



**REF. EXPTE. N° EX 2021-
3933606--GDEMZA-FISCESTADO**

**SEÑOR
FISCAL DE ESTADO
DR. FERNANDO SIMON
S. _____ / _____ D.**

Tengo el agrado de dirigirme a Usted a efectos de emitir dictamen sobre las presentaciones obrante en los Órdenes 02, 03, 08, 14 y 20 de estas actuaciones EX 2021-3933606--GDEMZA-FISCESTADO, mediante las cuales diversas personas han planteado denuncias contra la conveniencia de la realización de la obra Portezuelo del Viento, invocando posibles daños que la realización de tal proyecto implicarían al patrimonio público.

Los antecedentes del caso han sido resumidos en el punto I del Dictamen n° 733/21 emitido precedentemente de la Dirección de Asuntos Administrativos de esta Fiscalía de Estado, el cual obra en Orden 25 de estas actuaciones, al que se remite *brevitatis causae*.

Al respecto, sin perjuicio de adherir en términos generales al referido Dictamen n° 733/21 de la Dirección de Asuntos Administrativos, en el presente dictamen se efectuará el análisis del caso, a efectos de aportar mayores elementos de juicio para su consideración en el marco de las competencias generales de la Fiscalía de Estado, y las específicas de esta Dirección de Asuntos Ambientales en el marco del art. 19 de la Resolución 42/18 de esta Fiscalía de Estado.

1- LAS DENUNCIAS EN ANÁLISIS

En estas actuaciones se ha sustanciado una instrucción informativa en torno a cuatro denuncias presentadas ante la Fiscalía de Estado, según la siguiente reseña.

- 1) Denuncia de Alejandro Pérez Hualde y Miguel Mathus Escorihuela (obrante en Orden 02): acuden ante la Fiscalía de Estado propiciando la defensa del patrimonio público ante el supuesto daño que puede implicar la adjudicación de la obra Portezuelo del Viento, sosteniendo que han cambiado las circunstancias que llevaron a avanzar en tal emprendimiento. Tales circunstancias, además de aquellas estrictamente contractuales que han sido analizadas por la Dirección de Asuntos Administrativos en Orden 25, refieren a una sensible disminución de caudales del río Grande en los últimos años, y a diversos cuestionamientos y desconocimiento de decisiones que se generan en el ámbito del COIRCO con posterioridad a los estudios de factibilidad que justificaron la obra y su plan de llenado –y consecuentemente la recuperación de inversiones-; así como la existencia de pleitos iniciados por vecinas provincias ante la CSJN, lo que a la luz de la reciente jurisprudencia de este Tribunal en torno a los aspectos ecosistémicos cuestionados en COIRCO podría dar lugar a la alteración e interrupción de las obras en ejecución u otros cambios de condiciones que puedan generar reclamos de los contratistas.



- 2) Denuncia de Aldo Guarino Arias (obrante en Orden 03): en términos generales resulta una reproducción de la denuncia referida en el punto anterior. Suma a dichas consideraciones referencias vinculadas a aspectos contractuales ya analizados en Orden 25 (único oferente y precio), así como que la obra contempla no solo los intereses de Mendoza, y que el trasvasamiento al río Atuel como obra de beneficiosa debería incorporarse en el proyecto a ejecutar.
- 3) Denuncia de Marcelo Giraud (obrante en Orden 08 y 14): posicionándose como docente e investigador de las Ciencias Geográficas expresa que la sensible disminución del caudal del río Grande ocurrida desde 2010 obliga a replantear la decisión de avanzar con el Proyecto Portezuelo del Viento por haberse convertido en patrimonialmente contraproducente y perjudicial a la economía provincial, como resulta de la incertidumbre de llenado del dique y la menor rentabilidad anual. Ampliatoriamente, aporta datos de la “megasequía” en curso, rechazando considerar la misma como excepcional sino que tendrá continuidad hacia una normalidad basada en caudales históricos que han sido afectados por el cambio climático. Sobre tal base refiere escenarios que afectarían las posibilidades de generación eléctrica, para concluir en la solicitud de que los fondos del proyecto “sean destinados a obras mucho menos riesgosas y más prioritarias y urgentes para la sociedad mendocina”.

- 4) Denuncia de Daniel Correa (obrante en Orden 20): solicita que el Fiscal de Estado realice los actos útiles para impedir la adjudicación de la obra aduciendo que los indicadores resultantes de una Evaluación Económica Actualizada son negativos, brindando diversos argumentos por los que a su entender la evaluación oficial es errónea, y sus beneficios recaen principalmente en las restantes provincias de la cuenca que no aportan a la realización de la obra. También expone diversas consideraciones en relación a la obra de trasvase del río Grande al Atuel, entendiendo que la realización de Portezuelo del Viento dificulta la misma.

2- ACLARACION PRELIMINAR SOBRE LAS POSTURAS DE LOS DENUNCIANTES

De los informe de EMESA obrantes en las Órdenes 10 y 22 surge una observación sobre las posturas de algunos de los denunciantes, a los que se cita en cuanto a sus expresiones en oportunidad de un debate virtual realizado en el año 2020, observando que **los mismos han sostenido que el proyecto denunciado es “el proyecto más estudiado de la historia de Mendoza”**, lo que no sería consistente con el planteo efectuado en la denuncia en trámite.

En esta misma línea, esos informes de EMESA observan que los denunciantes “merecen contar con las respuestas apropiadas que contribuyan a despejar todos sus planteos, aunque algunos de **estos últimos, contradigan expresas posiciones públicas de sus mismos autores**”, para resaltar luego la **extemporaneidad** de las observaciones que se realizan en un acto previo el inicio de la obra, y no en oportunidad de las múltiples discusiones



públicas mantenidas en oportunidad de la elaboración del proyecto, su discusión legislativa o su análisis en la audiencia pública celebrada, instancias que se encuentran precluidas.

Cabe observar al respecto que las posturas previas a las denuncias en análisis de tales notables especialistas, con larga trayectoria en el medio, son conocidas e incluso han sido publicadas en diversos ámbitos. Así, Guarino Arias ha expresado en relación al proyecto denunciado que “esta obra es la más atractiva desde todo punto de vista. [...] La decisión de continuar desarrollando el proyecto no admite más postergaciones” (Guarino Arias, Aldo, “Aprovechamiento Integral del Río Grande (Provincia de Mendoza)”, en *Río Grande. Notas para una política*, San Rafael: Impresos Libertad, 2001, pp. 27-28).

Incluso, este destacado jurista en asocio con otros miembros del Instituto Privado de Legislación y Economía del Agua (IPLEA), y unidos con otros destacados especialistas del Instituto de Estudios para la Transformación del Estado y la Sociedad (ITE) como el ex Superintendente General de Irrigación Eduardo Sancho y Raúl Pissolitto, entre otros, realizaron una declaración conjunta manifestando la necesidad de declarar por ley al Proyecto de Aprovechamiento Integral del Río Grande –que incluye la obra en cuestión- “con el carácter de Política de Estado y la necesidad y urgencia de su concreción”, afirmando que el desarrollo estratégico y económico de la región depende de tal obra y que por ello no puede ser postergada, y declarando que tal obra “es económicamente posible y generadora de grandes beneficios” (Declaración Conjunta del IPLEA y el ITE, publicada como Anexo IV en:

Río Grande. Notas para una política, San Rafael: Impresos Libertad, 2001, pp. 61-62).

En esta misma línea se expresó el Prof. Mathus Escorihuela en su Conferencia “En defensa de Portezuelo del Viento y del Agua de Mendoza”, dictada en la Universidad de Mendoza el 17 de junio del 2020 (el contenido de esta exposición se encuentra disponible on line en <https://www.youtube.com/watch?v=84mwcq5dY6o>), donde calificó de “arteras” y originadas en una “politiquería barata” a todas las gestiones tendientes a la demora del proyecto que ahora como denunciante pretende que no sea adjudicado, al que consideraba de “bien público nacional y provincial” por su efecto económico y de regulación hídrica.

Sin embargo, en opinión del suscripto ninguna de estas expresiones o pronunciamientos previos de los denunciantes en sentido contrario a lo ahora sostenido por ellos mismos permite descartar el análisis de legalidad que corresponde a la Fiscalía de Estado ante la denuncia incoada.

Tal afirmación, no solo es en cuanto nada impide a los denunciantes cambiar de opinión con respecto a sus previas posturas académicas sobre el tema, ya que como puso en relieve el maestro Marienhoff “la rectificación de un error enaltece a quien la realiza”, citando a continuación al célebre Ameghino: “Cambiaré de opinión tantas veces y tan a menudo como adquiriera conocimientos nuevos; el día que me aperciba de que mi cerebro ha dejado de ser apto para esos cambios dejaré de trabajar. Compadezco de todo corazón a todos los que después de haber adquirido y expresado una opinión, no



pueden abandonarla nunca más" (Marienhoff, Miguel, *Tratado de Derecho Administrativo*, T° I, Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1964, p. 199).

