

AGUAS

CONCESIONES DE AGUAS EN URUGUAY

GRACIELA RUOCCO

Catedrática de Derecho Administrativo en Ucdal y Udelar
y Directora del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II.– BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO. III.– MARCO NORMATIVO VIGENTE. IV.– USO PRIVATIVO DEL AGUA: 1. Facultades de la Administración. 2. Usos generales y privativos en nuestro Derecho. 3. Permisos y Concesiones: A) Distinción de ambas categorías. B) Régimen jurídico. C) Concesión de uso de aguas con destino a riego. 4.– Naturaleza de las concesiones de aguas. 5. Derechos que otorga la concesión.– IV. BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto analizar los usos específicos que pueden presentarse respecto del recurso natural agua en Uruguay, y los títulos habilitantes para ello, en particular, la concesión de aguas.

Palabras Clave: agua; concesión; permiso; bienes; dominio público.

ABSTRACT: This work aims to analyze the specific uses that may occur with respect to de natural resource water in Uruguay, and the enabling titles for this, in particular, the concession of water

Key words: water; concession; permission; goods; public domain.

I. INTRODUCCIÓN

La doctrina contemporánea define el Dominio Público como el régimen jurídico o la potestad de intervención que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración, para que ésta, mediante su gestión y control, garantice el destino de determinados bienes, ya sea muebles o inmuebles, al uso público o a un servicio público, mediante una necesaria afectación del bien. Como consecuencia de la citada afectación resultan sometidos a un régimen especial de utilización y protección.

Un bien demanial, al encontrarse afecto a un régimen jurídico especial, va a tener como consecuencia que la Administración Pública sea la responsable de su administración y protección, con lo cual, desde siempre, la doctrina señala como elemento caracterizante, que en ningún caso una persona privada, natural o jurídica, puede ser titular de dichos bienes (1).

La naturaleza jurídica de todas las aguas es dominial, como se analizará al abordar el marco jurídico vigente en nuestro país; pero a la vez, dicho

(1) Cfr. VILLEGAS BASABILBASO, *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. 1952, Tomo IV, p. 106; DIEZ, *Dominio Público*. Buenos Aires. 1940, p. 257.

marco normativo regula los derechos de aprovechamiento de las mismas, en beneficio de personas determinadas, a quienes se reconoce el derecho de uso que pueden hacer sobre las aguas con fines específicos.

Tal como señalan ABARNO y PIEGAS, «... al derecho administrativo le interesa el agua como recurso natural perteneciente al dominio público, susceptible de usos comunes y especiales, así como la prevención de su contaminación y la defensa contra las inundaciones»... y agregan la importancia del «... fenómeno del “calentamiento global” que provoca otras catástrofes climáticas tales como sequías, cada vez con mayor intensidad, con los consiguientes costos económicos para la sustentabilidad económica del país...». El agua es un bien nacional de uso público, «...considerada un bien jurídico universal con una clarísima orientación social» (2).

El presente trabajo tiene por objeto analizar los usos específicos que pueden presentarse respecto de este recurso natural, y los títulos habilitantes para ello, en particular, la concesión de aguas.

II. BIENES DEL DOMINIO PÚBLICO HIDRÁULICO

A los efectos de categorizar los bienes nacionales de uso público, la doctrina ha ensayado diversos criterios: (3)

- El *orgánico*, que atiende a la pertenencia del bien a una entidad estatal;
- El *objetivo*, que tiene en cuenta la naturaleza del bien (limitándose por algunos a los inmuebles); y
- El *teleológico*, que se funda en el destino del bien.

El criterio *orgánico* es claramente insuficiente; el *objetivo* no resulta razonable, porque no parece tener sustento que la naturaleza del bien, mueble o inmueble, determine el carácter de uso público del mismo.

Ahora bien. El criterio *teleológico* es, a nuestro juicio, impreciso, a la hora de determinar su alcance, ya que el destino del bien puede ser al uso de todos (doctrina clásica francesa, y es la solución del Código Civil uruguayo artículos 477 a 470), o la afectación a los servicios públicos (como señalan DUGUIT y BONNARD), o la utilidad pública (al decir de HAURIUO y VILLEGAS) (4).

(2) ABARNO, Ana Inés y PIEGAS, Sergio. «Aspectos administrativos de la normativa sobre agua con destino riego». En *Jurisprudencia contencioso-administrativa*. Graciela Ruocco (Coordinadora). FCU. Montevideo. 2021, Separata, p. 2.

(3) DELPIAZZO, Carlos. *Derecho Administrativo General. Volumen 2*. Tercera edición actualizada y ampliada. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2020, p. 118.

(4) SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. 9ª Edición Actualización. Carlos Delpiazzo y Cristina Vázquez (Directores). Natalia Veloso y Gabriel Delpiazzo (Colaboradores). FCU. Montevideo. 2022, pp. 270 a 272.

SAYAGUÉS LASO combina dos de los aspectos que atienden a la *finalidad*, el destino al uso público y la afectación a la ejecución de algunos cometidos estatales (5), pero también destaca la naturaleza de los bienes, insusceptible de propiedad privada, declarando específicamente la imposibilidad de sostener un criterio único. (6) Lo que para nuestro país, Italia y España no parece ser un problema, ya que hay textos legales expresos que consagran una solución determinada (7).

DE LA RIVA (8), con cita de BIELSA (9), sostiene que: «Como regla, el uso público que se tiene en consideración, cuando se alude al destino de los bienes del dominio público, consiste en aquel que favorece a la comunidad toda». Y agrega, siguiendo a GARCÍA PÉREZ: «Amén de la titularidad estatal que se atribuye a dichos bienes, para que los mismos ingresen a la categoría dominial referida, es menester que ellos estén efectivamente dispuestos al uso público, sea de manera directa o indirecta, destino que, cabe insistir, se traduce en el acceso a su uso que se reconoce, en principio, a todos los habitantes» (10). Es lo que se ha dado en llamar el *uso común*, al que, por definición, están abiertos los bienes del dominio público en su conjunto (11).

Como lo sostienen ABARNO y PIEGAS, siguiendo a DELPIAZZO, la imprecisión de los criterios, ha llevado a optar por una *pauta normativa*, esto es, que la determinación de la calidad de bien del dominio público, depende exclusivamente de su determinación por ley (12).

Nuestro Código Civil, el artículo 477 consagra el *criterio de la afectación al uso directo por los habitantes*, lo que resulta confirmado con la enumeración que realiza el artículo 478 (13), entre los que se encuentran:

«3°.- Los ríos o arroyos navegables o flotables en todo o parte de su curso. Se entenderán por ríos y arroyos navegables o flotables aquellos cuya navegación o flote sea posible natural o artificialmente.

(5) *Ibidem*, p. 275.

(6) *Ibidem*, pp. 268 a 275.

(7) *Ibidem*, p. 268.

(8) DE LA RIVA, Ignacio. «La concesión de uso de bienes del dominio público». *Jurisprudencia Argentina*. Fascículo 13. Dominio Público. (Coordinador Juan Carlos Cassagne). Número Especial. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2010, p. 56.

(9) BIELSA, Rafael, *Derecho Administrativo*, Tomo III, 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1956, pp. 428-429.

(10) Citado por DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 56: Cfr. GARCÍA PÉREZ, Marta, «Utilización del dominio público: tipología», en AA.VV. «Dominio público (Naturaleza y régimen de los bienes públicos)», De Reina Tantière, Gabriel (coord.), Ed. Heiista, Buenos Aires, 2009, p. 228.

