

# EL PRINCIPIO DE INHERENCIA. ANÁLISIS. REGULACIÓN LEGAL. PARTICULARIDADES DEL CASO DE LA PROVINCIA DE MENDOZA

THE PRINCIPLE OF INHERENCE. ANALYSIS AND LEGAL REGULATION. SPECIAL  
REFERENCES TO THE PROVINCE OF MENDOZA

Recibido: 02/04/2017 – Aceptado: 21/09/2017

**Mariana Rugoso<sup>1</sup>**

Universidad de Mendoza – Universidad Nacional de Cuyo  
marianarugoso@hotmail.com

<sup>1</sup> Abogada, Universidad Nacional de Cuyo. Miembro del Instituto de Investigación de Agua y Ambiente, Universidad de Mendoza. Jefa de Trabajos Prácticos de la Cátedra de Derecho de Aguas, Universidad de Mendoza. Profesora Adscripta de la Cátedra de Derecho Ambiental y de los Recursos Naturales, Universidad Nacional de Cuyo. Doctoranda del Programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Zaragoza.

## Resumen

El trabajo analiza uno de los principios jurídicos que rigen en materia de política hídrica, el denominado “principio de inherencia”. Brinda una aproximación en cuanto al alcance del mismo y su recepción legislativa en los diversos ordenamientos provinciales. Profundiza en el estudio de la normativa hídrica de la Provincia de Mendoza con relación a éste principio. Finalizando con un análisis crítico de las resoluciones del Departamento General de Irrigación en materia de otorgamiento de permisos de perforación de aguas subterráneas y posterior concesión de uso de agua.

**Palabras clave:** Derecho de Aguas; Principios de política hídrica; Inherencia; Mercados y Bancos de Aguas; Reasignación inconstitucional de derechos de agua.

## Abstract

This paper analysis one of the legal principles which applies to water policy, known as principle of inherence. Offering an estimate of its coverage and legislative reception in several provincial systems. It delves into the study of water regulations of the Province of Mendoza regarding this tenet. Concluding with a critical analysis of the resolutions of the General Board of Irrigation on the subject of issuing permits for groundwater boreholes and latter concession for water use.

**Keywords:** Water law; Principles of water policy; Inherence; Water Markets and Banks; Unconstitutional reallocation of water rights.

## Sumario

1. Introducción
2. El denominado “principio de inherencia”
3. Recepción en las diferentes legislaciones provinciales argentinas
4. El principio de inherencia en la legislación mendocina
  - 4.a Ley General de Aguas de Mendoza
  - 4.b Constitución provincial
  - 4.c Otras leyes especiales
5. Experiencias flexibilizadoras del principio en Mendoza
  - 5.a Los bancos de agua en Mendoza
  - 5.b Sistema de reemplazos y su viabilidad en el marco de la legislación mendocina
6. Conclusiones
7. Bibliografía

### 1. Introducción

**E**l presente trabajo desarrolla uno de los principales principios de política hídrica. Se busca brindar una aproximación en relación al sentido y alcance del principio de inherencia y su recepción legislativa en los diversos ordenamientos provinciales, para detenernos en el caso particular de la Provincia de Mendoza.

A través de un análisis comparativo entre las legislaciones provinciales, se indaga sobre el alcance que cada una de éstas ha dado a dicho principio en sus ordenamientos jurídicos internos.

Centrados en el caso particular de Mendoza, se observa que desde el año 1884, a través de la Ley General de Aguas, la Provincia adoptó de una manera rígida el mencionado principio, el cual en el año 1916 sería reafirmado en nuestra Carta Magna provincial, otorgándole así jerarquía constitucional. Con el tiempo se fue adoptando una postura más flexible para interpretar este principio. Especial atención merece para el marco temático que desarrollamos, el análisis de las Resoluciones emanadas del Departamento General de Irrigación

(en adelante DGI), específicamente en materia de aguas subterráneas. Ámbito donde la autoridad del agua de la provincia instituyó un sistema de reemplazos para la obtención de permisos de perforación y posterior concesión de uso de agua, cuestionable a la luz del principio en estudio.

## 2. El denominado “principio de inherencia”

En materia de política hídrica, uno de los principios generales recepcionado por los ordenamientos jurídicos provinciales es el que consagra la inherencia del agua pública a la tierra. En virtud de este principio, el derecho de uso del agua pública pertenece al terreno y no puede escindirarse del mismo, de modo que si el propietario de un fundo procede a su enajenación, el derecho de agua seguirá la suerte del fundo, siendo imposible jurídicamente su disposición de manera separada uno del otro.

Del análisis del alcance del principio de inherencia podremos encontrar diversas interpretaciones. Una interpretación rígida supone que el regante no es propietario del recurso hídrico, sino de la tierra con derecho de riego, de esta manera es un mero usuario del agua, no pudiendo ésta ser objeto de negocio jurídico alguno de manera independiente del terreno al cual se encuentra adscripta<sup>2</sup>. Así en el caso de que una persona fuera propietaria de dos fundos, en donde solo uno de ellos cuenta con derecho de agua, no podrá disponer de dicho derecho a favor del otro fundo, ya que el mismo le pertenece a la tierra y no a su propietario.

Para quienes sostienen una interpretación más flexible, pero sin llegar a su derogación, entienden que en la actualidad,

“... donde múltiples usuarios de distintos sectores compiten en un ambiente dinámico por un recurso cada vez más escaso, los regímenes de asignación poco flexibles, como aquellos basados en sistemas de prioridades

2 BATISTA MEDINA, José Antonio. “Respondiendo a la escasez del agua de riego: cambio institucional y mercado de agua. Estudio de un caso en las Islas Canarias”. Revista española de economía agraria[en línea]. 1996, Nº. 175, p 167-198. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/115686>

políticas o administrativamente determinadas o en la estricta aplicación del principio de inherencia (o pertenencia) a la tierra, parecen como crecientemente ineficaces para promover objetivos económicos, sociales y ambientales en la sociedad”<sup>3</sup>.

Para este sector, existe una percepción de que se requieren enfoques más flexibles y a la vez completamente diferentes de los adoptados en una fase en la que los problemas de asignación eran más simples y se contaba con un significativo caudal no utilizado o excedencia del recurso<sup>4</sup>.

“La base de este problema no resulta tanto de la escasez del agua en sí, sino en que la inherencia a la tierra y su asignación proporcional de acuerdo con la superficie de ésta, sin tener en cuenta otros factores, puede llevar a que en unos casos existan excedentes y en otros déficits. El hecho de no poder transferir el agua impide que se la asigne en un momento dado a aquellas parcelas donde es más necesaria”<sup>5</sup>.

Esta situación de ineficiencia se presenta sobre todo en áreas de regadío en las que los agricultores poseen parcelas de diferentes calidades y cultivos distribuidas, donde la parte de dotación correspondiente a algunas resulta escasa para las necesidades del caso, mientras que la dotación correspondiente a otras parcelas resulta abundante para el requerimiento del cultivo en ese momento.

“Esta situación es legalmente problemática si se evita que un agricultor

3 DONOSO, Guillermo y otros. Mercados de derechos de agua: experiencias y propuestas en América del Sur. Naciones Unidas, CEPAL: Santiago de Chile, 2004. Serie Recursos Naturales e Infraestructura n° 80. Pág. 8. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6449/S0411891.pdf?sequence=1>

4 *Ibidem*.

5 MARTIN, Liber; ANDINO, Mónica M. y PINTO, Mauricio. Mercados de Agua y su implementación jurídica. 1er Encuentro de investigadores en Formación en Recursos Hídricos. Instituto Nacional del Agua. Ezeiza; Año: 2012. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: [http://www.ina.gov.ar/pdf/ifrrhh/01\\_014\\_Martin.pdf](http://www.ina.gov.ar/pdf/ifrrhh/01_014_Martin.pdf)

reasigne el recurso hídrico de unos terrenos a otros de su propiedad de modo que permita su aplicación donde prevé maximizar el beneficio neto”<sup>6</sup>.

La recepción de este principio en los ordenamientos jurídicos, en especial en el mendocino, tiene como fin:

“... dar seguridad al inversor privado, al evitarse que su producción pueda quedarse sin ese vital elemento y al inversor público, asegurando que la infraestructura de conducción construida no quedará inservible ante un traslado del sector irrigado”<sup>7</sup>.

Esto es así en tanto en una provincia árida como la nuestra, un terreno con derecho de riego acrecienta significativamente su valor económico. Si bien el recurso hídrico carece de un precio de mercado, hoy nadie discute que tiene un gran valor económico, principalmente en zonas de escasez, donde no garantizar su inherencia al terreno generaría gran inestabilidad e inseguridad jurídica.