También es, en especial, porque aunque la doctrina de los actos propios -fundada en la buena fe- impide a una de las partes adoptar una postura en contradicción con sus propios actos, tales máximas no son aplicables en este procedimiento de denuncia, sea que en este caso exista un simple cambio de postura en los denunciantes o solo una mera incompatibilidad con sus posturas previas, ya que los denunciantes no son propiamente "partes" (art. 172 ley 9003), siendo que "La denuncia es una simple presentación llamando la atención de la autoridad administrativa sobre irregularidades en el ejercicio de la función pública" (SCJM, 03/11/1995, LS261 – 109).

Por ello, ante una denuncia de posibles irregularidades en relación a la obra objetada corresponde a la autoridad interviniente dar curso al procedimiento de control que instan las denuncias efectuadas ante la Fiscalía de Estado en aras de los principios de básicos de la competencia y en salvaguarda de los principios de oficialidad y de legalidad objetiva (Sarmiento García y Petra Recabarren, *Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza N° 3909 Comentada y Concordada*, Mendoza: Avgvstus, 1979, ps. 15 y 205).

Finalmente, en relación a la extemporaneidad de los planteos que observa EMESA, tal aspecto tampoco impide considerar las denuncias recibidas. Se resalta que la naturaleza del presente procedimiento –como se expresará *infra*- se vincula al control de legalidad, y no es de modo alguno una instancia de participación pública a través de la cual se puedan hacer aportes para la formulación o reformulación del proyecto denunciado.

Tales instancias participativas –como la audiencia pública efectuada en Malargüe en relación a la obra denunciada- son de suma importancia, ya que permiten al público incidir en las decisiones gubernamentales al generar un diálogo entre ciudadanos y decisores, permitiendo a estos últimos acceder a las distintas opiniones a través del contacto directo con los interesados, lo que posibilita conocer el grado de consenso o rechazo social de los proyectos, las propuestas u objeciones de los destinatarios y los intereses potencialmente afectados de la ciudadanía en general (Morales Lamberti, Alicia y Novak, Aldo, *Instituciones de Derecho Ambiental*, Córdoba: Lerner, 2005, p. 169).

Si bien como ha observado EMESA en su informe tales instancias participativas presentaron momentos diversos ya precluidos, lo cierto es que este procedimiento de control no los reabre, ya que su objeto no procura el debate ciudadano del proyecto o sus alternativas sino verificar la legalidad del caso, tal cual se detalla en el punto siguiente.

3- EL ROL DE LA FISCALIA DE ESTADO EN EL PRESENTE PROCEDIMIENTO

Reafirmando lo expresado en Orden 25 por la Dirección de Asuntos Administrativos, debe resaltarse antes que nada que la intervención de esta Dirección de Asuntos Ambientales mediante el presente dictamen se realiza en el marco de las funciones generales que fija el art. 177 CM en la Fiscalía de Estado, acorde al cual le corresponde defender el patrimonio del fisco, siendo parte legítima en todos aquellos en que se afecten intereses del Estado, con personalidad para demandar ante los tribunales la nulidad de toda ley, decreto, contrato



o resolución, contrarios a las prescripciones de esta Constitución o que en cualquier forma perjudiquen los intereses fiscales de la Provincia.

De este modo, la participación de la Fiscalía de Estado en este procedimiento responde a una exigencia constitucional de tutela y control, actuando como garante del interés estatal, observándose en este sentido desde la doctrina que dicha función del Fiscal de Estado implica un control sobre el cumplimiento cabal de los requisitos legales cuando se ponen en juego intereses del Estado por estarse afectando bienes que pertenecen al mismo (Rodríguez, Raúl, *Código de Procedimiento Minero de la Provincia de Mendoza*, Godoy Cruz: FUSMA, 2016, p. 33).

Este rol de control de legalidad y defensa del interés fiscal presenta un origen histórico que se remonta al derecho colonial, donde el cargo de Fiscal de Estado tenía por tarea vigilar y controlar el cumplimiento de las leyes, representando el interés fiscal, siendo éste el antecedente de la Procuración del Tesoro a nivel nacional y de las Fiscalías de Estado en el orden provincial (Pedicone de Valls, María Gilda, "Fiscalía de Estado", en *Estudios de Derecho Administrativo*, VII, Mendoza, Dike, 2002, p. 311 y ss.

Por ello, según la doctrina sentada en reiteradas oportunidades por la Procuración del Tesoro de la Nación (PTN, Dictámenes 204:47, 159; 207:578; 245:359, 381; 251:781; 253:5; 259:233; entre otros), y que esta oficina ha asumido en forma sistemática (Dictámenes 11/19, 14/20, 17/21, 31/21 de esta Dirección de Asuntos Ambientales, entre otros), la actuación de la Fiscalía de Estado se encuentra circunscripta a la legalidad de los aspectos ventilados en el procedimiento en aquellos casos en que el interés estatal está en juego;

debiendo valorar los aspectos tratados sin que tal pronunciamiento importe manifestación alguna sobre cuestiones técnicas, o de mérito, oportunidad o conveniencia asignadas a los órganos de la administración activa.

Analizando las funciones de las Fiscalías de Estado, destacados publicistas han resaltado que “una de las más eminentes funciones reservadas al Fiscal [*de Estado*] se halla la facultad de controlar los actos del Estado y de la administración, potestad que, en diversos grados y extensión, le concede la legislación provincial vigente, la cual implica la facultad de intervenir en los procesos judiciales, ya sea demandando o defendiendo el interés del Estado en los procesos contencioso administrativos, acción de inconstitucionalidad o nulidad y de lesividad”, resaltando a continuación que tal función implica tanto la tutela del principio de legalidad en la representación del Estado en juicio como el control de legalidad mediante el asesoramiento propio de la función consultiva (Valenzuela, Edgardo y Montbrun, Alberto, “La Fiscalía de Estado en el derecho público provincial argentino”, *Revista IN IURE*, Año 4, Vol. 2, 2014, p. 73).

En la Provincia de Mendoza, la Ley 728 ha establecido claramente que si bien se debe dar vista al Fiscal de Estado en todo asunto administrativo en que aparezca interesado el patrimonio del Estado o afectados los intereses del Fisco a efectos de que se expida fundadamente en función de dichos intereses (arts. 1 y 3), dicho Órgano de Control puede accionar judicialmente si la resolución de tales asuntos “ha sido dictada con transgresión de la Constitución o la Ley” (art. 4). Con ello, junto a la posibilidad de expresar su parecer como órgano consultivo en la oportunidad de la vista prevista legalmente, la esencia de



su función es el control de legalidad y constitucionalidad sobre la resolución que se adopte.

Con ello, el rol de la Fiscalía de Estado apunta al control tanto preventivo –en la oportunidad de emitir opiniones en sus dictámenes- como correctivo –mediante la posibilidad de accionar frente a actos antijurídicos-, aspecto que en relación a esta oficina es expresamente especificado en el art. 19 de la Resolución 42/18 de la Fiscalía de Estado al establecer dentro de sus funciones “dictaminar sobre la legalidad objetiva del procedimiento y de las actividades a cargo de la administración” (inc. a) y “sugerir fundadamente al Fiscal de Estado la interposición de las acciones pertinentes” (inc. f).

Lo expresado, implica que la Fiscalía de Estado actúa ceñida a un estricto control de juridicidad de la actuación que lleva adelante quien ejerce la función administrativa activa, pero sin poder suplir ni reemplazar al responsable de dicha función en las valoraciones y decisiones que constitucionalmente corresponden a las autoridades controladas. Este aspecto surge claro de la jurisprudencia del Máximo Tribunal provincial, que ha distinguido claramente que al Fiscal de Estado no le corresponde sustituir ni desplazar al gobierno provincial de las funciones que al mismo competen por mandato constitucional (causa 67.247, caratulada “Partido Demócrata c/Gobierno de la Provincia de Mendoza s/acción de inconstitucionalidad”, sentencia del 4/10/99).

Consiguientemente, y sin perjuicio de expresar recomendaciones que hagan al interés público –incluyendo el propiamente fiscal-, los criterios de oportunidad, mérito o conveniencia que define la autoridad competente responden a un margen de discrecionalidad y constituyen un límite que la función de control sólo

puede invadir en supuestos en los que el actuar administrativo devenga en antijurídico.

En este sentido, y en relación a la valoración técnica de una decisión administrativa, siguiendo la doctrina previa del mismo Tribunal, la Sala I de la Suprema Corte provincial expresó que “Más allá de las críticas a la noción de discrecionalidad técnica, (...), hay un cierto consenso en el sentido que ésta se configura "cuando la norma atribuye a la Administración la potestad para actuar con arreglo a criterios suministrados por saberes especializados, sean ellos derivados de las ciencias puras o aplicadas"; en otros términos, cuando la norma requiere que la Administración adopte un juicio científico o técnico. Ahora bien, sin perjuicio de las variables que los casos presentan, podría decirse que, respecto al control de la actividad discrecional, la doctrina de la Corte Federal -formulada in abstracto- es que "excepción hecha de las hipótesis de arbitrariedad o irrazonabilidad manifiesta, procede respetar las opciones valorativas y el margen de discrecionalidad indispensable de las autoridades administrativas, cuando actúan válidamente en la esfera de sus potestades constitucionales" (SCJM, in re “Molacchino Arjona María Alihuen en J° 250,181/50,686 Molacchino Arjona, María Alihuen c/ Hospital Neuropsiquiátrico El Sauce p/Acc. de Amparo p/ Rec. Ext. de Inconstit-Casación”, sentencia del 03/02/15).