(11) Citado por DE LA RIVA, I., *op. cit.* p. 56: Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», t V, 4ª ed. actualizada, Ed. Abiédo-Perrot, Buenos Aires, 1998, pp. 359 y ss.

(12) Art. 477 y siguientes del Código Civil.

(13) DELPIAZZO, C., *op. cit.*, p. 119.

4º.- *Las riberas de esos ríos o arroyos, en cuanto al uso que fuere indispensable para la navegación.*

5º.- *El agua corriente aun de los ríos no navegables o flotables, en cuanto al uso para las primeras necesidades de la vida, si hubiere camino público que la haga accesible».*

Sin embargo, luego de la reforma constitucional de 2004, el criterio para su categorización cambió. Antes era clara la utilización del criterio de la finalidad: «Los bienes de propiedad nacional cuyo uso pertenece a todos los habitantes del Estado...» (artículo 477 del Código Civil). Y el agua era mencionada en la enumeración contenida en el artículo 488 numerales 3, 4 y 5 del artículo 478 transcritos.

Según la disposición contenida en el actual artículo 47 de la Carta, *son públicas todas las aguas, superficiales y subterráneas, salvo las pluviales que a texto expreso el precepto constitucional excluye de la declaración de dominialidad.*

Razón por la cual es claro que nuestro Derecho vigente ha optado por una *pauta normativa* de definición de la dominialidad, y dependiendo de los bienes, distinto es el criterio adoptado por el legislador. En el caso específico del agua, ha primado el *criterio objetivo*, que atiende a la naturaleza del bien para su categorización.

III. MARCO NORMATIVO VIGENTE

Como adelantamos, el régimen jurídico del bien público *agua* en nuestro Derecho estuvo regulado originariamente por el Código Civil, que contenía disposiciones respecto a los bienes del dominio público y fiscal del Estado, entre los cuales se mencionan los cursos de aguas (artículos 476 a 480), y las servidumbres de aguas (artículos 558 a 580). Dicha regulación se complementaba con la del Código Rural de 1875. (14) Esta normativa fue sustituida por el Código de Aguas aprobado por Decreto Ley N° 14.859, de 15 de diciembre de 1978.

La reforma de la Constitución en su artículo 47, modificó el régimen precedente del Código de Aguas. Y la Ley N° 18.610, de 2 de octubre de 2009, sobre «Política Nacional de Aguas», interpretando la disposición constitucional, en el inciso 1 del artículo 4 dispone que «con relación al dominio público de las aguas y teniendo en cuenta la integridad del ciclo hidrológico, se define lo que se entiende por: a) aguas pluviales o precipitación, b) aguas superficiales, c) aguas subterráneas, d) humedad del suelo y e) aguas mananciales (15).

(14) LABAURE, Carlos. «Concesiones de aguas». Montevideo. 1988, p. 204.

(15) SAYAGUÉS LASO, E., *op. cit.* Nota de actualización, p. 309.

Agrega el inciso 2 que «Integran el dominio público estatal las aguas superficiales y subterráneas, quedando exceptuadas las aguas pluviales que son recogidas por techos y tanques apoyados sobre la superficie de la tierra» (16).

El artículo 10 de la misma ley dispone que «los recursos hídricos comprenden las aguas continentales y de transición», definiendo cada categoría:

- *continentales* son las aguas superficiales, subterráneas y humedad del suelo.
- *de transición* son las aguas que ocupan la faja costera del Río de la Plata y el océano Atlántico, donde se establece un intercambio dinámico entre las aguas marítimas y continentales.

De manera que de acuerdo con la reforma constitucional y la interpretación legal, son públicas todas las aguas; conforman el dominio público estatal como dominio público hidráulico, las aguas superficiales así como las subterráneas con excepción de las pluviales, constituyendo un recurso unitario subordinado al interés general.

Asimismo el artículo 3 de la citada ley establece que es un *recurso natural esencial* para la vida, y el artículo 8, conforme el mandato constitucional que impone el respeto de las bases contenidas en el artículo 47 [literales a) a d)], dispone que la política nacional de aguas deberá sustentarse en los principios que la ley enumera, a saber:

- A) La gestión *sustentable, solidaria* con las generaciones futuras, de los recursos hídricos y la preservación del ciclo hidrológico que constituyen asuntos de interés general.
- B) La gestión *integrada* de los recursos hídricos —en tanto recursos naturales— deberá contemplar aspectos sociales, económicos y ambientales.

(16) Artículo 4º.— A los efectos de interpretar lo establecido en el numeral 2) del inciso segundo del artículo 47 de la Constitución de la República, con relación al dominio público de las aguas y teniendo en cuenta la integridad del ciclo hidrológico, se entiende por: A) Aguas pluviales o precipitación: el flujo de agua producido desde la atmósfera hacia los continentes y océanos. Cuando éstas acceden al continente se manifiestan como superficiales, subterráneas o humedad del suelo. B) Aguas superficiales: las que escurren o se almacenan sobre la superficie del suelo. C) Aguas subterráneas: todas las aguas que se encuentran bajo la superficie del suelo en la zona de saturación y en contacto directo con el suelo o el subsuelo. D) Humedad del suelo: el agua retenida por éste, en sus poros más pequeños, sin saturarlo. E) Aguas manantiales: el agua subterránea que aflora naturalmente a la superficie terrestre, incorporándose a las aguas superficiales. Integran el dominio público estatal las aguas superficiales y subterráneas, quedando exceptuadas las aguas pluviales que son recogidas por techos y tanques apoyados sobre la superficie de la tierra. Las disposiciones del presente artículo serán de aplicación en el Decreto-Ley N° 14.859, de 15 de diciembre de 1978 (Código de Aguas), en la Ley N° 16.858, de 3 de setiembre de 1997 (Ley de Riego con Destino Agrario) y en la Ley N° 17.142, de 23 de julio de 1999 (Ley de Aguas Pluviales).

- C) Que la falta de certeza técnica o científica no podrá alegarse como exigente —ante el riesgo de daño grave que afecte los recursos hídricos— para la no adopción de medidas de *prevención, mitigación y recomposición*.
- D) Que la afectación de los recursos hídricos, en cuanto a cantidad y calidad, hará incurrir en *responsabilidad* a quienes la provoquen.
- E) El reconocimiento de la *cuenca hidrográfica* como unidad de actuación para la planificación, control y gestión de los recursos hídricos, en las políticas de descentralización, ordenamiento territorial y desarrollo sustentable.
- F) La *educación ambiental* como una herramienta social para la promoción del uso responsable, eficiente y sustentable de los recursos hídricos en sus distintas dimensiones: social, ambiental, cultural, económica y productiva.
- G) Que el *abastecimiento* de agua potable a la población es la principal prioridad de uso de los recursos hídricos. Los demás usos se determinarán teniendo en cuenta las prioridades que se establezcan por regiones, cuencas hidrográficas y acuíferos.
- H) Equidad, asequibilidad, solidaridad y sustentabilidad, como criterios rectores que tutelen el *acceso y la utilización* del agua.
- I) Que para la gestión sustentable de los recursos hídricos compartidos con otros Estados deberán promoverse *estrategias de coordinación y cooperación internacional*, según lo establecido por la Constitución de la República en materia de aguas y saneamiento.
- J) La *participación* de los usuarios y la sociedad civil en todas las instancias de planificación, gestión y control.
- K) Que las personas jurídicas estatales sean las únicas que puedan prestar, en forma *exclusiva y directa*, los servicios públicos de agua potable y saneamiento.
- L) Que el marco legal vigente en materia de aguas debe estar en consonancia con la evolución del conocimiento científico y tecnológico.

