

Los mecanismos legales de acceso al agua en las provincias áridas del oeste argentino: principios y características comunes

Legal mechanisms of access to water in arid regions of western Argentina: principles and common features

Mauricio Pinto ¹, Liber Martín ²

Originales: *Recepción: 08/09/2014 - Aceptación: 06/04/2015*

RESUMEN

El artículo efectúa un análisis dogmático y exegético de las instituciones jurídicas sobre acceso al agua en las provincias áridas del oeste argentino para determinar similitudes y diferencias entre las regulaciones. Estas características se indagan vinculadas con el carácter centralizado o descentralizado del acceso al agua para inferir una serie de principios comunes que pueden ser utilizados como criterios de interpretación y constituyen fuente del derecho en caso de insuficiencia o silencio del ordenamiento positivo. Las conclusiones revelan similitudes en torno al carácter marcadamente centralizado de la asignación y reasignación del agua con fines productivos, siendo principios constantes la exigencia de título administrativo y la definición volumétrica del contenido concesional por parte de la autoridad pública competente. Contrariamente, la regla es la descentralización, en materia de usos comunes vinculados con la subsistencia, pudiendo las personas usar en forma libre y gratuita el recurso hídrico, con prioridad frente a las utilidades productivas.

Palabras clave

acceso al agua • concesión • permiso • principios jurídicos

1 Facultad de Ciencias Agrarias. Universidad Nacional de Cuyo. Alte. Brown N° 500, Chacras de Coria, Mendoza, Argentina, M5528AHB. mpinto@fca.uncu.edu.ar

2 Facultad de Derecho. UNCuyo. Centro Universitario, M5500JMA, Mendoza, Argentina. libermartin@hotmail.com

ABSTRACT

The article makes a dogmatic and exegetical analysis of legal institutions on access to water in arid regions of western Argentina in order to determine similarities and differences between the various regulations. These features are explored linked to the centralized or decentralized character of access to water in order to infer a set of common principles in the regulation of access to water, allowing their use as criteria for interpretation and as a source of law in the event of lack of positive regulation. The findings reveal similarities concerning to the markedly centralized character of allocation and reallocation system of water for economic uses. Also the requirement of permits or administrative titles and the volumetric definition of the water right by the competent public authority emerges as a clear trend. Concerning domestic or free uses, the rule is decentralization, meaning people do not require permit and can do it for free, with priority over productive uses.

Keywords

water use • water rights • permit • legal principles

INTRODUCCIÓN

El régimen federal argentino constituye un *príus* que determina una heterogeneidad de textos normativos en relación con el uso de las aguas, cuya regulación es una facultad de cada provincia.

Dentro de las provincias ubicadas en la zona árida del oeste argentino, se resaltan las regulaciones de Mendoza (Ley de Aguas/1884-LAgM- y Ley de Aguas Subterráneas 4035/1974-LAgSuM-), San Juan (Ley 4392/1978-Código de Aguas-CAgSJ-), La Rioja (Ley 4295/1983-Código de Aguas-CAgLR-), Catamarca (Ley de Aguas 2577/1973-LAgC-), Salta (Ley 7017/1998-Código de Aguas-CAgS-) y Jujuy (Ley 161/1950-Código de Aguas-CAgJ-). En este universo, se contemplan particularidades regulatorias que varían de provincia a provincia, aunque en todos los casos se estatuyen instituciones genéricas -como el permiso y/o la concesión- que encauzan la forma de adquirir y ejercer los derechos sobre el uso del agua.

Objetivo

Determinar los principios y características comunes de dichas regulaciones, entendiendo por "principio" aquellas proposiciones de contenido inconcreto que funcionan como criterio fundamental o punto de partida de un sistema (19), y que presentan una triple función: actúan como fundamento del ordenamiento jurídico (fuente de las fuentes); como orientadores de la interpretación (como criterio interpretativo de las leyes); y como fuente en caso de insuficiencia del ordenamiento positivo (como elementos de integración del derecho) (5).

MATERIALES Y MÉTODOS

Sobre la base de un diseño metodológico observacional no experimental basado en el uso de estrategias cualitativas, se ha

concretado el estudio y correlación de las instituciones jurídicas sobre acceso al uso del agua en las provincias áridas del oeste argentino (Mendoza, San Juan, La Rioja, Catamarca, Salta, Jujuy), practicándose un análisis dogmático y exegético de las mismas para establecer correlaciones que determinen similitudes y diferencias entre las distintas regulaciones propias de cada ámbito local, en la búsqueda de características y principios jurídicos comunes.