### **3. Recepción en las diferentes legislaciones provinciales argentinas**

Argentina, a diferencia de la mayoría de los países de Latinoamérica, no posee una ley general o código de aguas de carácter nacional, esto se debe a que al adoptar la forma de estado federal, cada estado provincial se reservó para sí, por mandato constitucional, la facultad de reglamentar sobre el uso y aprovechamiento del recurso hídrico (art 41, 121 y 124 Constitución Nacional).

6 DUARTE, Lucio (Coord.) y otros. *Hacia una estrategia para el manejo integrado del agua de riego en Argentina*. 1er ed. Buenos Aires: Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, 2010. Pág. 51. Disponible en Web: [https://issuu.com/comunicacionydifusionucar/docs/hacia\\_una\\_estrategia\\_para\\_el\\_manejo](https://issuu.com/comunicacionydifusionucar/docs/hacia_una_estrategia_para_el_manejo)

7 PINTO, Mauricio. “Estrategias de adaptación al cambio climático desde la Política y Legislación de Aguas en Argentina”. En: *Actas de Derecho de Aguas* N° 2, 2012, pág. 179. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: [https://www.researchgate.net/profile/Mauricio\\_Pinto2/publication/291357140\\_Estrategias\\_de\\_adaptacion\\_al\\_cambio\\_climatico\\_desde\\_la\\_politica\\_y\\_legislacion\\_de\\_aguas\\_en\\_Argentina/links/56a2ab8c08aef91c8c0f13e0.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Mauricio_Pinto2/publication/291357140_Estrategias_de_adaptacion_al_cambio_climatico_desde_la_politica_y_legislacion_de_aguas_en_Argentina/links/56a2ab8c08aef91c8c0f13e0.pdf?origin=publication_detail)

De este modo encontramos en la actualidad tantas leyes o códigos de aguas como provincias argentinas hicieron uso de dicha facultad, es por ello que tenemos provincias que carecen de una ley general o código de aguas, como es el caso de Santa Fe y Tierra del Fuego o provincias que además de un cuerpo normativo específico, regulan sobre ésta en sus Cartas Magnas.

Nuestro país presenta diversas realidades geográficas, climáticas, socio-económicas, ambientales, que llevan a que cada provincia haya legislado en función de su realidad hídrica<sup>8</sup>.

Por ejemplo, el noreste argentino se caracteriza por su clima húmedo y de abundantes precipitaciones, es por ello que sus leyes tienden más a evitar los efectos nocivos del exceso y abundancia de agua, que a regular su uso y aprovechamiento, como sí sucede en las zonas de escasez hídrica. Como consecuencia encontramos en Argentina una diversa legislación en materia de administración del recurso hídrico<sup>9</sup>.

Al momento de legislar en materia de recurso hídrico, las provincias no fueron indiferentes a este principio de política hídrica, es así que comparando cada cuerpo normativo provincial especial, se puede observar la uniformidad de criterio seguido por éstas, las cuales en su mayoría, salvo el caso de la provincia de Entre Ríos, lo adoptan expresamente.

En este contexto nos encontramos con provincias como Jujuy (art. 75 inc 6), Catamarca (art. 61 ), La Rioja (art. 65), Salta (art. 83), San Juan (art. 117), Mendoza (art. 186) y Santiago del Estero (art. 111) que han otorgado a este principio jerarquía constitucional.

Se trata provincias ubicadas en zonas que presentan una extrema aridez, que influidas por la escasez de precipitaciones, hacen del agua un recurso escaso.

De allí que en el caso particular de estas provincias, vemos como la regulación del uso y aprovechamiento de este recurso resulta prioritario, y se busca sustraerlo al máximo de cualquier disposición o negociación jurídica por parte de los particulares.

8 Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Industria (FAO). Estudio del Potencial de Ampliación de Riego en Argentina. Buenos Aires: ONU, 2015. Pág. 34. ISBN 978-92-5-308995-6. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: <http://www.fao.org/3/a-i5183s.pdf>

9 *Ibidem*. Pág. 89

Las bases fundamentales que consagran estas provincias en sus legislaciones son las siguientes:

“a) considerar el agua como bien del dominio público del Estado; b) la concesión de uso de aguas públicas es inherente al suelo y perpetua a fin de asegurar las inversiones; c) establece una ordenación respecto a la relación costo-beneficio de las obras hidráulicas y que sean solventadas por los usuarios; d) la administración autárquica con participación de los usuarios; e) fija pautas de eficiencia en el uso del agua; f) establece el uso conjunto de aguas superficiales y subterráneas”<sup>10</sup>.

En el otro extremo, tenemos aquellas provincias ubicadas en zonas húmedas donde no se le asigna al agua un valor económico, sino que la legislación tiende a proteger de los efectos nocivos de la misma a personas y bienes. Existe:

a) flexibilidad en el otorgamiento de usos; b) autorización para efectuar traspasos; c) consagra un régimen impositivo y de fomento para saneamiento y defensa; d) la administración del recurso se simplifica<sup>11</sup>.

En este marco de ideas vemos el caso de Tucumán, que en su ley de aguas N° 7139<sup>12</sup> expresamente prevé la posibilidad de enajenación del derecho de riego separado del terreno previa autorización de la autoridad de aplicación.

Del análisis de las legislaciones provinciales podemos observar que si

10 MAGNANI, César. “Nuevas tendencias latinoamericanas en la formulación de políticas y legislaciones regulatorias del recurso y medio ambiente”. Revista Idearium, N°23/26 Mendoza, 1997/2000 pág. 243 citado por MATHUS ESCORIHUELA, Miguel y MAGNANI, Cesar. “Agua y Derecho”. En: MATHUS ESCORIHUELA, Miguel (Dir.) Derecho y Administración de Aguas. Mendoza: Zeta Editores, 2007. Pág. 49.

11 *Ibidem*.

12 Tucumán. Legislatura Provincial Ley 7139 Ley de Aguas Publicada: 27/06/2001. Art. 42.- “El derecho otorgado al concesionario o permisionario no es absoluto, limitándose sólo al uso o aprovechamiento del agua en los volúmenes y destinos establecidos. En consecuencia: 1. El derecho de agua para riego es inseparable de la propiedad, y no puede ser enajenado sino con el terreno para el que fue concedido, salvo expresa autorización de la Autoridad de Aplicación”.

bien hay una tendencia arraigada en nuestro país a impedir la enajenación y comercialización de los derechos de riego de manera independiente al predio o industria al que fueron otorgados, esta es más fuerte en aquellas provincias donde el recurso adquiere un mayor valor, atento a la escasa disponibilidad del mismo.

En estos casos donde el recurso es escaso, la regulación es más estricta y la aplicación de este principio se torna más rígida en torno a evitar que el agua quede en manos de unos pocos, que son los que tienen los recursos económicos y se pierda el carácter esencialmente público del mismo, aun cuando ello implique el uso no del todo eficiente de este recurso.

#### **4. El principio de inherencia en la legislación mendocina**

Mendoza es de aquellas provincias –en base a lo analizado en el punto anterior– en las que encontramos este principio regulado tanto en la Ley General de Aguas, Constitución Provincial como leyes especiales.

“Este Principio, ha sido la base fundamental del desarrollo productivo y económico de la Provincia de Mendoza, y ha consolidado las áreas dedicadas principalmente a la actividad agrícola, en una zona caracterizada por la aridez y la escasez de agua”<sup>13</sup>.

En la ley de aguas del año 1884 lo encontramos receptado en sus artículos 14, 15, 24, 25 y 132<sup>14</sup>. Con igual criterio, se adoptó con posterioridad en las

13 RUIZ FREITES, Santiago. “Legislación y Administración de Aguas en Mendoza”. En MATHUS ESCORIHUELA, Miguel. (Dir.) Derecho y Administración de Aguas. Op. cit. pág. 414.

14 En nuestro texto provincial la inherencia no solo se entiende respecto de la tierra sino también como surge de la lectura del art. 132, respecto de la industria. Art. 14 LGA “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 aquél para el cual se hizo la concesión, es nulo; y los que ejecuten pagaran una multa de 20 a 100 pesos”. 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.” Art 132 “Las concesiones de aprovechamiento de aguas públicas para establecimientos

sucesivas Constituciones Provinciales de los años 1894, 1900 y 1910, para en la actualidad gozar de jerarquía constitucional, al encontrarse expresamente consagrado en el artículo 186 de la Constitución Provincial vigente (1916).

Los artículos precitados constituyen la aplicación práctica del principio de inherencia<sup>15</sup>. Asimismo la Suprema Corte de Justicia a la hora de interpretar y aplicar este principio al caso concreto ha sostenido que:

“... La concesión de uso y goce de aguas públicas otorgada para beneficio y cultivo de un predio es inherente al inmueble mismo e inseparable de su derecho de propiedad (artículo 186 de la Constitución Provincial, artículo 14 y 15 ley General de Aguas y artículo 5 ley 1920)”<sup>16</sup>.