La reforma constitucional de 2004, establece el acceso al agua y al saneamiento, como un *derecho humano fundamental*. Al respecto, RISSO FERRAND alude a las consecuencias interpretativas que tal expresión provoca. Decía entonces que «El problema de esta consagración de derechos humanos radica en la expresión 'fundamentales' luego de 'derechos humanos'. A primera vista el intérprete podría pensar que se trata de una reiteración innecesaria e injustificada de palabras, o dos formas de llamar a la misma cosa: derechos humanos o derechos fundamentales... Es sabido que nuestra jurisprudencia y doctrina no ha sido unánime en cuanto a si existe o no jerarquía entre los derechos humanos. En la doctrina y

jurisprudencia extranjeras las soluciones son variadas...» «...La expresión 'derechos humanos' seguida de 'fundamentales' podría llevar a pensar que estos dos derechos que se reconocen como humanos tendrían un rango superior a los otros derechos humanos reconocidos o consagrados por la Constitución. Y si como parece ser fuera ésta la interpretación correcta, la misma es inadmisibles ya que estos derechos primarían sobre el derecho a ser protegido en el goce de la vida, de la libertad, etc., lo que no parece razonable que sea aceptado» (17).

DURÁN MARTÍNEZ refiriéndose al derecho al acceso a la información, que es calificado por la ley como fundamental, expresa que «el término 'derecho fundamental'... debe tomarse como sinónimo de derecho humano...»; y que «...la fundamentalidad de ese derecho implica no sólo que no puede ser desconocido por el legislador ordinario por una mayoría parlamentaria, como diría ALEXY, sino además, que tampoco puede ser desconocido por el constituyente» (18).

Ana María RODINO (19), refiriéndose al derecho a la educación que se consagra como derecho humano fundamental, señala que la expresión pretende presentar al derecho a la educación como un verdadero «derecho llave», en el sentido que es el derecho que abre la puerta para el goce de los restantes derechos humanos: «sin educación es difícil acceder a otros derechos como el trabajo, la seguridad, agremiación». La utilización de una expresión que a primera vista aparece tautológica, pretende subrayar, conferir un énfasis marcado, no jerarquizar. Estas reflexiones aplican claramente al derecho al agua, sin el cual no hay vida.

Por su parte, la Ley de Riego con destino Agrario, N° 19.553, de 27 de octubre de 2017, que modifica algunas disposiciones de la Ley N° 16.858, de 3 de setiembre de 1997, hace referencia al uso o aprovechamiento de este recurso renovable con un fin específico, autónomo, como lo es el aprovechamiento con destino agrario.

Para completar el marco normativo, referiremos al aspecto *institucional*, es de destacar que el órgano competente en la materia es el Ministerio de Ambiente, que fue creado por el artículo 291 de la Ley N° 19.889, de 9 de julio de 2020, con competencias exclusivamente en materia ambiental.

El primer ministerio encargado de la temática fue el de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA), creado por Ley N° 16.112,

(17) RISSO FERRAND, Martín. Primeras reflexiones sobre el proyecto de reforma constitucional a plebiscitarse en octubre de 2004, en www.ucu.edu.uy.

(18) DURÁN MARTÍNEZ, A. *Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública* Segunda edición actualizada y ampliada. AMF. Montevideo. 2012, p. 103.

(19) RODINO, Ana María. «La educación en derechos humanos: Una propuesta para políticas sociales» *Revista editada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 44, 2006.

de 30 de mayo de 1990. Pero las competencias ambientales asignadas a dicha Secretaría de Estado, fueron transferidas al Ministerio de Ambiente por la ley que lo creó.

Entre sus *Cometidos Sustantivos*, en lo que aquí interesa, mencionaremos:

- La formulación, ejecución, supervisión y evaluación de los planes nacionales de protección del ambiente, ordenamiento ambiental y conservación y uso de los recursos naturales, así como la instrumentación de la política nacional en la materia.
- Ejercer la competencia atribuida por la ley a la Dirección Nacional de Medio Ambiente (DINAMA) y a la Dirección Nacional de Aguas (DINAGUA), y las competencias en materia ambiental, de desarrollo sostenible, cambio climático, preservación, conservación y uso de los recursos naturales y ordenamiento ambiental, que las leyes le hayan atribuido al Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente. Tendrá competencia en general sobre toda la materia ambiental prevista en el artículo 47 de la Constitución de la República.

Finalmente, por decreto del Poder Ejecutivo N° 205/017, de 31 de julio de 2017, se aprobó el Plan Nacional de Aguas —tal como lo estableció la Ley de Política Nacional de Aguas— instrumento técnico político para la planificación y gestión de las aguas considerando los diversos usos del recurso.

IV. USO PRIVATIVO DEL AGUA

SAYAGUÉS LASO enseña que además «...del uso general abierto a todos los habitantes, los bienes dominiales pueden ser objeto de utilizaciones privativas por personas determinadas, es decir, utilizaciones que en grado variable excluyen el uso común sobre una porción del bien, pero sin impedir que el bien considerado en su conjunto cumpla su destino propio para el uso general (20).

Las variadas utilizaciones privativas posibles dificultan una sistematización de los principios aplicables, por lo que el régimen jurídico varía según los bienes de que se trate.

Es sabido, como señala DE LA RIVA, que en no pocas ocasiones el destino de uso común, convive con el derecho de que gozan determinados sujetos a usar esos mismos bienes de manera especial, por ejemplo, el aprovechamiento del agua de un río para una finalidad específica (riego, uso industrial, generación de energía) (21).

(20) SAYAGUÉS LASO, E., *op. cit.*, p. 286.

(21) DE LA RIVA, I, *op. cit.*, p. 56.

Surge así, la distinción entre *usos comunes* y *usos privativos*, éstos últimos definidos por MARTÍN, siguiendo a SAAVEDRA «... Uso especial, privativo o exclusivo, a diferencia del uso común, es aquel que sólo pueden realizar aquellas personas que se encuentren en las condiciones que al efecto exige la ley o, lo que es igual, que dispongan del título administrativo hábil y suficiente para la utilización especial» (22).

Los bienes del dominio público están en principio destinados al uso general, pero admiten usos privativos. A pesar de que ello pueda parecer una contradicción, LABAURE sostenía con acierto que los bienes del dominio público admiten esos usos, cuando sean acordes con el uso público y el interés general (23).

También DE LA RIVA se ha planteado esa aparente contradicción al tratar el tema del uso privativo del agua, cuando reflexiona:

«Frente a estas prerrogativas reconocidas a ciertos individuos sobre espacios o sectores de bienes que se supone que están disponibles para el uso de todos, surge necesariamente la pregunta: ¿no resulta una contradicción in terminis que el uso de ciertos bienes del dominio público se encuentre en ocasiones reservado, al menos parcialmente, a determinados sujetos, con la consiguiente imposibilidad de los restantes miembros de la comunidad de acceder al uso de esa porción de dichos bienes? ¿Cómo se conjuga, en tales casos, la ratio legis que justifica la condición dominial de esos bienes —es decir, su consagración al uso público— con la facultad privativa de unos pocos, o de un único individuo, de gozar de dicho uso en las condiciones y con el alcance con que la Administración haya consentido reconocerles ese derecho de uso especial?»

