



**ACUERDO N° 20.-** : En la ciudad de Neuquén, capital de la provincia del mismo nombre, a los veinte ( 20 ) días de octubre de dos mil dieciséis, se reúne en Acuerdo la **Sala Civil** del Tribunal Superior de Justicia, integrada con los señores vocales doctor **EVALDO D.MOYA** y **ALFREDO A.ELOSU LARUMBE**, con la intervención de la subsecretaria Civil de Recursos Extraordinarios doctora **MARÍA ALEJANDRA JORDÁN**, para dictar sentencia en los autos caratulados: "**COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES CONTRA CORPORAC. MINERA DEL NQN. S.E. SOBRE ACCIÓN DE NULIDAD S/INCIDENTE DE ELEVACIÓN**" (**Expte. N° 28 - año 2012**)" del Registro de la mencionada Secretaría de dicho Tribunal.

**ANTECEDENTES:**

A fs. 324/374 la actora -COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES- deduce recurso de Inaplicabilidad de Ley y Nulidad Extraordinario contra la resolución dictada a fs. 313/318vta. por la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Neuquén -Sala III-, que revoca el decisorio dictado por la Jueza de Primera Instancia a fs. 146/148 y deja sin efecto la prohibición dispuesta en la cautelar decretada en autos, de celebrar la audiencia pública pretendida por la Fiscalía de Estado de la Provincia del Neuquén.

A fs. 382/385 y 386/394 respectivamente, contestan el traslado de ley, la demandada Corporación Minera del Neuquén S.E. y la Provincia del Neuquén; y a fs.425/428, a través de la Resolución Interlocutoria N° 60/14, se declara admisible el recurso de Inaplicabilidad de Ley por las causales de los incisos a) y b) del Art. 15° y el de Nulidad Extraordinario.

El Sr. Fiscal General contesta la vista a fs. 430/434. Propicia se declare la nulidad de la sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, por falta de sustento en las constancias de la causa y omisión de cuestiones esenciales oportunamente sometidas a su conocimiento.



Firme la providencia de autos, efectuado el sorteo pertinente, se encuentra la presente causa en estado de dictar sentencia. Por lo que este Cuerpo resolvió plantear y votar las siguientes

**CUESTIONES:** a) ¿Resulta procedente el recurso de Nulidad Extraordinario y en el supuesto negativo, resulta procedente el recurso de Inaplicabilidad de Ley? b) En su caso, ¿qué pronunciamiento corresponde dictar? c) Costas.

**VOTACIÓN:** Conforme el orden de sorteo realizado, a las cuestiones planteadas el **Dr. EVALDO D. MOYA**, dijo:

**I.** En primer término, considero pertinente efectuar una síntesis de los extremos relevantes de la causa, de cara a la impugnación extraordinaria deducida:

**1.** A fs. 14/57 la actora COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES, mediante apoderada se presenta ante el fuero civil y promueve acción de nulidad solicitando se decrete la inexistencia y subsidiariamente la nulidad del contrato de exploración con opción a compra celebrado el 3 de abril de 2007 por CORPORACIÓN MINERA DEL NEUQUÉN S.E. respecto de la mina Campana Mahuida de su propiedad ubicada en territorio de la Comunidad.

Expresa que pese al objeto del contrato (concesión de exploración con opción a compra de una mina en territorio comunitario) se omitió consultar previamente a la comunidad como lo imponen los arts. 6.1.a, 6.2, 15.2 y cctes. del Convenio 169 de la O.I.T. sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes aprobado por Ley N°24.071 de jerarquía suprallegal de conformidad al Art.75, Inc. 22, de la Constitución Nacional.

Además señala que el contrato concede la opción de compra previsto en el Art. 156 del Código de Minería, en oposición al Art. 75, Inc. 17, de la Constitución Nacional que establece que la propiedad comunitaria del territorio de los



pueblos indígenas argentinos es no enajenable, intrasmisible e inembargable. También que el Art. 146 y sgtes. del mismo código confiere al concesionario de minas el derecho de establecer servidumbres sobre el suelo, los caminos y las aguas del superficiario, lo que vulnera la norma constitucional citada. Pide se declare la inconstitucionalidad de ambos artículos del Código de Minería.

