

Título:	<b>Dominio y jurisdicción sobre hidrocarburos en nuestro sistema federal: un auténtico rompecabezas para armar</b>		
Autor:	de la Riva, Ignacio M.		
País:	 Argentina		
Publicación:	El Derecho - Constitucional, Tomo 2008, 506		
Fecha:	19-09-2008	Cita Digital:	ED-DCCLXX-355

## Sumarios

El planteo del problema. - Primera parte: premisas conceptuales. 1. *Dominio y jurisdicción como figuras autónomas*. 2. *Notas distintivas de las nociones de dominio y jurisdicción*. - Segunda parte: distribución del dominio y de la jurisdicción en materia de hidrocarburos en el régimen federal argentino. 1. *El dominio de los recursos naturales*. 1.1. Evolución histórica del marco normativo. 1.2. Sentido y alcance del dominio originario al que alude la Constitución. 2. *Distribución de la jurisdicción en el texto constitucional*. - Tercera parte: dinámica posterior a la reforma constitucional en materia de dominio y jurisdicción sobre hidrocarburos. 1. *El marco normativo infraconstitucional a partir de 1994*. 2. *Conflictos suscitados a raíz de las normas reglamentarias y de los actos de aplicación emanados de las autoridades nacionales y provinciales*. 2.1. Competencia para sancionar las normas sustantivas y adjetivas en materia de hidrocarburos. 2.2. Potestad reglamentaria del régimen legal de los hidrocarburos. 2.3. Facultades de administración de los recursos hidrocarburíferos. 2.4. Competencia en materia de policía y de promoción de la actividad hidrocarburífera. 2.5. Competencia en materia medioambiental. 2.6. Competencia para la fijación, reglamentación y percepción de las regalías. 2.7. Competencia para la fijación, reglamentación y percepción del canon. 2.8. Competencia para regular lo relativo a las servidumbres. - Recapitulación y reflexiones finales.

### **Dominio y jurisdicción sobre hidrocarburos en nuestro sistema federal: un auténtico rompecabezas para armar**

#### **El planteo del problema**

La reforma constitucional de 1994 comportó, sin lugar a dudas, un punto de inflexión para el Derecho de los hidrocarburos en la Argentina. La tajante definición contenida en la última parte del art. 124 del texto aprobado, según la cual “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio”, vino a saldar una antigua deuda de nuestro sistema federal, mediante una declaración cuya claridad ahorrará en adelante todo debate sobre el tema(1).

Tal reconocimiento, sin embargo, lejos de poner término a la puja entre la Nación y las provincias por la conducción de las políticas en materia de hidrocarburos, significó más bien el comienzo de un nuevo capítulo en dicha controversia. La ausencia de todo consenso acerca de los contornos precisos del *dominio originario* conferido a las provincias dio pie a un abanico de interpretaciones, algunas más proclives a ensanchar el alcance de los poderes remanentes en la esfera del gobierno central, otras más inclinadas a enfatizar la extensión de las facultades provinciales derivadas de la titularidad de los recursos que les ha sido otorgada.

La disparidad de criterios apuntada se ve reflejada en un sinnúmero de cuestiones concretas, todas ellas de singular relevancia, sobre cuya regulación y administración han ocasionalmente avanzado tanto las autoridades nacionales como las provinciales, con el lógico escándalo jurídico y los consiguientes contratiempos y dificultades para quienes ejercen su industria en el sector. A título de ejemplo, cabe mencionar lo atinente al otorgamiento y prórroga de los permisos y concesiones petroleras, lo relativo al cálculo y percepción de las regalías, la fijación de criterios en materia de canon de explotación de áreas petroleras, la sanción del régimen de servidumbres hidrocarburíferas, el dictado de las normas sobre medioambiente para el sector, etcétera.

Tales desinteligencias deberán ir superándose si se pretende contar con un marco jurídico estable y seguro que aliente el desarrollo de la industria de los hidrocarburos en la escala que el país necesita. Para ello entran en juego, ciertamente, factores que exceden al Derecho. No obstante, el preciso deslinde de las órbitas de actuación de las dos jurisdicciones en pugna resulta, en cualquier caso, un elemento indispensable para que el tan pregonado aumento de las inversiones en dicho sector se torne posible.