El autor lo plantea como un verdadero reparo, lo que determinó —dice— que se haya rodeado de ciertos recaudos el ejercicio de la facultad pública de otorgar derechos de uso especial sobre bienes del dominio público, entre los cuales sobresale la exigencia de que tales derechos especiales sean compatibles con el destino de uso público que justificó la incorporación del bien a dicha categoría dominial. El aprovechamiento del agua —concluye— no puede entorpecer el uso del río o del mar por el común de los habitantes para los fines que les son habituales (navegación, recreación, pesca) (24).

Además DE LA RIVA insiste en la necesidad de la existencia de una razón de interés público que avale el otorgamiento de ese derecho especial de uso a favor de un sujeto en particular, a contrapelo del uso común que se predica, en principio, del bien involucrado. Y siguiendo a LAFUENTE expresa que si no concurre alguna razón que demuestre que esa modalidad de uso satisface,

(22) Citado por ABARNO, A. I. y PIEGAS, S., *op. cit.*, p. 8.

(23) LABAURE, C., *op. cit.*, p. 206.

(24) DE LA RIVA, I., *op. cit.*, pp. 56-57.

de algún modo, una finalidad pública, será difícil justificar tal ventaja frente a los requerimientos del principio de igualdad (25).

Bajo las condiciones aludidas, se sortea el reproche de contradicción antes destacado, haciendo compatible el destino específico de bienes del dominio público en favor de particulares, convirtiéndose en ocasiones, incluso, en el medio más idóneo para que ese destino alcance su plenitud, por ejemplo en las concesiones portuarias.

1. Facultades de la Administración

Determinada la legitimidad del uso privativo, analizaremos si la Administración tiene un amplio margen de *discrecionalidad* para atribuir esos usos específicos, o si la actividad en tal caso, debe considerarse reglada.

SAYAGUÉS LASO sostiene que por regla general la concesión es un acto discrecional. En ese sentido el maestro expresa que «los interesados en obtener una concesión no tienen un derecho subjetivo para exigirla; la administración ejercerá su poder de concederla apreciando la conveniencia y oportunidad de la misma, salvo norma excepcional que lo exprese. Pero los textos pueden limitar esa discrecionalidad, estableciendo procedimientos y reglas determinadas para su otorgamiento (26).

Señala LABAURE que en general las normas prevén el carácter facultativo del otorgamiento de permisos y concesiones, por lo que se sostiene que éste es discrecional. Pero la discrecionalidad no significa arbitrariedad, por lo que doctrina y jurisprudencia han establecido límites a la misma sin afectar la discrecionalidad misma, sino los elementos que la rodean como ser sus presupuestos y los efectos. Al respecto distingue dos situaciones, la denominada de *concesión rogada* y cuando la *Administración lícita el otorgamiento* (27).

En el primer caso, si el particular reúne las condiciones necesarias para el otorgamiento de una concesión, esto es la identificación del solicitante, la descripción de las obras proyectadas y el plan técnico y económico para su aprovechamiento (artículo 176 del Código de Aguas), y la misma resulta admisible, permitiéndola el bien destinado al uso público de acuerdo al interés general, la Administración no podría negar su otorgamiento sin incurrir en ilegitimidad (28).

(25) *Ibidem*, p. 57. Cita del autor: Cfr. Lafuente Benaches, María Mercedes, «La concesión de dominio público. Estudio especial de la declaración de su caducidad», Ed. Montecorvo, Madrid, 1988, pp. 76/77.

(26) SAYAGUÉS LASO, E., *op. cit.*, p. Tomo I, p. 405.

(27) LABAURE, C., *op. cit.*, p. 209.

(28) *Ibidem*.

El segundo caso está previsto en nuestro ordenamiento de aguas, respecto a concesiones para la prestación de servicios públicos y construcción de obras públicas, cuando utilicen aguas y álveos del dominio público, en que deben otorgarse por licitación pública salvo resolución fundada (art. 193 del Código de Aguas). En esas condiciones, convocado el procedimiento respectivo, la Administración no podrá dejar de otorgarla sin causa legítima. Es decir que si la Administración recurrió a un procedimiento para su otorgamiento, tendrá el deber de otorgarla, salvo que declare desierta la licitación o se rechacen todas las ofertas (29).

Al respecto, señala DE LA RIVA, que, salvo en aquellos casos específicos en que el marco jurídico haya acotado definitivamente el margen de decisión del que dispone la Administración para conceder o no tales derechos de uso especial sobre bienes de su dominio público, la autoridad administrativa resolverá, en cada caso, con amplio margen de discrecionalidad, en función de las circunstancias y de la valoración que realice del interés público involucrado, si juzga o no oportuno otorgar el derecho de uso especial que se le solicita (30).

En el caso de la *concesión de agua con destino a riego*, la discrecionalidad de la Administración se encuentra seriamente limitada, en tanto, el ordenamiento jurídico, establece los requisitos que deberá apreciar frente a cada solicitud que se formule. En consecuencia, cabe acompañar la opinión de SAAVEDRA, cuando afirma que «el otorgamiento de la concesión —en materia de aprovechamiento del agua con destino a riego— no es discrecional. Cumpliendo los requisitos exigidos por la norma, no puede la administración denegar su otorgamiento de modo injustificado» (31).

2. Usos generales y privativos en nuestro Derecho

Como *usos generales* el Código de Aguas prevé los siguientes: bebida e higiene humanas, bebida del ganado, navegación y flotación, transporte gratuito de personas y bienes, pesca deportiva y esparcimiento, aclarando la norma que no podrán derivarse aguas ni usarse medios mecánicos para su extracción, ni contaminar el medio ambiente (artículo 163). A diferencia de lo que establecía el Código Rural, que preveía un régimen de prioridades entre los distintos usos especiales, el Código de Aguas no establece una nómina, señalando que los usos privativos de aguas del dominio público, así como la ocupación de sus álveos podrán ser otorgados mediante permisos o concesiones de uso (artículo 165). Dicha norma debe ser complementada por el art. 3° del mismo Código, que prevé la posibilidad de que se establezcan prioridades

(29) *Ibidem*.

(30) DE LA RIVA, l. op cit. p. 57.

(31) Citado por ABARNO y PIEGAS, *op. cit.*, p. 12.

para el uso de agua por regiones, cuencas o partes de ellas, asignándose la primera prioridad para el abastecimiento de agua potable a poblaciones. En el caso de competencia entre solicitudes, se buscará su compatibilización, y de no ser posible se optará por la que mejor cumpla con la conservación de la fuente y mantenimiento de las obras, y ofrezca mayores seguridades técnico-financieras, en defecto de lo cual se toma el orden de presentación (artículo 183). El sistema previsto, de prioridades no preestablecidas es compatible con un uso múltiple del recurso, para lo cual se otorgarán permisos o concesiones de uso según las características de las posibles utilizaciones, de acuerdo a la reglamentación (artículo 165) (32).

De manera que los *usos privativos* se desarrollan en nuestro régimen vigente a través de los permisos y las concesiones.

3. Permisos y Concesiones

Los derechos de uso especial sobre bienes del dominio público configuran una situación jurídica subjetiva que se adquiere únicamente a partir de uno de los títulos que habilitan a obtenerla: el permiso y la concesión.

El permiso y la concesión dan origen a un derecho de uso especial a partir de una expresa decisión del sujeto público titular del bien, sujeto que exterioriza su voluntad de reconocer tal prerrogativa a favor de una persona determinada (33).