Del mismo modo, dicho Tribunal también expresó que “Existe un ámbito propio de la actividad administrativa en el cual ésta ejerce una decisión que es típicamente de oportunidad, que no es revisable judicialmente. [Por ello...] las decisiones, si bien se toman sobre una base técnica, conservan un alto margen de opinabilidad que dista mucho de aproximarse a una solución única”. A partir de tal base, el



juzgador expresó que -aunque personalmente podría creer más conveniente otro tipo de solución- no existían “dudas que se trata de una cuestión de oportunidad o mérito, en cuya decisión no se advierte una irrazonabilidad manifiesta” (SCJM, Expte.: 71055 - SUTE D.G.E. Acción de Inconstitucionalidad, 20/10/2003, Ubicación: LS330-088).

En este marco, entonces, no corresponde de ninguna manera que en la función de control se invadan aspectos que integran la potestad discrecional de la autoridad administrativa, sino sólo considerar si la misma se encuentra enmarcada en un adecuado margen de legalidad, incluyendo en tal sentido principios constitucionales como los que hacen a la razonabilidad del actuar estatal (art. 28 CN).

4- EL RÉGIMEN QUE ENCAUZA LA OBRA PORTEZUELO DEL VIENTO

Como primer aspecto para poder analizar la juridicidad de los hechos que hacen al presente caso desde la óptica que la Resolución 42/18 encomienda al suscripto, es necesario especificar el régimen jurídico en el marco del cual se contextualiza la obra objeto de la denuncia, el cual se integra de diversos elementos que se detallan a continuación, tanto en el ámbito interjurisdiccional como provincial.

Dicho marco, consecuentemente, está dado tanto por los acuerdos y decisiones adoptadas por el conjunto de provincias ribereñas junto al Estado Nacional en torno a la gestión de la cuenca del río Colorado (al que pertenece el río Grande, donde se ubica el proyecto Portezuelo del Viento como parte del Aprovechamiento Integral de dicho curso de agua), y por los acuerdos surgidos en la

relación bilateral que exclusivamente corresponde a Mendoza y el Estado Nacional en torno al proyecto en cuestión; así como por diversas normas locales dictadas por la Legislatura de Mendoza que refieren al aprovechamiento del Río Grande o más específicamente a la obra objeto de la denuncia tratada.

I. Acuerdos y decisiones en el ámbito de la cuenca del río Colorado

a. Tratado del río Colorado

En primer término, debe atenderse el Tratado del río Colorado suscripto por la totalidad de las provincias ribereñas del curso, junto al Estado Nacional, en 1976. La ratificación legislativa de este tratado fue efectuada por las **Leyes N° 4116 de Mendoza**, N° 982 de Neuquén, N° 750 de La Pampa, N° 1191 de Río Negro, N° 8663 de Buenos Aires y N° 21611 de la Nación.

Dicho Tratado aprueba el "Programa Único de Habilitación de Áreas de Riego y Distribución de Caudales del Río Colorado" (art. 1), que orienta el desarrollo de la cuenca, asignando cupos de agua en base a las necesidades que técnicamente se establecieron como preferentes a partir de un modelo que surgió de los estudios efectuados por el Instituto Tecnológico de Massachusetts –MIT-.

Este Tratado, además de adjudicar a la Provincia de Mendoza un caudal medio anual de 34 m³/s, para derivar mediante un trasvase a la cuenca del Río Atuel (art. 3), determina en el art. 2 que "Al solo fin de la asignación de áreas y distribución de caudales a la cuenca media del Río Colorado, se adopta la alternativa individualizada en el Programa Único como "Exportación de 24 metros cúbicos por segundo", y con una concentración salina en la entrada de la cuenca inferior del Río Colorado de 1,8 mmhos por centímetro y una



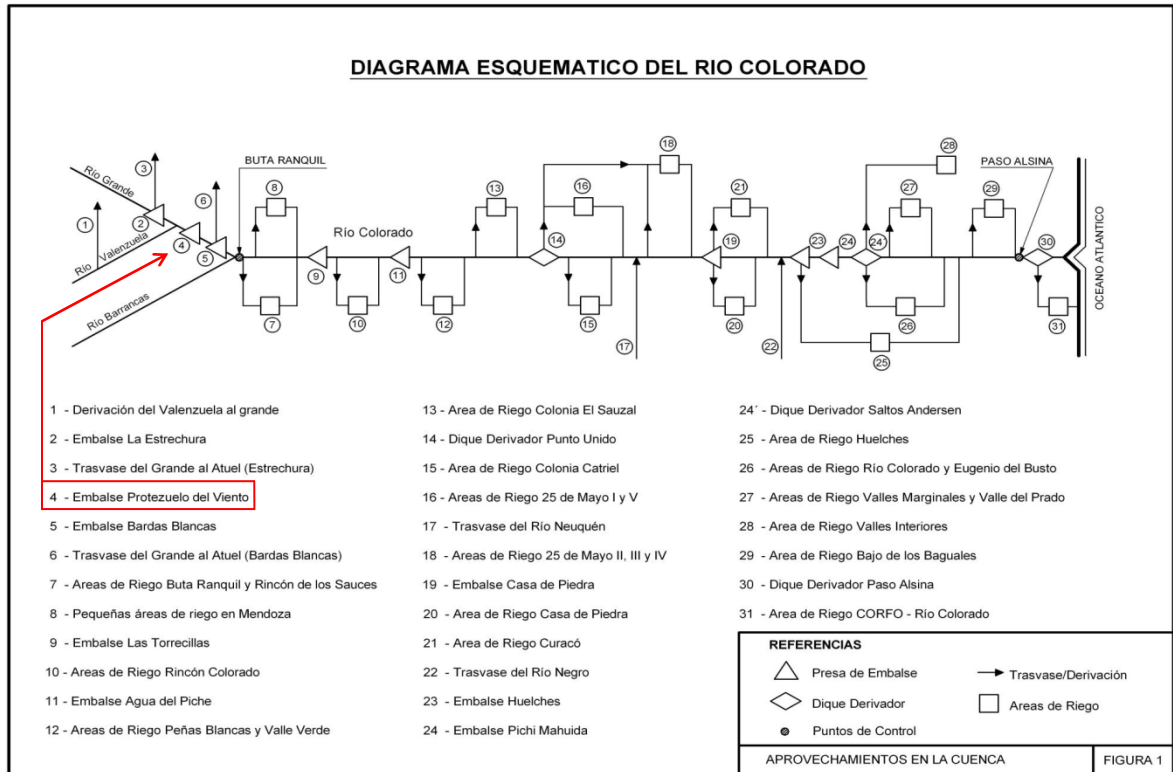
calidad adecuada para la mayoría de los cultivos que se realizan en la baja cuenca a la fecha de la presente acta. La cifra mencionada en último término (1,8 mmhos por centímetro) se mantendrá hasta tanto se concrete el trasvase parcial del Río Negro al Colorado, pudiendo en aquel momento establecerse nuevos parámetros teniendo en cuenta los niveles de toxicidad de los iones que componen las sales”.

El artículo 5 prevé la creación de una entidad interjurisdiccional denominada Comité Interjurisdiccional del Río Colorado (COIRCO), a efectos de asegurar la ejecución del Programa Único acordado, y su adecuación al grado de conocimiento de la cuenca y su comportamiento.

a.1. El Embalse Portezuelo del Viento y las obras de Trasvase en el Programa Único de Distribución de Caudales y Habilitación de Áreas de Riego

Como se refirió, el Tratado del río Colorado de 1976 aprueba el Programa Único de Habilitación de Áreas de Riego y Distribución de Caudales del Río Colorado en el art. 1, y selecciona una de las alternativas de desarrollo que el mismo contempla, junto a la asignación de un cupo de 34 m³/seg para su trasvase al río Atuel.

Dicho Programa Único consiste en esencia en la identificación de un conjunto de aprovechamientos, entre todos los posibles, y la definición de su dimensionamiento. La totalidad de los aprovechamientos considerados por el programa se esquematizan en el Figura 1 del referido Programa, que se reproduce infra, e incluye dentro de su contenido al Embalse Portezuelo del Viento, con un volumen máximo de hasta 3600 hm³ (Cuadro 1 del Programa Único).



Cabe referirse también que otra obra prevista en este Programa Único es el Traslase del río Colorado al Atuel, a través de dos puntos posibles de derivación, ubicados respectivamente en Estrechura y en Bardas Blancas (obras 3 y 6 del Diagrama).

El Programa, no define que necesariamente deba ser uno u otro, o en qué proporción en caso de que se adopte más de uno, solo expresa las ventajas-desventajas relativas de ambas posibilidades: “Existen varias alternativas posibles de traslase al Atuel. La zona de La Estrechura es la que presenta el menor costo de traslase, por una mayor proximidad entre los dos cauces, pero el caudal medio del Río Grande -afluente del Colorado- es de sólo 43 m³/s en ese punto. En cambio en Bardas Blancas -también sobre el Río Grande, pero



aguas abajo- el caudal es mayor, de aproximadamente 100 m³/s, pero también son mayores la distancia al Atuel y los costos de trasvase”.