Los aspectos referidos a niveles de eficacia normativa se basan en entrevistas a personas claves -principalmente funcionarios de los organismos estatales y de las organizaciones de usuarios, y profesionales afines a la materia- desarrolladas bajo un modelo metodológico semiestructurado, en el cual, a la vez que se requería opinión sobre aspectos normativos concretos previamente seleccionados en el cuerpo jurídico bajo estudio, se ampliaba el contenido del relevamiento hacia aspectos de interés que surgían de las propias respuestas de los entrevistados.

RESULTADOS

Centralización estatal e intervencionismo público en la asignación de usos especiales

El análisis del régimen de las aguas en la región andina argentina permite afirmar que, condicionado por la escasez, el mismo se ha estructurado principalmente a partir de un sistema de asignación del uso del agua centralizado, de tipo concesional, donde el Estado establece por ley la priorización de las actividades a las que debe asignarse el agua, y concede el uso del recurso mediante permisos y/o concesión que no resultan libremente disponibles por los usuarios o beneficiarios.

Así, por ejemplo, es un principio general validado uniformemente en todas las legislaciones bajo análisis, que nadie puede hacer uso especial del agua pública sin la debida autorización -mediante permiso o concesión- de autoridad competente (arts. 110 y 130 LAgM; art. 18 CAgSJ, art. 47 CAgLR; art. 5 LAgC; 25, 142 y 319 CAgS; art. 4 y 10 CAgJ).

Este fuerte determinismo estatal en relación con el agua pública es también palpable en el rol director que asume el Estado al disponer qué usos particulares resultan socialmente prioritarios frente a la concurrencia de demandas (art. 115 LAgM, art. 31 CAgSJ, 76 CAgLR; art. 6 LAgC; art. 24 CAgS; art. 5 CAgJ), y estipular el destino territorial de ciertas áreas para el regadío u otros usos (art. 195 Const. Mendoza y Ley 8051 de esa provincia), existiendo en consecuencia una vinculación entre las regulaciones hídricas y territoriales (13).

En esa misma línea, las aguas deben ser objeto de un uso múltiple, armónico y coordinado bajo una planificación estatal (arts. 7, 9, 18 CAgLR; arts. 8 y 9 CAgS) que puede disponer en ciertas áreas territoriales la asignación forzosa de concesiones a los usuarios, incluso en forma contraria a sus voluntades y con carácter irrenunciable (art. 41 y 121 CAgLR), contemplándose inclusive la expropiación de las tierras inadecuadamente explotadas o sin explotación y su reasignación para el regadío a otros usuarios (arts. 35 y 54 LAgC).

La tendencia observada también se manifiesta en el otorgamiento concesional como una prerrogativa discrecional de la autoridad pública, congruente con el tradicional principio de concesión rogada (10, 18), según el cual las solicitudes de concesión pueden ser denegadas fundamentalmente incluso existiendo disponibilidad hídrica (art. 60 CAgLR); solución

legal que es contraria a otros paradigmas regionales, caso que ocurre en el régimen chileno (23). Acorde a ello, en ciertos casos se han efectuado reservas de caudales para ser destinados a un uso prioritario (Ley 931 de Mendoza); o se ha previsto en forma genérica la posibilidad de efectuar reservas de caudales que impiden el trámite de nuevos usos (art. 23 LAgSuM; arts. 11 a 13 CAgLR; Ley 8837 y Resolución 203/11 IPALAR de La Rioja, arts. 10 a 13 CAgS).

Esta fuerte intervención estatal sobre el uso privativo de las aguas se encuentra vinculada con el interés público que justifica la naturaleza pública de las mismas, interés que en definitiva es el fundamento y presupuesto genérico universal de cualquier utilización privativa de bienes públicos (9). El referido interés público que justifica la concesión de agua, conlleva que la misma no genere sólo un derecho, sino también obligaciones de uso efectivo, y es por ello que la no utilización de las aguas en el fin previsto implica un incumplimiento que ocasiona la caducidad del derecho, lo que puede considerarse otro principio que se identifica por su constante presencia en los sistemas en análisis (arts. 16 y 133 LAgM, art. 35 LAgSuM; arts. 93, 109, 137 y 139; CAgSJ; art. 111 CAgLR; arts. 35, 74, 87, 202 y 203 LAgC; art. 40, 76, 85, 98, 111 y 124 CAgS; art. 50 y 67 CAgJ).

La prescripción para adquirir el derecho al uso especial de agua, en cambio, no ha sido incorporada en las legislaciones de la región como un mecanismo válido de acceso al agua, siendo entonces un principio general que la asignación del recurso no se produce de manera descentralizada, según la espontaneidad individual de los integrantes de la sociedad que comienzan un uso productivo del agua. Como se ha mencionado, la prohibición de

usos sin concesión o permiso impide este mecanismo socialmente descentralizado de asignación de caudales.