Solicita se decrete cautelarmente prohibición de innovar respecto de la mencionada propiedad minera.

2. El Juzgado Civil N°1 se declara incompetente y remite las actuaciones al T.S.J. (sala contencioso-administrativa), que mediante R.I.N°6941/09 del (28/09/09) se declara incompetente y remite las actuaciones para su tramitación y resolución definitiva al Juzgado Civil N°1.

Además, en la misma resolución, hace lugar a la medida cautelar de prohibición de innovar respecto de la propiedad minera que tramita ante la Dirección Provincial de Minería, por Expediente 13.595/89 "CORMINE MANIFESTACIÓN DE COBRE DISEMINADO MINA CAMPANA MAHUIDA". (El subrayado me pertenece).

Luego mediante R.I N°6943/09 (29/09/09) aclara, a pedido de la Provincia de Neuquén, que la medida dispuesta importa la imposibilidad de introducir cualquier cambio en la situación de hecho o derecho relacionada con la referida propiedad minera y que comprende la realización de la Audiencia Pública convocada para el 30 de septiembre de ese año. (El subrayado me pertenece).

3. Las demandadas CORMINE S.E. y Provincia de Neuquén deducen recurso extraordinario, que tramita mediante expediente N° 2841/09 "CORMINE SEP Y FISCALÍA DE ESTADO S/ RECURSO EXTRAORDINARIO", el cual es declarado inadmisibile mediante R.I N°141/11 del 29/03/11, conforme surge del sistema DEXTRA y certifica la actuarial).



Presentan queja ante la C.S.J.N., la que fue desestimada el 20/12/11 (según consta en [www.pjn.gov.ar](http://www.pjn.gov.ar) y certifica la Actuaría).

4. Las actuaciones son remitidas al Juzgado Civil N°1 a fin de que continúe el trámite.

5. A fs. 119/121 (el 30/11/09), la Fiscalía de Estado solicita el levantamiento de la medida de no innovar dispuesta por el T.S.J. aduce que cesaron las circunstancias que motivaron su dictado.

Sostiene que la autoridad ambiental dispuso por medio de un proveído de fecha 18/11/09, una consulta no vinculante a la Comunidad Mapuche haciéndole entrega de copia legalizada de los expedientes administrativos 4802-00001-2008 s/estudio de impacto ambiental Titular CORMINE: SEP (Emprendimientos Mineros S.A.) expediente 13595/1989 "CORMINE MANIFESTACION DE COBRE DISEMINADO MINA CAMPANA MAHUIDA" emplazándola a que en 20 días formule observaciones.

Luego afirma que habiéndose adoptado ese mecanismo de consulta previo, cuya supuesta omisión habría motivado la decisión del Tribunal de decretar la suspensión de la audiencia pública, ha desaparecido las circunstancias que motivaron su dictado y pide el levantamiento de la medida cautelar.

6. Corrido traslado a la actora, se opone y expresa que el solicitante pretende bajo el velo de "cese de circunstancias que motivaron la medida" reiterar el análisis jurídico de las circunstancias que motivaron la cautelar. Sostiene que la petición es improcedente porque el Fiscal de Estado pretende por una doble vía la revisión de la decisión adoptada por el T.S.J. Por un lado, a través del recurso extraordinario. Y por otro, y bajo la apariencia de cese de circunstancias que motivaron la cautelar, pide el levantamiento pero en realidad cuestiona la decisión que oportunamente adoptó el Tribunal Superior de Justicia.



7. La jueza de Primera Instancia rechaza lo peticionado, considera que no se advierte que hayan variado las circunstancias que se tuvieron en cuenta al momento de decretarse la medida cautelar, por cuanto la consulta no vinculante efectuada en el trámite administrativo y más allá de lo que pudiera corresponder ante la denuncia efectuada por la actora a fs.125 (incumplimiento de la prohibición) en modo alguno altera los fundamentos y objeto que el T.S.J. tuvo en mira al decretar la medida cautelar cuyo levantamiento se pretende, esto es el mantener el *statu quo* existente al momento de inicio de la demanda.

