

**Autos: "COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES C/ CORPORAC MINERA DEL NQN S.E. S/ Acción de Nulidad" Expte. N° 3881249/8. Juzgado de 1° Instancia en lo Civil, Comercial y de Minería 1.-**

**Objeto: CONTESTA DEMANDA:**

**Sra. Juez:**

**GUSTAVO KOHON**, Abogado, mat. 970, constituyendo domicilio legal en diagonal Alvear 191 de la ciudad de Neuquen, con el patrocinio letrado del **Dr. RAUL MIGUEL GAITAN, FISCAL DE ESTADO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUEN**, se presenta y dice:

**I.- PERSONERÍA:**

Que como lo acredito con la copia del Poder General para juicios, que acompaño y sobre cuya autenticidad y vigencia presto juramento de Ley, **soy apoderado de la FISCALIA DE ESTADO DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN.-**

Que el Dr. **RAUL MIGUEL GAITAN** es el **Fiscal de Estado de la Provincia del Neuquén** (cargo para el que fuera designado mediante Decreto del Poder Ejecutivo Provincial N° 020/99 – publicado en el Boletín Oficial de la Provincia del Neuquén N° 2.645 del 17/12/99-, y que fuera ratificado en reunión 22-XXVIII de la Honorable Legislatura Provincial de fecha 29-12-99).

**II- OBJETO:** Que vengo por la presente a contestar la demanda iniciada en autos por la COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES, solicitando el rechazo de la misma en todas sus partes, con costas a la actora.

**III- Niego todos y cada uno de los hechos que no sean especialmente reconocidos.**

**En especial niego que:**

- 1)... la actora se encuentre legitimada para iniciar el presente juicio y/o que sean aplicables al caso los arts. 12 a 15 del Convenio 169 de la OIT.
- 2)...la actora ocupe ancestralmente y/o con preexistencia étnica y/o cultural a la Nación y/o la Provincia cualquier tierra o paraje y/o que lo haga en relación al lugar donde se encuentra la propiedad minera que tramita por exte. N° 13959/89 de la Dirección Provincial de Minería.
- 3)... la actora posea o se le reconociera personería jurídica alguna.
- 4)... la Provincia de Neuquén reconociera a la actora el carácter de pueblo originario y/o que ello tenga alguna relevancia en el presente.

- 5)... la actora detectara movimientos no acostumbrados en la propiedad de la Comunidad Mellao Morales.
- 6)... la actora tomara conocimiento a través de medios de comunicación sobre que una empresa se dedicaría a efectuar una explotación minera en el territorio de la Comunidad.
- 7)... en propiedades de la actora existan 9 minas y/o que la actora desconociera la existencia de las mismas.
- 8) la actora tomara conocimiento del contrato existente entre esta parte y la firma EMPRENDIMIENTOS MINEROS S.A. recién al ver las actuaciones del expediente 13959/89.
- 9) el contrato celebrado entre esta parte y la empresa EMPRENDIMIENTOS MINEROS S.A.(en adelante “el contrato”) resulte inexistente.
- 10)... esta parte esté obligada y/u omitiera consultar de manera previa a la actora respecto del contrato.
- 11)... resulten de aplicación al caso las previsiones de los arts. 6.1.a, 6.2, 15.2 y cctes. Del Convenio 169 de la OIT y/o el art. 75 inc. 17 de la Constitución Nacional.
- 12)... resulte de aplicación al contrato y/o a esta parte la ley provincial N° 1284 y/o que el contrato adolezca del vicio previsto en el art. 67 inc. B y/ o 70 de dicha norma.
- 13)... el contrato afecte o perjudique de cualquier manera derechos y/o garantías que puedan haberse reconocido a favor de la actora.
- 14)... el contrato confiera a la empresa EMPRENDIMIENTOS MINEROS S.A. la facultad prevista en el art. 156 del Cód. de Minería.
- 15)... el contrato contenga cualquier r previsión que atente contra el art. 75 inc. 17 del a Const. Nac.
- 16)... los arts. 146 y siguientes del Cód. de Minería se contrapongan al art. 75 inc. 17 del a Const. Nac. y/o a cualquier otra norma o tratado internacional. Que el ejercicio de los derechos previstos en el el art. 146 y siguientes del Cód. de Minería se opongan o entren en colisión con los derechos y/o garantías reconocidos o que pudieran existir a favor del actor.
- 17)... corresponda declarar la inconstitucionalidad de los arts. 146 y siguientes del Cód. de Minería.
- 18)... la propiedad comunitaria indígena sea un nuevo derecho real de fuente constitucional.
- 19)... mi representada omitiera y/o que a la actora le hubiera correspondido una especial participación y consulta.
- 20)... mi representada violara algún derecho de la actora y/o que no respetara los bienes de la actora.
- 21)...resulte de aplicación al presente el art. 13 del convenio 169 de la OIT.
- 22)...las servidumbres mineras y/o cualquier otra previsión de la legislación minera nacional o provincial viole o conculque cualquier derecho de la actora.
- 23)... la actora conciba el medio ambiente como integrado por el derecho a la tierra y el derecho al territorio.

- 24)... resulten de aplicación al presente las previsiones de los arts. 7.3 y/o 7.4 del convenio 169 de la OIT y/o que los mismos se refieran al a protección del medio ambiente en el territorio que habitan.
- 25)... las actividades mineras y/o cualquier actividad que mi representada u otra empresa minera resulten de alto impacto ambiental y/o que causen catástrofes ecológicas.
- 26)... mi representada y/o cualquier actividad emprendida por ésta o por terceros en la propiedad minera objeto de autos implique o suponga cuestiones agresivas para el medio ambiente, el territorio y/o la cultura del a actora.
- 27)... las técnicas o actividades mineras resulten peligrosas para el medio ambiente y/o que su prohibición en determinadas jurisdicciones implique ello.
- 28)... la minería en cualquiera de sus formas se encuentre prohibida en el territorio argentino – en todo o en parte – y/o en el estado de Montana, Estado Unidos, en Turquía, en Costa Rica y/ o en cualquier otro país del mundo.
- 29)... mi representa causara daño alguno al medio ambiente y/o en la propiedad minera objeto de autos.
- 30)... el contrato atacado en autos conculque el derecho de consulta previsto en el art. 6 del Convenio 169 de la OIT y/o 75 inc. 17 del a Const. Nac. y/o que dichos artículos le sean oponibles a esta parte.
- 31)... la consulta prevista en la norma citada deba efectuarse de manera previa a la concesión de de minas o sus transferencias y/o que las mismas deben ser comprensibles en el marco del a cultura, idioma, costumbres y tradiciones de la actora.
- 32)... esta parte no realizada consultas y/o que no informara a la actora y/o que hubiera estado obligada a hacerlo.
- 33)... esta parte invisibilizara y/o discriminara de cualquier manera a la actora.
- 34) ... cualquiera de las normas citadas en el presente resulten ejecutivas por sí y/o que no requieran reglamentación para su aplicación.
- 35)... cualquiera de las normas citadas en el presente resulten de aplicación retroactiva.
- 36) ... el contrato objeto de autos cause o causara a la actora perjuicio alguno.
- 37)... a la actora le hubiera correspondido participar de cualquier manera y/o obtener beneficios o participación en el contrato objeto de autos.
- 38)... se afectara la dignidad de la actora.
- 39)...se afectara el derecho de la actora a un medio ambiente sano.
- 40)... se afectara el derecho de propiedad de la actora.
- 41)...el contrato impugnado en autos adolezca de cualquier vicio y/o que resulte nulo o inexistente.
- 42)... mi representada omitiera la realización de licitación pública y/o que estuviera obligada a realizarla.
- 43)... resulte de aplicación el art. 80 del la Constitución Provincial.
- 44)... la minería a cielo abierto causara una larga lista de catástrofes.
- 45)... la minería en cualquiera de sus formas resulte altamente riesgosa.
- 46)...se privara a la Provincia de contar con mejores empresas que la contraparte de mi mandante en el contrato de autos.

- 47)...que cualquier actividad minera y/o en especial las que se realizarán en la propiedad minera Campana Mahuida exte. N° 13959/89 vaya a afectar los recursos hídricos y/o las actividades agrícolas y/o ganaderas y/o que dichas actividades resulten preponderantes en el área de la propiedad minera.
- 48)...Emprendimientos Mineros S.A. resulte inexperta y/o no se encuentre capacitada para llevar adelante por sí o por terceros los trabajos necesarios para la exploración y/o producción en el área objeto del contrato.
- 49)...el contrato cause un perjuicio a los intereses públicos.  
que se pactara un precio vil.
- 50)...que mi mandante realizara una valuación de reservas y avalúos en el año 1998.
- 51)...las cuentas y valores referidos por la actora tengan algún viso de realidad o resulten aplicables de cualquier manera al contrato objeto de autos.
- 52)... el contrato contenga cláusulas abusivas.
- 53)...mi representada soporte el pago en todo o en parte de tributos, tasas y/o montos de quien produzca en definitiva cobre en la propiedad minera campana Mahuida.
- 54)... el valor de las regalías resulte ínfimo.
- 55) ...el contrato contenga o existan indicios de falta de transparencia. -

#### **IV.- La realidad de los hechos.**

##### **4.1.- De la existencia del contrato. Régimen Legal de Cormine SEP. Inaplicabilidad de la Ley 1284.-**

Yerra la actora cuando afirma que el contrato atacado adolece de vicio grave, previsto en el inc. b) del art. 67 de la Ley 1284, que acarrea su inexistencia a tenor de lo dispuesto por los artículos 70 y 105 de la Ley 1284.-

En efecto, Cormine SEP es una Sociedad del Estado Provincial creada mediante escritura N° 29 de fecha 26 de junio de 1975, pasada al folio N° 105 del registro de la Escribanía General de Gobierno e inscrita en el Registro Público de Comercio bajo el N° 75, F° 496 al 508, Tomo VII, año 1975, regida por la ley 19550 de sociedades comerciales y por la ley 20705 de sociedades del estado, conforme resulta de su estatuto.-

Se trata de una sociedad que gira bajo la órbita del derecho privado, es decir, **es una persona jurídica de derecho privado conforme la clasificación efectuada por el Código Civil** en el punto 2 del segundo apartado del artículo 33 del plexo citado en cuanto se refiere a las “sociedades civiles y comerciales”.

En el marco del derecho privado, la sociedad demandada se encuentra regulada, específicamente, por la ley 20705 (Sociedades del Estado). En su **constitución y funcionamiento** se rigen por las **normas que regulan las sociedades anónimas por remisión efectuada por el Art. de 2 de ley 20705.-**

Asimismo, el Art. 6 de la Ley 20.705 expresamente prevé la inaplicabilidad- a las sociedades del Estado- de las leyes de contabilidad, de obras públicas y **de procedimiento administrativo.-**

Entonces, es evidente que lo inexistente es el planteo de la actora, pues no resulta aplicable la ley 1284 al contrato objeto del pedido de declaración de inexistencia. En este sentido resulta ilustrativo el dictamen producido en estos autos por el Dr. Tribug, quién al pronunciarse sobre la incompetencia del Tribunal de Justicia para entender en estos autos, expresó que:

*“Al respecto, he dictaminado, en autos “Danderfer, Juan Carlos c/ Cormine SEP s/ Cobro de haberes” ... que las sociedades del Estado no se rigen por normas de derecho público, sino que su accionar debe sujetarse al ámbito del derecho Privado. Ello por cuanto explicité que “Del Análisis del decreto 250 del Estatuto Respectivo se extrae que CORMINE se regirá por las normas de dicho estatuto, las disposiciones de la ley Nacional N° 20705 y las que en su consecuencia se dicten (art. 1 del estatuto). Copiosa es la jurisprudencia que sostiene que las empresas regidas por la ley 20705 se encuentran reguladas por normas del derecho privado...”.*

Hago notar que la inaplicabilidad de la ley 1284 resulta de la ley, de obligatoria aplicación al caso, la que no puede ser obviada por el órgano jurisdiccional, pues le está vedado al Juez fallar con prescindencia de la norma que lo rige y en contra de lo que ella dispone.-

En estas condiciones, resulta claro que de acuerdo a la imputación jurídica de los hechos, efectuadas por la actora, que no puede modificar S.S. sin incurrir en una sentencia incongruente, es evidente que la suerte adversa de la acción ya se encuentra fatalmente determinada, a punto tal que la misma deviene en objetivamente improponible.-

A todo evento, y para el hipotético e improbable caso en que se considera aplicable la ley 1284, hago notar que no se encuentra agotada la vía administrativa en atención a no haberse interpuesto recursos, ni impugnación administrativa contra el contrato atacado, y por ende tampoco existe acto administrativo que cause estado, tal como lo prevé el Art. 188 de la ley 1284 Pero además, tampoco se observó el régimen impugnatorio que prevé la ley 902 de procedimiento minero, y por ello la acción deviene en objetivamente improponible y debe ser rechazada, con costas.