A continuación se indagará sobre el alcance otorgado a este principio en cada uno de los cuerpos normativos indicados, como así también en aquellas leyes posteriores a éstas, que lo han recepcionado.

#### **4.a Ley General de Aguas de Mendoza del año 1884**

Fue el primer cuerpo legal en adoptar este principio en nuestra Provincia. En el Título II dedicado al “Dominio de las Aguas”, específicamente en el artículo 14, lo consagra de manera expresa cuando en su texto dispone que “el derecho de aprovechamiento del agua es inseparable del derecho de propiedad sobre todo terreno cultivado o que se cultive...”.

Del citado artículo se desprende claramente el criterio seguido por la ley, en

industriales, durarán mientras se ejercite la industria para que fueron concedidas”.

15 PINTO, Mauricio; ROGERO, Gladys; ANDINO Marcela. Ley de Aguas de 1884 Comentada y Concordada. Mendoza: Departamento de Irrigación, 2006. Pág. 43.

16 SCJMza Expediente: 31259 caratulado “HIJOS DE RODOLFO GRAGAGNOLO S.R.L. / DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION”. 1974-03-21. Ubicación: S133-147. “...El derecho de agua se otorga a un predio y es inseparable de él, sea quien sea su propietario, no pudiendo disponerse del derecho de agua como bien separado de la tierra a que accede, es decir que entraña fijeza. El desconocimiento a tal derecho es subsanable mediante la demanda contencioso administrativa contra el Departamento General de Irrigación...”. SCJMza Expediente: 29547 caratulado “ALVAREZ, SECUNDINO Y OTRA / DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION”. Fecha: 1970-08-10. Ubicación: S116-229.

virtud del cual, “el agua está adscrita a la tierra, lo que significa, que los derechos de una y otra no pueden transferirse independientemente sino *in sólido*”<sup>17</sup>.

El principio en estudio, tal como se encuentra regulado en la Ley de Aguas, fue pensado para una época donde las aguas subterráneas no pertenecían al dominio público del Estado y donde se puso énfasis en regular principalmente el uso del agua para riego con miras a consolidar una agricultura competitiva y equitativa<sup>18</sup>. En este contexto el principio de inherencia tenía la finalidad de asegurar la subsistencia de la unidad agrícola generada en una zona árida como Mendoza<sup>19</sup>, de allí la rigidez con que se adoptó en este cuerpo legislativo.

Precisando el alcance del mismo, entre sus consecuencias jurídicas, el artículo 15 de este cuerpo legal, establece una doble sanción para el caso de celebración de un contrato de agua que tenga por objeto destinarlo a un uso distinto de aquel para el cual fue otorgada la concesión, por un lado prevé la nulidad del contrato y por el otro la aplicación de una multa para quien lo ejecute. En el mismo orden de ideas establece que el derecho de agua no puede ser embargado ni enajenado de manera independiente del terreno (art. 25), de manera que todo contrato sobre el predio comprende su correspondiente derecho de agua (art. 24).

La ley además, establece que la inherencia lo será, no solo para el terreno sino también para la industria, esto lo hace al regular sobre la duración de la concesión de aprovechamiento de aguas públicas para establecimientos industriales. Allí dispone que la misma queda limitada al tiempo que dure el ejercicio de dicha actividad industrial (art. 132). De este modo plantea que el derecho de agua será inseparable de la actividad industrial para la cual fue otorgada, siendo

17 MAESTRE ROSA, 1968: pp. 224-225; ver también Ron, 1985: 161; Varisco, 1983: p. 28 citado por BATISTA MEDINA, José Antonio. Op. cit. Pág. 172.

18 DIAZ ARAUJO, Edgardo y BERTRANOU, Armando. Investigación sistémica sobre regímenes de gestión del agua. El caso de Mendoza. Argentina. Suecia: Global Waterpartnership, SouthAmerica, Asociación Mundial del Agua, SAMTAC Comité Técnico Asesor Sudamérica. Pág. 87. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: <http://www.cepal.org/samtac/noticias/documentosdetrabajo/1/23421/inar00304.pdf>

19 PINTO, Mauricio. “Instrumentos Jurídicos de Gestión de la demanda hídrica en escenarios de escasez”. En: *VI Jornadas de Riego y Fertirriego*. Mendoza: 2012. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: [http://www.riegoyfertirriego.com.ar/VI\\_Jornadas/VI\\_JARF\\_TrabajosCompletos/Pinto.pdf](http://www.riegoyfertirriego.com.ar/VI_Jornadas/VI_JARF_TrabajosCompletos/Pinto.pdf)

atribuibles a este caso los mismos efectos mencionados en el párrafo anterior.

Otra aplicación práctica de este principio en la ley de aguas lo vemos cuando regula sobre la concesión. La ley le otorga carácter real<sup>20</sup> a las concesiones para riego, al disponer que el concesionario no podrá utilizar el agua “para el riego de otro terreno, sin una nueva concesión” (art. 127)<sup>21</sup>. De modo tal que si el propietario del terreno quiere usar el agua para irrigar otra propiedad, deberá solicitar una nueva concesión en relación a ese otro terreno.

Especial atención merece el art. 123 de la ley<sup>22</sup>, que prevé, con carácter excepcional<sup>23</sup>, la posibilidad de que el propietario de un terreno que sufre “encenagamiento” pueda reubicar la concesión dentro de un mismo predio o trasladar dicha concesión a otro terreno de su propiedad.

20 Las concesiones reales se otorgan en relación con un inmueble determinado al cual son inherentes e inseparables del mismo. Las personales se otorgan a favor de personas determinadas. MATHUS ESCORIHUELA, Miguel y ANDINO, Marcela. “Uso de las aguas públicas y privadas”. En MATHUS ESCORIHUELA, Miguel. (Dir.) Derecho y Administración de Aguas. Op. cit. Pág. 195.

21 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 podrán emplearla para el riego de otro terreno, sin una nueva concesión”.

22 Artículo 123 “el propietario de un terreno cultivado cuya explotación haya cesado de efectuar, por causa de encenagamiento, sin renunciar a su derecho de regadío, y habiendo satisfecho 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 concederse 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”.

23 Para la Doctrina especializada, constituye la única excepción al principio de inherencia (PINTO, Mauricio; ROGERO, Gladys; ANDINO Marcela. Ley de Aguas de 1884 Comentada y Concordada. Op. cit. pág. 129). Ello es consecuencia de que, cualquier movilidad de los usos del agua en el territorio es excepcional y sujeta a control público, pudiéndose realizar sólo en la medida en que las normas que desarrollan el principio constitucional de inherencia lo permitan PINTO, Mauricio. “Mercados de agua y su posible implementación jurídica”. Revista La Ley Gran Cuyo. Buenos Aires: La Ley, 2004. Tº 2004, pág. 87-96.

El supuesto de “reubicación” del derecho de agua dentro del mismo inmueble previsto por el art 123 de la ley de aguas, fue reglamentado mediante resolución 71/68 de Superintendencia General de Irrigación (en adelante SGI)<sup>24</sup>, que establecía, bajo una interpretación sumamente estricta de este principio<sup>25</sup> que únicamente si el terreno no se hubiese cultivado nunca, se admitía la reubicación a su voluntad por el propietario. Esta reglamentación entendía que la adscripción más que a la tierra lo era al cultivo<sup>26</sup>.

En un contexto donde comenzaron a imponerse opiniones menos rígidas en torno a la interpretación de este supuesto, la Resolución en mención terminó siendo revocada mediante resolución 978/87 Honorable Tribunal Administrativo del DGI (en adelante HTA).

Así teníamos quienes como Magnani, sostenían que la norma debía ser interpretada en función de la realidad histórica en la que fue dictada y armonizarla con el presente<sup>27</sup>. En ese mismo orden de ideas, Galileo Vitali, nos decía que al momento de sancionarse la norma el Estado tuvo en miras el uso efectivo del agua para el riego, ello con fin de favorecer el progreso de la Provincia<sup>28</sup>. De esta manera se infería que la interpretación de la norma debía hacerse adecuándola al fin que tuvo en miras el legislador.

En relación al supuesto del “traspaso” de la concesión a otra propiedad, encontramos diversas opiniones en relación a cual es el alcance que se la ha

24 Mendoza. Resolución N° 71/68 de Superintendencia del Departamento General de Irrigación que reglamenta la reubicación dentro del mismo inmueble, fue derogada con posterioridad.

25 “Esta aplicación legal resultaba nociva en una visión integral del derecho, impidiendo, un eficaz uso del recurso conforme a las necesidades agrícolas” MARTIN, Liber; ANDINO, Mónica M. y PINTO, Mauricio. Mercados de Agua y su implementación jurídica. Op. cit. Pág. 5.