8. Disconforme, la Fiscalía de Estado recurre y la Cámara de Apelaciones (Sala III) revoca la resolución dictada en Primera Instancia, dejando sin efecto la prohibición de celebrar la audiencia pública, dispuesta en la cautelar decretada por el Tribunal Superior de Justicia oportunamente.

Funda la decisión en que en las actuaciones del expediente administrativo N°4802-00001/2008 s/estudio de impacto ambiental, luego de la primigenia cautelar decretada por el T.S.J., el Subsecretario de Medioambiente de la Provincia, Sr. Ricardo Esquivel, consideró conveniente llevar adelante la consulta a la comunidad Mapuche Mellao Morales, ordenando una serie de medidas.

La Cámara considera que: "a través de estas actuaciones administrativas se ha instrumentado el procedimiento de "consulta" a la comunidad Mellao Morales. Por lo tanto independientemente de que ésta no haya asumido una participación activa en dicha oportunidad, ello de ninguna manera puede justificar mantener la prohibición de celebrar la audiencia pública consagrada por el Art.19 y siguientes de la ley 25.675."

Sostiene que si la cautelar peticionada por la Comunidad y dispuesta por el T.S.J. ha sido consecuencia principalmente de la falta de consulta, lo cierto es que la



situación actual, dista mucho de la vivenciada en oportunidad de decretar la medida preventiva.

Así revoca la resolución apelada y limita el alcance y contenido de la cautelar decretada, en cuanto la misma no alcanza a paralizar el procedimiento de audiencia pública normado en el Art. 19 de la Ley Nacional del Ambiente.

Contra ese decisorio la actora deduce recursos por Inaplicabilidad de Ley por las causales previstas en el Art. 15 Incs. a), b) y c) y de Nulidad Extraordinario, en virtud del Art.18 de la ley casatoria.

**II.** Expuestos así los antecedentes que dan base a los recursos impetrados, corresponde ingresar al análisis de los agravios vertidos por la actora imponiéndose despejar la primer cuestión planteada y sujeta a votación, esto es, la procedencia o improcedencia del remedio de Nulidad Extraordinario.

Ello así, puesto que conforme claramente lo expone Morello, la solicitud expresa y fundada de la declaración de nulidad precede lógicamente al recurso de inaplicabilidad de ley. El éxito del primero, por regla, hace inoficiosa la consideración del segundo, puesto que de prosperar y así surgiera la ausencia de la condición "*sine qua non*", cual es la validez del pronunciamiento, la consideración y tratamiento del recurso de Inaplicabilidad de Ley carecería en absoluto de sustento cierto. (Confr. Acuerdo N°108/94 in re "HALCAK", Acuerdo n°117/95 in re "SOSA c/TECHINT" y Acuerdo N° 11/98 en causa "FERNÁNDEZ CARRASCO c/ALEJANDRO ALESSI", Acuerdo 04/03 en autos "FRANCO, ROSSANA C/ COOPERATIVA FRUTÍCOLA Y CONSUMO LA FLOR S.C.L. S/ ACCIDENTE LEY").

**III.** En este orden, al ingresar al tratamiento de los motivos de nulidad alegados por la recurrente, se advierte, luego de una detenida lectura del decisorio cuestionado, que efectivamente se ha incurrido en la causal de omisión de cuestión esencial denunciada.



Dicho vicio ha recibido consagración legislativa dentro del andarivel recursivo intentado, en tanto el artículo 18° de la Ley 1.406 declara la procedencia del recurso de Nulidad Extraordinario "cuando se hubiere omitido decidir cuestiones esenciales sometidas por las partes de modo expreso y oportuno al órgano jurisdiccional...".

Interesa destacar que se trata de la: "a) omisión en considerar y resolver ciertas cuestiones oportunamente propuestas", primer causal de arbitrariedad de la sentencia dentro de la sistematización propuesta por Genaro R. CARRIÓ en la obra *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, (Tercera Edición Actualizada, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983, p. 57/8, 65).