De ningún modo, el Programa Único vincula la ejecución de las obras del Trasvase y de Portezuelo del Viento, ni especifica una alternativa concreta para algunas de tales obras. Son dos obras contempladas en el Programa en forma genérica y diferenciada una de otra, aunque evidentemente pueden complementarse si eso se entendiera conveniente, siendo en consecuencia todo ello un aspecto discrecional que puede definir la Provincia como propietaria de las obras previstas en tal Programa que ejecute en su territorio (art. 39 Estatuto COIRCO).

Conforme consta en Acta 692 del Comité Ejecutivo de COIRCO, mediante nota de su Gobernador ingresada a COIRCO en 2011 la Provincia de Mendoza comunicó que “ha visualizado a la Presa y Central Hidroeléctrica Portezuelo del Viento como obra prioritaria dentro del esquema de APROVECHAMIENTO INTEGRAL DEL RIO GRANDE” y que “la decisión de efectuar las obras de toma y conducción del trasvase del cupo de la Provincia de Mendoza del Río Grande hacia el Río Atuel, aguas abajo de la Presa de Portezuelo del Viento para una próxima etapa, no debe considerarse como una renuncia a los plenos derechos que actualmente detenta la provincia sobre las aguas del Río Grande”.

b- El Tratado de aprobación del COIRCO y su Estatuto

El ente interjurisdiccional contemplado en el Tratado del río Colorado fue constituido efectivamente mediante un segundo Tratado que aprobó su Estatuto, suscripto el 02/02/1977 –y

modificado parcialmente el 15/12/1980-, siendo respectivamente ratificado por **Leyes N° 4154 y N° 4595 de Mendoza**, N° 8749 y N° 9810 de Buenos Aires, N° 775 y N° 1081 de La Pampa, N° 982 y N° 1318 de Neuquén, N° 1210 y N° 1533 de Río Negro, y N° 21611 y N° 22721 de la Nación.

Dicho Estatuto denominó al ente como “Comité Interjurisdiccional del río Colorado” –COIRCO- y reguló su competencia y funcionamiento, estipulando que el mismo tiene por objeto asegurar la ejecución del Programa Único Acordado y su adecuación al grado de conocimiento de la Cuenca y a su comportamiento en las distintas etapas de esa ejecución, la que deberá ser gradual y coordinada (art. 2).

El art. 5 estatuyó que el COIRCO tendrá las siguientes atribuciones: a) Fiscalizar el cumplimiento por parte de las signatarias y de terceros del régimen de distribución de caudales establecido en el Programa Único Acordado; b) Controlar que el proyecto, la construcción y los planes de operación y mantenimiento de las obras de regulación y derivación ejecutadas o a ejecutar sobre la cuenca del Río Colorado, así como el caudal y salinidad de los retornos de las obras de regadío, se adecuen a lo previsto en el Programa Único Acordado, a cuyo efecto las partes deben poner previamente a disposición del COIRCO la documentación pertinente; c) Establecer la ejecución gradual y coordinada del Programa Único Acordado, fijando a tal efecto prioridades en la construcción de las obras; d) Centralizar la información que se dispone o se obtenga en el futuro sobre la Cuenca y que se refiera a los aspectos meteorológicos, hidrológicos, geológicos y cualquier otro que se relacione con el Programa Único Acordado; e) Completar los estudios y la



evaluación de los recursos hídricos de la Cuenca en función de su objeto; f) Decidir los reajustes al Programa Único Acordado de conformidad al grado de conocimiento de la Cuenca y su comportamiento en las distintas etapas de su ejecución. g) Ajustar temporariamente los caudales derivados por las provincias ribereñas cuando las variaciones del derrame así lo impongan; h) Decidir las modificaciones a la distribución de caudales establecidas en el Programa Único Acordado siempre y cuando se den las condiciones para que la Provincia de Buenos Aires ceda parte de su alícuota, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4º del Acta de la Sexta Conferencia de Gobernadores del 26 de octubre de 1976. Aunque en 1992 existió una iniciativa para ampliar estas atribuciones, la misma aún no ha tomado vigencia por falta de consecución de la totalidad de las ratificaciones legislativas necesarias.

El COIRCO ejerce esas atribuciones a través de dos órganos: el Consejo de Gobierno y el Comité Ejecutivo (art. 6). El Consejo de Gobierno es el órgano superior del ente y está integrado por los Gobernadores de las Provincias signatarias y por el Ministro del Interior de la Nación. Tiene amplias facultades de decisión y es el encargado de fijar la acción y la política general que se deberá seguir (arts. 7 y 8). El Comité Ejecutivo es el órgano de administración, el cual actúa en base a las atribuciones que le asigna el art. 15 del Estatuto y las resoluciones que adopte el Consejo de Gobierno, a quien le propone las medidas que hacen a la competencia de éste.

Las decisiones en el Consejo de Gobierno deben ser adoptadas por acuerdo; y a falta de éste, se ha establecido un procedimiento arbitral ante el Presidente de la Nación (art. 11). Las decisiones del Comité Ejecutivo se adoptan por votación, en la que cada

representante provincial presente tendrá un voto y el representante de Nación (quien ejerce la Presidencia) tendrá voz y sólo votará en caso de empate (art. 17).

c.- Decisiones en el COIRCO vinculadas a Portezuelo del Viento

En relación al tema en análisis, deben resaltarse las siguientes decisiones adoptadas por COIRCO:

c.i) Acta N° 56 Consejo de Gobierno

El punto 2 del Acta N° 56 contempla que habiendo presentado la Provincia de Mendoza un pedido sobre el cambio de punto de derivación del trasvase del río Grande al río Atuel, con regulación y trasvase desde la presa y embalse Portezuelo del Viento, el que ha sido evaluado a través del Comité Ejecutivo para la determinación de los requerimientos necesarios, el Consejo de Gobierno “da conformidad al pronunciamiento previo solicitado por la Provincia de Mendoza para la elaboración del proyecto mencionado con los requerimientos ya detallados”. Una vez elaborado el proyecto ejecutivo, el mismo debe ser presentado en orden a un pronunciamiento definitivo.

c.ii) Acta 70 Consejo de Gobierno

En relación a la Obra Portezuelo del Viento, en el punto 8 del Acta N° 70 se expresa que iniciado el análisis del tema, los Gobernadores de las Provincias de Buenos Aires, Mendoza, Neuquén y Río Negro expresan y acuerdan que:

“Atendiendo que el Estado Nacional promueve la instalación de Aprovechamientos Multipropósito en el territorio de la República Argentina, que contribuyan a la mejor utilización de los recursos hídricos y al desarrollo energético, en acuerdo con la Provincia de Mendoza, el Estado Nacional dará curso a las gestiones orientadas a



la ejecución del Proyecto “Portezuelo del Viento”, sobre el cauce del Río Grande.

Dicha obra permitirá incrementar la oferta energética, de manera acorde con los usos del agua del Río Colorado previstos en el Tratado de 1976, optimizando el control de inundaciones, la gestión de caudales en beneficio de toda la cuenca y la generación de energía eléctrica; y fue oportunamente aprobada por el art. 1º del Tratado del Río Colorado, dentro de las previsiones que contiene el “Programa Único de Habilitación de Áreas de Riego y Distribución de Caudales del Río Colorado”, siendo el objeto del COIRCO asegurar la ejecución del referido Programa (art. 2 de su Estatuto).

A los efectos de instrumentar las atribuciones que de acuerdo al art. 5 del Estatuto corresponden al COIRCO en relación a la fiscalización del cumplimiento por parte de las signatarias del Programa Único acordado (inc. a), y controlar que el proyecto, la construcción y los planes de operación de la obra Portezuelo del Viento se adecue a lo previsto en el Programa Único (inc. b), la Provincia de Mendoza pondrá a disposición del COIRCO la documentación complementaria pertinente, consistente en las normas de operación del embalse y las Normas Transitorias de Primer Llenado.

La provincia de Mendoza coadyuvara en la incorporación de elementos de medición y aforo en la traza del río Grande que permitan llevar adelante un control documentado de la evolución del río, durante las instancias de construcción y primer llenado referenciadas.

