



Provincia del Neuquen

1970-2020 50 Años del Plan de Salud de la Provincia del Neuquén

Número:

Referencia: Recurso - Wintershall Dea Argentina S.A. - Expediente N° 9100-005412/2019

VISTO:

El Expediente N° 9100-005412/2019 de la Secretaría General y Servicios Públicos, mediante el cual la empresa **WINTERSHALL DEA ARGENTINA S.A.** interpuso recurso administrativo, expediente acumulado N° 8800-001793/2019 del Ministerio de Energía y Recursos Naturales; y

CONSIDERANDO:

Que el 16 de diciembre de 2019 la empresa Wintershall Dea Argentina S.A., mediante apoderado, interpuso recurso administrativo ante el Poder Ejecutivo Provincial contra la Resolución N° 154/19 del Ministerio de Energía y Recursos Naturales, que rechazó su impugnación a la Disposición N° 032/19 de la Subsecretaría de Energía, Minería e Hidrocarburos, por la cual se intimó a la firma al pago de una suma en concepto de servidumbre e indemnización por daños en lotes fiscales del área Aguada Pichana Este, por el período comprendido entre el 01 de agosto de 2017 al 30 de junio de 2019;

Que surge de los antecedentes el 28 de enero de 2009 mediante Acta Acuerdo se prorrogaron los plazos de las concesiones sobre los yacimientos detallados en dicho convenio, entre los cuales se menciona el área Aguada Pichana;

Que el 15 de abril de 2019 la Dirección Provincial de Ingresos Energéticos intimó, mediante Nota N° 123/19, a la empresa al pago de una suma de pesos un millón trescientos noventa y un milsetecientos cincuenta y seis con 72/100 centavos (\$ 1.391.756,72) en concepto de capital por servidumbre e indemnización por daños en el área hidrocarburífera Aguada Pichana Este, más los intereses que a la fecha ascendían a la suma de pesos quinientos ocho mil siete con 18/100 centavos (\$ 508.007,18);

Que el 02 de mayo de 2019 la empresa impugnó la liquidación practicada y la intimación de pago ante la Subsecretaría de Energía, Minería e Hidrocarburos;

Que mediante Acta de Asamblea Extraordinaria N° 118 del 23 de mayo de 2019 se reformó la denominación social de la empresa. Luego el 02 de julio de 2019 mediante Acta de Directorio N° 622 y Acta de Asamblea Extraordinaria N° 119 se dejó constancia que la empresa Wintershall Dea Argentina S.A. es continuadora de los negocios sociales de Wintershall Energía S.A.;

Que el 03 de julio 2019 la Dirección Provincial de Ingresos Energéticos efectuó una nueva liquidación de deuda por servidumbre e indemnización por daños causados a inmuebles por actividades de exploración, explotación y transporte de hidrocarburos del área Aguada Pichana Este, ello en consecuencia de haber

determinado la exclusión de ciertos lotes;

Que previo dictamen de la Dirección de Legales, mediante la Disposición N° 032/19 del 30 de agosto de 2019 la Subsecretaría de Energía, Minería e Hidrocarburos rechazó parcialmente el recurso administrativo interpuesto por la empresa contra la Nota N° 123/19 y aprobó la liquidación de deuda incorporada al Anexo I de la norma, siendo la misma notificada el 05 de septiembre de 2019;

Que el 19 de septiembre de 2019 la requirente interpuso, mediante apoderado, un recurso administrativo contra la Disposición N° 032/19;

Que previo dictamen de la Dirección de Servicios Jurídicos, mediante Resolución N° 154/19 del 29 de noviembre de 2019 el Ministerio de Energía y Recursos Naturales rechazó el recurso administrativo interpuesto por la empresa y mantuvo la pretensión de cobro, notificándose a la requirente el 2 de diciembre de 2019;

Que el 16 de diciembre de 2019 Wintershall Dea Argentina S.A., mediante apoderado, interpuso recurso administrativo contra la Resolución N° 154/19, lo que originó el caso bajo análisis;

Que a fin de brindar tratamiento al presente, cabe advertir que el objeto se circunscribe a analizar la legalidad de la Resolución N° 154/19 del Ministerio de Energía y Recursos Naturales;

Que el marco legal aplicable es la Constitución Nacional, la Ley 17.319 y sus modificatorias 26.197 y 27.007, el Código de Minería aprobado por la Ley 1919, la Constitución Provincial, las Leyes 2183 y 2615, la Ley 1284 y demás normas aplicables al caso;