26 PINTO, Mauricio; ROGERO, Gladys; ANDINO Marcela. Ley de Aguas de 1884 Comentada y Concordada. Pág. 130.

27 MAGNANI, Cesar. Asesor Letrado del DGI, Dictamen emitido en expediente 187.729 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 citado por PINTO, Mauricio; ROGERO, Gladys; ANDINO Marcela. Ley de Aguas de 1884 Comentada y Concordada. Op. cit. Pág. 131.

28 VITALI, Galileo. “Hidrología Mendocina. Contribución a su conocimiento”, Mendoza, 1940, p. 214 y ss. citado por PINTO, Mauricio; ROGERO, Gladys; ANDINO Marcela. Ley de Aguas de 1884 Comentada y Concordada. Op. cit. Pág. 131 cita 147

dado al mismo, para un sector de la doctrina especializada, más que un traslado, se trataría del reemplazo de una concesión por otra<sup>29</sup>, es decir de una nueva concesión<sup>30</sup>. Para otros, lo que se otorga es una preferencia para el otorgamiento de una nueva concesión<sup>31</sup>.

La resolución 978/87 del HTA, se hizo eco de las posturas más flexibles estableciendo la posibilidad de efectuar el traslado del derecho, si bien sólo dentro del terreno al que fue concedido por diversas causas que lo justifiquen aunque sean ajenas al encenagamiento (como por ejemplo expropiación, existencia de médanos, mala calidad de suelos, etc.)<sup>32</sup>.

#### **4.b Constitución provincial**

Con posterioridad a la ley de aguas, nuestra provincia otorgó rango constitucional a este principio al incorporarlo expresamente, desde la Constitución del año 1894<sup>33</sup>, y sus sucesivas reformas de los años 1900<sup>34</sup> y 1910<sup>35</sup> hasta llegar al texto vigente que es el del año 1916.

En la sección VI capítulo único bajo el título Departamento General de Irrigación en el artículo 186 expresa:

“El uso del agua del dominio público de la Provincia es un derecho

29 PINTO, Mauricio y MARTIN, Liber. “Los mecanismos legales de acceso al agua en las provincias áridas del oeste argentino: principios y características comunes” Revista Facultad Ciencias Agrarias. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo, 2015, vol. 47 no. 1 jun. 2015. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: <http://revista.fca.uncu.edu.ar/images/stories/pdfs/2015-01/Pinto.pdf>

30 DIAZ ARAUJO, Edgardo y BERTRANOU, Armando. Investigación sistémica sobre regímenes de gestión del agua. El caso de Mendoza. Argentina. Op. cit. Pág. 53.

31 SPOTA, Alberto. Tratado de Derecho de Aguas. Tomo II. Buenos Aires: Editor Jesús Menéndez, (1941) pág. 945.

32 MARTIN, Liber; ANDINO, Mónica M. y PINTO, Mauricio. Mercados de Agua y su implementación jurídica.

33 Art. 215 – El uso del agua de ríos o arroyos en la Provincia es un derecho inherente a los predios que los tengan adquiridos legalmente.

34 Art. 207 – El uso del agua del dominio público en la Provincia, es un derecho inherente a los predios que lo tengan legalmente adquirido.

35 Art. 125 – El uso del agua del dominio público en la Provincia, adquirido y conservado con arreglo a las leyes, es un derecho inherente a los predios respectivos.

inherente a los predios, a los cuales se concede en la medida y condiciones determinadas por el Código Civil y leyes locales”.

De esta manera, la inherencia del agua al suelo se encuentra garantizada por nuestra Constitución. Ello con un doble alcance, por un lado para el particular, el cual tiene vedada legalmente cualquier posibilidad de disponibilidad del derecho de uso del recurso hídrico independientemente del terreno en beneficio del cual se otorga. De hacerlo actuaría fuera de la ley y dicho acto de disponibilidad sería absolutamente nulo, más allá de las sanciones previstas por la legislación especial. Y por el otro lado para quienes tienen a su cargo la facultad de reglamentar el uso y aprovechamiento del recurso hídrico, que en ejercicio de la misma deberán hacerlo atendiendo a este principio constitucional, evitando de esta manera futuras nulidades.

#### **4.c Otras leyes especiales**

Con posterioridad, diversas leyes sobre la materia han incorporado este principio, entre ellas podemos citar: La ley 1920 sobre cultivos clandestinos, la ley 430, sobre “concesiones para el aprovechamiento de aguas públicas”, esta última lo hace al establecer que

“Las obligaciones impuestas por esta ley pesan sobre toda la tierra en favor de la cual se acuerda el derecho de irrigación, y la seguirán a objeto de hacerse efectivas en ella” (art. 14).

De análisis de esta normativa especial podemos concluir que el principio de inherencia es un principio de política hídrica adoptado por la legislación provincial en materia de uso y aprovechamiento de aguas de dominio público.

En un primer momento, siendo la ley de aguas del año 1884 y la Constitución Provincial vigente del año 1916, éste principio fue pensado sólo para las aguas superficiales que pertenecían al dominio público, no así para las aguas subterráneas. Esto se debió a que respecto de estas últimas era mayoritariamente aceptada su naturaleza jurídica privada<sup>36</sup>.

36 TORCHIA, Noelia. “Las clases de aguas y su regulación/régimen legal de las aguas subterráneas”. En:

Respecto de esta categoría de aguas, su uso y aprovechamiento está sujeto a reglas propias del derecho privado, donde el particular puede venderlas, constituir sobre ellas servidumbres, hipotecarlas, darlas en usufructo etc., sin más límite que el contenido sustancial del derecho de dominio, el uso regular de la propiedad, el principio general del artículo 1941 Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y en el poder de policía de la Administración<sup>37</sup>.

Esta situación se modificó, tras la reforma introducida por la ley 17.771 (BO 26/04/1968), donde se dispuso que las aguas subterráneas que corrieran por cauces naturales y aquellas que tengan o adquieran la aptitud de satisfacer usos de interés general, pasaban a formar parte de los bienes que integran el dominio público del Estado (art. 2340 inc. 3 CCiv / art. 235 inc. c) CCCN).

Como consecuencia de este cambio de situación jurídica, cada provincia regularía sobre su uso y aprovechamiento. Fue en ejercicio de ésta facultad que Mendoza sancionó en el año 1974 las leyes 4035, 4036 y decreto reglamentario 1839/74, en tanto régimen jurídico aplicable a aquellas aguas subterráneas que requieran de obras para su extracción (art. 1, ley 4035).

Si bien la ley 4035, 4036 y su decreto reglamentario 1839/74 no enuncian de manera expresa el principio de inherencia, si encontramos numerosas aplicaciones prácticas del mismo a lo largo de su articulado (arts. 19 y 2º, ley 4035; Arts. 22, 25, 27 decreto reglamentario 1839/74)<sup>38</sup>.

MATHUS ESCORIHUELA, Miguel. (Dir.) Derecho y Administración de Aguas. Op. cit. Pág. 110/1.

37 MATHUS ESCORIHUELA, Miguel y ANDINO, Marcela "Uso de las Aguas Públicas y Privadas". En: MATHUS ESCORIHUELA, Miguel. (Dir.) Derecho y Administración de Aguas. Op. cit. Pág. 178 a 181.

38 Argentina. Ley 4035 Art. 19 – Son obligaciones del concesionario: a) Utilizar racional y eficientemente el causal concedido, exclusivamente en su propiedad, establecimiento o actividad. Art. 20 Ley 4035– Queda prohibido al concesionario: a) Utilizar el agua total o parcialmente en su uso distinto al concedido. b) Extraer mayor caudal del máximo autorizado. c) Derivar el agua hacia la propiedad, establecimiento o actividad de terceros, sin permiso previo de la autoridad. Art. 22 Dec. Reg. 1839/74: Todo convenio privado que implique la venta de aguas subterráneas es ilícito y nulo... Art. 25 Dec. Reg. 1839/74 – Las concesiones para uso agrícola serán otorgadas por volumen máximo y se imputarán a la propiedad o propiedades para las cuales se haya solicitado la concesión o concesiones en la superficie prevista y demarcada en plano... Art. 27 Dec. Reg. 1839/74: En las transferencias de dominio de inmuebles o establecimientos beneficiados con concesiones de aguas subterráneas se entienden comprendidas dichas concesiones y sus accesorios, sin

Las aguas subterráneas que se encuentran reguladas por las leyes 4035, 4036 y su decreto reglamentario 1839/74, integran desde la sanción de la ley 17.711 los bienes de dominio público. La Constitución Provincial establece que la inherencia lo será respecto del derecho de uso del agua del dominio público de la Provincia (art. 186). Más allá de que al momento de su sanción esta categoría de aguas no integraban los bienes de dominio público del Estado, el legislador utilizó la fórmula “agua del dominio público”. Es por ello que no tenemos dudas en afirmar que este principio de política hídrica resulta de aplicación también en materia de aguas subterráneas.