La obra será realizada en cumplimiento con lo dispuesto por el artículo 41 de la Constitución Nacional, la ley 25675 del Honorable Congreso de la Nación y la ley 5961 de la Legislatura de la Provincia de Mendoza, a cuyo efectos, al dar tramitación a la evaluación de

impacto ambiental la Provincia de Mendoza dará participación a las restantes provincias de la cuenca a través del COIRCO, a quien solicitará que emita dictamen con los aspectos a considerar en torno a la viabilidad ambiental de la obra, previo a su construcción. En relación al procedimiento de evaluación de impacto ambiental que debe realizar la Provincia de Mendoza de acuerdo al art. 41 Constitución Nacional, con la debida participación de las restantes provincias de la cuenca a través de COIRCO, en el marco del art. 16 del Reglamento Interno de COIRCO, el Comité Ejecutivo llevará a cabo un estudio sobre las necesidades de adaptación y/o mitigación accesorias que puedan ser adoptadas en el ámbito de la Cuenca del Río Colorado, y como resultado de la cual se propondrá un Programa de Acción que mitigue los impactos ambientales y viabilice la ejecución de las obras a escala regional que corresponda legalmente, el que podrá ser implementado de manera conjunta y/o coordinada por Provincias, según resulte conveniente en cada caso. Se tiene presente que de acuerdo a lo previsto de manera expresa en el art. 39 del Estatuto de COIRCO, las instalaciones que se realicen en Mendoza en el marco de la referida obra resulta de propiedad de la misma, no correspondiendo ni dominio ni jurisdicción sobre cualquier parte del territorio de la provincia, a COIRCO ni a las restantes signatarias, regla general que no puede ser excepcionada voluntariamente por Mendoza en razón de las limitaciones jurídicas que impone el art. 188 de su Constitución provincial. Sin perjuicio de la referida jurisdicción que corresponde a Mendoza, respecto a las normas de manejo de aguas por las cuales se registrará la operación del embalse Portezuelo del Viento, y las normas transitorias del primer llenado, las mismas serán presentadas y aprobadas por el Comité Ejecutivo de COIRCO en forma previa a la adjudicación de la obra, debiendo cumplimentar las exigencias del



Programa Único aprobado por el Tratado de 1976. El Comité Ejecutivo fiscalizará en todo momento el cumplimiento de las normas de manejo del agua con el alcance que estas establezcan, respetando las previsiones del referido Programa. El Consejo de Gobierno en este acto se pronuncia favorablemente a la construcción de la obra proyectada por Mendoza, conforme contempla el inciso b) del art. 5 del Estatuto, quedando pendiente la necesaria aprobación de las normas referidas previo a la adjudicación las obras”.

Sin perjuicio de esta decisión mayoritaria, el Gobierno de La Pampa negó su acuerdo a la construcción de la obra Portezuelo del Viento, fundamentando su oposición:

“Fundamento dicha oposición en los continuos incumplimientos de aportes de los sucesivos gobiernos de la Provincia de Mendoza de todos los acuerdos a los que se arribara en el pasado, a la no aceptación por parte de la Provincia Cuyana de realizar un estudio ambiental integral, es decir, de toda la cuenca, sujeto a aprobación de COIRCO, y con anterioridad a la adjudicación de la obra, y a que no se dé prioridad al derecho humano al agua, que debe prevalecer, por encima de cualquier otro”.

c.iii) Laudo presidencial

La falta de consenso en el Acta 70 derivó en el procedimiento arbitral que contempla el Estatuto de COIRCO, el que se sustanció en el EX2017-008854271-APN-DMENYD#MI y sus asociados.

Dicho laudo se emitió el 16 de enero de 2018, y confirmó la postura mayoritaria del acta 70 en cuanto al otorgamiento del pronunciamiento previo dispuesto en razón del art. 5.b del Estatuto de COIRCO, y además consolidó la forma de coordinación

interprovincial referida por el mismo Consejo de Gobierno en cuanto a la tramitación del procedimiento de EIA por parte de la Provincia de Mendoza.

La provincia de La Pampa interpuso una acción judicial contra este laudo, la que fue considerada por la Corte Suprema de Justicia en la causa CSJ 154/2018 –ORIGINARIO, caratulada “La Pampa, Provincia de s/ demanda art. 127 de la Constitución Nacional”, siendo desestimada por sentencia del 27 de febrero de 2018 bajo el fundamento de que no existían argumentos para justificar una queja bajo los arts. 117 y 127 CN.

c.iv) Acta 812 Comité Ejecutivo

El Acta N° 812 del Comité Ejecutivo ha desarrollado parte de las encomiendas que al mismo ha realizado el Consejo de Gobierno en el Acta N° 70, aprobando el “Procedimiento de Llenado del Embalse Portezuelo del Viento” por cuatro votos a uno. El procedimiento referido consta en el Anexo del Acta.

c.v) Acta 814 Comité Ejecutivo

El Acta N° 814 del Comité Ejecutivo ha continuado con el desarrollo de las encomiendas que al mismo ha realizado el Consejo de Gobierno en el Acta N° 70, aprobando el “Documento Técnico Normas de Operación de Embalse Versión Revisada (Buenos Aires, La Pampa, Neuquén, Río Negro) Abril 2017– 04-04-2017_DP_V9.0 contrapropuesta final de Mendoza” por cuatro votos a uno. El referido documento consta en el Anexo del Acta.

c.vi) Acta 73 del Consejo de Gobierno

En la misma, la mayoría de las provincias del COIRCO deciden en relación a Portezuelo del Viento la realización de



una EIA según la Ley 23.879, lo que es aprobado con la oposición fundada de Mendoza. La falta de acuerdo sobre esta decisión conlleva su sometimiento a laudo arbitral en los términos estatutario de la entidad interjurisdiccional, el que aún no ha sido resuelto.

II. Decisiones adoptadas en el marco bilateral Mendoza-Nación

a. Acta Acuerdo del 29 de agosto de 2006

Fue suscripta como acuerdo transaccional a fin de concluir un reclamo judicial de la Provincia de Mendoza contra el Estado Nacional que se sustanciaba ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos M-457 "Mendoza Pcia. de c/Estado Nacional s/Inconstitucionalidad". Dicha acta fue ratificada por **Ley provincial 7708** y Decreto nacional 687/07, y homologada judicialmente en los términos del art. 308 CPCCN por la Corte Federal el día 15/12/09.

En esta acta el Gobierno Nacional, tomó a su cargo el financiamiento en territorio de la provincia de Mendoza, de la obra denominada "Presa y Central Portezuelo del Viento". La Provincia de Mendoza, por su parte, ejecutaría la obra detallada, de acuerdo a las especificaciones técnicas que surgen de los estudios previos realizados por la Provincia.

El aporte del Estado Nacional para el financiamiento de la obra no genera derecho alguno del Estado Nacional a reclamar el reintegro de los fondos invertidos ni suma alguna proveniente de la planificación, ejecución y puesta en marcha de dicha obra.

En caso de que la Nación no dé oportuno cumplimiento a cualquiera de las obligaciones que le impone el acuerdo,

la Provincia queda facultada, sin necesidad de interpelación judicial o extrajudicial alguna, a perseguir el cumplimiento coactivo de la prestación, mediante la pertinente acción ejecutiva, quedando facultada la Provincia para promover además, la ejecución judicial del saldo no transferido del total de lo presupuestado para la terminación y puesta en marcha de las obras comprometidas.

b. Convenio Marco de Colaboración del 23 de diciembre de 2.016

El "Convenio Marco de colaboración entre el Ministerio del Interior, Obras Públicas y Vivienda, la Secretaría de Obras Públicas, la Subsecretaría de Recursos Hídricos y la Provincia de Mendoza para la ejecución de la obra "Aprovechamiento hídrico multipropósito Portezuelo del Viento" fue ratificado por **Ley 8949 de la Provincia de Mendoza** y Decreto nacional 1900/16, estimándose el costo de la obra en el Presupuesto nacional aprobado por Ley 27467.

Este acuerdo es suscripto como complemento del Acta Acuerdo del 29 de agosto de 2006, a efectos de instrumentar su implementación de manera efectiva.

En este Convenio, las Partes se comprometen a promover un marco estable de colaboración que contribuya al desarrollo e implementación de acciones y medidas necesarias a efectos de realizar la ejecución de La Obra, comprometiéndose la Secretaría de Obras Públicas de la Nación a llevar adelante la ejecución de la misma conforme el régimen jurídico nacional aplicable, la que al concluirse será entregada a La Provincia para su aprovechamiento hidroeléctrico, en las condiciones del Convenio de 2006, el que forma parte del presente como Anexo I.



La Provincia se compromete a colaborar y participar en todo el procedimiento licitatorio aportando el apoyo técnico necesario para la concreción de La Obra, aclarándose que es por cuenta de la provincia, entre otros aspectos: Realizar las evaluaciones y otorgar las aprobaciones técnicas, energéticas, hidráulicas y ambientales a través de los respectivos organismos competentes y conforme a la legislación vigente en la materia, cuando ello sea oportuno; Otorgar las autorizaciones pertinentes a efectos de permitir la concreción de La Obra; Perfeccionar todo acto administrativo que corresponda en ejercicio de la competencia provincial y que fuere necesario presentar por ante la autoridad de cuenca del Comité Interjurisdiccional del Río Colorado, y darle su debida participación

Los derechos de La Provincia emanados del Convenio de 2006 se considerarán cumplidos con la recepción definitiva de La Obra por parte de la Provincia. En caso de incumplimiento, La Provincia podrá ejercer todos los derechos emanados del referido convenio que forma parte del Anexo I.

c- Acuerdo para la Ejecución de la Obra Aprovechamiento Hídrico Multipropósito Portezuelo del Viento

Suscripto el 13 de junio de 2019 entre el Estado Nacional y la Provincia de Mendoza, y ratificado por **Ley 9170 de Mendoza**, y Decreto nacional 1320/19.

En el mismo, las partes consideran adecuado establecer que el Estado Nacional cancelará sus obligaciones con la Provincia mediante la emisión y entrega de letras intransferibles por un valor nominal equivalente al presupuestado en la Ley 27467, debiendo la Provincia destinar los servicios de tales letras a ser transferidos a un

fideicomiso¹ constituido a fin de ejecutar dicha obra y/u otras obras hídricas necesarias para el desarrollo de la generación hidroeléctrica provincial, debiendo tal obra llevarse delante de acuerdo con las normas provinciales y las disposiciones acordadas en el COIRCO.

