un acueducto en heredad ajena quisiera introducir mayor volumen de agua en él, podrá hacerlo indemnizando de todo perjuicio a la heredad sirviente; y si para ello fuese necesario nuevas obras, se observará respecto de éstas lo dispuesto en los artículos anteriores.

Los Arts. 72 a 76 LA regulan la posibilidad de ampliar un acueducto existente a favor de nuevos predios usuarios.

Como punto de partida, la norma contempla en forma concordante con su fuente civil (Art. 3087 CC) que quien encuentra su predio ya afectado por obras de conducción, puede oponerse a que se constituya una servidumbre para construir un nuevo cauce si por el acueducto ya existente pueden conducirse las aguas sin perjuicio notable al interesado. Esta disposición no sólo responde a evitar afectaciones irrazonables al dominio, sino que, además, es sana a los efectos de la conducción de las aguas de manera más eficiente. Los Arts. 87 y 88 LA, brindan causas de oposición a la constitución de una servidumbre por otros motivos, por lo que deben coordinarse con el texto del Art. 72 LA.

En caso de establecerse la servidumbre de acueducto sobre el cauce particular ya existente, los Arts. 73 y 74 LA disponen que, tanto la indemnización relativa al límite del carácter exclusivo del dominio como la correspondiente al valor de la mejora que implica la obra de conducción realizada, debe establecerse proporcionalmente sobre la base de la utilidad que obtendrá el beneficiario de la misma, atendiendo para ello al volumen hídrico que conducirá el nuevo usuario en relación al anterior usuario. En este aspecto remitimos al comentario al Art. 69 LA sobre la correspondencia del valor de uso del terreno, y no el valor del terreno en sí.

Si en cambio fuera necesario ampliar la capacidad de conducción del acueducto, el Art. 75 LA dispone que la indemnización debe atender no sólo lo previsto en los Arts. 73 y 74 LA, sino también al nuevo terreno que la ampliación afecte, debiendo el interesado en la nueva conducción asumir los costos de la obra de ampliación y los perjuicios que implique.

Estas normas son extensibles a la ampliación de un acueducto en heredad ajena –y su servidumbre–, para la conducción de mayores volúmenes que contempla el Art. 76 LA, con fuente en el Art. 3088 CC. Igualmente, deben coordinarse con lo previsto en el Art. 147 LA para el caso de nuevas concesiones que se suman a una servidumbre de acueducto ya existente, aspecto que se analizará al comentar dicho artículo.

Art. 77: Las reglas establecidas para la servidumbre de acueductos, se extienden a los que se construyan para dar salida y dirección a las aguas sobrantes y para desecar pantanos y filtraciones por medio de zanjás, drenajes y canales de desagües.

El Art. 77 LA, en concordancia con el régimen civil fijado en el Art. 3100 CC, extiende la aplicación de las normas sobre servidumbre de acueducto a los canales de desagüe, entendiéndose por tales a todos los que sirven para dar salida a las aguas, sean de sobrantes de un uso previo o proveniente de sangrías y drenajes.

El Título VII LA establece el régimen general de desagües. El régimen específico de construcción de desagües o drenajes generales, de zona y particulares, está establecido por la Ley 971 (t.o. Decreto No 893/45).

Art. 78: Abandonando un acueducto, vuelve el terreno a la propiedad y uso del dueño de la heredad sirviente, quien sólo será obligado a restituir lo que se le pagó por el valor del suelo si el abandonante hace desaparecer toda señal de acueducto, dejando el terreno en el mismo estado en el que se hallaba antes de haberse establecido la servidumbre.

Una vez que un acueducto es abandonado, la servidumbre se extingue por carecer de objeto. El plazo para considerar que la servidumbre se ha extinguido por abandono, está dado por el Art. 98 LA, al que se remite.

Sin embargo, si tal abandono fuera acompañado de la desaparición de toda afección física al predio sirviente, volviendo las cosas al *status quo ante*, la norma administrativa pretende que el daño que se procuró indemnizar se ha revertido, y con ello nace la obligación de devolver lo cobrado por el uso del terreno.

Entendemos que la norma analizada se excede más allá de la competencia provincial, avanzando sobre la regulación de una pretendida repetición, lo que es un resorte del Congreso Nacional por tratarse de un aspecto de fondo (Art. 75 inc. 12 CN), basada

aparentemente en carecer de causa el pago de la indemnización previa a la constitución de la servidumbre por haber desaparecido la servidumbre que fue su causa. Pero, además, es erróneo entender que ha desaparecido la causa de la indemnización, cuando la misma se fundó en constituir una servidumbre que ahora se extingue por prescripción liberatoria, y tal modo de extinción es incompatible con la devolución del monto indemnizatorio.

Art. 79: Siempre que las aguas que corren a beneficio de particulares impidan o dificulten la comunicación con los predios vecinos o embaracen los riegos o desagües, el particular beneficiado deberá construir los puentes, canales u otras obras necesarias para evitar éste inconveniente, observando las disposiciones vigentes y las que sobre el particular dictaren el Poder Ejecutivo o las Municipalidades.

Art. 79 (bis): Los puentes u otras obras de carácter municipal relacionadas con la irrigación, cuya ejecución corresponda ordenar a las Municipalidades departamentales, deberán ser pagadas por los interesados de los canales, hijuelas o desagües.

Al efecto, se ordenará el cobro por el Inspector respectivo, por medio del agente o cobrador municipal. En ningún caso, los inspectores opondrán dilaciones al pedido de la autoridad municipal, haciéndose personalmente responsables en caso de omisión.

Los inspectores harán el reparto de las cuotas que correspondan a cada interesado, según el padrón.

Los Arts. 79 y 79 bis LA, condicionan los acueductos particulares a la construcción de las obras que sirvan a la comunicación o al riego, cuando la existencia de dichos canales dificulten tales labores. Dichas obras son a cargo de los interesados del acueducto que las motiva.

Estas normas deben coordinarse con el Art. 63 LA, que regula el normal uso que debe hacer el titular del predio dominante sobre

al acueducto a fin de no gravar abusivamente la situación de los predios sirvientes, o las áreas vecinas a los mismos, al entorpecer el tránsito o dificultar el uso de sus derechos por otros usuarios.

El Art. 79 bis procura compatibilizar el desarrollo de la infraestructura hídrica con la jurisdicción que los Arts. 11 y 75 inc. 4 de la Ley 1079 atribuyen a los municipios en materia de puentes públicos, estableciendo la correspondiente contribución financiera a la construcción del puente a través de la Inspección de Cauce. Este artículo corresponde ser aplicado únicamente a los nuevos acueductos que dificultan el tránsito en calzadas y vías ya existentes, no pudiéndose exigir a los responsables del canal que asuman el costo del desarrollo urbano ulterior. La Resolución 623/84 de Superintendencia, reglamentando la Ley de Loteos 4341, ha establecido un Certificado de Factibilidad por parte del Departamento General de Irrigación, con los condicionamientos que deben tenerse en cuenta en la ejecución de la urbanización cuya autorización se tramita, donde debe atenderse, entre otros aspectos, las obras que el responsable del loteo debe afrontar con motivo de la infraestructura hídrica preexistente.

Art. 80: El dueño del predio sirviente, su arrendatario o administrador serán obligados a permitir la entrada a los trabajadores para la limpieza o desembanque del acueducto y demás atenciones que requiera para su debido curso y seguridad.

Art. 81: En el caso precedente, el dueño del predio sirviente, tiene derecho para exigir que se le dé aviso previo de la entrada y que los trabajadores o dueños del acueducto no se aparten del radio establecido para recorrerlo.

Siendo la servidumbre una limitación al carácter exclusivo del dominio, es una consecuencia necesaria la existencia de normas que garanticen el uso de ese dominio al tercero beneficiado por dicha limitación.

Sin embargo, el dominio, si bien limitado en su carácter exclusivo, subsiste en su restante contenido, y por ello el propietario tiene derecho a conocer cuando alguien ingresará al área de servidumbre a realizar labores sobre el acueducto.

En caso de que el propietario del predio sirviente no permitiera el ingreso que autoriza el Art. 80 LA, las autoridades del agua pueden solicitar del Juez de Paz más inmediato la respectiva orden de allanamiento, que será expedida inmediatamente, disponiéndose en ella que dicho acto se verifique con el auxilio de la fuerza pública si ella fuese requerida por aquellos, todo de acuerdo con los Arts. 10 y 203 a) LA.

El Art. 3086 CC brinda en materia civil una solución concordante con este régimen administrativo.

Art. 82: Los dueños o tenedores de un fundo son responsables de toda substracción fraudulenta de agua que se verifique dentro de su propiedad en beneficio propio, cualquiera que sea la persona que la hubiere cometido, contra quien le queda expedito el derecho para procurar el reintegro.

Art. 83: Si el dueño del fundo pudiese presentar al culpable, probándole el hecho de la substracción queda libre de responsabilidad.

Los Arts. 82 y 83 LA son coordinables con el Art. 102 LA. Bajo este régimen, el propietario del fundo sirviente presenta responsabilidad administrativa sancionable con multa por la substracción fraudulenta de aguas que se verifique dentro de su propiedad en beneficio propio, pudiendo eximir su responsabilidad si prueba la culpa de un tercero por quien no deba responder.

El presente régimen, plantea un caso de responsabilidad administrativa objetiva, la que entendemos procedente en coincidencia

con Miguel Marienhoff y Rafael Bielsa⁹⁵. Igualmente, la presente infracción administrativa es sin perjuicio de la responsabilidad penal que pueda constituirse en el marco del Art. 182 del Código Penal, por el delito de usurpación de aguas.

Art. 84: El dueño del predio sirviente tiene privilegio sobre todo otro acreedor para ser pagado con el valor del fondo dominante, de los perjuicios que la servidumbre le haya ocasionado.

En esta norma nuevamente el legislador local se ha excedido, arrogándose la regulación de aspectos delegados al Congreso Nacional en el Art. 75 inc. 12 CN, debiendo resolverse en consecuencia según la norma de fondo civil.

Art. 85: Corresponde al Superintendente de Aguas otorgar y decretar las servidumbres de acueducto o desagüe, con apelación para ante el Poder Ejecutivo.

Art. 86: En todo caso deberá preceder al decreto de constitución de la servidumbre, la instrucción del expediente justificativo de la utilidad de la que se intente imponer, con audiencia de los dueños de los predios que hayan de sufrir el gravamen.

La servidumbre administrativa puede imponerse a partir de una ley formal, por acto administrativo fundado en ley, por contrato administrativo, por accesión, por prescripción, por disposición testamentaria u otro acto de liberalidad, o por destino del padre de familia⁹⁶. La servidumbre civil puede constituirse por acuerdo de voluntad (Art. 2977 CC), por disposición de última

⁹⁵ Miguel Marienhoff, "Tratado del Derecho Administrativo", T° I, Ed. TEA, Buenos Aires, 1960, p 580/585 y Rafael Bielsa, "Régimen jurídico de policía", Buenos Aires, 1957, p 50

⁹⁶ Miguel Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", T° IV, ob cit, p. 92 y ss.; Roberto Dromi, "Derecho Administrativo", Ed. Ciudad Argentina, 1994, p.

voluntad (Art. 2978 CC), por destino del padre de familia (Arts. 2978 y 2994 CC) y por prescripción (Art. 3017 CC).

El Art. 85 LA habilita la imposición de servidumbre administrativa por acto administrativo fundado en Ley, cuando establece que corresponde al Superintendente General de Irrigación decretar las servidumbres de acueducto o desagüe, dejando así bajo la competencia administrativa la facultad de constituir en el caso particular la servidumbre administrativa de acueducto que genéricamente disponen los Arts. 59 y 60 LA. Por su parte, el Art. 89 LA contempla la imposición por destino del padre de familia.

El régimen del Art. 85 LA fue en su momento cuestionado por cierta doctrina que entendía que la imposición de servidumbre es exclusivamente materia civil y por ello resorte de la justicia ordinaria⁹⁷, considerando para ello que por limitar la propiedad privada las servidumbres no eran administrativas sino civiles. La Suprema Corte de Mendoza siguió antiguamente esta postura, al sostener que estando el derecho real de servidumbre regulado en el Código Civil era una "institución netamente civil, y por consecuencia, en estos conceptos sólo puede juzgar la autoridad judicial... Las autoridades de irrigación tienen competencia para determinar los procedimientos que hagan efectivas las servidumbres impuestas por la ley civil; pero carecen de competencias para resolver las cuestiones referentes a su constitución, cuyo conocimiento corresponde a la justicia ordinaria"⁹⁸.

Sin embargo, con posterioridad se ha superado esta confusión y se ha comprendido que a la par de las servidumbres civiles reguladas por el derecho de fondo -que se constituyen en relaciones entre particulares en vista a un interés privado-, existen servidumbres basadas en el interés público -que importan una relación entre el Estado y sus administrados- regidas por el derecho administrativo local⁹⁹; y por ello nada impide el régimen del Art.

⁹⁷ Miguel Marienhoff, "Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas", ob cit, p. 692

⁹⁸ **Suprema Corte de Justicia**, autos 253 caratulados "Luis Della Torre por José María Cejas - recurso contencioso administrativo contra la Superintendencia de Irrigación", LS XVII-205. **Suprema Corte de Justicia** in re "Ferrer y Alou v. Consejo de Irrigación", sentencia del 10/12/1929, JA, Tº XXXII, 1930, p. 558.

⁹⁹ **Adolfo Vicchi**, "Servidumbres de acueducto para uso de las aguas públicas", ob cit., p. 75.

85 LA, el que importa un acto administrativo fundado en ley que es revisable judicialmente tanto en su aspecto administrativo (Ley 322 y 3918) como en su aspecto civil (Art. 177 LA y Decreto Ley 1447/75) , asegurándose el resguardo de la propiedad privada por la autoridad judicial.

Hoy en día, como observa Joaquín López, prácticamente la totalidad de la doctrina establece que la Administración puede por sí imponer servidumbres fundadas en ley, siendo una facultad provincial legislar sobre servidumbres, incluyendo esto su constitución¹⁰⁰. Concordantemente, nuestra Suprema Corte sostuvo en pleno que “Las leyes provinciales -en el caso la de aguas, artículos 59 al 101- pueden establecer las normas que estimen convenientes para determinar los límites dentro de los cuales el derecho de propiedad es susceptible de ejercerse, pudiendo sancionar limitaciones administrativas, o sea, las restricciones y servidumbres de ese carácter”¹⁰¹.

De este modo, hoy en día la Superintendencia General de Irrigación ejerce normalmente la atribución dada por el Art. 85 LA, la cual es concordante con el procedimiento general del Decreto Ley 1447/75. De igual forma, en lo que refiere al régimen de las aguas subterráneas, la Ley 4036 en su artículo 7º establece la facultad de la Superintendencia de decretar las restricciones al dominio, servidumbres y ocupaciones temporarias que resulten necesarias para la investigación, exploración, extracción, control, uso, recarga, conservación y aprovechamiento de las aguas subterráneas, en concordancia con la utilidad pública declarada por el artículo 24 de la Ley 4035.

Debe tenerse presente que el Art. 85 LA ha sido modificado por el Art. 188 CP y el Art. 11 de la Ley 322, por lo que el decreto de imposición de servidumbre es apelable ante el H. Consejo de Apelaciones, y luego susceptible de acción procesal administrativa ante la Suprema Corte de Justicia.

¹⁰⁰ Joaquín López, “Código de Aguas de la Provincia de Córdoba”, Ed. Secretaría de estado de Obras y Servicios Públicos de Córdoba, 1973, en nota al Art. 235, p. 74

¹⁰¹ **Suprema Corte de Justicia**, in re “*Peracca Rodolfo / Honorable Consejo Apelaciones del Departamento General de Irrigación*”, sentencia del 09/09/1961, Ubicación: S078-334.

A los fines de la imposición de servidumbre regulada en el Art. 85 LA, el Art. 86 LA establece que debe darse lugar a la tramitación administrativa la cual justifique y declare la utilidad propia del interés público que fundamenta la servidumbre administrativa como limitación dominial.

El Estado en los territorios áridos, dentro de su política socioeconómica debe impulsar el desarrollo productivo de actividades agrícolas e industriales. De ahí que en Mendoza la legislación administrativa contemple, dentro de las limitaciones administrativas, la constitución de servidumbres para hacer posible el uso del agua en los oasis agroindustriales.

Ya hemos dicho en este sentido que Corti Videla explica claramente cómo en las regiones en que la agricultura se desarrolla en base al regadío, las servidumbres particulares de acueducto, aunque benefician a un fundo privado, son de "interés público" y por ello sujetas al derecho administrativo y no al civil que normalmente las regula¹⁰². En este mismo sentido insiste Miguel Mathus Escorihuela, al señalar que "el hecho de que, por ejemplo, la servidumbre de acueducto beneficie directamente a un fundo determinado, no lo hace perder su carácter de administrativa. El interés público es mediato, pero existe, y la limitación se impone para hacer útil el uso del agua, en beneficio de la colectividad (produciendo, creando fuentes de trabajo, elevando el nivel general) aunque se beneficie inmediatamente el dueño del fundo que aprovecha el agua"¹⁰³.

La emisión del acto administrativo que autoriza el Art. 85 LA, ha de fundar y declarar el interés público que lo motiva, como presupuesto de la constitución de la servidumbre. Una vez declarado el interés público e impuesta la servidumbre, bajo la aplicación supletoria del Decreto Ley 1447/75 que establece el Art. 177 LA, comienza el trámite a través de la instancia administrativa que procura

¹⁰² **Alberto Corti Videla**, "Las servidumbres administrativas en la legislación de aguas", en "Revista de la Facultad de Ciencias Económicas, Comerciales y Políticas", Rosario, 1936, p. 343, 345 y 370, citado por **Miguel Marienhoff**, "Régimen y Legislación de las Aguas Públicas y Privadas", ob cit, p. 690

¹⁰³ **Miguel Mathus Escorihuela**, "Las limitaciones al dominio vinculadas al uso de las aguas públicas", ob cit, p. 5

satisfacer la indemnización previa exigida por el Art. 17 CN, para que se constituya la servidumbre impuesta.

El sujeto expropiante (en este caso la Superintendencia General de Irrigación que impone la servidumbre en beneficio del predio dominante), procura una compra mediante concertación directa con el sujeto expropiado (en este caso quien ha de sufrir la servidumbre), ofreciendo un monto determinado conforme al criterio de valuación dado por la Ley de Aguas y el mismo Decreto Ley 1447/75. Este monto, que debe ser establecido presupuestariamente por el H. Tribunal Administrativo del Departamento General de Irrigación (Art. 196 CP y Art. 26 Ley 322), puede ser de hasta un 30% superior al avalúo fiscal.

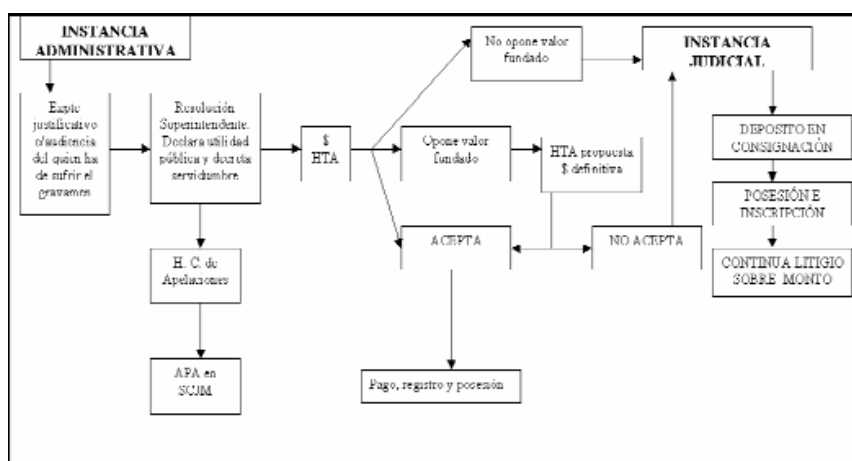
El sujeto expropiado tiene un plazo de 20 días para considerar la oferta, y si no la rechaza mediante estimación fundada de otro precio, la misma se considera aceptada a los fines de la etapa judicial. Si el sujeto expropiado propone fundadamente otro precio, el mismo debe ser considerado por el H. Tribunal Administrativo.

Si existiere acuerdo, se constituye la servidumbre impuesta mediante el pago de la indemnización previa (elemento esencial por el Art. 17 CN).

Cuando no hubiere acuerdo, el sujeto expropiante debe iniciar la instancia judicial de determinación y/o recepción del monto, la que no altera la naturaleza administrativa del procedimiento, limitándose a los aspectos civiles propios de la indemnización. Es competente el Juzgado Civil de Primera Instancia de la circunscripción judicial donde se encuentre el predio al que se procura imponer la servidumbre.

La demanda debe acompañarse con el depósito en consignación del monto fijado por el HTA, quedando con ello salvado el requisito del Art. 17 CN y constituida la servidumbre impuesta. En consecuencia, el órgano jurisdiccional debe ordenar inmediatamente la posesión de la servidumbre y su inscripción registral. El proceso continúa con relación a la determinación del monto indemnizatorio, de acuerdo con las fundamentaciones y probanzas de las partes.

El siguiente cuadro esquematiza el procedimiento de imposición de servidumbre, en el marco de la Ley de Aguas, la Ley 322 y el Decreto Ley 1447/75:



Si la Administración hubiere construido obras sin respetar el principio constitucional de la previa declaración de utilidad e indemnización, en concordancia con lo comentado al considerar el Art. 182 LA, debe acudir al régimen de “expropiación inversa” consagrado por el Art. 46 del Decreto Ley 1447/75. En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que “cuando una provincia realiza una obra pública sobre un terreno particular y con conocimiento de éste, lo entrega al uso colectivo, ya no puede mantenerse la distinción entre el terreno –que seguiría en el dominio particular regido por el Código Civ.- y la obra perteneciente al público y ajena por ende al régimen de dicho Código, pues se trata en adelante de un bien del dominio público respecto del cual no cabe el ejercicio de acciones reales como la reivindicatoria”¹⁰⁴. En este caso, la Corte aceptó la acción subsidiaria promovida en los términos del Art. 2.779 CC, para dar lugar a la indemnización que la enajenación forzosa del terreno implicaba.

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia, causa N° 19.079: ‘Bergadá Mujica, Héctor c/ Provincia de Río Negro’, fallo del 05/09/02, reseñado en Doctrina Judicial T° 2002-3, Ed. La Ley, p. 1159.

Art. 87: El dueño del terreno sobre que trate de imponerse la servidumbre forzosa de acueducto podrá oponerse por no ser el que la solicite dueño concesionario del agua o del terreno en que intente utilizarse para objeto de interés privado.

Art. 88: Podrá también oponerse, probando que la servidumbre puede establecerse sobre otros predios con iguales ventajas para el que pretende imponerla, y menores inconvenientes para el que haya de sufrirla.

Los Arts. 87 y 88 LA junto al Art. 72 LA, contienen las causas legales de oposición que han de esgrimirse en el procedimiento previsto en el Art. 86 LA. Obviamente, si el predio dominante no es beneficiado por una concesión de uso de aguas públicas, el acueducto que justifica la imposición de servidumbre carecería de objeto.

De igual manera, siendo las limitaciones dominiales medidas legales concebidas para que la propiedad privada armonice con los requerimientos del interés público, es de toda razonabilidad que la limitación sea impuesta donde menos perjuicio ocasiona. De ahí que en el marco del Art. 88 LA, quien pueda probar que existe una traza alternativa menos perjudicial sin afectar el interés que justifica la servidumbre, puede oponerse al gravamen más dañino.

Art. 89: Cuando un terreno de regadío que recibe el agua por un solo punto se divida por herencia, venta u otro título entre dos o más dueños, los de la parte superior quedan obligados a dar paso al agua como servidumbre de acueducto para riego de los inferiores, y los inferiores deberán dar paso a los desagües sin poder exigir por ello indemnización, a no haberse pactado otra cosa.

De acuerdo con la doctrina, existe destino del padre de familia con relación a las servidumbres continuas y aparentes, cuando el propietario de un “fundo único” establece, mediante obras u otros

signos aparentes, una situación de hecho entre varias partes del mismo, en forma tal que si pertenecieran a propietarios distintos, ello denotaría la presencia de una servidumbre¹⁰⁵.

Cuando un terreno se divide por un acto jurídico privado ínter vivos o por causa de muerte, los nuevos dueños adquieren por imperio legal una servidumbre sobre el derecho que el antiguo propietario ejercía como dueño sobre la totalidad de la cosa ahora dividida; de modo tal que el predio inferior se beneficia de una servidumbre de acueducto, y el superior de una de desagüe. La constitución de tal servidumbre presenta como título la misma ley que la dispone.

Por tratarse de una continuidad del ejercicio dominial que realizaba el anterior propietario antes de la división, las servidumbres que nacen entre los predios de los sucesores de dicho dominio original no generan derecho al cobro de indemnización por el nacimiento de esta limitación.

El Art. 89 LA no resulta una norma de orden público, por lo que en su parte final autoriza a las partes intervinientes a convenir una solución distinta a aquella que la norma estipula.

El Código de Aguas de Córdoba establece en su Art. 236 que el interesado puede solicitar a la autoridad de aplicación que declare la preexistencia de las servidumbres que se constituyen por destino del padre de familia. Esta previsión, si bien no se encuentra presente en la Ley de Aguas de Mendoza, entendemos que puede igualmente ejercerse en razón de las atribuciones generales contempladas los Art. 1, 6 y 190 LA.

Art. 90: La servidumbre forzosa de acueducto se constituirá con acequia abierta cuando no sea peligrosa por su profundidad o situación ni ofrezca otros inconvenientes.

¹⁰⁵ Suprema Corte de Justicia, en pleno, expediente 20691, Carátula: MASSI LUIS Y ANGEL / HONORABLE CONSEJO DE IRRIGACION, sentencia del 12/12/1957, Ubicación S066-370.

Art. 91: Deberá constituirse con acequia cubierta, cuando lo exijan su profundidad, su continuidad a habitaciones, caminos, patios, huertas, veredas o algún otro motivo análogo, a juicio de la autoridad competente.

Art. 92: Deberá constituirse la servidumbre con cañería o tubería, cuando puedan ser absorbidas otras aguas ya apropiadas, cuando las aguas conducidas puedan infeccionar a otras, o absorber sustancias nocivas o causar daño a obras o edificios, y siempre que resulte necesario del expediente que al efecto se formará.

Los Arts. 90, 91 y 92 LA brindan condiciones de uso regular del acueducto o desagüe que ampara la servidumbre administrativa, evitando que la imposición de la misma acarree otras afecciones al predio sirviente.

De acuerdo con el proyecto de obra que se procure, el afectado podrá oponerse a las cualidades del mismo que le resulten peligrosas o gravosas, y que puedan ser evitadas mediante una adecuación razonable. Estas previsiones no son más que la regulación del uso no abusivo del derecho de servidumbre.

Las presentes disposiciones deben coordinarse con los Arts. 51, 61, 62, 63, 64, 131 y 134 LA.

Art. 93: En toda acequia o acueducto, el agua, el cauce y los márgenes serán consideradas como parte integrante de la heredad o edificio a que van destinadas las aguas.

Siendo la servidumbre una institución por la que se limita el carácter exclusivo de la propiedad que existía originariamente sobre el predio sirviente, el Art. 93 LA constituye una consecuencia lógica a la que debería arribarse aún si no existiera este precepto. El terreno sometido al régimen de la servidumbre, en todo lo relacionado con el acueducto que se construya, constituye una propiedad accesorio al predio dominante y el responsable de este

predio es quien debe disponer sobre el acueducto construido y atender las necesidades del mismo, en ejercicio de su dominio sobre el predio dominante.

Art. 94: Los dueños de los predios que atraviere una acequia o acueducto, o por cuyos linderos corriere, no podrán alegar derecho de posesión, ni de aprovechamiento de su cauce ni márgenes, a no fundarse en títulos de propiedad expresivos de tal derecho.

Art. 95: Cuando por ser una acequia o canal de construcción inmemorial, o por otra causa, no estuviese bien determinada la anchura de su cauce, no hubiese restos o vestigios que la comprueben, la anchura se determinará por el Departamento de Aguas, pudiendo servirse los interesados de todos los medios de pruebas.

El principio jurídico general, por el cual quien alega debe probar sus dichos, presenta una excepción en materia de servidumbres administrativas de aguas.

De acuerdo con el Art. 94 LA, el dueño de un predio atravesado por un cauce no puede alegar derechos sobre el mismo, salvo que acredite el correspondiente título. Así, la existencia de la servidumbre no debe ser probada por quien la invoca en caso de que exista el cauce construido. Completando este esquema, si sólo existieren vestigios de un cauce inmemorial, la autoridad administrativa determina la extensión del mismo (Art. 95 LA).

De esta manera se produce una inversión probatoria, donde el titular del predio sirviente deberá probar la inexistencia de título, o que el mismo es menos extenso que el gravamen que se le procura imponer. Entendemos que en un sistema con cauces de origen inmemorial e incluso algunos de ellos anteriores a la civilización occidental¹⁰⁶, como el que existía al tiempo del dictado de la

¹⁰⁶ Enrique Mayntzhusen, "Los grandes sistemas de irrigación prehispanicos del Río Mendoza", Anales de Arqueología y Etnología, T° XXIII, Ed. UNC, Mendoza, 1968, p. 127. Ricardo Ponte, "Mendoza, aquella ciudad de barro. Historia de una ciudad andina desde el siglo XVI hasta nuestros días", Ed. Municipalidad de la Ciudad de Mendoza, Mendoza, 1987, p. 14.

Ley de Aguas, es plenamente comprensible establecer un sistema probatorio como el regulado.

Art. 96: La concesión de la servidumbre legal de acueducto caducará si dentro del plazo que se hubiese fijado no hiciere el concesionario uso de ella o si no hiciere al dueño del predio sirviente la indemnización establecida.

Art. 97: La servidumbre ya establecida se extinguirá por consolidación, o sea reuniéndose en una sola persona el dominio del predio sujeto a la servidumbre y el derecho de aprovechamiento de las aguas.

Art. 98: Se extinguirá también la servidumbre por el no uso durante diez años, ya por imposibilidad o negligencia de parte del dueño de la servidumbre, ya por actos del sirviente contrario a la servidumbre, sin contradicción del dominante.

Art. 99: Se extinguirá también la servidumbre por enajenación forzosa por causa de utilidad pública.

Art. 100: El uso de la servidumbre de acueducto por cualquiera de los condóminos, conserva el derecho para todos, impidiendo la prescripción por falta de uso.

Las servidumbres administrativas se extinguen por ley, por acto de desafectación expresa, por convenio o renuncia -en caso de que sea constituida por convenio, acto de liberalidad o por prescripción-, por confusión, por destrucción de la propiedad sirviente de modo que resulte incompatible con el objeto de la servidumbre o por no

uso inmemorial¹⁰⁷. La Ley de Aguas contempla como causas expresas de extinción, la caducidad por no uso en plazo o no pago de indemnización (Art. 96 LA), la consolidación (Art. 97 LA), la prescripción decenal (Art. 98 LA) y la expropiación (Art. 99 LA).

Las servidumbres civiles se extinguen por causas generales o especiales. Las causas generales están dadas por el vencimiento de plazo, el cumplimiento de la condición y la renuncia (Arts. 3046 y 3047 CC). El artículo 4035 CC contempla otra causal, la que en realidad no es de extinción sino de inexistencia. Como causas especiales, contempladas en los artículos 3048 y ss. CC, puede considerarse la imposibilidad permanente de usarla o la falta de utilidad, el no uso o prescripción y la confusión.

Art. 101: Las servidumbres procedentes de contratos privados se registrarán por las leyes comunes.

Esta disposición da claras pautas de que el legislador de 1884, a diferencia de la doctrina y jurisprudencia referidas al comentar los Arts. 85 y 86 LA, distinguía claramente el concepto de servidumbres en interés privado y servidumbres en interés público. Mientras la servidumbre no tenga su origen en disposiciones de derecho público, corresponde su consideración en todos los aspectos bajo el derecho de fondo y –tal como preceptúa el Art. 186 LA– por la justicia ordinaria.

Art. 102: Todo el que derive en provecho propio el agua que pase por su predio destinada a otro, pagará una multa de veinte a cien pesos moneda nacional.

El Art. 102 LA debe coordinarse en su aplicación con los Arts. 82 y 83 LA, existiendo en consecuencia sobre el responsable del fundo sirviente un régimen de responsabilidad administrativa de naturaleza objetiva, en torno a la sustracción ilegítima de aguas. Igualmente, debe considerarse junto a esta norma el Art. 182 del Código Penal.

¹⁰⁷ Roberto Dromi, "Derecho Administrativo", ob cit, p. 462; Miguel Marienhoff, "Tratado de Derecho Administrativo", T° IV, ob cit, p. 116 y ss.

Título V

DE LAS CONCESIONES SOBRE EL APROVECHAMIENTO DEL AGUA

En el presente Título la Ley de Aguas se refiere a la concesión del uso del recurso superficial y al trámite para su otorgamiento.

Al igual que lo comentado en la nota al Título II LA, se plantea en este caso la disputa sobre si la competencia para legislar acerca del uso de los bienes públicos, ¿es propia de la Nación o debe ser ejercida por las provincias?

Conforme la organización política de nuestro país, las Provincias son preexistentes a la Nación y conservan todo el poder que expresamente no se hubiere delegado (Art. 121 CN). En consecuencia, corresponde a las Provincias legislar sobre los modos y formas en que los particulares podrán adquirir el uso de los bienes públicos provinciales. Según expresa Marienhoff *"Esta facultad provincial es "exclusiva" de las respectivas provincias, pues nunca fue expresa ni implícitamente delegada a la Nación"*¹⁰⁸.

Como excepción a este principio general, corresponde a la Nación -y en forma originaria a la Corte Suprema- resolver sobre las *"causas de almirantazgo o jurisdicción marítima"* (Art. 116 CN), y -al Congreso- *"Reglamentar la libre navegación de los ríos interiores, habilitar los puertos que considere convenientes y crear o suprimir aduanas"* (Art. 75 inc. 10 CN).