De todas maneras, la declaración de incompetencia del TSJ para entender en autos, importa una declaración implícita de inaplicabilidad de la ley 1284, resolución que se encuentra firme y consentida y alcanzada por los efectos de la cosa juzgada que impide su modificación y revisión.-

Por las razones expuestas corresponde rechazar la acción de inexistencia del contrato, con costas.-

#### ***V.- Inexistencia de los vicios invocados.***

A Todo evento y sin perjuicio de la inaplicabilidad de la ley 1284, y de que los vicios invocados no se encuentran previstos en la ley 1284, hago notar que no se verifican ninguno de los invocados.-

En efecto, la actora sostiene que el contrato es inexistente, o nulo, por contener vicios graves, lo que enuncia como violación de: a) La propiedad comunitaria y su cultura; b) el medio ambiente.- c) el derecho a consulta d) violación de la licitación pública. e) venta a precio vil f) cláusulas abusivas.-.-

#### ***5.1. De los derechos mineros objeto del contrato- Consideraciones jurídicas- Antecedentes-***

*El Código de Minería rige los derechos, obligaciones y procedimientos referentes a la adquisición, explotación y aprovechamientos de las sustancias minerales (art. 1) y ubica a las minas de cobre (como la objeto del contrato impugnado en autos) dentro de las de primera categoría, esto es, “Minas de las que el suelo es un accesorio, que pertenece exclusivamente al Estado. Y que sólo pueden explotarse en virtud de concesión legal otorgada por autoridad competente.”.*

Asimismo, el Código de Minería consagra la titularidad de los recursos minerales al estado provincial (art. 7), ordena que el Estado no pueda explotar ni disponer de las minas, la propiedad particular de las minas se establece por la concesión legal (arts. 9 y 10).

El artículo 7 del Cod. de Minería, que reconoce el dominio de la Nación o de las Provincial, sobre los yacimientos mineros ubicados en sus respectivos territorios, no es sino la consecuencia del sistema federal de gobierno establecido en la Constitución Nacional de 1994 (arts. 1, 121 y 124 in fine).-

La facultad que se otorga a los particulares de buscar y explotar minas (art. 8 Cód. Minería) es una consecuencia de la prohibición que tiene el Estado, como propietario del subsuelo minero y poder concedente, de explotar minas.

El artículo 10 del Código determina que “la propiedad particular de las minas se establece por la Concesión Legal” dicha Concesión Legal fue definida por JOAQUIN V. GONZALEZ como “*el acto jurisdiccional por el cual el Poder concedente, se desprende de una porción determinada de su dominio sobre las minas para constituir con ella una propiedad individual a favor del que la solicita, mediante el cumplimiento de las formalidades y condiciones establecidas por la ley*”.

Por su naturaleza la concesión minera es diferente a **una concesión administrativa** y la doctrina especializada así lo considera, en razón de que la concesión minera no es intuito personae, dado que para la autoridad concedente es obligatorio otorgarla a quien cumpla las condiciones legales, con prescindencia de la persona, en segundo lugar es un derecho transferible, además, porque crea un derecho real de propiedad sobre la mina (Suprema Corte de Mendoza, 27/11/61, LL 3/10/70) y finalmente porque la concesión recae sobre un bien (la mina) que pertenece al dominio privado del Estado.

Por ende la concesión minera es una concesión legal que confiere un derecho de propiedad que es susceptible de hipoteca, usufructo, arrendamiento y otros contratos mineros.

El principio enumerado en el artículo 11 es consecuencia directa del sistema “dominial y regalista” heredado por nuestro derecho minero, del derecho hispánico y de las ordenanzas del Perú y México en la época colonial, por el cual las minas forman una propiedad distinta del terreno en que se encuentran.

Así, dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país **no puede confundirse el propietario de la superficie con el del subsuelo o con el titular de los derechos mineros sobre un área determinada.**

Es importante recalcar en el presente caso lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Minería en cuanto ordena que “la explotación de las minas, su exploración, concesión y demás actos siguientes, **revisten el carácter de utilidad pública**”.

El descubrimiento de una mina, dentro del sistema dominial y regalista que acepta nuestro código, importa siempre la constitución de una propiedad jurídicamente distinta de la superficie en la cual se ubica, sin que ello importe desconocer los derechos del superficiario (art. 11) sin embargo, ambas están destinadas a vivir, como dice la nota del codificador “perpetuamente unidas y encadenadas”. La explotación del subsuelo sería prácticamente imposible sin la utilización de la superficie que debe ser ocupada.

Como vemos, de acuerdo al Código de Minería, cuerpo con fuerte anclaje constitucional y cuyos principios rigen en nuestro país desde el año 1886, prevé que el titular de derechos mineros sobre un área determinada podrá realizar los trabajos mineros siempre y cuando indemnice al superficiario, a mas de cumplir con los procedimientos de obtención de la declaración de Impacto Ambiental y otras autorizaciones necesarias.

Es importante remarcar que en ningún caso el superficiario podrá impedir o negar la realización de trabajos que cuenten con las autorizaciones necesarias al efecto.

De esta manera, el Estado es propietario de los recursos minerales, pero para su explotación debe conceder la titularidad a otras personas físicas o jurídicas, en el caso la cesión se formalizó a favor de CORMINE, según consta en el expediente N° 13595/89.

En efecto, por imperio de la ley provincial N° 664, en la Provincia de Neuquén la Dirección General de Minería (actualmente Dirección Provincial de Minería) tiene a su cargo el *“gobierno, autoridad y resolución de todos los asuntos mineros”* (art. 1). Además *“...cumplirá los trámites vinculados a la actividad minera en todos sus aspectos, adoptando las medidas y dictando las resoluciones que correspondan según el Código de Minería y las normas reglamentarias pertinentes”* (Art. 2).

En ejercicio de sus funciones y a través de la Autoridad Minera en Primera Instancia (AMPI) (art. 4 ley 664) se registró en fecha 13 de junio de 1991 a nombre de CORMINE SEP bajo el N° 89 del Protocolo de Manifestaciones la manifestación de descubrimiento “Campana Mahuida”. (fs. 60 exte. N° 13595/89).-

Esta manifestación había sido solicitada por la sociedad demandada (Cormine) en fecha 31/10/1989 a la Autoridad mediante escrito obrante a fs. 1 del expediente en el cual consta croquis y coordenadas de ubicación. Asimismo se publicó la concesión en el boletín oficial por tres veces entre los días 22/05/1992 y 05/06/1992 (fs. 87/99 del expte. 13595/89).

Dicha concesión no mereció objeciones legales de ningún tipo por persona alguna, tampoco fue objeto de ataque por la actora de autos, a pesar de que tomó pleno conocimiento de que CORMINE resultó adjudicataria de los derechos mineros sobre el área objeto del contrato impugnado, tanto por el edicto, que cumplimenta el requisito legal de publicidad, como del propio expediente surge que en el lugar se habían desarrollado trabajos de campo por dependientes de la sociedad demandada y empresas subcontratistas o con derecho para explorar.

Así, a fs. 84 del expediente administrativo obra acta de iniciación de mensura de la propiedad de fecha 24 de junio de 1992 por la cual consta que se reunieron representantes de CORMINE, de la autoridad minera y del superficiario en las coordenadas de la propiedad minera donde se toma una muestra de mineral de cobre. Es importante subrayar que dicha acta fue firmada por miembros de la hoy actora los Sres. MARIO SAMUEL y RICARDO LAGOS.

Es decir que, la actora aceptó, sin reservas, la concesión minera efectuada a favor de la firma Cormine, por lo que es evidente que le está vedado asumir la posición que ahora observa, por ser totalmente contradictoria con la anterior, por aplicación de la teoría de los actos propios y del sometimiento voluntario a un régimen legal.

**Hago notar que los mismos derechos mineros que fueron dados en concesión a la firma Cormine, son los cedidos en el contrato atacado y por lo tanto alcanzados por aquel consentimiento.**

### ***5.2.- La propiedad comunitaria y su cultura.-***

La actora solicita la nulidad del contrato afirmando que las servidumbres mineras, previstas por el Art. 146 del código de Minería, afectarían la invocada propiedad comunitaria mapuche y la fuerza espiritual de las cosas del lugar, ya que dicha normativa consagra la posibilidad de constituir servidumbres a favor del titular de los derechos mineros.-

También afirma que el contrato le otorga al co-contratante, la facultad de ejercer el derecho previsto en el Art. 156 Cód. de Minería, es decir, la facultad de exigir la venta a su favor del terreno donde la mina se encuentra.

Como primera cuestión es necesario señalar que hasta el momento la autoridad administrativa no ha concedido licencia ambiental y por lo tanto no existe la posibilidad fáctica, ni jurídica de constituir servidumbre minera, ni para tareas de exploración y menos aun de explotación. Y por otra parte, la actora no acredita en estos autos ser la titular de la propiedad comunitaria que invoca.-

Asimismo, la adquirente de los derechos mineros no ha ejercido la opción que prevé el art. 156, ni existe ningún elemento que autorice a suponer que la ejercerá, con lo cual es evidente que existe una cuestión conjetural e hipotética, que no permite configurar la existencia de un caso o controversia en cuanto al punto.-

Sin perjuicio de la cuestión conjetural, se hace notar que ni las servidumbres mineras, ni la opción que prevé el art. 156 son susceptibles de afectar los invocados derechos comunitarios, ni los invocados bienes espirituales del lugar.

En efecto, con relación a las servidumbres administrativas cabe tener en cuenta que las mismas de ninguna manera producen desmembramiento del invocado derecho de propiedad comunitaria, por el contrario, estas restricciones son de carácter general y afectan a los titulares de inmuebles, mapuches y no mapuches, están previstas por ley del congreso, son adecuadas al fin público que persiguen, no destruyen el derecho que reglamentan y son equitativas.-

En caso de considerarse que las normas del convenio 169 de la OIT, vedan la posibilidad de constituir servidumbres mineras sobre inmuebles que fueran de propiedad de agrupaciones mapuches, es evidente que devendrían en inconstitucionales por violar el Art. 14 CN de jerarquía superior, que expresamente consagra que los derechos reconocidos por la constitución deben ejercerse conforme las leyes que reglamentan su ejercicio y que por lo tanto no existen derechos absolutos.