Esta apreciación ha sido particularmente receptada por la jurisprudencia, habiendo expresado que “la prescripción adquisitiva como fuente de nacimiento de un derecho de uso especial de aguas públicas sólo es admisible cuando la ley la hubiere autorizado expresamente y ello a su vez porque 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. [...] El hecho de que el inmueble del interesado haya sido regularmente abastecido, en igualdad de condiciones con los demás regantes de la hijuela Paramillo, no bonifica su título por el solo transcurso del tiempo, porque ello no es posible en la legislación de aguas de Mendoza” (Suprema Corte de Justicia de Mendoza, in re Morales, Ramón c/Depto. Gral. de Irrigación p/Cont. Adm., sentencia del 24/03/1977).

Aunque el transcurso del tiempo no genera derechos, diversos preceptos dan pautas de que la regularización de usos irregulares no es extraña en los sistemas jurídicos (Ley 1920 de Mendoza, art. 319 CAgS; art. 54 CAgLR; art. 229 LAgC; art. 319 CAgS; arts. 225, 285 y ss. CAgJ), solución que puede resultar desalentadora del respeto a las prácticas y acuerdos formalizados legalmente.

Centralización de la reasignación de agua

No sólo la asignación del agua se presenta centralizada en el ámbito en análisis, sino que la reasignación también ha sido por regla concentrada en la decisión pública: es otro principio

uniforme que cuando fuera necesaria la reasignación del recurso hídrico entre distintos actores, corresponde al Estado recuperar los derechos otorgados por vía expropiatoria, y asignar los mismos a los nuevos usuarios que lo requieran.

Para ello, las legislaciones contemplan que, previa indemnización, los aprovechamientos de aguas públicas pueden ser expropiados a favor de otro aprovechamiento que se considere prioritario por su mayor utilidad pública (art. 117 LAgM; art. 34 LAgSuM; art. 75 LAgSJ; art. 113 CAgLR; art. 10 y 14 LAgC; art. 35 CAgS; art. 14 y 15 CAgJ).

Se excluyen, entonces, mecanismos de mercado de derechos, basados en la libre disponibilidad entre particulares para reasignar sus concesiones, en contraste con el paradigma de otras latitudes cercanas (22). Aún así, como se expondrá infra, la transferibilidad de los derechos en la región ha sido desarrollada de manera limitada por la intervención estatal.

Sin embargo, la eficacia de la expropiación reasignatoria que se refiere está lejos de ser una realidad. Una revisión exploratoria no ha arrojado la existencia de operaciones expropiatorias; con excepción de la Ley 931 de Mendoza, de 1927, que dispuso expropiar derechos de uso agrícola que existían sobre el Río Blanco para su destino al uso poblacional, aunque tal tramitación nunca fue efectivizada por la autoridad administrativa.

Contrariamente, en ocasiones simplemente se otorgan caudales para usos prioritarios en perjuicio de las disponibilidades asignadas a los derechos preexistentes, acción que muchas veces es facilitada por la falta de formalización de los balances de ofertas y demandas de agua, como se analizará infra.

Incluso, esta realidad ha sido asumida en algunas de las legislaciones de aguas

del ámbito analizado, donde se sujetan las concesiones preexistentes a limitaciones sin previa indemnización, en la medida necesaria para cubrir el uso especial de abastecimiento poblacional (art. 12 LAgC), o se contemplan reservas para usos poblacionales sobre caudales fuertemente comprometidos por usos preexistentes (Ley 931 de Mendoza; art. 36 CAgJ).

En esta misma línea, también se contemplan situaciones legales donde las cuencas han sido declaradas formalmente agotadas por ley o actos administrativos fundados en ley, y consiguientemente se ha prohibido el otorgamiento de nuevas concesiones, aunque tal prohibición se ha limitado únicamente a uno de los usos -agrícola- y no a los restantes (arts. 123 y 124 CAgSJ), o excepcionalmente se admiten nuevos otorgamientos frente a la formalidad de la renuncia de usos que no eran efectivamente suministrados (Art. 23 LAgSM y Resol. 164/13).

La formulación en el derecho sanjuanino de la referida prohibición de otorgar nuevos usos agrícolas, y la fijación de un procedimiento de reapertura para nuevas concesiones agrícolas sólo cuando exista comprobación científica de la oferta (art. 129 CAgSJ), contrasta con la regulación explícita de un derecho a favor de las poblaciones para que se le conceda el uso del agua pública necesaria (art. 65 CAgSJ).

La ineficacia del régimen de reasignación ha dado lugar a mecanismos sustitutivos de la expropiación, los que procuran destinar aportes económicos -más que a la indemnización de usuarios expropiados- a la generación de nuevas ofertas que permitan satisfacer las nuevas demandas. Es el caso de la Resolución 477/00 HTA (Honorable Tribunal Administrativo del Departamento General de Irrigación) en Mendoza, donde en base

a una mayor disponibilidad del recurso por obras públicas de eficientización, se convoca a interesados en nuevos usos, debiendo los beneficiados afrontar el costo de dichas obras (15); solución que se separa de otras regulaciones, donde los nuevos caudales generados se destinan a las concesiones existentes (art. 33 CAgS; art. 54 LAgC; art. 186 CAgJ).