No obstante lo expresado, el Código Civil incursiona en esta temática disponiendo en su Art. 2642 que el uso de las "aguas públicas" no podrá hacerse sino por *"concesión especial de autoridad competente"*. Esta disposición, aunque redundante con los principios de derecho administrativo por los que los particulares tienen el uso

¹⁰⁸ Miguel Marienhoff, "Tratado del Dominio Público", Ed. TEA, Buenos Aires, 1960, p. 292.

especial de los bienes del dominio público sólo mediante “concesión” o “permiso” otorgado por autoridad competente (Art. 110 LA), resulta impropia de la regulación de fondo que las Provincias han delegado en el Congreso (Arts. 75 inc. 12 y 121 CN).

En cuanto a la concesión, no existe uniformidad en la doctrina respecto de la naturaleza jurídica de este instituto. Spota¹⁰⁹ entiende que la concesión es un acto administrativo bilateral, asimilándolo al contrato de derecho público. Marienhoff¹¹⁰ considera que aunque no es un contrato, es un “*negocio jurídico bilateral*”, en virtud de que crea derechos y obligaciones a cargo de los particulares beneficiados y del Estado otorgante; observando que otros autores sostienen que es un “*acto jurídico unilateral con efectos jurídicos*” bilaterales, en virtud de que la voluntad del particular no integra necesariamente el acto de concesión, y una vez otorgada la misma se producen efectos bilaterales. En el derecho comparado, el Código de Aguas de Córdoba es terminante, en cuanto a la unilateralidad de la concesión, ya que la misma puede ser impuesta de oficio y en forma irrenunciable (Art. 30).

Cualquiera sea la postura a la que adhiramos, lo cierto es que esta concesión otorga al particular un “derecho subjetivo” de índole administrativa que permite usar privativamente del agua concedida en la medida en que esté disponible (Art. 124 LA). Por el contrario, el “permiso” implica una mera “tolerancia” de la Administración al uso del recurso público por un particular; es decir, es esencialmente precario y puede ser revocado en cualquier tiempo¹¹¹.

En Mendoza la Ley de Aguas no prevé el otorgamiento de “permisos”. Sin embargo, hace ya largo tiempo que la Administración ha establecido su potestad para otorgar este tipo de autorizaciones precarias, fundando tal atribución en la administración del recurso hídrico que corresponde al DGI en virtud del Art. 188 CP y 189 LA.

¹⁰⁹ Alberto Spota, “Tratado de Derecho de Aguas”, Tº II, Ed. Jesús Menéndez, Buenos Aires, 1941, p. 914.

¹¹⁰ Miguel Marienhoff, “Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas”, ob cit, p. 736

¹¹¹ Roberto Dormí, “Derecho Administrativo”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 433.

Fue con el dictado la Resolución 97/45 del HTA (hoy derogada), que se reguló por primera vez el otorgamiento de “permisos” para el aprovechamiento de aguas públicas (provenientes en ese caso de desagües). También se otorgaron “permisos de riego” bajo el Decreto-Acuerdo 862-E de 1945. Posteriormente, la Ley 1920 dispuso en su Art. 30 que *“El Departamento General de Irrigación podrá otorgar en estos casos, permisos precarios de usos, subordinados a lo que disponga la ley, mientras se sustancie la respectiva concesión”*. Con el dictado de la Ley 5081, se extendió la posibilidad de otorgar permisos sobre aguas “vivas”, con la condición de que éste sirviera como complemento del riego subterráneo. La Ley 6044 fija para el uso poblacional que, en tanto se realiza el trámite de concesión que establece el Art. 194 CP, el DGI puede realizar el otorgamiento de permisos temporarios de usos, a los efectos de posibilitar la prestación inmediata del servicio. Finalmente, a partir de la sanción de la Resolución 477/00 HTA, se reglamentó el otorgamiento de “permisos precarios” por parte de la Superintendencia.

A la par de la concesión y del permiso, puede existir otro modo de adquirir el derecho al uso del agua. Así, la Ley Española de 1879, en la que se inspirara el legislador mendocino, reconocía al transcurso del tiempo (prescripción) como medio idóneo para adquirir el derecho a usar las aguas públicas. El Art. 149 de la Ley establecía *“El que durante 20 años hubiese disfrutado de un aprovechamiento de aguas públicas, sin oposición de la Autoridad o de terceros, continuará disfrutándolo aún cuando no pueda acreditar que obtuvo la correspondiente autorización”*. No obstante ello, el legislador provincial se aparta de su fuente al no incluir a la “prescripción adquisitiva” como medio de adquirir el derecho a usar las aguas públicas. Sobre el particular ha expresado nuestra Suprema Corte: *“La prescripción adquisitiva como fuente de nacimiento de un derecho de uso especial de aguas públicas solo es admisible cuando la ley la hubiere autorizado expresamente y ello a su vez por que todo uso especial supone un acto de autoridad competente que debe pronunciarse sobre la oportunidad del uso privativo en relación con el uso de la generalidad y en función del interés público”*¹¹².

¹¹² Suprema Corte de Justicia de Mendoza in re “ Morales Ramón c/ Depto. Gral. De Irrigación p/ Cont. Adm.”, sentencia del 24-3-77, L.S. 147-9.

Las características fundamentales de la concesión son:

1.- Se trata de un “derecho real administrativo”, es decir, se ejerce sobre una “cosa” (agua) que forma parte del dominio público. De allí el carácter real que inviste, otorgando a su titular (concesionario) un poder jurídico sobre esa cosa oponible a todos, incluso al Estado mismo.

2.- No importa transferencia del dominio del agua, la que se mantiene como un “bien público”, sino que simplemente se otorga derecho a “usar” la misma con las condiciones que se le imponga en el acto de otorgamiento. Así el Art. 13 de la LA establece que el concesionario podrá usar del agua “en la proporción y con las condiciones establecidas por la Ley”.

3. La concesión importa otorgar a su titular un “derecho patrimonial perfecto”, protegido por la garantía constitucional de la inviolabilidad de la propiedad. Refiere sobre el particular el Dr. Marienhoff “...los derechos emergentes de una concesión de uso sobre un bien del dominio público, se encuentran tan protegidos por las garantías consagradas en los artículos 14 y 17 de la Constitución como pudiera estarlo el titular de un derecho real de dominio”¹¹³. Por su parte, el Art. 117 LA establece que la concesión se encuentra sujeta a “expropiación forzosa por causas de utilidad pública previa a la indemnización correspondiente”.

4.- Es aleatoria, en cuanto el Estado no se responsabiliza por un caudal ni garantiza un mínimo. El Art. 124 LA establece que el Estado “...no serán responsables de la falta o disminución que pueda resultar en el caudal expresado en la concesión...”

La concesión se distingue del “permiso”:

1.- Por su naturaleza: como se expresara anteriormente, la concesión importa un “derecho subjetivo” a favor del concesionario; en tanto el “permiso” otorga a su titular un “interés legítimo”, en la medida en que solo implica una mera “tolerancia” por parte de la Administración al uso del agua.

2.- Por el órgano concedente: en la legislación mendocina la

¹¹³ Miguel Marienhoff, “Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas”, ob cit, p 743. Miguel Marienhoff, “Tratado del Dominio Público”, ob cit, p. 361.

concesión de uso especial de agua pública se otorga por "ley" en sentido formal (Art. 194CP); en tanto el "permiso" es facultad de la Administración.

3.- Tiempo de duración: Mientras la concesión se otorga en general por tiempo "indefinido" (Art. 132 LA); el permiso se otorga por tiempo limitado. Conforme lo establece la Resolución N° 477/00 del HTA el permiso se otorga por un plazo máximo de diez años.

4.- Revocabilidad: La concesión, al incorporarse al patrimonio del concesionario, no puede ser dejada sin efecto por oportunidad, mérito o conveniencia, salvo caso de expropiación y previa indemnización (Art. 117 LA). El permiso es esencialmente revocable.

Las Concesiones pueden ser objeto de distintas clasificaciones:

1.- Por su duración: Puede calificarse en "Perpetuas", que son aquellas que no tienen un límite temporal (Art. 127 LA); "Temporarias", las que están sometidas a un plazo preestablecido en el título de otorgamiento; e "Indefinidas", sujetas a condición resolutoria de plazo incierto prevista en la concesión (Art. 132 LA).

2.- Por la clase de agua: De "aguas vivas", las que corren por un curso natural y no han sido usadas anteriormente; "de desagüe", que son las aguas utilizadas con anterioridad pero que pueden ser aprovechadas nuevamente por otro concesionario y "de sobrantes", se trata de aguas vivas que restan luego de abastecidas los derechos anteriores.

3.- Por la prioridad en el uso: Las concesiones pueden ser "Definitivas", es decir, que tienen derecho a ser servidas prioritariamente y son aquellas que se otorgaron en forma automática al tiempo de la sanción de la Ley de Aguas (Art. 103 LA); y "Eventuales", son aquellas que sólo pueden ser servidas una vez abastecidas las definitivas (Arts. 20 a 23 LA). Ambos tipos de concesiones han sido referidas en el comentario al Título II LA.

4.- Según el titular: Las concesiones según este tipo de clasificación pueden ser: "Reales", otorgada en función de la actividad o inmueble determinado (Arts. 13, 15, 127 y 132 LA) o "Personales", las otorgadas sobre la base de las cualidades personales del beneficiado.

5.-Por el uso al que están destinadas: El artículo 115 LA, por ejemplo, contempla cinco categorías distintas de uso, estableciendo asimismo el orden de prioridad.

6.- En una última categoría podemos incluir a los “refuerzos de verano”, que, como lo indica su nombre, se trata de concesiones de excedentes que se producen en las crecidas de verano. Son otorgadas por ley y benefician a varios usuarios de un mismo cauce. La Ley 2631 las considera autorizaciones precarias y revocables.

En cuanto al Poder Concedente, podemos distinguir diversos sistemas:

1.-Concesiones otorgadas por el Poder Administrador, ya sea por el Poder Ejecutivo o por otro ente centralizado, descentralizado o autárquico, tal el caso de la Provincia de Córdoba (Art. 58 Código de Aguas de Córdoba y Ley 8548 de fecha 26-7-96 que crea como organismo de aplicación a la “Dirección de Agua y Saneamiento”)

2.-Otorgamiento de la concesión por el Poder Judicial.

3.- Otorgamiento por el Poder Legislativo.

En nuestra provincia, para las aguas superficiales existe un sistema “mixto” en el cual la concesión es un acto administrativo complejo, ¹¹⁴ que requiere una “ley formal” emanada de la Legislatura, exigiéndose como condición esencial el “informe previo del DGI” (Art. 194 CP). Para las aguas de origen subterráneo, el sistema brinda el poder concedente a la Administración autárquica a través del HTA (Ley 4035).

La solución adoptada por el constituyente de 1916 y los que le precedieron, resulta acorde con la realidad mendocina, donde el recurso hídrico es el elemento esencial para el desarrollo económico y social, pretendiendo asimismo despojar la asignación del recurso de todo favoritismo partidario, siendo necesario no sólo lograr el acuerdo político de los partidos más representativos de la Provincia, a través de la exigencia de una mayoría especial en la

¹¹⁴ Miguel Mathus Escorihuela, “La Administración Hídrica”, Ed. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, 2002, p. 11.

Legislatura (2/3 partes de los votos de los miembros de cada Cámara legislativa en caso de no existir aforo, y la mitad mas uno cuando existe aforo); también es necesario un informe técnico favorable, en cuanto a la disponibilidad del recurso hídrico (Art. 188 CP).

Respecto de las causas de extinción de la concesión, siendo la misma en esencia un acto administrativo, resulta aplicable la Ley 3909. En consecuencia, la concesión se extingue de pleno derecho por cumplimiento de su objeto, imposibilidad de hecho sobreviviente, expiración del plazo y acaecimiento de una condición resolutoria (Art. 84 Ley 3909). También se extingue por renuncia (Arts. 85, 86 inc. a) y 87 Ley 3909), por revocación por oportunidad o por ilegitimidad (Arts. 89, 98, 100 y 101 Ley 3909) y por caducidad (Arts. 89, 102 y 103 Ley 3909).

En particular, sobre estas causas podemos señalar:

1- Cumplimiento de su objeto: es el modo normal de extinción de la concesión, e implica que se agota el objeto de la misma. Sería el caso de una concesión para extraer un volumen determinado de agua.

2- Imposibilidad de hecho sobreviviente: es el supuesto en que el objeto de la concesión –uso del agua- se torna imposible por un hecho sobreviviente. La Ley 4035 regula en este sentido la extinción de la concesión de agua subterránea por agotamiento de la fuente de provisión, o por perder las aguas aptitud para servir el fin para el que fueron concedidos (Arts. 31 y 36 Ley 4035).

3- Vencimiento del término: la concesión se extingue cuando expira o vence el plazo que se otorgó para ejercitar la misma. Procediendo en este caso de “pleno derecho”. En materia de aguas subterráneas, está expresamente prevista en los Arts. 31 y 33 Ley 4035.

4- Condición resolutoria: la concesión también se extingue si se produce un hecho futuro e incierto previsto a tal fin. Es el caso del Art. 132 LA, donde el cese de la actividad industrial es condición resolutoria de la concesión.

5- Renuncia: es un acto unilateral del concesionario de un bien perteneciente al dominio público y produce sus efectos a partir de su aceptación. Si bien en principio la renuncia opera desde que es manifestada a la autoridad (Arts. 85 y 87 Ley 3909), no son susceptibles de renuncia las concesiones que presentan obligaciones pendientes (Art. 86 Ley 3909). En este sentido la renuncia ha sido reglamentada por el DGI, exigiéndose como condición para su aceptación encontrarse al día en el pago del tributo, no pudiendo rechazarse la renuncia de manera arbitraria (Resolución 71/77 y Art. 32 Ley 4035). Esto es así en virtud que, tal como expresa Marienhoff *“La concesión de uso sobre dependencia dominicales se otorga directa e inmediatamente en el interés particular o privado del concesionario ...Siendo así, va de suyo que, en la concesión de uso, el concesionario puede renunciar a la misma, ya que, por principio, cada cual puede renunciar a sus derechos patrimoniales”*¹¹⁵.

Excepcionalmente se puede establecer la “irrenunciabilidad” de la concesión cuando esta ha sido otorgada a los fines de satisfacer un “interés público” (Art. 86 Ley 3909), tal como puede ser el caso de una concesión que resulte la base de un servicio público sanitario o eléctrico. En este sentido, el Código de Aguas de Córdoba establece la “irrenunciabilidad” de los derechos otorgados en un “sistema”, al que define como el área territorial donde es “... conveniente y beneficioso el uso de aguas de una fuente determinada”. En estos casos establece el mismo cuerpo normativo que “...podrá establecerse el otorgamiento de oficio de concesiones y su irrenunciabilidad”. (Art. 30)

6 - Revocación: La revocación reconoce como causa determinante de la extinción del acto la “ilegitimidad” del mismo, o las exigencias del interés público. En virtud de ello, la revocación puede ser por “razones de ilegitimidad” o por razones “oportunidad, mérito o conveniencia” como acto unilateral de la Administración (Art. 117 LA y Arts. 100 y 101 Ley 3909).

La revocación por ilegitimidad, es la extinción en sede administrativa de un acto viciado para restablecer el imperio de la legiti-

¹¹⁵ Miguel Marienhoff, “Tratado del Dominio Público”, ob cit, p. 424.

midad (Art. 98 Ley 3909). *“La concesión será nula si en su fondo o en su forma contiene una violación de los pertinentes preceptos legales”*¹¹⁶. En el ordenamiento positivo mendocino, será nula o inexistente la concesión que presente vicios graves o groseros en el acto de otorgamiento, por ejemplo si careciere del informe previo favorable del DGI o las mayorías especiales que requiere la Constitución; o si la concesión es otorgada por la Autoridad Administrativa.

El fundamento de la revocación por ilegitimidad, radica en la facultad sobre sus propios actos que ostenta el Estado, a los fines que estos armonicen con el derecho vigente.

Sin embargo, salvo que el vicio sea grosero, la revocación no es posible en sede administrativa una vez que el acto ha sido notificado al interesado, debiendo recurrirse a la autoridad judicial mediante acción de lesividad, para producir la anulación de la concesión (Art. 96 Ley 3909 y Art. 3 Ley 3918). Dentro de la jurisprudencia, la Corte ha anulado una eliminación que dispuso en forma directa el DGI de un registro de aguas inscripto por error, por entender que la validez del mismo debía impugnarse judicialmente. En nota a este fallo, Guillermo Cano cuestiona esta solución, por entender que, tratándose el caso el de una revocación administrativa, es ajena a la materia de los jueces civiles¹¹⁷. Esta observación ha sido superada con el régimen que posteriormente introdujo la Ley 3918.

Por otra parte, el fundamento de la revocación por razones de oportunidad, radica en el “deber” del Estado de satisfacer en la forma conveniente las necesidades públicas o colectivas. Para que la misma se produzca, es necesario dar lugar a la “expropiación” del derecho concedido (Art. 117 LA y Art. 100 Ley 3909).

7- Caducidad: Procede cuando el concesionario incurre en incumplimiento de las obligaciones a su cargo (Art. 102 Ley 3909). Al comentar el Art. 16 LA nos referimos al uso del recurso públi-

¹¹⁶ Miguel Marienhoff, “Tratado del Dominio Público”, ob cit, p. 382.

¹¹⁷ Suprema Corte de Justicia, in re “Pérez Dardo y Vera Humberto c/Departamento General de Irrigación s/contencioso administrativo”, sentencia del 23/02/1940, Revista Jurídica de Cuyo, n° 1, julio – agosto 1940, p. 71, con nota de Guillermo Cano, “La protección jurisdiccional de los derechos de aguas en Mendoza”. Guillermo Cano, “Estudios de Derecho de Aguas”, ob cit, p. 215.

co concedido como principal obligación del concesionario cuyo incumplimiento acarrea la caducidad; pero también existen otras causales que pueden surgir del acto de otorgamiento o bien del texto legal que contemplan los Arts. 125, 133 y 134 LA. El régimen genérico de la caducidad de los actos administrativos es regulado por los Arts. 102 y 103 de la Ley 3909.

En todos los casos la caducidad importa una “sanción o pena administrativa”, en virtud de lo cual los incumplimientos que otorgan derecho a declarar la caducidad deben serles imputables al concesionario.

Salvo el caso de expresa estipulación de caducidad para un supuesto determinado, el incumplimiento debe revestir cierta gravedad y referirse a obligaciones esenciales, lo cual constituye una cuestión de hecho que exige prudente apreciación. Como en todo procedimiento administrativo deberá garantizarse el “debido proceso”, debiendo ser oído el interesado como paso previo a la declaración de caducidad.

En cuanto a la autoridad que debe declararla, siendo una manifestación de la “policía” administrativa, corresponde a quien dentro de la Administración ejerza dichas funciones. Marienhoff, por su parte sostiene que por aplicación del principio de “paralelismo de formas”¹¹⁸ corresponde declarar la caducidad a la autoridad que otorgó la concesión, que en el caso de Mendoza, es el Poder Legislativo (Art. 194 CP).

Por el contrario, entendemos que salvo disposición legal expresa, siendo un acto sancionatorio propio de la función de administración, corresponde a la autoridad que ejerce la policía sobre las aguas resolver la caducidad. En este sentido, el Art. 90 de la Ley 3909 dispone que la extinción del acto debe ser dispuesta por la misma autoridad que lo dictó, salvo cuando se hubiere agotado su competencia. Con el dictado de la ley de concesión, se produce el agotamiento de la competencia puntual que el Art. 194 CP brinda a la H. Legislatura; y siendo el Art. 188 CP una cláusula abierta de

¹¹⁸ Miguel Marienhoff, “Tratado del Dominio Público”, ob cit, p. 393

competencia administrativa exclusiva en la materia a favor del DGI, corresponde al mismo entender en todo asunto con posterioridad al acto de concesión. En consecuencia, salvo el otorgamiento de concesiones– que por excepción es competencia de la H. Legislatura– la competencia administrativa sobre las concesiones es del DGI (Arts. 1 LA y 188 CP), correspondiendo al mismo resolver sobre sus extinciones en general, incluyendo las caducidades.

8.- Eliminación: Por Resolución 107/93 HTA, se reguló la eliminación de derechos como forma de extinción de los mismos, principalmente para dar lugar a un saneamiento de las irregularidades registrales detectadas por el relevamiento catastral que dispuso la Resolución 1100/92 de Superintendencia.

Artículo 103: Todos los propietarios de terrenos cultivados se presentarán en el término de seis meses, desde la promulgación de esta ley, a hacer registrar en el Departamento de Aguas el número de hectáreas que tengan cultivadas con derecho a aprovechamiento de aguas, solicitando que se les otorgue el título correspondiente, por el número de hectáreas cultivadas que justifiquen tener.

Artículo 104: Los que no cumplieren con la disposición precedente, serán privados del uso del agua hasta que cumplan, y pagarán una multa de dos pesos nacionales por cada hectárea de terreno.

Conforme expresa Amilcar Moyano “El uso de las aguas se otorgó en Mendoza por “mercedes” a quienes las solicitaban por “denuncio”. Solo recién en 1857 la merced se entendió como “concesión”. De 1810 a 1884, la mayoría de las concesiones fueron administrativas, una pocas legales, y bien pudieron ser judiciales cuando los concesionarios solicitaban el traspaso o transferencia de la misma concesión, de acuerdo con el Art. 1 del Reglamento de Aldao de 1844”.¹¹⁹

¹¹⁹ Amilcar Moyano, “Sistemas jurídicos sobre las aguas en Mendoza”, La Ley Gran Cuyo, T° 2005, p. 625

Con el dictado de la Ley de Aguas en 1884, se establece definitivamente a la “concesión” como medio de obtener derecho a usar el recurso hídrico (Art. 17 LA). Es por ello que se otorga un plazo de seis meses a todos los que al momento de la sanción de la ley estuvieran haciendo uso del recurso, para registrar ante la Autoridad del Agua las hectáreas que tuvieran cultivadas y obtener el correspondiente título de concesión definitiva. Los plazos que establece la Ley, fueron ampliados y/o renovados por diferentes leyes posteriores (Ley 386; 402; 590; 712; 804; 930; 1920; 2032 y 2274). Actualmente todos los plazos se encuentran vencidos. Cabe destacar que las concesiones otorgadas en esta oportunidad son las únicas que revisten el carácter de “definitivas” (Art. 17 y 22 LA).

Por otra parte, el Art. 103 LA, junto a la Ley 1920 en lo que hace a las aguas privadas, la Ley 4035 respecto de las subterráneas, y la Resolución 778/96 HTA en lo que hace a los establecimientos contaminadores, son el fundamento normativo en Mendoza del Registro de Aguas en sentido genérico.

El registro es una institución ambiental que tiene por objeto la inscripción de derechos que versan sobre recursos naturales públicos o privados, como también de los especialistas que desarrollan actividades a ellos vinculados y de las personas que realizan actividades que pueden tener incidencia ambiental¹²⁰.

El fin principal de la actividad registral, ya sea en general o en referencia a los recursos naturales, es dar publicidad a ciertas situaciones jurídicas para permitir tanto su control por parte del Estado como su oponibilidad a terceros. Dicha publicidad registral coadyuva a la certeza, seguridad y celeridad en el tráfico jurídico¹²¹. Por ello, el Registro de Aguas es de suma importancia en una provincia como Mendoza, donde el valor inmobiliario depende más del derecho a usar el agua que del derecho sobre la propiedad inmueble¹²²; y donde la Administración debe distribuir un

¹²⁰ Joaquín López, “Normas Ambientales”, en “Jornadas sobre medio ambiente y ordenamiento jurídico”, marzo de 1983, Madrid.

¹²¹ María Morán de Godoy y Elena Guevara de Guardiola, “Registro de concesiones de agua para riego”, en XII Congreso Nacional del Agua – Conagua 1985, Mendoza, 1985, Tº IV (a).

¹²² Guillermo Cano, “Reseña Crítica de la Legislación y Administración de Aguas de Mendoza”, ob cit, p 22. Mauricio Pinto, “Reconocimiento jurídico del valor económico del agua”, La Ley Gran Cuyo, Tº 2005, p. 225.

recurso escaso entre quienes ostentan el derecho al uso del mismo. Por ello, la Ley Provincial 368 y la Ley Nacional 22427, imponen a los notarios la obligación de dar intervención necesaria al Departamento General de Irrigación en los trámites de transferencia inmobiliaria, tanto para facilitar la recaudación fiscal como para mantener actualizado el Registro de Aguas.

La práctica registral puede darse a partir de técnicas basadas en sistemas de folio real, o sistemas basados en folio personal. El sistema de folio real parte de considerar como unidad de registración a la “cosa u objeto registrable”, la cual es tomada como base para confeccionar la hoja o folio del registro. Este es el caso del registro de concesionarios que surge de los Arts. 14 y 103 LA y del Art. 25 de la Ley 4035. El sistema de folio personal, se basa en la registración de las personas que se encuentran en una determinada posición con respecto al recurso natural de que se trate. Es el caso del registro de Constructores y Directores de Perforaciones de Aguas Subterráneas que adopta el Art. 26 de la Ley 4035, y el Registro Único de Establecimientos (RUE) que dispone el Art. 24 de la Resolución 778/96 HTA.

Por su naturaleza jurídica, los registros se encuentran orientados por los principios registrales que aporta la ciencia jurídica desde su rama específica, el Derecho Registral¹²³. Así, entre otros, el Principio de la Especialidad o Determinación, exige una precisa descripción de la unidad registral inscripta, asegurando la plena individualización del bien y su posible vinculación con otros registros (por ejemplo, la precisa identificación de un inmueble inscripto en el Registro de la Propiedad, debe permitir su relación con las anotaciones que sobre dicho inmueble figuren en el Registro de Aguas). El Principio de Publicidad, lleva no sólo a considerar conocidos públicamente los datos registrados, sino también a permitir a los interesados el conocimiento del contenido del registro mediante la exhibición de folios, certificaciones e informes. El Principio de la Registración, implica la obligatoriedad de la inscripción registral de todo objeto registrable, o de toda modi-

¹²³ María Morán de Godoy y Elena Guevara de Guardiola, “Registro de concesiones de agua para riego”, ob cit.

ficación al mismo una vez inscripto. El Principio de Exactitud, exige la plena coincidencia entre el objeto registrable y el asiento registral, de modo que el registro sea un espejo de la realidad.

Joaquín López ha observado que la administración, la legislación y la planificación hídrica no funcionarán adecuadamente, sin un completo y real sistema de registro y catastro complementado con otro de cargas financieras. Ello, en cuanto los principios generales contenidos en la ley y en el plan, para aplicarse, necesitan sustentarse en cosas cotidianas y en cosas que permitan que el principio se adecue y funcione: el planificador -para comenzar su tarea- y el administrador -para manejarse operativamente y aplicar las disposiciones legales sobre concesiones, permisos, caducidades, etc. - deben saber qué tienen y cómo está lo que tienen¹²⁴.

Por ello, junto al registro deben desarrollarse las instituciones catastrales, que actualmente están reguladas por el Decreto 1300/69 (modif. por Decreto 2278/69) y su reglamentaria Resolución 1282/84 de Superintendencia. Etimológicamente, el vocablo "catastro" proviene del griego "katasizein", que significaba "señalar por puntos". Esta fuente etimológica permite observar la actual naturaleza de la institución catastral, que concreta la ubicación y descripción cartográfica de la información que contiene el registro.

El catastro presenta como finalidad inmediata la ubicación, descripción y delimitación de bienes y recursos en general, posibilitando así el conocimiento de la distribución territorial de la riqueza natural, y -en materia hídrica- la distribución espacial de la utilización del agua.

De este modo, existe una franca relación entre Catastro y Registro, complementándose ambos en forma mutua para el cumplimiento de sus finalidades: el registro permite dar seguridad jurídica a los derechos que en él se inscriben, y tal seguridad requiere que el inmueble sobre los que recaen tales derechos esté

¹²⁴ Joaquín López, "Registro de Aguas", en "Estudios de Derecho Civil", Ed. Universidad, Buenos Aires, 1980, p. 705/706.

debidamente individualizado, identificado y ubicado, función esta última que corresponde al catastro.

Lo señalado previamente, en cuanto al Registro, es de carácter netamente jurídico, ya que sólo persigue dar seguridad jurídica mediante la debida publicidad de sus inscripciones. En cambio, el Catastro es de carácter jurídico-físico: permite conocer la existencia y estado de los recursos inscriptos, su descripción, ubicación, cantidad, etc.

Debe observarse así que en razón de la interdependencia de los recursos naturales y la unidad del derecho que los regula, es necesario adoptar una adecuada coordinación entre los diversos registros sectoriales existentes. Las modernas legislaciones han previsto tal relación en forma parcial¹²⁵. Sin embargo, los desarrollos tecnológicos facilitan hoy en día vincular la información que proporcionan los diferentes registros y catastros sectoriales, constituyendo los Sistemas de Información Geográficos excelentes herramientas de planificación y gestión ambiental e hídrica.

En cuanto al Art. 104 LA, que sanciona a aquellos que no empadronaran sus cultivos con la privación del uso del recurso y multa, según nos señala el Dr. Amilcar Moyano¹²⁶, fue suspendida su vigencia por Ley 82. Actualmente, el emplazamiento que contiene el artículo 103 LA y la sanción que estipula el Art. 104 LA carecen de aplicación práctica.

Artículo 105: No podrán hacerse nuevas concesiones de agua o reconocerse derecho, con perjuicio de derechos adquiridos.

El presente artículo resulta la expresión del principio denominado "cláusula sin perjuicio de tercero", cuyas aplicaciones prácticas las encontramos en los artículos 21, 22, 23, 128, 129, 135 y 137 LA. Nos remitimos a lo expuesto en el comentario al Art. 19 LA.

¹²⁵ El Código de Aguas de Córdoba considera la armonización de las anotaciones practicadas en el Registro de Aguas con las del Registro de la Propiedad Inmueble.

¹²⁶ Amilcar Moyano, "Sistemas jurídicos sobre las aguas en Mendoza", ob cit, p. 625

Artículo 106: Mientras las aguas corran por cauces naturales y públicos todos podrán usar de ellas para beber, lavar la ropa, vasijas o cualesquiera otros objetos, bañarse, abrevar o bañar animales, con sujeción a los reglamentos de policía y ordenanzas municipales.

Artículo 107: En las aguas que, apartadas artificialmente de sus cauces naturales o públicos, discurriesen por canales, acequias o acueductos descubiertos, aunque pertenezcan a concesionarios particulares, todos podrán extraer o conducir en vasijas la que necesiten para usos domésticos, o fabriles, o para riego de plantas; pero la extracción habrá de hacerse a mano, sin género alguno de máquinas y sin detener el curso del agua, ni deteriorar las márgenes del canal o acequia.

Artículo 108: En propiedad privada, nadie puede penetrar para buscar o usar el agua, a no mediar permiso del dueño.

Artículo 109: En los canales, acequias o acueductos de aguas públicas descubiertos, aunque de propiedad temporal de los concesionarios, todos podrán lavar ropas, vasijas u otros objetos, siempre que con ello no se deterioren las márgenes y que no exija el uso a que se destinan las aguas que se conserven en estado de pureza.

Las disposiciones transcriptas en los Art. 106 a 109 LA, regulan el “uso común” del agua, el que *“pueden realizar todos los hombres por su sola condición de tales, sin más requisito que la observancia de las disposiciones reglamentarias de carácter general dictadas por la autoridad”*¹²⁷. Esta modalidad de uso, satisface las necesidades físicas indispensables para la vida misma, distinguiéndose así del “uso

¹²⁷ Miguel Marienhoff, “Tratado del Dominio Público”, ob cit, p. 295. Miguel Marienhoff, “Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas”, ob cit, p. 704.

especial” que procura aumentar la esfera de acción y el poderío económico del hombre¹²⁸, y es concedido expresamente por la autoridad competente (Art. 110 LA).

Entre los usos comunes pueden citarse: beber, bañarse, lavar ropa, abrevar ganado, patinar en zonas congeladas, navegar, pescar, etc.; y cualquier otro uso individual que importe satisfacer necesidades básicas, sin modificación sensible de la calidad o cantidad del recurso hídrico.

El uso común, a diferencia del especial, es en principio libre, gratuito, impersonal e ilimitado¹²⁹. Por ello no requiere “concesión” o “permiso”, no obstante lo cual en todos los casos tendrá como límite no alterar la calidad de las aguas, tal como reza la última parte del Art. 109 LA, y con sujeción a la reglamentación (Art. 106 LA *in fine*).

Conforme las disposiciones citadas, el “uso común” de las aguas podrá hacerse tanto en acueductos naturales pertenecientes al dominio público (Art.106 LA), como artificiales pertenecientes a particulares (Art. 107 LA) o concesionados a particulares en “propiedad temporal” (Art. 109 LA), con las limitaciones antes señaladas.

No obstante lo expresado, los cauces por donde discurren las aguas que pueden ser usufructuadas por todos los habitantes, en la gran mayoría de los casos se encuentran rodeadas de propiedades pertenecientes a los particulares. En este supuesto, tal como lo dispone el Art. 108 LA, deberá requerirse el previo consentimiento del propietario para transitar por el inmueble. Esto es así en virtud de la garantía constitucional de “inviolabilidad de la propiedad privada”, consagrada en el Art. 17 de la CN.

Cabe aclarar finalmente que el uso colectivo de agua que realiza la comunidad a partir del servicio público de agua potable, si bien constituye un “uso común” en lo que hace a cada usuario particular de dicho servicio de abastecimiento domiciliario, resul-

¹²⁸ Miguel Marienhoff, “Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas”, ob cit, p 729; Miguel Marienhoff, “Tratado del Dominio Público”, ob cit, p 305 y 319.

¹²⁹ Roberto Dromi, “Derecho Administrativo”, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 433.

ta en su conjunto un “uso especial” destinado a abastecimiento poblacional que se concede al Estado titular de ese servicio público, ya sea en forma directa o a través del operador al que éste ha concedido la prestación de dicha actividad sanitaria. El consumo de agua que a través de dicho servicio realiza cada integrante de la población, responde a la satisfacción de sus necesidades básicas indispensables; pero la labor misma del servicio, al comprender “la producción, distribución y comercialización de agua para abastecimiento poblacional” (Art. 14 Ley 6044) excede el marco del uso común e ingresa al propio de los usos especiales, en concordancia con el Art. 115 LA, debiendo el ente regulador del servicio público coordinar su función con la autoridad del agua¹³⁰.

