



Áreas de restricción y zonas de prohibición para la explotación de aguas subterráneas. El caso de Mendoza, Argentina



Liber Martín García
Abogado, Doctor en Derecho. Investigador CONICET y Profesor Universidad Nacional de Cuyo/Universidad de Mendoza

1. Contextualización general

A continuación, se efectúa un análisis de la definición de las áreas de restricción y prohibición para la explotación de aguas subterráneas en Argentina. Ello se desarrollará de forma sintética y omitiendo todo dato que no sirva para el análisis comparativo con Chile, a modo de extraer ideas y advertir potenciales mejoras y los desafíos jurídicos que se plantean en este campo. Lo anterior, específicamente en la provincia de Mendoza, Argentina; es aquí donde la explotación de aguas subterráneas es más intensiva en el territorio argentino.

En Mendoza, las áreas de restricción y prohibición se concentran en la zona norte, en las cuencas de los ríos Mendoza y Tunuyán, donde viven aproximadamente un millón de personas y constituye el principal oasis productivo de la provincia. Hay tres áreas de restricción declaradas actualmente; una es particularmente muy extensa, abarca cerca de 220,000 km², y sobre las que se han planteado y seguirán planteándose muchos problemas.

Los principales puntos productivos, en donde existen además varias empresas chilenas, ya han sido declarados áreas de restricción para la construcción de nuevas perforaciones. En particular, me referiré a un área de restricción, correspondiente a la parte superior de la cuenca del río Tunuyán, declarada el año 2011.

2. Régimen jurídico general y especial de las áreas de restricción y prohibición para nuevas perforaciones

Existe un gran caos reglamentario, laberinto borgeano o marco jurídico kafkiano que la Administración ha ido construyendo y reformando de manera constante y progresiva. Se advierte que hay un *régimen general legal* que ha sido en parte excepcionado por un régimen general reglamentario para el establecimiento de estas áreas de restricción. Ellos, a su vez, son modificados por un *régimen reglamentario específico* para cada área de restricción.

Por mostrar dos ejemplos, existe el área 1, margen derecha de la subcuenca El Carrizal, y el área 2, subcuenca del río Tunuyán Superior. Cada área tiene su régimen específico, que sólo se explica por constituir una paradoja. Ésta se configura desde que, en principio, estas áreas plantean detener la explotación para no otorgar nuevos derechos, pero en ambas áreas, por diferentes mecanismos, se han adjudicado derechos con posterioridad a su establecimiento. Esto ha generado como resultado la judicialización tanto de estos actos administrativos como de los reglamentos que los sustentan. En la actualidad, hay más de 50 procesos, entre acciones de inconstitucionalidad, acciones procesales administrativas y amparos -la mayoría aún no resueltos- en torno a la aplicación de estos regímenes jurídicos, cuyos principales problemas veremos a continuación.

En primer lugar, es necesario aludir a una consideración general, respecto de lo que entiendo como una tendencia y avizoro como un riesgo: los regímenes de las áreas de restricción, tanto generales como particulares, se constituyen bajo el argumento y el paraguas de la excepción, de lo provisorio. Sin embargo, tienden a ser permanentes. Nadie cree (honestamente) que esa disponibilidad hídrica algún día vaya a cambiar y que se desaparezcan las hipótesis de emergencia o de crisis, todos conceptos íntimamente vinculados.

Así, se configuran sistemas reglamentarios provisorios que cambian permanentemente, generando una gran incertidumbre a los solicitantes y usuarios. Esto es incompatible con el fin de brindar seguridad jurídica, objeto de toda ley y del Derecho. Entonces, vemos cómo ese carácter “oculto” al que se refiere el título del seminario, es muy ajustado y apropiado para el recurso. Ello, desde que la incertidumbre que existe y subsiste en la mayoría de los casos sobre la dinámica hidrológica de los acuíferos, la relación de las aguas superficiales y subterráneas, los períodos de recarga, entre otros, se traduce en la constitución de regímenes bastante opacos, que dejan demasiado espacio a la arbitrariedad de la Administración en la toma de decisiones. Y ella termina siendo utilizada particularmente para el otorgamiento de derechos y no para la protección de los acuíferos.