Pues bien, tiene dicho este Cuerpo que no cualquier omisión acarrea la extrema sanción de nulidad, sino que debe necesariamente tratarse de una cuestión decisiva y gravitante, susceptible de influir en la decisión integral del litigio (Ac. Nros. 58/88, 166/96, entre otros), pues la obligación de resolver las cuestiones esenciales no implica la de refutar o hacerse cargo de cada uno de los argumentos de las partes (R.I. N° 70/98 del Registro de la Actuaría).

**IV.** Dentro de ese marco jurídico, se evidencia, tal como se adelantó, la concreción del vicio de omisión de cuestión esencial, que la quejosa denuncia en el punto V.3.11 del escrito recursivo obrante a fs.368.

Ello así, porque en el decisorio bajo análisis se omite considerar la cuestión planteada por la actora al contestar el traslado de la expresión de agravios, en los puntos: "*II.3 Improcedencia de la petición. Excepción de falta de competencia*" y "*II.4 Improcedencia de la petición. Exclusión de la posibilidad de duplicidad recursiva.*" (fs. 279/283)

En esos títulos, la actora concretamente señala que:



“el recurrente pretende, bajo el velo de “cese de circunstancias que motivaron la medida” reiterar el análisis jurídico de las circunstancias que motivaron la cautelar.”

Y además sostiene que:

“el Sr. Fiscal de Estado está pretendiendo por una doble vía la revisión de la decisión adoptada por el Tribunal Superior de Justicia. La primera, y que es la que corresponde procesalmente, es la vía recursiva extraordinaria, y la otra vía, que resulta improcedente, es la que ha introducido aquí, bajo la apariencia de cese de circunstancias cuando concretamente está cuestionando la decisión del Tribunal Superior de Justicia tal como expresamente lo ha manifestado.”

Continúa señalando:

“Advertiré V.S. que la revisión de la decisión que suspendió la audiencia pública y su calificación como correcta o incorrecta, a esta altura del proceso excede la competencia de la justicia neuquina, ya que de conformidad con lo dispuesto por el Art. 166 del Código Procesal se agotó el conocimiento de la cuestión por parte del máximo Tribunal provincial y su revisión solo podría ser merituada - que entendemos no es el caso por no tratarse de sentencia definitiva- por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Pero en modo alguno puede válidamente ser revisada materialmente dicha decisión por órgano judicial provincial alguno dado el agotamiento de la competencia ya señalado.”

Efectuada una minuciosa lectura de la sentencia dictada por la Alzada surge que la única referencia que existe al escrito de contestación de agravios presentado por la actora a fs.275/296 es la siguiente:





*"Corrido el pertinente traslado de los agravios, los mismos fueron contestados por la contraria solicitando su rechazo con costas."(fs.313vta. punto I. último párrafo).)*

Se verifica en consecuencia que los sentenciantes de Cámara omitieron el tratamiento de la cuestión referida precedentemente.

V. Ahora bien, como ya se ha señalado, para la configuración del vicio que se denuncia, no basta con que la cuestión haya sido omitida, sino que debe tratarse de una cuestión esencial, y en el caso, efectivamente lo es, por cuanto de haber sido considerada el resultado hubiera sido diferente.

Ello así, porque efectivamente la autorización que pide la Provincia del Neuquén para la celebración de la audiencia prevista en la ley de medioambiente, y a lo que hace lugar la Cámara, es materia que ya había sido resuelta y rechazada por este Tribunal Superior de Justicia mediante RI N°6943/09, agotándose con ello la jurisdicción provincial para entender sobre el tópico.

En aquella ocasión este Cuerpo, dispuso expresamente:

*"...la prohibición de innovar decretada, importa la imposibilidad de introducir cualquier cambio en la situación de hecho o derecho relacionada con la propiedad minera que tramita por Expediente 13.595/89 "CORMINE MANIFESTACIÓN DE COBRE DISEMINADO MINA MAHUIDA CAMPANA". Desde ello, es claro que, al estar la audiencia pública relacionada con dicha propiedad minera, su realización importará la alteración de las circunstancias existentes al momento del dictado de la cautelar. Por lo tanto, es claro que se encuentra abarcada por la prohibición decretada".*



Cabe señalar que la prohibición de innovar es una medida cautelar que tiene por objeto impedir un cambio en la situación de hecho o de derecho, mientras dure el proceso y con miras a la eventual sentencia a dictarse.