No existe acuerdo en la doctrina acerca de la naturaleza de ambos títulos. Mientras los primeros se caracterizan por la precariedad, las segundas cuentan con plazo, lo que elimina el carácter precario, aunque ello no significa que no puedan ser revocadas, pero si así ocurre, procederá la reparación patrimonial.

Los *permisos* se caracterizan por crear un derecho donde no existía pero con carácter precario, esto es, que la Administración conserva el poder de revocarlos en tanto lo juzgue necesario para satisfacer los requerimientos del interés público, sin que tal extinción dé lugar a indemnización alguna (34).

La *concesión* es definida por SAYAGUÉS LASO como el acto de derecho público que confiere a una persona (física o jurídica, pública o privada) un derecho o un poder que antes no tenía, mediante la transmisión de un derecho o del ejercicio de un poder propio de la administración» (35).

(32) LABAURE, C., *op. cit.*, p. 206.

(33) DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 57.

(34) *Ibidem*, p. 58.

(35) SAYAGUÉS LASO, E. *op. cit.* Tomo I, p. 404. p. 421. Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, «La concesión. Concepto, tipos y perspectivas», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2004, vol. I, p. 8.

ROTONDO, en el mismo sentido, sostiene «que confiere un derecho o potestad que el receptor no tenía previamente, por lo que posee carácter constitutivo... Refiere a un acto unilateral si bien puede existir solicitud o aceptación del concesionario (36).

ABARNO y PIEGAS sostienen que desde el punto de vista de la estabilidad de los derechos concedidos, como ya se expresó anteriormente, los permisos suelen ser con plazo indeterminado y por lo tanto de carácter precario y revocable, por lo que no confieren un derecho subjetivo perfecto sino debilitado.

Dice DE LA RIVA que «Frente a la debilidad que exhibe el título nacido de un permiso, la concesión de uso de dominio público brinda a quien la obtiene un derecho perfecto, que se incorpora de manera plena a su patrimonio. Ello no equivale a decir que no pueda ser dejado ulteriormente sin efecto si el interés público lo reclama, pero tal extinción deberá tener lugar en los términos del régimen aplicable a la revocación de todo acto administrativo: esto es, deberá mediar la consiguiente indemnización, por parte de la Administración, de los daños que irroque la supresión del derecho conferido» (37).

A) Distinción de ambas categorías

Es de observar que en ocasiones la Administración califica indistintamente, bajo una u otra categoría, el otorgamiento de los derechos de uso que asigna sobre los bienes públicos a su cuidado, lo que hace necesaria su distinción conceptual a partir de las previsiones contenidas en el acto o contrato de otorgamiento, haciendo abstracción de la denominación utilizada por la otorgante.

Con tal propósito, DE LA RIVA ensaya algunos *criterios de diferenciación* que permiten ubicar la figura en uno u otro tipo, con abstracción de su nombre. Una primera diferencia entre ambas técnicas está vinculada a la manera más estable y exclusiva con que —al menos como regla— el concesionario se instala en la cosa pública, comparada con la ocupación más pasajera y superficial que realiza el permisionario. (38) Es, pues, evidente que el derecho a construir una presa sobre un río con vistas a aprovechar el agua que corre por su cauce con la finalidad que fuere, requiere una continuidad en el tiempo totalmente diferente a la autorización para disponer de un espacio para estacionar el vehículo en la vía pública (39).

En segundo lugar, la magnitud de las inversiones a cargo del particular a quien se otorga el derecho de uso especial resulta otro dato revelador de

(36) ROTONDO, Felipe. *Manual de Derecho Administrativo*. FCU, 2021, p. 310.

(37) DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 58.

(38) Mayer, Otto, «Derecho Administrativo alemán». Ed. Depalma, Buenos Aires, 1951, t. III, ps. 246/247. Citado por DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 58.

(39) DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 58.

la índole del título otorgado. (40) En efecto, difícilmente un negocio jurídico que requiera de una importante inversión de recursos vaya a erigirse sobre un mero permiso, dado que la naturaleza precaria de este último no ofrece la seguridad necesaria para el desembolso de tales erogaciones (41).

Un tercer elemento que, en ocasiones, se toma en consideración para discernir si se está ante un permiso o ante una concesión de uso especial del dominio público se vincula a la presencia o no de un plazo de vigencia del título otorgado. La presencia de un plazo en un acto calificado como permiso bien podría ser indicio de que se trata, en rigor, de una concesión (42).

Aplicados los conceptos que anteceden a la concesión de uso de agua con destino a riego, que tiene por objeto el aprovechamiento de un bien de dominio público, MARTÍN, en cita de SAAVEDRA indica que en «general, se ha aceptado en el plano teórico que la concesión constituye un título perfecto, importando el nacimiento de un verdadero derecho subjetivo definitivo y estable en cabeza del titular que debe, en consecuencia ser indemnizado en caso de revocación» (43).

Otra característica en materia de aguas, es que la concesión está indisolublemente ligada a un determinado predio o inmueble al cual se afecta, no así el permiso. Si se enajenara dicho predio o se transmitiese por vía sucesoria, la concesión se transfiere *ope legis* al nuevo titular del predio (44).

Por su parte, el plazo en la concesión es un elemento conceptual y se reserva a proyectos de mayor envergadura que requieren de una disponibilidad permanente y estable del uso de las aguas, debido a las inversiones realizadas y a la necesidad de una cierta seguridad en el derecho a disponer de esas aguas.

B) Régimen jurídico

En lo que respecta a las concesiones de uso de aguas, las mismas presentan diferencias con los permisos. En primer lugar, en lo atinente al plazo, el Código de Aguas establece que su duración máxima será de 50 años, pudiendo ser renovadas a su vencimiento, excepto cuando no implique la derivación de aguas, en cuyo caso el plazo máximo es de 10 años, no admitiéndose las concesiones perpetuas (artículos 168 y 180). En segundo lugar, la revocación

(40) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo» cit., t. V, ps. 402/403 y 435/436.

(41) DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 58.

(42) *Ibidem*, p. 59.

(43) Citado por ABARNO y PIEGAS, *op. cit.*, p. 11.

(44) Art. 170 Código de Aguas.

por razones de interés general da lugar a la indemnización de los daños y perjuicios (artículo 174).

En cuanto a la transferencia, a diferencia de los permisos, en las concesiones no sólo es posible —como dijimos— que cuando cambie la titularidad del predio afectado por herencia, legado o enajenación (artículo 170), sino que es, asimismo posible la cesión total o parcial de la concesión, previa autorización otorgada por motivos fundados (artículo 171). Los permisos y concesiones, se entienden otorgados sin perjuicio de terceros, esto es en tanto el caudal de agua lo permita sin afectar otros derechos que se hubieran otorgado (artículo 166), lo que dado su carácter general, comprende cualquier alteración de las aguas o la inundación de predios vecinos. En caso de que se pretenda la modificación del permiso o concesión de uso, para destinar las aguas a bienes o fines distintos a los previstos, o modificar las obras hidráulicas en forma no sustancial, se requiere la conformidad de la Administración; en tanto si las modificaciones son sustanciales por implicar alteraciones en el volumen a captar, la calidad del agua o los álveos, será necesario tramitar la modificación, según los mismos procedimientos que para el otorgamiento (45).