Que resulta oportuno señalar que se analizarán los aspectos estrictamente jurídicos del caso, sin pronunciarse sobre cuestiones técnicas, ni de oportunidad, mérito o conveniencia, por lo que se analizarán los agravios esbozados por la empresa recurrente, a fin de determinar su procedencia;

Que así, se abordará en primer término el agravio referido a la supuesta ilegitimidad del cobro de servidumbres, por no ajustarse a lo previsto en el Código de Minería y la Ley de Hidrocarburos y por basarse en una normativa inconstitucional dictada en violación al principio de supremacía normativa;

Que al respecto cabe advertir, que el control de constitucionalidad, en el régimen republicano de gobierno, constituye el mecanismo por el cual se busca garantizar la supremacía constitucional y tal como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación, este control es la primera y principal misión que corresponde ejercer a ese Tribunal. Ello permite concluir que no compete al Poder Ejecutivo Provincial expedirse al respecto, en el marco de las atribuciones emanadas del artículo 214° de la Constitución Provincial;

Que no obstante, resulta oportuno mencionar que el régimen legal de los hidrocarburos ha sido objeto de una constante evolución, que tuvo su origen en el Código de Minería, el cual adhirió al denominado sistema regalista declarando en su artículo 7° que: *“Las minas son bienes privados de la Nación o de las Provincias, según el territorio en que se encuentren”*. En lo que aquí interesa, es importante resaltar que a partir de la reforma constitucional de 1994 se estableció en el artículo 124° de la Constitución Nacional que: *“Corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”*;

Que por su parte, la Constitución de la Provincia del Neuquén en el artículo 95° prevé: *“... los yacimientos mineros y todo lo contenido en el subsuelo del territorio de la Provincia del Neuquén, pertenecen a su jurisdicción y dominio.”*;

Que así pues, las Cartas Constitucionales reconocen el dominio originario local de los recursos situados en los territorios provinciales, en razón de su situación geográfica histórica. De allí que, en razón de la preexistencia, se reconozca sobre los Estados locales un poder no delegado a la Nación, de acuerdo a lo previsto en el artículo 121° Constitución Nacional;

Que la noción de dominio refiere a la titularidad sobre las cosas, en este caso, de los recursos naturales. En tanto que el término jurisdicción alude al poder de policía, es decir, a la potestad regulatoria, fiscalizadora y sancionatoria;

Que así, el artículo 75° inciso 12) de la Constitución Nacional establece que: “*Corresponde al Congreso: (...) Dictar los Códigos Civil, Comercial, Penal, de Minería...*”;

Que ahora bien, tal como fue indicado, este precepto constitucional no debe entenderse como una delegación absoluta en el Estado Nacional de la potestad de regulación, o lo que es lo mismo, una privación de jurisdicción local sobre tales recursos. Toda vez que ello llevaría a concluir que el dominio consistiría en una mera declaración formal sin sustancia material carente de toda relevancia jurídica;

Que en igual sentido ha expresado la doctrina: “*El dominio y la administración de los recursos hidrocarburíferos pertenecen a las provincias (y a la Nación en los ámbitos territoriales que le corresponden). La potestad de dictar el régimen sustantivo que regula la materia es atributo del Congreso de la Nación y consiguientemente también lo es su reglamentación (que comprende lo inherente a la fijación de la política energética federal) y determinadas incumbencias (policía, fomento, medio ambiente) son concurrentes y de allí el interés de procurar el ejercicio concertado de las facultades respectivas*” (De la Riva Ignacio M., Poderes de regulación nacionales y provinciales bajo el nuevo régimen de hidrocarburos, Revista Argentina de Derecho de la Energía Hidrocarburos y Minería);

Que por otro lado, la recurrente cuestionó la legitimidad de la pretensión de cobro en concepto de servidumbre administrativa que efectuó la Subsecretaría de Energía Minería e Hidrocarburos, respecto de inmuebles sobre los que se circunscribe el área, por resultar contraria a la Ley de Hidrocarburos y al Código de Minería, el que establece que la misma es onerosa en caso de bienes privados y gratuita en caso de bienes del Estado, teniendo tal régimen legal primacía sobre cualquier otra regulación provincial que se contraponga;