Casos de modulación en la centralización de la reasignación del agua

A pesar de la marcada centralización de la asignación y reasignación del agua para usos especiales en la decisión estatal, existen algunas previsiones normativas que dan cuenta de cierta modulación en el principio de centralización vigente en la materia.

La posibilidad de transferencia de los derechos de uso de agua mediante cesión, aunque condicionada a la previa autorización administrativa, es prevista en los ordenamientos de la región para las concesiones en general (art. 82 y ss. CAgLR; art. 15 LAgC; art. 33 CAgS; art. 22 CAgJ) o para ciertas concesiones como la hidroeléctrica (107 CAgS).

Aún a pesar de estas conformaciones, que se producen a instancia y voluntad de los propios interesados y por ello implican cierto nivel de descentralización, el principio de centralización que se ha afirmado se encuentra notoriamente presente, siendo la intervención y -en definitiva- decisión estatal un elemento esencial en la configuración del sistema, lo cual es acorde al arraigo que en la región presenta la inherencia del derecho de uso de aguas al predio beneficiado como principio rector jerarquizado constitucionalmente (art. 186 Const. Mendoza; art.117 Const. San Juan; art. 65 Const. La Rioja; art.61 Const. Catamarca;

art. 83 Const. Salta; art. 75 Const. Jujuy). Con ello, 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 (12).

En otras ocasiones, en razón de mayores conveniencias en la explotación, se ha contemplado la posibilidad del titular de trasladar el derecho de aguas que lo beneficia a otro inmueble de su propiedad que presente mejores condiciones, sea de manera temporaria o definitiva (art. 132 y ss. CAgS), o incluso obtener el reemplazo de su concesión por una nueva a ser otorgada en otro inmueble (art. 123 LAgM; art. 63 LAgC), aunque tales posibilidades también dependen de la previa autorización pública.

En la Provincia de Mendoza, por otra parte, 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 LAgM). El desarrollo reglamentario de esta norma, inicialmente limitada exclusivamente a transferencias de caudales entre inmuebles del mismo propietario (Resol. 169/64 HTA), actualmente ha evolucionado hacia un sistema de "Banco de Aguas" mediante el cual la autoridad pública reasigna provisoriamente caudales que no se encuentran en uso por los concesionarios (12).

Centralización de la asignación de contenido a la concesión o permiso de agua

El uso del agua pública en el regadío se produce a partir de un título jurídico -permiso o concesión-; pero ¿qué volumen

de agua conlleva esa autorización? ¿el que requiere el usuario que utiliza sistemas de baja eficiencia, como el tradicional riego por manto? ¿o el que demanda el uso de tecnologías ahorrrativas- goteo, aspersión u otros- de menor consumo? La distinción es importante si se atiende que el análisis técnico demuestra la posibilidad de asignar distintos volúmenes frente a las actividades demandantes (11).

En el caso de la provincia de Mendoza, en toda concesión de aguas públicas se debe determinar la cantidad que corresponda (art. 122 LAgM), con un máximo para riego de hasta 1,5 l/ha/s (47.000 m³/ha/año). De esta forma, se 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 aquélla" (3).

La Ley 6105 de la Provincia de Mendoza, a su vez, regula un procedimiento para sustanciar tanto el balance hídrico como la revisión de las concesiones existentes; pero la consecuencia de este *iter* no puede ser un resultado estático, que consolide una prerrogativa inamovible de uso por un volumen, sino que se requiere una constante revisión en función de la evolución técnica y su impacto en las necesidades de la demanda (14). Con ello, se potencia la fijación de un volumen concesional que responda a las razonables pautas de uso que determinan las características agroecológicas de la explotación, y además da lugar a la revisión periódica de tales volúmenes, de acuerdo con las posibilidades de evolución tecnológica que se establezcan.

Se debe resaltar que este sistema de asignación volumétrica, sin embargo, presenta serias falencias en cuanto a su eficacia. Esa dotación por la cantidad suficiente para satisfacer las necesidades a que se destina, a pesar de los diversos estudios y documentos oficiales que suministran tal información propia del balance hidrológico, no ha impactado en la regulación efectiva de los derechos; nunca ha existido un pronunciamiento ni legislativo ni administrativo declarando consumado el aforo o balance (2, 14).