En forma simplificada, identifico al menos tres problemas en torno al establecimiento de estas áreas de restricción y prohibición, desde el punto de vista jurídico.

a) Establecimiento. Existen datos ciertos para su declaración y requisitos, tanto de fondo como de forma, para constituir un área de restricción que pueda tener efectos jurídicos con respecto a terceros. Requisitos de fondo vinculados a la razonabilidad y, los otros, vinculados a la legalidad. Estas son cuestiones que también se plantean en el Derecho chileno; si bien con la interpretación de normas distintas, el problema de fondo es el mismo.

b) Aplicación de la nueva reglamentación a situaciones existentes, a solicitudes pendientes o en trámite. La inflación reglamentaria que se produce ha generado respuestas contradictorias en los tribunales. Aquí se enfrentan el principio de irretroactividad de la ley, con el criterio del Derecho argentino, establecido en el Código Civil, de aplicar la ley a situaciones no consolidadas o no consumadas, como son las solicitudes en trámite, y respecto de las cuales se considera que mientras no haya acto administrativo, no puede considerarse, en principio, que exista un derecho adquirido. Sin embargo, veremos qué caminos ha seguido la jurisprudencia, según las circunstancias, para reconocer el derecho a obtener una concesión, sin contradecir el principio general referido.

Hay una dificultad también para *definir cuáles son las solicitudes en competencia, desde el punto de vista temporal*, ya sea anterior o con

posterioridad al establecimiento del área. Desconozco si en Chile existe el llamado “período a sospecha” en el derecho de quiebra, que involucra los actos inmediatamente anteriores a la quiebra. Bueno, esto podría bien aplicarse a las áreas de restricción para las aguas subterráneas. Es dudoso el otorgamiento de algunos derechos justo antes del establecimiento del área. Entonces, se produce un conflicto entre las solicitudes que estaban en competencia con antelación al establecimiento del área, y que resultaron adjudicatarias de derechos, respecto de las que en similares circunstancias no lo fueron.

c) Determinación del ámbito espacial de la restricción, con el seccionamiento de acuíferos, sectorización o definición de áreas de manejo de aguas subterráneas dentro de un mismo acuífero. La Administración invoca a veces incertidumbre en la adopción de sus decisiones, para luego negarla al invocar la certidumbre para fijar el seccionamiento o la disponibilidad exacta en ciertos puntos para el otorgamiento de nuevos derechos. Se trata de un uso *à la carte* de la certidumbre/incertidumbre científica, que genera no sólo una mayor discrecionalidad administrativa, sino un ámbito para la arbitrariedad.

Legalmente, la Administración tiene potestad para establecer estas restricciones, y reglamentariamente están determinados los requisitos para ello (Res. HTA DGI 673/97). Esos parámetros técnicos exigen la constatación de un “...descenso en niveles estáticos invernales mínimos históricos o alteración de calidad agua en acuíferos libres o cuando en confinados (2° y 3° nivel) supere los 3000 micromhos (uso agrícola) o 70% de los pozos para agua potable no alcance calidad requerida”. En estos supuestos se puede imponer una *prohibición*. En la segunda hipótesis, de restricción, debe constatarse un “...descenso parcial en niveles estáticos invernales respecto de profundidad media en 50 % de los casos o alteración de la calidad del agua en acuíferos libres o cuando en confinados (2° y 3° nivel) supere los 2000 micromhos (uso agrícola; o 50% de los pozos para agua potable no alcance calidad requerida.

No obstante, los criterios técnicos exigidos para la declaración de las áreas, paradójicamente, van a ser dejados de lado por la justicia, al resolver sobre su constitucionalidad, según revisaremos a continuación.

Lo relevante es que, tanto en áreas de restricción como de prohibición, se autoriza, como excepción, la construcción de nuevas perforaciones en

reemplazo de otra similar, esté o no fuera de servicio. Sería el equivalente al cambio del punto de captación del Derecho chileno -salvando las distancias-. Pero el análisis de este supuesto en el caso mendocino nos introduciría en una complejidad mayor, cual es la inconstitucionalidad e ilegalidad del *procedimiento de reemplazo*, por contradecir el *principio constitucional y legal de inherencia o el régimen de prioridades* propio de un sistema centralizado de otorgamiento de derechos diferente del chileno, pero que, paradójicamente, y a partir de esta regulación, genera un mercado negro de derechos de agua, sin ninguna transparencia, al margen de la ley y fuera de todo control estatal.