Que sobre el instituto de la servidumbre administrativa tiene dicho la doctrina: “*La servidumbre es una limitación del derecho de propiedad que recae sobre el carácter exclusivo del dominio y consecuentemente produce el quiebre en el aspecto esencial del derecho porque este es repartido y luego compartido entre el titular y los terceros. El propietario de un bien sigue siendo su titular sin perjuicio de que debe compartirlo con otros. Así la servidumbre es la creación de derechos a favor de terceros. Es decir, por un lado restringe derechos imponiendo un conjunto de obligaciones de hacer no hacer o dejar hacer y por otro crea derechos en el ámbito o espacio de otro sujeto*” (Balbín Calos F., Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, página 446);

Que concretamente el artículo 1° de la Ley 2183 establece: “*Los permisionarios y/o concesionarios deberán indemnizar a los propietarios superficiarios - sean éstos personas del derecho público o privado, o de propiedad privada o fiscal -del Estado provincial o municipal, de los perjuicios que se causen a los fundos afectados por las actividades de aquellos, y abonar las servidumbres que se constituyan en los mismos*”;

Que la recurrente sostuvo la inaplicabilidad de dicha normativa por cuanto su articulado contraviene lo preceptuado en el artículo 66° de la Ley 17.319, que remite al artículo 158° del Código de Minería, el que establecería la gratuidad de las servidumbres sobre fundos de propiedad estatal;

Que el referido artículo 66° de la Ley 17.319 prevé que: “*Los permisionarios y concesionarios instituidos en virtud de lo dispuesto en las Secciones 2°, 3°, y 4° del Título II de esta ley, a los efectos del ejercicio de sus atribuciones tendrán los derechos acordados por el Código de Minería en los artículos 42° y siguientes, 48° y siguientes, y concordantes de ambos, respecto de los inmuebles de propiedad fiscal o particular ubicados dentro o fuera de los límites del área afectada por sus trabajos*”. Se advierte que el artículo en cuestión no hace tal remisión al artículo 158° del Código de Minería;

Que no obstante, aun cuando tal remisión existiera, cabe mencionar que el artículo 158° se inscribe en el capítulo relativo a la adquisición del suelo y prevé que: “*Si el terreno correspondiente a una concesión, es del Estado o Municipio, la cesión será gratuita*”;

Que tal como se expresó en el Decreto N° 1470/19: “... no se está fijando la gratuidad en la servidumbre, sino que la gratuidad es en la transmisión de la propiedad del bien donde se asienta la concesión, por lo que configuraría una donación del Estado a favor del concesionario (...) cabe advertir que la redacción, la ubicación y la remisión que hace el Código de Minería, que impone a los Estados provinciales como municipales transferir en forma gratuita tierras fiscales de su propiedad a los concesionarios, constituye una clara intromisión en la potestad de las provincias sobre la disposición de sus tierras”;

Que en igual sentido, la doctrina explica que: “*Esta norma en cuanto obliga al Estado y a los Municipios a ceder, en forma gratuita, el uso de los terrenos propios, debe considerarse inconstitucional, sea que se trate de terrenos públicos o de su dominio privado. El Código no puede imponer a aquellos la entrega en uso gratuito de estos bienes*” (Catalano, Edmundo F., “Curso de Derecho Minero”, Bs. As., 1996, 5ª Edición, Zavalia, página 160);

Que el espíritu normativo de la Ley 17.319 y del Código de Minería, surge claro que las servidumbres que se constituyan serán onerosas. Previéndose la gratuidad únicamente en aquellos casos de cesión explicados anteriormente;

Que esta interpretación se impone coherente, toda vez que se resarcen los perjuicios ocasionados al propietario superficiario en razón de la merma que registra el carácter exclusivo del dominio;

Que por otro lado, la recurrente consideró que la Resolución N° 154/19 no se condice con los actos propios y previos ejecutados por la Provincia, dado que en las distintas oportunidades de negociación se omitió considerar el pago de indemnizaciones por servidumbres hidrocarburíferas respecto de tierras fiscales. Además, afirmó que los costos por el uso de la superficie no integraron la ecuación económico-financiera, tenida en mira al momento de contratar;

Que al respecto cabe mencionar que mediante el Decreto N° 1178/17 la empresa resultó adjudicataria de la concesión sobre el área Aguada Pichana Este. En efecto, en su artículo 4° dicha norma prevé: “*OTÓRGASE (...) una Concesión de Explotación No Convencional de Hidrocarburos, sobre el área Aguada Pichana Este, (...) Dicha Concesión tendrá una vigencia de treinta y cinco (35) años, incluyendo un período de plan piloto con los términos establecidos en el punto 1.3 del Acta Acuerdo de Inversión aprobada en el artículo 1°*”;