Además, la interpretación que propone la comunidad actora colocaría a la norma invocada en pugna con el principio constitucional de igualdad ante la ley consagrado por el Art. 16 de la CN.-

Dado que la declaración de inconstitucionalidad es la ultima ratio del orden jurídico, el juez debe procurar interpretarlas de manera de evitar que se anulen, y para ello, debe necesariamente concluir en que las servidumbres mineras constituyen restricciones al dominio aplicables tanto a inmuebles habitados por mapuches y por no mapuches. Para el caso de una interpretación contraria dejo planteada la inconstitucionalidad de las normas de la convención en los que la actora pretende fundar su posición.-

Para el caso de que se considere que la actora pretende sustentar su posición en el Art. 75 inc. 17 , hago notar que la reforma constitucional del año 1994 no derogó la primera parte de la constitución (ver art. 75 inc. 22 ) y por lo tanto se encuentra vigentes y plenamente validos los arts. 14 y 16 de la CN y por ello, tampoco resultan absolutos los derechos de aquel artículo, ni puede consagrarse una prerrogativa que afecte la igualdad de los habitantes del país.-

Con relación a la opción que otorga el Art. 156 del código de minería, reitero que dicha opción no ha sido ejercida por nadie y que por ello no existe caso o controversia que sustente una cuestión justiciable.

Sin perjuicio de ello, resulta claro y evidente que para el hipotético caso que el dominio superficiario fuera no enajenable e intransmisible como lo pregona la actora, podría llegar a ser discutible el ejercicio de tal opción, pero reitero, esa no es una cuestión que tuviera aplicación directa al caso de autos, ni fue objeto del contrato impugnado, ni impide que la actora invoque la cuestión en caso de que en un futuro hipotético pudiera existir un caso o controversia en cuanto al punto, COSA QUE HOY NO EXISTE.-

**En razón de lo expuesto es evidente que el contrato atacado de ninguna manera afectó el supuesto e invocado derecho de propiedad comunitaria, ni su cultura, por lo que esta cuestión también impone el rechazo de la demanda.-**

Como segunda cuestión, es necesario resaltar que los minerales objeto del contrato no le pertenecen a la actora y tampoco los derechos mineros que fueron objeto del contrato atacado, ni se trata de recursos naturales que formen parte de la vida comunitaria invocada.-

En efecto, tal como lo desarrolláramos en el punto 5.1 de esta presentación, resulta claro que el titular de los recursos- objeto del contrato- es el estado provincial, quien debió otorgar una concesión minera a favor de su descubridora, la firma Cormine, la que en calidad de titular de dichos derechos mineros procedió- de conformidad con las normas civiles, comerciales y de minería que rigen la materia- a celebrar el contrato atacado en autos.

Demás está decir que el derecho de la sociedad demandada a celebrar el contrato atacado- sobre derechos de su propiedad- tiene protección constitucional emanada de los art. 14 y 17 de la CN y ha sido celebrado conforme la normativa que lo rige y por ello y por ello es válido y eficaz.- Es mas, la actora es un tercero respecto de este contrato que no se encuentra legitimada para cuestionarlo.-

Adviértase que es el propio art. 75 inc. 17 de la Const. Nac. el que ordena “reconocer la posesión y la propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan”, lo cual ni siquiera ha sido probado por la actora, pero al referirse a los recursos naturales no les cede la propiedad de los mismos sino que prescribe “asegurar su participación en la gestión referida a esos recursos naturales”, **la que justamente es la que se les ha dado y se les sigue dando, en el marco de la tramitación de la licencia ambiental, que hasta el momento no ha sido otorgada por la autoridad administrativa.-**

Estas previsiones son concordantes con el propio art. 124 in fine de la Const. Nac. En cuanto ordena que “Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio.”

Claramente expone el punto de vista que hacemos nuestro la doctora MARIA ANGELICA GELLI (“Constitución de la nación Argentina”, p. 757, La Ley 2001) *“El último párrafo del art. 124 dispone que corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales de su territorio. El ámbito del territorio comprende tierra, aire, mar y subsuelo y el dominio sobre los recursos allí comprendidos corresponde a las provincias, lo que las habilita para percibir tributos sobre ellos y disponer la enajenación y el aprovechamiento de aquellos por sí misma o en políticas concertadas con el Estado Federal.”* .

Esto es, ambas normativas, si bien procuran o intentan que las comunidades indígenas sean oídas al momento de tomar decisiones sobre los recursos naturales existentes en sus territorios, no indican u ordenan que esas decisiones deban

ser tomadas por las mismas comunidades, sino que pone en cabeza del Estado la gestión y aprovechamiento de los recursos naturales.

De esta manera, el propio Convenio 169 y la Constitución Nacional son contestes en que las definiciones sobre quien será titular de derechos mineros sobre un área determinada, la aprobación de tareas de exploración, prospección y/o explotación y las condiciones de las mismas, dependen exclusivamente del Estado Nacional o Provincial, según el caso.

Presuponer que la actora tiene el derecho de impedir la transferencia de derechos mineros de un privado a otro y/o que tiene incluso la potestad de autorizar o negar la exploración y aprovechamiento de los mismos implica reconocerle derechos que la Constitución Nacional expresamente les niega en los artículos antes citados.

**Entonces, es evidente que el objeto del contrato recae sobre bienes que no son de propiedad de la actora, y por ello no tiene legitimación para cuestionarlo, y esto también impone el rechazo de la demanda, con costas.-**

### **5.3.- De la consulta previa.**

La actora sostiene que, PREVIO A REALIZAR EL CONTRATO ATACADO, no se cumplió con la consulta previa prevista por el Convenio 169 de la OIT.-

Como bien lo señala la actora el convenio 169 de la OIT, fue ratificado por ley 24.071, pero no tiene jerarquía constitucional en atención a no ser de aquellos enumerados en el artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, y no contar con la ratificación de las 2/3 partes de los miembros del congreso, que le otorgue tal carácter.-

En estas condiciones es evidente que por sobre la norma invocada por la actora, se encuentran los arts. 14 y 17 de la CN que consagra la protección de la libertad de contratar, la que no puede ser cercenada por la voluntad de la accionante, como lo pretende en autos. La libertad de contratar comprende la de elegir al co-contratante, elegir el objeto de la contratación y los alcances de las obligaciones.-

Sin perjuicio de la jerarquía superior de la norma constitucional que protege la libertad contractual, sobre la que mas adelante ampliaremos, estamos en condiciones de afirmar que no existe ninguna norma internacional, ni de ninguna otra naturaleza, que exija consulta previa al contratar.

En efecto, el Art. 15 Numeral 2 del Convenio 169 de la OIT prevé la consulta previa a "emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras". Es decir que, conforme la

normativa internacional, la participación requerida lo es con ANTERIORIDAD a emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en la tierra comunitaria indígena **y no previa a contratar como lo pretende la actora.-**

Demás está decir que para que el adquirente de los derechos mineros pudiera realizar actividades de prospección o exploración, debe cumplimentar con todas las regulaciones estatales bajo las cuales se encuentra condicionado el otorgamiento de la autorización para desarrollarla.-

Entre esas exigencias se encuentra, justamente, la aprobación del estudio de impacto ambiental que tramita en los autos: 4802-00001-2008.- En este sentido, se hace notar que fue el mismo TSJ el que suspendió la realización de la audiencia pública fijada en dicho procedimiento, que justamente tenía por objeto recabar todas las opiniones de la comunidad, mapuche y no mapuche, sobre dicho aspecto.-

Es importante remarcar que la autoridad administrativa tomó todos los recaudos tendientes a garantizar la participación de la comunidad actora, a punto tal que en el edicto de publicación del llamado a audiencia pública se hizo constar que: **"A fin de garantizar la asistencia de todas las personas de la Comunidad Mapuche Mellao Morales y demás interesados del área de influencia que lo desee, se dispondrá transportes gratuitos, de ida y de regreso, a cargo de dependencias estatales, a partir de las 8 hs. del día de la audiencia, con base de salida en el paraje guarenchenque sobre la ruta provincial N° 10 hacia el lugar de la audiencia".-**

Asimismo, en el informe que obra agregado a fs. 459 del expediente administrativo, que se ofrece como prueba, la autoridad ambiental informó que la celebración de la audiencia pública de ningún modo implicaba la autorización para que el proponente ingresara al predio a iniciar trabajos exploratorios, sino que sólo tenía por objeto la participación popular como forma semi-directa de democracia, y la publicidad de los actos de gobierno, previa a la autorización de trabajos en el área y luego de analizar las observaciones que pudieran realizarse en tal oportunidad.-

Por otro lado, cabe mencionar que el art. 6° del Convenio 169 de la OIT, al fijar los parámetros que los gobiernos deberán tener presente al operativizar los derechos allí reconocidos en favor de los pueblos indígenas, establece en su inciso b) que los medios a través de los cuales tales pueblos puedan participar libremente cuando sus derechos supuestamente pudieran ser afectados, por lo menos, sea en la misma medida que otros sectores de la población.

Tal recaudo, de hecho, fue previsto por la Administración al momento de efectuar la convocatoria a la Audiencia Pública en cuestión, como se señaló ut supra cuando se transcribió el texto del edicto del llamado a la misma.

Es decir, la Provincia del Neuquén nunca desconoció el derecho de la comunidad indígena actora a participar en el procedimiento bajo análisis; al contrario, pretendió instarlo a través de los mecanismos establecidos en la normativa vigente (audiencia pública) en un todo de acuerdo con las previsiones que surgen del derecho convencional internacional.

Téngase además en cuenta que el propio Convenio 169 de la OIT dispone que la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, teniendo en cuenta las condiciones propias de cada país (art. 34).

En consecuencia, los supuestos derechos de raigambre convencional y constitucional, que la actora considera violentados, no pueden ser considerados de carácter self-executing, es decir, autoejecutables, tal como pretende la comunidad indígena de autos, pues el Convenio del cual surgen denota el carácter complejo de los mismos que inhabilita su aplicación y exigibilidad directa, plena y absoluta en el país ratificante de dicho documento internacional.

Además, la realización de la audiencia pública, con la participación de todos los miembros de la comunidad, mapuches y no mapuches, esta en perfecta sintonía con la concepción pluralista en la que se inspiró el dictado de nuestra Norma Fundamental y con una convivencia inter-cultural armónica.-

Sin perjuicio de lo expuesto en el párrafo anterior, se hace notar que en el informe de fs. 458/460, punto 13, del expediente administrativo 4802-00001-2008, la autoridad de aplicación dejó perfectamente aclarado que, no obstante el marco de la audiencia pública, tenía planificado realizar una o mas consultas a la comunidad mapuche a fin de presentarles el instrumento de gestión ambiental motivo de la consulta y para tratar con ella las demás cuestiones inherentes al proyecto de interés exclusivo del superficiario, ello en forma previa al eventual otorgamiento de la licencia ambiental si correspondiere.

Pero además, la concesión minera fue otorgada a la firma CORMINE en el año 1991, y a dicha fecha no existía la legislación invocada por la actora con fundamento de su pretensión.

En efecto, nótese que el Convenio 169 de la OIT, no es uno de los tratados de derechos humanos contemplados por el art. 75 inc. 22, y fue aprobado por ley el congreso n° 24.071, sancionada el 04 Marzo de 1992 y se depositó la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Ginebra el 3 de julio de 2000, con lo cual dicho Convenio entró en vigor desde julio de 2001, doce meses después del registro de

dicha ratificación, según el art. 38, inc.2 del propio Convenio.