Artículo 110 - Nadie podrá aprovechar las aguas de los ríos o arroyos de propiedad pública, fuera de los casos expresados en los artículos anteriores, sin la expresa concesión de autoridad competente.

Es regla que nadie puede utilizar el agua pública sin título jurídico que lo habilite. La “concesión” como instrumento jurídico para autorizar el uso especial de las aguas públicas, así como el “permiso” y la “prescripción”, han sido desarrollados en la nota al presente título, en virtud de lo cual a ella nos remitimos.

Artículo. 111: Todo el que quiera aprovechar las aguas de dominio público para el riego, o para establecimientos industriales, deberá presentarse por escrito ante el Superintendente de Aguas, expresando el nombre del río o arroyo de donde se propone sacar el agua, y el predio, con designación exacta del número de hectáreas que va a regar.

¹³⁰ Mauricio Pinto, “Ente Provincial de Agua y Saneamiento”, nota al fallo **Suprema Corte de Justicia**, in re ENTE PROVONCIAL DEL AGUA Y DEL SANEAMIENTO (EPAS) C/MUNICIPALIDAD DE LAS HERAS Y OTRA S/CONFLICTO, sentencia del 06/09/02, La Ley Gran Cuyo, T° 2002, p. 835.

Artículo 112: Cuando se solicite el agua para motor u otros usos industriales, se expresará la dotación de agua que requieran y el cauce público o particular adonde se arrojarán las aguas sobrantes.

Artículo 113: El Superintendente de Aguas substanciará la solicitud y la elevará al Ministerio de Gobierno para la resolución que corresponda. (Derogado por la ley de 18 de marzo de 1887).

Artículo 114: Si se acordare la concesión, deberá someterse a la aprobación del Departamento de Aguas el punto de la toma, las dimensiones de ésta, los trabajos a ejecutarse para su provisión y demás requisitos que aseguren que la toma no causará perjuicios al público ni a particulares.

El Art. 194 CP, determina que toda nueva concesión de agua requiere una ley especial e informe previo del Departamento General de Irrigación, sancionada con las mayorías especiales previstas en el texto constitucional. Regulando este precepto, los artículos 111 a 114 LA reglamentan el trámite de otorgamiento de la concesión, cualquiera sea el destino al que se aplicará el recurso hídrico. Las presentes disposiciones se complementan con lo dispuesto por los Arts. 1, 4 inc. 1, 27 y 28 de la Ley 322.

Conforme el juego armónico de las disposiciones citadas, corresponde a Superintendencia entender en forma originaria de cualquier solicitud “sobre concesión de ellas (agua) para riego y su empleo en usos industriales...” (Art. 1 Ley 322). Asimismo, entiende en las solicitudes del uso de la energía hidráulica, con fines o aplicaciones industriales” (Art. 4 inc. 1 Ley 322).

Con las disposiciones citadas, se especifica el carácter de “Autoridad de Aguas” que en general corresponde al DGI, cualquiera sea el uso o destino del recurso, despejando toda que pueda derivarse de la expresión “Irrigación” que utiliza la Constitución Provincial al referir al mismo en el Art. 188.

El Art. 113 LA se encuentra derogado, rigiendo sobre el particular el Art. 28 de la Ley 322 que establece que una vez sustanciado el trámite en sede administrativa y emitido el informe al que se refiere el Art. 194 CP, corresponde la remisión de las actuaciones al Poder Legislativo.

Cabe destacar que el “informe previo” que emite el DGI, revisa el carácter de esencial, en virtud de lo cual la concesión que se dicte sin cumplimentar esa exigencia es “nula”.

En cuanto al Art. 104 LA, el mismo debe coordinarse con la facultad otorgada a la Superintendencia (Arts. 192, 193 y 194 LA) y a los Subdelegados (Arts. 208 y 209 LA), a cuyo comentario remitimos.

Finalmente, la Ley 6497 al establecer el Marco Regulatorio Eléctrico, ha previsto en su Art. 15 permisos de uso de agua otorgados por el Poder Ejecutivo, para generación hidroeléctrica menor a 1.000 Kw. También ha previsto concesiones otorgadas por el Poder Ejecutivo sobre fuentes hidroeléctricas de hasta 20.000 Kw, y para uso industrial no consuntivo de agua superficial destinada a refrigeración o generación de vapor en la actividad de generación eléctrica. Entendemos que estas previsiones son de dudosa validez, en cuanto violentan la exclusividad de competencia que en materia hídrica dispone el Art. 188 CP hacia el Departamento General de Irrigación. De igual manera, dicho marco regulatorio en sus Arts. 15 in fine y 19 inc. g), resulta manifiestamente inconstitucional al afectar la autarcía presupuestaria que ha dispuesto el Art. 196 CP.

Artículo 115: En las concesiones de aprovechamientos especiales de aguas públicas, se observará el siguiente orden de preferencia:

- 1. Abastecimiento de poblaciones**
- 2. Abastecimiento de ferrocarriles**
- 3. Riegos**

4. Molinos y otras fábricas

5. Estanques para viveros o criaderos de peces

El presente artículo establece el orden de “prioridades” en el otorgamiento de la concesión. El establecimiento de un régimen de “prioridades” supone la escasez del recurso hídrico, de manera tal que, en caso de concurrencia de solicitudes, el Administrador deba elegir a qué uso afectar el agua.

Las prioridades, resultan un sistema de preferencias, basado en una política determinada que ha considerado cuales son los usos de mayor conveniencia al interés general para cada caso, ya sea ante la escasez de un recurso para satisfacer todas las demandas, o ante la mayor conveniencia económica o ambiental del uso de un determinado recurso. Por ello, la determinación de prioridades que realizan las leyes humanas, responde a una decisión de Política de Estado que debe tomar en cuenta tanto las leyes económicas y sociales como las de la Naturaleza¹³¹.

En el derecho comparado existen diversos sistemas legislativos con relación al régimen de prioridades:

Sistema rígido o fijo: La ley establece un sistema de preferencias que no puede ser alterado por el Administrador. Es el sistema imperante en la mayoría de las provincias argentinas y el adoptado por el legislador mendocino. Si bien otorga seguridad jurídica, evitando situaciones de arbitrariedad por cambios injustificados de prioridades, presenta como inconveniente su falta de adaptabilidad a las circunstancias cambiantes, como consecuencia de la rigidez que le otorga la necesidad de un trámite de reforma legal.

Sistema flexible: En este sistema no se establece apriorísticamente ningún orden de prioridades o preferencias, el que queda librado exclusivamente a la decisión del Administrador. Ello no obsta que puedan establecerse lineamientos o pautas para orientar la decisión del organismo de aplicación. El principal inconvenien-

¹³¹ Guillermo Cano, “Recursos Naturales y Energía”, Ed. Fedye, Buenos Aires, 1979, p. 72 y 73.

te de este sistema, resulta ser la inseguridad jurídica que genera un cambio de criterio por parte del funcionario de turno, así como la facilidad de favoritismos arbitrarios. Su principal ventaja es la fácil adaptabilidad a la realidad cambiante y a las distintas necesidades de cada región geográfica.

Sistema semi-flexible o mixto: Establece un orden de prioridades, pero contempla al mismo tiempo la posibilidad de alterarlo en función de determinados intereses o lineamientos. Este sistema es el utilizado por la Ley 4035 de Aguas Subterráneas y el Código de Aguas de la Provincia de Córdoba, donde se permite al Administrador invertir el orden de prioridades en función del interés económico, social o por la mayor factibilidad de lograr una mejor eficiencia y rentabilidad en el uso del agua. Este sistema aparece como el más conveniente, porque permite dar mayor seguridad y estabilidad a los derechos de los particulares, aunque faculta su adecuación a las nuevas necesidades.

La Ley de Aguas mendocina consagra un régimen de prioridades rígido, el que sólo puede ser alterado vía legislativa. En consecuencia, actualmente subsisten como prioritarios usos que responden a necesidades de la época de sanción legal (“abastecimiento de ferrocarriles”, por ejemplo) y que hoy en día pueden no reflejar el modelo de desarrollo vigente. Por otra parte, debe atenderse que el vocabulario empleado por esta centenaria norma, debe adecuarse a las actuales modalidades; de allí que dentro de la expresión “molinos” ha de entenderse incluida toda actividad basada en la fuerza cinética, incluyendo ello a la generación hidroeléctrica.

Artículo 116: Dentro de cada clase serán preferidas las empresas de mayor importancia y utilidad; en igualdad de circunstancias, las que antes hubieren solicitado el aprovechamiento.

El orden de preferencias que establece el Art. 115 LA, es aplicable entre solicitantes de aguas para distintos usos. En caso de concurrencia de solicitudes sobre un mismo uso, el Art. 116 LA permite al Administrador aplicar el criterio de “mayor importancia y utilidad” del emprendimiento. En paridad de circunstancias, será pre-

ferida aquella que primero hubiera solicitado el uso en aplicación del axioma romano "*prior tempore, prior iure*".

Artículo 117: Todo aprovechamiento especial de aguas públicas está sujeto a expropiación forzosa por causas de utilidad pública, previa la indemnización correspondiente, en favor de otro aprovechamiento que le preceda, según el orden fijado en el artículo anterior, pero no en favor de las que le igualen o sigan, a no ser en virtud de una ley especial.

Como se expresara en la nota al título, la concesión especial de uso de agua pública otorga un "derecho subjetivo" a su titular, el cual se incorpora al "patrimonio" de la persona y como tal se encuentra amparado por la garantía constitucional de "inviolabilidad de la propiedad" (Art. 17 CN y 16 CP).

En concordancia con los Arts. 12 y 13 LA, la revocación de la concesión por motivos de oportunidad, mérito o conveniencia, importa la "expropiación" del derecho, y ello requiere la declaración de "interés público" formulada por ley y la previa "indemnización".

El artículo que se comenta distingue dos supuesto. En el primer caso, la concesión es revocada en favor de otro que lo precede en el orden de prioridades, en cuya situación sólo se requiere indemnización, en virtud de que la declaración de utilidad pública es realizada genéricamente en los Arts. 115 y 117 LA; al individualizarse el derecho que se revoca ha de atenderse la antigüedad en el tiempo con respecto a otros derechos de igual categoría, en concordancia con los Arts. 21 a 23 LA. El segundo supuesto importa una revocación en beneficio de un uso de igual o inferior prioridad, y ello requiere -además de la indemnización- una ley especial declarando en el caso concreto la utilidad pública que implica el uso no prioritario sobre el que se ha de revocar.

Artículo 118: Toda concesión de aprovechamiento de aguas públicas se entenderá hecha sin perjuicio de tercero, y dejando a salvo los derechos de particulares.

El Art. 118 LA es una reafirmación de la “cláusula sin perjuicio de terceros”, comentada al considerar los Arts. 19 y 105 LA, a los que se remite.

Artículo 119: Respecto a la duración de las concesiones, se determinará en cada caso, según las prescripciones de la presente ley.

Como se expresara en el comentario general del presente título, las concesiones según su duración, pueden clasificarse en perpetuas, temporarias e indefinidas.

Artículo 120: En las concesiones de aprovechamiento de aguas se entenderá comprendida la de los terrenos de dominio público necesario para las obras de la presa y para los canales y desagües.

Artículo 121: Respecto a los terrenos de propiedad particular, se procederá, según los casos, a imponer la servidumbre forzosa de acueducto cuando proceda, o a la expropiación por causa de utilidad pública, previo el oportuno expediente y demás formalidades que corresponda, con arreglo a la ley.

El Estado deberá procurar los medios necesarios para poder hacer efectiva la concesión, en virtud de lo cual el concesionario podrá hacer uso de los terrenos públicos adyacentes a los fines de la construcción de obras de arte necesarias para tal objetivo.

En cuanto a los terrenos privados, el Estado garantiza los medios idóneos tendientes a posibilitar el pleno ejercicio de la concesión, como es el caso de la servidumbre de acueducto legislada en los Arts. 59 y ss. LA, o la expropiación prevista en el Art. 177 LA y Decreto Ley 1447/75, en virtud de lo cual nos remitimos a los comentarios de dichos artículos.

Artículo 122: En toda nueva concesión de aprovechamiento de aguas públicas, se determinará la cantidad que corresponda como máximo, si es para riego, a razón de uno y medio litros por segundo, para cada hectárea de terreno.

Siendo las concesiones de uso de aguas superficiales otorgadas generalmente sobre *aqua profluens*, es decir, sobre aguas que siempre están fluyendo como consecuencia del ciclo hidrológico, para su satisfacción es necesario determinar el volumen que de ella aprovechará cada titular de derecho a medida que vayan fluyendo. La determinación del volumen que corresponde a cada usuario es la “medida del derecho” que a cada concesionario corresponde, y recibe legalmente el nombre de “aforo”¹³². Dicho “aforo” es una operación técnico-jurídica que, en función del aforo propiamente dicho (medición histórica de caudales del río) y las necesidades del caso, asigna el volumen hídrico que corresponde a cada derecho concedido, estableciéndose así el “balance hídrico” que corresponde legalmente a cada cuenca.

En el derecho comparado, la dotación de agua que corresponde a cada usuario puede determinarse por volumen variable o por volumen fijo. En el caso del sistema de volúmenes variables, se produce la entrega de una parte alícuota de caudal del río, proporcional al número de hectáreas del usuario, variando así el volumen entregado de acuerdo con el caudal que ofrece el río en cada momento. El sistema de volúmenes fijos, implica que el caudal que le corresponde a cada usuario está determinado de antemano conforme ciertos parámetros físicos y biológicos, como por ejemplo, las necesidades del cultivo.

El sistema que como regla establece el Art. 122 LA, tiene en cuenta para determinar la dotación de cada usuario un caudal máximo (1 y ½ litros), un tiempo de entrega de ese caudal (por segundo) y una superficie para ese caudal (hectárea), asignándose así un volumen fijo para cada concesión. El sistema de excepción que regulan los Arts. 162 a 167 LA, mediante el aprovechamiento

¹³² Alejandro Vergara Blanco, “Derecho de Aguas”, Tº II, Ed. Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1998, p. 369.

por turnos para los épocas de escasez de agua, resulta un sistema de volumen variable que distribuye el eventual caudal existente en forma proporcional entre los concesionarios.

Así, el Art. 122 LA dispone que para cada concesión debe establecerse el caudal máximo que recibirá, el que en el caso del uso agrícola nunca podrá superar un litro y medio por segundo y por hectárea, es decir 47.000 m³ ha/año.

De esta forma, el texto legal de 1884 determina *“el máximo en que debe encuadrarse toda concesión de aguas, dejando a resoluciones posteriores, fundadas en el estudio y la experiencia, la misión de fijar definitivamente, en el porvenir, la cantidad necesaria; y no podía ser de otro modo, si se tiene en cuenta que cuando se sancionó la ley de 1884, las labores agrícolas entre nosotros eran incipientes o propiamente no existían,... no se habían hecho, tampoco, los estudios sobre el terreno, régimen de los ríos, clase de tierras, cultivos, canalizaciones, etc., elementos de juicio sin los cuales toda disposición tenía que ser necesariamente transitoria por lo incierta; y huyendo, pues, de caer en el empirismo, ya que únicamente los estudios técnicos podían ilustrar el criterio de los legisladores, se decidieron sin duda, prudentemente, a fijar un máximo que, aunque excediendo a toda necesidad, en ningún caso pudiera sobrepasarse y suspendía la determinación de la cuota de agua suficiente para época oportuna, es decir, una vez conocidos o en situación de conocer los antecedentes referidos, que debían servir de base ineludible a aquella”*¹³³.

Posteriormente, en 1907, por leyes n° 386 y 402, se encomendó a la autoridad hídrica proyectar las obras de irrigación *“en el concepto de que el uso del agua sea en cantidad suficiente, por hectárea, para llenar las necesidades a que se la destina”* (Art. 1 ley n° 386). Con esta medida, se buscó evitar los inconvenientes de *“sujetar a toda una zona a la inflexibilidad de un máximo o de un mínimo fijado de antemano, cuando aún no se conocen la necesidad de los cultivos que en ella pueden hacerse”*¹³⁴.

¹³³ Emilio Civit, Mensaje de la Gobernación a la Honorable Legislatura de la Provincia elevando el proyecto de la ley 386, en *“Legislación de Aguas”*, texto oficial n° 151 (Resolución del 29.9.20 de Superintendencia General de Irrigación), Ed. Radaelli, Buenos Aires, 1920, p. 65 y 66.

¹³⁴ Emilio Civit, Mensaje de la Gobernación a la Honorable Legislatura de la Provincia elevando el proyecto de la ley 386, ob. Cit., p. 65.

La ley n° 430, sancionada también en 1907, determinó que las tierras cultivadas dentro de su régimen mantendrían el carácter de riego eventual *“mientras no se verifique el aforo de los ríos y arroyos y se determine la cantidad de agua que corresponde por cada hectárea, según la naturaleza del terreno y clase de cultivos existentes”*. La finalidad de esta norma se encaminaba a *“poder llegar, por el aforo de los ríos y por el estudio de las tierras y clase de cultivos, a que el agua se distribuya en forma metódica, satisfaciendo los servicios a que se la destina y dando a cada uno lo que legítimamente necesite y le corresponda”*¹³⁵, por ello, *“previo a toda concesión debe apreciarse el caudal medio destinado para regadío por el río o arroyo de que derive, así como la estimación de la cantidad de agua normal que requiere un terreno y un cultivo determinado para no incurrir en el error, por falta de antecedentes, de otorgar aprovechamientos de agua en cantidad mayor o menor a la necesaria por hectárea, desde que varía según la naturaleza del terreno y clase de cultivo”*¹³⁶. Todo esto, para corregir el hecho de que *“la distribución del agua desde la primer ley que se dictó al respecto, no obedece a un criterio ni a base alguna científica y ha sido determinada teniendo en cuenta su propia abundancia y la limitada extensión de los cultivos... Pero hoy, que se comprende lo que significa su aprovechamiento para el desarrollo de la agricultura y el valor que representa como factor de riqueza, de prosperidad económica y de engrandecimiento industrial, y que la actividad y las energías de todos se encaminan presurosas a servirse de la irrigación del suelo para ensanchar los cultivos existentes, se inicia en la conciencia pública una tendencia completamente contraria y más acorde con los intereses y economías generales”*¹³⁷.

Si bien el Departamento General de Irrigación afora diariamente los principales ríos provinciales -tarea encomendada por el Art. 191 de la Ley de Aguas de 1884-, nunca ha existido un pronunciamiento ni legislativo ni administrativo declarando consumado el aforo. Igualmente, hasta el momento no se ha definido legal ni técnicamente las condiciones del aforo exigido constitucional y legalmente¹³⁸.

¹³⁵ Emilio Civit, Mensaje de la Gobernación a la Honorable Legislatura de la Provincia elevando el proyecto de la ley 430, en *“Legislación de Aguas”*, texto oficial n° 151 (Resolución del 29.9.20 de Superintendencia General de Irrigación), Ed. Radaelli, Buenos Aires, 1920, p. 79.

¹³⁶ Emilio Civit, Mensaje de la Gobernación a la Honorable Legislatura de la Provincia elevando el proyecto de la ley 430, ob cit, p. 79

¹³⁷ Emilio Civit, Mensaje de la Gobernación a la HLP elevando el proyecto de la ley 430, ob cit, p. 79

¹³⁸ Guillermo J. Cano, *“Aspectos institucionales y jurídicos”*, en *Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL) y Consejo Federal de Inversiones (CFI), “Los Recursos Hidráulicos de Argentina”*, T° 7, Ed. CFI, Buenos Aires, 1969, p. 549

Por ello, esa dotación por la cantidad suficiente, por hectárea, para satisfacer las necesidades a que se destina, teniendo en cuenta la naturaleza de las tierras y de los cultivos que respectivamente se hagan en ella, si bien es un objetivo recomendado internacionalmente¹³⁹, no ha sido producida mediante el establecimiento de un volumen determinado para cada área de cultivo; y consiguientemente el agua es distribuida sin atender el volumen que corresponde sobre la base del Art. 122 LA, acudiéndose en forma constante a las excepcionales reglas de los Arts. 162 a 167 LA. Igualmente, todo derecho de agua otorgado por la H. Legislatura con posterioridad a la Ley de Aguas de 1884 reviste forzosamente el carácter de eventual (Arts. 194 CP y 20 LA), y no puede abandonar tal condición sin la correspondiente operación técnica por la que el Departamento General de Irrigación practique tal asignación volumétrica mediante el aforo de los ríos¹⁴⁰. En este sentido, en 1993, por Ley 6105, se encomendó al Departamento General de Irrigación el referido aforo.

Sin perjuicio de lo expresado, y en concordancia con la citada normativa, diversas concesiones legales que generaron derechos a distintos tipos de usos de las aguas públicas han sido otorgadas determinando en el caso concreto la cantidad correspondiente¹⁴¹.

De esta forma, cada regante, en función del alcance cuantitativo de su concesión de agua, tiene derecho a un volumen hídrico máximo -en la mayoría de los casos aún no determinado-, el que debe ser establecido en función de la necesidad del caso y de la disponibilidad de recurso. Formalmente, y por razones históricas, dicho volumen es expresado en la superficie de terreno, sin que por ello se altere sustancialmente la situación de que esa superfi-

¹³⁹ Anil Agarwal y *ots.*, "Manejo integrado de recursos hídricos", en *Gobal Water Partnership (AGW)*, Technical Advisory Comité (TAC), Background Papers n° 4, ed. en español, setiembre 2000.

¹⁴⁰ Mauricio Pinto, "Transformación de derechos eventuales de uso de agua en definitivos en el régimen jurídico mendocino", *La Ley Gran Cuyo*, T° 2001, p. 575.

¹⁴¹ A modo de ejemplo, la ley 2605 otorga derecho de riego para determinados terrenos fiscales en razón de 0,85 lts/seg/ha; la ley 1316 y el decreto 904/68 otorgan derecho para uso industrial de 380 lts/seg sobre aguas del río Mendoza; las leyes 4587 y 4936 otorgan derechos eventuales de uso industrial sobre un total de 1051 lts/seg de aguas del río Mendoza; la ley 4035, al regular las concesiones de uso de agua subterránea, establece que las mismas deben indicar el volumen máximo autorizado a extraer por mes o por año

cie expresa la cantidad volumétrica de agua que el usuario tiene derecho a recibir¹⁴². Así, por ejemplo, una propiedad con una concesión de agua para riego de 10 ha., tiene derecho a recibir un volumen máximo a determinar con un máximo de 1,5 lts/seg; y en caso de escasez, recibirá un volumen proporcional de agua en función de la disponibilidad del recurso hídrico.

**Artículo 123: El propietario de un terreno cultivado cuya explotación haya cesado de efectuar, por causa de encenega-
miento, sin renunciar a su derecho de regadío, y habiendo satis-
fecho sin interrupción todos los impuestos que le correspondan
en tal carácter y todos los gastos que su irrigación haya exigido
en los canales respectivos, tanto principales como secundarios,
puede solicitar concesión de agua en otro terreno, la que deberá
concedérsele mediante el abandono absoluto de su primitivo
derecho y el consentimiento de los interesados del canal con
cuyas aguas desee regar. Si el terreno de que se trata debiera ser
regado con las aguas del mismo canal que servía a la propiedad
abandonada, el acuerdo de los interesados no será requerido.-**

Como se expresara al comentar el Art. 14 LA, el Art. 123 LA constituye la única excepción contemplada legalmente al principio de inherencia.

Como consecuencia de una interpretación estricta de dicho principio, no se admitieron “reubicaciones” de la concesión dentro de un mismo inmueble, ni “traspasos” del derecho a otros, en casos que no se ajustaran estrictamente a lo previsto en el artículo comentado.

Así, siguiendo esta corriente “conservadora”, la cual interpretaba como de carácter “absoluto” al principio de inherencia, el DGI dictó la Resolución 71/68 por la que se reglamentó la denominada “reubicación” dentro del mismo inmueble.

¹⁴² **Mauricio Pinto**, “Consideraciones jurídicas para el aumento de la eficiencia hídrica: la dotación volumétrica”, La Ley Gran Cuyo, T° 1999, p. 485.

Para analizar la procedencia o no de la “reubicación”, la resolución preveía cuatro supuestos: 1) Concesión otorgada para el total de la superficie de un predio; 2) Concesión otorgada por menor superficie, pero individualizando la fracción beneficiaria del derecho; 3) Concesión para terrenos cultivados, con superficie igual a la de estos; y 4) Concesión para terrenos incultos, en menor superficie que la del inmueble.

En los casos 1 y 2, la inherencia está fijada, según la resolución, por la propia ley de concesión. En el caso 3, basta saber cuál era la parte cultivada para determinar donde juega la inherencia. En tanto en el caso 4, por aplicación del Art. 14 de la Ley de Aguas, la inherencia se consolida a la parte cultivada. Solamente en el supuesto de no haber sido nunca cultivado el inmueble, se admitía que el propietario pudiera ubicar a su voluntad el derecho.

Es decir, en todos los casos, según esta interpretación, la “adscripción” que supone el principio de inherencia, más que a la tierra lo es en realidad al cultivo¹⁴³. Un criterio semejante se siguió para interpretar los casos en donde era procedente el “traspaso” del derecho por aplicación del Art. 123. Según expresa el Dr. Arenas: *“La Ley de Aguas en su conjunto tiene una concordancia plena en su protección al cultivo y a los derechos que sirven a estos: la norma que nos ocupa no escapa al criterio seguido...El interés público no consiste en procurar que un derecho se utilice, sino en evitar que los cultivos existentes legalmente no se vean afectados o menoscabados”*¹⁴⁴.

Se interpretaba en general que más que un “traspaso” de un derecho, lo que la ley establece es una “nueva concesión, renunciando a su anterior, o bien como lo manifiesta Spota¹⁴⁵, el encenagamiento previsto por el Art. 123 en realidad otorga una “preferencia” para el otorgamiento de una nueva concesión.

Esta “cerrada” interpretación fue dejándose de la lado, advirtiéndose que *“...si bien debe admitirse la vigencia del principio acorde*

¹⁴³ Héctor Arenas, Asesor Letrado del DGI, Dictamen emitido el 28/02/68, fundamento legal para el dictado de la Resolución 71/68 de Superintendencia.

¹⁴⁴ Héctor Arenas, Asesor Letrado del DGI, Dictamen emitido el 04/11/1966 en expediente 38.631.

¹⁴⁵ Alberto Spota, “Tratado de Derecho de Aguas”, T° II, ob cit, p. 945.

su finalidad (se refiere a la inherencia), es innegable que debe ser armonizado en relación al contexto del presente, de manera tal que permita una adecuación de la norma a la realidad viva. Es así que a medida que se ensancha la brecha entre los dispositivos de la ley y la realidad social, vemos entrar en funcionamiento uno de los mecanismos del cambio jurídico, cual es la interpretación del juzgador, que procura armonizar los viejos textos con la necesidad actual, teniendo especialmente presente el valor justicia”¹⁴⁶.

Estas modernas consideraciones doctrinarias, trajeron como consecuencia la derogación lisa y llana de la Resolución 71/68 de Superintendencia, dejando sin reglamentación la implementación del dispositivo.

Pero aun mucho antes de la derogación de la resolución y desde el punto de vista de un “práctico” como fue el Ing. Galileo Vitale, la norma comentada debía ser interpretada en el contexto de la realidad en que fue dictado: “... el Estado ha acordado la concesión para que el propietario haga uso del derecho, tuvo en mira el progreso de la Provincia...; lo que se quería era que la colectividad obtuviera provecho de su riqueza hídrica, utilizando el agua en el riego de la tierra, y si ésta, por una u otra causa no es apta para el cultivo, ese derecho debe ser traspasado a otro terreno que lo sea, no importando cual fuere el inconveniente que impide utilizar el agua en su provecho... En conclusión: opinamos que todo derecho de agua de un terreno, que por dificultades de carácter físico o mala calidad de la tierra, encenagamiento, etc., no convenga a su dueño cultivar, que se le permita traspasarlo a otro terreno de mejor calidad, eso es lo justo”¹⁴⁷.

A modo de corolario, luego de derogada la Resolución 71/68 y sin haberse dictado una norma marco de interpretación, las solicitudes de “traspasos” o “reubicaciones” son analizadas y resueltas en cada caso concreto.

¹⁴⁶ Cesar Magnani, Asesor Letrado del DGI, Dictamen emitido en expediente 187729 caratulado “Departamento Jurídico s/derogación Resolución 71/68 de Superintendencia”, fundamento legal para el dictado de la Resolución 978/87 de Superintendencia que revoca la Resolución 71/68

¹⁴⁷ Galileo Vitale, “Hidrología Mendocina. Contribución a su conocimiento”, Mendoza, 1940, p. 214 y ss.

Artículo 124: El Estado o la Administración no serán responsables de la falta o disminución que pueda resultar en el caudal expresado en la concesión, ya sea que proceda de error o de cualquiera otra causa.

Como se expresara al comentar el presente título, la concesión de uso especial de agua es un negocio jurídico aleatorio, en virtud de lo cual el Estado no responde por la “falta o disminución” de los caudales. No obstante, la norma va más allá y consagra la “irresponsabilidad” del Estado, aún cuando esta disminución o falta proceda de error o de cualquier otra causa.

Esta norma, con fuente en el Art. 154 de la Ley de Aguas de España de 1879, procura excusar al Estado cuando el caudal expresado en la concesión no es alcanzable. Explica Castello que el Estado al conceder el agua pública no la vende, sino que acuerda su uso mediante un acto de imperio, por lo cual no está obligado a garantizar la entrega de una cantidad; permite al concesionario que usufructúe el agua mientras ella exista y pueda ser usufructuada, siendo el concesionario quien antes de solicitar una cierta cantidad de agua debe asegurarse de que existe disponibilidad¹⁴⁸.

Sin embargo, entiende el autor señalado que el Art. 124 LA resulta exagerado al reflejar un resabio de la pretendida irresponsabilidad del Estado. Entendemos por el contrario que dicha norma no parte de la imposibilidad de responsabilidad estatal en abstracto, sino que para el caso de concesiones de aguas el Estado concedente otorga tal prerrogativa sujeta a diversas condiciones, entre ellas la presente.

El dominio público sobre las aguas, es limitado por los derechos al uso concedido a los particulares, en la proporción y bajo las condiciones establecidas en la Ley de Aguas (Arts. 12 y 13 LA). Y justamente el Art. 124 LA establece como condición que el Estado o la Administración no responderán por falta de caudales. La solución parte no sólo de la aleatoriedad que las leyes de la

¹⁴⁸ Manuel F. Castello, “Legislación de Aguas”, Ed. Universidad Nacional de Buenos Aires, Buenos Aires, 1921, p. 287.

naturaleza imponen a los caudales dentro del ciclo hidrológico –y que varían notoriamente en años de sequía o de abundancia-; también se basa en que la concesión no implica seguridad de obtención de caudales solicitados por un particular, ya que dicha solicitud es a riesgo de quien los solicita¹⁴⁹.

Por otra parte, ha de atenderse que además de la variabilidad de caudales y otros derechos preferentes –ya sea por su categoría o por su antigüedad (Arts. 19 a 23 LA)-, pueden existir situaciones que exijan que el dominio público concedido en uso deje de estar disponible para los concesionarios, como por ejemplo el caso de catástrofes previsto en el Art. 126 LA.

Cabe acotar que el artículo 124 LA sólo se refiere a la responsabilidad derivada de la alteración o modificación de los caudales otorgados originariamente a la concesión, sin referirse a la responsabilidad que le compete al Estado por otras causas, las que corresponde sean resueltas dentro del régimen de responsabilidad establecido en el Código Civil.

Artículo 125: Las concesiones de aprovechamiento de agua, caducarán por no haberse cumplido las condiciones y plazos con arreglo a los cuales hubieren sido otorgadas.

Se expresó en el comentario al presente Título que la “caducidad”, como medio extintivo de la concesión, constituye una “sanción” que impone la Administración. En el presente caso, la procedencia de la sanción tiene su fundamento en el incumplimiento de las condiciones y plazos, impuestos con arreglo a los cuales el concedente permitió el uso de la dominialidad.

Es que siendo la concesión un acto de imperio por el cual el Estado autoriza a un particular a utilizar un bien público, es obvio que si no se respetan las imposiciones que se tuvieron en consideración al conceder dicha prerrogativa, la misma debe cesar.

¹⁴⁹ R. Gay de Montellá y Cristóbal Massó Escofet, “Tratado de la Legislación de Aguas Públicas y Privadas”, Tº I, Ed. Bosch, 3º ed., Barcelona, 1956, p. 375.

Dichas condiciones pueden surgir en forma “general”, teniendo su origen en la ley, o ser impuestas en forma expresa en el acto de otorgamiento. En cualquiera de los casos, se requiere una acción u omisión imputable al concesionario.

En virtud del carácter sancionatorio del acto que declara la caducidad, previo a su emisión, deberá garantizarse el debido proceso, dando oportunidad al concesionario a ser oído y, eventualmente, a cumplir la condición incumplida.

Asimismo, en virtud de la naturaleza jurídica, la caducidad no genera derecho a indemnización por parte del concesionario, ni exime al concesionario de las obligaciones que se han consolidado, como son las contribuciones financieras impagas-.

Entre las obligaciones del concesionario cuyo incumplimiento pueden dar lugar a la caducidad, se encuentran la de usar la concesión conforme con su objeto (uso y destino), fuente y clase de agua (viva o de desagüe), volumen o superficie otorgada (Art. 127 y ss.LA); conservación de las obras con que se beneficia (Arts. 143 y 148 LA) y someterse a las restricciones que imponga la Administración.

Aunque la falta de pago de las contribuciones o cargas financieras no se encuentra previsto expresamente en la norma mendocina como causal de caducidad de la concesión, entendemos que siendo la misma una condición del uso del recurso (Art. 27 LA), la mora excesiva reviste la gravedad suficiente para imponer dicha sanción, siempre que previamente se garantice al concesionario el derecho de defensa, otorgando una oportunidad razonable para cumplir.