El acuerdo establece el cronograma de amortización de las letras entregadas por el Estado Nacional -entre octubre 2019 y octubre 2024-, y que una vez entregadas las mismas el Estado Nacional habrá cumplido con su obligación y la provincia no tendrá nada que reclamar en relación al acuerdo homologado por la CSJN el día 15/12/09 o el Convenio Marco y Acta subsiguiente.

También establece que si el Estado Nacional incumpliere el pago en término de las amortizaciones acordadas de las referidas letras y se hubiere adjudicado la Obra, la provincia podrá reclamarle además de la ejecución de las letras sin necesidad de interpelación, los mayores costos y demás consecuencias que el referido incumplimiento provocare en la relación con los correspondientes contratistas.

III. Judicialización vinculada a la obra Portezuelo del Viento

Luego del pronunciamiento previo en favor de la obra realizado por COIRCO, y ante los acuerdos entre Nación y Mendoza tendientes a operativizar el financiamiento de la misma, se habría dado inicio a diversas causas judiciales, en las que se cuestionaría la legalidad de la obra sin que la misma sea objeto de una EIA bajo la legislación federal (Ley 23879), y se propiciaría la suspensión cautelar de la obra.

¹ El Decreto 120/20 aprueba el contrato de fideicomiso instrumentado para cumplimentar este acuerdo.



Estos procesos aún no han sido notificados a Mendoza, y consiguientemente aún no se ha trabado la Litis en los mismos, ni se conoce al momento de este dictamen las particularidades de los mismos.

IV. Régimen provincial con incidencia en la obra Portezuelo del Viento

En el orden provincial, diversas normas dictadas por la Legislatura mendocina inciden en forma específica en la temática del presente dictamen.

Más allá de las leyes locales ya citadas que aprueban acuerdos interjurisdiccionales que contemplan la ejecución de la obra Portezuelo del Viento (**Leyes 4116, 4154, 4595, 7708, 8949, 9170**), otras normas de la H. Legislatura se han expedido al respecto.

La **Ley 3952** de 1973 –subsumida luego en la Ley 6064-, reafirma “el interés e importancia que tiene para la economía de la provincia de Mendoza el aprovechamiento de las aguas de los ríos Grande, Barrancas y Colorado, sin perjuicio de los derechos que puedan corresponderle a las demás provincias ribereñas” (art. 1), y dispone la inclusión inmediata en el plan de obras públicas de los estudios técnicos y proyectos definitivos de ingeniería a nivel de ejecución de obras y la ejecución de las obras para el aprovechamiento de las aguas del río Grande (art. 2).

Veinte años después, la **Ley 6064** reafirmó “el interés e importancia que tiene para la economía de la provincia de Mendoza el aprovechamiento de las aguas de los ríos Grande, Barrancas y Colorado, sin perjuicio de los derechos que pueda corresponderles a las demás provincias ribereñas” (art. 1), declarando de

utilidad pública los terrenos necesarios para el emplazamiento de las obras, yacimientos de material para su construcción, caminos de accesos y servicios, líneas de energía y lo que corresponderán a los embalses y centrales hidroeléctricas (art. 9).

Por **Ley 6498** de 1997 se autorizó al Poder Ejecutivo a contratar mediante concurso privado una consultoría a efectos de completar los estudios de prefactibilidad del aprovechamiento hidroenergético del Río Grande, según Ley 6064, autorizando a la resulta de los mismos a convocar a Licitación Pública internacional para su ejecución y realizar todos los actos útiles necesarios para la concreción del proyecto por el régimen de concesión de obra pública.

En 2017, la **Ley 9011** nuevamente declaró de utilidad pública los inmuebles necesarios para el emplazamiento de las obras, yacimientos de material para su construcción, caminos de acceso y servicios, líneas de energía que corresponderá al embalse y central hidroeléctrica para la realización de la obra multipropósito Portezuelo del Viento (art. 1), encomendando al Poder Ejecutivo a fin de que se proceda a la afectación de los mismos al dominio público y los destine a la construcción, operación y mantenimiento de dicho proyecto, así como las obras complementarias para atender las necesidades del proyecto y de sus implicancias ambientales y sociales.

Finalmente, por **Ley 9090** de 2018, se dispuso eximir todos los impuestos provinciales al contrato de Obra Pública que se celebre para la Ejecución de la Obra “Aprovechamiento Hídrico Multipropósito Portezuelo del Viento” y a todo otro contrato, acto u operación que sea su consecuencia inmediata, como así también a los



ingresos de la o las contratistas o subcontratistas derivados directamente de aquellos.

5- LOS INFORMES REQUERIDOS A LOS ORGANISMOS ESTATALES INTERVINIENTES

Como resultado de la instrucción informativa llevada adelante por la Fiscalía de Estado, en lo que interesa a los aspectos en debate en el presente dictamen pueden reseñarse los siguientes informes técnicos y administrativos:

a) Empresa Mendocina de Energía SAPEM (obrante en Órdenes 10 y 22):

- El proyecto licitatorio se ha basado en estudios hidrológicos realizados con una serie de datos de 70 años y según prácticas y metodologías aceptadas internacionalmente.
- No es correcto técnicamente adoptar el último decenio de registros hidrológicos pobres, sea para reducir las condiciones de diseño y seguridad de las obras a dichos caudales reducidos, o sea para definir parámetros de generación derivados de la hidrología.
- El proyecto licitatorio contempla la cantidad de energía a generar en un año pobre y la probabilidad de que ello ocurra sin que se altere la viabilidad técnica o económica. En tal sentido se resalta que en los documentos licitatorios están contempladas las contingencias que podrían surgir de la eventualidad de ocurrencia de escurrimientos por debajo de la planificación de llenado, incluyendo similares a los del último decenio, debiendo el oferente cotizar la extensión del periodo de garantía y operación inicial hasta alcanzar la cota máxima.
- El proyecto contempla la posibilidad de iniciar la generación con un volumen embalsado menor, y a partir de allí abastecer las necesidades aguas abajo intertanto se genera energía.

- El proyecto debe ser considerado en su potencial de mitigación y adaptación climática regional.
- La eficiencia de generación no ha sufrido cambios respecto de las premisas adoptadas en la evaluación económica del proyecto, ni existen variaciones en los resultados económicos estimados. Dicha evaluación se efectúa en función de los objetivos del proyecto y adoptando un criterio de evaluación social que es más amplio que la mera evaluación que realiza un inversionista privado.

En la ampliación realizada ante el requerimiento de esta Fiscalía de Estado, expone además que:

- No existe, ni se ha producido, un cambio de circunstancias fácticas, jurídicas y económicas que hagan replantear el Proyecto Multipropósito Portezuelo del Viento.
- El embalse se llena hasta nivel mínimo de operación aun en un escenario de escasez hídrica como ocurrió en los últimos años.
- El proyecto permite iniciar la generación en el primer año de llenado con nivel 1577.45 msnm incluso en años de escasez hídrica, produciendo ingresos genuinos para la Provincia de Mendoza.
- El proyecto permite el llenado hasta su nivel máximo de embalse, incluso considerando los años de escasez hídrica.
- El plazo de llenado está contemplado en los documentos licitatorios e incluidos contractualmente.
- La Generación media, incluyendo las series los años de escasez hídrica del último período, no se altera sensiblemente. La reducción es parcialmente neutralizada por la mayor eficiencia de las Unidades Generadoras.
- En caso de proyectarse la generación con escenarios de hidrología de



años de escasez hídricas, igualmente el proyecto es conveniente por diversas consideraciones.

- También efectúa un análisis pormenorizado de las presentaciones de Marcelo Giraud y Daniel Correa desde una perspectiva de análisis técnico, brindando los elementos de juicio por los que desde su perspectiva tales presentaciones no resultando válidas por ser “efectuadas de manera técnicamente incorrecta, con información parcial y errónea”.

b) Departamento General de Irrigación (obrante en Órdenes 09 y 23)

-La factibilidad del proyecto cuestionado se evaluó con una serie hidrológica de 70 años, correspondiente a las temporadas 1940/41 a 2009/10, en el que sólo “hay 9 temporadas en las que el volumen escurrido en la sección Buta Ranquil es menor a **3.000 hm³**” (volumen este último destinado a satisfacer necesidades de aguas abajo, es decir, volumen que no podría ser embalsado, siendo posible acumular sólo los caudales que excedan esta cantidad).

-No se contabilizaron las temporadas de la sequía producida a partir del periodo 2010/11 (sobre las que pone énfasis la denuncia), en las que “en un período de 10 años hidrológicos hay 9 en las que el volumen escurrido en la sección de Buta Ranquil es menor a 3.000 hm³”.

- “Si se toma la serie completa a la actualidad (**1940/41 al 2019/20**) el derrame actual en Buta Ranquil es de alrededor de **4600 hm³**. Esta serie debería ser la considerada si hoy se realizara una actualización de la modelación del sistema completo”.

- El Departamento General de Irrigación monitorea permanentemente las condiciones hidrológicas de todas las cuencas provinciales.

c) Ministerio de Planificación e Infraestructura Pública (Orden 11)

- Adhiere a la información brindada por EMESA
- Brinda una serie de detalles sobre el proceso licitatorio que son propias del análisis del Dictamen obrante en Orden 25.