Siguiendo este mismo esquema de volumen relativo, adecuado a las necesidades de cada caso, la Provincia de La Rioja regula que el usuario debe recibir aguas de calidad y cantidad suficientes como para satisfacer los fines de la concesión (art. 58 CAgLR), y la dotación de aguas se entregará sobre la base de una tasa de uso beneficioso que, teniendo en cuenta la categoría de las concesiones, las condiciones de la tierra, del clima y de las posibilidades de la fuente, fijará la autoridad de aplicación para cada sistema (art. 134).

En la Provincia de Catamarca, aunque en principio se estipula un volumen fijo para ciertos usos (arts. 30, 38 y 82 LAgC), el agua debe ser utilizada racionalmente para obtener de ella el máximo beneficio (art. 4 LAgC), y en ése es posible modificar los volúmenes de las concesiones según los resultados de las experiencias en cada zona (arts. 39, 43 y 82 LAgC).

La Provincia de Salta también regula el volumen de agua que corresponde a cada concesión en función de las necesidades racionales de uso que fijará la autoridad pública sobre la base del régimen hidrológico de la zona, de la naturaleza y destino dado al agua, no pudiendo otorgarse en el caso de regadío un volumen superior a 0,525 l/s/ha. (arts. 46, 65, 71 y 88 CAgS).

En Jujuy, en esta misma línea, los concesionarios tiene derecho a recibir una dotación de agua que fijará en cada caso la Administración del Agua en base al régimen hidrológico de la zona y a la naturaleza del destino dado al agua, la época en que será permitida la utilización del agua, las condiciones ecológicas, ubicación y superficie del terreno a irrigar, el género de cultivo para que se otorga y los principios técnicos con sujeción a los cuales se va a regar (arts. 24 y 52 CAgJ), la que en el caso de regadíos no puede ser mayor que la necesaria para el uso concedido (art. 51 CAgJ) ni superar el máximo de 120 cl/ha./s (art. 52).

Diferenciándose de dichas regulaciones, en la Provincia de San Juan, en cambio, se establece un volumen fijo para todos los concesionarios agrícolas de 1,3 l/s/ha, independientemente de cualquier análisis particular, prohibiéndose expresamente establecer coeficientes diferenciales entre distintos usuarios sobre la base de las características de los usos (arts. 125 y 127 CAgSJ).

Este sistema, aunque simplifica notoriamente su implementación -ya que no depende de cálculos y estudios complejos-, y con ello potencia su eficacia, presenta sin embargo un límite claro en su eficiencia, ya que asignan volúmenes de agua sin atender las necesidades reales.

Este análisis normativo muestra que, como principio universal, la asignación volumétrica del contenido concesional es una potestad centralizada en la región; aunque existen particularizaciones, fundamentalmente en cuanto a si dicho volumen es estático e independientemente de las necesidades concretas, o si debe ser determinado en función de la oferta y demanda que se presenta en los casos concretos.

Esa potestad de determinar caudales en el caso concreto, es además la base de eventuales ajustes en baja de volúmenes ya otorgados en razón de que la concesión puede ser satisfecha con un menor volumen (4), lo que implica la revisión concesional ante situaciones sobrevinientes (6) sin que exista derecho a la inmutabilidad de volúmenes (7), lo que es un corolario del interés público que justifica el uso privativo del agua (1).

Centralización en la asignación de usos complementarios a los caudales concedidos

La centralización en la asignación del recurso hídrico también está presente a la hora de asignar usos complementarios a los caudales concedidos. Es decir, la intervención centralizada del Estado también está presente en aquellos casos en que un concesionario introdujera mejoras tecnológicas que le permitieran un uso más extenso que el previsto para el caudal que le corresponde, dando lugar a utilizaciones que complementan los usos iniciales.

Los ordenamientos de la región contemplan que cuando el concesionario, por obras de mejoramiento o aplicación de técnicas especiales, o cualquier artificio o sistema, pueda lograr una mayor superficie de regadío que la prevista en la concesión, debe dar intervención a la autoridad pública, sea para tramitar una solicitud de autorización para ampliar el área bajo riego (art. 135 CAgLR), o para su registración marginal por ésta en el título de su concesión (art. 74 CAgS). Sólo el art. 40 LAgC habilita la extensión de cultivos sin intervención administrativa.

En las Provincias de Mendoza y San Juan, en cambio, se vincula el volumen concedido con la superficie a irrigar (art. 122 LAgM; art. 51 CAgSJ), estableciéndose la ilegalidad de cultivos en superficies o proporciones que excedan el título de la concesión (Ley 1920 de Mendoza; art. 20 CAgSJ); aunque la interpretación administrativa en Mendoza ha modulado esta rigidez legal, y en ocasiones se ha excusado de sanción a aquellos predios que han logrado un mayor rinde productivo con el volumen de agua que corresponde a su concesión.