El Código de Aguas de la Provincia de Córdoba prevé, expresamente la caducidad por falta de pago “... de tres años de canon, previo emplazamiento por noventa días, bajo apercibimiento de caducidad” (Art. 90 inc. 5).

Artículo 126: En los casos urgentes de incendio, inundación u otra calamidad pública, la autoridad o sus dependientes podrán

disponer inmediatamente y sin tramitación ni indemnización previa, de las aguas necesarias para contener o evitar el daño.

La presente disposición se justifica en virtud de la “urgencia” e “interés público” comprometido en las situaciones descritas. En tal régimen, si las aguas de las que se dispone para enfrentar una calamidad han sido otorgadas en concesión, no es necesario indemnización para privar de su uso al concesionario. Esta solución se fundamenta en cuanto el dominio público es concedido en uso con la presente condición (Arts. 12 y 13 LA). De esa manera, la Ley de Aguas se apartó de su fuente española, que disponía la procedencia indemnizatoria en caso de perjuicio apreciable (Art.162).

En concordancia con el concepto señalado en el párrafo anterior, el Art. 124 LA contempla que el Estado o la Administración no han de responder por la disminución de caudales que se produzca, ya que la concesión es sobre los caudales disponibles.

Ha de atenderse que el presente artículo no distingue entre aguas públicas o privadas. En este último caso, la norma comentada debe armonizarse con el Art. 2512 del CC que establece: *“Cuando la urgencia de la expropiación tenga un carácter de necesidad, de tal manera imperiosa que sea imposible ninguna forma de procedimiento, la autoridad pública puede disponer inmediatamente de la propiedad privada, bajo su responsabilidad”*. En su caso, el interesado podrá propiciar el procedimiento de expropiación inversa que regula el Art. 46 del Decreto Ley 1447/75.

En general, la mayoría de las legislaciones provinciales contemplan estos casos. El Código de Aguas de la Provincia de Córdoba establece: *“En caso de urgencia y necesidad públicas es aplicable a la ocupación temporal lo prescripto en el Art. 2512 del Código Civi”*. (Art. 234).

Artículo 127: Las concesiones de aguas hechas individual o colectivamente a los propietarios de las tierras para el riego de éstas, serán a perpetuidad, o mientras el concesionario quiera emplear el agua para el riego del terreno para que fue destinada;

pero no podrá emplearla para el riego de otro terreno, sin una nueva concesión.

Dada la importancia que revestía la agricultura al tiempo de la sanción de la Ley de Aguas, el legislador entendió oportuno otorgar las concesiones para riego a "perpetuidad", o mientras subsista el uso al que fueron destinadas. Sin embargo, si en el título de concesión se estableciera un plazo, el cumplimiento del mismo implicará la extinción del derecho concedido.

La última parte del artículo, ratifica el principio de inherencia consagrado en el Art. 14, a cuyos comentarios nos remitimos.

Artículo 128: Donde existan aprovechamientos en uso de un derecho reconocido y valedero, solamente podrán hacerse otras concesiones, en el caso de que, del aforo de las aguas en años ordinarios, resultare sobrante el caudal que se solicite, después de cubiertos completamente los aprovechamientos existentes.

Art. 129: Cuando del aforo resulte no haber sobrante de agua en años ordinarios, sólo podrá concederse el derecho de aprovechamiento eventual.

Las disposiciones transcriptas condicen con lo preceptuado por el Art. 194 CP, el que establece la condición del "aforo" para el otorgamiento de concesiones definitivas. Hasta tanto no se cumpla con el mismo, todas las concesiones que se otorguen tendrán el carácter de eventuales.

Sobre el aforo nos remitimos al comentario de los Arts. 18 y 122 LA.

Artículo 130: Nadie podrá establecer molinos u otros establecimientos industriales utilizando el agua como fuerza motriz o de cualquier otro modo, sin expresa concesión de autoridad competente.

El Art. 130 LA reitera el principio dado por el Art. 110 LA, en cuanto a la prohibición de usos especiales del agua sin previo título legal que ampare tal aprovechamiento. En el caso, la norma reafirma tal extremo sobre las aplicaciones industriales y el aprovechamiento de la energía cinética.

Artículo 131: Cuando un establecimiento industrial comunique a las aguas sustancias o propiedades nocivas a la salubridad o a la vegetación, el Superintendente de Aguas dispondrá que se haga el reconocimiento facultativo, y si resultare cierto el perjuicio, se mandará suspender el establecimiento industrial hasta que sus dueños adopten el oportuno remedio.

Desde el inicio de la civilización occidental en América, existió una preocupación por el impacto de los efluentes en el entorno que alberga al hombre. Así, existían reglas donde “los solares para carnicería, pescadería, tendería y otras oficinas que causas inmundicia y mal olor, se procuren poner hacia el río o mar, para que con mayor limpieza y sanidad se conserven las ciudades”¹⁵⁰. Incluso, el Cabildo de Mendoza dispuso prohibiciones sobre uso de los cauces por motivos de preservación hídrica, disponiendo, por ejemplo, el impedimento a “lavar ropa en la (hijuela) del molino a causa de las pestes”¹⁵¹.

El Art. 131 LA, junto al 134 LA, constituyen las normas de contenido ambiental, de mayor antigüedad, vigentes en Mendoza. Las mismas procuran la preservación de la calidad del agua frente a la actividad industrial, autorizando a la Administración a suspender establecimientos e incluso caducar sus concesiones de agua en caso de que contaminen.

Dichos artículos, siguiendo el desarrollo ambiental que se generó en el ámbito mundial durante las últimas tres décadas, han sido

¹⁵⁰ Recopilación de las Leyes de los Reinos de las Indias, Libro IV, tit. 7, ley V.

¹⁵¹ Cabildo de Mendoza, “Actas Capitulares de Mendoza”, Tº III (1652-1675), Imprenta Coni, Buenos Aires, 1974, p. 221.

complementados a través del dictado de la Ley 6044. Dicha actualización, al igual que otros casos en el país y en la región latinoamericana, se ha dado dentro de la práctica de adecuar los marcos normativos hacia la concepción económica desestatizante dominante en los años '90 y dentro del objetivo político de atraer inversiones privadas¹⁵².

La Ley 6044, si bien dictada en 1993 para producir la privatización del servicio de agua potable de Mendoza, recoge las enseñanzas del Informe Final de la Conferencia Internacional sobre el Agua y el Medio Ambiente celebrada en Dublín en 1992 y los principios de la Agenda 21 que aprobó en Río de Janeiro la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo durante 1992¹⁵³. De esta forma, las severas críticas que se han atribuido al capítulo 18 de la Agenda 21 por no considerar las recomendaciones de la Conferencia de Dublín de 1992¹⁵⁴, fueron superadas por el ordenamiento positivo de Mendoza¹⁵⁵.

La mencionada Ley, establece que las normas de preservación del agua revisten el carácter de orden público, debiendo el proceso normativo atender en el marco de la sustentabilidad el ciclo hidrológico, el manejo por cuenca y un enfoque ecosistémico, siendo obligatorio el tratamiento de efluentes degradantes (Art. 42). A tal fin faculta al ente regulador del servicio público de agua potable y saneamiento (EPAS) y al DGI a emitir coordinadamente normas sobre calidad del agua para sus respectivas competencias funcionales (Art. 43); deslindando áreas de competencias para la aplicación normativa (Art. 44) y ampliando el esquema sancionatorio original de la Ley de Aguas (Art. 45).

¹⁵² **Juan Rodrigo Walsh**, "El ambiente y el paradigma de la sustentabilidad", en **Juan Rodrigo Walsh y o/s.**, "Ambiente, Derecho y Sustentabilidad", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 11, observa el proceso de diseño de marcos jurídicos para atraer inversiones en la Argentina como punto de partida de importantes innovaciones en materia ambiental.

¹⁵³ Al respecto, puede consultarse **Arturo Lafalla**, Mensaje del Poder Ejecutivo a la Honorable Legislatura con motivo de la remisión del proyecto de la Ley 6044 de Reordenamiento Institucional de los Servicios de Provisión de Agua Potable y de Saneamiento y la Protección de la Calidad del Agua.

¹⁵⁴ **Guillermo Cano**, "La Agenda 21: América Latina y el Caribe", en *Revista de Política y Derecho Ambientales*, vol. 1, año 1, FARN-PNUMA, Buenos Aires, 1994, p 31.

¹⁵⁵ **Aldo Rodríguez Salas**, "La Reforma de la Política Hídrica Provincial y el compromiso ambiental de la Agenda 21", en Instituto Nacional de Ciencia y Técnica Hídrica (INCYTH), "Seminario El derecho de aguas ante el desafío de la Agenda 21", Ed. INCYTH - CELAA, 1994.

El deslinde de competencias que realiza el referido Art. 44 de la ley 6044, atribuye al Departamento General de Irrigación la aplicación de las normas de calidad ante efluentes de cualquier naturaleza que puedan descargar en cauces hídricos naturales, sistemas de riego, y embalses naturales y artificiales. El EPAS es competente cuando se trate de efluentes cloacales, o de otros efluentes que sean vertidos en colectores cloacales e industriales o en sistemas cerrados de reutilización. Los Municipios son competentes cuando se trate de efluentes volcados en la red de riego del arbolado público y desagüe pluvial. En otras palabras, el DGI entiende sobre todos los efluentes que vuelquen a los sistemas hídricos bajo su administración; el EPAS lo hace respecto de los efluentes que se encuentran dentro del servicio público de saneamiento, y los Municipios cuando se trate de vertidos en cauces bajo su administración.

Obviamente, con dicho deslinde han de surgir puntos de competencias concurrentes, tal como es el caso de los vertidos de efluentes cloacales tratados a sistemas de riego. El EPAS presenta en estos casos competencia por tratarse de efluentes cloacales, y el DGI por tratarse de sistemas de riego. Sin lugar a dudas, y sin perjuicio de la competencia que a cada Administración corresponde, ha de existir en el caso concreto una coordinación administrativa.

Reglamentando e integrando los postulados de los Arts. 131 y 134 LA, los Arts. 42 a 45 de la Ley 6044 y las Leyes 4035 y 4036 de Aguas Subterráneas, el Departamento General de Irrigación dentro de las atribuciones normativas que establece el Art. 43 de la Ley 6044 ha emitido la Resolución 778/96 de su Honorable Tribunal Administrativo, poniendo en vigencia un moderno Reglamento General para el Control de Contaminación Hídrica.

Integrando estas medidas de protección recursistas en una visión ambientalista, la Ley 5961 ha introducido la necesidad de un procedimiento de evaluación de impacto ambiental para proyectos de generación hidroeléctrica, administración de aguas servidas, construcción de acueductos, conducción y tratamiento de aguas y construcción de embalses, presas y diques.

Artículo 132: Las concesiones de aprovechamiento de aguas públicas para establecimientos industriales, durarán mientras se ejercite la industria para que fueron concedidas.

Al clasificar los tipos de concesión conforme su duración, se comentó sobre las concesiones “indefinidas”, que son aquellas cuya duración es incierta en cuanto se encuentran supeditadas al cumplimiento de una condición resolutoria. En el presente caso, la condición está dada por la subsistencia de la actividad industrial.

Artículo 133: La interrupción de cinco años en el ejercicio de la industria hará caducar la concesión.

El Art. 133 LA debe coordinarse junto con los Arts. 16 y 125 LA a cuyo comentario remitimos.

Artículo 134: Siempre que, en cualquier tiempo, las aguas adquieran propiedades nocivas a la salud o a la vegetación, por causa de la industria para que fueron concedidas, se declarará la caducidad de la concesión, sin derecho a indemnización alguna para el concesionario.

El Art. 134 LA debe coordinarse junto con el Art. 131 LA y demás normativa referida al comentar el mismo.

Artículo 135: Para otorgar los aprovechamientos que son objetos de la presente ley, es requisito indispensable la audiencia de las personas a cuyo derecho pueda afectar la concesión, si fuere conocida.

Artículo 136: Cuando la persona no fuese conocida, se hará publicar por quince días la solicitud y las resoluciones que acerca de ella dicte la Administración.

Los artículos transcritos constituyen la forma práctica de hacer valer la denominada “cláusula sin perjuicio de terceros” que fuera comentada en la nota al Art. 19 LA. La audiencia al interesado implica la vista de la actuación a los posibles afectados, sean conocidos o no. Este sistema de información, sumado al sistema de registro de las concesiones y los efectos de publicidad que ello implica, hace que se facilite la seguridad jurídica en cualquier uso del agua, tanto para el usuario preexistente como para el nuevo concesionario.

Artículo 137: También se hará publicar la solicitud y las resoluciones que se dicten, cuando la concesión afecte o pueda afectar intereses colectivos que no constituyan personalidad jurídica, o que carezcan de representante legal.

El Art. 137 LA es quizá la mayor muestra del adelanto conceptual del Dr. Bermejo. Del mismo surge con claridad el concepto de lo que hoy denominamos “intereses difusos”. Es decir, “aquellos que pertenecen idénticamente a una pluralidad de sujetos, en cuanto integrantes de grupos, clases sociales o categorías de personas, ligadas en virtud de la pretensión de goce por parte de cada uno de ellos, de una misma prerrogativa. De forma tal que la satisfacción del fragmento o porción de interés que atañe a cada individuo se extiende por naturaleza a todos; del mismo modo que la lesión a cada uno afecta, simultánea y globalmente a los intereses de los integrantes del conjunto comunitario”¹⁵⁶. Los mismos se caracterizan por su alcance colectivo o supraindividual, lo que implica que su defensa –aún individual- redunde en un beneficio común.

Los intereses colectivos a que refiere el Art. 137 LA pueden responder a las distintas afecciones que una concesión podría provocar, al margen de los demás concesionarios, al desarrollo comunitario; ello abarca la desecación de áreas naturales hasta entonces abastecidas de agua, la alteración del paisaje, etc. Son “aquellos que no son ya sólo de uno o varios, sino, mejor, de todos los que conviven en un medio determinado y cuya suerte en lo que concierne al enriquecimiento, destrucción, degradación, vaciamiento o consumo sin reposición, angustia al conjunto en lo inmediato y en el porvenir vital de cada uno, sobremanera el de las próximas generaciones. Enmarca,

por consiguiente, verdaderos y perentorios intereses de la sociedad”¹⁵⁷.

A pesar de estar prevista en el texto de 1884, aún hoy en día la noción de esta institución no constituye un concepto acabado, sino más bien una idea fuerza renovadora de la clásica e insuficiente tutela procesal¹⁵⁸; tutela que si bien fue conceptualmente resistida por civilistas cultores del derecho subjetivo como presupuesto de toda acción jurisdiccional, y por administrativistas propiciadores de la trilogía de Jellinek “derecho subjetivo, interés legítimo e interés simple”, que veían con desconfianza el reconocimiento de los intereses difusos dentro de una nueva dimensión de democracia participativa¹⁵⁹, hoy es admitida por el Art. 43 CN.

¹⁵⁶ Lily Flah y Miriam Smayevisky, “La regulación procesal en Derecho Ambiental Americano”, LL, 1993-E, p. 935.

¹⁵⁷ Augusto Morello, “La defensa de los intereses difusos y el derecho procesal”, ob cit en 15, p. 321.

¹⁵⁸ Jorge Bustamante Alsina, “Derecho Ambiental”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 68.

¹⁵⁹ Dentro de la tesis negatoria de los intereses difusos, en su momento se expresaron Germán Bidart Campos, “Intereses difusos y medio ambiente”, El Derecho, T° 123, p. 538 y Miguel Marienhoff, “Delfines o toninas y acción popular”, El Derecho, T° 105, p. 244.

Título VI

DE LOS CANALES DE RIEGO

El Título VI, LA establece reglas genéricas sobre los canales de riego, tanto en lo que refiere a su gestión territorial como su no obstrucción y mantenimiento para asegurar la escorrentía de las aguas en los mismos.

Art. 138: La irrigación de la Provincia se considerará dividida en tantas secciones como canales derivados de los ríos, arroyos o afluentes, existan o se construyan en adelante.

Art. 139: No se permitirá sacar canales de los ríos o de sus afluentes sino para regar más de 500 hectáreas, con la sola condición de que el terreno a regarse no pueda surtirse de ninguno de los canales existentes.

Se conoce como canales “matrices” o “primarios” a los cauces artificiales generalmente de grandes dimensiones derivados de los cauces naturales que constituyen la principal fuente de agua en Mendoza. De estos canales matrices, derivan a su vez los canales “secundarios” o “menores”, que estando bajo administración de las Inspecciones de Cauce (Arts. 1 y 3 Ley 6405 y Art. 221 y ss. LA) constituyen el sistema de distribución hasta las parcelas con derecho de agua.

Los Arts. 138 y 139 LA brindan el encuadre normativo para establecer una gestión zonificada de cada oasis, a través de los canales matrices. Cada oasis irrigado desde un río, presenta tantas “secciones” para su gestión como canales matrices nacen en dicho cauce, no pudiendo aumentarse las secciones en la medida en que la nueva demanda sea cubierta sobre la base de la infraestructura

existente, o que no se genere una necesidad mayor a quinientas hectáreas. Estas normas sobre canales que abastecen a las secciones deben coordinarse con el Art. 149 LA, que regula los canales de desagües con los que cuenta cada sección.

Los canales matrices están bajo administración de la Superintendencia General de Irrigación, la cual actúa a través de las Subdelegaciones de Aguas, tal como se comenta al considerar los Arts. 204 y ss. LA. En este encuadre, la Superintendencia es quien fija el punto de arranque de cada toma de canal y su declive, los trabajos de presas y de seguridad que se ejecuten en los canales matrices en razón de los informes técnicos emanados de sus dependencias (Arts. 216 y 217 LA), los que son atendidos en el presupuesto del Departamento General de Irrigación (Art. 192 LA).

A través de la gestión de los canales matrices, el DGI abastece a los canales menores bajo la administración de las Inspecciones de Cauce (Arts. 215 y 218 LA), al distribuir el agua que ofrece cada río entre todos los canales derivados del río y sus afluentes proporcionalmente al número de hectáreas a regar por cada canal (Art. 164 LA), y, en su caso, dentro de la cantidad que se determine en el marco del Art. 122 LA. Para esta operación de distribución, las secciones que corresponden a cada canal matriz pueden subdividirse en la forma contemplada en el Art. 165 LA.

Art. 140: Es prohibido en lo sucesivo poner tacos en los canales, ni levantar de manera alguna el agua, sea para derivar acequia o con cualquier otro fin.

Art. 141: El que infringiere la disposición anterior, pagará una multa de 20 a 100 \$ m/n., doblándose la multa en cada reincidencia.

Art. 142: Los que tengan el terreno más alto que el plan del canal o hijuela de donde deban sacar el agua para regar, deberán

rebajar sus terrenos, o solicitar el cambio de su toma, de manera que el agua salga sin levantarla del canal a la hijuela, y de ésta a la acequia regadora.

Art. 143: La derivación de canales secundarios se hará por medio de tomas cuyo nivel será fijado por el Departamento de Aguas, con arreglo a las prescripciones establecidas.

La Ley de Aguas no sólo sanciona la sustracción de agua por quienes no tienen derecho a usarla (Arts. 102 y 167 LA); si no que también castiga a los que obstruyen el normal escurrimiento de las mismas, ya sea poniendo tacos o embalsándola de modo que levante su nivel. Concordantemente, procura que quienes tienen su predio por encima del nivel del agua deban rebajar sus terrenos, o trasladar la toma hacia donde el canal les permita surtirse sin represar la corriente.

Las derivaciones de canales secundarios desde un canal primario, deben realizarse siguiendo las prescripciones mencionadas; a tal fin, la ubicación de la toma así como el nivel de la misma y el declive del cauce, deben ser establecidos por la Superintendencia (Art. 192 LA).

Art. 144: La limpieza de los canales se hará por los que riegan con ella en lo que lo disponga el Departamento de Aguas, avisándose a los vecinos con ocho días de anticipación, para cuyo efecto debe tener cada vecino la parte que le corresponda en proporción al número de hectáreas que riega y de la extensión del canal que aproveche. "Entiéndase que el Art. 144 de la Ley de Aguas vigente quiere decir: que todos los interesados de un canal, hijuela, desagüe u otro cauce cualquiera, desde sus arranques hasta sus confines, deben contribuir a los gastos de su limpieza, conservación y demás pensiones, en proporción al número de hectáreas que cada uno riegue, sin distinguir su situación topográfica" (texto aclarado por Ley del 25/08/1885).

Art. 145: En la misma forma se hará la compostura de derrumbes u otros trabajos que sean necesarios y de utilidad común. Los omisos en el caso de éste y del artículo anterior, pagarán además, una multa de 20 a 100 \$ m/n. a beneficio del canal.

Art. 146: Cuando un derrumbe fuere causado por culpa u omisión de un interesado, o de cualquier extraño, la compostura se hará a costa del causante.

Art. 147: Todo el que quiera hacer uso de un canal artificial para conducir el agua que se le haya concedido, deberá pagar a los propietarios del canal la parte que le corresponda, en proporción de la cantidad de agua de la nueva concesión, con la que los dueños conduzcan por el canal.

Art. 148: Todos los gastos que fueren necesarios en los canales hasta sus últimas derivaciones, para mejor servicio de la irrigación y que se ejecuten por orden o con aprobación del Superintendente de Aguas o del Ministerio de Gobierno, serán cubiertos por los que reciben el agua, en proporción al número de hectáreas que cada uno riegue.

Los Arts. 144 a 148 LA regulan parte del régimen económico financiero del agua en Mendoza, el que ha logrado la autosostenibilidad de la gestión del recurso hídrico.

La limpieza de los canales es una carga que recae en los usuarios. El Art. 144 LA en su redacción original limitaba esta carga a la denominada "limpieza de cupos", pero la Ley aclaratoria de 1885 extendió el alcance de la obligación a la contribución proporcional de los gastos de limpieza, conservación y demás pensiones del canal.

La limpieza del canal se ha organizado a través de tres métodos distintos¹⁶⁰, de acuerdo con el criterio que disponga cada Inspección dentro de su funcionamiento autárquico: a) fijación de “cupos”, es decir, la asignación de un tramo determinado del canal a cada propiedad con derecho de agua, proporcional al derecho que tiene cada una en su beneficio, para ser limpiado por el titular de dicha propiedad en forma personal o a través de sus dependientes durante la época de “corta anual” que establecen los Arts. 27 y 28 LA; b) fijación de la fecha en la que se hará la limpieza, debiendo cada propietario con derecho de aguas poner a disposición de la Inspección de Cauce un número de obreros proporcional a su derecho; y c) fijación de un monto en el presupuesto de la Inspección de Cauce para afrontar el gasto de limpieza, el que será aportado por todos los usuarios en proporción a su derecho.

Con la aclaración de 1885, los usuarios no sólo deben afrontar las tareas de limpieza, sino la plena sustentabilidad económica de los gastos de sus cauces. Este manejo económico es concordante con la garantía establecida en el Art. 187 CP, que asegura a los usuarios la administración de las rentas del canal. La determinación de tales rentas, las realizan a través del régimen regulado por los Arts. 5, 11 y 12 de la Ley 6405. Es decir, a través de la fijación mediante la Asamblea de Usuarios de una “prorrata”, con la que debe contribuir cada usuario al autofinanciamiento de los costos de operación y mantenimiento de los cauces y de la actividad de la Inspección, así como las amortizaciones de las obras.

Cuando las limpiezas o reparaciones del canal son necesarias por el actuar de un sujeto determinado, dicha compostura debe concretarse con cargo al causante, sea o no usuario del canal.

Sin perjuicio de la atribución de los mismos usuarios para determinar y ejecutar, a través de la Inspección de Cauce, las obras de conservación o limpieza del canal, la Superintendencia General de Irrigación puede disponer gastos para mejorar el servicio con cargo a los usuarios del canal. Esta disposición de la autoridad superior del agua, tiene su importancia ante Inspecciones de

¹⁶⁰ Guillermo Cano, “Reseña Crítica de la Legislación y Administración de Aguas de Mendoza, Ed. del autor, Mendoza, 1967, p. 31.

Cauce omisas. Por ejemplo, en las labores mínimas para asegurar el servicio de la totalidad de su jurisdicción; o ante situaciones de interés general que no pueden quedar excluidas de la planificación y ejecución estatal general (como sería el supuesto de obras para paliar situaciones de sequías, con impacto general en la economía y en la vida social).

El Art. 147 LA regula el concepto conocido como “creación de cauce”, el que es en su *ratio legis* similar a la regulación fijada en el Art. 73 LA, norma con la que puede coordinarse para el caso de uso de acueductos particulares preexistentes. Sin embargo, se ha considerado que el Art. 147 LA regula el uso de acueductos correspondientes a la comunidad de usuarios; es decir, a los cauces que administran las Inspecciones de Cauce. Por tal motivo, la Resolución 804/75 HTA ha reglamentado los ítems que debe afrontar un nuevo usuario para satisfacer.

Las contribuciones determinadas en el marco de los Arts. 144 a 148 LA que resulten impagas, al igual que otras cargas financieras existentes (Arts.79 bis, 152, 173,195, 203 c, y 226 inc. 3 LA, Arts. 5, 11 y 12 Ley 6405, Ley 4290 y Decreto Ley 555/75, entre otras), pueden producir la sanción de corta de dotación prevista en el Art. 27 inc. 3 LA o el cobro compulsivo por la vía judicial ejecutiva denominada “apremio” consagrado en los Arts. 4 y 5 LA, normas a las que se remite junto a sus respectivos comentarios a los efectos de la correspondiente coordinación normativa.

TÍTULO VII

DE LOS DESAGÜES

La Ley de Aguas regula en forma específica la construcción de canales de desagües para gestionar las aguas sobrantes. Esta previsión, es acorde con el uso sustentable del recurso hídrico, de manera coordinada y armónica con el recurso suelo -susceptible de anegamiento y revenición- en la actividad agrícola e industrial.

Art. 149: Cada sección tendrá uno o más canales de desagüe para conducir el agua sobrante de los riegos, o de la industria a que fuere destinada, hasta otro canal de riego, o al río o arroyo de su origen, o donde no cause daño a las tierras de cultivo, siempre con arreglo a las disposiciones de la Superintendencia de Aguas.

El Art. 149 LA dispone la exigencia de que cada una de las secciones en las que se administra un canal matriz (ver Arts. 138 y 139 LA y su comentario) cuente con canales de desagüe general, para dar salida a las aguas sobrantes. Completando esta previsión general, el Art. 150 LA regula la obligación de todo usuario de contar con un desagüe particular; y el Art. 77 LA extiende las normas propias de las servidumbres de acueductos a los desagües.

El régimen específico de construcción de desagües o drenajes generales, de zona y particulares está establecido por la Ley 971 (t.o. Decreto No 893/45). En tal régimen los desagües generales y de zona revisten el carácter y condiciones de cauces de drenaje cuando benefician o deban servir al desecamiento de terrenos insalubres o desfavorables para la agricultura, en razón de hallarse revenidos, inundados, encenegados o impregnados de una excesiva cantidad de agua o expuestos a tal eventualidad. Los desagües particulares, son los que requieran los predios o industrias

particulares y siempre que se trate de la utilización de aguas del dominio público y de su conexión directa o indirecta con cauces de igual carácter.

La necesidad de desarrollar infraestructura de drenaje, tiene un profundo fundamento técnico, ya que lo contrario importa impactos negativos en el área de regadío que se presentan como encenecamientos y revenición. La Superintendencia debe dictar las disposiciones en cada caso, a fin de que las aguas sobrantes se deriven a adonde no causen perjuicios, pudiendo disponerse su vertido a otros cauces a los fines de ser reutilizadas.

Art. 150: Cada vecino que aproveche el agua para el riego u otra industria, está también obligado a tener un canal de desagüe para vaciar el agua sobrante a otro de riego o al general.

Todo usuario de aguas debe contar con el debido desagüe particular que brinde salida a los sobrantes del uso de su concesión, procurándose así que se genere una adecuada técnica agrícola.

Concordantemente, el Art. 112 LA dispone que cuando se solicite el agua para motor u otros usos industriales, se expresará el cauce público o particular a donde se arrojarán las aguas sobrantes, lo que denota que la previsión del correspondiente desagüe es un requisito previo a la concesión de uso.

La consecuencia del incumplimiento a la obligación de contar con desagües particulares, es la prohibición de uso que regula el Art. 153 LA, al que se remite.

Art. 151: Sólo podrá utilizarse para irrigación el agua de los desagües, cuando se reúnan las condiciones:

- 1) Cuando pueda sacarse el agua sin hacer tacos en el desagüe ni obstruir en manera alguna su corriente.**

- 2) Cuando el terreno por regarse tenga pendiente igual, por lo menos, a la del desagüe.
- 3) Cuando el terreno que se va a regar pueda desaguar convenientemente.

Las aguas que se vierten en los desagües resultan sobrantes de las aguas públicas concedidas en uso. La dominialidad de ese bien natural, sólo puede desafectarse “formalmente” por disposición del poder público competente, ya sea el Congreso Nacional -al cambiar mediante una ley formal la condición jurídica del bien, debiendo modificar para ello lo dispuesto por el Art. 2340 del Código Civil-, o la Autoridad Provincial competente -al especificar o transformar el bien mediante un acto jurídico válido-; o en su caso, por “hechos” de la naturaleza -excluyéndose expresamente los hechos humanos como causas de desafectación¹⁶¹.

Por ello, el agua de los desagües -sean agrícolas o de otros usos- continúa en el dominio público, y sólo puede ser objeto de un nuevo uso mediando un título jurídico que lo habilite, en consonancia con el Art. 110 LA¹⁶².

El Art. 151 LA dispone requisitos específicos que debe contemplar el reuso agrícola de desagües. Junto a estos requisitos, corresponde atenderse el reglamento aprobado por Resolución 400/03 HTA, que regula los aspectos legales, administrativos y técnicos del uso de aguas residuales, coordinando la competencia hídrica con otras esferas administrativas involucradas en la temática, como es el caso de la competencia sobre salubridad de los Municipios, o la competencia sobre el servicio del ente regulador del mismo.

Art. 152: En todo canal de desagüe, cuya conservación, por su gran capacidad o extensión, sea, a juicio de la Superintendencia de Aguas, dispendiosa para los que utilicen el agua como regantes, o con destino a aplicaciones industriales, aquella correrá a cargo,

¹⁶¹ Miguel Marienhoff, “Tratado del Dominio Público”, ob cit, p. 179 a 198.

¹⁶² Mauricio Pinto, “El reuso de efluentes en el marco jurídico argentino”, La Ley Gran Cuyo, T° 2002, p. 819.

tanto de los que desagüen en él, como de los que utilicen sus aguas, debiendo computarse la participación de éstos en la designación de los cupos respectivos, en razón de la importancia de los cultivos o industrias y en una proporción que no baje del doble, respecto de lo que desaguan. En caso de dificultad corresponderá esta designación proporcional a la Superintendencia de Aguas.

El presente artículo es concordante con el régimen dado en los Arts. 144 a 148 LA, y procura que quienes se benefician de la infraestructura del desagüe, sea para desaguar o para reutilizar aguas, afronten los costos de mantenimiento y conservación del cauce.

Si bien la norma contempla una proporcionalidad en el pago entre los que vierten las aguas en el desagüe y los que las utilizan, cargando en mayor proporción a estos últimos, entendemos que tal principio legal no es de orden público y puede ser alterado por el DGI. Tal el caso de que la razonabilidad así lo exija o cuando resulte mayor el costo que generan quienes desaguan con respecto al costo que generan los que utilizan el agua. Así lo habilita la parte final del artículo, que faculta al Superintendente a disponer la proporcionalidad en caso de dificultad.

Art. 153: A ningún vecino le será permitido hacer uso del agua para regar o para cualquiera otra industria, si no tiene desagües conforme las prescripciones de la presente ley.

Como ya se señaló al comentar el Art. 150 LA, la consecuencia de la omisión a la obligación de todo usuario de contar con su desagüe, es la suspensión del principal efecto de la concesión; es decir, del derecho a usar el agua.

La corta del suministro de la dotación que establece este artículo, es concordante con el Art. 27 LA, al que se remite.

Art. 154: El agua que corre por los desagües es de utilidad pública.

Coincidentemente con el comentario realizado al considerar el Art. 151 LA, las aguas que se desaguan mantienen el carácter dominial de la concesión de uso de las que provienen, por lo que la utilidad pública que recita esta norma es redundante.

Art. 155: Es prohibido hacer lagunas o depósitos de agua que puedan causar perjuicio por filtración en los terrenos de cultivo o edificios. El infractor es responsable de los daños y perjuicios que cauce.

El Art. 155 LA constituye una restricción al dominio impuesta por interés público. Sobre los aspectos generales de tal tipo de restricción, se remite a los comentarios generales de los Títulos III y IV LA.

En cuanto a la responsabilidad por daños y perjuicios que contempla la norma, la misma escapa al régimen provincial por corresponder a la legislación de fondo que debe dictar el Congreso en el marco del Art. 75 inc. 12 CN. Sin embargo, es concordante con el régimen general de los Arts. 1109 y 1113 CC.

Igualmente, esta restricción administrativa es concordante con el régimen civil de los Arts. 2518, 2621 y 2625 CC

Art. 156: El que obstruya el curso de un desagüe pagará una multa de 20 a 100 \$ m/n.

La Ley de Aguas sanciona en diversas situaciones a quienes obstruyan el normal escurrimiento de las aguas. Este artículo en consecuencia debe coordinarse con los Arts. 141, 156 y 203 d) LA.

Art. 157: Lo establecido respecto de los desagües generales es aplicable respecto de los particulares.

Art. 158: Lo establecido sobre la limpieza de canales de riego, apertura, construcción de puentes y demás garantías para que no causen perjuicio al público ni a terceros, es aplicable a los canales de desagüe.

El Art. 157 LA dispone la aplicación de las normas para desagües generales a los desagües particulares. La distinción entre ambos tipos de desagües surge de los Arts. 149 y 150 LA y ha sido considerada al referir a la Ley 971 en el comentario al Art. 149 LA.

Por su parte, el Art. 158 LA extiende a los canales de desagües las normas de los canales de acueducto sobre limpieza, apertura, obras accesorias y demás aspectos que tienden a evitar perjuicios a terceros. La solución es de toda lógica en cuanto ambas infraestructuras presentan aspectos plenamente compatibles en dichas temáticas.