## Primera parte: premisas conceptuales

### 1. Dominio y jurisdicción como figuras autónomas

En su enorme mayoría, los casos de yuxtaposición de normas o de actos nacionales y provinciales que convergen sobre la industria hidrocarburífera en la Argentina se originan en la desatención de la distinción fundamental que existe entre las nociones de dominio y jurisdicción.

Según quedó dicho, el constituyente de 1994 reconoció en cabeza de las provincias el *dominio* originario de los recursos naturales (entre ellos, los hidrocarburos) situados en sus respectivos territorios. Pero esta condición de *dueño originario* no necesariamente hace nacer en su titular -como luego se verá con mayor detalle- la potestad de dictar el régimen jurídico que ha de gobernar tales bienes, lo cual es propio, más bien, de quien ejerce jurisdicción en la materia.

Esta distinción entre dominio y jurisdicción es clásica en nuestro Derecho público. Hace ya muchos años que la Corte Suprema sentenció que no se trata de dos conceptos equivalentes ni correlativos, en tanto puede existir el uno sin la otra(2).

La doctrina administrativista acogió de manera pacífica dicho enfoque, aunque en algunos casos con la aclaración -discutible- de que la dicotomía propuesta sólo resultaría válida en lo concerniente al dominio privado del Estado, mientras que la potestad pública inherente a la jurisdicción sería -para dicho sector doctrinario- equiparable a los poderes derivados de la titularidad del dominio público sobre determinados bienes(3). Desde esta perspectiva, entonces, dominio público y jurisdicción serían equiparables.

Semejante asimilación entre dominio público y jurisdicción no contribuye, por cierto, al esclarecimiento conceptual que nos hemos propuesto delinear a partir del deslinde de las figuras de dominio y jurisdicción. No obstante, es obvio que la dilucidación definitiva de la pertinencia o no de la superposición conceptual (entre dominio público y jurisdicción) propiciada por los autores citados, requiere de un análisis a fondo de la naturaleza jurídica del dominio público que excede los límites de este trabajo(4).

Baste señalar en este momento la existencia de casos que evidencian que, aun respecto de los bienes del dominio público, en ocasiones la jurisdicción -al menos sobre algunas materias- recae sobre una persona estatal ajena al titular, como ocurre, por ejemplo, en lo concerniente a la jurisdicción nacional para regular lo atinente a la navegación sobre un río navegable que, por transitar el territorio de una provincia, integra el dominio público de esta última.

En consecuencia, aun frente a bienes del dominio público -y no se afirma, con ello, que los hidrocarburos lo sean-, será forzoso concluir que dominio y jurisdicción resultan conceptos diferenciables, con independencia de que ambos concurren o no sobre el mismo sujeto público. Y es preciso hacer notar que esta conclusión no sólo satisface el afán de alcanzar la deseada claridad conceptual, sino que tiene también su correlato en una consecuencia de orden práctico cuya verificación resulta determinante para el análisis que sigue: permite reconocer que, en definitiva, dominio y jurisdicción atribuyen, cada uno, poderes jurídicos de diversa índole a sus respectivos titulares.

### 2. Notas distintivas de las nociones de dominio

#### y jurisdicción

Sentado el postulado de que dominio y jurisdicción constituyen conceptos separados, toca ahora establecer los criterios que permitan identificar a cada uno de ellos.

Si bien el dominio es un concepto análogo (se habla de dominio eminente, de dominio público, de dominio fiduciario, de dominio originario), se coincidirá en que la acepción jurídica que surge en primer lugar es aquella que entiende por tal el derecho de propiedad que ejerce una persona sobre una cosa. El codificador civil lo ha definido magistralmente como “el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”(5).

Es, pues, en virtud de su condición de *dueño* de la cosa, que el titular del dominio tiene poder jurídico para usar y gozar de la misma, disponer de ella y rechazar cualquier acción de terceros que comporte una turbación al ejercicio de tales derechos. Y adviértase que los poderes jurídicos descriptos valen también para el titular de un bien del dominio público, quien, en su condición de dueño, si bien bajo un régimen jurídico específico, cuenta con iguales facultades(6).

La jurisdicción resulta, también, una noción que ha sido empleada con alcances bien diversos. Mientras en ciertos casos alude a la función estatal de resolver, como tercero imparcial, un conflicto entre dos partes contendientes(7), en otros se la utiliza con referencia a la potestad de reglar lo atinente al uso de las cosas sobre las que recae(8). Pese a la marcada diferencia entre ambas acepciones(9), se advierte como

punto en común el hecho de que en los dos casos se está ante una auténtica *potestad*, entendida como manifestación del ejercicio de poder público(10).