De este modo, las utilizaciones complementarias que se efectúen a partir de caudales ahorrados mediante eficiencias en la aplicación siguen, con excepción de Catamarca, el principio de intervención de la autoridad pública, sea autorizando los usos, actualizando los títulos concesionales, o liberando de consecuencias por usos que exceden las formalidades de los títulos originales.

Algo similar ocurre con la utilización de los sobrantes o desagües que generan los usos concedidos. Se contemplan expresamente que las aguas de desagües deben ser aprovechadas (art. 213 CAgLR; art. 179 CAgS); y aunque su calidad inicial pueda ser alterada, deben mantener su aptitud para usos beneficiosos (arts. 131

y 134 LAgM y Resolución 778/96 HTA; art. 196 CAgLR), aunque los mismos puedan ser limitados a ciertas zonas, actividades o producciones (Resolución 400/03 HTA de Mendoza; art. 19 Ley 8871 de La Rioja).

Como principio general, los caudales concedidos están destinados al uso y extensión que define el título concesional (art. 33 CAgS), existiendo una obligación de devolución de sobrantes al sistema público (arts. 150 y 153 LAgM; arts. 94 y 153 CAgSJ; art. 85 LAgC; arts. 108 y 121 CAgS). A diferencia de otros regímenes comparados (21), las aguas no pierden su calidad de públicas intertanto son objeto de utilización (art. 2 CAgLR; art. 8 LAgC; art. 25 CAgS; art. 12 CAgJ) y con ello los sobrantes son de dominio público (16), lo que es expresamente declarado en algunos casos (art. 154 LAgM; art. 154 CAgSJ).

Consecuencia de tal premisa, es que si con los sobrantes quisieran realizarse otras utilizaciones, el ya referido principio general de la autorización previa a todo uso del dominio público impone la necesidad de un nuevo título, concesión o permiso.

Algunas de las normativas en la región en análisis, han encauzado el acceso al uso de las aguas sobrantes de las concesiones otorgadas a una relación de índole precaria, propia de los permisos de uso (art. 151 LAgM y la derogada Resolución 97/45 HTA; art. 68 CAgLR); aunque la regla expresa es el trámite concesional, muchas veces en coordinación con las disponibilidades hídricas que implican los caudales aún no suministrados a otros concesionarios (art. 29 Ley 322 de Mendoza; art. 154 CAgSJ; art. 196 CAgLR; arts. 80 y 146 LAgC; arts. 138, 140 y 240 CAgS; art. 48 CAgJ). Sin embargo, el derecho que genera este tipo de concesiones se manifiesta esencialmente eventual, ya que depende de la ocasional existencia de sobrantes en los usos

previos que los generan, y por ello se limita al aprovechamiento de las aguas que los titulares de concesiones previa abandonan; después del ejercicio legal de su propio derecho (art. 145 a 147 LAgC; art. 238 a 240 CAgS; art. 48 CAgJ).

Descentralización en el acceso a los usos comunes del agua

A diferencia de lo que ocurre con los usos especiales, el acceso a los usos comunes suele regularse descentralizadamente, de modo que cada persona en forma individual presenta la potestad de acceder al recurso hídrico como una expresión de su libertad (20). Esta prerrogativa, identificada en el pasado con un mero interés legítimo de las personas (8), hoy en día se vislumbra como un derecho subjetivo de toda persona (10), que integra el contenido amparado internacionalmente por el sistema de derechos humanos (17).

El uso común tiene expresa recepción de manera uniforme en la totalidad de las provincias en análisis (art. 106 y ss. LAgM; arts.13 y ss. CAgSJ; arts.44 y ss. CAgLR; arts.90 y ss. LAgC; arts. 17 y ss. CAgS; arts. 76 y ss. CAgJ). En esos casos, generalmente se define con una enumeración de actividades que satisfacen necesidades individuales básicas (beber, lavar enseres personales, regadíos menores, abrevar ganado, entre otros), aunque se ha considerado que tal referencia es meramente enunciativa, debiendo considerarse que se trata de un concepto dinámico que incluye todas aquellas utilidades que el sentido común indica como necesarias para la subsistencia del hombre en cada época (10, 20).

Este tipo de acceso descentralizado, característico de las regulaciones decimonónicas, ha recibido una prioridad legal frente a los usos especiales,

permitiéndose la extracción libre en canales destinados al suministro de estos (art. 107 LAgM; 16 CAgSJ; art. 46 CAgLR; art. 91 LAgC; art. 19 CAgS). Sin embargo, actualmente en los principales centros poblacionales e incluso en diversas áreas rurales ha sido subsumido en el servicio público de agua potable, que a través de una concesión de abastecimiento poblacional satisface organizadamente desde el sector público las necesidades esenciales de agua de la generalidad de la población, con obligatoriedad de suministro en las áreas servidas (17).