En estas condiciones, es claro que cuando el estado provincial le otorgó la concesión minera a la sociedad Cormine, NO EXISTÍA LA NORMA INVOCADA POR LA ACTORA (consulta previa), y por ella el derecho nacido al amparo de la legislación vigente- a dicho momento- tiene la protección constitucional que emana del art. 17 de la CN, que no puede ser desconocida por S.S. y menos invocando una norma de inferior jerarquía, como lo es el convenio 169 de la OIT. En tal sentido se ha dicho que:

**" Existe derecho adquirido cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sutanciales y los requisitos formales previstos en aquella para ser titular de un determinado derecho, de manera que la situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 de la Consticion Nacional ( Marozzi Eldo Eithel v. Provincia de Santa Fe s/ Recurso contescncioso asminitratido de plena jurisdiccion, Fallos, T° 316, pag. 2090)**

**" Ni el legislador, ni el JUEZ pueden, en virtud de una ley nuevo o de su interpretacion, arrebatat o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legisltación anterior, en este caso el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio consituciona de la inviolabilidad de la propiedad" (Bernasconi Sociedad Anonima, Inmobiliaria Agricola. ganadera Financiera Comericla e Industrial v. Municipalidad de Buenos Aires, Fallos T. 321, pag. 2933).-**

Sin perjuicio de lo expuesto y dado que la medida adoptada por el TSJ interfirió paralizand las funciones estatales relacionadas con la actividad minera, que son de competencia exclusiva del Poder Ejecutivo Provincial atribuida por los Arts. 74, 75 y 76, 90 y 93 de la Constitución Provincial y 125 de la CN, la administración entendió necesario adoptar medidas razonables para reestablecer el equilibrio alterado y poder cumplir con los deberes y obligaciones constitucionales arriba mencionados, y es por ello que- con el único fin de procurar la debida satisfacción de los intereses públicos en juego, como aporte institucional para superar la delicada situación generada por la medida decretada, la autoridad administrativa, en el marco de del expediente 4802- 00001-2008 s/ estudio de impacto ambiental, ordenó entregarle a la actora todas las actuaciones administrativas relacionadas con la mina en cuestión y le otorgó un plazo de 20 días para que opine todo lo que considerar necesario, SIN QUE NINGUNA OBJECIÓN FORMULARA AL RESPECTO.-

En estas condiciones, es evidente que no obstante no existir obligación de consulta previa a contratar, la consulta ha sido efectuada y por lo tanto el planteo ha quedado huérfano de fundamentos, desnudando que se solo se trató de un plateo de nulidad por la nulidad misma, basado en una concepción ideológica, que sin bien puede ser respetable como opinión, idea o pensamiento, no reconoce sustento ni en la Constitución, ni en las leyes dictadas en consecuencia, y por lo tanto no pueden fundar, bajo el régimen jurídico vigente, el planteo que formulan en autos.-

Por estas razones corresponde rechazar la acción interpuesta, con costas.-

#### **5-4.- Medio Ambiente:**

La actora pretende fundar la inexistencia y nulidad del contrato con fundamento en la afirmación dogmática de que la actividad minera ocasionaría daños al medio ambiente.-

Ahora bien, conforme la legislación vigente, la actividad minera es de interés general para la sociedad por ser fuente generadora de empleo, y de recursos estatales para destinar a garantizar las funciones esenciales del estado como: seguridad, salud y educación, entre otras. Dicha actividad se encuentra amparada por el Art. 14 de la CN que consagra el derecho a trabajo y a ejercer industria lícita que tienen los particulares.-

La constitución Provincial consagra el principio de subsidiaridad del estado en la actividad privada comercial e industrial (art. 76 C. Prov.) , y le da una directiva precisa en cuanto a que debe fomentarla (Art. 75 C. Prov.), en un todo de acuerdo con los arts. 75 inc. 18 y 19 de la CN.-

La constitución provincial expresamente prevé que la organización de la economía y la explotación de la riqueza tienen por finalidad el bienestar general, respetando y fomentando la libre iniciativa privada (art. 74 C.Prov.)

Entonces, es la constitución económica del estado provincial la que le indica al gobierno del estado como y de que manera debe intervenir en la economía, es decir, **mediante el fomento de la inversión y la iniciativa privada.**-

Entonces, cuando se analiza el caso de autos debe partirse de la premisa de que la actividad cuestionada ha sido declarada de **INTERES GENERAL** por el Congreso Nacional y el desarrollo de la misma, por medio de la iniciativa privada, esta en un todo de acuerdo con la constitución y las leyes dictadas en consecuencia.-

Entrando en el análisis de la cuestión, debe tenerse en cuenta que el contrato atacado en modo alguno otorga **la autorización estatal** para realizar la explotación y prospección minera, pues justamente, el estado provincial ha regulado los requisitos ambientales que deben reunir los particulares para tener autorización estatal para tareas de explotación y exploración minera, entre las que se encuentra la aprobación del estudio de impacto ambiental previsto por la ley 1875/98 que en su Art. 31 establece.-

**“La autoridad de aplicación deberá convocar a audiencia pública a fin de consultar a la comunidad con carácter previo acerca de los proyectos referidos en el artículo 24° de la presente Ley, que requieran la presentación de un estudio de impacto ambiental. La convocatoria deberá hacerse a través de los medios de comunicación, con un mínimo de treinta (30) días de anticipación. Los particulares podrán consultar los antecedentes del proyecto que sea objeto de la audiencia a partir del momento de la convocatoria. El resultado de la audiencia pública no será vinculante.**

**Reglamentación: ARTICULO 31°: Las audiencias públicas serán convocadas en la oportunidad y bajo el procedimiento que se aprueba en el Anexo II integrante del presente”.**

Si tenemos en cuenta que el Art. 15, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT solo prevé la participación previa al inicio de tareas de prospección y explotación y que la audiencia pública fue convocada previo al otorgamiento de la autorización para realizar tareas la prospección o exploración con expresa previsión de la participación de la comunidad actora, la que hasta el momento no ha podido ser realizada atento la medida cautelar decretada por el TSJ.

En definitiva, lo cierto es que todavía no se autorizó el inicio de tareas de prospección y explotación, pues la autoridad administrativa no ha podido culminar el trámite tendiente a otorgar o denegar la autorización, y por ello es evidente que la cuestión ambiental esgrimida es ABSOLUTAMENTE improcedente.-

Pero además, la actora no aporta ningún elemento que autorice, siquiera a suponer, que la actividad que pretende realizar el particular pudiera afectar el ambiente, ni cual será la normativa ambiental o constitucional incumplida. Solamente expresa una generalización sobre daños o amenazas hipotéticas al ambiente que, también en general, atribuye al tipo de minería objeto del trámite de autorización que cursa por ante la autoridad de aplicación.

En estas condiciones, es evidente que las enunciaciones generales hechas por la actora no satisfacen el requisito de indicar cual es la normativa infringida, el daño causado o amenazado, ni la causa que lo produciría, por lo que de ninguna manera podrá concluirse que hubiera existido un comportamiento antijurídico y menos aún daño, que pudiera sustentar la acción intentada, es mas, la orfandad del planteo no permite inferir la existencia de caso o controversia.-

#### **5.5.- Omisión de licitación pública:**

Sostiene la actora que se violó el art. 80 de la Cons. Prov. que exigiría licitación pública para elegir al contratante.-

Contrariamente a lo expresado por la actora, los derechos que son objeto del contrato atacado, no son bienes fiscales y por ello no resulta aplicable al

caso la previsión del Art. 80 de la Const. Prov. que exige licitación pública para la enajenación de bienes fiscales.-

Tan evidente resulta lo afirmado por mi parte, que son los Art. 9 y 10 del código de minería de los que resulta la prohibición del estado de explotar las minas, es decir, le prohíbe al estado ser titular de derechos mineros y solo los particulares pueden ser titulares de derechos mineros, tal como lo desarrolláramos en el punto 5.1. de esta presentación a la cual nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.-

De esta manera, el Estado es propietario de los recursos minerales, pero para su explotación debe conceder la titularidad a otras personas físicas o jurídicas, en el caso la concesión legal fue otorgada a favor de CORMINE, según consta en el expediente N° 13595/89, que es una persona jurídica de derecho privado que se rige por las leyes 20705 y 19550 y por consiguiente, los derechos mineros objeto del contrato atacado eran del **dominio privado de la sociedad demandada y no son fiscales, y por ello resulta inaplicable, al caso, lo prescripto en el art. 80 de la Constitución provincial.**

Asimismo, el contrato atacado es de derecho privado y regulado por el derecho civil, comercial y de minería y por lo tanto, la normativa que lo rige no prevé la licitación pública como medio de selección del co-contratante, tan es así que el art. 6 de la ley 20705 las excluye de la aplicación de las leyes de contabilidad, obras públicas y procedimientos administrativos.-

En razón de lo expuesto, es claro que no resulta aplicable al caso la exigencia de licitación pública prevista por el art. 80 de la Cprov.-

#### **5.6.- Lesión- Venta a precio vil.**

Bajo este capítulo la actora expresa una serie de opiniones sobre el negocio jurídico que ataca, concluyendo en que el precio de la venta de los derechos mineros ha sido baja, y que por ello se presupone la existencia del vicio de lesión invalidante del acto jurídico.-

Como punto de partida corresponde no perder de vista que la lesión, como causal de anulabilidad o modificación de los actos jurídicos encuentra su razón de ser en la necesidad social de evitar la explotación de la situación de inferioridad de una parte, **por la otra**, que trata de beneficiarse obteniendo una ventaja patrimonial que excede toda medida de lo razonable para convertirse en irritante a los sentimientos de justicia. Así, el acto lesivo importa el quebrantamiento de la justicia conmutativa que debe primar en todo negocio jurídico.-

Ahora bien, dado que la actora reviste la calidad de tercero con relación a este contrato, es evidente que no tiene legitimación para accionar por nulidad, defensa de fondo que desde ya dejó opuesta.-

En estas condiciones es evidente que la actora no se encuentra habilitada por las normas vigentes para instar la acción y por ello el juez del caso no puede ejercer su poder jurisdiccional por tratarse de una cuestión abstracta inepta para instar el poder jurisdiccional de los jueces, es decir, no hay un caso judicial.-

**“La nulidad que puede derivarse de la comprobación de la existencia de una notable desproporción en las prestaciones -que debe subsistir para el momento de su planteamiento-, reviste el carácter de relativa y no puede ser alegada sino "por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes" ni declarada sin "pedimento de parte" (conf. art. 1048 del Cód. Civ.). Para cualquiera de las opciones que consagra el art. 954 -nulidad o reajuste equitativo del convenio- su ejercicio queda reservado para quienes resultan patrimonialmente afectados y por tanto exclusivos titulares de la acción.”** CASCARDO, ANTONIO - SUCESION c/HAYASHI, TOMOAKI - SUCESION s/ESCRITURACION 11/04/89 C. 041068 Camara Civil - Sala A

A todo evento y para el hipotético e improbable caso en que se considere que si tiene legitimación, hago notar que solo se limita a realizar especulaciones y conjeturas infundadas, sin base técnica, con relación al precio del contrato, lo cual hace improponible el planteo, máxime cuando en la corte Suprema de Justicia de la Nación in re: "Kestner S.A.C.I. c/Y.P.F. Sociedad del Estado s/Ordinario", sentencia del 5/4/1994, ha sentado que: "El instituto de la **lesión** debe ser valorado con criterio restrictivo".

En los términos del art. 954 del Cód. Civ., para que proceda la nulidad o modificación de un acto jurídico por el vicio de **lesión**, es necesaria la acreditación de sus tres elementos configurativos, uno objetivo y dos **subjetivos**, a saber: a) Ventaja patrimonial evidentemente desproporcionada y sin justificación (elemento objetivo); b) Necesidad, ligereza o inexperiencia del lesionado (elemento **subjetivo** propio del lesionado); y c) Aprovechamiento del lesionante (elemento **subjetivo** propio del lesionante).

En el caso de autos no se presenta ninguno de dichos requisitos. En efecto, al momento de celebrarse el contrato, la sociedad demandada no contaba con ningún tipo de estimación de reservas, ni existía, ni existe en la normativa contable o de práctica minera manera precisa de asignar un valor a los derechos mineros.