Que asimismo, corresponde referir que la Ley 2615 aprobó el Acuerdo de Renegociación y su Adenda suscriptos con YPF S.A y la Comisión Técnica de Renegociación, en el marco de los Decretos N° 1662/08 y N° 1753/08, y facultó al Poder Ejecutivo Provincial a desarrollar futuras renegociaciones en el marco de las directrices establecidas en el mismo;

Que sobre la base del marco normativo erigido por la ley 2615, se someten los Acuerdos de Renegociación de Concesiones hidrocarburíferas, en cuyo artículo 10° dispone que: “*Los Acuerdos de Renegociación aprobados en virtud de la presente ley no liberan a las empresas concesionarias de su plena sujeción a las leyes nacionales 17.319 y 26.197 (...) y a las leyes provinciales 899; 1875; 2205; 2175 y 2183, sus modificatorias, decretos reglamentarios y resoluciones aplicables...*”;

Que cabe advertir que la empresa concesionaria es un sujeto profesional en el giro de su actividad, lo que impone un deber de previsión, obrar diligente y calificado al momento de abordar las negociaciones precontractuales, así como al momento de celebrar el contrato y posteriormente, ejecutarlo;

Que al celebrarse el Acta Acuerdo suscripto entre la empresa y la Provincia del Neuquén, en los términos de la Ley 2615, la recurrente conocía el marco normativo de sujeción al que se sometería el contrato, por lo que en esta instancia resulta de mala fe contractual pretender forzar el esquema normativo aplicable, con la

intención de sustraerse a los compromisos asumidos que derivan, entre otros, de los aspectos normados en la Ley 2183;

Que en función de lo expuesto, resultan improcedentes los agravios expresados por la recurrente, toda vez que la Provincia procedió con el ejercicio de un derecho reconocido por las normas y preservado de modo armónico en el plexo constitucional;

Que desde otro vértice, la empresa sostuvo la configuración de vicio en el objeto del acto administrativo, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 41° incisos a), b), d) y e) de la Ley de Procedimiento Administrativo, por entender que no guardaba correspondencia la ley en que se funda con la normativa jerárquicamente superior y en consecuencia no resultar jurídicamente posible;

Que además, expuso que resulta incongruentemente motivada por controvertir la normativa provincial el principio de gratuidad que establece el Código de Minería, a la vez que consideró inexistente a la Nota N° 123/19 en los términos de los artículos 66°, 70° y 71° de la Ley 1284 por transgredir expresamente normas constitucionales y legales vigentes, impugnando la liquidación por los mismos fundamentos;

Que en torno a tal afirmación y de acuerdo al razonamiento esbozado, cabe considerar que el requerimiento de pago efectuado por la Dirección Provincial de Ingresos Energéticos, se realizó con adecuado sustento normativo, toda vez que la Ley 2183 expresamente establece la obligatoriedad del pago por tal concepto, incluso tratándose de inmuebles fiscales. Tratándose de una ley vigente cuya invalidez no ha sido declarada en sede judicial resulta en efecto obligatoria. Finalmente, cabe resaltar que se expresaron adecuadamente las razones de hecho y de derecho que motivaron la requisitoria, lo que resulta armónico con el plexo constitucional local y nacional;

Que en virtud de las consideraciones de hecho y derecho expuestas, corresponde rechazar el recurso administrativo interpuesto por la empresa Wintershall Dea Argentina S.A. contra la Resolución N° 154/19 del Ministerio de Energía y Recursos Naturales;

Que por último se declara agotada la vía administrativa, dejando expedito el ejercicio de la acción judicial para el supuesto que la peticionante se considere con derecho a promoverla;

Que de conformidad se ha expedido la Asesoría General de Gobierno, mediante Dictamen N° 0087/2020;

Por ello;

EL GOBERNADOR DE LA PROVINCIA DEL NEUQUÉN

D E C R E T A:

Artículo 1°: RECHÁZASE en todos sus términos el recurso administrativo interpuesto por la empresa **WINTERSHALL DEA ARGENTINA S.A.** contra la Resolución N° 154/19 del Ministerio de Energía y Recursos Naturales, en virtud de los fundamentos expuestos en los considerandos.

Artículo 2°: Notifíquese a la interesada lo dispuesto en la presente norma.

Artículo 3°: El presente decreto será refrendado por el señor Ministro Energía y Recursos Naturales.

Artículo 4°: Comuníquese, publíquese, dese intervención al Boletín Oficial y archívese.