En algunos de los casos en estudio, las normas estipulan de manera expresa la gratuidad del acceso al uso común de las aguas (art. 46 CAgLR), o junto al principio de gratuidad se admite la excepcional imposición de tributos retributivos de servicios cuando estos existieren (art. 17 CAgSJ; art. 19 CAgS). En los restantes casos, aunque no se indica de manera expresa la referida gratuidad, sólo se imponen contribuciones a los titulares de usos especiales (Ley 4290 de Mendoza; art. 258 CAgSJ; art. 276 CAgLR; art. 234 LAgC; art. 270 CAgJ).

Un caso que merece particular mención en relación con el carácter oneroso o gratuito del uso común es la reglamentación sobre aguas subterráneas de la Provincia de Mendoza (Resolución 563/75 HTA), la que estipula que tal uso es por regla general gratuito, aunque la autoridad administrativa puede cobrar tasas retributivas que correspondan exactamente a los servicios prestados y a la utilidad recibida por el usuario. Sin embargo, en el ejercicio 2014 la autoridad hídrica ha exigido a la totalidad de usuarios un canon, ajeno a cualquier servicio concreto y sin norma jurídica que lo respalde, antecedente que se resalta como barrunto de una tendencia política que propicia la actual autoridad del agua.

El uso común en la legislación referida se encuentra limitado mediante la prohibición de medios mecánicos, exigiéndose que la extracción se concrete a mano, sin deteriorar los márgenes ni desviar caudales; aunque reglamentariamente, en Mendoza se permite la utilización de medios mecánicos reducidos para la extracción de aguas subterráneas destinadas al uso común (Resolución 1266/77 HTA), lo que se vincula con principio de razonabilidad y las actuales posibilidades tecnológicas que permiten separar el uso común del esfuerzo físico humano, entendiéndose que el replanteo de las viejas normas administrativas debe tener por premisa no imponer restricciones irrazonables al derecho humano al agua (17).

Fuera de tales limitaciones, el principio general ha sido el libre acceso al uso común, sin más freno que el respeto a la propiedad privada donde se encuentran los cauces (art. 108 LAgM; art. 15 CAgSJ; art. 44 CAgLR; art. 94 LAgC; art. 18 CAgS; art. 78 CAgJ). Sin perjuicio de tal principio, la existencia de tensiones entre oferta y demanda ha llevado en algunos sitios al establecimiento de restricciones al acceso al agua, sin que a nivel normativo se realice algún distingo entre los usos especiales y comunes (art. 23 LAgSuM y resol 623/97 HTA).

CONCLUSIONES

El análisis efectuado permite afirmar que en las provincias áridas del oeste argentino los sistemas jurídicos vigentes presentan ciertas características generales uniformes, signadas por una centralización estatal e intervencionismo público en la asignación y reasignación de usos especiales, y en el establecimiento de sus contenidos y desarrollos complementarios

conforme el interés público, fundamento último de toda utilización privativa de aguas públicas. Aunque existe cierta modulación en el ámbito de la reasignación del agua -contemplándose mecanismos que descentralizan en los usuarios la decisión de transferir derechos o usos-, en definitiva dichos casos deben ser finalmente autorizados por el Estado, lo que confirma el carácter centralizado del sistema. Contrariamente, en materia de usos comunes, la regla es la descentralización del acceso al agua, pudiendo los integrantes de la sociedad decidir libremente sobre tal prerrogativa y su ejercicio.

Se observa además la existencia de ciertas regulaciones uniformes en las previsiones normativas analizadas, cuya similitud denota que los sistemas jurídicos referidos presentan puntos de partidas y fundamentos análogos que permiten afirmar la existencia de principios comunes en la regulación del acceso al agua, posibilitando su utilización como orientadores de interpretación y fuente del derecho en caso de insuficiencia del ordenamiento positivo.

En particular, es un principio general validado en todas las legislaciones en análisis que nadie puede hacer uso especial del agua pública sin el debido título administrativo -permiso o concesión- de autoridad competente, siendo el otorgamiento concesional una prerrogativa discrecional de la autoridad pública congruente con el tradicional principio de concesión rogada.

En forma acorde, es otro principio uniforme que cuando fuera necesaria la reasignación del recurso hídrico entre distintos actores, corresponde al Estado recuperar los derechos otorgados por vía expropiatoria, y asignarlos a los nuevos usuarios. Incluso, cuando se contempla la reasignación voluntaria del recurso según

la espontaneidad individual, la autoridad pública también debe expedirse, estando en definitiva en su poder decidir al respecto.

Como principio universal en la región, la definición volumétrica del contenido concesional es una potestad centralizada en el Estado; aunque existen particularizaciones en cuanto a si dicho volumen es estático e independiente de las necesidades concretas, o si debe ser determinado en función de la

oferta y demanda que se presenta en los casos concretos.