Que aún cuando dichas leyes no lo mencionaran de manera expresa, en virtud de la jerarquía constitucional del principio, no puede desconocerse su aplicación.

## **5. Experiencias flexibilizadoras del principio en Mendoza**

Del estudio de la regulación mendocina en relación al principio de inherencia, vimos que el uso del recurso hídrico que se efectúa en Mendoza a partir de la concesión de un derecho de agua, se encuentra unido al derecho de propiedad sobre el predio al que fue concedido o a la actividad industrial para la cual se otorgó, sin que pueda separarse del mismo, en la medida y en las condiciones determinadas por el ordenamiento jurídico.

Esta manera de concebir el principio de inherencia impide, “por un lado, a un usuario que ha vuelto más eficiente el rendimiento agronómico por unidad de agua otorgada, ampliar el volumen de dotación, pero sí es admitida la expansión de la superficie irrigada con un mismo derecho. Por el otro lado, restringe la compra o arriendo del derecho de agua de otros. Legalmente no se considera el permiso de llevar el agua de un terreno a otro, donde sea más necesaria, ni ampliar el volumen asignado”<sup>39</sup>.

Si bien se han planteado opciones de modificar el artículo 186 de la Constitución de Mendoza, en miras a su flexibilización, aún sin modificarlo “se

limitación alguna y el nuevo propietario asumirá automáticamente las responsabilidades de concesionario.  
39 DUARTE, Lucio (Coord.) y otros. *Hacia una estrategia para el manejo integrado del agua de riego en Argentina*. Op. cit. Pág. 51.

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 que amplíen la ya prevista en el artículo 123 de la ley de aguas de 1884”<sup>40</sup>.

Así encontramos diversas experiencias en la legislación mendocina, tanto para aguas superficiales como aguas subterráneas, que ponen en evidencia una tendencia a una aplicación menos rígida del principio de inherencia.

### **5.a Los bancos de agua en Mendoza**

En la Provincia de Mendoza, en materia de aguas superficiales, existe la posibilidad de transferir temporalmente el uso de un derecho durante el turno, a otra propiedad cultivada del mismo canal, cuando las necesidades del cultivo lo requieran y sea solicitado por el interesado (art. 26 LGA). El desarrollo reglamentario de esta norma evolucionó hacia un sistema de “banco de aguas” mediante el cual la autoridad pública reasignaba provisoriamente caudales que no se encontraban en uso por los concesionarios<sup>41</sup>.

Este sistema fue adoptado en Mendoza a partir del año 1995, mediante el llamado “Registro de Uso de Agua” (RUA), un sistema de registración anual de demanda y oferta hídrica llevado por las inspecciones de cauce, ofreciendo la posibilidad de una reasignación temporaria de dotaciones de agua excedentes<sup>42</sup>.

Se caracteriza por la transmisión de dotaciones:

“... consiste en un registro estatal de quienes están dispuestos a ceder agua, por un lado, y, por otro lado, de los que necesitan agua en un momento determinado y se encuentran dispuestos a compensar o indemnizar a los que la ceden mediante un precio establecido o acordado, teniendo el Estado una activa y directa participación en el proceso de reasignación del agua,

40 MARTIN, Liber; ANDINO, Mónica M. y PINTO, Mauricio. Mercados de Agua y su implementación jurídica.

Op cit. Pág. 5.

41 *Ibidem*.

42 Res. 285/93 del Honorable Tribunal Administrativo, mod.323/99 y 789/03.

administrando dicho registro y transfiriendo los volúmenes disponibles”<sup>43</sup>.

“Las cuotas de aguas no son un derecho transable entre los particulares sino que están sujetas a la re–apropiación y re–asignación a través de la Autoridad de Aguas. Es por ello que en Mendoza, no existe la figura de un mercado de aguas”<sup>44</sup>.

En el RUA se detalla el código, padrón parcial, categoría y volumen correspondiente a los usuarios que no harán uso del derecho por un período mínimo de tres y hasta doce meses, más la solicitud del usuario de suspender el ejercicio de la concesión. Asimismo, se registra los datos y tiempo de reasignación de la dotación a favor del nuevo usuario<sup>45</sup>.

“La flexibilidad legal en la asignación y transferencia de los derechos está basada en la necesidad técnica y administrativa de pasar de una “*entrega de dotación a la oferta*” a un “*sistema de entrega a la demanda*” acorde a la necesidad de los usuarios. Su finalidad es asegurar una asignación de nuevos aprovechamientos acorde con la demanda”<sup>46</sup>.

### **5.b Sistema de reemplazos en aguas subterráneas y su viabilidad en el marco de la legislación mendocina**

Una aplicación más flexible del principio de inherencia en la provincia, ha tenido lugar en materia de aguas subterráneas, con fundamento en un uso más eficiente del recurso. Nos detendremos especialmente en el estudio del sistema de reemplazos de perforaciones para la obtención de un permiso de perforación y posterior concesión de uso de agua subterránea, creado por el DGI en uso

43 MARTIN, Liber; ANDINO, Mónica M. y PINTO, Mauricio. Mercados de Agua y su implementación jurídica. Op. cit. Pág. 10.

44 RETA, José. “Anexo 6– Argentina (provincia de Mendoza)”. En: GARDUÑO, Héctor (Coord.) Administración de derechos de agua Experiencias, asuntos relevantes y lineamientos para FAO, Roma, 2003, Pág. 264–265. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: <ftp://ftp.fao.org/docrep/fao/006/y5062s/Y5062S06.pdf>

45 Res. 285/93 del Honorable Tribunal Administrativo, mod.323/99 y 789/03.

46 RETA, José. Op. cit. Pág. 265.

de su facultad para dictar las normas necesarias que aseguren el buen uso y aprovechamiento del recurso hídrico.

**I. Resolución 548/12 del HTA (BO 14/11/2012) y Resolución 164/13 del SGI (BO 08/04/2013):** Si bien del análisis jurídico de las Resoluciones que dan origen a este “sistema de reemplazos” y que a continuación se detallarán, podría dedicar extensas líneas en relación a lo que entendemos una usurpación de facultades legislativas por los órganos del DGI, dicho estudio escapa al objeto de éste trabajo, por lo que en esta oportunidad nos limitaremos a analizar la viabilidad de las mismas en miras al principio de inherencia.

En este contexto el SGI, en ejercicio de la facultad otorgada por el HTA, estableció áreas de restricción en determinadas zonas de la Provincia de Mendoza<sup>47</sup>. En dicha oportunidad dispuso que solo se autorizarían en esas zonas solicitudes de permiso de perforación que consistan en reemplazar una perforación de igual características que se encuentre en uso, en la misma propiedad y por el mismo titular.

47 Resolución 525/08 art 2) Sólo podrá otorgarse un nuevo permiso de perforación dentro del área de restricción denominada “Margen Derecha del Río Mendoza, Subcuenca acuífero El Carrizal” cuando la misma sea en reemplazo de una existente ubicada en la misma parcela catastral. 3) Las perforaciones a ofrecer en reemplazo para acceder a un nuevo permiso deberán haber estado en funcionamiento efectivo en los últimos dos años, en el marco de la concesión para la que fueron autorizadas, circunstancia que deberá ser acreditada fehacientemente por el interesado. Resolución 722/11 1º) Declárese área de restricción para la construcción de nuevas perforaciones a la superficie correspondiente a la cuenca hidrológica del Río Tunuyán en su Tramo Superior, según descripción georeferenciada adjunta... 2º) En el área de reserva dispuesta en el artículo precedente, sólo se podrá tramitar solicitudes de permiso de perforación que procuren el remplazo de un pozo de igual característica que se encuentre en uso en la misma propiedad durante el último año. Si bien fue centro de fuertes críticas por la doctrina especializada y de planteamientos judiciales, la Suprema Corte de Justicia de Mendoza la declaró constitucional (SCJMZA, S I ,causa N° 104.191 caratulada, caratulada “OSTROPOLSKY, CARLOS ALBERTO C/ DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN S/ ACC. INC.” 19/05/2014. Causan° 104.303 caratulados “Gualtallary S.A.c/D.G.I. S/ACC. INC.” y n° 104.183 caratulados “Kayders S.A. c/D.G.I. S/ACC. INC.”) Resolución 758/11 para los distritos de Alto Salvador, Chapanay, Montecaseros y Tres Porteñas del Departamento de San Martín 3º) Autorícese única y exclusivamente la construcción de una nueva perforación, cuando la misma sea en remplazo de una existente en funcionamiento o fuera de servicio ubicada en el mismo predio...