Art. 159: La dirección de los canales de desagüe debe ser siempre al sentido de la mayor pendiente.

La mayor pendiente que exige la ley a los desagües, ha de garantizar su eficacia funcional. Sin embargo, el presente artículo debe coordinarse y complementarse con los Arts. 65, 66, 67, 68 y 77 LA, por lo que en el caso concreto el juego racional de dichas normas brindará la solución al caso.

Art. 160: Decláranse de utilidad pública las lagunas o terrenos pantanosos o de ciénaga, y el Poder Ejecutivo podrá proceder a su expropiación cuando pueda hacerse la desecación o saneamiento y los propietarios no quieran o no puedan hacerlo.

Art. 161: La desecación o saneamiento de terrenos pantanosos, podrá ser concedida por el Estado a particulares, dándoles, como indemnización, la parte que considere equitativa de los mismos terrenos desecados.

En 1884 las áreas pantanosas o con aguas estancadas resultaban un foco insalubre que el Estado debía sanear. De ahí que la Ley de Aguas disponga que las mismas resultan de utilidad pública y expropiables, cuando los propietarios no quieran hacer la desecación o saneamiento. Incluso, el Art. 161 LA regula el otorgamiento en concesión de los terrenos pantanosos a un particular, para que los deseque y obtenga como compensación parte de dichos terrenos.

Hoy en día el conocimiento del valor ambiental de los humedales, dentro de los cuales están “las lagunas o terrenos pantanosos o de ciénaga” a los que refiere el Art. 160 LA, es sustancialmente distinto al que existía en el siglo XIX. Dichas situaciones ya no son exclusivamente un disvalor a sanear. Por el contrario, en numerosas ocasiones esas áreas presentan un papel trascendente para el equilibrio ecosistémico y el mantenimiento de la biodiversidad.

Dentro de esta nueva concepción de los humedales, nuestro país –al igual que otros 144 Estados- ha adherido en 1991 por Ley 23919 a la “Convención relativa a los Humedales de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas”, suscripta en 1971 en Ramsar, Irán. Por dicho Tratado, nuestro país se ha comprometido a elaborar y aplicar su planificación de tal forma que favorezca la conservación de los humedales incluidos en la Lista y, en la medida de lo posible, el uso racional de los humedales de su territorio. Además de ello, el compromiso comprende la conservación de los humedales y de las aves acuáticas creando reservas naturales en aquellos, estén o no incluidos en la Lista, y a tomar las medidas adecuadas para su custodia. En el marco de este convenio internacional Argentina ha incluido a la fecha 14 humedales en la “lista” de la convención, incluyendo entre ellos a las lagunas de Llancañelo y Guanacahe, pertenecientes a la Provincia Mendoza.

Más allá de este régimen internacional de protección, pueden presentarse situaciones donde sea necesario desecar un área pantanosa, ya sea por motivos sanitarios o productivos. En estos casos, además del régimen general sobre desagües o drenajes, deberá atenderse el procedimiento previo que regula la Ley 5961 para evaluar, prevenir o mitigar los impactos ambientales de tal obra.

Título VIII

DEL TURNO PARA EL APROVECHAMIENTO DEL AGUA

En una región geográfica dónde reina la aridez, establecer reglas para asegurar una distribución solidaria del agua en situación de escasez es fundamental. El presente título procura fijar esas reglas, imponiendo el sistema de "turno" ante insuficiencia hídrica.

Art. 162: Siempre que en épocas de escasez extraordinaria el agua de un arroyo o de un río y sus afluentes sujetos a creces periódicas no alcance para la dotación permanente a razón de un litro por segundo para cada hectárea de terreno de regadío, se establecerá el aprovechamiento por turno entre todos los interesados que rieguen por el arroyo, el río o sus afluentes, mientras dure la escasez.

Art. 163: El turno sólo podrá decretarse por el Superintendente de Aguas en virtud de los datos que le suministren los compartidores o inspectores o de los que adquieren personalmente, sin perjuicio del derecho que se reconoce a los interesados de una hijuela para turnarse entre sí para el mejor y más cómodo aprovechamiento de sus aguas.

Art. 164: Decretado el turno, se distribuirá el agua proporcionalmente entre todos los canales derivados del río y sus afluentes que rieguen más de quinientas hectáreas, proporcionalmente al número de hectáreas que cada canal deba regar.

Art. 165: Hecha la distribución establecida en el artículo anterior, se dividirá cada sección en dos o más subdivisiones, según los casos, dando toda el agua del canal por uno, dos o más días a cada subdivisión, de manera que los interesados de cada una tengan el agua permanente durante el período de su turno, dejándose en los demás el agua necesaria para la bebida.

Art. 166: Al mismo tiempo que se decrete el turno para el aprovechamiento del agua de un río o arroyo y sus afluentes, se establecerá para todos los canales derivados de los mismos que rieguen menos de quinientas hectáreas, de manera que el turno de estos canales dure el mismo que los períodos establecidos para las subdivisiones, según lo dispuesto en el artículo anterior.

Art. 167: El interesado que violase el turno o sacara agua en los períodos que no le corresponda, pagará una multa de 20 a 100 \$ m/n., doblándose en cada reincidencia; pero en las hijuelas regadoras podrán los interesados establecer el turno entre ellos, como mejor les convenga.

El Art. 162 LA introduce la concepción de un caudal mínimo en la dotación de agua. Mientras la oferta hídrica lo permite, todos los usuarios pueden hacer uso simultáneo de su derecho, pero si el caudal en estas circunstancias fuese menor a un litro por segundo para cada hectárea, la distribución debe realizarse mediante el turnado entre los canales a fin de asegurar dicho caudal mínimo. La norma responde a un concepto técnico de eficiencia hídrica, ya que la merma de caudales aumenta la ineficiencia en la conducción y aplicación.

El establecimiento del turno entre canales lo realiza la Superintendencia a través de Subdelegación de Aguas de cada río, tal como establecen los Arts. 196 y 200 LA, el Art. 6 inc. 7) de la Ley 322, y la reglamentaria Resolución 2325/77 HTA y sus modificatorias. El turno entre cada propiedad de un canal, debe ser establecido por el Inspector de Cauce, de acuerdo con el Art. 163 *in fine* y

222 LA y al Art. 9 de la Ley 6405, pudiendo el interesado apelar ante las autoridades superiores del agua en caso de disconformidad (Art. 9 Ley 6405, Art. 221 h Ley de Aguas y Art. 6 in fine Ley 322). Este turno entre usuarios debe establecerse teniendo en cuenta el turno entre canales, tal como preceptúa el Art. 166 LA.

A los fines de la fijación del turno, se atenderá tanto los datos que suministran los mismos interesados, así como los que produzca la misma Superintendencia a través de las facultades que surgen de los Arts. 190, 191, 193, 196, 197, 204, 207, 209, 211, 215, 216, 218 LA, y Art. 6 de la Ley 322.

El turno entre canales implica que a cada cauce se le debe suministrar en la misma proporción el volumen correspondiente a los derechos de agua que distribuye en razón de la oferta hídrica. El Art. 164 LA refiere a los canales que irrigan más de 500 hectáreas; sin embargo, en el marco del principio de igualdad que preservan los Arts. 16 CN y el 7 CP, no resulta posible excluir del turnado a los canales de menor superficie por esta sola razón.

El Art. 165 LA dispone la operatividad del turnado, la que consiste en dividir la cuenca en tantas secciones y subsecciones como sea necesario, a fin de asegurar durante el turno que le corresponde a cada subdivisión, el caudal mínimo de un litro por hectárea y por segundo que impone el Art. 162 LA.

Debe tenerse presente que la previsión de agua para la bebida que dispone en la parte final del Art. 165 LA es necesario coordinarla en su aplicación con el uso común que regulan los Arts. 106 a 109 LA. Sin embargo, esta norma no implica una dotación permanente en todo canal para bebida, sino sólo la dotación necesaria. La práctica demuestra que, en aquellas áreas en que no existe el servicio público de abastecimiento poblacional, los interesados pueden acumular en sus domicilios aguas para la bebida en pequeñas cisternas domésticas, de modo tal que el canal puede quedar sin suministro, sin que se afecte el uso común aludido.

Quien violentase el turno y sustrajese agua que corresponde a otro usuario es susceptible de sanción en los términos del Art. 167

LA. Esta disposición debe coordinarse con el Art. 102 LA y, en su caso, el hecho considerado puede implicar, además, la responsabilidad establecida en el Art. 182 del Código Penal.

Título IX

DE LAS OBRAS DE DEFENSA

Junto al uso útil del recurso hídrico, la Ley de Aguas regula ciertos aspectos de la protección contra los efectos nocivos de las aguas. Sin embargo, como se verá, hoy en día este es un aspecto donde existen distintas competencias involucradas que deben coordinarse en la aplicación normativa.

Art. 168: Todos los dueños de predios lindantes con canales públicos o con canales de riego, tienen derecho para poner defensa contra las aguas en sus respectivos márgenes por medio de plantaciones, estacadas o revestimientos, siempre que lo juzguen conveniente, dando de ello previo aviso al inspector del Canal o a la autoridad de aguas inmediata.

Art. 169: La administración podrá mandar suspender las obras autorizadas en el artículo anterior, y aun restituir las cosas a su primitivo estado, cuando, por cualquier circunstancia, amenacen aquéllas causar perjuicios, desviando las corrientes de su curso natural o produciendo inundaciones.

Art. 170: Cuando las plantaciones u otras obras de defensa que se intenten, hayan de invadir el cauce del río, arroyo o canal, no podrán efectuarse sin previa autorización del Superintendente de Aguas.

Los Arts. 168, 169 y 170 LA establecen que los colindantes de canales o cauces públicos pueden adoptar las medidas que esti-

men necesarias, para protegerse contra los riesgos que implica la situación de ribereño. En tanto no invadan el cauce, sólo deben dar aviso a la autoridad responsable del mismo; mientras que si las obras han de invadir el cauce, es necesaria la autorización de la Superintendencia. La Administración puede ordenar la suspensión de las obras e incluso recomponer la situación al estado anterior a las mismas, ante el riesgo de que las obras defensivas puedan causar perjuicio.

No obstante estas normas en las que los ribereños pueden adoptar medidas defensivas con autorización o aviso a la autoridad del agua, la Ley 2797 (modificada por Ley 3308) pone a cargo de la Dirección de Hidráulica del Ministerio de Ambiente y Obras Públicas del Poder Ejecutivo la realización de estudios, proyectos y obras destinadas al encauzamiento de las aguas pluviales en defensa de las zonas rurales y urbanas de la Provincia y la conservación y mejoramiento de las obras existentes. A su vez, la Ley 4971 pone a cargo de dicha Dirección el estudio del sistema defensivo en la Provincia de Mendoza y la propuesta de un plan de construcciones tendiente a lograr la defensa definitiva en materia aluvional. Los Decretos 1782/61 y 752/97, detallan la labor del organismo centralizado, especificando su función con relación al contralor de la seguridad de la población y obras de infraestructura ante aluviones, crecidas, inundaciones, etc.; y también la realización de los estudios, obras y actividades de conservación de las obras a su cargo.

Por su parte, la Ley Orgánica de Municipalidades coloca como atribuciones de las mismas en materia de obras públicas, la de *"construir las obras necesarias para evitar inundaciones"* (Art. 75 inc. 10); y en materia de seguridad la de *"adoptar las medidas precaucionales tendientes a evitar las inundaciones... ..en las plazas, vías y edificios"* (Art. 79 inc. 3).

Así, en todos aquellos casos en que el Estado, a través de la Dirección de Hidráulica o los Municipios, no realice obras defensivas por entender que no redundan en un beneficio cuantitativa o cualitativamente superior al sacrificio que implica su realiza-

ción¹⁶³, cada particular, a su sólo juicio en cuanto a su conveniencia, puede realizar por su cuenta las obras necesarias, debiendo dar aviso a la autoridad del agua o solicitar autorización a la Superintendencia cuando afecte el cauce público.

Art. 171: En los cauces en que haya conveniencia en ejecutar plantaciones, la Superintendencia concederá una autorización general, para que los dueños de los predios limítrofes, cada cual en la parte de cauce lindante con su respectiva ribera, puedan ejecutarlas.

Art. 172: En este caso, todos deberán sujetarse a las condiciones que se establezcan en la concesión, encaminadas a evitar que unos propietarios causen perjuicios a otros.

Art. 173: Cuando las obras proyectadas sean de alguna consideración, la Administración podrá obligar a costearlas a todos los propietarios que hayan de ser beneficiados con ellas, en proporción de la utilidad que a cada uno reporte.

Sin perjuicio de las competencias específicas que corresponden legalmente a la Dirección de Hidráulica o a los Municipios, de acuerdo con lo comentado en los artículos previos, la Superintendencia puede autorizar en forma genérica la adopción de las medidas de protección que contemplan los Arts. 168, 169 y 170 LA por parte de los interesados, estableciendo las condiciones que los mismos deben atender a los fines de no afectar indebidamente el dominio público hidráulico. A tal efecto, el Art. 201 LA contempla su función de estudio –y consiguiente planificación– con el objeto de asegurar el buen régimen de las aguas.

¹⁶³ **Suprema Corte de Justicia** in re “Poder Ejecutivo de la Provin en j: 120575 Torres Francisco c/Prov de Mendoza p/Inconst. Cas”, sentencia del 04/04/98, reseñada en Jurisprudencia de Mendoza, 2º serie, Repertorio General 1992, p 494.

Tal como se observa al comentar el Art. 201 LA, la función que compete al DGI en el marco del Título IX y del Art. 201 LA, no refiere al desarrollo de la infraestructura general de defensa Aluvional de las zonas urbanas y rurales, sino solamente a las medidas de defensa que sobre la infraestructura de distribución que sea posible adoptar para salvaguardarla. También tiende a asegurar el buen régimen de las aguas que administra, permitiendo además a los ribereños adoptar las medidas que a su juicio estimen oportunas, bajo las condiciones necesarias para no afectar funcionalmente el dominio público.

Si tales obras fueran realizadas por el Estado a través de las reparticiones competentes, el Art. 173 LA establece que el costo podrá ser exigido a los beneficiarios en concepto de contribución de mejoras.

Título X

DE LAS CUESTIONES SOBRE AGUA

La Ley de Aguas de 1884, al crear el Departamento General de Aguas, procuró distinguir las competencias que debía desarrollar exclusivamente la Administración del agua de aquellas que correspondían a la administración general o al ámbito jurisdiccional. El Título X LA refiere, como introducción a un sistema administrativo que se desarrolla en los Títulos XI a XVI, a la competencia del Departamento General de Irrigación para entender todos los asuntos que se refieran a la administración hídrica en la provincia, encontrándose fuera de dicha competencia los casos que caen dentro de la órbita de la justicia ordinaria.

Debe recordarse que el paradigma estatal en materia de administración del recurso hídrico en Mendoza ha presentado diversos matices a través de su historia¹⁶⁴. La trascendencia del agua en la realidad geográfica mendocina ha producido que su gestión sea incluso anterior al surgimiento y consolidación de la civilización occidental en la zona¹⁶⁵.

¹⁶⁴ **Mauricio Pinto y Marcela Andino**, "La Reforma del Estado en torno a las instituciones hídricas. El caso de Mendoza (Argentina)", XX Congreso Nacional del Agua, Ed. DGI en formato digital, Mendoza, 2005.

¹⁶⁵ **María Verónica Godoy**, "Los Huarpes y su cultura", Ed. Tintar, 2º ed., Mendoza, 1999, p. 46 y 90 observa en el pueblo Huarpe, antiguos pobladores del desierto mendocino, el desarrollo de una etapa agro-alfarera a partir del año 500 A.C., con elementos de labranza y pequeñas redes de irrigación que se habrían mejorado con el aporte ingenieril de la influencia incaica. **Agustín Álvarez**, "Breve historia de la Provincia de Mendoza", Ed. Imprenta Oficial y Escuela de Arte para Penados, Mendoza, 1932, p. 17, observa que el establecimiento de la ciudad de Mendoza, primer asentamiento español en la región cuyana fundada por el capitán español Dn. Pedro del Castillo el 2 de marzo de 1561, fue concretado sobre un terreno ya culturizado previamente mediante la sistematización de canales y acequias, en "una vasta colonia agrícola al norte del río (Mendoza), del que habían derivado tres grandes canales, con los nombres de sus caciques principales: Allaimo, Tobar y Zanjón Guaymallén, delineados, según le dijeron, por unos ingenieros enviados por Yupanqui, octavo emperador de la dinastía inca". La extensión de esa colonia ha sido cifrada en unas 15.000 hectáreas bajo regadío al momento de la conquista, conf. **Guillermo Cano**, "Reseña Crítica de la Legislación y Administración de Aguas de Mendoza", Ed. del autor, Mendoza, 1967, p. 15. **Enrique Mayntzhusen**, "Los grandes sistemas de irrigación prehispánicos del Río Mendoza", Anales de Arqueología y Etnología, Tº XXIII, Ed. UNC, Mendoza, 1968, p. 127. **Ricardo Ponte**, "Mendoza, aquella ciudad de barro. Historia de una ciudad andina desde el siglo XVI hasta nuestros días", Ed. Municipalidad de la Ciudad de Mendoza, Mendoza, 1987, p. 14.

Durante la dependencia a la corona española, las disposiciones sobre agua eran producto de los correspondientes órganos coloniales, quienes adoptaron ciertas medidas en orden a la utilización y preservación del agua. Es un hecho que hasta 1852 la intervención estatal se limitó fundamentalmente a regular el uso del agua y dejó librada a la actividad e iniciativa particular -salvo contadas excepciones - la realización de las obras de captación y distribución de aguas¹⁶⁶.

Así, a partir de la conquista española, la obra hidráulica nativa fue completada y expandida sobre las nuevas necesidades del surgente núcleo poblacional, levantando una economía de viñedos y campos cultivados con trigo y maíz que hacia la mitad del siglo XVII crecería por la aceleración de la expansión de las viñas como consecuencia del aumento del comercio con el litoral atlántico, donde los vinos y aguardientes cuyanos desplazaron del mercado a los provenientes del Paraguay¹⁶⁷.

Con la revolución de mayo de 1810, los nuevos gobiernos patrios comenzaron a perfilar instituciones de gestión hídricas que continuaron con la administración que hasta ese entonces correspondía a los tradicionales órganos coloniales. Este nuevo gobierno que se consolidó a partir del movimiento revolucionario, no implicó de por sí una inmediata transformación del Estado hacia un nuevo paradigma: hasta ese momento el modelo estatal había conformado una estructura de centralización administrativa que concentraba, acorde al régimen monárquico al que pertenecía, el poder decisorio y la ejecución de los actos públicos en órganos coloniales subsumidos en una estructura jerárquica; y la conformación del régimen patrio no modificó en lo inmediato esa tendencia, siendo el orden jurídico español una de las fuentes de mayor importancia en la conformación del nuevo régimen local.

Pero ello no impidió que durante la conformación de un gobierno patrio de las aguas se evolucionara, dentro de la centra-

¹⁶⁶ Guillermo Cano, "Bosquejo del Derecho Mendocino Intermedio de Aguas", Ed. Instituto de Historia del Derecho Argentino, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, 1943. p 18.

¹⁶⁷ Alberto Daniel Gago, "Rupturas y conflictos en la historia económica de Mendoza", Ed, Centro de Estudios e Investigaciones Regionales, Mendoza, 1999, p 11.

lización administrativa referida, hacia una descentralización burocrática o desconcentración, lo que implicó un paulatino cambio de concepción hacia la actual estructura estatal descentralizada administrativamente que se presentaría luego como nuevo modelo y subsistiría fortalecida hasta nuestros días.

Y es que junto con la emancipación, Mendoza adopta un régimen institucional específico para la administración del agua, mediante la conformación de una autoridad especialmente competente en el gobierno del recurso: el Juzgado General de Aguas. Dicho órgano, se denominó así en oposición a los “jueces particulares” de cada hijuela, los que resultaban preexistentes a la autoridad estatal y surgieron con motivo de la organización espontánea del riego en Mendoza, en manos de particulares. Este Juzgado de Aguas era dependiente del gobierno provincial, y fue creado por el Cabildo de Mendoza, designándolo como “Regidor Juez de Aguas”. No consistía en una desmembración del centralizado poder estatal, sino sólo en una desconcentración administrativa, por lo que el referido Regidor resultaba un dependiente del Cabildo, conservando este último una marcada jerarquía sobre aquel.

El cargo de Juez de Aguas como órgano específico en materia hídrica se mantuvo hasta 1870, excepto por una supresión momentánea -y consiguiente traspaso de responsabilidades al órgano de policía- que se produjo entre 1825 y 1833¹⁶⁸. En ese año, fue nuevamente suprimido por un breve espacio, en el que sus funciones quedaron a cargo del Ministerio de Hacienda¹⁶⁹, constituyéndose nuevamente por Ley del 16/5/1871. Sin embargo, como consecuencia de la pérdida de sus funciones jurisdiccionales¹⁷⁰ por Decreto del 10/1/1873 se substituyó el nombre de Juzgado General de Aguas por el de Inspección General de Irrigación, denominándose luego de la Ley de Aguas de 1884 como Departamento General de Aguas, base institucional del Departamento General de Irrigación que surge en la

¹⁶⁸ Por Ley del 11/5/1825 se suprimió el Cabildo y consiguientemente el cargo de Juez de Aguas creado en 1810, transfiriendo sus funciones al Juez de Policía. Sin embargo, la Ley del 16/12/1833 lo reestableció con las facultades que tenía antes de extinguirse

¹⁶⁹ Ley del 29/12/1870, de creación del Ministerio de Hacienda.

¹⁷⁰ La Ley Orgánica de Tribunales del 5/12/1872 traspasó las funciones jurisdiccionales que tenía el Juez de Aguas a los tribunales ordinarios.

estructura estatal que establece la Constitución de 1894 y se consolida y profundiza en la Constitución de 1900 y en la vigente Constitución de 1916.

Finalmente, en este desarrollo institucional merece una mención el manejo autárquico del agua que la Constitución Provincial de 1855 dispuso en manos de las Municipalidades. Si bien el proyecto del prestigioso Juan Bautista Alberdi, base sobre la que se sancionó el texto de 1855, desconocía absolutamente la temática hídrica y las 40.000 hectáreas irrigadas a esa fecha, la referida carta magna dispuso en su Art. 57 inc. 3 que “en cada cabeza de departamento se instalará una municipalidad. Su organización y atribuciones serán determinadas por una Ley que tendrá por bases constitucionales las siguientes: ... Las escuelas primarias, los establecimientos de beneficencia, la policía de salubridad y ornato, la distribución de las aguas y la justicia ordinaria de primera instancia serán de su resorte exclusivo”.

Dicho texto, reiterado en forma similar por la carta magna de 1871 y por ello vigente hasta 1894, otorgaba a las municipalidades el gobierno autárquico de las aguas, generando así un sistema de descentralización administrativa que se contraponía al régimen de desconcentración burocrática que fue efectivo durante ese mismo periodo, y que como hemos comentado, configuró en forma paralela al régimen constitucional un sistema de administración que estuvo a cargo del Juzgado General de Aguas o sus continuadores. Es que el texto de la Constitución de 1855 fue en este aspecto letra muerta, nunca se cumplió. Ello, se ha sostenido, fue en parte por la tardía organización de los municipios en el Estado mendocino, operada recién en 1872 con el dictado de la Ley Orgánica de Municipalidades; y en parte por el pensamiento de los mismos constituyentes, que redactaron posteriormente un proyecto de Ley Orgánica de las Municipalidades nunca aprobado, y en el que se otorgaba a los municipios únicamente el manejo de las aguas en materia de abastecimiento urbano, excluyéndose la gestión rural del recurso.

En por todo ello que el maestro Guillermo Cano afirma así que la voluntad auténtica del constituyente fue que dichos entes ejer-

cieran competencia en la distribución de aguas urbanas, limitando su jurisdicción territorial a la ciudad y resalta que ese es el criterio que adopta expresamente la Ley Orgánica de Municipalidades sancionada en 1872, la que efectivamente regula el texto constitucional restringiéndolo al límite urbano y las aguas que abastecen dentro del mismo para bebida humana y arbolado público¹⁷¹.

Tal como se expresó al considerar el Título I LA, el actual Departamento General de Irrigación entiende con exclusividad en todos los asuntos que refieran a la temática hídrica que no sean competencia de la justicia ordinaria, bajo el régimen de los artículos 186 a 196 CP. Regulando el presente marco institucional, los Arts. 172 a 188 LA subsisten especificando la distribución de competencias que en materia de aguas dispone el Art. 188 CP entre la justicia ordinaria y el Departamento General de Irrigación.

Concordantemente, los Arts. 189 a 220 LA regulan las atribuciones administrativas propias de la Superintendencia y demás órganos que de ella dependen. Finalmente, los Arts. 221 a 230 LA establecen normas que regulan el funcionamiento de las Inspecciones de Cauce, las que deben coordinarse con el Art. 187 CP y la Ley 6405 y el marco de doble autarquía que –como se verá– a las mismas corresponde.

Art. 174: Todas las cuestiones que se susciten sobre la administración o distribución del agua serán resueltas por el Superintendente de Aguas, con apelación para ante el Poder Ejecutivo.

¹⁷¹ **Guillermo Cano**, “Bosquejo del Derecho Mendocino Intermedio de Aguas”, ob. cit, p. 19 y p. 78 a 83. Cano recuerda a su vez el atraso económico que se presentó en la vecina Provincia de San Juan como consecuencia del sistema de gestión municipal del agua, y explica claramente que ello se debe a la incapacidad del fraccionamiento municipal para concertar planes generales de irrigación y desagües que se extienden más allá de las jurisdicciones, conf. **Guillermo Cano**, “Bosquejo del Derecho Mendocino Intermedio de Aguas”, ob. cit, p. 19 y **Guillermo Cano**, “Régimen Jurídico Económico de las Aguas en Mendoza. Durante el periodo intermedio (1810-1884)”, ob. cit., p. 79. En forma concordante, **Juan Faustino Lorente**, “Constitución de Mendoza de 1854”, en *Anales del 1° Congreso de Historia de Cuyo*, Ed. Junta de estudios Históricos de Mendoza, Mendoza, 1938, T° 5, p. 169, sostiene que “las dificultades que en la práctica se presentaron por la descentralización del régimen de las aguas, llevaron al legislador a sancionar un sistema inverso: por la ley de aguas de 1884 se instituye un organismo central”.

El Art. 174 LA, en concordancia los Arts. 1 a 6 de la ley 322 y 189 y ss. LA, expresa la competencia general de la Superintendencia General de Irrigación sobre la administración de aguas, lo que es concordante con el régimen del Art. 188 CP.

La Ley 322 en sus Arts. 2 y 11 ha adecuado la Ley de Aguas de 1884 al posterior régimen constitucional de 1900 y su continuidad en la Constitución de 1916, al prever el mecanismo de apelación de las Resoluciones que emita el Superintendente General de Irrigación por ante el Consejo Superior. Dicho recurso deberá interponerse dentro de los diez días de su notificación, presentándose ante el órgano recurrido, quien procederá a su admisión formal en caso de corresponder.

Elevado un expediente al Consejo, el Presidente del mismo ordenará ponerlo en Secretaría por el término de seis días, a fin de que, el apelante exponga brevemente, en forma verbal o por escrito, los motivos de su apelación.

En caso de optarse por la forma verbal, el interesado podrá formular su exposición ante la Secretaría del Consejo, quien dejará constancia de ella en el expediente, labrando el acta respectiva, y se dará traslado por igual término a la otra parte y con lo que ésta manifieste quedará la causa concluida para dictar resolución.

De los fallos que dicte el Consejo, como de las resoluciones que pronuncia el Superintendente en última instancia, habrá el "recurso" contencioso-administrativo para ante la Suprema Corte de la Provincia, excluyéndose así la intervención del Poder Ejecutivo incluso en el control de legalidad propio de los recursos de alzada que proceden en la generalidad de los entes autárquicos en el marco de los Arts. 183 a 185 de la Ley 3909. El fundamento de la exclusión de la intervención del Poder Ejecutivo en el control de legalidad está dado por la jerarquía normativa de los entes extrapoderes, que es idéntica a aquella que le confiere competencia al Poder Ejecutivo respecto de la administración general¹⁷². A su vez, Sarmiento García

¹⁷² Roberto Dromi, "Proceso Administrativo Provincial", Ed Idearium, 1977, ps. 69 y 80; en igual sentido, *Asesoría de Gobierno de Mendoza*, Dictámenes n° 280/78, 684/79, 483/83, etc.

sostiene que la solución presentada surge del ejercicio de funciones administrativas por habilitación constitucional¹⁷³.

En consecuencia, y dentro del marco de autarquía constitucional que corresponde al Departamento General de Irrigación, ha sido derogado el mecanismo de apelación ante el Poder Ejecutivo, asegurándose así el cumplimiento del carácter extrapoder que dispone la carta magna local.

Art. 175: Del mismo modo serán resueltos por el Superintendente todos los casos de fraude o abuso cometidos por particulares en el uso del agua o por empleados del Departamento, impidiéndoles multa o destitución, según los casos, y dando cuenta en los casos graves al Ministerio de Gobierno para la resolución que corresponda.

La última parte del artículo carece de vigencia en el marco del régimen de autarquía y exclusividad constitucional (Art. 188 CP). El Superintendente se encuentra facultado para imponer en forma directa multas a particulares, como así también imponer a los empleados del DGI las sanciones disciplinarias previstas en el Decreto Ley 560/73, sin necesidad de dar cuenta a la administración central.

Este artículo debe coordinarse en su aplicación con el Arts. 174, 176, 178, 179 y 180 LA y los Arts. 2, 3, 4, 5, 6 y 11 de la Ley 322.

Art. 176: Los procedimientos en las causas sobre aguas serán públicos y verbales; y los fallos del Superintendente o el Poder Ejecutivo, que serán ejecutivos, se consignarán en un libro, o en el Registro Oficial en su caso, con expresión del hecho y de la disposición legal en que se funden.

El Art. 176 LA dispone el principio de ejecutoriedad de los actos dictados por las autoridades del Departamento General de

¹⁷³ Jorge Sarmiento García, "Caracterización del proceso administrativo provincial", en Jurisprudencia de Mendoza, n° 9, 1979, p. 136.

Irrigación. La Suprema Corte ha expresado en este sentido que “No se advierte de la lectura de los artículos 11 y 12 de la ley 322 que surja que los recursos deben ser concedidos con efecto suspensivo; debe tenerse presente no sólo la ejecutoriedad propia de los actos administrativos sino también lo preceptuado expresamente por el artículo 176 de la Ley de Aguas”¹⁷⁴.

Debe tenerse presente que el procedimiento que refiere este artículo fue modificado por Ley 322 (Arts. 9 y 13), estableciéndose que los procedimientos en las causas sobre aguas serán breves y sumarios; y los fallos contendrán, además de las resoluciones y fundamentos, una relación sucinta del hecho que los motiva, debiendo llevarse un libro especial en el Consejo y en la Superintendencia para insertar copia exacta de todas las resoluciones que produzcan, subscriptas por la autoridad que las haya dictado. Procede igualmente la aplicación en forma supletoria de la Ley 3909, en concordancia con lo dispuesto en los Arts. 1 y 189 in fine de dicha Ley de Procedimiento Administrativo.

Art. 177: En los casos de expropiación forzosa para el establecimiento de servidumbre de acueducto, se observarán para el trámite las disposiciones de la ley de expropiación por causa de utilidad pública.

En la actualidad rige en materia de expropiación el Decreto Ley 1447/75, el que prevé el régimen general de expropiaciones en la Provincia por causa de utilidad pública, la cual se configura en todos los casos en que se persiga la satisfacción de una exigencia determinada por el perfeccionamiento social.

Sobre el procedimiento de imposición forzosa de servidumbre de acueducto o desagüe debe atenderse lo expresado en el Título IV LA y el comentario que se ha realizado al mismo.

¹⁷⁴ Suprema Corte de Justicia in re TAGLIAVINI ERNESTO Y OTRO / SUPERINTENDENCIA GENERAL DE IRRIGACION, Fecha: 03/10/1975, Tipo: Plenario, Ubicación: S140-211,.

Art. 178: Las penas por infracciones o abusos en el aprovechamiento de las aguas, obstrucción de los canales, acequias o desagües y otros excesos, serán siempre pecuniarias; pudiendo solamente imponerse penas corporales cuando el reo no presente bienes para responder de las penas establecidas.

El artículo que comentamos refiere a la facultad de Superintendencia de imponer sanciones, en caso de infracciones, abuso en el aprovechamiento de las aguas, etc. las que en principio serán siempre de tipo pecuniarias, es decir multas. No es aplicable en la actualidad la última parte de la norma en virtud de carecer la autoridad administrativa de competencia para la aplicación de penas corporales.

La Resolución 25/99 HTA ha regulado un procedimiento sancionatorio para quienes obstruyan el normal escurrimiento de las aguas, actualizando el monto de la sanción en ejercicio de la atribución que le confiere el Art. 196 CP.

El presente artículo debe coordinarse con el Art. 203 d) LA y con el Art. 182 del Código Penal, el que regula el delito de usurpación de aguas

Art. 179: Estos abusos podrán ser denunciados por cualquiera de los interesados en el canal, acequia o desagüe o en el río o arroyo de donde hayan sido derivados.

La presente norma, complementaria de la anterior, prevé quienes pueden denunciar las infracciones ante el DGI, legitimando a quienes ostenten un interés legítimo en el canal, acequia o desagüe o en el río o arroyo de donde se ha producido el abuso. Sin perjuicio de ello, el ordenamiento general habilita al titular de un mero Interés simple para actuar como denunciante, aunque sin adquirir la calidad de parte de la actuación administrativa que se sustancie (Arts. 169 a 173 Ley 3909).

Art. 180: Las providencias dictadas por el Superintendente de Aguas causarán estado, si no se reclama de ellas cuando proceda para ante el Poder Ejecutivo en el término de quince días.