En ese sentido, se ha dicho que “[...] constituye un arbitrio tendiente a preservar la razón de ser de la función jurisdiccional, cuyo objeto es la conservación durante el juicio del *statu quo erat ante*”. (CSJN, 7-5-98 ED del 19-3-99, p.34, citado por ARAZI-ROJAS, Código Procesal Civil y Comercial de Nación, T.1 Pág.884).

Y en ese aspecto corresponde además enfatizar que lo que la Fiscalía de Estado denunció como una modificación de las circunstancias que dieron lugar a la medida cautelar, constituye un incumplimiento de su parte respecto de la prohibición de innovar establecida oportunamente por este Tribunal.

Ello, por cuanto el dictado del proveído de fecha 18 de noviembre de 2009 mediante el cual el Director Provincial de Medioambiente dispuso una consulta no vinculante a la Comunidad Mapuche con entrega de copias, emplazándola por 30 días para formular observaciones en el expediente vinculado a la explotación minera en cuestión, era un acto que estaba vedado por la medida de prohibición de innovar dictada por este Tribunal Superior (RI Nros. 6941/09 y 6943/09).

Así, el incumplimiento en que incurre la Provincia importa la desobediencia a la prohibición de innovar dispuesta y nunca podría ser fundamento para pedir el levantamiento de la referida cautelar.

Ello en virtud de que la medida precautoria dispuesta, reitero, “importa la imposibilidad de introducir cualquier cambio en la situación de hecho o derecho relacionada con la propiedad minera que tramita por Expediente 13.595/89 “CORMINE MANIFESTACIÓN DE COBRE DISEMINADO MINA



CAMPANA MAHUIDA" y ello, claro está, hasta el dictado de la sentencia.

Como corolario de lo expuesto y de acuerdo a las constancias de la causa, entiendo que, la Cámara sentenciante incurre en la causal denunciada por la quejosa en punto a la omisión de considerar la cuestión esencial denunciada por la actora al contestar agravios, esto es: que la pretensión de la Fiscalía de Estado para que se autorice la celebración de la audiencia prevista en la Ley de Medioambiente ya había sido resuelta y rechazada por este Tribunal Superior y por ende agotada la jurisdicción provincial, para entender sobre el tópico.

La esencialidad de la cuestión omitida, reside en que de haberla abordado, la Alzada hubiera advertido que no podía ingresar al tratamiento de los agravios de la recurrente, pues la materia en ciernes -autorización para realizar la audiencia- ya había sido resuelta y rechazada por este Tribunal Superior mediante RI N°6943/09 y que además, la supuesta modificación de circunstancias era en verdad la desobediencia de la medida prohibitiva dictada.

Cabe tener presente que si bien las medidas cautelares por principio general no causan estado y son provisorias, en el caso de la medida de prohibición de innovar, el objetivo es mantener el *statu quo* hasta el dictado de la sentencia en la acción principal, por lo que no podía ser revocada en tanto esto último, no había aún acontecido.

Es importante destacar que la actora ya había advertido sobre esta cuestión al contestar el traslado del pedido de levantamiento de la cautelar en primera instancia, y también denunciado que la desobediencia a la medida cautelar no podía constituir fuente de su levantamiento (fs. 129/141), por lo cual tampoco la Jueza de Primera Instancia debió ingresar a la consideración de lo solicitado. Ello, reitero,



por cuanto el tópico -pedido de autorización para celebrar la audiencia- ya había sido rechazado por este Tribunal.