Se hace notar que para tener una estimación de reservas es necesario realizar la explotación del área para lo cual es necesario la realización de importantes inversiones, y dado el estado de liquidación en la que encontraba Cormine, al momento de la celebración del contrato atacado, es evidente que dicha actividad jamás pudo estar dentro del objeto de la sociedad en liquidación.-

Los derechos mineros no pueden medirse o valuarse con criterios objetivos aplicables a todos los casos por igual – de allí la inexistencia de normativa – atento la importante alea que rodea cada propiedad minera.

Así, si bien los minerales como el cobre tienen un valor fijo y determinado por cantidad, los derechos mineros lo que representan es la posibilidad incierta de obtener dichos minerales a partir de trabajos a realizar en un lugar físico determinado.

Así, la simple existencia del mineral en un espacio físico no implica que el mismo pueda ser comercializado, porque para ello es requisito extraerlo, con todo el riesgo que ello implica y no solo por cuestiones económicas, sino también por consideraciones ambientales, sociales y de infraestructura.

En efecto, por mas cobre que exista en Campana Mahuida, para poder beneficiarse del mismo y recuperar lo invertido en el contrato y obtener algún beneficio, se requieren sortear determinadas cuestiones como por ejemplo que la Administración apruebe los informes de impacto ambiental, el monto de las servidumbres, la relación con el superficiario (que en el caso es evidentemente un punto en contra del valor de la propiedad minera), la existencia de caminos, puentes, líneas eléctricas, potenciales trabajadores (todo lo cual en la zona de Loncopue y de la mina no existe y requiere ser construido) siendo cada cosa indispensable para poder producir cobre.

Como se aprecia, el riesgo en la inversión es altísimo e imposible de medir, lo que atenta contra la obtención de parámetros objetivos de valuación de una propiedad minera.

Se suma a este alto riesgo el hecho de que CORMINE no asumió ninguna obligación de resultado, siendo exclusivamente cuestión del adquirente la suerte que tenga a partir de los derechos que adquiere.

Es mas, el precio del contrato, que fuera ya percibido por la firma Cormine, comparado con el alea que el negocio encierra, revelan que se ha tratado de un excelente negocio para la sociedad demandada. A poco que se observen los beneficios que cada una de las partes ha recibido en función del negocio, es evidente

que jamás puede concluirse en que la sociedad demandada hubiera realizado un mal negocio, o que hubiera existido precio vil.-

Por las razones expuestas corresponde rechazar el planteo de la actora, con costas.-

#### **5.7.- Cláusulas abusivas.-**

En primer lugar se señala que el supuesto vicio invocado no se encuentra previsto en la ley 1284, lo cual es revelador de la improcedencia del planteo.

-

Asimismo, el contrato produce sus efectos entre las partes contratantes. No tiene efectos frente a terceros. Si las partes celebran el contrato regulando sus propios intereses es lógico que los efectos contractuales son para ellas (art. 1195 y 1198 del Cod. Civ), por lo que es evidente que la actora reviste la calidad de tercero y por ello no tiene legitimación para cuestionarlo.-

El fundamento del principio de la relatividad del contrato se encuentra en la función que cumple la autonomía de la voluntad privada, conforme a la cual el contrato es una autorregulación de intereses privados, es decir, el instrumento a través del cual los sujetos disponen de su propia esfera personal y patrimonial.

El contrato es el fruto del acuerdo entre las partes, quienes actuando con libertad e igualdad, ejercen el poder soberano, delimitado por normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres, por el que autorregulan sus intereses económicos mediante preceptos privados a los que se someten como a la ley misma, sin interferir en la esfera jurídica ajena. **Esto explica cómo el contrato tiene eficacia respecto de las partes y no de terceros, quienes no pueden ser beneficiados ni perjudicados por un contrato en el cual no son parte, salvo disposición contraria de la ley.**

Por esta razón, la libertad de contratar está protegida constitucionalmente y nadie puede, so pretexto de un perjuicio ético o patrimonial, entrometerse en la esfera de autonomía de quien lo ha celebrado.- También se viola tal principio si la posibilidad de contratar, ejerciendo una industria lícita, pudiera quedar condicionada a la voluntad o participación de terceros ajenos a la relación jurídica.-

En estas condiciones es evidente que la actora no se encuentra habilitada por las normas vigentes para instar la acción y por ello el juez del caso no

puede ejercer su poder jurisdiccional por tratarse de una cuestión abstracta inepta para instar la jurisdicción de los jueces, es decir, no hay un caso judicial.-

La protección de la libertad de contratar, y la falta de legitimación de la actora para cuestionar el contrato y sus cláusulas, será desarrollada en el punto 7.3 de esta presentación, al cual nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias.-

Sin perjuicio de lo expuesto, se hace notar que la actora se limita a realizar conjeturas e hipótesis, sin respaldo técnico, obviando todo tipo de consideraciones y análisis con relación al negocio, entremezclando en este planteo cuestiones: ambientales, culturales, paisajistas, derechos de propiedad, consideraciones abstractas de valor con relación a la actividad minera, en fin, una serie vacías de contenido, pero nada cierto y concreto con relación al negocio jurídico minero en cuestión, y por ello su planteo es objetivamente improponible.-

En consecuencia las cláusulas del contrato son lícitas, y mantiene un adecuado equilibrio de las prestaciones de las partes, lo que también impone el rechazo del planteo, con costas.-

## **VI.- Del planteo de inconstitucionalidad de los arts. 146 y 156 del código de Minería.-**

### **6.1.- Deficiente fundamentación- Ausencia de caso o controversia.-**

Es derecho judicial vigente, conforme a reiterados pronunciamientos de la Excma. Corte Suprema de Justicia de la Nación, que la declaración de inconstitucionalidad es una decisión de suma gravedad institucional y constituye la última ratio del orden jurídico.

Como sostiene García de Enterría “... Antes de que una ley sea declarada inconstitucional, el juez que efectúa el examen tiene el deber de buscar en vía interpretativa una concordancia de dicha Ley con la Constitución. La anulación de una ley es un suceso bastante más grave que la anulación de un acto de la Administración, porque crea por sí sola una gran inseguridad jurídica. El legislador no tiene agilidad suficiente para cubrir inmediatamente el hueco que deja la norma anulada y ese hueco da lugar a una enorme confusión jurídica para los ciudadanos y para todos los poderes públicos. Con frecuencia esa anulación, que no implica por sí misma el restablecimiento de la vigencia de la ley anterior a que sustituyó la anulada, y la laguna que crea, puede determinar de hecho, como ha dicho alguna vez el

Tribunal Constitucional Italiano, una situación de mayor inconstitucionalidad en la solución práctica de los problemas que la ley anulada regulaba. Es ese error vacui el que determina el principio formulado así por el Tribunal Federal Constitucional Alemán: "es válido el principio de que una ley no debe ser declarada nula cuando puede ser interpretada en consonancia con la Constitución."(García de Enterría La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional, Ed. Civitas S.A. tercera edición, 1985, pág. 95 y ss.).

Entonces y debido a la gravedad que el caso encierra, la corte suprema repite hasta el cansancio que si el planteo de inconstitucionalidad es formulado en términos que comportan una escueta y genérica impugnación, ello no basta para que el cimero Tribunal ejerza la atribución que reiteradamente ha calificado como la más delicada de las funciones que pueden encomendarse a un tribunal de justicia y acto de suma gravedad que debe considerarse como ultima ratio del orden jurídico.

En cuanto a la presunción de constitucionalidad de los actos de los poderes del estado y los recaudos que el planteo de inconstitucionalidad debe reunir para ser admisible para su análisis, el cimero tribunal provincial expresó que:

" Dados los alcances del efecto que una declaración de **inconstitucionalidad** acarrea, la misma deberá ser considerada como la "última **ratio**" del orden jurídico (conf. Ac. y Sent. SCBA T° 1981-II-pág. 354 sent. 1087 in re "Gurmendi S.A. s/ Demanda de **Inconstitucionalidad**") a la que sólo podrá llegarse cuando el esfuerzo interpretativo no logre coordinar la norma aparente o presuntamente opuesta a la constitución (conf. German Bidart Campos "La Jurisdicción Constitucional" Edit. Ediar S.A. págs. 209/210). En otras palabras, hasta arribar a ese extremo, el itinerario a seguir debe dejar margen a una interpretación conciliadora que permita entender a la norma con un alcance "no **inconstitucional**" o sea, a la inversa, con un alcance que la engarce congruente y satisfactoriamente en y con la Constitución, porque con ello se preserva el orden jurídico constitucional y porque esta postura guarda coherencia con el precepto general que regla la presunción de constitucionalidad de los actos legislativos y ejecutivos que hace, que quien alega la **inconstitucionalidad** de una norma, deba probarlo (conf. Linares Quintana "La Constitución Interpretada" Edit. Depalma 1960 pág. XIX, cit. en Acuerdo n° 355 de este Tribunal en autos "Cifuentes Eleazar S. c/ Municipalidad de Neuquén s/Acción de **Inconstitucionalidad**" del 22/09/95). Desde esta óptica es que se impone a quien acciona, el cumplimiento de recaudos mínimos a observar, entre ellos, el de señalar concretamente y en forma clara la manda constitucional que se considera violada y su discordancia con la norma impugnada, de manera tal que se advierta sin hesitaciones, la incompatibilidad constitucional alegada).-OBS. DEL SUMARIO: AC. N° 500 TSJ -1997-TSJ NQ, A 114977 RSD-500-97 S 9-10-97, Juez MACOME (SD)ABDALA JESUS Y OTROS c/ PROVINCIA DEL **NEUQUEN** s/ ACCION PROCESAL ADMINISTRATIVAMAG. VOTANTES: MEDRANO-GONZALEZ TABOADA-GAVERNET-OTHARAN.-

Ahora bien, a poco que analicemos el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 146 y 156 del código de Minería- formulado por la actora- advertimos lo

escueto del mismo y la falta de un mínimo desarrollo del que pueda inferirse y menos aún demostrarse la incompatibilidad de dichas normas con el bloque de constitucionalidad.-

Además, el planteo de inconstitucionalidad formulado no se encuentra encaminado a obtener un pronunciamiento judicial respecto de la idoneidad o validez jurídica de los actos de aplicación directa de tales normas, es decir que no permite el enjuiciamiento de hechos concretos y singulares, sino que, por el contrario, el control que se pretende consiste en un cuestionamiento abstracto de las normas tachadas de inconstitucionales ya que la normativa impugnada no tiene aplicación directa al caso de autos.-

Por las razones apuntadas, y no habiéndose deducido la acción de inconstitucionalidad que prevé el art. 30 y 170 Inc. A) de La Constitución Provincial, es claro que no existe caso o controversia que en los términos del art. 116 de la CN y art. 2 de la Ley 27, que habilite la actuación jurisdiccional para atender la pretensión de inconstitucionalidad deducida.-

En efecto, sabido es que los jueces solo pueden intervenir y ejercer sus poderes jurisdiccionales- según el criterio de la Corte- en el marco de un caso o también llamado indistintamente causa o controversia judicial, y tal como lo demostraremos, aquí no existe, ya que el actor no puede justificar un perjuicio concreto, real y efectivo, actual o en ciernes, que pudiera derivar de la normativa tachada de inconstitucional, tal como lo exige la Corte como condición que justifica el poder jurisdiccional de los jueces. En tal sentido la Corte ha dicho que: **“causas son aquellas en las que se persigue en concreto la determinación del derecho debatido entre partes adversas”, situación que no se configura “cuando se procura...la declaración general y directa e inconstitucionalidad de las normas o actos de los otros poderes “(CSJ. Fallos: 306:1125)**

Para demostrar la ausencia de caso, basta observar que, como fundamento del planteo de inconstitucionalidad y vicio del contrato, la actora refiere que el mismo, al conceder la opción de compra, confiere a una empresa privada de capitales extranjeros la facultad de ejercer el derecho previsto en el art. 156 Cód. de Minería, en cuanto la empresa podría exigir la venta a su favor del terreno donde la mina se encuentra y que también resulta inconstitucional el arts. 146 del Cód. de Minería en cuanto prevén la constitución de servidumbres.