Hasta aquí este sistema de reemplazos no hace más que ofrecerle al concesionario la posibilidad de readaptar o reubicar su derecho frente a cualquier modificación que pudiese sufrir en cuanto a la calidad o cantidad de agua que extrae, pero todo ello dentro de la misma propiedad.

Esto no quedó acá. En el marco de la declaración de emergencia hídrica efectuada para todo el territorio de Mendoza en virtud de la ley 8318 del año 2011, el HTA, reglamentó el procedimiento para la obtención de permisos de perforación y concesiones de uso especial de aguas subterráneas regulado por la ley 4035 y 4036, con fundamento en la competencia que detenta en virtud del art 4 ley 4036, a través de la resolución 548/12. En virtud de esta resolución, facultó al SGI para abrir mediante convocatoria pública, un período para presentar solicitudes de permisos de perforación y concesión de uso especial de agua subterránea, previo ofrecimiento de un aporte pecuniario, requisito este último, excluyente y que deja afuera del sistema a quien carezca de recursos económicos para ese ofrecimiento. La grave consecuencia: solo los poseedores de recurso económicos podrán acceder al agua.

Ahora bien, en relación al principio en estudio, interesa esta resolución en tanto exceptúa de este régimen a las solicitudes de permisos de perforación que se construyan en reemplazo de otra existente. (art. 7 res. 548/12)

Es en este marco, que el SGI dicta la resolución 164/2013 donde reglamenta las condiciones para acceder a dicho permiso de perforación en reemplazo previsto por la resolución 548/12<sup>48</sup>. Así se estableció que dicha perforación a

48 Res. 548/12 Artículo 8º – Facúltese a Superintendencia a reglamentar las condiciones para acceder a un nuevo permiso de perforación en reemplazo de otra existente en la misma cuenca y/o acuífero. Mantendrán su vigencia las actuales Áreas de Restricción de Perforaciones y sus condiciones de acceso a nuevos permisos de perforación hasta tanto Superintendencia efectivice la reglamentación a que refiere el párrafo precedente. Entendemos que aquí el HTA realiza una indebida delegación de facultades, ello en tanto coloca en cabeza del Superintendente General de Irrigación la facultad de reglamentar las condiciones para acceder a un nuevo permiso de perforación en reemplazo de otra existente en la misma cuenca y/o acuífero. Es la Res. 164/13 consecuencia del ejercicio de dicha facultad delegada. De este modo, aquel procedimiento fijado por la Ley 4035 que en virtud de lo que dispone el art 4 de la Ley 4036 solo podría ser reglamentado por el HTA, ha quedado como consecuencia de dicha resolución en manos del Superintendente.

ofrecer en reemplazo no necesariamente debía estar en la misma propiedad, sino que “podía alumbrar agua de la misma cuenca, subcuenca y/o acuífero de la nueva a construir”<sup>49</sup>.

De este modo, quien se presentara a solicitar un permiso de perforación en el marco de este sistema, debía ofrecer una perforación, que sería cegada y reemplazada por la nueva a construir. Pero lo “novedoso” de este sistema lo encontrábamos en que dicha perforación podía estar ubicada en otra propiedad en tanto alumbrara agua de la misma *cuenca, subcuenca y/o acuífero*.

Si el principio de inherencia, conforme lo recepta nuestra legislación provincial supone que el derecho de aprovechamiento del agua es inseparable del derecho de propiedad sobre todo terreno y si el derecho de agua no puede ser embargado ni enajenado sino conjuntamente con el terreno para el cual fue concedido, surge un interrogante ¿es viable la resolución 164/13 en el marco de nuestra legislación? la negativa se impone<sup>50</sup>.

No podemos dejar de mencionar el hecho de que el sistema previsto por la mencionada resolución, supone que quien pretenda acceder a un permiso de perforación debe ofrecer una perforación en reemplazo que reúna los requisitos técnicos previstos por dicha resolución, y establece el procedimiento administrativo a seguir para obtener dicho permiso, pero olvida reglamentar como debe el particular conseguir dicha perforación a ofrecer en reemplazo.

Este vacío legal trajo como consecuencia que el particular renunciara a su derecho a cambio de un precio, nada impensado en una provincia donde el agua constituye un recurso escaso, que llevan a la misma reflexión que surge de la resolución 548/12: el agua en manos de unos pocos, de aquellos que poseen los recursos económico como para poder pagar ese precio, generando así un “mercado negro” del agua<sup>51</sup>. Entendiendo por éste, a aquellas operaciones de

49 Resolución 164/2013 SGI. Art 2 Aquí incorpora la noción de subcuenca que no estaba prevista en la Res. 548/12 sin delimitarla técnicamente ni indicar cuál será el criterio para aplicar este y no otro.

50 Con la Res. 1216/15 de SGI la aplicación de la cuestionada Resolución se suspendió por el plazo de trescientos sesenta días en la Porción Norte de la Cuenca Valle de Uco (Tupungato) y paralizó los trámites iniciados de solicitud de permisos de perforación en dicha área salvo los de perforaciones a reemplazar dentro de la misma unidad productiva.(Fecha de Publicación en BO 26/11/15).

51 Prueba de las consecuencias negativas de una deficiente regulación de este procedimiento son los números

compraventa de agua o intercambio de derechos, “donde el particular enajena voluntariamente, ya sea en forma definitiva o temporal, su prerrogativa de uso del agua a otro particular”<sup>52</sup>.

El art 8 de la resolución 164/13 regula a su vez, que el SGI en la resolución que otorga el permiso de perforación se pronuncie sobre la renuncia. Merece la atención este punto, ya que el trámite que se prevé por esta resolución supone que tenemos un particular que está renunciando a un derecho en favor de otro particular, que es aquel que ofrece la perforación en reemplazo.

Siendo la renuncia un modo de extinguir derechos de uso especial de agua (art 31 y 32 ley 4035)<sup>53</sup> y siendo que nuestra legislación no prevé la cesión de derechos de agua ni gratuita ni onerosa, no vemos como un particular puede renunciar al derecho de aguas que titulariza a favor de otro particular. Siendo que el dicho caudal debería revertir al Estado, que es quien tiene el dominio de dicho bien, y ser éste quien disponga del mismo, respetando de este modo el orden de prioridades fijado por ley.

Aquí vemos como existe un particular que renuncia a su derecho a favor de otro particular por un precio. Surge otro interrogante ¿puede, en el marco de la legalidad, un particular renunciar a su derecho y reasignarlo a su propio arbitrio? Nuevamente la negativa se impone.

Si bien estas resoluciones hablan de reemplazar “perforaciones”, lo que finalmente se reemplazan son derechos de uso de agua. Como consecuencia en el otorgamiento del nuevo derecho de uso no solo se desconocen las prioridades legales, otorgándole el derecho aquel que primero consigue valerse del mismo

aviso clasificado de compra venta de derechos que surgen en los diarios locales, con cifras elevadas y sin posibilidad de encuadrar dicha compraventa en un contrato valido, ya que el objeto del mismo es un bien de dominio público, que entre sus caracteres tiene el ser inenajenable. (Diario Los Andes, Sección Clasificados Inmuebles, Compra Venta, Fincas, Propiedades Rurales donde se Ofrece Derecho de Pozo con Valor de venta en DÓLARES CIEN MIL. Fecha 18/09/16; valor de venta U\$S 25 mil fecha 24/03/17).  
52 MARTIN, Liber; ANDINO, Mónica M. y PINTO, Mauricio. Mercados de Agua y su implementación jurídica. Op cit. Pág. 8.

53 No podemos dejar de mencionar que la renuncia es una causal de extinción de la concesión de uso, y cuya facultad para resolver sobre la misma se reservó el HTA (art 4 inc c) ley 4036), vemos así una nueva delegación realizada por este órgano a favor del SGI.

para su reemplazo, sino que además la deficiente regulación de la normativa en examen llevó a la comercialización de derechos de uso de un bien de dominio público, como es el agua subterránea.

De esta manera, concluimos que el sistema de reemplazos creado por el DGI a la luz de las estudiadas resoluciones en su carácter de administrador del recurso hídrico provincial, resulta claramente Inconstitucional<sup>54</sup>. El régimen instaurado por estas resoluciones lejos de flexibilizar el principio de inherencia, derivó prácticamente en su derogación, instaurando un mercado ilegal de derecho de aguas subterráneas.

Recientemente el SGI dictó la resolución 898/17 (BO 17/07/2017) en concordancia con lo expuesto, de manera expresa reconoció, en lo que hace al tema de estudio, que el régimen creado por la resolución 164/13 dio lugar a un tráfico de derechos de uso de aguas subterráneas al margen de la legalidad<sup>55</sup> y en consecuencia ordenó la elaboración de un nuevo marco reglamentario de las leyes 4035, 4036 y decreto reglamentario 1839/74. Asimismo dispuso la suspensión por un período de tiempo (180 días) de la admisión de toda nueva solicitud de permiso de perforación en áreas de restricción como de la tramitación de los permisos pendientes de resolución (art. 4 res 898/17 SGI).