Se ha discutido en doctrina acerca de la *titularidad de las instalaciones* adheridas al bien dominial una vez finalizada la concesión. En Argentina no existe norma expresa al respecto, lo que ha llevado a DE LA RIVA (46) a:

«...estimar desacertado afirmar que, a falta de estipulación expresa en el régimen que gobierna la concesión, las instalaciones o mejoras resultantes de dichas inversiones que se encuentren adheridas al bien dominial deban considerarse de propiedad del particular, y no del sujeto público titular del bien al cual acceden. (47) La condición pública del dominio que se predica del bien no excluye —a mi juicio— la propiedad que ejerce el Estado sobre la cosa, aun con los límites que son inherentes a su categorización como bien de dominio público (48).

...

(45) LABAURE, C. *op. cit.*, pp. 208-209.

(46) DE LA RIVA, I. *op. cit.* pp. 61 y 64.

(47) En igual sentido, ver MATA, Ismael, «Ensayos de Derecho Administrativo'', Ed. RAP, Buenos Aires, 2009, p. 286.

(48) La postura expuesta está estrechamente ligada a mi convicción de que el dominio público se explica, a la vez, desde una perspectiva patrimonialista —el Estado como dueño del bien— y publicista —dominio público como título de intervención— (cfr. mi trabajo «La naturaleza del dominio público», en AA.VV., «Dominio público...», cit., pp. 181/199). Aceptada dicha premisa, no puede sino reconocerse que el Estado es el auténtico propietario del bien dominial, y como correlato lo será también de cuanto se adhiera al mismo con carácter permanente. Un enfoque parcialmente distinto en tomo a la titularidad y a la naturaleza del dominio público es el sostenido por Juan Carlos Cassagne a lo largo de las primeras páginas del excelente trabajo que publica en este mismo volumen bajo el título «Acerca de la titularidad del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales».

En rigor, lo que el concesionario incorpora a su patrimonio en virtud de la concesión son los derechos resultantes de la concesión, que en esencia se traducen en el derecho especial de uso del bien sobre el cual aquélla recae. Vencido, entonces, el plazo por el cual se ha otorgado dicho derecho, nada hay que permita inferir que aquél pueda recuperar el fruto de las inversiones realizadas durante, ese lapso, las cuales—como es lógico— han debido quedar amortizadas a lo largo del mismo período.

Adviértase, por otra parte, que la inteligencia propuesta es la que mejor consulta el interés público, ya que el retiro de las instalaciones por el particular al finalizar la concesión habrá de dañar, casi indefectiblemente, el bien al cual se encuentran adheridas. El enfoque que se sugiere, entonces, al tiempo que respeta el derecho de propiedad de quien ha costeado las inversiones —en tanto se presume que él habrá recuperado, vía amortización, el monto del dinero invertido—, postula una suerte de reversión a favor del Estado de las mejoras incorporadas de manera permanente al bien dominical —justificada jurídicamente en razón de la regla de la accesión—, con la consiguiente ventaja del interés público».

Comparto plenamente la argumentación del autor, aunque en nuestro Derecho existe norma expresa en materia de concesión de aguas, que estable que, finalizada la concesión, las obras quedarán a disposición de los concesionarios, salvo que otra cosa se hubiera pactado (artículo 175 del Código de Aguas). LABAURE sostiene que la norma prevé la solución opuesta a la reversión, por la cual las obras quedan a beneficio del Estado debiendo pagar (49).

C) Concesión de uso de aguas con destino a riego

La ley N° 16.858 de 3/9/1997, denominada Ley de Riego, vino a subsanar la omisión del Código de Aguas, de regular el riego con destino a la agricultura, uno de los aprovechamientos más importantes de las aguas públicas. La ley establece que el uso privativo con destino a riego, pueda ser otorgado mediante concesiones o permisos, pudiendo autorizarse al concesionario o permisario el suministro de agua a terceros con destino a riego agrario.

Conforme el artículo 3 de la Ley N° 16.858, en redacción dada por Ley N° 19.553, el otorgamiento de la concesión de agua para el riego, deberá dar satisfacción a los siguientes requisitos:

- 1) Que exista agua disponible en cantidad y en calidad, con lo que establezca el Poder Ejecutivo; el cual podrá reservar un porcentaje del volumen disponible para otros usos o fines en forma adicional al caudal ambiental que se establezca en la reglamentación de la presente ley.
- 2) Que el solicitante cuente con un plan de uso de suelos y aguas aprobado por el Ministerio competente de acuerdo a lo establecido

(49) *Ibidem*, p. 210.

por las Leyes N° 16.446 (Impacto Ambiental), de 19 de enero de 1994, y 18.610 (Política Nacional de Aguas), de 2 de octubre de 2009 y demás normas concordantes, así como la reglamentación de la presente ley.

- 3) Que el solicitante acredite ser titular de un derecho de propiedad, usufructo o goce de los suelos donde se asienten las obras hidráulicas o sean afectadas por ellas.

Conforme el artículo 170 del Código de Aguas, se debe realizar una audiencia pública, que se notifica por publicaciones, a los efectos de eventuales oposiciones a la concesión solicitada. Cumplido, la Administración decidirá. Finalmente nuestro ordenamiento jurídico en la materia establece las obligaciones que surgen para el concesionario del uso de aguas públicas (50), así como las causas que determinan la extinción de la concesión (51).

La norma parte de la base que la figura esencial es la concesión, al prever el permiso para situaciones de carácter transitorio o aquéllas que no reúnan la totalidad de los requisitos para la concesión (artículo 8), a la vez que a diferencia del régimen común para los permisos de uso de aguas, admite su cesión (artículo 9).

La ley citada, en la redacción dada por la Ley 19.553 (artículos 3, 4 y 5), prevé lo que se denominan *formas colectivas de uso*, esto es, la asociación de productores rurales, para la obtención de permisos o concesiones de uso de agua para riego. El objeto de las mismas deberá ser exclusivamente el uso, manejo y aprovechamiento del agua, comprendiendo las obras hidráulicas comunes, individuales o para terceros (artículos 12 y 13).

Las comunidades de usuarios, es una forma de organización y regulación social del aprovechamiento colectivo de aguas públicas para riego, en cuyo sentido se orienta la Ley.

El contrato que establezca una Sociedad Agraria de riego deberá determinar el nombre de los socios, el capital y el aporte que a cada uno corresponda, así como incluir las cláusulas típicas (plazo y objeto), así como en la denominación la expresión «Sociedad Agraria de Riego», además de las condiciones de ingreso y egreso, y la disolución (artículo 14). Podrá preverse asimismo en el contrato social un Jurado, a fin de conocer las cuestiones de hecho que se planteen entre los miembros, así como imponer a los infractores de las normas sociales las sanciones previstas (artículo 17). La existencia de la sociedad tiene importancia para la distribución del recurso agua entre los socios, a la vez que para proveer el capital para las inversiones, mientras

(50) Arts. 173, 178 del Código de Aguas, art. 6 Ley 16.858.

(51) Art. 172 Código de Aguas.

que el Jurado, actuaría como una forma de autocomposición de diferencias o litigios entre los socios (52).

4. Naturaleza de las concesiones de aguas

DE LA RIVA señala que la generalidad de los autores argentinos que se han ocupado del tema descarta la idea de que la concesión de uso sea producto de un acto emanado unilateralmente de la Administración, y se inclina por considerar que la misma constituye un negocio, jurídico de naturaleza contractual (53). Valorán, al efecto, la necesaria presencia de ambas voluntades —la pública y la privada— para su perfeccionamiento, y el nacimiento de derechos y obligaciones recíprocos que de ella deriva. La tesis contractualista ha sido acogida por el Derecho positivo argentino (54), donde el régimen general de contrataciones de la Administración Pública expresamente incluye a las concesiones de uso de bienes del dominio público como uno de los contratos comprendidos bajo su ámbito de aplicación (55).