3. Respuestas jurisprudenciales

A continuación, reviso los dos casos más interesantes, con conflictos similares por el *otorgamiento posterior de derechos en un área de restricción*. Estos casos llegaron incluso a tener derivaciones penales y periodísticas, que terminaron, en el primer caso, con la renuncia del Director de la Autoridad del Agua por el otorgamiento irregular de derechos a personas distintas a las que por ley correspondían. En otros países pueden constatarse similares problemas y desenlaces. El supuesto en el que nos vamos a centrar, es el área 2 de la subcuenca del río Tunuyán Superior.

A efectos de contextualizar, mencionaré algunas particularidades del régimen argentino, básicas para entender la jurisprudencia a la que a continuación me referiré. A diferencia del sistema chileno, Argentina tiene un modelo centralizado de otorgamiento de derechos, donde el mismo reviste carácter discrecional, aunque se trate de un trámite bastante reglado y donde los derechos se otorgan conforme un orden de prioridades según uso y sujeto solicitante. Además, en principio, los derechos no se pueden transar. No existe un mercado de aguas conforme los principios legales, pero, reglamentariamente, la autoridad desarrolló una suerte de mercado ilegal o clandestino. En lugar de llamarle “venta” a las transacciones, se le exige al solicitante del nuevo derecho una *renuncia de un derecho para proceder al otorgamiento de uno nuevo en su favor*. A la vez, es relevante mencionar que la autoridad en Mendoza tiene una gran autonomía y poder para administrar el recurso. Dicha autoridad está sólo sujeta a control judicial directo vía contencioso administrativo, en única instancia, ante la Corte Suprema de

Mendoza. De allí que las sentencias a revisar tienen carácter definitivo, porque es muy difícil obtener un extraordinario federal para acceder a la Corte Suprema de Justicia de la Nación. No es la única instancia, pero es la máxima de la provincia de Mendoza, como Estado Federal.

A nivel general, se observa una judicialización creciente de la reglamentación y de la gestión de las aguas subterráneas que no existía 20 años atrás. Los jueces al principio eran muy deferentes con la Autoridad del agua y remisos a entrar en el fondo de los asuntos, pero esto ha empezado a cambiar. La cantidad de acciones y la forma poco clara en la que se ha conducido la autoridad han obligado a los jueces a indagar en cuestiones en detalle, para finalmente terminar revisando por completo, cuestiones tan sensibles como el otorgamiento de derechos.

a) Sentencia de la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, Gualtallary, de 2014. Ésta es la respuesta a una acción de inconstitucionalidad interpuesta a partir de una solicitud pendiente y en estado de resolver antes del establecimiento del área de restricción. La sentencia convalida la constitucionalidad del área de restricción, con algunas particularidades en sus fundamentos, algunas de ellas sugerentes. En este caso, el peticionario logra demostrar que no estaban dados los requerimientos para establecer el área de restricción conforme el reglamento. La Corte reconoce que no estaban comprobados estos requisitos; sin embargo, por el principio precautorio (art. 41 CN), y en aras de la protección del ambiente, convalidó la restricción. Aquí se muestra como el principio de legalidad cede frente a otros argumentos, como el principio precautorio. Destaco que el principio precautorio se aplica ante la incerteza científica respecto el daño a producirse; entonces, la incertidumbre (o certidumbre) técnica o científica que la Administración va a utilizar como argumento *à la carte*, juega un papel importante.

Finalmente, se convalida la sub-cuenca o acuífero (nótese que no es lo mismo), como unidad para establecer la restricción, pero se advierte que el problema es el otorgamiento de derechos. Es evidente que la Corte advierte que la cuestión de fondo no es el establecimiento de la restricción en sí, sino el otorgamiento de nuevos derechos; sobre ello señala: *“Por lo cual el criterio de diferenciación territorial tomado no es arbitrario ni afecta a la igualdad, en el sentido que no entraña una exclusión discriminatoria. Del mismo modo, hacia*

dentro de la cuenca, la medida de restricción tampoco grava, ni exceptúa (y con ello beneficia), a alguien o grupo en especial, sino que impide a todos por igual realizar nuevos pozos o perforaciones, a más de los existentes”. Este pasaje premonitorio de la Corte se va corroborar con posterioridad en la realidad, en otro caso, y donde la misma Corte va a intentar restaurar la igualdad. Aquí el juez está convalidando el área, pero advirtiendo a la autoridad respecto a lo que vaya a hacer a futuro. La fundamentación de la Corte descansa sobre la necesidad de garantizar el principio de igualdad entre las solicitudes pendientes, respetar este principio “primero en el tiempo, primero en el derecho” y evitar situaciones de corrupción o favorecimientos privilegiados.