Como prueba del fracaso de este sistema de reemplazo instaurado por la resolución 548/12 de HTA y resolución 164/13 del SGI, el HTA dispuso mediante resolución 391/17 (BO 14/07/2017) la suspensión por 180 días de la resolución 548/12 del HTA.

**II. Resolución 899/17 SGI (BO 17/07/2017):** el DGI, siguiendo la postura más flexible de interpretación de este principio en lo que hace a aguas subterráneas, a través de su SGI, reglamentó un supuesto de “reubicación” que podríamos asimilar al previsto por el art. 123 de la ley de aguas ya comentado.

A través de esta resolución se reglamentó el procedimiento para tramitar una autorización con miras a sustituir perforaciones que se encuentren debi-

54 A la fecha de publicación de este artículo se encuentra pendiente de resolución ante la Suprema Corte de Justicia de Mendoza – Sala I, una acción autónoma de inconstitucionalidad contra la Res 164/13 de SGI en autos N° 13-03919993-3 caratulados “RICHARTE DARIO FLORIAN C/ DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACION P/ ACCION DE INCONSTITUCIONALIDAD”.

55 Considerando Res. 898/2017 de SGI.

damente registradas, en una propiedad o unidad productiva que se encontrara proyectada con anterioridad a esa solicitud, cuando por motivos técnicos el caudal autorizado se haya visto alterado, por haber sufrido alguna afectación en la cantidad y/o calidad del recurso hídrico (art. 1 resolución 899/17)

Este sistema supone la posibilidad de reubicar una perforación “fallida” dentro de una misma propiedad o unidad productiva, con la finalidad de hacer efectiva la extracción de agua subterránea que fuera oportunamente registrada.

En el supuesto en estudio, la reubicación de una perforación dentro de la misma propiedad, no genera mayores controversias debido a que no atenta contra el principio de inherencia, vemos que el derecho de uso de agua se mantiene en la misma propiedad para la cual fue originariamente otorgado.

Pero esto pareciera no estar tan claro en relación al supuesto que prevé la norma de sustituir la perforación en una “Unidad Productiva”, entendiéndose por tal:

“... aquellas propiedades que no teniendo igual nomenclatura catastral, sean colindantes, pertenezcan al mismo titular registral, y donde el derecho se utilice para igual destino o de rango superior de acuerdo a lo dispuesto por art. 4 de la ley N° 4035 y no implique ampliación del caudal concedido” (Art 2 Res. 899/17).

A diferencia del art. 123 de la ley de aguas, donde se debate sobre si se está frente a una nueva concesión o no, en este supuesto, la norma expresamente establece que dicha autorización para reubicar la perforación no importa en ningún caso el otorgamiento de nuevo permiso y/o concesión ni ampliación de concesión, con fundamento en que no afecta el balance del acuífero ni derecho de terceros<sup>56</sup>.

Si adoptáramos una postura extremadamente rígida para interpretar el principio de inherencia, seguramente cuestionaríamos la viabilidad jurídica de éste supuesto previsto por la resolución 899 de SGI. Pero siendo que el espíritu de la norma coincide con la finalidad perseguida por el legislador, quien al adoptar este principio de política hídrica para nuestra Provincia, buscó princi-

56 Considerando Res. 899/2017 de SGI.

palmente asegurar la subsistencia de la unidad agrícola generada en una zona árida como la de Mendoza y que principalmente no supone el otorgamiento de una nueva concesión desatendiendo las prioridades legales, la postura más flexible se impone.

Como sostiene Batista Medina en este caso:

“... el agua continúa unida a la tierra si se toma como punto de referencia la totalidad del área de riego. [...] Así nos encontramos ante una modalidad mucho menos rígida de adscripción del agua a la tierra, lo que permite un mayor control individual de aquella y que su asignación interparcelaria sea más flexible”<sup>57</sup>.

## 6. Conclusiones

El principio de inherencia constituye un principio de política hídrica aceptado por la mayoría de las provincias argentinas. Todas aquellas provincias que han regulado sobre uso y aprovechamiento del recurso hídrico público, lo han recepcionado en sus legislaciones, algunas de manera más flexibles que otras, priorizando aquellas la reasignación y uso eficiente del recurso por sobre la seguridad jurídica.

En el caso de la Provincia de Mendoza, pionera en materia de legislación hídrica, el principio de inherencia se encuentra fuertemente arraigado en lo que hace al uso y aprovechamiento del agua de dominio público. Si bien hay una tendencia a concebirlo de manera más flexible, de la cual la autoridad administrativa encargada de la gestión del recurso parece cada vez más hacerse eco, ésta no puede tener lugar al margen de la legalidad.

Coincidimos con Batista Medina en que sin llegar a disociar completamente ambos recursos (suelo y agua) se pueden encontrar fórmulas intermedias que permiten asignar de modo más eficiente una cantidad de agua limitada<sup>58</sup>.

Si bien las normas hídricas que receptan este principio al momento de su sanción no tuvieron en miras las aguas subterráneas, porque las mismas no

57 BATISTA MEDINA, José Antonio. Op. cit. Pág. 192.

58 *Ibidem*. Pág. 169.

pertenecían al dominio público del Estado, en el régimen jurídico actual, este principio se aplica también a esta categoría de aguas. Es por ello que la única manera en que un sistema de reemplazos como el previsto por la resolución 164/13 para las aguas subterráneas puede tener cabida en nuestra provincia, es mediante una reforma legislativa que permitiera, entre otras cosas, instaurar un sistema de mercado de derecho de aguas, cosa que no ha ocurrido.

“Si bien dichos mercados constituyen un mecanismo para la asignación (o reasignación) de derechos de agua, interesante en situaciones de escasez socioeconómica de agua y en períodos de sequía”

no resultan viables en el marco de nuestra legislación actual<sup>59</sup>. Resultan así una alternativa a otros sistemas donde, lejos de librar los acuerdos a los mismos interesados, las operaciones de transferencias de derechos son decididas y ejecutadas unilateralmente por el Estado a través de los institutos expropiatorios que habilita su imperio. Así, por ejemplo, la ley de aguas de mendoza encauza la posibilidad de la reasignación forzosa por decisión pública (art 117):

“... de esta forma, para reasignar una concesión bastará el trámite expropiatorio en base a la declaración de utilidad pública que fija este artículo, o en base a una declaración especial de utilidad pública en caso que no se trate de un uso prioritario según los artículos 115 y 116 de dicha norma”<sup>60</sup>.

La resolución 164/13 se dictó en el marco de la declaración de emergencia hídrica provincial, situación que deja escaso margen para la asignación de nuevos permisos, coincido con Hernández Mora y De Estefano en que, un mecanismo disponible legalmente para reasignar derechos de usos de agua lo es a través de la revisión concesional, donde la recuperación y reasignación de volúmenes significativos de agua mediante la caducidad o revisión concesional

59 HERNÁNDEZ MORA, Nuria y DE ESTEFANO, Lucía. “Los Mercados Informales de agua en España: una primera aproximación”. En: EMBID IRUJO, A. (Dir.). *Uso del Agua (concesiones, Autorizaciones y Mercados de Agua)* 1ª ed. Zaragoza, España: Thomson Reuters Legal, 2013. Pág. 375-407.

60 MARTIN, Liber y otros. Op. cit.

son una posibilidad contemplada en nuestra legislación pero poco utilizada por la administración<sup>61</sup>.

Vemos así como el DGI, Autoridad del agua en Mendoza, pudo recurrir a diversos mecanismos previstos legalmente para una mejor asignación o reasignación de derechos de agua en pos de una mayor eficiencia del recurso hídrico.

Es por ello que concluimos en que el régimen previsto por la resolución 164/13 de SGI lejos está de ser una mera “flexibilización” del principio de inherencia –como si se lo vemos en la reciente resolución 899/17 de SGI– sino su completo desconocimiento.

A través del sistema que el DGI instauró y cuyas falencias ha comenzado a reconocer, terminaba siendo el particular, en tanto mero usuario del recurso, quien llevaba adelante esta reasignación a favor de aquel que tiene mayores recursos económicos como para poder pagar el precio que éste asigna a tal derecho. De esta manera el derecho de uso de agua ya no resulta inherente a la tierra o industria a favor de quien se otorga, sino que el individuo se comporta como dueño disponiendo onerosamente de él, enajenándolo de manera independiente del terreno y cuya transacción se hace sin control por parte de la autoridad administrativa.