A lo largo de este trabajo, la jurisdicción de la cual nos ocuparemos está enmarcada en el segundo de los sentidos enunciados, aunque con un alcance más amplio: jurisdicción como conjunto de competencias otorgadas a un órgano con vistas a que dicte las normas (legales o reglamentarias) tendientes a regular uno o más aspectos (es decir, no sólo el uso) de las actividades sobre las cuales recae su ejercicio(11).

A la luz de la definición ensayada, resulta posible anticipar que la jurisdicción para regular una determinada actividad no necesariamente es unívoca, contrariamente a lo que sucede con el dominio, que lleva impreso la nota de su exclusividad(12). En tanto los poderes de regulación que encierra la noción de jurisdicción atienden a una pluralidad de aspectos y cuestiones vinculados a la actividad a ser regulada, no puede descartarse de antemano que los poderes involucrados se encuentren distribuidos entre distintos órganos, incluso entre órganos pertenecientes a distintas esferas del sistema federal. Así, en el ejemplo dado más arriba, la jurisdicción sobre un río navegable estará en manos del Congreso de la Nación en cuanto concierne a la navegación, lo cual no está reñido con que la provincia ribereña tenga a su cargo regular lo relativo al uso de sus aguas.

Más aún, como es bien sabido, en ocasiones sobre una misma materia existen facultades concurrentes de la Nación y de las provincias. Cada vez que ello sucede las situaciones de conflicto se incrementan, y se hace necesario precisar las pautas conforme a las cuales determinar, en caso de oposición, qué normas deben primar, para lo cual el principio de prevalencia erigido sobre la base del art. 31 de la Constitución Nacional constituye un criterio rector de primer orden.

Sea frente a la existencia de facultades concurrentes, o ante cualquier otro escenario donde fuere menester delimitar el alcance de las competencias nacionales y provinciales, es de suma utilidad no olvidar las enseñanzas de la Corte Suprema al poner de relieve que los poderes de las provincias son originarios e indefinidos -art. 121, CN-, mientras que aquellos de la Nación, definidos y expresos -los enumerados en el art. 75, CN-(13), observación ésta de gran utilidad para la cuestión que nos proponemos abordar.

## **Segunda parte: distribución del dominio**

### **y de la jurisdicción en materia de hidrocarburos en el régimen federal argentino**

#### *1. El dominio de los recursos naturales*

##### 1.1. Evolución histórica del marco normativo

Bajo el régimen que imperó durante el período colonial, los yacimientos mineros pertenecían exclusivamente al rey, quien concedía derechos de explotación a ciertos particulares. Esta tradición se mantuvo tras la declaración de la independencia en 1816, de modo que la titularidad de los recursos naturales permaneció en la esfera pública, si bien con constantes alternancias entre el Estado federal y las provincias luego de establecida la unión nacional en 1853(14). En el curso de estas oscilaciones, la ley 17.319 declaró que “los yacimientos de hidrocarburos líquidos y gaseosos situados en el territorio de la República Argentina y en su plataforma continental, pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado Nacional”(15).

Tal situación se mantuvo sin variantes hasta 1992, año en el que se produjo un nuevo movimiento del péndulo con el dictado de la ley 24.145, que transfirió a las provincias del dominio de dichos yacimientos(16). Dos años más tarde, el traspaso dispuesto por el legislador se selló con la inclusión en la propia Constitución del precepto más arriba recordado, que consagró con ese rango el dominio originario de las provincias sobre los recursos naturales existentes en sus respectivos territorios.

Ahora bien, pese a la clara directiva constitucional, el pleno goce del dominio sobre los hidrocarburos por parte de las provincias sólo llegaría más tarde, una vez que se lograra armonizar el marco legal vigente con lo previsto en aquel precepto supremo. Inspirados por dicho propósito, en noviembre de 1994 el Estado Nacional y las provincias productoras de hidrocarburos firmaron el *Pacto Federal de los Hidrocarburos*(17) y dos acuerdos fiscales(18), orientados todos ellos a adecuar la ley 17.319 al nuevo *statu quo* imperante. Dos años más tarde, la Nación suscribió un nuevo pacto con las provincias ligadas a la producción petrolera, el *Acuerdo Federal de los Hidrocarburos 2006*, que fue el antecedente inmediato de la ley 26.197, sancionada en enero de 2007(19).