Además cabe señalar que previo a la interposición del recurso de apelación (1/9/10) que dio lugar al fallo bajo análisis, la Fiscalía de Estado dedujo Recurso Extraordinario Federal (14/10/9), que fue declarado inadmisibile mediante RI N°141/11 del 29/3/11 (fs.280/284 autos: "CORMINE SEP Y FISCALÍA DE ESTADO SOBRE RECURSO EXTRAORDINARIO EN AUTOS:"COMUNIDAD MAPUCHE MELLAO MORALES C/CORPORACION MINERA DEL NQN S.E. S/ACCIÓN DE NULIDAD" EXPTE.381249/8) y que su queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación fue desestimada el 20/12/11 (conforme certifica la Actuaría).

En virtud de la nulidad configurada, resulta innecesario abordar los demás motivos casatorios invocados por la quejosa, deviniendo abstracto, en consecuencia, el remedio de Inaplicabilidad de Ley deducido.

En consecuencia, corresponde declarar procedente el recurso de Nulidad Extraordinario deducido por la actora, por el motivo casatorio de omisión de cuestión esencial, previsto en el Art. 18º, de la Ley 1.406 e invalidar el pronunciamiento recurrido.

Y además, en virtud de lo anterior, declarar abstracto el tratamiento del recurso de Inaplicabilidad de Ley.

**VI.** A la segunda cuestión planteada, habrá de recomponerse el litigio en los términos del Art. 21º de la Ley N° 1.406, rechazando la apelación deducida por los mismos fundamentos expuestos en el acápite precedente y confirmando la solución de la Jueza de Primera Instancia en fecha 14/12/09, obrante a fs. 146/148, empero por los fundamentos referidos supra. **MI VOTO.**

El doctor **ALFREDO A.ELOSU LARUMBE** dice: Comparto la línea argumental desarrollada por el doctor EVALDO D. MOYA



y la solución propiciada en su bien fundado voto, por lo que expreso el mío en igual sentido. **MI VOTO.**

Sobre la base de lo expuesto, oído el Sr. Fiscal, por unanimidad, **SE RESUELVE:** **I)** Declarar **PROCEDENTE** el recurso de Nulidad Extraordinario, deducido por la actora. En consecuencia, **CASAR** el decisorio dictado por la Cámara de Apelaciones de Neuquén obrante a fs. 313/318vta., en virtud de la causal de omisión de cuestión esencial prevista en el Art.18º, 2da parte, de la Ley 1.406. **II)** A la luz de lo dispuesto por el art. 21 de la Ley Casatoria, **RECHAZAR** la apelación deducida por la Fiscalía de Estado y **CONFIRMAR** el fallo dictado por el Juzgado Civil N°1 de Neuquén a fs. 146/148, empero por los fundamentos expresados en los considerandos de la presente **III)** Declarar **ABSTRACTO** el tratamiento del Recurso por Inaplicabilidad de Ley. **IV)** Imponer las costas de todas las instancias a cargo de la demandada (Art. 12 Ley 1.406). Regular los honorarios del Dr. ...., en el doble carácter por la actora, ante la Alzada y en la etapa casatoria por la labor desempeñada en punto a la cuestión traída en los recursos extraordinarios locales - pedido de levantamiento de la medida cautelar- en un 30 y 25%, respectivamente, de la cantidad que corresponda por la actuación en igual carácter al asumido en sendas etapas y conforme oportunamente se regule en primera instancia por la labor en dicha sede. **V)** Previo libramiento del oficio a la Dirección General de Administración a los fines considerados en la R.I. N° 60/14 (cfr. fs.427vta./428) se dispone la devolución del depósito obrante a fs. 401/402, de conformidad con lo dispuesto por el Art. 11º del Ritual Casatorio. **VI)** Regístrese. Notifíquese. y oportunamente devuélvase los autos.

Con lo que se da por finalizado el acto que previa lectura y ratificación, firman los señores Magistrados por ante la Actuaría, que certifica.



PODER JUDICIAL  
DE NEUQUÉN

vs/fc

Dr. EVALDO D.MOYA  
Dr. ALFREDO.ELOSU LARUMBE  
Vocal  
Vocal

JORDÁN

Dra. MARÍA. ALEJANDRA

Subsecretaria