Todo esto, según la actora, por cuanto, en virtud del art. 75 inc. 17 de la Constitución nacional la propiedad comunitaria de sus territorios resulta no enajenable, intransmisible e inembargable.

Como primera cuestión, es necesario señalar que hasta el momento la autoridad administrativa no ha concedido licencia ambiental y por lo tanto no existe la posibilidad fáctica, ni jurídica de constituir servidumbre minera, ni para tareas de exploración y menos aun de explotación.

Asimismo, el contrato atacado solo se ha limitado a ceder derechos mineros y no ha constituir servidumbre mineras, con lo cual, la normativa impugnada podrá tener aplicación en otro proceso, en el que hipotéticamente se ventilaran cuestiones relacionadas con la constitución o ejercicio de servidumbres mineras, cuestión que no es objeto del contrato atacado, ni del proceso, por lo que es evidente que no se configura caso o controversia con relación a la normativa impugnada.-

En igual sentido corresponde reparar en que la adquirente de los derechos mineros no ha ejercido la opción que prevé el art. 156, ni existe ningún elemento que autorice a suponer que la ejercerá, con lo cual, es evidente que existe una cuestión conjetural e hipotética, que tampoco permite configurar la existencia de un caso o controversia en cuanto al punto.

Por otra parte, el contrato atacado solo se ha limitado a ceder derechos mineros que eran de titularidad de la firma Cormine, y no el terreno superficial en el que se asienta la mina.

Asimismo, el derecho minero fue cedido con la extensión y calidades que tenía al momento de la celebración del contrato, conforme lo prevé el Art. 3264 Cod. Civ. y por ello es evidente que si la invocada propiedad comunitaria llegara a ser inalienable e intransferible, **dicha opción de compra no podría ser ejercida, pero reitero, esa no es una cuestión que se discute en autos, ni fue objeto del contrato atacado, ni impide que la actora invoque la supuesta prerrogativa que dice tener en caso de que en un futuro hipotético pudiera presentarse un caso o controversia en cuanto al punto, que reitero, hoy no existe.**

**En razón de lo expuesto es evidente que no existe caso o controversia en cuanto al punto y por ello el planteo de inconstitucionalidad deviene en objetivamente improponible.-**

## **6.2.- De la interpretación conciliadora con la constitución. La reglamentación de los derechos constitucionales.-**

Una interpretación armoniosa de las normas en juego demuestra la constitucionalidad de las normas cuestionadas. En efecto, en caso de que considerarse que las normas del convenio 169 de la OIT vedarían la posibilidad de constituir servidumbres mineras sobre inmuebles que fueran de propiedad de agrupaciones mapuches, como lo pretende la actora, es evidente que devendrían en inconstitucionales por violar el Art. 14 CN de jerarquía superior, que expresamente consagra que los derechos reconocidos por la constitución deben ejercerse conforme las leyes que reglamentan su ejercicio y que por lo tanto no existen derechos absolutos. Además, la interpretación que propone la comunidad actora colocaría a la norma invocada en pugna con el principio constitucional de igualdad ante la ley consagrado por el Art. 16 de la CN.

En estas condiciones, es evidente que una interpretación de tal naturaleza no sería posible, por cuanto de la misma resultaría la invalidez de la norma convencional de inferior jerarquía, y sabido es que el Juez debe procurar una interpretación conciliadora con la constitución que permita la subsistencia de las normas en aparente colisión.-

Para el caso de que se considera que la actora pretende sustentar su posición en el Art. 75 inc. 17, hago notar que la reforma constitucional del año 1994 no derogó la primera parte de la constitución (ver art. 75 inc. 22) y por lo tanto se encuentra vigentes y plenamente validos el art. 14 y 16 de de la CN y por ello, tampoco resultan absolutos los derechos consagrados por aquel artículo, ni podría consagrarse una prerrogativa que afectara la igualdad de los habitantes del país.-

La relatividad del derecho de propiedad y en consecuencia su carácter NO ABSOLUTO, resulta del art. 14 de la CN que expresamente consagra que los derechos reconocidos por la constitución **deben ejercerse conforme las leyes que reglamentan su ejercicio.-**

La respuesta a la postura absolutista de la actora- que pretende se le reconozca un derecho de una magnitud tal- importaría prácticamente la constitución de un Estado dentro del Estado Argentino, fue dada tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

En este sentido los doctrinarios ALTERINI – CORNA – VAZQUEZ (“La Propiedad Indígena en la Reforma Constitucional de 1994”, p. 183, EDUCA, 2005) enseñan que a la propiedad comunitaria indígena, que surge del art. 75 inc. 17 de la Const. Nac., es posible extender los límites que se aplican a la propiedad privada tradicional, en la medida que sean compatibles con la institución.

Los tratadistas se refieren tanto a las restricciones del Código Civil, sus leyes complementarias, otros códigos, restricciones con fuente en el derecho administrativo, ya sea a las que tienen en miras el interés público, como a las instituidas por razones de vecindad.

La interpretación que estos tratadistas y la jurisprudencia internacional propicia sobre la aplicación de las restricciones al dominio a la propiedad comunitaria prevista en el Art. 75 inc. 17 Const. Nac. es coherente con lo que establece el art. 8 del Convenio 169 de la OIT en cuanto a que el respeto que debe guardarse a las costumbres o al derecho consuetudinario del pueblo indígena *“no deberá impedir a los miembros de dichos pueblos ejercer los derechos reconocidos a todos los ciudadanos del país y asumir las obligaciones correspondientes.”*

La naturaleza de la propiedad que reclama la actora no confiere un estatuto que le exima de las restricciones normales a su ejercicio, ES DECIR, no implica desconocer la vigencia del principio de igualdad que emana del art. 16 de la CN, ni implica el otorgamiento de prerrogativas de sangre que afecten tal principio.-

Como cualquier derecho subjetivo, la propiedad comunitaria indígena debe entenderse como un derecho relativo, en el sentido de limitado por las leyes que reglamentan su ejercicio (art. 14 Const. Nac.).

La garantía que desde el año 1994 otorga a los pueblos indígenas argentinos la Ley Fundamental en el art. 75 inc. 17, no ha significado en modo alguno el reconocimiento de un status de autonomía o soberanía política, es decir, no debería verse en el pueblo indígena o en su tierra o territorio elementos constitutivos de un Estado. Es claro que el constituyente de 1994 no ha imaginado, al redactar la norma citada, la existencia de un Estado dentro de otro Estado.

Esto tampoco fue el objetivo de quienes redactaron el Convenio 169 de la OIT, profusamente citado por la actora, el art. 1 refiere “La utilización del término pueblos en este Convenio no deberá interpretarse en el sentido de que tenga

implicación alguna en lo que atañe a los derechos que pueda conferirse a dicho término en el derecho internacional”.

Atento lo expuesto, la actora estará sujeta a distintas restricciones al dominio en su calidad de propietaria y poseedora, así, deberá evitar el corrimiento de agua de los pozos o servidas hacia los fundos circundantes (art. 2632 Cód. Civil), le está prohibido agravar la situación de terrenos inferiores dirigiendo aguas a un solo punto (art. 2653 Cód. Civil), también deberá permitir el paso a la heredad a sus vecinos, para que puedan reparar su casa u otras edificaciones (art. 3077 Cód. Civil).

De la misma forma la Comunidad Indígena deberá observar límites impuestos en interés público, como el camino de sirga (art. 2639 y 2640 del Cód. Civil), diversas restricciones administrativas, como las que atienden a razones de salubridad y, por supuesto las derivadas del Código de Minería en sus arts. 146 y siguientes.

La actora tampoco podrá eludir servidumbres forzosas como las de tránsito, mineras y acueductos, ni las servidumbres administrativas, como la de electroducto de la ley 19.552.

Asimismo, la misma convención Americana de Derechos humanos, que a diferencia del convenio 169 de la OTI, si tiene jerarquía constitucional, también declara que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes y que la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social (art. 21.1) . Además, también prevé la posibilidad de expropiación por causa de utilidad pública.-

Por si alguna duda queda en cuanto al carácter de NO ABOSLUTO del derecho de propiedad invocado por la actora, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en su carácter de intérprete de la convención, ha considerado que el derecho de propiedad comunitaria no ostenta carácter absoluto, sino que el mismo tiene aptitud jurídica para ser sometido a limitaciones, como todo otro derecho de “dominio pleno”.

La incorporación del Art. 75 inc. 22 a la Constitución Nacional, le otorgó jerarquía constitucional a los Tratados de Derechos Humanos que allí se enunciaron.- Pero, además, el Art. 75, inc. 22, dispuso que los Tratados de Derechos Humanos que allí se mencionaban, tienen jerarquía constitucional: a) en las condiciones de su vigencia; b) no derogan artículo alguno de la Primera Parte de la

Constitución; y c) deben entenderse complementarios de los derechos y garantías en ella reconocidos.

La expresión "*condiciones de vigencia de los tratados*" tiene un doble sentido se refiere las posibles reservas y/o declaraciones unilaterales efectuadas por el Estado al momento de su ratificación y a la interpretación que la jurisprudencia internacional ha dado a las disposiciones convencionales.-

El carácter relativo de la propiedad comunitaria ha sido interpretado por la CIDH en la sentencia de 12 de agosto de 2008 (Interpretación de la sentencia de excepciones preliminares, fondo, reparación y costas) emitida en las actuaciones "Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam", expresando que:

*"1.- La protección a la propiedad bajo el artículo 21 de la Convención, leída conjuntamente con los artículos 1.1 y 2 de dicho instrumento, implica una obligación positiva para el Estado consistente en adoptar medidas especiales que garanticen a los miembros del pueblo Saramaka el pleno e igualitario ejercicio de su derecho a los territorios que tradicionalmente han utilizado y ocupado.*

*2.- En el contexto de restricciones a los derechos de propiedad en general, la Corte ha sostenido previamente que: de conformidad con el artículo 21 de la Convención, el Estado podrá restringir el uso y goce del derecho a la propiedad siempre que las restricciones: a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática."*

En sentido concordante a la posición adoptada en esta Sentencia Interpretativa, se puede ver la Sentencia *Caso del Pueblo Saramaka*, párr. 128; y *mutatis mutandis*, Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Länsman y otros vs. Finlandia* (quincuagésima segunda sesión, 1994), Comunicación No. 511/1992, ONU Doc. CCPR/C/52/D/511/1994, 8 de noviembre de 1994, párr. 9.4 (permitiendo que los Estados lleven a cabo actividades de desarrollo que limiten los derechos de una minoría cultural, siempre y cuando dicha actividad no extinga por completo el modo de vida del pueblo indígena).

**En estas condiciones, es evidente que la Convención Interamericana de Derechos Humanos considera relativo y sujeto a restricciones**

**al derecho de propiedad comunitario y esto no puede discutirse pues así lo ha determinado su intérprete, la Corte Interamericana de derechos humanos.-**

Despejada esta cuestión solo resta analizar, para determinar la constitucionalidad de las restricciones reguladas por el código de minería, si la norma está en condiciones de pasar el control de razonabilidad a la luz de los requisitos elaborados por la Corte Suprema y los organismos de interpretación de la Convención Interamericana de derechos humanos.- Es decir, si ha sido efectuada por ley del congreso (Art. 14 CN y O.C. 6/86 CIDH), si ha sido establecida en razones de interés general (75 Inc. 18 y 19 y 21.1 de la Convención Interamericana de Derechos humanos), si no aniquilan el derecho que reglamentan, y sin son proporcionales a los fines perseguidos por el legislador al sancionarlas.-

De esta manera, y tal como lo desarrollaremos en el punto 5.1 de esta presentación, al cual nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias, el estado es propietario de los recursos minerales, pero para su explotación debe conceder la titularidad a otras personas físicas o jurídicas, por expreso mandato legal. Es importante reiterar lo dispuesto por el artículo 13 del Código de Minería en cuanto ordena que “la explotación de las minas, su exploración, concesión y demás actos siguientes, *revisten el carácter de utilidad pública*” y que esta declaración de utilidad pública resulta necesaria para llevar adelante la explotación por medio de las restricciones al dominio previstas por las normas que cuestiona la actora.-

En razón de lo expuesto es evidente que es el Código de Minería, por medio de los arts. 146 y 156, ha establecido, POR RAZONES DE INTERES PUBLICO, restricciones a la propiedad. Estas restricciones son de carácter general y afectan tanto a los titulares de inmuebles, mapuches y no mapuches, están previstas por ley del congreso, son adecuadas al fin publico que persiguen, no destruyen el derecho que reglamentan y son equitativas, apunto tal que jamás fueron tildadas de inconstitucionales duran sus varias décadas de vigencia,.