La modalidad concertada con la que se avanzó en ese período permitió, pues, arribar de manera pacífica al dictado de la mencionada ley 26.197, conocida como “Ley Corta”(20), que junto con la ley 17.319 integra el régimen legal hoy vigente en la materia. Según se verá con mayor detalle en la tercera parte de

este trabajo, la sanción de la ley 26.197 comportó un paso decisivo hacia la conformación de la legislación al marco constitucional en vigor, no sólo porque su art. 1º reafirma el postulado de que “los yacimientos de hidrocarburos (...) pertenecen al patrimonio inalienable e imprescriptible del Estado nacional o de los Estados provinciales, según el ámbito territorial en que se encuentren”, sino también por cuanto en el resto de su articulado se establecen una serie de directivas orientadas a permitir a las provincias el ejercicio cabal de las facultades inherentes a la condición dominial sentada por el constituyente.

## 1.2. Sentido y alcance del dominio originario

al que alude la Constitución

Ahora bien, ¿en qué consiste, en rigor, el dominio originario de los recursos naturales que la Constitución atribuye, preponderantemente, a las provincias?

Ante la lacónica fórmula impresa en la cláusula constitucional, las interpretaciones ensayadas ofrecen una gama de variantes tal que, inevitablemente, sumen a quien se aproxima al tema al más profundo estupor. Algunos autores han optado por identificar, lisa y llanamente, el dominio originario referido por el art. 124 de la Constitución, con el derecho real de dominio previsto en el art. 2506 del cód. civil(21). Otros atribuyen a la expresión empleada un tinte de neto corte *iuspublicista*, que conduce a equipararla a la figura del dominio público, con sus notas distintivas de inalienabilidad e imprescriptibilidad(22). No faltan, incluso, quienes se han inclinado por reconducir la noción de dominio originario a la de dominio eminente, nacido del poder soberano que se atribuye al Estado sobre todos los bienes (sean o no de su propiedad) situados dentro de su territorio(23).

Es preciso observar, sin embargo, que el texto de la Carta Magna se ha apartado, al menos en su literalidad, de cualquiera de las figuras señaladas en el párrafo precedente, y ha utilizado una expresión con identidad propia, que encuentra su correlato (y esto no puede ser un dato menor para el intérprete) en la legislación minera vernácula(24).

Pero amén de esta observación semántica, es evidente que el dominio originario consagrado en la Constitución no participa de las notas esenciales de ninguna de las restantes modalidades de dominio arriba citadas. En primer lugar, los recursos naturales sobre los que recae tal dominio no son disponibles(25), lo cual despeja toda posibilidad de asimilar dicho dominio a la noción civilista. Respecto de los elementos que configuran la noción del dominio público, en el caso de los recursos naturales está claramente ausente su afectación efectiva y actual al uso público (elemento teleológico), lo cual los excluye de plano de dicha categoría(26). Por último, el reconocimiento del dominio originario sobre los recursos naturales excede, también, los alcances del dominio eminente que ostenta el Estado sobre los bienes de sus súbditos (y sobre los propios) en virtud de la soberanía que ejerce dentro de su territorio, puesto que el dominio eminente, más que un auténtico *dominio*, consiste en un poder de *imperium* de carácter genérico y no circunscripto a ciertos bienes en particular(27).

Constatado, así, que la expresión dominio originario plasmada en el precepto constitucional comentado posee una fisonomía distinta de los *dominios* examinados, resulta menester profundizar en la indagación sobre los perfiles específicos que corresponde asignar a la fórmula empleada por el constituyente.

Por de pronto, lo primero que sugiere la locución *dominio originario* es la idea de que se trata de un dominio que no ha sido transferido por otro: la noción de dominio originario se contrapone, de manera inmediata, a la de dominio derivado, que reconoce la existencia de un dueño anterior(28). Esta premisa inicial permite disociar, entonces, en lo relativo a los recursos naturales sobre los que se aplica, el dominio originario en cabeza de la Nación o de las provincias, según corresponda, del dominio derivado en favor de aquellos a quienes el propietario originario transfiere su titularidad conforme a los instrumentos que el ordenamiento específico dispone al efecto(29).