b) Caso Monfarrel, del año 2015. Esta sentencia es interesante, pues es donde más lejos ha ido la Corte en el control judicial del otorgamiento de derechos de aguas. Se trata de una solicitud que se da por denegada tácitamente en sede administrativa, impugnando el establecimiento del área de restricción y solicitando la revocación de solicitudes concomitantes que fueron presentadas antes de la declaración de tal área. Es decir, algunos fueron favorecidos por una tramitación de una celeridad inusitada, antes de la declaración del área de restricción, y otros no. Aquí, el Tribunal va a dar parcialmente lugar a la demanda, indicando que el mandante no tiene un derecho adquirido antes de la conformación del área de restricción. De cualquier forma, le ordena a la Autoridad del Agua redistribuir las autorizaciones a perforar, así como los volúmenes, de modo concurrente entre la actora y los permisionarios.

Era muy difícil para el Tribunal sostener que había un derecho adquirido al otorgamiento de la concesión antes del acto administrativo. Sin embargo, en su lugar va a reconocer la existencia del derecho a un trato igualitario y no discriminatorio respecto de los otros solicitantes. Dice textualmente: “...*dado el carácter discrecional, y por ende constitutivo, de la facultad del DGI para otorgar permisos de perforación y alumbramiento de agua subterránea para fines agrícolas; entiendo que ni la tramitación del procedimiento reglado en los arts. 9 a 14 de la Ley 4035, ni el cumplimiento de los requisitos allí previstos generan por sí mismos un derecho subjetivo; de manera que corresponde rechazar la pretensión de la actora dirigida a que se le reconozca como adquirido el derecho de permiso de perforación peticionado.*” Sin embargo, “...*si bien [la solicitud] no generó el derecho administrativo al uso especial de aguas*

subterráneas pretendido, no obstante ello, ha sufrido un desigual, e infundado, tratamiento y resolución, tanto con respecto a los precedentes de la propia Administración demanda como al habersele negado lo que se concedió a otros pedidos formulados en similares circunstancias.”

El Tribunal constata de manera fehaciente que la Autoridad del Agua no utilizó ningún criterio objetivo para discriminar entre las solicitudes. Del cotejo de los distintos trámites de solicitudes, concluye: “...no surge que hubiera tomado en cuenta alguna norma -como p.ej.: el año hidrológico- para agrupar y seleccionar las solicitudes de perforación según los órdenes de prioridad en relación al uso y/o a las personas (arts. 6 y 7, Ley 4035); no se realizaron inspecciones en todos los terrenos involucrados; tampoco se tuvieron en cuenta criterios de eficiencia en el riego (a punto tal que se autorizaron perforaciones para regar por manto); tampoco se distinguió según si el pozo se pidió en el área de acuífero libre, donde se produce la recarga de la cuenca, (...) o en las áreas donde existen cursos que drenan agua subterránea; ni se evaluó si los terrenos ya contaban con pozos y cuadros labrados, o si los pedidos eran para una nueva finca; ni el tipo de cultivo a implantar o las dimensiones de las superficies a cultivar, etc.” Por eso, se tiene que considerar denegado tácitamente.

La Corte no se pronuncia sobre la aplicación de la ley en relación al tiempo en el caso en cuestión. Omite pronunciarse sobre la delicada y sensible cuestión de la aplicación de la reglamentación posterior (establecimiento del área de restricción), según la cual tenía que denegar esta solicitud. Sin perjuicio de ello, se deduce que el criterio del Tribunal ha sido el de la no aplicación de la reglamentación posterior a las solicitudes pendientes, cuyo trato igualitario ha sido violado. Entonces, tenemos, simultáneamente, un desconocimiento de un derecho adquirido, pero un reconocimiento a un trato igualitario, que termina implicando una redistribución de las aguas, y, en la práctica, el otorgamiento a un nuevo derecho, junto con la no aplicación de la reglamentación posterior.