Resta por esperar cuál será el destino final de estas resoluciones hoy suspendidas en su aplicación, como así también cual será el nuevo régimen reglamentario que vendrá a suplantar a estas dos normas tan controvertidas.

## 7. Bibliografía

Argentina. Ley 4035

BATISTA MEDINA, José Antonio. “Respondiendo a la escasez del agua de riego: cambio institucional y mercado de agua. Estudio de un caso en las Islas Canarias”. Revista española de economía agraria [en línea]. 1996, N°. 175, p 167–198. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/115686>

DIAZ ARAUJO, Edgardo y BERTRANOU, Armando. Investigación sistémica sobre regímenes de gestión del agua. El caso de Mendoza. Argentina. Suecia: Global Waterpartnership, SouthAmerica, Asociación Mundial del Agua, SAMTAC Comité Técnico Asesor Sudamérica. Pág. 87. [Fecha de

61 *Ibidem*.

consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: <http://www.cepal.org/samtac/noticias/documentosdetrabajo/1/23421/inar00304.pdf>

DONOSO, Guillermo y otros. Mercados de derechos de agua: experiencias y propuestas en América del Sur. Naciones Unidas, CEPAL: Santiago de Chile, 2004. Serie Recursos Naturales e Infraestructura n° 80. Pág. 8.

[Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/6449/S0411891.pdf?sequence=1>

DUARTE, Lucio (Coord.) y otros. Hacia una estrategia para el manejo integrado del agua de riego en Argentina. 1er ed. Buenos Aires: Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca de la Nación, 2010. Pág. 51. Disponible en Web: [https://issuu.com/comunicacionydifusionucar/docs/hacia\\_una\\_estrategia\\_para\\_el\\_manejo](https://issuu.com/comunicacionydifusionucar/docs/hacia_una_estrategia_para_el_manejo)

HERNANDEZ MORA, Nuria y DE ESTEFANO, Lucia. *“Los Mercados Informales de agua en España: una primera aproximación”*. En: EMBID IRUJO, A. (Dir). *Uso del Agua (concesiones, Autorizaciones y Mercados de Agua)* 1er ed. Zaragoza, España: Thomson Reuters Legal, 2013.

Leyes de Aguas provinciales

- Catamarca. Ley de Aguas 2577. Decreto 2142/74.
- Chaco. Código de Aguas del Chaco Ley 3230, decretos 170 y 174 de 1990.
- Chubut. Código de Aguas Ley 4148, decreto 216 de 1998.
- Córdoba. Ley 5589 Código de Aguas para Córdoba
- Corrientes. Constitución Provincial Capítulos XI y XII.
- Entre Ríos. Ley 9172 Código de Aguas, decreto 7547 de 1999.
- Formosa. Ley 1296 Código de Aguas.
- Jujuy. Artículo 75 de la Constitución Provincial. Ley 161.
- La Pampa. Ley 155 de Conservación del Suelo Agrícola.
- La Rioja. Ley 4295 Código de Aguas
- Mendoza. Constitución Provincial. Ley de Aguas del año 1884.
- Misiones. Ley 1838 Código de Agua.
- Río Negro. Ley 2952 Código de Aguas.
- Neuquén. Ley 899 Código de Aguas.
- Salta. Ley 7017 Código de Aguas de la Provincia de Salta
- San Luis. Ley VI-0159-2004 Código de Aguas de San Luis.
- San Juan. Constitución provincial. Ley 4392 Código de Aguas.
- Santa Cruz. Ley 1451 Código de Aguas.
- Santiago del Estero. Ley 4869 Código de Aguas.

- Tucumán. Legislatura Provincial Ley 7139 Ley de Aguas Publicada: 27/06/2001.
- MARTIN, Liber; ANDINO, Mónica M. y PINTO, Mauricio. Mercados de Agua y su implementación jurídica. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: [http://www.ina.gov.ar/pdf/ifrrhh/01\\_014\\_Martin.pdf](http://www.ina.gov.ar/pdf/ifrrhh/01_014_Martin.pdf)
- MATHUS ESCORIHUELA, Miguel y MAGNANI, Cesar. "Agua y Derecho". En: MATHUS ESCORIHUELA, Miguel. (Dir.) *Derecho y Administración de Aguas*. Mendoza: Zeta Editores, 2007.
- MATHUS ESCORIHUELA, Miguel y ANDINO, Marcela "Uso de las Aguas Públicas y Privadas". En: MATHUS ESCORIHUELA, Miguel. (Dir.) *Derecho y Administración de Aguas*. Mendoza: Zeta Editores, 2007.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Industria (FAO). Estudio del Potencial de Ampliación de Riego en Argentina. Buenos Aires: ONU, 2015. Pág. 34. ISBN 978-92-5-308995-6. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: <http://www.fao.org/3/a-i5183s.pdf>
- PINTO, Mauricio "Mercados de agua y su posible implementación jurídica". La Ley Gran Cuyo. Tº 2004. Buenos Aires. La Ley.
- PINTO, Mauricio y MARTIN, Liber. "Los mecanismos legales de acceso al agua en las provincias áridas del oeste argentino: principios y características comunes" Revista Facultad Ciencias Agrarias. Mendoza: Universidad Nacional de Cuyo, 2015, vol.47 no.1 jun. 2015. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: <http://revista.fca.uncu.edu.ar/images/stories/pdfs/2015-01/Pinto.pdf>
- PINTO, Mauricio. "Instrumentos Jurídicos de Gestión de la demanda hídrica en escenarios de escasez". En: VI Jornadas de Riego y Fertirriego. Mendoza: 2012. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: [http://www.riegoyfertirriego.com.ar/VI\\_Jornadas/VI\\_JARF\\_TrabajosCompleto/Pinto.pdf](http://www.riegoyfertirriego.com.ar/VI_Jornadas/VI_JARF_TrabajosCompleto/Pinto.pdf)
- PINTO, Mauricio. "Estrategias de adaptación al cambio climático desde la Política y Legislación de Aguas en Argentina". En: Actas de Derecho de Aguas N° 2, 2012, pág. 179. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: [https://www.researchgate.net/profile/Mauricio\\_Pinto/publication/291357140\\_Estrategias\\_de\\_adaptacion\\_al\\_cambio\\_climatico\\_desde\\_la\\_politica\\_y\\_legislacion\\_de\\_aguas\\_en\\_Argentina/links/56a2ab8c08aef91c8c0f13e0.pdf?origin=publication\\_detail](https://www.researchgate.net/profile/Mauricio_Pinto/publication/291357140_Estrategias_de_adaptacion_al_cambio_climatico_desde_la_politica_y_legislacion_de_aguas_en_Argentina/links/56a2ab8c08aef91c8c0f13e0.pdf?origin=publication_detail)
- PINTO, Mauricio; ROGERO, Gladys; ANDINO Marcela. *Ley de Aguas de 1884 Comentada y Concordada*. Mendoza: Departamento General de Irrigación, 2006.
- RETA, José. "Anexo 6- Argentina (provincia de Mendoza)". En: GARDUÑO, Héctor (Coord.) Administración de derechos de agua Experiencias, asuntos relevantes y lineamientos para FAO, Roma, 2003, Pág. 264-265. [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Disponible en Web: <ftp://>

<ftp.fao.org/docrep/fao/006/y5062s/y5062S06.pdf>

- RUIZ FREITES, Santiago. "Legislación y Administración de Aguas en Mendoza". En MATHUS ESCORIHUELA, Miguel. (Dir.) *Derecho y Administración de Aguas*. Mendoza: Zeta Editores, 2007.
- SCJMza. Expediente: 31259 caratulado "HIJOS DE RODOLFO GRAGAGNOLO S.R.L. / DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN". 1974-03-21. Ubicación: S133-147.
- SCJMza. Expediente: 29547 caratulado "ÁLVAREZ, SECUNDINO Y OTRA / DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN". Fecha: 1970-08-10. Ubicación: S116-229.
- SCJMza. S. I., causa N° 104.191 caratulado, caratulada "OSTROPOLSKY, CARLOS ALBERTO C/ DEPARTAMENTO GENERAL DE IRRIGACIÓN S/ ACC. INC." 19/05/2014.
- SCJMza. Causa n° 104.303 caratulado "Gualtallary S.A. c/D.G.I. S/ACC. INC".
- SCJMza. Causa n° 104.183 caratulado "Kayders S.A. c/D.G.I. S/ACC. INC".
- SPOTA, Alberto. *Tratado de Derecho de Aguas*. Tomo II. Buenos Aires: Editor Jesús Menéndez, (1941)
- TORCHIA, Noelia. "Las clases de aguas y su regulación/régimen legal de las aguas subterráneas". En: MATHUS ESCORIHUELA, Miguel. (Dir.) *Derecho y Administración de Aguas*. Mendoza: Zeta Editores, 2007.