Entonces, cabe concluir en que las restricciones atacadas son constitucionales por se razonables y esta interpretación resuelve adecuadamente los intereses que caso involucra por ser una solución que esta de acuerdo con el principio de igualdad ante la ley y prohibición de otorgar prerrogativas de sangre (art. 16 CN) y con los objetivos de alcanzar el bienestar general previstos por el art. 75 inc. 18 y 19, que para alcanzarlo prevé la utilización de herramientas como: limitación de derechos, fomento de la industria, la inversión y de la iniciativa privada.-

Por las razones expuestas corresponde el rechazo del planteo de inconstitucionalidad deducido por la actora.-

**VII.- Planteo subsidiario. De la nulidad bajo la normativa del Código Civil.-**

**7.1.- De la orfandad del planteo.-**

La actora, subsidiariamente pretende que se decrete la nulidad del contrato por aplicación del art. 1.038 del Cod. Civ. Es decir, considera que la nulidad es manifiesta .-

En cuatro renglones, la actora se limita a formular este planteo, que en una cuestión tan compleja, como lo es el régimen de las nulidades, solo puede concluirse en la absoluta improponibilidad objetiva del mismo. En este sentido se ha dicho que. " la teoría de las nulidades es una de las mas arguas y complejas del derecho civil" (Borda, Guillermo , Manual de Derecho Civil. Parte General).-

Es evidente que la complejidad que el asunto involucra no puede ser abordada con la escueta enunciación formulada por la actora.

Pero además, es improponible la pretensión de fundar la nulidad el acto jurídico en el régimen del Cod. Cvi., y remitirse a los fundamentos dados para sustentar la declaración de inexistencia del acto en el ámbito del derecho público. En efecto, la teoría de la nulidad de los actos administrativos es autónoma de derecho privado, a punto tal que es la Ley 1284 la que regula los vicios de los actos administrativos y sus nulidades y sabido es que las sociedades de carácter privado realizan actos jurídicos y no administrativos.-

Desde el Caso Los Lagos S..A Ganadera c/ Gobierno Nacional del año 1941, la Corte dejó perfectamente establecido que las nulidades del derecho publico y las del derecho civil debían regirse por sus respectivos regímenes, públicos y privados.-

La nulidad es una sanción que prevé el ordenamiento, de modo expreso o implícito, ante los defectos esenciales del acto jurídico y que priva a éste de sus efectos normales mediante un proceso de impugnación y declaración de invalidez con el objeto de preservar el interés público o privado.-

Como principio el codificador ha prescripto que " los jueces no pueden declarar otras nulidades de los actos jurídicos que las que en este Código se

establecen de modo que las nulidades del acto, es decir, las sanciones legales que privan de sus efectos normales al acto jurídico, son taxativas. En tal sentido Borda ha expresado que: " lo que el legislador ha querido evitar con el artículo 1037, es que los jueces puedan fundarse en cualquier omisión o transgresión legal, para dictar una medida tal grave como es la anulación de un acto" Borda, Guillermo , Manual de Derecho Civil. Parte General, ps. 556 y siguientes.-

“Tal como lo indica.....la invalidez del acto jurídico es excepcional, por eso en caso dudas debe estarse por la validez del acto, y solo debe admitirse cuanto ha sido establecida por el legislador ya de modo expreso o virtual. Carlos F. Balbin, Curso de Derecho Administrativo, Tomo II, pag. 89.-

Pues bien, si tenemos en cuenta que todo el argumento esbozado por la actora- para sustentar la nulidad del acto jurídico bajo el régimen del cod. civil- es el que a continuación se transcribe" Subsidiariamente y por aplicación del artículo 1038 del Código Civil, solicito de decrete la nulidad del referido contrato a merito de las argumentaciones mas arriba vertidas" Y NADA MAS, es evidente que ni con muy buena voluntad puede llegar a sostenerse que tal texto reúna las condiciones para ser admitido para el análisis de la nulidad de un acto jurídico, más aún cuando se pretende fundar la nulidad con fundamento en el Cod. Cvi., pero remitiendo a los argumentos dados para sostener la inexistencia del acto invocando el régimen de derecho publico previsto por la ley 1284 .-

En estas condiciones y si tenemos en cuenta que la actora no ha indicado o señalado cual es la norma que declara nulo el acto atacado o que lo sanciona con nulidad, es evidente que de ello deviene EN OBJETIVAMENTE IMPROPONIBLE.-,

#### 7.2.- Del régimen jurídico que rige el contrato atacado.

Cormine SEP es una Sociedad del Estado Provincial, regida por la ley 19550 de sociedades comerciales y por la ley 20705 de sociedades del estado, conforme resulta de su estatuto.-

Se trata de una sociedad que gira bajo la órbita del derecho privado, es decir, es una persona jurídica de derecho privado conforme la clasificación efectuada por el Código Civil en el punto 2 del segundo apartado del artículo 33 del plexo citado en cuanto se refiere a las “sociedades civiles y comerciales”.

En el marco del derecho privado, la sociedad demandada se encuentra regulada, específicamente, por la ley 20705 (Sociedades del Estado). En su constitución y funcionamiento se rigen por las normas que regulan las sociedades anónimas por remisión efectuada por el Art. de 2 ley 20705.-

Asimismo, los contratos que celebra son de derecho privado, los que se encuentran ampliamente regulados en el Código Civil. Este código incorporó en la Sección Tercera en relación con las obligaciones que nacen de los contratos.-

Del artículo 1137 y 1197 de dicho orden normativo resulta que “ hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos y por su parte el Art. 1197 del mismo cuerpo agrega que “las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma. De los artículos 1195 y 1199 resulta el efecto relativo de los mismos.-

### 7.3.- Del efecto relativo de los contratos. La falta de legitimación de la actora como defensa de fondo.-

El contrato produce sus efectos entre las partes contratantes. No tiene efectos frente a terceros. Si las partes celebran el contrato regulando sus propios intereses es lógico que los efectos contractuales son para ellas (art. 1195 y 1198 del Cod. Civ).

Son partes u otorgantes del contrato los que intervienen en su celebración por sí o mediante representante. Las partes contratantes son los titulares de los intereses regulados en el contrato; ellas son las que adquieren los derechos y contraen las obligaciones derivadas del contrato.

Los terceros, o sea los que no han intervenido en su celebración ni por sí ni mediante representante, no pueden adquirir derechos ni contraer obligaciones derivados de un contrato en cual no son parte.-

El fundamento del principio de la relatividad del contrato se encuentra en la función que cumple la autonomía de la voluntad privada, conforme a la cual el contrato es una autorregulación de intereses privados, es decir, el instrumento a través del cual los sujetos disponen de su propia esfera personal y patrimonial.

El contrato es el fruto del acuerdo entre las partes, quienes actuando con libertad e igualdad, ejercen el poder soberano, delimitado por normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres, por el que autorregulan sus intereses económicos mediante preceptos privados a los que se someten como a la ley misma, sin interferir en la esfera jurídica ajena. Esto explica cómo el contrato tiene eficacia

respecto de las partes y no de terceros, quienes no pueden ser beneficiados ni perjudicados por un contrato en el cual no son parte, salvo disposición contraria de la ley.

Debe comprender la actora que la facultad de ejercer industria lícita, celebrar el contrato, y de fijar su contenido tienen protección constitucional y los terceros no pueden oponerse o interferir en la libertad de las partes, como lo pretende la actora, ya que si ello fuera posible no podría celebrarse contrato alguno .

Por esta razón, la libertad de contratar está protegida constitucionalmente y nadie puede, so pretexto de un perjuicio ético o patrimonial, entrometerse en la esfera de autonomía de quien lo ha celebrado.- También se viola tal principio si la posibilidad de contratar, ejerciendo una industria lícita, pudiera quedar condicionada a la voluntad o participación de terceros ajenos a la relación jurídica.-

La libertad contractual no está expresamente consagrada en el art. 14 de la Constitución Nacional, pero deriva del derecho de trabajar, comercial, ejercer industria lícita, de disponer de la propiedad, porque para el ejercicio de todos ellos se requiere, en general, la celebración de contratos. También resulta del art. 17 de la CN, que al garantizar la propiedad, se admite también como norma protectora de la libertad en el contrato, pues éste es un instrumento de contenido patrimonial que no se discute a partir de la doctrina de la corte sentada en el caso "Bordieu".

La libertad contractual, constituye una expresión de la autonomía de la voluntad para celebrar convenios o no hacerlo, fijar sus condiciones, modificarlas o extinguir el acuerdo.

Si dicha autonomía es desconocida, como lo pretende la actora, caería toda la teoría contractual y una de las principales libertades jurídicas, que es, precisamente, la de celebrar contratos. El "reino de la libertad", como se ha dado en llamar al contrato y sus alcances, desaparecería y con ello, se quebrarían los principios constitucionales antes mencionados.

En tal sentido se ha dicho que: "el contrato no puede desaparecer, sería la anulación de la libertad, de la voluntad, la eliminación de un instrumento profundamente humano" MESSINEO, Francesco, Doctrina General del Contrato, Ejea, Bs. As., 1952, t. I, p. 34.

En al sentido la CSJN, ha dicho:

**"Que el contrato y la propiedad tienen protección constitucional en el derecho argentino y, en consecuencia, toda limitación que se disponga es de interpretación restrictiva. Esta tutela comprende tanto la libertad de contratar, que es un aspecto de la autonomía personal a la que todo ciudadano tiene derecho (art. 19 del la Constitución Nacional), como la de configurar el contenido del contrato, que es un supuesto del derecho a ejercer una industria lícita (art. 14 de la**

Constitución Nacional) y de la libertad económica dentro de las relaciones de competencia (art. 43 Constitución Nacional). La libertad de contratar, de competir y de configurar el contenido de un contrato, constituyen una posición jurídica que esta Corte debe proteger como tribunal de las garantías constitucionales. En este sentido debe ser interpretado el término propiedad desde la perspectiva constitucional (art. 17 de la Constitución Nacional). Esta es la interpretación consolidada por los precedentes de este Tribunal al sostener que el vocablo propiedad, empleado por la Constitución comprende, como lo ha dicho esta Corte, todos los intereses apreciables que un ser humano puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones privadas sea que nazca de actos administrativos, integra el concepto constitucional de propiedad a condición, de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en el goce del mismo (Fallos: 145:307; 172:21, disidencia del juez Repetto).