Entre nosotros, LABAURE señala que respecto a las concesiones, existen en principio dos posiciones: las que lo consideran un acto *unilateral* y aquellos que consideran que su naturaleza es *contractual*. Para la primera posición, las concesiones se otorgan mediante un *acto administrativo*, no celebrando los particulares ningún convenio o contrato.

Como ejemplo de la otra posición, cita la opinión de MARIENHOFF, para el que la concesión de uso especial de bienes del dominio público,

(52) Cfr. LABAURE, C. *op. cit.*, p. 211.

(53) 36 Cfr. BIELSA, Rafael, «Derecho Administrativo» cit., t. III, p. 430; MARIENHOFF, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo» cit, t. V, ps. 444/448; y Díez, Manuel M., «Derecho Administrativo» cit, t. IV, ps. 504 y 513/515. En la doctrina española el tema se encuentra mucho más disputado. Son, en efecto, numerosos los autores que comparten la idea de que la cohesión de dominio público constituye un acto unilateral; son también muchos los que se inscriben en la línea que sostiene su carácter contractual; y no faltan, desde luego, quienes abogan por una tesis mixta. Como exponente de la concepción contractualista cabe citar a LAFUENTE BENACHES (cfr. su libro «La concesión de dominio público...», cit, p. 36 y ss.). Entre los que entienden que la concesión nace de un acto unilateral de la Administración se encuentra FERNÁNDEZ ACEVEDO, quien ve a la concesión de uso de bienes del dominio público como una relación nacida de un acto administrativo unilateral necesitado de la colaboración del particular destinatario (FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, «Las concesiones administrativas...» cit, ps. 116/126). Finalmente, en un lugar intermedio se sitúa Garrido Falla, según el cual la concesión de uso de bienes públicos admite tanto ser instrumentada bajo el molde contractual como unilateral, lo cual dependerá del marco normativo en cada caso (cfr. GARRIDO FALLA, Fernando, «Tratado de Derecho Administrativo», vol. II, II^o ed., Ed. Tecnos, Madrid, 2002, ps. 531/532).

(54) Cfr. los arts. 4, decreto 1023/2001 y 2 y 149 al 162, Anexo del decreto 436/2000.

(55) DE LA RIVA, I. *op. cit.*, p. 61.

«...es un *contrato administrativo*, de los denominados de “atribución”, en que la prestación esencial está a cargo de la Administración a diferencia de los de “colaboración”, donde la prestación básica es del administrado. Señala que el carácter bilateral del mismo, deriva no sólo de su formación sino también de sus efectos. Es bilateral, en la medida que implica la conjunción de dos voluntades, que crea derechos y obligaciones recíprocas: de parte del Estado; la obligación principal es permitir el uso de un bien del dominio público, y de parte del concesionario utilizarlo en su beneficio, de acuerdo al interés público (56)».

En definitiva y conforme a las características derivadas de su régimen jurídico, el autor se inclina por el carácter bilateral de las concesiones de uso de aguas y álveos, y por tanto en su naturaleza contractual, a diferencia de los permisos de uso que considera unilaterales. El hecho que normalmente este tipo de actos se documenten como un acto administrativo, y no exista la firma de un contrato no excluye las conclusiones apuntadas, ya que ello refiere a un aspecto diverso como lo es la documentación del acto (57).

Sin haber analizado en profundidad la cuestión de la naturaleza jurídica de la concesión, COUSILLAS se refiere a ella junto a los permisos, como integrando un mismo género de actos jurídicos (58).

Entiendo que la circunstancia de que deba obtenerse el consentimiento del concesionario, no resulta determinante para concluir que estamos frente a una relación contractual. Son numerosos los ejemplos de actos administrativos unilaterales recepticios o también llamados convencionales (59), que para producir efectos requieren de la aceptación del destinatario, por ejemplo, el nombramiento de funcionarios.

Entendemos que las concesiones pueden ser unilaterales o bilaterales, según las previsiones normativas específicas para cada bien del dominio público (60).

(56) MARIENHOFF, Miguel, «Concesión de uso del dominio público: naturaleza y protección jurídica de la pertinente prerrogativa, el usuario sin título» en «Estudios en honor de Pedro J. Frías», Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Volumen 2, Córdoba 1997, pp. 476-478. Citado por LABAURE, C. *op. cit.* p. 207.

(57) LABAURE, C. *op. cit.* p. 208.

(58) COUSILLAS, Marcelo. «Régimen jurídico de las aguas y de los servicios de agua potable y saneamiento», *Revista de Derecho* de la Universidad de Montevideo, Año II 2003 N° 3, p 25.

(59) DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. «La Concesión. Concepto, tipos y perspectivas». En *Estudios de Derecho Público*. Volumen I. Montevideo, 2004, p. 8. Cita a GIORGI, Héctor. «La competencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo y su potestad de suspender los actos administrativos». En *Escritos Jurídicos*, FCU. Montevideo. 1976, pp. 155 y ss.

(60) Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Turismo. Aspectos del régimen jurídico. En *Estudios de Derecho Administrativo*. Segundo Curso/5. Acali Editorial. Montevideo. 1979, pp. 30 y 44. Cfr. DELPIAZZO, Carlos. *Contratación Administrativa*, cit. p. 492.

En nuestro Derecho, donde no existe norma expresa que establezca que las concesiones de uso de aguas tienen naturaleza contractual, habrá que estar a cada tipo de concesión y su regulación jurídica, para determinar su naturaleza unilateral o bilateral.

En el marco del Código de Aguas, la Subsección III, de la Sección II De los Usos Privativos, refiere al «instrumento» de concesión, lo que no nos permite definir con certeza si la concesión deriva de un acto unilateral o de un contrato. Sin embargo, en ocasión de regular la extinción de las concesiones prevé la rescisión por «mutuo acuerdo» (artículo 172 numeral 2), lo que nos puede conducir a sostener que estamos frente a un contrato. La disposición que más nos acerca a esta definición es el artículo 175, que al regular para quien quedan las obras o instalaciones realizadas al amparo de concesiones de uso, establece que quedarán a disposición de sus propietarios, «salvo que otra cosa se hubiese pactado en el instrumento de concesión». Subrayo la expresión «pactado», que claramente indica acuerdo de voluntades, y no meramente aceptación.

Lo curioso es que cuando se regula el contenido mínimo del «instrumento de concesión», sólo menciona, además del objeto y duración de la concesión, los datos y obligaciones del concesionario (artículo 178).

La realidad muestra que el Ministerio competente (Ministerio de Transporte y Obras Públicas) ha optado por la celebración de contratos de concesión de uso de aguas, por ejemplo para el uso de álveos.

No es tan clara la naturaleza de la concesión de aguas para riego, cuya ley regulatoria ya citada, y su decreto reglamentario N° 366/018, de 5 de noviembre de 2018, prevén el dictado de una resolución de la Administración (Dirección General de Recursos Naturales del Ministerio de Ganadería, Agricultura y Pesca), sin perjuicio de la autorización ambiental. Lo que permitiría concluir que la concesión es otorgada por acto unilateral.

5. Derechos que otorga la concesión

Ya en 1906 HAURIUO calificó al derecho nacido de una concesión de uso de un bien del dominio público como un *derecho real administrativo*, en tanto crea en favor del concesionario un derecho a gozar de una posesión exclusiva sobre la cosa pública que resulta oponible no sólo frente al concedente sino también frente a terceros (61).