Este artículo carece de aplicación en virtud de la modificación introducida por la Ley 322, la que establece en sus artículos 11 y 12 que contra las resoluciones que dicte originariamente el Superintendente habrá el recurso de apelación para ante el Consejo Superior, que deberá interponerse dentro de los diez días siguientes a la notificación; y que dichas resoluciones causarán estado si no se reclama de ellas en el término establecido.

En el comentario al Art. 174 LA se atendió el régimen de la apelación regulado por la Ley 322.

Art. 181: Las resoluciones del Poder Ejecutivo serán reclamables por la vía contenciosa en los casos que determina la presente ley, siempre que el recurso se interponga en el término de quince días, contados desde la notificación administrativa, o en el término de un mes desde su publicación por la prensa.

Este artículo regula la denominada acción procesal administrativa, denominada antiguamente recurso contencioso administrativo. El artículo refiere a "resoluciones del Poder Ejecutivo", aunque con la sanción de la Ley 322 las resoluciones recurribles son las que emitan la Superintendencia General de Irrigación o el H. Consejo de Apelaciones del DGI, ello de acuerdo con lo establecido por el Art. 19 de la Ley 322 que reza " De los fallos que dicte el Consejo, como de las resoluciones que pronuncia el Superintendente en última instancia, habrá el recurso contencioso-administrativo para ante la Suprema Corte de la Provincia".

Art. 182: Contra las providencias dictadas por la administración dentro del círculo de sus atribuciones en materia de agua, no se admitirán interdictos por los Tribunales de Justicia. Únicamente podrán estos conocer a instancia de parte cuando en los

casos de expropiación forzosa, previstos en esta ley, no hubiese precedido al desahucio la correspondiente indemnización en la forma que establece la ley de expropiación.

Los interdictos son aquellas pretensiones que nacen con motivo de la perturbación o despojo de la posesión o tenencia de un bien mueble o inmueble, o de una obra nueva que afecte a un inmueble, y cuya finalidad consiste en obtener una decisión judicial que ampare o restituya la posesión o la tenencia u ordene la suspensión o destrucción de la obra, y a las que se ha dado un procedimiento superficial y fragmentado que no brinda un conocimiento pleno que permita una decisión definitiva¹⁷⁵. Los interdictos, en su naturaleza, son meras medidas de policía en la que no se discute el derecho a la posesión o a la tenencia, sino solamente la existencia de ellas, procurando protegerse el estado de las cosas existente hasta una decisión definitiva sobre el aspecto sustancial¹⁷⁶. Ese contenido policial es materia propiamente administrativa¹⁷⁷.

El Art. 182 LA procura que estos remedios policiales que se ejercen ante la autoridad judicial no recaigan en demérito de la intervención administrativa existente, limitando expresamente la intervención judicial cuando ya ha actuado la Administración en torno a la gestión del agua y el interesado cree que ha visto afectada su posesión o tenencia de cierto bien (por ejemplo la reapertura o demarcación de un cauce que lo beneficia o que atraviesa su dominio, el uso de ciertas aguas que aplica en su beneficio, un cauce que se construye en un sector de su heredad o que de alguna manera entiende que afecta a su propiedad, etc).

Entendemos que la solución fijada en esta norma, que prioriza la actuación administrativa en forma coincidente con el criterio que el Art. 219 bis del Código Procesal Civil ha establecido en el procedimiento específico de la denuncia por daño temido (Art. 2499 CC), es de toda inteligencia en cuanto habiendo adoptado una decisión una autoridad administrativa con competencia espe-

¹⁷⁵ Lino E. Palacio, "Manual de Derecho Procesal Civil", Ed Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 79, 810 y 811.

¹⁷⁶ Roland Arazi, "Derecho Procesal Civil y Comercial", Tº II, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 1999, p. 281.

¹⁷⁷ Roberto Dormí, "Derecho Administrativo", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1994, p. 435 a 453.

cífica –y excluyente desde 1916- en materia de aguas, mal puede justificarse la tramitación de un proceso ante una autoridad en principio ajena a la función policial, donde el análisis judicial -por la naturaleza procesal adoptada- no es de conocimiento pleno del asunto. En este sentido, Castello afirma que el Art. 182 LA tiene una importancia extraordinaria, por defender la acción administrativa y darle la libertad necesaria al desenvolvimiento de sus funciones¹⁷⁸.

La Constitución de 1916, si bien estableció un límite infranqueable entre la materia administrativa y todo aquello que es de competencia de la jurisdicción¹⁷⁹, claramente desarrolló un sistema de manejo extrapoder del recurso hídrico. El Art. 182 LA procura preservar dicho sistema estableciendo un “límite” a ese “límite infranqueable”, al restringir los excepcionales remedios judiciales de contenido policial que prevé el ordenamiento jurídico en materia posesoria en aquellos casos en que la Administración ya ha actuado.

No es que los actos de la Administración en materia de aguas escapen al control judicial; pero la norma está limitando la intervención de autoridades extraña a las que la Constitución dispone para el manejo del agua. En todo caso, el control judicial siempre ha de presentarse mediante la acción procesal administrativa que regula las Leyes 322 y 3918; pero no mediante la intromisión de autoridades jurisdiccionales ajenas a la especialidad del régimen administrativo.

Extendiendo este análisis más allá de los interdictos, consideramos oportuno relacionar el tema con la reciente evolución de la acción de amparo, la que -al igual que los interdictos- por la limitación del conocimiento que implica lo abreviado del trámite es susceptible de un proceso ordinario posterior sobre el aspecto sustancial en juego (Art. 29 Decreto Ley 2589/75). El amparo tiende a transformarse en la práctica en un proceso común o cotidiano, permitiéndose que prospere en desmedro de las competencias

¹⁷⁸ Manuel F. Castello, “Legislación de Aguas”, ob cit, p. 387.

¹⁷⁹ Suprema Corte de Justicia, in re EMILIO CUGNINI S A / DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN Y OTROS, Fecha: 18/05/1989, Ubicación: S209-170

propias de la Administración, e incluso de las competencias específicas del órgano judicial con atribuciones en lo contencioso administrativo que en única instancia dispone la Constitución de Mendoza. De esta manera, este remedio judicial que en la voluntad del constituyente de 1994 se planteó como excepcional, ha girado hacia un proceso inflacionario de su uso, con la consiguiente devaluación que ello implica¹⁸⁰.

Se ha sostenido que “El criterio para determinar si, frente a un hecho, acción u omisión de la administración, se está dentro del ámbito del amparo, está dado por precisar si se da un supuesto de “ostensible arbitrariedad o ilegalidad” (Art. 1º, ley 6504) que vulnera derechos constitucionales del amparista, no bastando que la cuestión planteada pueda ser resuelta pese a la naturaleza sumarísima del procedimiento; de lo contrario, toda la actividad de los otros Poderes del Estado podría quedar comprendida por la acción de amparo, con la consecuencia -entre otras- de la desaparición de la acción procesal administrativa que debe sustanciarse, entre nosotros, ante la Suprema Corte de Justicia. No deben perderse de vista en momento alguno los múltiples bienes jurídicos (no sólo económicos) que deben ser ponderados en una acción de amparo; y así, comúnmente, es menester respetar las competencias de los otros Poderes públicos e inclusive la jurisdiccional del prementado Tribunal, motivos por los cuales sólo en casos de “arbitrariedad o ilegalidad manifiesta” (Art. 43, Const. Nac.) puede un órgano judicial inferior a aquélla asumir competencias ajenas para que prevalezcan los “derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley”, conducta judicial que tiene por fuente inmediata el principio de legalidad (incluida la “división de poderes”), siendo la mediata el bien común o el bienestar general que menta el Preámbulo. Piensa mal, por tanto, quien crea que así los jueces ponen su saber al servicio del poder político estando siempre dispuestos a protegerlo con sus sentencias, cuando de lo que se trata es de aplicar -o de intentarlo, al menos- rectamente el derecho, sin caer tampoco en el indebido “activismo judicial”, que -dándose cuando no es aplicado en sus

¹⁸⁰ Néstor Pedro Sagüés, “Nuevamente sobre el rol directo o subsidiario de la acción de amparo (a propósito de la voluntad del constituyente)”, en LL, 09/10/95.

justos términos, esto es, ubicarse equilibradamente entre los extremos que van del virtual “gobierno de jueces” hasta la exagerada auto-restricción convalidadora de las afectaciones a derechos fundamentales del hombre o abusos del ejercicio del poder por los órganos y autoridades públicas- lleva incluso a actuar bajo el dictado de la presión social o buscando el aplauso popular”¹⁸¹.

Es cierto que “La legislación mendocina -a diferencia del Art. 4º de la ley nacional 16868- no ha tenido en cuenta en el amparo la competencia en razón de la materia; declarar la competencia originaria de la Corte cada vez que en un amparo se plantea materia administrativa, contraría el espíritu y finalidad de esta vía procesal, en cuya esencia se encuentra la rapidez”¹⁸². Sin embargo, también es cierto que ante los actos manifiestamente arbitrarios o ilegales las Leyes 322, 3909 y 3918 regulan un procedimiento administrativo y consiguiente proceso judicial de control que establece no sólo la suspensión del acto cuestionado en sede administrativa cuando se alega fundadamente un vicio grave propio de la manifiesta ilegalidad (Art. 83 Ley 3909), sino que también plantea la posibilidad de la suspensión en un plazo breve en la instancia judicial, e incluso en forma inmediata e inaudita parte (Art. 22 y 76 Ley 3918 y Art. 112 CPC). Por ello, coincidimos con Sarmiento García en cuanto la suspensión de la ejecución del acto administrativo, tal como está legislada en la ley 3918, sustituye a la acción de amparo contra actos de la Administración¹⁸³.

Por los mismos motivos que el Art. 182 LA restringe la intromisión judicial en materia de aguas, la prudencia jurídica debe imponer al juzgador de una acción de amparo en dicha materia la valoración de la existencia de una vía judicial más idónea en la Ley 3918 y su preliminar actuación administrativa que regula la Ley 3909. Gozaíni ha sostenido así que el juez debe evitar intervenir si es una situación administrativa no definitiva, si el reclamo admi-

¹⁸¹ **Cuarta Cámara Civil de Mendoza**, in re “ALIZZI CECILIA Y OTS. / DIRECCIÓN DE VÍAS Y MEDIOS DE TRANSPORTES Y/O PROVINCIA DE MENDOZA”, sentencia del 09/09/1999, Ubicación: A150-149.

¹⁸² **Suprema Corte de Justicia** in re “FLAS GAME S.R.L.”, sentencia del 11/11/1988, Ubicación: A102-104

¹⁸³ **Jorge Sarmiento García**, “Proceso Administrativo. Caracterización en el Código de Mendoza”, Ed. Jurídicas Cuyo SRL, Mendoza, 1981, p. 75.

nistrativo puede aportar soluciones útiles y si el procedimiento no presenta disfunciones manifiestas¹⁸⁴.

En este concepto, tal procedimiento específico para la materia contencioso administrativa, con idoneidad eficiente para suspender preventivamente las medidas manifiestamente ilegales o arbitrarias, debería excluir a los restantes procesos por resultar de mayor idoneidad¹⁸⁵, salvo que en el caso concreto existieran elementos de juicio que permitieran sostener lo contrario; más aún en cuanto se basa en una instancia administrativa previa a cargo de una autoridad técnica que permite un análisis de gran amplitud y profundidad sobre el tema en decisión. Debe recordarse en este sentido que en aquellos sistemas en los que la solución de los conflictos sobre aguas han sido encomendados a autoridades judiciales ajenas a la materia específica, sobre la base de los procesos breves que impiden un conocimiento profundo y adecuado, se ha producido una falla de tal mecanismo en cuanto los procesos han resultado lentos y onerosos y los jueces han debido fallar sobre la base de un saber técnico limitado y escasa posibilidad deliberativa por lo incompleto del proceso, generándose una jurisprudencia impredecible y contradictoria, con un efecto negativo sobre los órganos administrativos controlados –que han tendido en consecuencia a tomar una postura formalista que ha provocado un vacío parcial en los procesos de toma de decisiones públicas en beneficio de los grandes grupos de presión y en desmedro de los restantes usuarios e interesados¹⁸⁶.

La consideración que se postula, procura encuadrar el régimen propio de la acción de amparo, como proceso de garantía a los derechos constitucionales, en una apreciación integral del Derecho que incluye también otra exigencia constitucional, como es el respeto del juez natural de la causa (Art. 18 CN), que en materia contencioso administrativa corresponde a la Suprema Corte de Justicia (Art. 144

¹⁸⁴ Osvaldo A. Gozaíni, "El derecho de amparo", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 13.

¹⁸⁵ Olga Pura Arrabal de Canals, "La Impugnación Administrativa, las otras vías paralelas y el "nuevo" amparo constitucional", en Jorge Sarmiento García y otros, "Protección del administrado", Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 163

¹⁸⁶ Carl Bauer, "Contra la corriente. Privatización, mercados de agua y Estado en Chile", Ed. LOM, Santiago de Chile, 2002, ps. 49, 55, 122 y 172.

CP). Sólo cuando el trámite ordinario no sea idóneo en la salvaguarda del derecho del afectado se presenta la *ratio legis* que dio lugar al amparo como excepcional instituto. Lo contrario, es permitir que la jurisdicción ajena a la competencia administrativa intervenga más allá de la materia que se le otorga en los Arts. 184 a 188 LA.

Finalmente, ha de atenderse que la segunda parte del Art. 182 LA ha perdido aplicación a partir del régimen de "expropiación inversa" consagrado por el Art. 46 del Decreto Ley 1447/75. En este orden de ideas, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que "*cuando una provincia realiza una obra pública sobre un terreno particular y con conocimiento de éste, lo entrega al uso colectivo, ya no puede mantenerse la distinción entre el terreno –que seguiría en el dominio particular regido por el Código Civ.- y la obra perteneciente al público y ajena por ende al régimen de dicho Código, pues se trata en adelante de un bien del dominio público respecto del cual no cabe el ejercicio de acciones reales como la reivindicatoria*"¹⁸⁷. En este caso, la Corte aceptó la acción subsidiaria promovida en los términos del Art. 2.779 CC para dar lugar a la indemnización que la enajenación forzosa del terreno implicaba

Art. 183: Compete a los Tribunales ordinarios conocer de los recursos contra las providencias dictadas por la Administración en materia de aguas, en los casos siguientes:

1. Cuando se declare la caducidad de una concesión hecha a particulares o a una empresa.

2. Cuando por ella se lastimen derechos adquiridos en virtud de disposiciones emanadas de la misma Administración

La caducidad, bajo la forma de pérdida de los derechos otorgados en la concesión, constituye una sanción general del incumplimiento por parte del concesionario de las obligaciones que le están impuestas o ha contraído¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, in re "Bergadá Mujica, Héctor c/ Provincia de Río Negro", sentencia del 05/09/02, reseñado en Doctrina Judicial T° 2002-3, Ed. La Ley, p. 1159.

¹⁸⁸ Suprema Corte de Justicia, in re "ROSA DE ARENAS MARIA Y OTROS / DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN", sentencia del 02/02/1974, Plenario, Ubicación: S132-179.

Conforme el actual régimen que impone el Art. 144, inc. 5° de la Constitución Provincial, como así también a lo previsto en el Art. 1° del Código Procesal Administrativo (Ley 3918) es la Suprema Corte de Justicia de la Provincia la competente para conocer y resolver en instancia única, las acciones que se deduzcan por la violación de un derecho subjetivo o interés legítimo regido por ley, decreto, reglamento o cualquier disposición de carácter administrativo.

En este sentido, debe atenderse que la fuente inmediata del Art. 183 LA no es otra que el Art. 253 de la Ley de Aguas de España de 1879, la que establecía para el caso la "jurisdicción contencioso-administrativa". Bajo el régimen español que acuñó la Ley de 1879 siguiendo el sistema galo, a diferencia del sistema de Argentina y de Mendoza, la "jurisdicción" se encontraba dividida desde el Real Decreto del 3 de mayo de 1834 en "ordinaria" o judicial y en "contencioso-administrativa" o gubernativa, correspondiendo ésta última a tribunales administrativos que no pertenecían a la judicatura. Mientras que la jurisdicción ordinaria remitía la causa a conocimiento del juez, la jurisdicción contencioso administrativa la remitía a "Consejos" administrativos que actuaban como contralor definitivo de la misma Administración¹⁸⁹. Bermejo, al redactar la Ley de 1884, modificó sustancialmente la fuente española al suplantar la referencia a esta distinción de ordenes jurisdiccionales inexistentes en nuestro sistema legal, remitiendo toda causa al control de la jurisdicción ordinaria¹⁹⁰, correspondiendo en su caso deslindar las materias que pueden determinar distintas competencias dentro de dicha jurisdicción.

En este marco legal, y en forma concordante con el Art. 183 LA, no debe olvidarse que como explica Jorge Sarmiento García, en la Provincia de Mendoza el actual Tribunal "ordinario" en materia contencioso administrativa es la Suprema Corte de Justicia, siendo dicha materia especificada por la presencia de un sujeto de dere-

¹⁸⁹ Sebastián Martín Retortillo, "La Ley de Aguas de 1866. Antecedentes y elaboración", Ed. Centro de estudios Hidrográficos, Madrid, 1963, ps. 49 y 67. Jorge Sarmiento García, "Proceso Administrativo. Caracterización en el Código de Mendoza", ob cit, p. 32. R. Gay de Montellá y Cristóbal Massó Escofet, "Tratado de la Legislación de Aguas Públicas y Privadas", ob cit, p. 607 y ss. Manuel F. Castello, "Legislación de Aguas", ob cit, p. 377 a 383.

¹⁹⁰ Manuel F. Castello, "Legislación de Aguas", ob cit, p. 386.

cho al que se le atribuye un acto en ejercicio de la función administrativa, generándose un litigio que debe resolverse por el derecho administrativo¹⁹¹.

El Art. 19 de la Ley 322 complementa a la Ley de Aguas y expresamente establece en este sentido que “de los fallos que dicte el Consejo, como de las resoluciones que pronuncia el Superintendente en última instancia, habrá el recurso contencioso-administrativo para ante la Suprema Corte de la Provincia”.

Por ello, tal como analizamos en el comentario al Título V LA, entendemos que la extinción por caducidad del acto administrativo concesión de agua, en cuanto sanción administrativa, es materia contencioso administrativa revisable ante la Suprema Corte de Justicia, y en la medida en que el mismo sea un acto administrativo estable debe ser objeto de la correspondiente acción de lesividad ante ese mismo Tribunal.

Art. 184: Compete también a los Tribunales ordinarios el conocimiento de las cuestiones relativas al dominio de las aguas públicas, y al dominio de las aguas privadas y sobre su posesión.

Art. 185: Las cuestiones relativas al dominio de las playas, álveos o cauces de los ríos y al dominio y posesión de las riberas, son también de la competencia de los Tribunales ordinarios.

Art. 186: Las cuestiones fundadas en títulos de derecho civil, relativas a servidumbre de aguas y paso por las márgenes, corresponden también a los Tribunales ordinarios.

¹⁹¹ Jorge Sarmiento García, “Proceso Administrativo. Caracterización en el Código de Mendoza”, ob cit, ps. 14 y 34.

Art. 187: Es también de la competencia de estos Tribunales el conocimiento de las cuestiones suscitadas entre particulares sobre preferencia de derecho de aprovechamiento de agua fuera de sus cauces naturales, cuando la preferencia se funde en títulos de derecho civil, o sobre preferencia a aprovechamiento de aguas pluviales.

Art. 188: Compete también a los Tribunales de Justicia el conocimiento de las cuestiones relativas a daños y perjuicios ocasionados a terceros en sus derechos de propiedad particular cuya enajenación no sea forzosa, en los casos siguientes:

- 1°. Por la apertura de pozos ordinarios.
- 2°. Por la apertura de pozos artesianos y por la ejecución de obras subterráneas.
- 3°. Por toda clase de aprovechamiento a favor de particulares.

Los Arts. 184 a 188 LA constituyen el desarrollo de la excepción a la regla de la competencia administrativa del DGI para entender en las cuestiones relativas al recurso hídrico provincial. En este sentido, ha dicho la Corte que “El artículo 188 de la Constitución Provincial consagra por un lado, una “cláusula abierta de competencia administrativa”, en el sentido de que toda la competencia de este tipo es titularizada por el Departamento General de Irrigación; y por otro lado, marca un límite infranqueable entre la materia administrativa y todo aquello que es de competencia de la jurisdicción” ¹⁹².

En consecuencia, serán competentes los Tribunales Ordinarios para las cuestiones relativas al dominio y/o posesión de las aguas; al dominio de las playas, álveos o cauces de los ríos; al dominio y posesión de las riberas; las cuestiones fundadas en títulos de derecho civil relativas a servidumbre y paso por las márgenes; las cuestiones fundadas en títulos de derecho civil suscitadas entre particulares sobre preferencia de derecho de aprovechamiento de agua

¹⁹² Suprema Corte de Justicia, in re EMILIO CUGNINI S A / DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION Y OTROS, Fecha: 18/05/1989, Ubicación: S209-170

fuera de sus cauces naturales, o sobre preferencia a aprovechamiento de aguas pluviales; las cuestiones relativas a daños y perjuicios ocasionados a terceros en sus derechos de propiedad particular cuya enajenación no sea forzosa, ya sea por la apertura de pozos de aguas subterráneas y sus obras accesorias, o por toda clase de aprovechamiento a favor de particulares. Todos estos supuestos, por no presentar la especificidad propia de la materia administrativa, corresponden a los tribunales ordinarios con competencia en materia civil¹⁹³.

En cambio, *“Todo lo referente a la administración de las aguas, distribución, estudios técnicos, mejoramiento integral, aforos, gastos de vigilancia y repartición, policía, vale decir, todo lo que sea técnico y administrativo, está confiado a esa gran repartición –por el DGI-, con facultades amplias para decidir sobre estos aspectos, con los respectivos recursos ante esta Corte, por la vía contencioso administrativa”*¹⁹⁴.

Es dable distinguir en tal sentido ciertas cuestiones relativas al dominio de las playas, álveos o cauces de los ríos que merecen una particular referencia. Aunque la materia dominial en sí puede resultar de fondo, ha de atenderse que pueden existir otras variantes en lo que refiere al deslinde de la ribera, ya sea que se trate de conflictos que surjan de deslindar la línea actual de ribera de los cauces, o una línea de ribera antigua.

La actual línea de ribera importa deslindar el dominio público, y por ello el mismo Código Civil la ha excluido de la materia civil y reconocido la jurisdicción administrativa (Art. 2750 CC), tal como ha sostenido destacada doctrina¹⁹⁵. En este sentido, si bien la Ley de Aguas refiere a la justicia ordinaria para entender cuestiones relativas al dominio de las playas, álveos o cauces de los ríos y al

¹⁹³ Jorge Sarmiento García, “Proceso Administrativo. Caracterización en el Código de Mendoza”, ob cit, ps. 14. Corte Suprema de Justicia de la Nación, in re “Huayqui SA Construcciones c/Tierra del Fuego, Provincia de s/ordinario”, sentencia del 14/07/1999, Fallos 322:1470.

¹⁹⁴ Suprema Corte de Justicia, in re “Pérez Dardo y Vera Humberto c/Departamento General de Irrigación s/contencioso administrativo”, sentencia del 23/02/1940, Revista Jurídica de Cuyo, n° 1, julio – agosto 1940, p. 71, con nota de Guillermo Cano, “La protección jurisdiccional de los derechos de aguas en Mendoza”. Guillermo Cano, “Estudios de Derecho de Aguas”, ob cit, p. 215

¹⁹⁵ Joaquín López, “Determinación de la Línea de Ribera”, ob cit, p. 3. Alberto Spota, “Tratado de Derecho de Aguas”, T° II, ob cit, p. 223. Miguel Marienhoff, “Régimen y Legislación de las aguas públicas y privadas”, ob cit, p. 323.

dominio y posesión de las riberas (Art. 185 LA), consideramos que tratándose del deslinde de la ribera la regulación expresa de la norma civil que referimos y la naturaleza evidentemente administrativa del dominio público hace que deba atenderse –como ya hemos expresado– que en la Provincia de Mendoza el Tribunal “ordinario” en materia contencioso administrativa es la Suprema Corte de Justicia¹⁹⁶, quien debe entender sobre la base del procedimiento administrativo que se sustancie en concordancia con el Art. 174 LA.

En tal marco, a los fines de encauzar eventuales conflictos con los ribereños basados en errores de deslinde que afecten las propiedades de los mismos, tal como señalan López y Spota¹⁹⁷, es necesario distinguir el acto administrativo que realiza la delimitación (estableciendo el sistema y los criterios para ello) de la operación material de delimitación en el terreno. Mientras que el acto administrativo es impugnabile judicialmente mediante el proceso contencioso administrativo y la acción de lesividad, la operación material de deslinde puede dar lugar en forma paralela a procesos contenciosos administrativos (cuyo objeto resultarán los actos administrativos que se generen en torno a las observaciones de los ribereños a la operación material de delimitación), como así también a remedios judiciales propios del derecho de fondo (interdictos y acciones posesorias o declarativas); esto último, con la limitación que establece el Art. 182 LA.

Por el contrario, deslindar un cauce alterado o abandonado, sea por el retiro natural de las aguas o por obras públicas, en cuanto implica determinar el límite entre tierras de dominio privado (las del “antiguo” cauce y las del ribereño), corresponde en caso de diferencia entre los *dominus* a la justicia ordinaria con competencia en lo civil bajo el procedimiento del Art. 286 y ss CPC.

¹⁹⁶ Jorge Sarmiento García, “Proceso Administrativo”, Ed. Jurídicas de Cuyo, 1981, p. 34

¹⁹⁷ Joaquín López, “Determinación de la Línea de Ribera”, ob cit, p. 10. Alberto Spota, “Tratado de Derecho de Aguas”, T° II, ob cit, p. 224

Título XI

DE LA ADMINISTRACIÓN DEL AGUA

El presente Título contiene disposiciones orgánicas aplicables a la Administración encargada de la gestión del agua. Tal actividad, en una provincia como Mendoza, de características áridas, implica la gran responsabilidad de manejar un recurso vital y estratégico. Los órganos estatales de administración del agua hasta 1894 fueron, como se analizó en el comentario al Título X, el Juzgado General de Aguas, la Inspección General de Aguas y el Departamento General de Aguas. Desde ese año, hace más de un siglo, la administración hídrica es responsabilidad del Departamento General de Irrigación, originariamente denominado Departamento de Irrigación (Art. 216 CP de 1894). Esta denominación con referencia a un uso sectorial, es debido a que la administración del agua se circunscribía en esa época principalmente a la distribución de la misma para riego, atento a ser éste el único uso económico de importancia en el siglo pasado. Sin embargo, las funciones que ha ejercido el ente sobre la base de la Ley de 1884, son sobre todos los usos útiles del recurso hídrico.

La Constitución de 1900, al renovar el régimen, no le otorga denominación alguna y únicamente se limita a regular los órganos que componen la Administración del agua (la Superintendencia y el Consejo). Sin embargo, la reglamentación de dicha Carta Magna dispuesta en la ley 322 (Art. 1º) pone a cargo del "Departamento de Irrigación", la administración de las aguas de los ríos, arroyos, canales, hijuelas y desagües de la Provincia, su distribución y la tramitación de toda solicitud sobre concesión de ellas no sólo para el riego sino también en caso del empleo en usos industriales.

La Constitución de 1910 omitió definir la estructura administrativa y denominación del ente estatal responsable de la gestión del agua, derivando el tema a la regulación legislativa (Art. 127 CP de 1910), por lo que en virtud de la subsistente Ley 322 continuó

actuando el Departamento de Irrigación regulado desde la Constitución anterior.

Posteriormente, con la reforma de 1916, se retoma la técnica de conformar la denominación y la estructura en el texto constitucional, y se agrega al nombre de "Departamento de Irrigación" el aditamento de "General" (Art. 188 CP).

Art. 189: La administración del agua, y en general el cumplimiento de la presente ley, estará bajo la Dirección del Departamento General de Aguas, compuesto del siguiente personal:

- 1- Un Superintendente de Aguas, que será el Jefe del Departamento.
- 2- Dos Ingenieros o Agrimensores.
- 3- Un secretario.
- 4- Un Compartidor para cada uno de los ríos y para el Canal Zanjón.
- 5- Un Inspector para distribuir el agua entre las hijuelas derivadas de cada canal, o entre las hijuelas derivadas de las principales, pudiendo nombrarse un Inspector para dos o más canales o hijuelas.
- 6- Un Subdelegado de Aguas para los departamentos de San Martín, Junín y Rivadavia.
- 7- Un Subdelegado de Aguas para los departamentos de Tupungato y Tunuyán.
- 8- Un Subdelegado de Aguas para el departamento de San Carlos.
- 9- Un Subdelegado de Aguas para los departamentos de San Rafael y Malargüe.

10- Un Subdelegado de Aguas para los departamentos de Santa Rosa y La Paz.

11- Un Subdelegado de Aguas para el departamento del Rosario.

Tal como analizamos en el comentario al Título I LA, el Departamento General de Irrigación presenta atribuciones exclusivas en el manejo del agua (Art. 188 CP). El Art. 189 LA encomendaba al Departamento General de Aguas la administración del recurso y el cumplimiento de la ley en la materia, funciones que tuvieron su continuidad en la competencia constitucional del Departamento de Irrigación, luego Departamento General de Irrigación.

La actual estructura orgánica de dicho Departamento, está conformada en el texto constitucional por un Superintendente y un Consejo (Arts. 188 y ss CP). La Ley 322 dispuso en su Art. 26 la creación de un “tribunal único”, formado por los miembros del Consejo y el Superintendente. De esta manera quedaron establecidos los tres órganos principales del ente, a los que actualmente se conoce con las siguientes denominaciones: Superintendencia General de Irrigación, Honorable Consejo de Apelaciones y Honorable Tribunal Administrativo.

Tanto el Superintendente como los miembros del Consejo, requieren acuerdo senatorial para su designación y duran cinco (5) años en sus funciones, pudiendo ser reelectos. Dichos funcionarios presentan estabilidad, y por ello sólo pueden ser removidos en la forma y por el Jury creado por los Arts. 164 y 165 de la Constitución Provincial (Art. 189 CP). Debe mencionarse que “sin que ninguna regla legal lo imponga, se ha sentado la práctica de designar para integrar éste último –por el Consejo-, uno de los regantes de cada una de las 5 “subdelegaciones” en que a los efectos de la administración hídrica se divide Mendoza, costumbre que es plausible y debería institucionalizarse por ley”¹⁹⁸. Dicha práctica reviste obligatoriedad jurídica, por cuanto en nuestro

¹⁹⁸ Guillermo Cano, “Reseña Crítica de la Legislación y Administración de aguas de Mendoza”, ob cit, p. 38.

régimen los actos repetidos en forma constante, uniforme y general con la convicción común de que se trata de una práctica obligatoria, constituyen fuente de obligaciones legales nacidas de la costumbre (Art. 17 CC).

Las funciones del Superintendente son reglamentadas principalmente por el Título XII LA, los Arts. 3 y ss. de la Ley 322, el Art. 7 de la Ley 4035, y el Art. 23 numeral 2 de la Ley 6405.

La función del Honorable Consejo de Apelaciones es establecida en el Art. 11 de la Ley 322, correspondiéndole entender en grado de apelación sobre las resoluciones que dicte originariamente la Superintendencia General de Irrigación.

Las atribuciones del Honorable Tribunal Administrativo, están dadas por el Art. 26 de la Ley 322, el Art. 4 de la Ley 4036, el Art. 8 del Decreto Ley 555/75, la Ley 5302 y el Art. 23 numeral 1 de la Ley 6405. Podemos citar como principales atribuciones la de: nombrar y remover todos los empleados del Departamento; aprobar o desaprobar, sin más recurso, las elecciones de Autoridades de Cauce y designar a las mismas en casos de acefalía; sancionar el Presupuesto de Gastos y Recursos del Departamento de Irrigación; aprobar anualmente el plan de Obras Hídricas Menores; aprobar o desaprobar y efectuar los controles de legitimidad de los presupuestos y las rendiciones de cuentas que anualmente deben elaborar las Inspecciones y Asociaciones de Inspecciones; aprobar los Estatutos de las Asociaciones de Inspecciones, así como también las modificaciones posteriores; otorgamiento de concesiones para usos especiales de aguas subterráneas; declaración de extinción de las concesiones referidas por las causales de renuncia, revocatoria o caducidad; determinación de los bienes sujetos a expropiación por aplicación del Art. 24 de la ley 4035; determinación del monto indemnizatorio que corresponda por la imposición de las limitaciones al dominio privado previstas por el Art. 24 citado; imposición de las cargas financieras de la concesión de aguas subterráneas; autorizar la creación de consorcios de usuarios de acuerdo con lo previsto por el inc. g) del Art. 3 de la Ley 4035; conformar el planeamiento integral a que se refiere el Art. 3 inc. e) de la Ley 4035;

Igualmente, el H. Tribunal Administrativo ejerce el poder de policía en materia de aguas, gozando del denominado *ius edicendi*, admitiéndose en base al ordenamiento constitucional vigente su facultad reglamentaria en la temática hídrica como un suerte de función legislativa en sentido amplio¹⁹⁹, lo que es expresamente reconocido en las Leyes de Aguas, 4036, 5302, 6044 y 6405.

Art. 189 (bis): La administración inmediata del Canal Zanjón estará, a cargo de un Inspector nombrado por los Delegados a propuesta del Superintendente de Aguas, de quién dependerá.

Las atribuciones de este Inspector serán: vigilar y cuidar del Canal, desde su toma hasta el confín; inspeccionar las compuertas y tomas que derivan del Canal, cuidando se conserven en buen estado, y ordenar el arreglo de las que no lo estén; vigilar que el tomero repartidor haga la distribución del agua con estricta regularidad y de conformidad a los padrones mandados observar por la Superintendencia; vigilar que el subastador del agua del Canal (cuando lo haya), cumpla las obligaciones que le sean impuestas en el contrato, dando cuenta a la Superintendencia de las faltas que note y que no se hayan podido subsanar; inspeccionar los trabajos que la Junta de Delegados mande ejecutar en la toma del Canal o sus márgenes, o dirigirlos cuando así lo disponga; intervenir en el pago de los trabajadores y pasar a la Superintendencia las planillas justificadas que correspondan; y, finalmente, cumplir las órdenes que reciba de la Superintendencia para el mejor servicio del Canal.