6- VALORACION DE LOS HECHOS DENUNCIADOS EN EL MARCO JURÍDICO EXPUESTO

Los hechos objeto de la denuncia que se han reseñado supra en el punto 1 se reducen a una disconformidad valorativa con respecto a la conveniencia o inconveniencia de llevar adelante el proyecto denunciado. En el fondo, se cuestiona la inversión pública que se realizará y su rentabilidad frente a situaciones de riesgo, como resultan desalentadores eventos climáticos que se presentan hace una década, litigiosidad y avatares administrativos en el ámbito interjurisdiccional que resultarían –según la queja- posteriores a la valoración de la factibilidad del proyecto, para propiciarse la realización de otras obras, o incluso la introducción del trasvase al río Atuel en la obra proyectada.

Desde la óptica del control de legalidad que corresponde realizar en estas actuaciones, es manifiestamente claro que ninguno de los elementos expuestos por los denunciantes refieren a cuestiones de juridicidad, sino que constituyen diferencias en la política pública dispuesta con respecto al destino que debe otorgarse a fondos destinados al proyecto en un acuerdo transaccional alcanzado en el ámbito judicial con el Estado Nacional (el que fue aprobado por Ley 7708).

Esto no es menor, en la medida en que el origen de los fondos no surgió de manera libre en cuanto a su disponibilidad, sino de un acuerdo aprobado por la Legislatura y



homologado judicialmente, en el que las partes se hicieron concesiones recíprocas para poner fin a un litigio (art. 1641 CCyC), y en ese marco se acordó el destino de fondos a la mentada obra.

Lo señalado no implica desconocer que el Acuerdo suscripto con el Estado Nacional para la ejecución de la obra “Aprovechamiento Hídrico Multipropósito Portezuelo del Viento”, aprobado por Ley 9170, contempla que los fondos que según la transacción arribada debe aportar Nación para financiar dicha obra serán transferidos a un fideicomiso constituido por la Provincia para la ejecución de la Obra acordada “y/u otras obras hídricas necesarias para el desarrollo de la generación hidroeléctrica provincial” (cláusula tercera del Acuerdo). Pero esta posibilidad no saca a la realización de Portezuelo del Viento del espectro de legalidad en el que se encuentra, sino que solo abre una brecha dentro del ámbito discrecional que –hasta ahora- no ha sido acompañada por nuevas normas legislativas ni desarrollos administrativos que den soporte jurídico a la priorización de otras obras de interés que puedan ser objeto de proyectos emprendidos desde tal fideicomiso.

Lo cierto es que la legalidad del caso, como instrumentadora de las políticas públicas encauzadas por la H. Legislatura, no permite sostener que la realización de la obra Portezuelo del Viento presente falencias. Más allá de las mencionadas Leyes 7708 y 9170, **son numerosas las disposiciones legislativas** que han previsto o incentivado la realización de esta obra o han declarado el interés o utilidad pública de la misma, sea en forma particular o en forma general como parte del aprovechamiento integral del río Grande, incluyendo entre ellas a las Leyes 3952 (dictada con la participación como diputado

provincial de uno de los ahora denunciantes), 4416, 6064, 6498, 7705, 8949, 9011 y 9090.

Cabe aquí lo sostenido por Sesín, en cuanto a que la adecuación de la actividad administrativa al interés público esencial más o menos determinado es un problema de juridicidad o legalidad en sentido amplio, pero la ponderación de los intereses secundarios, la comparación de modos o formas de realización posible implican una problemática de índole discrecional. **“El fin es reglado,** mientras que su realización es discrecional cuando el orden jurídico autoriza esa libre valoración y elección de la solución más adecuada” (Sesín, Domingo, *Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires: Depalma, p. 134)

Por ello, no puede sostenerse seriamente que la ejecución de Portezuelo del Viento por sí misma represente un problema de legalidad cuando en la historia mendocina en forma constante las leyes emitidas por la Legislatura han impulsado tal acción de manera uniforme y sin excepción, e incluso han direccionado el destino de los fondos recibidos transaccionalmente del Estado nacional a la ejecución concreta de dicha obra. La legalidad de la decisión de licitar la ejecución de Portezuelo del Viento es innegable en la legislación provincial y excluye toda situación antijurídica al respecto, sin perjuicio de la discrecionalidad administrativa en los modos o formas de realización.

Tampoco puede aseverarse de modo alguno que la obra denunciada resulte alcanzada por una ilegalidad producida por circunstancias sobrevinientes que la han transformado en irrazonable. Nadie puede negar la existencia en los últimos años de una “megasequía” –siguiendo la terminología de uno de los denunciantes–,



con el consiguiente impacto en los escurrimientos fluviales, pero los informes técnicos –tanto el de EMESA como el aportado por el Departamento General de Irrigación- dan cuenta que la metodología de evaluación técnica debe recabar la totalidad de la serie hidrológica conocida, y en tal marco de análisis la valoración de la obra como oportuna o conveniente que realiza la autoridad competente no se advierte como manifiestamente irrazonable.

Es más, el informe técnico obrante en Orden 22 explícitamente considera la hipótesis de llenado y generación con los escurrimientos de la serie de años secos o de escasez hídrica, y sin dejar de observar que este escenario es incorrecto para evaluar un proyecto, concluye que incluso en tal situación deficitaria de escurrimientos se alcanza el nivel para iniciar la generación en menos de 12 meses, y la cota máxima en 48 meses, plazo que sería menor al previsto contractualmente y que se alcanza sin alterar sensiblemente la generación media prevista en la evaluación del proyecto.

Esta situación, conlleva a que -aun considerando la disminución sensible de caudales junto a los plazos previstos para el llenado/operación y los beneficios proyectados- no quepa pretexto alguno para acusar una irrazonabilidad manifiesta que desacredite el margen de valoración que dentro del régimen legal antes referido corresponde a la autoridad administrativa en cuanto a la conveniencia y oportunidad del proyecto licitado.

Tampoco es óbice a la legalidad del proyecto la existencia de litigios y/o conflictos administrativos en el ámbito del COIRCO, ni agrega al espectro de análisis de legalidad el

criterio que la Corte Suprema de la Nación ha adoptado con respecto a la posible ponderación de los ecosistemas.

La obra en discusión ha sido objeto del correspondiente procedimiento de EIA conforme las normas de presupuestos mínimos y leyes complementarias vigentes bajo el art. 41 CN, en consonancia con el procedimiento coordinado con las restantes provincias ribereñas en el Acta 70 del Consejo de Gobierno de COIRCO, la que fue confirmada por un laudo arbitral y una posterior sentencia judicial del máximo Tribunal; cayendo consecuentemente los extremos denunciados en el espectro valorativo de la discrecionalidad, la oportunidad y conveniencia del proceso licitatorio frente a estas circunstancias.

La existencia de potenciales conflictos estará presente en toda obra que se emprenda, especialmente en un ámbito interjurisdiccional donde una de las provincias presenta una clara política de conflictividad y litigiosidad frente a los usos del agua que realizan las restantes. En todo caso, en esta y en cualquier otra obra, tal escenario debe ser valorado en la consideración de la oportunidad y conveniencia de las decisiones que se adopten, no siendo razonable pretender que ante esta situación el Estado de Mendoza deje de ejercer derechos legítimos sobre las aguas que discurren en su territorio.

Obviamente las diferencias que se diriman en tales ámbitos presentan distintas hipótesis como posibles resultados, las que eventualmente condicionaran las modalidades de ejecución, siendo recomendable que tales contingencias –en todo caso– sean previstas en el marco contractual que se defina para conducir la relación con la contratista, aspecto que ha sido analizado en el dictamen



realizado en estas actuaciones por la Dirección de Asuntos Administrativos de esta Fiscalía de Estado, al que se remite en honor a la brevedad.

En relación al cuestionamiento que efectúan algunos de los denunciantes, en cuanto a que la obra en desarrollo beneficia no solo a los intereses de Mendoza, sino que sus beneficios recaen en las restantes provincias de la cuenca que no aportan a la realización de la obra, debe atenderse que el marco interjurisdiccional vigente por ratificación de las Leyes 4116, 4154 y 4595 precisa aspectos de interés al análisis de la legalidad de este punto.

El Programa Único aprobado en el Tratado del Río Colorado (ratificado por Ley 4116) contempla que:

“En lo que respecta a los costos de las obras, los correspondientes al riego deberían ser afrontados en una primera instancia por las provincias, aunque por supuesto éstas pueden gestionar u obtener financiamiento de la Nación o de otras fuentes. En cambio **no existen criterios objetivos para asignar los costos de los embalses entre las provincias.** El desarrollo integrado de la cuenca implica una interdependencia total entre todos sus componentes, y no es posible determinar la distribución – ni siquiera aproximada - de los beneficios que resultan de la construcción de los embalses.

Por otro lado, el análisis económico demuestra que **una parte significativa de los beneficios resultantes del aprovechamiento integral de la cuenca, rebalsará las economías provinciales, y beneficiará al Estado y a otras provincias.** En consecuencia, puede afirmarse que la Nación debería participar también en las inversiones a realizarse en la cuenca. Las dificultades mencionadas en cuanto a la asignación de los costos de los embalses podrían

resolverse entonces si la Nación asumiera una responsabilidad preponderante en la construcción de los mismos”.