(61) Cfr. HAURIUO, Maurice, en su comentario al arrêt del 25/5/1906, dictado por el Consejo de Estado francés en el caso «Ministerio de Comercio vs. Ferrocarriles de Orleans», publicado en Recueü Sirey, 1908, III part, p. 65, y en La Jurisprudence Administrative, t. III, París, 1929, pp. 207/281, ambos citados por González Pérez, Jesús en su libro *Los derechos reales administrativos*, Ed. Civitas, Madrid, 1989, p. 11. Citado por DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 59.

MARIENHOFF sostiene que el derecho del concesionario es un «derecho real administrativo», a consecuencia de lo cual el usuario podrá promover acciones posesorias en defensa de su derecho, incluso contra el propio Estado (62).

DE LA RIVA (63) dice que:

«...la relación jurídica creada se entabla en un plano de subordinación del concesionario a la Administración concedente (64). Lo que supone la existencia de una serie de potestades inherentes a esta última, cuyo ejercicio se despliega en el curso de la relación generada (65). Así lo refleja el hecho de que la misma Administración que otorgó la concesión pueda, cuando existan razones de interés público que lo exijan, revocarla. Dicha circunstancia no desdice el carácter firme y perfecto de los derechos otorgados, y de allí la necesidad de que su titular sea resarcido de los daños derivados del acto revocatorio. La calificación del derecho surgido de una concesión de uso de bienes del dominio público como derecho real administrativo encontró, desde un comienzo, serias resistencias de parte de un sector de la doctrina que discutía que se pudiera afirmar su carácter *erga omnes*, dada la potestad revocatoria en cabeza de la Administración. En rigor, como ya se anticipó, la solidez del derecho al uso especial en cabeza del concesionario no difiere de la que se predica de cualquier otro derecho que tiene su origen en un acto de la Administración, cuya estabilidad llega hasta donde resulta compatible con las exigencias del interés público, ante el cual estará siempre pronto a ceder a cambio de la correspondiente indemnización.

Esto no significa, sin embargo, que el particular no pueda exigir el pleno respeto de su derecho, repeliendo todo intento ilegítimo de avasallarlo, aun cuando provenga de la propia Administración (66). Podrá apelar, a esos efectos, no sólo a las instancias administrativas competentes —por vía de la interposición de los recursos o reclamos pertinentes—, sino también a los remedios judiciales idóneos, en particular, las acciones posesorias que consagra el ordenamiento en resguardo del goce legítimo de la posesión de los bienes (67). Es menester recordar, sin-embargo, que el recurso a los remedios posesorios por parte del concesionario de uso para resistir actos dictados por el concedente *iure imperii* ha generado ciertos reparos por parte de algún sector de la doctrina. El hecho de que se haya afirmado su condición de titular de un auténtico derecho subjetivo avala la convicción de que aquél cuenta con tales acciones para salir en defensa de su derecho.

Si bien las consecuencias de su razonamiento son coincidentes con nuestra opinión, en el sentido que mediando razones de interés general, procede

(62) MARIENHOFF, Miguel S., *op. cit.*, p. 480.

(63) *Ibidem*, p. 60.

(64) Cfr. LAFUENTE BENACHES, María Mercedes, «La concesión de dominio público...», *cit.*, p. 79.

(65) DE LA RIVA, I., *op. cit.*, pp. 59-60.

(66) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, «Los derechos reales administrativos», *cit.*, pp. 51/52.

(67) Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», *cit.*, t, V, pp. 574-575.

la rescisión con la consiguiente indemnización, ello no es producto de una situación de subordinación del concesionario ni de una potestad exorbitante de la Administración. Por el contrario, si se tratara de un contrato, deriva de la autonomía de la voluntad de las partes que se someten al régimen jurídico que regula este tipo de concesiones. Y si se tratara de un acto unilateral, se rige por las facultades que tiene la administración de dejar sin efecto sus actos, con el límite de los derechos adquiridos.

Cuando la turbación proviene de un particular, el concesionario estará facultado para requerir protección jurídica, a través de la interposición de los remedios judiciales que correspondan. Además el concesionario podrá acudir a la Administración que le ha conferido el derecho especial de uso a fin de que, en ejercicio de la autotutela del dominio público, remueva los obstáculos que le impiden gozar adecuadamente del uso especial del bien en cuestión y articular, también, el pertinente reclamo para que le sean resarcidos los daños y perjuicios padecidos (68).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ABARNO, Ana Inés y PIEGAS, Sergio. «Aspectos administrativos de la normativa sobre agua con destino riego». En *Jurisprudencia contencioso-administrativa*. Graciela Ruocco (Coordinadora). FCU. Montevideo. 2021. Separata
- BIELSA, Rafael. *Derecho Administrativo*, Tomo III, 5ª edición, Depalma, Buenos Aires, 1956.
- COUSILLAS, Marcelo. «Régimen jurídico de las aguas y de los servicios de agua potable y saneamiento», *Revista de Derecho* de la Universidad de Montevideo. Año II, 2003, N° 3.
- DE LA RIVA, Ignacio. «La concesión de uso de bienes del dominio público». *Jurisprudencia Argentina*. Fascículo 13. Dominio Público. (Coordinador Juan Carlos Cassagne). Número Especial. Abeledo Perrot. Buenos Aires. 2010
- DELPIAZZO, Carlos. *Derecho Administrativo General*. Volumen 2. Tercera edición actualizada y ampliada. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2020.
- DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Turismo. Aspectos del régimen jurídico. En *Estudios de Derecho Administrativo*. Segundo Curso/5. Acali Editorial. Montevideo. 1979
- «La concesión. Concepto, tipos y perspectivas», en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2004, vol. I.

(68) Cfr. DE LA RIVA, I., *op. cit.*, p. 61.

- *Derecho a la protección de datos personales y al acceso a la información pública*. Segunda edición actualizada y ampliada. AMF. Montevideo. 2012
- GARCÍA PÉREZ, Marta, «Utilización del dominio público: tipología», en AA.VV. «Dominio público (Naturaleza y régimen de los bienes públicos)», DE REINA TARTIÉRE, Gabriel (coord.), Ed. Heiiasta, Buenos Aires, 2009.
- LABAURE, Carlos. *Concesiones de aguas*. Montevideo. 1988.
- LAFUENTE BENACHES, María Mercedes, «La concesión de dominio público. Estudio especial de la declaración de su caducidad», Ed. Montecorvo, Madrid, 1988.
- MATA, Ismael. *Ensayos de Derecho Administrativo*, Ed. RAP, Buenos Aires, 2009
- MARIENHOFF, Miguel S., «Tratado de Derecho Administrativo», t. V, 4ª ed. actualizada, Ed. Abéiedo-Perrot, Buenos Aires, 1998.
- RISSO FERRAND, Martín. Primeras reflexiones sobre el proyecto de reforma constitucional a plebiscitarse en octubre de 2004, en www.ucu.edu.uy.
- RODINO, Ana María. «La educación en derechos humanos: Una propuesta para políticas sociales» *Revista editada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 44, 2006.
- SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II. 9ª Edición Actualización. Carlos Delpiazzo y Cristina Vázquez (Directores). Natalia Veloso y Gabriel Delpiazzo (Colaboradores). FCU. Montevideo. 2022.
- VILLEGAS BASABILBASO, *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. 1952, Tomo IV, p. 106; DIEZ, *Dominio Público*. Buenos Aires. 1940.