En materia de usos comunes, en cambio, el principio uniforme es que el acceso a los mismos reviste carácter prioritario frente a los usos especiales. A su vez, tales usos son por principio gratuitos, sin perjuicio de la imposición de conceptos retributivos de servicios cuando éstos existieren.

BIBLIOGRAFÍA

1. Brufao Curiel, P. 2008, La revisión ambiental de las concesiones y autorizaciones de aguas. Bilbao. Bakeaz. 83 p.
2. Cano, G. J. 1969. Los Recursos Hidráulicos de Argentina. Tº 7. Buenos Aires. CFI. 649 p.
3. Civit, E. 1920. Mensaje la Honorable Legislatura de la Provincia elevando el proyecto de la ley 386. En: Legislación de Aguas. Buenos Aires. Radaelli. 65-66.
4. Embid Irujo, A. 2004. Instrumentos jurídicos de gestión de la demanda en el derecho español de aguas. En: Derecho de Aguas. Tº II. Bogotá. Universidad Externado de Colombia. 137-162.
5. Gambino, S.; López Mesa, M. 2004. Someras reflexiones en torno a los principios generales del derecho, su alcance y aplicación. En: La Ley Patagonia. Tº 2004. Buenos Aires. La Ley. 430-450.
6. López Menudo, F. 2007. Voz "concesiones". En Embid Irujo, A. (dir.). Diccionario de Derecho de Aguas. Madrid. Iustel. 386-425.
7. López, J. 1973. Código de Aguas de la Provincia de Córdoba. Córdoba. Secretaría de estado de Obras y Servicios Públicos de Córdoba. 87 p.
8. Marienhoff, M. 1939. Régimen y legislación de las aguas públicas y privadas. Buenos Aires. V. Abeledo. 630 p.
9. Martín, L. 2010. Derecho de Aguas. Estudio sobre el uso y dominio de las aguas públicas. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 319 p.
10. Martín-Retortillo, S. 1997. Derecho de Aguas. Madrid. Civitas. 734 p.
11. Martínez, C. F.; Cavagnaro, J. B.; Roig Juñent, F. A.; Cantón, M. A. 2013. Respuesta al déficit hídrico en el crecimiento de forestales del bosque urbano de Mendoza. Análisis comparativo en árboles jóvenes. Revista de la Facultad de Ciencias Agrarias. Universidad Nacional de Cuyo. Mendoza. Argentina. 45(2): 47-64.
12. Pinto, M. 2004. Mercados de agua y su posible implementación jurídica. En: La Ley Gran Cuyo. Tº 2004. Buenos Aires. La Ley. 87-96.
13. Pinto, M. 2010. Coordinación entre la nueva Ley de Ordenamiento Territorial y el régimen hídrico mendocino. En: Revista de Derecho Ambiental. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 23: 245-281.
14. Pinto, M. 2012. Instrumentos jurídicos de gestión de la demanda hídrica en escenarios de escasez. Disponible en: <http://www.riego y fertirriego.com> (fecha de consulta: 20 de enero de 2014).
15. Pinto, M. 2013. Estrategias de adaptación al cambio climático desde la política y legislación de aguas en Argentina. En: Actas de Derecho de Aguas nº 2 [Año 2012]. Santiago de Chile. Thomson Reuters. 143-186.
16. Pinto, M. (coord.); Andino, M.; Rogero, G. 2006. Ley de Aguas de 1884. Comentada y Concordada. Mendoza. Irrigación Edita. 236 p.
17. Pinto, M.; Torchia, N.; Martín, L. 2008. El derecho humano al agua. Particularidades de su reconocimiento, evolución y contenido. Buenos Aires. Abeledo Perrot. 207 p.

18. Quintana Petrus, J. 1992. Derecho de Aguas. Barcelona. Bosch. 733 p.
19. Smith, J.C. 1981. Carácter, función y relatividad de los principios generales del derecho. En: La Ley. T° 1981-D. Buenos Aires. La Ley. 1203-1212.
20. Spota, A. 1941. Tratado de Derecho de Aguas. T° II. Buenos Aires. Menéndez. 1012 p.
21. Vergara Blanco, A. 1995. Constitución de derechos de aprovechamiento de aguas sobre derrames. El caso de las aguas depositadas por un concesionario sanitario en fuentes naturales. En: Revista de Derecho de Aguas. Universidad de Atacama. Vol. 6: 129-142.
22. Vergara Blanco, A. 2002. Las aguas como bien público (no estatal) y lo privado en el derecho chileno: evolución legislativa y su proyecto de reforma. En: Revista de Derecho Administrativo Económico. Vol. 4(1): 63-79.
23. Vergara Blanco, A. 2007. Potestades administrativas para denegar solicitudes de derecho de aguas subterráneas y retroactividad. En: Revista Chilena de Derecho. Vol. 34(1): 153-159.