Con posterioridad a aprobarse este programa, el Estatuto de COIRCO que Mendoza aprobó por Leyes 4154 y 4595, contempla que las construcciones que realicen algunas de las provincias **por su cuenta** en su territorio pertenecerán exclusivamente a ella (art. 39).

Esta base normativa genérica debe ser analizada en el caso concreto a la luz de la Ley 7708, en la que en definitiva ocurrió una transacción entre el Estado Nacional y la Provincia de Mendoza, donde haciéndose concesiones recíprocas el primero acordó los fondos necesarios para que Mendoza por su cuenta ejecute la mentada obra. Luego, siendo Mendoza la propietaria exclusiva de la obra en base a este acuerdo, en el que el Estado Nacional transó su completa financiación frente al desistimiento de una acción no resuelta, no aparece como ilegítima la situación referida, ni mucho menos manifiestamente irrazonable.

Más aún, considerando que en el marco del principio del uso equitativo y razonable que rige los cursos interjurisdiccionales (CSJN, Fallos 310:2478), existe un interés común entre los Estados ribereños que impone a cada parte considerar los intereses recíprocos de las restantes, y de allí que las normas de llenado y manejo de aguas aprobadas por Actas 812 y 814 del Comité Ejecutivo de COIRCO, más que generar un manejo de la obra en beneficio de otras provincias en realidad condicionan la utilización del curso de agua que la obra Portezuelo del Viento implicará por parte del Estado de Mendoza, todo ello acorde al Acta 70 del Consejo de Gobierno de COIRCO –



confirmada por el laudo presidencial- y en los términos del art. 5.b del Estatuto del referido ente interjurisdiccional.

Con respecto a la decisión de ejecutar la obra Portezuelo del Viento en una etapa previa e independiente de la obra de trasvase al río Atuel, lo que es parte de los cuestionamientos denunciados, se considera que el marco normativo también da sustento a tal decisión dentro de la discrecionalidad y legalidad vigente.

En particular, se observa no solo que ambas obras no se encontraban unificadas en el Programa Único aprobado por Mendoza mediante Ley 4116, ni en las Leyes 3952 y 6064 – que referían en forma genérica al aprovechamiento de las aguas de los ríos Grande, Barrancas y Colorado-; sino que además es nutrido el régimen legal que dispone sobre la ejecución de obras hidroenergéticas – y en particular de la obra Portezuelo del Viento- sin ninguna vinculación a las obras propias del trasvase (Leyes 6498, 7708, 8949, 9011,9090, 9179). Ello incluso se condice con las comunicaciones efectuadas desde hace una década por la Provincia de Mendoza en el ámbito de COIRCO (Acta 692 del Comité Ejecutivo), en las que se refirió al carácter prioritario de Portezuelo del Viento dentro del Aprovechamiento Integral del Río Grande y la decisión de efectuar las obras del trasvase en una próxima etapa.

Si bien pueden existir alternativas técnicas al proyecto en ejecución que puedan coordinarse de distintas maneras e incluso integrarse en su implementación física y temporal con las obras propias del trasvase, la oportunidad y conveniencia de las mismas es un aspecto discrecional que no es alcanzado por el control de legalidad que se instruye en estas actuaciones.

En este punto, debe resaltarse que el cambio de posicionamiento de los denunciantes con respecto a la realización de la mentada obra que se ha observado en el punto 2 de este dictamen, así como las posibilidades que alguno de ellos postula en relación al trasvase o a que los fondos sean destinados a otras “obras mucho menos riesgosas y más prioritarias y urgentes para la sociedad mendocina”, no refleja ni se ve reflejado en un cambio de la legislación que la H. Legislatura ha dictado para instrumentar esta obra dentro de las políticas públicas vigentes.

Debe observarse, sin embargo, que en el debate de las políticas hídricas no solo los denunciantes, sino todos (inclusive el responsable de este dictamen) pueden tener posiciones diversas e incluso encontradas con respecto a las mejores acciones y decisiones que el Estado de Mendoza debería emprender, las que pueden coincidir o no con las efectivamente adoptadas por los órganos competentes. Pero estas posturas, que deberían ser expuestas en las instancias de participación pública que se han referido en el punto 2 de este dictamen, no inciden ni deben incidir en la valoración técnica de la legalidad de la decisión que eventualmente adopte la autoridad correspondiente en el marco del reparto constitucional de funciones.

En ese sentido, aunque cierto activismo en los procedimientos de control –sean administrativos o judiciales- puede ser propicio para un dialogo interinstitucional que potencie las decisiones públicas, el mismo no puede resultar desmedido y desmarcarse fuera del sistema, rompiendo el propio orden institucional dispuesto constitucionalmente (Pinto, M. y Martín, L., “La inconclusa revolución jurisprudencial del derecho ambiental argentino”, en Embid Irujo, A. (dir),



Agua, Energía, Cambio Climático y otros estudios de Derecho Ambiental, Navarra: Aranzadi, p. 360).

Por ello, Lorenzetti observa que aunque los procesos de control pueden llegar a modificar las agendas públicas, ello debe ser siempre respetando los límites de la división de funciones entre los Poderes del Estado, observando que el sistema democrático exige un funcionamiento en base a decisiones mayoritarias, y por ello tales procesos nunca pueden sustituir la voluntad popular expresada a través de los representantes elegidos (Lorenzetti, R., *Teoría del Derecho Ambiental*, Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 152 y 157).

Acorde a estas consideraciones, dentro de la doctrina administrativista se observa que la discrecionalidad es una zona de reserva de exclusiva incumbencia de la autoridad competente que debe ser respetada por los otros “poderes” del Estado en el concierto del equilibrio de funciones que es deber de la República garantizar (Sesín, Domingo, *Administración Pública, actividad reglada, discrecional y técnica*, Buenos Aires: Depalma, p. 156). Apoyándose en esta misma doctrina, la Corte provincial sostuvo que **“quien controla no puede imponer su propio punto de vista acerca de lo que es más razonable, sino sólo verificar si el iter lógico y la ponderación ya efectuada por la administración se ajusta a pautas objetivas aceptables, aun cuando fueren opinables”** (voto del Dr. Pérez Hualde in re L.M.d.C. c/ Dirección General de Escuelas p/ Acción Procesal Administrativa, sentencia del 21/09/15).

Acorde a tales postulados, desde la función de control no puede avanzarse en aspectos genéricos de ejecución que realiza la autoridad administrativa en función de la

valoración del interés y utilidad pública que la H. Legislatura ha expresado al disponer la obra en el plexo normativo que conforman las Leyes 3952, 4416, 6064, 6498, 7705, 8949, 9170, 9011 y 9090, ya que -como observa Palazzo- la única democracia legítima es la republicana, y por ello mientras las instituciones vigentes no sean modificadas quienes ejercen las funciones públicas no puede actuar en violación a los preceptos ordenadores fundamentales ya que cometería conductas arbitrarias, ilegales, opresivas y –en definitiva- sancionables según la ley (Palazzo, José Luis, *Derecho, poder político y libertad*, Buenos Aires: Astrea, 2007, p. 74).

Por ello, las disconformidades con las políticas públicas dispuestas legalmente por la autoridad legislativa y llevada adelante por el poder administrativo deben ser planteadas y debatidas en el ámbito y oportunidad que corresponde, no debiendo permitirse ni pretenderse que los órganos responsables de los controles de legalidad sean transformados en el instrumento para dirimir desacuerdos sobre decisiones políticas que corresponde resolver en los ámbitos democráticos constitucionalmente establecidos.

7- CONCLUSIONES

Por todo lo expuesto, esta Dirección de Asuntos Ambientales considera que las denuncias tramitadas en estas actuaciones no presentan mérito alguno para su procedencia en los aspectos evaluados en este dictamen, **no existiendo al respecto base objetiva alguna que permita a la Fiscalía de Estado observar una situación de ilegalidad, y mucho menos demandar ante los tribunales la nulidad de alguna norma o resolución administrativa** dictada con



transgresión de la Constitución o la Ley, conforme establecen el art. 177 de la Constitución de Mendoza y la Ley 728.

La nutrida legislación provincial vigente, en forma constante y uniforme, estatuye la ejecución de la obra denunciada como una acción de interés y utilidad pública, lo que excluye cualquier debate de legalidad al respecto. Tampoco se han acreditado aspectos que permitan acusar una irrazonabilidad que transforme en ilegal el proceso licitatorio en curso.

Consiguientemente, salvo mejor criterio, con las consideraciones precedentes se adhiere a la conclusión y sugerencia practicada por la Dirección de Asuntos Administrativos en Orden 25 en relación a los aspectos evaluados por la misma en el ámbito material que le corresponde.

Sin otro particular saludo a Usted muy atentamente.

DIRECCIÓN DE ASUNTOS AMBIENTALES - FISCALÍA DE ESTADO

Mendoza, 12 de agosto de 2021

DICTAMEN Nº 74/21

MP



Gobierno de la Provincia de Mendoza

-

Nota

Número:

Mendoza,

Referencia: DICTAMEN 74/21 - D.A. Ambientales FE

A: Jorgelina Norma Managua (FISCESTADO),

Con Copia A:

De mi mayor consideración:

El documento fue importado por el sistema GEDO con un total de 45 pagina/s.

Sin otro particular saluda atte.