El sueldo del Inspector y tomero será fijado por los Delegados y pagado de los fondos de prorrata.

¹⁹⁹ Guillermo J. Cano, "Aspectos institucionales y jurídicos", en Comisión Económica para América Latina y El Caribe (CEPAL) y Consejo Federal de Inversiones (CFI), "Los Recursos Hidráulicos de Argentina", Ed. CFI, 1969, Tº 7, p 606. Guillermo Cano, "Reseña Crítica de la Legislación y Administración de aguas de Mendoza", ob cit, p. 40. Cesar Magnani, "Administración de las Aguas en la Provincia de Mendoza. Descentralización y participación de los usuarios como rasgos determinantes de la gestión hídrica de regadío", tesis, Mendoza, 1991, p 51; Mauricio Pinto "El reuso de efluentes en el marco jurídico argentino", La Ley Gran Cuyo, Tº 2002, p. 819.

El Art. 189 bis LA regula la administración del entonces denominado Canal Zanjón, hoy Canal Cacique Guaymallén. Este canal era de gran importancia en cuanto fue la base del desarrollo colonial, ya que por el mismo se realizaba la distribución hídrica para el 90% de los suelos irrigados en la provincia a mediados del siglo XIX. Por ello, la Ley de Aguas debió incorporar este aspecto de profunda importancia social que en cierta forma ha sido fuente de gran influencia en la actual conformación institucional.

Hoy, el referido Canal, al igual que los restantes canales matrices de la provincia, es administrado por el Departamento General de Irrigación a través de la Subdelegación de Aguas correspondiente.

La Administración del Canal Zanjón, presentó un régimen que indudablemente fue antecedente de la Ley de Aguas, el cual ha sido sumariamente descrito por Guillermo Cano²⁰⁰, con los siguientes aspectos destacables: por Decreto del 21/01/1864 la administración del Canal Zanjón fue transferida a los regantes que se servían del mismo a través de canales secundarios, creándose a tal efecto una Junta de Delegados formada por usuarios de los distintos canales menores, la que era presidida por el Juez General de Aguas –sobre el que referimos en el comentario al Título X LA- y podía fijar anualmente el presupuesto de gastos y recursos que deberían afrontar los usuarios, designar los funcionarios –incluyendo al Juez particular del Canal Zanjón- y empleados del cauce, y dictar normas reglamentarias. Esta estructura guarda una similitud notoria con la actual conformación del H. Tribunal Administrativo del DGI, por lo que es un innegable antecedente del mismo.

Por Decreto del 23/09/1864, a pedido de la misma Junta de Delegados, el Estado reasumió las facultades de percepción e inversión de los fondos, administración de trabajos, designación de empleados y dictado de reglamentos, quedando en manos de los Delegados fijar el presupuesto de gastos y recursos y aprobar la rendición de cuentas de inversión.

²⁰⁰ Guillermo Cano, "Régimen Jurídico Económico de las Aguas en Mendoza. Durante el periodo intermedio (1810-1884)", ob cit, p. 117 y ss.

A su vez el Decreto del 26/01/1869 designó al Juez particular del Canal con la denominación "Superintendente del Zanjón", remoto antecedente del actual nombre de la autoridad superior ejecutiva en materia de aguas. El Superintendente debía someter a aprobación de la Junta de Delegados toda decisión de importancia. La percepción tributaria continuaba a cargo del Juzgado General de Aguas.

En 1872, a partir de un conflicto de poderes entre la Junta de Delegados del Canal Zanjón y el Juzgado General de Aguas, se redujo el número de integrantes de la Junta y se dispuso que los empleados del canal dependieran del Juez General, quien debía resolver la inversión de los tributos que él mismo percibía de los usuarios del Canal.

Finalmente, por Decreto del 30/04/1873 el Superintendente del Zanjón pasó a denominarse "Subinspector", en consonancia con la transformación del Juzgado General de Aguas en la Inspección General de Aguas que comentamos en el Título X LA. En este acto se ampliaron nuevamente las funciones de la Junta de Delegados, otorgándosele la atribución de proponer al Poder Ejecutivo el candidato a Subinspector y fijar el sueldo del mismo, pudiendo también removerlo previa acusación fundada ante la Inspección General de Aguas.

Título XII

ATRIBUCIONES Y DEBERES DEL SUPERINTENDENTE DE AGUAS

Conforme lo mencionado en el comentario al Título XI LA, las normas constitucionales, la presente ley y la Ley 322 determinan la estructura orgánica funcional del Departamento General de Irrigación. En el presente Título de la Ley de Aguas, se especifican las atribuciones básicas de la máxima autoridad ejecutiva del organismo, siendo su misión la administración general del recurso hídrico, gozando a tales efectos de la función de policía.

Dicha administración es realizada mediante la gestión directa de los cauces naturales y sus canales matrices, e indirectamente mediante el contralor ex post de la gestión que corresponde a las Inspecciones de Cauce, tal como establece el Art. 23 numeral 2 incisos a) y b) de la Ley 6405.

Art. 190: El Superintendente tendrá la administración general de las aguas en la parte científica y de reglamentación en toda la Provincia, y estará a su cargo el cumplimiento de la presente ley; lo mismo que la policía de las aguas y sus cauces naturales, riberas y zonas de servidumbre, dictando las medidas necesarias para el buen orden en el uso y aprovechamiento de aquéllas.

El presente artículo fija genéricamente las funciones que estarán a cargo del Superintendente. Al referir a la administración de las aguas "en la parte científica", la Ley de Aguas está conformando el perfil técnico que debe caracterizar a la actuación de la Superintendencia, y en consecuencia al DGI. En forma concordante, el Art. 203 LA establece la existencia de un cuerpo técnico bajo la dependencia del Superintendente.

De acuerdo con el Art. 190 LA, el Superintendente presenta la atribución de dictar las medidas necesarias para el buen orden en el uso de las aguas, lo que implica la función policial sobre las mismas. Esta función policial de basamento técnico, se garantiza mediante un extraordinario grado de independencia institucional que la autarquía constitucional permite, tal como se ha comentado en el Título I LA.

Los Arts. 191 a 203 d) LA y las Leyes 322, 4035, 4036 y 6405, entre otras, especifican en algunas situaciones concretas esta función genérica que expresa el Art. 190 LA.

Así, los Arts. 3 a 6 de la Ley 322, señalan que el Superintendente de Irrigación es el Jefe del Departamento; teniendo a su cargo el cumplimiento de los deberes y el ejercicio de las facultades que establece la Ley de Aguas con las ampliaciones y restricciones de la presente. Presenta competencia originaria en el trámite de toda solicitud sobre concesión definitiva o eventual de agua para cultivos, o del uso de la energía hidráulica con fines o aplicaciones industriales; de los reclamos que se deduzcan contra los procedimientos de los Subdelegados de Aguas, Inspectores, Delegados y demás funcionarios inferiores, pudiendo imponer multas, suspensiones y destituciones, según la gravedad de las cosas y de toda queja sobre fraudes o abusos cometidos por particulares en el uso o aprovechamiento del agua. Conoce también en grado de apelación y en última instancia administrativa: de las resoluciones que dicten los Subdelegados, dentro de las atribuciones que la Ley de Aguas les confiere y de las medidas o disposiciones que en igual caso pronuncien los Inspectores y Cuerpos de Delegados en los Departamentos donde no exista Subdelegación.

Específicamente en lo que hace a la administración del recurso, la Ley 322 establece que incumbe también al Superintendente: recorrer una vez al año por lo menos los diversos cauces de riego y sus tomas respectivas, pudiendo adoptar las medidas que estime del caso para el buen orden y mejor uso y aprovechamiento de las aguas, lo que concuerda con el Art. 197 LA; controlar el manejo e inversión de las rentas de todos los canales, hijuelas, desagües o cauces de riego, de oficio o a solicitud de los interesados, debiendo

entenderse esta atribución como una función de instrucción complementaria de las funciones del H. Tribunal Administrativo que se comentaron al considerar el Art. 189 LA; dar cuenta anualmente al H. Tribunal Administrativo, por medio de un balance general, de los gastos de la Administración durante el ejercicio vencido; nombrar interinamente los empleados del Departamento y demás funcionarios de aguas en caso de renuncia, suspensión o destitución de éstos, poniendo el hecho en noticia del H. Tribunal Administrativo a los efectos que se determinan en el Art.26. Inc.3 de la Ley 322; acordar los cambios de derechos de regadío que se soliciten, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 123 de la Ley de Aguas vigente; intervenir en la fijación de los turnos en los canales y demás cauces de riego, cuando las necesidades de la irrigación así lo requieran; y en las hijuelas, a solicitud de parte interesada, sin perjuicio de las demás facultades conferidas por la Ley de Aguas vigente.

A su vez, la Ley 4036 dispone en el Art. 7 que corresponde al Superintendente cumplir y hacer cumplir las disposiciones de dicha ley, dictando los actos y adoptando las medidas necesarias para ello; aplicar la ley de aguas subterráneas, salvo en aquellos asuntos que han sido atribuidos en forma originaria al HTA; decretar e imponer restricciones, servidumbres administrativas u ocupación temporaria autorizadas por el Art. 24 de la Ley 4035; aplicar las sanciones prescriptas en los Arts. 21 y 28 de la Ley 4035; solicitar el auxilio de la fuerza pública y allanamiento de domicilio en caso necesario, cuando en ejercicio de sus funciones le fuere resistido el acceso a la propiedad privada; establecer y llevar el Registro de Perforaciones y de directores y constructores de perforaciones; confeccionar el Catastro Gráfico de las obras de extracción o recarga de aguas subterráneas y de las redes de transmisión eléctrica utilizadas en el bombeo de tales aguas.

Por otra parte, la Ley 6405 establece en el Art. 23 numeral 2 como función de la Superintendencia la fiscalización pública de las Inspecciones de Cauces y de las Asociaciones de Inspecciones, a través de las funciones de vigilar el cumplimiento de las atribuciones, deberes y funciones asignadas a las Inspecciones y Asociaciones, cuidando no entorpecer la regularidad de sus respectivas administraciones por las autoridades legítimamente

constituidas; disponer inspecciones o verificaciones de carácter técnico que tengan por objeto asegurar el normal escurrimiento de las aguas y el adecuado funcionamiento hidráulico de las obras de conducción; asistir técnicamente a las Inspecciones y Asociaciones en todo lo atinente a la optimización del uso del recurso y su preservación; ejecutar acciones de asistencia y fomento, tendientes al mejoramiento de la gestión participativa del recurso hídrico; compatibilizar y facilitar a las Inspecciones de Cauces y a las Asociaciones de Inspecciones la información registral y contable necesaria para el adecuado funcionamiento de las mismas; aplicar las demás disposiciones emergentes a la legislación en la materia.

Estas funciones pueden concretarse mediante comisiones que se encomienden al personal dependiente de la Superintendencia, en particular el cuerpo técnico del Departamento General de Irrigación (Art. 203 LA) y los Subdelegados de Aguas (Art. 204 y ss. LA).

Art. 191: Son deberes del Superintendente: determinar por medio de alguno de los medidores de corrientes y los cálculos científicos necesarios, la cantidad de agua que el Río Mendoza trae en cada mes del año, y la que contiene en cada creciente extraordinaria.

Al tiempo de sanción de la ley de aguas que comentamos, el Río Mendoza era prácticamente el único de la Provincia sujeto a un aprovechamiento intensivo. De ahí que la norma sólo se refiera al mismo, aunque su contenido debe extenderse a las demás cuencas provinciales.

Esta función es de gran trascendencia, ya que toda política y consiguiente planificación debe partir de la previa evaluación del recurso, siendo un presupuesto de tal evaluación la recolección e inventario de datos básicos para su consideración técnica²⁰¹. Por otra parte, a los fines de cumplir con las determinaciones y procedimientos que establecen los Arts. 122, 162 y ss y conc. LA, a cuyos

²⁰¹ Guillermo Cano, "Recursos Naturales y Energía", ob cit, p. 49 y ss.

comentarios remitimos, es necesario producir la pertinente labor técnica de medición.

Concordantemente, el Art. 196 LA establece la construcción de los instrumentos de medición que permitan sustanciar lo dispuesto en el Art. 191 LA.

Desde hace cerca de un siglo, paulatinamente a través de las respectivas Subdelegaciones se realiza la medición periódica de caudales de todos los ríos que forman las cinco cuencas provinciales.

Art. 192: Deberá también fijar el punto de arranque de cada toma de canal y su declive, y los trabajos de presa y de seguridad que deban ejecutarse en los canales matrices de todos los ríos y arroyos, formando los respectivos presupuestos.

Art. 193: Marcará el arranque de las tomas particulares y determinará la distribución proporcional que deba hacerse a los interesados.

Art. 194: Hará reformar las tomas que no se ajusten a las prescripciones de la presente ley.

Los Arts. 192, 193 y 194 LA exteriorizan la función policial sobre los cauces que para el buen orden en el uso y aprovechamiento de las aguas corresponde al Superintendente de acuerdo con el Art. 190 LA, y la administración que el mismo ejerce sobre la red primaria a través de los Subdelegados (Arts. 204, 208, 209 y 210 LA). En este marco, el Superintendente debe definir técnicamente las tomas por las cuales se entrega agua a los canales menores que han de administrar las Inspecciones de Cauce, en concordancia con el Art. 143 LA, así como las tomas particulares que aseguren la distribución a la que da derecho la concesión.

Las facultades conferidas por estos artículos al Superintendente, fueron objeto de un fallo de nuestra Suprema Corte de Justicia en el año 1940 el cual reafirma las mismas diciendo *“La ley de aguas ha confiado al Superintendente, previo los estudios necesarios, la facultad de determinar el punto de arranque de cada toma de canal y su declive, el de las tomas particulares y la de ordenar el cambio de éstas cuando sean perjudiciales al canal o hijuela de donde derivan”*²⁰².

Art. 195: Determinará la cuota que deban abonar los agraciados con nuevas concesiones por los trabajos hechos en el canal, río, arroyo o desagüe de que van a aprovechar.

El Art. 195 LA hace alusión a la facultad de fijar los montos que deberán satisfacer los nuevos concesionarios para poder incorporarse a un cauce existente, cumpliendo las previsiones del Art. 147 LA, al que se remite. El monto referido, conocido como “derecho de creación de cauce”, es reglamentado por la Resolución 804/75 HTA.

Art. 196: Acondionará medidores de volumen y dará las instrucciones necesarias para que los Subastadores e Inspectores puedan calcular la cantidad de agua que corresponda a cada canal o hijuela.

La labor prevista en el Art. 196 LA, es una consecuencia instrumental de los deberes que establece el Art. 191 LA, a cuyo comentario se remite. Igualmente es esencial para ejercer la potestad que regula el Art. 200 LA.

La referencia a “subastadores” no tiene vigencia en la actualidad, tal como se contempla en el comentario al Art. 226 LA.

Art. 197: Recorrerá personalmente, por lo menos una vez al año,

²⁰² Suprema Corte de Justicia, sentencia del 12/04/1940, T.4, p. 49.

los diversos cauces y las boca-tomas de sus canales derivados, para conocer su estado y adoptar las medidas que cada caso requiera.

Esta norma coincide con lo ya comentado en el Art. 190 LA y procura una inmediatez de la máxima autoridad del agua con la jurisdicción territorial que le compete. Sólo resta agregar que la obligación también alcanza a los Subdelegados (Art. 211) y los compartidores (Art. 215), y a los Inspectores de Cauce en lo que hace a su jurisdicción territorial (Art. 222 LA y Ley 6405).

Art. 198: Resolverá las cuestiones de carácter administrativo que se susciten con motivo de la distribución del agua, desagües o servidumbres.

Una consecuencia necesaria de la función policial prevista en el Art. 190 LA, es la capacidad resolutoria de los aspectos referidos a distribución del agua, desagües y servidumbres.

Art. 199: Atenderá las quejas y reclamaciones que se presenten contra los empleados del Departamento, levantando un sumario en cada caso, para dar cuenta al Ministerio de Gobierno.

El trámite sumarial de las reclamaciones que se efectuaren contra o por los empleados del Departamento, se encuentra reglado por el Decreto Ley 560/73, careciendo de vigencia la última parte del artículo que comentamos, por imperio de la autarquía constitucional vigente.

La presente norma debe coordinarse con los Arts. 205 y 206 LA, remitiéndose al comentario que a los mismos se realiza.

Art. 200: Establecerá los turnos rigurosos de agua en las épocas de escasez en que ésta no alcance para la dotación de los que tengan derecho de aprovechamiento indefinido.

Este artículo, concordante con el Art. 6 inc. 7 de la Ley 322, establece la potestad del Superintendente de fijar “turnos” entre usuarios cuando el caudal sea inferior al mínimo previsto legalmente. Esta situación es regulada por los Arts. 162 a 167 LA, a cuyo texto y comentario remitimos.

Para ejercer esta atribución, el Superintendente ha de tener el conocimiento de los caudales que procuran los Arts. 191 y 196 LA, y la meritución técnica-científica que contempla el Art. 190 LA.

El Art. 9 de la Ley 6405 establece actualmente la potestad del Inspector de Cauce para fijar los turnos entre los usuarios de dicho cauce, siendo la labor del Departamento General de Irrigación de carácter subsidiario en respeto de la autarquía funcional de los cauces.

Art. 201 - Estudiará aquellas partes de las cuencas y laderas de los ríos y arroyos que convenga poblar o mantener forestalmente poblada, en interés del buen régimen de las aguas, lo mismo que las que convenga despoblar.

La presente disposición pone en cabeza del Superintendente la tarea del estudio de la conveniencia de forestación –e incluso otras obras en el marco del Título IX LA- de las márgenes de los cauces, autorizando a los particulares al efecto (Art. 171 LA) con fines de prevención y defensa de aluviones y erosión de terrenos. Esta norma ha sido completada con posterioridad por la Ley de Arbolado Público 2376.

Sin perjuicio de esta atribución de encauzamiento de las aguas dentro de su buen régimen, la Ley 2797 creó la Dirección de Defensa Contra Aluviones bajo la dependencia del Departamento de Irrigación. En el año 1967 por Ley 3308 dicha Dirección pasó a jurisdicción del entonces Ministerio de Obras y Servicios Públicos (hoy Ministerio de Ambiente y Obras Públicas), para finalmente denominarse, mediante Decreto 2911/70, Departamento de Defensa Aluvional dependiente de la Dirección de Hidráulica de

ese Ministerio, tal como se analiza al comentar los Arts. 168 y 170 LA. Ese organismo presenta competencia sobre todas las obras de defensa contra aluviones y los cauces aluvionales existentes en terrenos de dominio público o privado de la Provincia, y su función específica y primordial consiste en estudiar, proyectar y ejecutar obras destinadas al encauzamiento de las aguas pluviales en defensa de las zonas rurales y urbanas, como así también el mejoramiento y conservación de las ya existentes.

Por ello, la función que compete al Departamento General de Irrigación en el marco del Título IX y el Art. 201 LA, no refiere al desarrollo de la infraestructura general de defensa aluvional de las zonas urbanas y rurales, sino solamente a las medidas de defensa que sobre la infraestructura de distribución sea posible adoptar para salvaguardar tal infraestructura y asegurar el buen régimen de las aguas que administra, permitiendo además a los ribereños adoptar las medidas que a su juicio estimen oportunas, bajo las condiciones necesarias para no afectar funcionalmente el dominio público.

Art. 202: En todos los casos en que, porque otros trabajos reclamen su atención por cualquier otra causa, el Superintendente, con el personal del que dispone no pudiera atender oportunamente alguno de los deberes de su cargo, deberá dar aviso al Ministerio de Gobierno, para que le haga auxiliar con el personal necesario del Departamento Topográfico.

Este artículo está actualmente derogado, por cuanto como ya lo mencionáramos, por imperio del Art. 188 CP el DGI no tiene dependencia de la Administración Central que constituye el Poder Ejecutivo.

Art. 203: Los Ingenieros del Departamento están a las órdenes del Superintendente, y ejecutarán las comisiones y estudios que éste les recomiende para el mejor régimen de las aguas y el cumplimiento de la presente ley.

El Art. 203 LA es una expresión del poder jerárquico que corresponde al Superintendente sobre todos los empleados dependientes de la Superintendencia General de Irrigación, poder que le corresponde en concordancia con lo reglado en el Art. 3 de la Ley 322, y que también se exterioriza en los Arts. 199 y 204 LA.

Por otra parte, de la norma comentada también surge la existencia de un cuerpo técnico dependiente del Superintendente, lo cual le permite asumir la administración de las aguas con el criterio científico que disponen los Arts. 190 y 191 LA.

Art. 203 a: Cuando fuese resistida la entrada a una propiedad al Superintendente de Aguas y demás autoridades del ramo, siendo ella requerida para la inspección o ejecución de obras necesarias a la conservación o libre curso de los canales, podrán aquellos funcionarios solicitar del Juez de Paz más inmediato la respectiva orden de allanamiento, que será expedida inmediatamente, disponiéndose en ella que dicho acto se verifique con el auxilio de la fuerza pública si ella fuese requerida por aquellos.

El presente artículo prevé la forma en que el DGI podrá hacer efectiva la función de Policía que sobre las aguas le ha sido conferida (Arts. 6 y 190 LA). Idéntica facultad se encuentra prevista en cabeza del Superintendente por el Art. 7° de la Ley 4036. Esta norma ha de coordinarse con los Arts. 10, 80 y 81 LA.

Art. 203 b: Corresponde a la Superintendencia de Aguas ordenar el cambio de las tomas particulares cuando éstas sean perjudiciales al canal o hijuela de donde se derivan, previos los estudios necesarios.

Esta facultad del Superintendente ha sido considerada jurisprudencialmente en un fallo de nuestra Excma. Suprema Corte de Justicia, que ya citáramos al comentar los Arts. 192/194 LA.

La coordinación del Art. 203 LA con los Arts. 192 y 194 LA,

determina que el Superintendente no sólo presenta competencias sobre las tomas generales, sino que además es quien autoriza las tomas particulares. Esta atribución la puede ejercer directamente o a través de los Subdelegados (Arts. 208 y 209 LA).

Art. 203 c: Los trabajos que éstos ejecuten a solicitud de los delegados o interesados de un canal o hijuela y por orden de la Superintendencia serán pagados por los que soliciten el trabajo o por los interesados del canal o desagüe, materia del estudio.

El Art. 203 LA reafirma el principio ya preceptuado por los Arts. 144 y ss. LA, y por el que los usuarios son los responsables de afrontar las obras que sean necesarias para hacer uso del recurso en sus respectivas propiedades, como así también contribuir mediante el sistema de reembolso a financiar las obras que en beneficio de su respectivo cauce se construyan, siempre guardándose la proporcionalidad entre el costo y el beneficio que recibe cada uno.

Art. 203 d: El Superintendente de Aguas, además de los casos previstos en la ley, tiene la facultad de imponer multas de diez a cien pesos, a los que infrinjan las prescripciones de la misma, y si el interesado juzgase arbitraria la multa podrá demandar su devolución ante los Tribunales ordinarios.

Este artículo confiere poder sancionatorio al Superintendente General de Irrigación, para imponer multas ante casos de inobservancia de la presente ley. Si bien el monto consignado ha perdido toda vigencia, el mismo ha sido actualizado mediante Resolución 229/99, emitida por el Honorable Tribunal Administrativo en ejercicio de sus facultades presupuestarias. En concordancia con lo comentado en el Título I LA, la última parte del artículo no se encuentra vigente, siendo dicha multa apelable mediante el correspondiente recurso por ante el H. Consejo de Apelación (Ley 322).

Título XIII

DE LOS SUBDELEGADOS DE AGUAS

El Art. 193 CP permite que al reglamentar el gobierno y administración del agua de los ríos de la Provincia, se pueda dar a las cuencas provinciales un manejo autónomo, sin perjuicio de su dependencia del Departamento General de Irrigación. Esta previsión es implementada por la Ley de Aguas a través de las Subdelegaciones de Aguas.

Como se comentó en el Título X LA, con la revolución de mayo de 1810, los nuevos gobiernos patrios comenzaron a perfilar -a partir del Juez General de Aguas- instituciones de gestión hídricas que continuaron con la administración la cual, hasta ese entonces, correspondía a los tradicionales órganos coloniales, bajo un nuevo encuadre de descentralización burocrática o desconcentración administrativa²⁰³.

A medida que las extensiones de cultivos hacia zonas alejadas impidieron al Juez General de Aguas atender personalmente la administración de las aguas, se crearon "Subdelegaciones de Aguas" a cargo de funcionarios dependientes de aquél (Decreto del 02/07/1853).

Si bien en la actualidad las Subdelegaciones responden a las unidades territoriales dadas por las cuencas hídricas de Mendoza, en un primer momento fueron creadas siguiendo las divisiones políticas del territorio. Su desarrollo histórico y evolución, resultó propio del crecimiento del regadío en cada uno de esos Departamentos políticos o áreas territoriales: San Martín (1853), Tunuyán (1864), San Martín y Junín (1871), San Carlos y Tupungato (1874), La Paz y La Dormida (1880), San Rafael (1882),

²⁰³ Mauricio Pinto y Marcela Andino, "La Reforma del Estado en torno a las Instituciones Hídricas, el caso de Mendoza, Argentina", en XX Congreso Nacional de Aguas, Mendoza, 2005.

San Martín, Junín y Rivadavia (1884), Santa Rosa y La Paz (1884)²⁰⁴.

En la actualidad existen cinco Subdelegaciones de Aguas: Río Mendoza, Río Diamante, Río Atuel, Río Tunuyán Superior, Río Tunuyán Inferior y una Zona de Riego de los Río Malargüe y Colorado.

Art. 204: Los Subdelegados de Aguas dependen del Superintendente, y desempeñan las funciones que éste en su respectivo Departamento, en cuanto se relacione con la distribución equitativa del agua de riego y demás aprovechamientos para la industria, sujetándose a las disposiciones de ésta ley y a las instrucciones que reciban de aquel.

Los Subdelegados de Aguas resultan funcionarios jerárquicamente dependientes del Superintendente, que ejercen en cada cuenca las funciones que a éste corresponden en cuanto se refieran a la distribución de las aguas.

Tomando una práctica arraigada²⁰⁵, la Resolución 2325/77 HTA ha reglamentado el ejercicio del cargo, fijando como requisito contar con título profesional universitario habilitado por el Consejo Profesional de Ingenieros, Arquitectos, Agrimensores y Geólogos de la Provincia de Mendoza. Esta exigencia profesional, permite consolidar el perfil técnico que corresponde a las decisiones del Departamento General de Irrigación, y que se comentó en los Arts. 190, 191 y 203 LA.

Por resultar dependientes jerarquizados que actúan en cada cuenca en representación del Superintendente, no sólo deben seguir las instrucciones que éste les brinda, sino que además sus decisorios son recurribles ante dicho superior (Ley 322). Igualmente, atienden los recursos de apelación que se interpongan

²⁰⁴ Guillermo Cano, "Régimen Jurídico Económico de las Aguas en Mendoza. Durante el periodo intermedio (1810-1884)", ob cit, p. 107.

²⁰⁵ Guillermo Cano, "Reseña crítica de la legislación y administración de aguas de Mendoza", ob cit, p. 42

contra las decisiones emanadas de los Inspectores de Cauce adopten en el carácter de juez de canal o hijuela sobre los conflictos que se planteen entre los usuarios con motivo del uso y la preservación de las aguas (Art. 221 h) LA y Art. 9 inc. f) Ley 6405); pero no pueden entender en la apelación de aquellos asuntos que por su materia sean propios del manejo autárquico de cada Inspección de Cauce, las que sólo son objeto del control de legalidad que permite el Art. 187 CP.

Las Funciones de los Subdelegados, además de estar reguladas en el Título XIII LA, se han especificado a través de la reglamentación formulada mediante Resolución N° 2325/77 HTA, modificada por Resoluciones N° 406/92 HTA, 427/92 HTA y 309/95 HTA, y las instrucciones que surgen de la Resolución N° 306/93 de Superintendencia.

Art. 205: Vigilarán y dirigirán a los empleados inferiores del Departamento de Aguas, procurando siempre el mejor servicio público.

Art. 206: Atenderán las quejas que se presenten contra dichos empleados y practicarán las indagaciones del caso, dando cuenta de todo al Superior para la resolución que corresponda.

Los Subdelegados ejercen la dirección del personal afectado para el cumplimiento de las tareas que en cada Subdelegación deben desarrollarse.

A los fines de hacer efectiva las atribuciones sobre el personal referidas en el Art. 205 LA, la reglamentación de facultades formulada por la Resolución n° 2325/77 HTA ha concretado la determinación que habilita el Art. 69 del Estatuto del Empleado Público (Decreto Ley 560/73). En consecuencia, los Subdelegados pueden imponer al personal dependiente incurso en alguna falta a los deberes y prohibiciones impuestos por el Decreto Ley 560/73, sanciones de apercibimiento y suspensión de hasta un máximo de quince días.

Cuando fuere necesario comprobar la existencia de un hecho pasible de sanción o reunir la prueba de todas las circunstancias que puedan influir en su calificación legal (Art. 72 Decreto Ley 560/73), deben disponer la "indagación del caso" que indica el Art. 206 LA mediante el procedimiento sumarial que establece los Arts. 74 a 85 del Decreto Ley 560/73.

En caso de que la infracción cometida amerite una sanción mayor a la habilitada en la Resolución 2325/77 HTA, el Subdelegado deberá elevar los antecedentes a la Superintendencia al efecto que esta resuelva la causa.

Art. 207: Darán aviso a la Superintendencia inmediatamente que noten aumento o disminución de agua en los ríos o arroyos de su respectivo Departamento.

El Art. 207 LA es coordinable en su aplicación con los Arts. 128, 191, 196, 200, 209 y 216 LA, a cuyos comentarios se remite. Implica la labor material de control permanente de caudales que presentan los ríos provinciales. Esta labor es la base fáctica de la distribución hídrica, del turnado entre usuarios y de la operación de aforo que contempla el Art. 194 CP.

Art. 208: Determinarán los trabajos de tomas y de seguridad que a su juicio deban ajustarse, pidiendo oportunamente el envío de un ingeniero que haga los estudios y proyectos necesarios, en los casos que requieran la intervención de un facultativo.

Art. 209: Marcarán el arranque de las tomas particulares, y la distribución proporcional que deba hacerse entre los interesados.

Art. 210: Darán cuenta a la Superintendencia de las tomas

generales o particulares, y de los desagües que no se ajusten a las prescripciones de la presente ley.

Los Arts. 208, 209 y 210 LA deben coordinarse con los Arts. 192, 193, 194, y 203 b) LA, ejerciendo el Subdelegado de Aguas en su jurisdicción territorial las labores que la Ley de Aguas establece y las que el Superintendente le instruya.

La Resolución 2325/77 HTA ha reglamentado en el Art. 4 inc. c) y z) las facultades de los Subdelegados en materia de tomas. La Resolución 306/96 de Superintendencia brinda igualmente instrucciones en la materia.

Art. 211: Recorrerán, con arreglo a las instrucciones que reciban de la Superintendencia, los diversos cauces y las boca-tomas de sus canales derivados, para conocer su estado, e indicar las medidas que cada caso requiera.

El Art. 211 LA, junto al Art. 215 LA, establecen la aplicación operativa por parte del personal subalterno de la previsión que contempla el Art. 197 LA, a la que se remite.

Art. 212: Tramitarán las cuestiones de carácter administrativo que se susciten con motivo de la distribución del agua o servidumbres, remitiendo los expedientes al Superintendente para la resolución que corresponda.

En la actualidad, y bajo el reglamento dado por la Resolución 2325/77 HTA, materias como unificación de padrones, empadronamientos, renunciaciones, otorgamientos de permisos, son decididas directamente por los Sres. Subdelegados mediante resolución, apelable ante la Superintendencia.

Asimismo y de conformidad a lo establecido por el Art. 221 inc. h) LA y Art. 5 inc. 2 de la Ley 322 los Subdelegados resuelven las apelaciones planteadas contra medidas dispuestas por los

Inspectores de Cauce, en el carácter de juez de canal o hijuela sobre los conflictos que se planteen entre los usuarios, con motivo del uso y la preservación de las aguas (Art. 221 h) LA y Art. 9 inc. f) Ley 6405). Pero los aspectos propios del manejo autárquico de cada Inspección de Cauce son inapelables, y sólo están sujetos al control de legalidad que autoriza el Art. 187 CP.

Art. 213: Desempeñarán la comisiones que para el mejor régimen de las aguas les sean encomendadas por el Superintendente.

Lo aquí preceptuado es consecuencia de que los Subdelegados se encuentran bajo la dependencia directa del Superintendente General de Irrigación, quien los designa, les encomienda funciones y los remueve.

Título XIV

DE LOS COMPARTIDORES

Por el presente título se le encomendaban a los denominados “compartidores”, la función de inspeccionar las tomas y compuertas de los distintos canales, dando cuenta a la Superintendencia de toda disminución o aumento de los caudales, asimismo tenían a su cargo la tareas de entregar a cada Inspección el caudal necesario para el riego de las hectáreas empadronadas bajo su jurisdicción.

En la actualidad la labor que corresponde a los “compartidores” es practicada por los denominados “Encargados de Diques”, función prevista en los Arts. 31 y 46 del Escalafón del DGI (Resolución 468/93 HTA), los que son dependientes de cada Subdelegación, y cuya principal tarea es la de operar las tomas generales que dependen de los diques que distribuyen el agua hacia las redes secundarias.

En general, las funciones que la Ley de Aguas otorga a los mismos en los Arts. 214 a 220 LA, son una especificación de las previamente acordadas al Superintendente o al Subdelegado, lo que denota la función de dirección de estos últimos sobre el personal dependiente que desempeña la función de Encargado de Dique, los que realizan una mera actuación material por sus principales y bajo el poder jerárquico de los mismos.

Art. 214: Estará a cargo de los Compartidores la inspección de las tomas y compuertas de los canales a su cargo.

Art. 215: Deberán recorrer personalmente dos veces por sema-

na, y en los días que determine el Superintendente las bocatomas de sus canales para distribuir el agua en la forma que aquél determine.