Este dominio originario así circunscripto asume, pues, determinados rasgos propios, que lo distinguen claramente del derecho real de dominio del cual se ocupa el Código Civil(30), y que ponen en evidencia el sesgo indiscutiblemente publicista del marco jurídico al cual se encuentra sujeto. El acento de dicho régimen está puesto, en mi opinión, en garantizar el aprovechamiento racional y sustentable de los recursos naturales de los cuales se predica tal dominio.

A partir de la premisa señalada, el estatuto fundamental del dominio originario se resume en una serie de postulados básicos, que podrían sintetizarse de la siguiente manera:

a) su titular sólo puede ser el Estado Nacional o una provincia, conforme lo reconoce el propio texto constitucional;

b) en cuanto tal, el dominio originario resulta intransferible(31) (de allí que frecuentemente se lo califique de inalienable);

c) sólo la explotación de los recursos sobre los que recae puede ser cedida a los particulares, a través de los mecanismos que el ordenamiento establece, y bajo un marco orientado a garantizar el interés público comprometido a través de la imposición de graves deberes que aseguren una explotación racional y sustentable; y

d) frente al incumplimiento de las antedichas estipulaciones el titular del dominio originario puede disponer la reversión de los recursos a sus manos, mediante la declaración de caducidad de los derechos de explotación otorgados.

La índole de los recursos de los que se predica este dominio, el particular valor estratégico que los mismos poseen y la atención con que debe velarse por su adecuada conservación y explotación, reclamaban forzosamente de una legislación específica que estipulase, incluso, un régimen de dominio a la medida de tales factores(32), lo cual ha sido acertadamente captado por el constituyente, que previó la necesidad del dictado de un estatuto legal propio, al margen de la normativa civil y comercial de carácter general(33).

## 2. Distribución de la jurisdicción en el texto

### *constitucional*

Si bien no faltan quienes afirman que el dominio originario al cual se refiere el art. 124 de la Constitución engloba, también, la jurisdicción sobre los recursos naturales(34), semejante interpretación no toma en cuenta ni las reflexiones expuestas por los miembros de la convención constituyente que aprobó dicha cláusula, ni lo que establecen otros preceptos del texto constitucional que se ocupan de asignar al gobierno federal jurisdicción sobre la materia.

No puede soslayarse, en efecto, que en el curso de los debates que tuvieron lugar en el seno de la asamblea constituyente de 1994 se ha puesto particular esmero en discutir si el precepto en comentario debía aludir únicamente al dominio originario sobre los recursos naturales o también a la jurisdicción sobre los mismos, y que tras tal confrontación tuvo lugar la aprobación de la versión que excluía toda referencia a la jurisdicción(35). Frente a este antecedente, resulta harto difícil mantener el argumento de que la mención del dominio originario escogida por los redactores de la cláusula quiso referirse, también, a la jurisdicción.

Amén de ello, la Constitución ha sido bien clara al encomendar al legislador nacional la tarea de dictar, entre otros, el Código de Minería, facultad que tanto la doctrina(36) como la jurisprudencia(37) han establecido que incluye lo atinente a la sanción de las leyes referidas a los hidrocarburos, en tanto éstos integran el mundo mineral. La cláusula comentada se complementa con la rotunda directiva contenida en el art. 126 de la misma Ley Fundamental, conforme al cual “las provincias no ejercen el poder delegado a la Nación”, con el añadido explícito de que no pueden dictar ninguno de los códigos a los que se refiere el art. 75, inc. 12, “después que el Congreso los haya sancionado”. El carácter exclusivo de la potestad conferida, en este campo, al Poder Legislativo nacional resulta, así, incuestionable(38).

Ahora bien, si -tal como quedó señalado en la primera parte de este trabajo- la jurisdicción para dictar las normas que han de gobernar una determinada industria es susceptible de aparecer fraccionada, resulta necesario revisar si los poderes de regulación de otras cuestiones que inciden en la actividad minera recaen, también, en la órbita nacional, o bien han sido asignados a las provincias, o distribuidos de manera compartida entre ambos órdenes de la estructura federal. Esta cuestión se irá dilucidando en las páginas que restan, a medida que se aborden las distintas aristas de esta compleja problemática.