Entonces los derechos mineros de titularidad de la sociedad privada Cormine desde el año 1991- que fueron objeto del contrato impugnado por la actora- fueron cedidos con la misma extensión y calidades con los que eran ostentados por aquella firma. Además, el co-contratante no pudo adquirir un derecho mejor o mas extenso que el que era ostentado por Cormine, y esto por estricta aplicación del art. 3264 cod. Civ.-

Asimismo y por el efecto relativo de los contratos, que deviene de los arts. 1195 y 1199 del Cod. Civ., estos no tienen aptitud para ser opuesto a terceros, quienes no pueden interferir en los mismos, justamente por su calidad de terceros.- En este sentido es concluyente la Corte cuando expresa que:

**“ Los contratos tienen efectos entre las partes y no pueden beneficiar ni perjudicar a terceros, salvo excepciones conocidas. Cuando se afirma que la víctima está perjudicada por la franquicia, y que ello la hace inoponible, se modifica una regla establecida en el derecho civil desde el año 1804. Los vínculos que se establecen entre las personas siempre afectan a los terceros desde el punto de vista económico o moral, pero si se permitiera que todos cuestionaran esas decisiones, no podría celebrarse contrato alguno. Por esta razón, la libertad de contratar está protegida constitucionalmente y nadie puede, so pretexto de un perjuicio ético o patrimonial, entrometerse en la esfera de autonomía de quien ha celebrado ese contrato” autos: "Recurso de hecho deducido por Train-met Seguros S.A. (la citada en garantía) en la causa Cuello, Patricia Dorotea c/ Lucena, Pedro Antonio".-**

En estas condiciones es evidente que la actora no se encuentra habilitada por las normas vigentes para instar la acción y por ello el juez del caso no puede ejercer su poder jurisdiccional por tratarse de una cuestión abstracta inepta para instar el poder jurisdiccional de los jueces, es decir, no hay un caso judicial.-

El cimero tribunal del país delineó el caso judicial como presupuesto básico de habitación del poder y jurisdicción de los magistrados, para ello deben

presentarse un derecho subjetivo entendido como un interés exclusivo, concreto, inmediato y sustancial, un acto ilegítimo, un daño diferenciado sobre aquel derecho y un nexo causal entre las conductas y el daño.-

En tal sentido la corte dice que “el juez solo puede intervenir en el marco de controversias entre partes que afirmen y contradigan derechos subjetivos, es decir un conflicto sobre intereses económicos o jurídicos inmediatos y sustanciales; que el agravio alegado este sentado sobre el peticionante y no sobre terceros; que el daño sea cierto- actual o futuro y diferenciado, pero en ningún caso eventual o común a todos ( CSJN” Rodriguez Jorge: En: Nieva Alejandor y ogros c/ Poder Ejecutivo Nacional, Sent. 17 de Diciembre de 1997, La Ley, 1997-F, 879).-

Por las razones expuestas es evidente que la actora carece de legitimación para peticionar la nulidad del contrato, defensa de de fondo que desde ya dejo opuesta, y por ello corresponde rechazar la demanda, con costas.-

### **VIII.- Defensas subsidiarias.-**

Para el caso hipotético e improbable, en que se considere que la actora tiene legitimación para plantear la nulidad del contrato, también corresponde el rechazo de la acción por los siguientes motivos.-

#### **8.1. De los derechos contractuales adquiridos.-**

La concesión minera fue otorgada a la firma CORMINE en el año 1991, tal como lo explicáramos en el punto 5.1. de esta presentación, al cual nos remitimos.-

El convenio internacional fue aprobado por ley el congreso nº 24.071, sancionada el 04 Marzo de 1992 y se depositó la ratificación del Convenio 169 de la OIT en Ginebra el 3 de julio de 2000, con lo cual entró en vigor desde julio de 2001, doce meses después del registro de dicha ratificación, según el art. 38, inc.2 del propio Convenio

En estas condiciones, es claro que cuando el estado provincial le otorgó la concesión minera a la sociedad Cormine, NO EXISTÍAN LAS NORMAS CONVENCIONALES INVOCADA POR LA ACTORA (consulta previa), y por ella el derecho nacido al amparo de la legislación vigente- a dicho momento- tiene la protección constitucional que emana del art. 14 y 17 de la CN, que no puede ser desconocida por S.S. y menos invocando una norma de inferior jerarquía, como lo es el convenio 169 de la OIT. Con relación a la protección constitucional del contrato nos hemos referido en el punto anterior, al cual nos remitimos.-

En el precedente “Bourdie”, la corte suprema reconoció derechos propietarios derivados de los adquiridos al momento de celebrar un contrato de concesión, el cual incluía la facultad de transferir porque, a la fecha de la celebración del acuerdo, tal derecho no estaba prohibido.-

Asimismo, hago notar que los mismos derechos mineros que fueron dados en concesión a la firma Cormine, fueron los cedidos en el contrato atacado, y por lo tanto tampoco puede admitirse que sean limitados por una legislación posterior, ni en la extensión del derecho cedido, ni en las facultades para hacerlo.- En sentido en los autos: Bordieu la Corte ha dicho que:

**“ esta facultad de transmitir es, a su turno, lisa y llana. No habiéndosela limitado o restringido en el acto de la concesión, comprende todas las consecuencias inherentes a la posibilidad de ceder, y entre otras, la de que el concesionario pueda enajenar el sepulcro por un precio más alto que el pagado por él a la Municipalidad... en estas condiciones si el derecho del recurrente, con las características señaladas, ha nacido de la concesión concertada con la Municipalidad, es evidente que ésta no ha podido alterarlo o suprimirlo ni en cuanto a la facultad de transferirlo ni en cuanto a la posibilidad del concesionario o de sus sucesores de hacer suyo el incremento de valor, mediante ordenanzas dictadas después de la fecha de aquélla.**  
CSJN. Fallos 145:307. “Bourdieu, Pedro E. v. Municipalidad de la Capital Federal”. Del 16/12/1925.-

**Y en igual sentido expresó que:**

**" Existe derecho adquirido cuando bajo la vigencia de una ley el particular ha cumplido todos los actos y condiciones sustanciales y los requisitos formales previstos en aquella para ser titular de un determinado derecho, de manera que la situación jurídica concreta e individual en cabeza del sujeto que, como tal, se hace inalterable y no puede ser suprimida por ley posterior sin agravio al derecho de propiedad consagrado en el artículo 17 de la Constitución Nacional ( Marozzi Eldo Eithel v. Provincia de Santa Fe s/ Recurso contencioso administrativo de plena jurisdicción, Fallos, T° 316, pag. 2090)**

**" Ni el legislador, ni el JUEZ pueden, en virtud de una ley nuevo o de su interpretacion, arrebatarse o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación anterior, en este caso el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad" (Bernasconi Sociedad Anonima, Inmobiliaria Agrícola. ganadera Financiera Comericial e Industrial v. Municipalidad de Buenos Aires, Fallos T. 321, pag. 2933).-**

En consecuencia, la facultad de ceder los derechos mineros, objeto del contrato atacado, ingresaron el patrimonio de la firma Cormine por medio de la concesión legal minera efectuada a su favor en el Año 1991, que de conformidad con la legislación vigente tenía la facultad de ceder sin limitación de ninguna naturaleza.

Debe remarcarse que no se encontraban vigentes, para la argentina, las normas de la convención 169 de la OIT, que invoca la actora para cuestionarla

(Consulta previa) y por ello, y sin perjuicio de que la Convención no impone la obligación de consulta previa a contratar, menos aún puede resultar aplicable para cuestionar la cesión de un derecho nacido al amparo de una concesión legal otorgada con anterioridad a la vigencia interna del Convenio 169 de la OIT.-

Pero además y como si esto no fuera suficiente para concluir en la inaplicabilidad- al caso- de la convención internacional, se destaca que la actora tomo conocimiento de la concesión legal otorgado a la firma Cormine, en el peor de los casos, en mayo del año 1992, tal como lo demostráramos en el desarrollo efectuado en el punto 5.1. de esta presentación, al cual nos remitimos, quién no formuló objeciones de ningún tipo.-

Entonces, es claro que la actora aceptó, sin reservas, la concesión minera efectuada a favor de la firma Cormine, por lo que es evidente que le esta vedado asumir la posición que ahora observa, por ser totalmente contradictoria con la anterior, esto por aplicación de la teoría de los actos propios y del sometimiento voluntario a un régimen legal y sabido es que es doctrina permanente de la Corte que “ el voluntario sometimiento, sin reserva expresa, a un régimen jurídico, a una decisión judicial o a una determinada jurisdicción, comporta un inequívoco acatamiento que fija la improcedencia de impugnación posterior con base constitucional (Fallos: 316:1802, 1804, considerando 7º y sus citas, entre otros).

Por ultimo reitero que la firma Cormine ha cedido el mismo derecho minero que la fuera atribuido por concesión legal anterior al Convenio 169 de la OIT, y por supuesto que derecho cedido no resulta mas extenso que aquel con que contaba con anterioridad a la cesión, ya que, conforme el Art. 3264 del Cod. Civ, “nadie puede transmitir a otro sobre un objeto, un derecho mejor o más extenso que el que gozaba; y recíprocamente, nadie puede adquirir sobre un objeto un derecho mejor y más extenso que el que tenía aquel de quien lo adquiere”.

Estas razones también confirman la improcedencia del planteo, el que debe ser rechazado, con costas.-

## **8.2.- De la validez del contrato-**

Conforme lo desarrolláramos, ampliamente, en los puntos 4.1. y 7.2. de esta presentación, Cormine SEP es una Sociedad del Estado Provincial, regida por la ley 19550 de sociedades comerciales y por la ley 20705 de sociedades del estado, conforme resulta de su estatuto.- Se trata de una sociedad que gira bajo la órbita del derecho privado, es decir, **es una persona jurídica de derecho privado conforme la clasificación efectuada por el Código Civil** en el punto 2 del segundo apartado del

artículo 33 del plexo citado en cuanto se refiere a las “sociedades civiles y comerciales”.

Asimismo, los contratos que celebra son de derechos privado, los que se encuentran ampliamente regulados, principalmente, por el Código Civil.-

El Art. 6 inc. “c” del estatuto le otorga a la sociedad la facultad de solicitar concesiones mineras a los gobiernos nacionales y provinciales y el inc. “d” la de efectuar toda clase de negocios financieros y comerciales sin limitación y transmitir derechos mineros.-

El artículo 23 prevé que la representación de la sociedad corresponde al presidente, y el artículo 26 inc 6 le otorga la facultad de vender toda clase de bienes.-

Asimismo, tal como lo desarrolláramos en el capítulo V de esta contestación de demanda, al que nos remitimos para evitar repeticiones innecesarias, el contrato ha sido celebrado conforme al régimen jurídico que lo rige, siendo claro que no se tiene ninguno de los vicios denunciados por la actora.

En estas condiciones, es claro que la firma Cormine ha actuado dentro de las facultades otorgadas por la Ley y por el Estatuto y el contrato atacado ha reunido todos los presupuestos jurídicos de validez, que se desprende de la licitud del objeto y de la causa.-

Estas razones también imponen el rechazo de la demanda.-

### **III.- PRUEBA:** Ofrezco la siguiente:

1.- Documental:

1.1.- Estatuto de Cormine SEP, solicitando se libre oficio a dicha sociedad para su remisión a fines probatorios.-

1.2.- expedientes administrativos 4802- 00001-2008 s/ estudio de impacto ambiental Titular Cormine: SEP (Emprendimientos Mineros S.A. expte. 13595/1989), solicitando se oficie a la Subsecretaria de Medio Ambiente para su remisión a fines probatorios.-

1.3.- Expte. 13595/1989 “CORMINE MANIFESTACIÓN DE COBRE DISEMINADO MINA CAMPANA MAHUIDA.- solicitando se oficie a la Subsecretaria de Medio Ambiente y Dirección Provincial de Minería para su remisión a fines probatorios.-

**Por lo expuesto aV.S. pido:**

- 1.- Se me tenga por presentado, parte y constituido domicilio.-
- 2.- Por contestada la demanda, en tiempo y forma y por ofrecida la prueba documental.-
- 3.- Oportunamente rechace la demanda en todas sus partes, con costas.-

SERA JUSTICIA