Art. 216: Avisarán al Superintendente inmediatamente que noten cualquier aumento o disminución en el agua de los ríos o arroyos.

Art. 217: Propondrán al Superintendente los trabajos que crean necesarios en sus respectivos canales para el mejor régimen de las aguas, dando cuenta mensualmente del estado y servicio de las boca-tomas de los canales matrices o del estado de éstos.

Art. 218: Entregarán a los inspectores de los canales derivados el agua que a éstos corresponda, con arreglo a las instrucciones que reciban del Superintendente y en proporción al número de hectáreas que cada canal derivado deba regar.

Art. 219: Desempeñarán las comisiones que para el mejor servicio les fuesen encomendadas por la Superintendencia o por los Subdelegados de Aguas.

Art. 220: Desempeñarán las funciones de Inspectores en los casos que para el mejor servicio público lo resuelva la Administración.

Título XV

DE LOS INSPECTORES

Los Títulos XV y XVI LA, junto a las Leyes 322, 5302 y 6405 –que modifican parcialmente dichos Títulos–, fijan el régimen general que operativiza el precepto contenido en el Art. 187 CP, el cual establece que *“en ningún caso se privará a los interesados de los canales, hijuelas y desagües, de la facultad de elegir sus autoridades y administrar sus respectivas rentas, sin perjuicio del control de las autoridades superiores de Irrigación”*. Esta norma constitucional garantiza así el autogobierno de los cauces por los mismos usuarios, en reconocimiento a la ancestral existencia de los mismos como personas jurídicas²⁰⁶.

La Ley de Aguas de 1884, tuvo en este aspecto su fuente tanto en la ley española de 1866-1879, en las instituciones desarrolladas localmente desde la misma fundación de Mendoza, así como también en cierta influencia de la cultura incaica²⁰⁷.

Sin embargo, con anterioridad a esta ley de 1884 los cauces que conforman el sistema de distribución hídrica de Mendoza ya eran administrados por entes autárquicos con personalidad jurídica propia de origen consuetudinario. Ello, en cuanto los canales que se derivaban de los ríos con la paulatina ampliación de cultivos generaban una espontánea administración por los usuarios que generalmente los construían. Como se mencionó anteriormente, y al margen de toda creación legal, se conformaban de manera natu-

²⁰⁶ **Guillermo Cano**, “Régimen jurídico económico de las aguas en Mendoza durante el periodo intermedio (1810-1884)”, ob cit, p. 113. **Suprema Corte de Justicia**, Sala Segunda, in re “TRONCOSO, CARMELO RAFAEL c. DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION s/APA”, sentencia del 01/11/01, La Ley Gran Cuyo, T° 2002, p. 195, con nota de **Mauricio Pinto**, “Configuración jurídica de la participación comunitaria en la gestión hídrica”.

²⁰⁷ **Guillermo Cano**, “Derecho, política y administración de aguas”, T° III, vol. 2, ob cit, p. 718. **Ricardo Levene**, “Manual de Historia del Derecho Argentino”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1985, p. 19. **Ricardo Zorraquín Becú**, “Historia del Derecho Argentino”, T° I, Ed. Perrot, Buenos Aires, 1985, p. 232.

ral distintas corporaciones de usuarios que resultaron la base medular del sistema administrativo vigente²⁰⁸.

En este marco, durante el “período intermedio” (entre la Revolución de Mayo y la sanción de la Ley de Aguas de 1884), se consideraba a los cauces como una suerte de propiedad de la comunidad de regantes, lo que implicaba que los mismos conformaban corporaciones con derecho al autogobierno: *“siendo los regantes propietarios de los cauces, tenían, como consecuencia de ello, el derecho de nombrar sus empleados y el de establecer su régimen administrativo y financiero, y, por consiguiente, el deber de pagar todos los gastos que el uso de los cauces originara, cuyos gastos dejaban de ser conceptuados como de cuenta del gobierno”*²⁰⁹.

El ancestral sistema de autogestión que referimos, fue oportunamente recogido por las normas constitucionales de Mendoza, consolidándose de esta manera las Inspecciones de Cauce con una estructura jurídica fundada en la misma Carta Magna. *“Nuestra Carta Constitucional, al igual que las anteriores, acuerdan jerarquía constitucional a las comunidades de usuarios, otorgándoles las facultades de elección de sus propias autoridades y administración de sus rentas”*²¹⁰.

La Ley 322, dictada en 1905, remarcó la autarquía institucional de los cauces, fijando normas que complementan la ya referida Ley de Aguas. La Ley 5302 dispone el actual régimen eleccionario de las Inspecciones de Cauce, fijando normas para caso de acefalía, suspensión, intervención y destitución, que reafirman los conceptos de autarquía que dan las normas ya referidas.

Finalmente, la Ley 6405 dictada en 1996, brinda un encuadre amplio al régimen de las Inspecciones de Cauce, sistematizando y complementando las disposiciones ya citadas. Esta norma define claramente a las Inspecciones de Cauce -y a las Asociaciones que ellas conformen- como personas jurídicas de derecho público con

²⁰⁸ Guillermo Cano, “Régimen jurídico económico de las aguas en Mendoza durante el periodo intermedio (1810-1884)”, ob cit, p. 113.

²⁰⁹ Guillermo Cano, “Régimen jurídico económico de las aguas en Mendoza durante el periodo intermedio (1810-1884)”, ob cit, p. 111.

²¹⁰ Joaquín López, “Organización de las Comunidades de Usuarios en la República Argentina”, en Anales Juiris Aquarum 1, ed AIDA, Bs As, Mendoza, 1968, p. 253.

autarquía y capacidad propia, reconociéndoles expresamente tal condición.

Si bien con anterioridad a esta última norma, ninguna otra establecía en forma expresa la naturaleza de las Inspecciones de Cauce como personas jurídicas no estatales de derecho público con autarquía y plena capacidad para actuar en el ámbito del derecho público y privado acorde a lo dispuesto por los Arts. 33 y 45 del código Civil Argentino, sus caracteres permitían tal conclusión²¹¹.

Para comprender acabadamente los alcances de la personalidad expresamente reconocida por la 6405, hay que observar que etimológicamente "autarquía" proviene de la voz griega *autarchia*, del verbo *archein*, que significa "príncipe" o "jefe". Su actual concepto se relaciona tradicionalmente a la capacidad de autogobierno o autoadministración, conforme un estatuto orgánico proveniente de un orden superior²¹². Este concepto suele relacionarse

²¹¹ En doctrina, puede consultarse al respecto: **Amilcar Moyano**, "Sistemas jurídicos sobre las aguas en Mendoza", documento elaborado para la CEPAL UN, 2000, p. 12. **Miguel Mathus Escorihuela**, "Eficiencia de uso y sistema tributario. El financiamiento de la administración del agua por las Organizaciones de Usuarios", en "Congreso Internacional Uso eficiente del Agua", 26/28 de abril de 2000, Ed en CD. UNC-DGI, Mendoza, ps. 2 y 6. **Miguel Mathus Escorihuela**, "La Administración Hídrica", ob cit, p. 41. **Joaquín López**, "Organización de las Comunidades de Usuarios en la República Argentina", en Anales Juris Aquarum 1, ed AIDA, Bs As, Mendoza, 1968, p. 253. **Cesar Raúl Magnani**, "Participación de los usuarios en la administración del Agua", en diario de El Derecho del 24 de setiembre de 1985, p. 1. **Guillermo Cano**, "Reseña crítica de la legislación y administración de aguas de Mendoza", Ed. Del autor, Mendoza, 1967, p. 46. **Guillermo Cano**, "Derecho, política y administración de aguas", T° III, en "Colección de estudios jurídico-políticos sobre los recursos naturales y el ambiente humano", Vol 2, Ed. INCYTH-INELA, Mendoza, 1976, p. 841. **Marcela Andino y Darío Díaz**, "Las Inspecciones de Cauce y su reconocimiento procesal como personas jurídicas", en La Ley Gran Cuyo, año 6, n° 2, abril de 2001, p 252. **Mauricio Pinto**, "Configuración jurídica de la participación comunitaria en la gestión hídrica", La Ley Gran Cuyo, T° 2002, p. 195. La jurisprudencia que puede observarse está dada por: **Suprema Corte de Justicia**, Plenario, in re Banco Hipotecario Nacional y Guillermo Moore c. Superintendencia General de Irrigación, 28/03/1952, Ubicación: S051-388. Suprema Corte de Justicia, in re Arenas de Moyano, Rosa c. H. C. Dep. Gen. de Irrigación, publicado en Jurisprudencia de Mendoza, t. XXII-1951, p. 444. Suprema Corte de Justicia, expte 45763, Dpto Gral de Irrigación en j: Vidal H.N. c/ Dpto. Gral. de Irrigación, 29/05/89, publicado en Jurisprudencia de Mendoza, segunda serie, Repertorio General 1992, p. 493. **C de Paz Letrada** de fecha 10/11/51 publicado en LL 19-33, citado por **Cesar Raúl Magnani**, "Participación de los usuarios en la administración del Agua", ob. cit., p. 4. **C2° Trab. Mendoza**, en los autos n° 8849, Dulce José c. Raymundo T. Laza p/Ord., 18/02/1977, publicado en Jurisprudencia de Mendoza, segunda serie, núm. 2, abril-junio, 1977, p. 127. **C1° Trab. Tunuyán**, Mendoza, 30/03/1998, Vargas Fermín c. Departamento General de Irrigación, publicado en La Ley Gran Cuyo, año 6, n° 2, abril de 2001, p 252. **Juz. Civil, Com. Y Minas n° 3**, Mendoza, 10/04/2001, expte n° 144165, Abrego Cruceño Emilia E. c. Dpto. Gral de Irrigación p/DyP. **Suprema Corte de Justicia** en la causa n° 63621 caratulada "Troncoso Carmelo Rafael c/Departamento General de Irrigación s/APA".

²¹² **Adriana Tettamanti de Ramella**, "Autonomía y autarquía", en Obra Colectiva "Estudios de Derecho Administrativo", T° IV, Mendoza, 2000, p. 62. **Miguel Marienhoff**, "Tratado de Derecho Administrativo", T° I, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1965, p. 373.

con los de autonomía (concepto que implica capacidad de dictar su propia norma fundamental) y autarcía (autosuficiencia económica). Sin embargo, la autarquía de las Inspecciones de Cauce reconoce la existencia de un orden superior que brinda una norma fundamental u orgánica (Art. 187 CP y la regulación que del mismo hacen las leyes de Agua, 322, 5302 y 6405); y además presenta un importante grado de autarcía o autosuficiencia económica al determinar y ejecutar su propio presupuesto.

Por su parte, el Departamento General de Irrigación, autoridad superior del agua en la Provincia de Mendoza, tiene sobre dichas entidades facultades de contralor ex post de legitimidad en el marco del control administrativo propio de la relación autárquica entre sujetos de la Administración. Pero ello no implica la existencia de relación jerárquica propia de órganos internos, excluyéndose en consecuencia el control de la oportunidad y conveniencia de los actos de los cauces y demás caracteres de la relación jerárquica²¹³. Sin perjuicio de ello, como hemos referido al comentar el Título I y los Arts. 204, 212, 221h), el Superintendente y los Subdelegados de Aguas resuelven las apelaciones planteadas contra medidas dispuestas por los Inspectores de Cauce, en el carácter de juez de canal o hijuela sobre los conflictos que se planteen entre los usuarios con motivo del uso y la preservación de las aguas (Art. 221 h LA y Art. 9 inc. f Ley 6405). Pero los aspectos propios del manejo autárquico de cada Inspección de Cauce son inapelables, y sólo están sujetos al control de legalidad que autoriza el Art. 187 CP.

En cuanto a la organización interna de cada Inspección de Cauce, la misma presenta como órganos al Inspector de Cauce, la Asamblea de Usuarios, el Cuerpo de Delegados y la Comisión de Vigilancia, cada uno de ellos con las funciones que determina la Ley 6405.

Esta conformación autárquica de las Inspecciones de Cauce, de origen consuetudinario recogido constitucionalmente, se había

²¹³ **Mauricio Pinto**, "Configuración jurídica de la participación comunitaria en la gestión hídrica, nota al fallo **Suprema Corte de Justicia**, Sala Segunda, in re "TRONCOSO, CARMELO RAFAEL c. DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION s/APA", sentencia del 01/11/01, La Ley Gran Cuyo, T° 2002, p. 195.

debilitado en los hechos a lo largo de décadas del desarrollo de las políticas intervencionistas propias del modelo de Estado que se impuso desde mediados del siglo XX. Sin embargo, en la última década de dicho siglo, y dentro de la última reforma del estado que experimentó la República Argentina –la que se extendió al Estado de Mendoza–, se ha producido un fortalecimiento institucional de las Inspecciones de Cauce²¹⁴.

De esta forma, el ordenamiento jurídico mendocino ha repotenciado recientemente a los consorcios de usuarios del agua, revitalizándolos en el marco de un proceso de reestructuración estatal²¹⁵ que, en lugar de transferir a un sector privado –como hizo el modelo reformista imperante²¹⁶– el cumplimiento de ciertas actividades de gestión hídrica, procuró reintroducirlas en un sector público no estatal compuesto por sus gestores originales y principales interesados: los usuarios.

Pero la Ley 6405 no sólo repotencia a las Inspecciones de Cauce, dándoles la dimensión institucional que les correspondía por su naturaleza y origen histórico. Además, introduce en el ordenamiento vigente una nueva estructura no estatal que las Inspecciones, en forma voluntaria, podrían conformar: las Asociaciones de Inspecciones de Cauce.

En efecto, la ley 6405 establece que las Inspecciones de Cauce podrán agruparse en Asociaciones, para el mejor cumplimiento de sus fines o para la defensa de los derechos y fomento de los intereses de las comunidades de usuarios agrupadas; en la medida que sean compatibles con una administración eficiente del recurso para todos los usos y en procura del bien común zonal. Para la conformación de las Asociaciones de Inspecciones, se requiere el consentimiento expreso de las Inspecciones de Cauces con volun-

²¹⁴ **Mauricio Pinto y Marcela Andino**, "La Reforma del Estado en torno a las instituciones hídricas. El caso de Mendoza (Argentina)", *ob cit.*

²¹⁵ Caracteres propios del proceso de Reforma del Estado, como la racionalización y reducción de la burocracia estatal, pueden verse en esta repotenciación de las corporaciones de usuarios del agua, al fijar la Ley 6405 en el Art. 25 previsiones específicas para la transferencia de personal desde el Departamento General de Irrigación a esos organismos no estatales.

²¹⁶ **Roberto Dromi**, "Empresas públicas. De estatales a privadas", Ed Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1997.

tad de asociarse, manifestándose a través de sus respectivas Asambleas Generales de Usuarios y sin afectar sus autonomías. El Departamento General de Irrigación debe emitir el acto aprobatorio respectivo (Art. 15).

Estos entes, regulados primeramente por la Resolución 163/93 del H. Tribunal Administrativo del Departamento General de Irrigación, al igual que las Inspecciones que la integran, gozan de plena capacidad jurídica para actuar en el ámbito del derecho público y privado, encontrándose facultadas para elaborar sus propios estatutos de organización y funcionamiento; designar sus autoridades y administrar sus rentas, bajo la supervisión del Departamento General de Irrigación de conformidad con el Art. 187 de la Constitución Provincial (Art. 16 Ley 6405). Su objeto, implica sugerir y orientar criterios de optimización en la prestación del servicio y en el mejor aprovechamiento y conservación del sistema hídrico zonal; cumplir subsidiariamente todas aquellas actividades de asistencia, promoción y coordinación que superen la posibilidad de ser ejercidas eficientemente por las Inspecciones de Cauces; y estimular la realización de otras actividades afines, que tiendan al desarrollo socioeconómico regional. Para ello, se las inviste con las facultades de adquirir o arrendar bienes para su normal desenvolvimiento; celebrar contrataciones de personas y servicios necesarios a los fines de su funcionamiento; y ejecutar todo otro acto jurídico ajustado a su objeto.

Por último, la Ley 6405 fija en su Art. 20 determinados órganos necesarios en la estructura de las Asociaciones: el Directorio y la Sindicatura.

De esta manera, se permite a las Inspecciones de Cauce adoptar a su arbitrio una estrategia organizativa que debe tender a una mejor escala de funcionamiento en los aspectos operativos, sin que los consorcios de usuarios pierdan su individualidad, o la competencia y jurisdicción que la ley les encomienda.

Art. 221 a: La administración de los canales e hijuelas estará a

cargo de Inspectores, debiendo agregarse a éstos Delegados en aquellas que rieguen más de trescientas hectáreas.

Art. 221 b: Los Inspectores desempeñarán las funciones de Jueces de canal e hijuela, y tendrán a su cargo la administración de éstos.

Los Arts. 221 a y 221 b son complementados por la Ley 6405, la cual en su artículo 1 determina la "competencia funcional" de las Inspecciones, con lo que la "administración de los canales e hijuelas" incluye las funciones de "uso, control, conservación, mantenimiento y preservación, no sólo de los canales, hijuelas, y desagües de riego de la Provincia sino también de las aguas conducidas por los mismos".

Prevé también dicho régimen la posibilidad de que los usuarios de aguas subterráneas alumbradas por perforaciones, puedan constituir una Inspección para su explotación, bajo el régimen legal de dichos entes de usuarios, quedando el Departamento General de Irrigación facultado para disponer su constitución cuando circunstancias excepcionales así lo requieran. Debe aclararse en este punto que siendo la naturaleza de las Inspecciones de Cauce la de "consorcio de usuarios" de una infraestructura común, es necesario que los usuarios de las aguas subterráneas presenten una infraestructura que administrar mancomunadamente.

Las referidas funciones se ejercen dentro del área territorial delimitada por el trazado del canal, hijuela, desagüe o acuífero bajo su jurisdicción y se extienden a toda actividad que directa o indirectamente afecte la normal distribución de las aguas, integridad de los cauces o cantidad de las aguas que conduzca (Art. 2º Ley 6405).

Art. 221 c: Serán elegidos el segundo domingo de Enero de cada año, debiendo concurrir al acto un número de interesados que represente la tercera parte más uno de los votos que correspondan al canal o hijuela, según la proporción establecida por la ley.

Art. 221 d: La elección se practicará en la forma siguiente: Reunidos los interesados, por sí o por apoderados, en el local designado de antemano por el Inspector y Delegados, donde los haya, se procederá a recibir los votos, correspondiendo uno al poseedor de una hectárea o fracción hasta cinco, y así sucesivamente, observándose esta proporción hasta quince votos, que es el mayor número que podrá reunir un solo interesado.

La mesa receptora de votos será presidida por el Inspector o uno de los Delegados en su ausencia, debiendo éstos funcionar como vocales.

En el caso que no concurren éstos, se elegirán los miembros de una mesa entre los presentes a simple mayoría de votos.

Art. 221 e: En los canales donde no se hubiese hecho la elección conforme al artículo anterior, lo hará el Poder Ejecutivo a propuesta en terna, que hará la Superintendencia de Aguas, de personas interesadas en el agua del canal o hijuela.

Los artículos precedentes han sido modificados por la Ley 5302, reglamentada por Resolución No 475/98 HTA, normas que configuran el régimen vigente en materia de Elecciones de Inspectores de Cauce, y en virtud de las cuales los Inspectores y Delegados, serán elegidos cada cuatro (4) años, en el mes de noviembre, por simple mayoría y a lista completa, pudiendo ser reelectos.

En cuanto a los requisitos para ser candidato, se exige ser mayor de edad, argentino, saber leer y escribir, cinco años de residencia mínima en la provincia; ser propietario de inmueble con concesión para uso de agua superficial con un mínimo de 1000 m², cuya dotación se efectúe por el cauce al que representará; no estar inhabilitado y no adeudar tributos de riego. Por su parte, para ser elector se requiere tener propiedad (mínimo 1000 m²) en el cauce. Se admite voto por carta poder, y en caso de condóminos la emisión del voto se unifica (Art. 3).

Cabe mencionar que el voto es obligatorio y secreto, imponiénd-

dose al usuario infractor al presente régimen la sanción de multa, cuyo valor es de tres veces la cuota de sostenimiento por hectárea del ejercicio vigente, la que se carga a la cuenta corriente del mismo (Art. 7).

El HTA designa las autoridades del comicio y controla el acto, fijando el día de su realización, notificándose la convocatoria mediante edictos publicados en el Boletín Oficial y diarios de la Provincia.

Art. 221 f: Los Inspectores tienen el deber de consultar con los Delegados todos los asuntos de importancia que se relacionen con el canal o hijuela a su cargo, como ser: los presupuestos de gastos que anualmente se harán para la conservación de la tomas, obras extraordinarias que necesiten efectuarse y que ellos resuelvan, apertura del canal o hijuela, arreglo de compuertas y puentes, etc. Deberán, además, rendir cuenta de la inversión de los fondos que administren.

Llevarán los libros, uno de actas en que consten los acuerdos de los Delegados y todas las resoluciones que se tomen sobre su administración, y otro del movimiento de entradas y salidas. Ambos libros llevarán en sus fojas el sello de la Superintendencia o el de la Subdelegación de Aguas respectiva.

La presente disposición debe coordinarse con las atribuciones y funciones que la Ley 322 y la Ley 6405 disponen para los distintos órganos de la Inspección de Cauce.

Art. 221 g: Los Inspectores podrán imponer multas de 5 a 30 pesos a los interesados que infringiesen las prescripciones de la ley, y a los deudores morosos hasta el 50 por ciento sobre el valor de las pensiones que se impongan para gastos del canal o hijuela y que hubiesen omitido pagar.

El Art. 221 g) LA no resulta actualmente de aplicación.

Art. 221 h: Las resoluciones del Inspector o Delegados son apelables ante el Subdelegado de Aguas del Departamento respectivo.

En los Departamentos donde no haya Subdelegado la apelación se hará ante la Superintendencia.

El Art. 221 h LA debe coordinarse con el Art. 5 inc. 2 de la Ley 322 y el Art. 9 inc. f de la Ley 6405, debiendo atenderse que en tal régimen como hemos referido al comentar los Título I y XV y los Arts. 204 y 212 LA, el Superintendente y los Subdelegados de Aguas resuelven las apelaciones planteadas contra medidas dispuestas por los Inspectores de Cauce, en el carácter de juez de canal o hijuela sobre los conflictos que se planteen entre los usuarios, con motivo del uso y la preservación de las aguas (Art. 221 h LA y Art. 9 inc. f Ley 6405). Pero los aspectos propios del manejo autárquico de cada Inspección de Cauce son inapelables, y sólo están sujetos al control de legalidad que autoriza el Art. 187 CP.

Art. 221 i: Los Inspectores pueden ser multados por los Subdelegados de Aguas o la Superintendencia por faltas en el cumplimiento de sus deberes, o destituidos por el Poder Ejecutivo, a petición de ésta, siempre que la causa por que se pide la destitución sea justificada.

Como ya lo mencionáramos, toda referencia a competencias del Poder Ejecutivo en materia de administración del recurso hídrico, ha sido derogada por el Art. 188 CP, recayendo en la actualidad la facultad de suspensión o destitución de Inspectores e intervención de las Inspecciones en el H. Tribunal Administrativo (leyes 5302 y 6405). En cuanto a las sanciones pecuniarias, la Resolución 25/99 HTA reglamenta actualmente la imposición de multas a los Inspectores que omitan el debido cumplimiento de sus funciones.

Art. 221 j: Los Inspectores son responsables de los fondos que administren, debiendo hacerse efectiva esta responsabilidad por la vía administrativa.

Conforme el Art. 12 de la Ley 6405, los recursos de las Inspecciones se conforman con los fondos provenientes de la percepción de los tributos previstos en sus presupuestos; multas, recargos e importes que autorice aplicar el DGI; los provenientes de venta de forestales existentes en las márgenes de los cauces administrados por la Inspección (Art. 12 ley 2376), de la venta de bienes propios, de donaciones, legados, etc., aportes y contribuciones especiales establecidos por ley.

Dichos fondos son establecidos en el presupuesto de gastos y recursos que debe disponer la Asamblea de Usuarios (Art. 5 Ley 6405), y son administrados por el Inspector (Art. 9 Ley 6405). De tal administración debe rendir cuenta anualmente a la Asamblea de Usuarios para su aprobación. Finalmente, dichas cuentas deben ser controladas en su legalidad por el H. Tribunal Administrativo del DGI, tal como preceptúa el Art. 23 numeral 1 inc. a) y b) de la Ley 6405 y el Acuerdo 1581/90 del H. Tribunal de Cuenta.

En caso de que exista alguna partida presupuestaria ejecutada en forma ilegítima o no comprobada, las mismas pueden declararse a cargo del Inspector y Delegados responsables y disponerse el pago o devolución por vía de apremio (Art. 40 y ss Ley 1003).

Art. 222: Vigilarán todas las hijuelas derivadas de su canal para verificar que cada una tenga el agua que le corresponda.

Art. 223: Darán cuenta al Superintendente o Subdelegado de Aguas, inmediatamente que noten cualquier abuso o substracción de aguas en los canales o hijuelas a su cargo.

Art. 224: Desempeñarán las comisiones que les fuesen encomendadas por el Superintendente para el mejor servicio público.

Art. 225: Tendrán a sus órdenes uno o más tomeros repartidores, nombrados por ellos mismos.

Estas funciones de los Inspectores de Cauce que contempla la Ley de Aguas, se especifican y amplían por el Art.9 de la Ley 6405 en los siguientes términos:

- 1- Ejercer la representación legal de la Inspección;
- 2- Proyectar el Presupuesto Anual de Gastos y Cálculo de Recursos de la Inspección y confeccionar la Rendición de Cuentas respectiva;
- 3- Administrar y distribuir el agua en función de los distintos usos y las categorías de los derechos empadronados, con criterios de equidad y eficiencia;
- 4- Confeccionar los cuadros de turnos respectivos para la entrega de dotaciones de aguas, dando debida publicidad a los Usuarios;
- 5- Ejercer el poder de policía de las aguas, sus cauces, riberas y zonas de servidumbre, con los alcances previstos en la Ley de Aguas;
- 6- Resolver, en primera instancia, con el carácter de juez de canal o hijuela, los conflictos que se planteen entre los Usuarios con motivo del uso y la preservación de las aguas, con apelación ante el Subdelegado de Aguas de esta jurisdicción o por el Superintendente ante la falta del Subdelegado;
- 7- Contar con una registración actualizada de derechos de agua que contenga: titularidad, tipos de usos, categorías de derechos, dotaciones y vuelcos autorizados;
- 8- Poseer un plano catastral del área territorial bajo jurisdicción de la Inspección con demarcación del recorrido del cauce, ubicación de las tomas generales y derechos empadronados, cultivos existentes, utilización de aguas subterráneas y demás datos conducentes a una mejor eficiencia en la distribución del agua;

- 9- Percibir los recursos y administrar los bienes de la Inspección, llevando a tal efecto los Libros de Inventarios y de Banco;
- 10- Designar o contratar el personal de la Inspección y fijar sus remuneraciones conforme el presupuesto aprobado y disponer su remoción;
- 11- Llevar un libro de Actas donde consten las decisiones y aspectos relevantes de las Asambleas y de las Reuniones del Inspector y Delegados;
- 12- Ejecutar las obras y trabajos necesarios para el mantenimiento, conservación y mejora de los cauces y determinar la limpieza por cupos;
- 13- Disponer la suspensión de la entrega de dotación del agua y aplicar multas en los casos previstos por la Ley de Aguas;
- 14- Adoptar todas las medidas necesarias para prevenir, impedir y reducir la contaminación de las aguas o el deterioro de los cauces y preservarlos de cualquier otro efecto nocivo;
- 15- Aplicar las demás disposiciones que integran el Régimen Legal de las Aguas en la Provincia y ejecutar los actos autorizados por las Autoridades del Cauce;
- 16- Adquirir o arrendar bienes.

En los supuestos especificados en los numerales 2 y 10, se requiere la expresa conformidad del Cuerpo de Delegados.

TÍTULO XVI

DE LOS DELEGADOS

Como ya se comentara en el Título anterior, las Inspecciones de Cauce se estructuran con un Inspector de Cauce y un Cuerpo de Delegados. Estos últimos deben reunir idénticas condiciones que para ser Inspector de Cauce y se eligen según la Ley 5302 de entre los regantes de un mismo cauce.

Sus funciones son esencialmente de ejecución presupuestaria, aunque han de asistir al Inspector en todo aquello que resulte necesario.

Art. 226: En los canales o hijuelas que rieguen más de 300 hectáreas habrá una comisión de tres Delegados, electos anualmente de entre los interesados en el agua de los mismos, cuya elección se hará en el día y forma designados por los Inspectores, bajo cuya Presidencia funcionarán, teniendo las siguientes atribuciones:

- 1- Contratar la subasta y provisión del agua, la que deberá efectuarse por licitación pública, o por contrato particular si no se presentaran licitadores o si ésta fuera más ventajosa.
- 2- Autorizar y presupuestar las obras que hayan de ejecutarse.
- 3- Resolver la prorrata con que deben contribuir los interesados por cada hectárea de regadío. A este efecto, cada fracción menor de una hectárea concurrirá con una de éstas.
- 4- Examinar la cuenta de administración que el Inspector debe rendir, y prestarle o no su aprobación, dejando, en ambos casos, constancia en el libro de actas que debe llevar aquél.
- 5- Dar aviso al Superintendente de Aguas cuando resulten car-

gos en el examen de las cuentas de los Inspectores, debiendo acompañar los antecedentes necesarios para la resolución que corresponda.

6- Fijar el sueldo que corresponda al Inspector y designar los tomeros repartidores de entre los propuestos por el Inspector a cuyas órdenes deben funcionar.

El presente artículo ha perdido vigencia prácticamente en su totalidad, salvo en lo que refiere a la existencia del Cuerpo de Delegados.

Como ya adelantáramos, todo el régimen electivo de los Inspectores y/o Delegados se rige por la Ley 5302, en virtud de lo cual, se encuentra modificado el encabezado del presente artículo.

El inciso 1 ha perdido aplicatoriedad, en cuanto la “subasta” resultaba una práctica hoy obsoleta, desarrollada desde la colonia hasta mediados del siglo XIX, que consistía en otorgar en concesión mediante subasta pública la operación y mantenimiento de los canales²¹⁷. Esta práctica de tercerización o descentralización administrativa, fue receptada en los Arts. 189 bis, 196 y 226 LA. Un ejemplo de la misma puede observarse en un expediente de obras hídricas del año 1788, dónde se adjudicó la construcción de la toma sobre el Río Mendoza, concediéndose al constructor la subasta de las aguas encauzadas por un plazo de 10 años, y que ha sido transcripto por Draghi Lucero²¹⁸.

Los incisos 2 a 6 refieren a aspectos de aprobación presupuestaria que resultan alterados por la Ley 322 y la Ley 6405, debido a lo cual tampoco resultan de aplicación.

Art. 227: En los casos urgentes o cuando después de una segunda citación, no concurren los Delegados, el Inspector pro-

²¹⁷ Guillermo Cano, "Bosquejo del derecho mendocino intermedio de aguas", ob cit, p. 27 y ss. Guillermo Cano, "Reseña crítica de la legislación y administración de aguas de Mendoza", ob cit, p. 47.

²¹⁸ Juan Draghi Lucero, "Cartas y documentos coloniales de Mendoza", Ed. Culturales de Mendoza, 1993., p 72 y ss.

cederá a efectuar los gastos y obras que sean necesarias, dando cuenta inmediatamente a la Superintendencia y a los Delegados en la próxima reunión.

La presente norma permite a los Inspectores actuar en casos de urgencia sin la anuencia de los Delegados, en los casos en que ello le es exigido.

Art. 228: Si no se hiciere la elección de Delegados en el día y forma indicados, se hará por el Poder Ejecutivo, debiendo aquella recaer en personas interesadas en el canal o hijuela.

Sobre el particular recordamos que toda referencia al Poder Ejecutivo carece de vigencia en la actualidad, siendo el Honorable Tribunal Administrativo el órgano con facultades para resolver sobre ausencias, renunciaciones, destituciones o acefalías. (Leyes 5302 y 6405).

Art. 229: El Canal Zanjón tendrá cinco Delegados, elegidos en el mismo tiempo y forma que los demás canales, debiendo designarlos el Poder Ejecutivo de entre los interesados si no se efectuara aquella.

Funcionarán bajo la Presidencia del Superintendente de Aguas, y sus atribuciones serán las siguientes:

- 1- Fijar la prorrata con que cada interesado debe contribuir anualmente.**
- 2- Aprobar o desechar los presupuestos de gastos que el Superintendente de Aguas les presente para los trabajos que deban ejecutarse en la toma del zanjón y sus márgenes.**
- 3- Contratar la provisión del agua del mismo o autorizar sus servicios por administración, cuando no se presenten licitadores o las propuestas se consideren inaceptables.**
- 4- Proponer y resolver las obras que hayan de ejecutarse en el mismo.**

5- Examinar las cuentas del Tesorero, que anualmente presentará al Superintendente, de los fondos que administre.

La presente norma ha perdido totalmente su vigencia siendo el denominado "Canal Zanjón", (hoy lleva el nombre de Cacique Guaymallén) administrado directamente por la Subdelegación del Río Mendoza.

Art. 230: Comuníquese al Poder Ejecutivo.

ÍNDICE

Abreviaturas utilizadas	7
Prefacio	9
Introducción	13
Título I - Disposiciones generales	19
Título II - Del dominio de las aguas	35
Título III - De las servidumbres	65
Título IV - De las servidumbres legales	75
Título V - De las concesiones sobre el aprovechamiento del agua	101
Título VI - De los canales de riego	143
Título VII - De los desagües	149
Título VIII - Del turno para el aprovechamiento del agua	157
Título IX - De las obras de defensa	161
Título X - De las cuestiones sobre agua	165
Título XI - De la Administración del agua	187
Título XII - Atribuciones y deberes del Superintendente de aguas	195
Título XIII - De los Subdelegados de Aguas	207
Título XIV - De los Compartidores	213
Título XV - De los Inspectores	215
Título XVI - De los Delegados	229

Este libro se terminó de imprimir
en los talleres gráficos de
Zeta Editores,
Ituzaingó 1422, Ciudad, Mendoza,
en julio de 2006.