## **Tercera parte: dinámica posterior a la reforma constitucional en materia de dominio**

### **y jurisdicción sobre hidrocarburos**

#### *1. El marco normativo infraconstitucional a partir*

##### *de 1994*

La cláusula constitucional que asigna a las provincias el dominio originario de los recursos naturales existentes en su territorio hizo su aparición ante un contexto legal que ya estaba encarrilado hacia la transferencia de los yacimientos de hidrocarburos a las provincias, aun cuando este proceso no se encontraba todavía acabadamente cumplido.

En efecto, durante el año 1992, la ley 24.145 -mal llamada de “Federalización de Hidrocarburos”- dispuso expresamente la transferencia de tales yacimientos del Estado Nacional a las provincias en cuyos territorios se encontrasen(39), aunque difirió, como regla, el efectivo traspaso de dichos recursos hasta el momento en que se promulgase la ley destinada a adaptar el régimen de la ley 17.319 al nuevo marco legal dictado(40).

El texto constitucional aprobado en 1994 se encontró, así, con un escenario legal y con una práctica administrativa necesitadas de profundas y urgentes adaptaciones para permitir que la transformación operada en la cima de la estructura jurídica se tradujese, en el más corto tiempo, en una dinámica institucional acorde. Las iniciativas surgidas con dicho propósito desde las órbitas nacional y provincial estuvieron marcadas, sin embargo, por un considerable desorden, a punto tal que la puesta a punto del entramado infraconstitucional se mantiene aún hoy, en alguna medida, incompleto.

En lo que respecta al Congreso de la Nación, sólo doce años después de la entrada en vigencia de la enmienda constitucional ese cuerpo pudo concretar una primera y preliminar modificación del régimen legal que, acuñado bajo los moldes del sistema anterior a 1994, se encontraba aún formalmente vigente(41). Hasta ese momento, apenas nos encontramos con algunas disposiciones aisladas de rango sublegal que, desde la órbita nacional, intentaban establecer ciertos criterios y metodologías indispensables para lidiar, con carácter transitorio, con el problema de la explotación de recursos cuya efectiva transferencia a las provincias no lograba materializarse de manera definitiva(42).

Durante ese mismo interregno, se observó de parte de muchas provincias una intensa producción normativa dirigida a reglamentar los más variados aspectos de la actividad hidrocarburífera(43), no faltando, incluso, legislaturas provinciales que avanzaran mediante la sanción de leyes generales en la materia(44).

Las iniciativas referidas dieron lugar a la coexistencia, no siempre pacífica, de disposiciones nacionales y provinciales tendientes a gobernar una misma cuestión. Las dificultades que tal yuxtaposición normativa trajo consigo serán motivo de estudio en los subtítulos que restan.

## *2. Conflictos suscitados a raíz de las normas reglamentarias y de los actos de aplicación emanados de las autoridades nacionales y provinciales*

A esta altura del trabajo, toca afrontar las dificultades concretas que ha generado la problemática relativa a la distribución del dominio y de la jurisdicción en materia de hidrocarburos en un país de conformación federal como el nuestro. Lo haré mediante una recorrida, inevitablemente somera, de los distintos campos en los que se ha suscitado algún tipo de conflicto o superposición entre las aspiraciones nacionales y provinciales, procurando, incluso, rescatar los elementos concretos de índole normativo o jurisprudencial a través de los cuales dicha confrontación se ha exteriorizado.

### **2.1. Competencia para sancionar las normas sustantivas y adjetivas en materia de hidrocarburos**

No es preciso acometer ningún esfuerzo de inferencia para llegar a sostener que la Constitución confiere competencia exclusiva al Congreso de la Nación para dictar el marco jurídico legal sustantivo en materia de minería: según se ha recordado, así resulta de manera explícita del texto constitucional(45).

Sobre la base de dicha premisa, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, ya antes de la reforma aprobada por los constituyentes reunidos en Santa Fe en 1994, dejó en claro que la Constitución, al conferir al legislador nacional la facultad de dictar el Código de Minería, le otorgó la atribución de establecer en su integridad el régimen legal de las minas, entre las cuales se encuentran los yacimientos de hidrocarburos(46). La cláusula constitucional de la cual emana tal directiva -el art. 75, inc. 12- no se vio alcanzada por la última reforma, cuyos autores no sólo respetaron sus términos originales, sino que además pusieron especial cuidado en omitir toda referencia a la “jurisdicción” sobre los recursos naturales al asignar su “dominio originario” a las provincias.

Ha sido también la Corte nacional quien ha puesto de resalto el propósito perseguido por el constituyente al conferir al Congreso la potestad de dictar los códigos de fondo, cual es el de lograr la uniformidad de la legislación, proveyendo de ese modo al país de instituciones comunes que contribuyan a integrar una sola nación(47). Esta modalidad de la organización federal adoptada por nuestros padres fundadores, distinta de la plasmada en la Constitución norteamericana, configura un elemento propio de nuestro sistema que, como es obvio, debe ser respetado en el campo del derecho minero e hidrocarburífero con el mismo esmero que en cualquiera de los otros que hacen a la legislación común de la Nación.

Pese a tan firme mandato constitucional, luego de la enmienda de 1994 diversas provincias tomaron, de todos modos, la decisión de dictar una legislación propia en materia de hidrocarburos(48), en algunos

casos con la expresa declaración de que dicha normativa debía aplicarse, dentro de sus respectivos territorios, con preeminencia sobre el régimen legal emanado del Congreso de la Nación(49).

El legislador nacional ha sido, en mi opinión, más consecuente con el criterio sentado por el constituyente. En efecto, al sancionar la ley 26.197, el Congreso federal acató fielmente la dicotomía plasmada en la Ley Fundamental, donde la titularidad del dominio originario sobre los yacimientos en cabeza de las provincias convive con la atribución exclusiva del legislador federal para dictar la normativa de fondo. Tal sumisión al enfoque constitucional se ve reflejada a lo largo de todo el articulado de la ley citada, pero de un modo singular en su art. 2º, según el cual “el ejercicio de las facultades como Autoridad Concedente, por parte del Estado nacional y de los Estados provinciales, se desarrollará con arreglo a lo previsto por la ley 17.319 y su reglamentación...”.

Es cierto que el texto constitucional no explicita cuál es el límite del ámbito material sobre el cual deben extenderse los códigos cuyo dictado se encomendó al legislador nacional. Sin embargo, en el caso que nos ocupa es claro que el régimen legal sustantivo debe abordar, al menos, aspectos tales como la adquisición, ejercicio y extinción de los derechos de exploración y explotación de hidrocarburos, los deberes que pesan sobre quienes resultan titulares de tales derechos, el alcance de las potestades en cabeza de la autoridad concedente, los derechos de los propietarios de los predios superficarios, el transporte de los hidrocarburos extraídos y su comercialización.

Es bueno recordar, de todas formas, que la atribución otorgada al Congreso nacional para el dictado de los códigos sustantivos deja a salvo las “jurisdicciones locales” en lo que se refiere a la aplicación de dichas leyes por parte de los tribunales federales o provinciales -según que las cosas o las personas recayeren bajo sus respectivas jurisdicciones-(50). De la norma constitucional que así lo establece se infiere, pues, que toca a los legisladores de cada provincia sancionar las leyes de carácter adjetivo (léase, los códigos procesales y las normas que los complementen) que habrán de aplicarse.

Del mismo modo, en nuestro sistema federal cada provincia diseña y crea sus propias instituciones(51), en virtud de lo cual establece, también, los cauces por los que deben discurrir los procedimientos en el orden local. En ese terreno, y en la medida en que con ello no se altere el marco sustantivo dictado por el Congreso federal, es apropiado que cada jurisdicción provincial establezca las reglas de los concursos para el otorgamiento de permisos y concesiones de hidrocarburos, pudiendo también prever la posibilidad de que tales títulos se asignen, bajo ciertas condiciones, de manera directa.

## 2.2. Potestad reglamentaria del régimen legal

de los hidrocarburos

La cuestión relativa a si es la Nación o si son las provincias quienes están investidas de la facultad de reglamentar el marco legal de la actividad hidrocarburífera no es de fácil respuesta.

Si se examina el tema desde la perspectiva de las atribuciones que el art. 99, inc. 2º, de la Constitución confiere al Poder Ejecutivo nacional para reglamentar las leyes que emanan del Congreso federal, parecería que dicha potestad ha de reconocerse a aquel órgano con carácter exclusivo(52).

Es cierto que la doctrina ha puntualizado que tal potestad reglamentaria está circunscripta sólo a las leyes que están destinadas a ser aplicadas por el propio órgano ejecutivo nacional(53), lo cual no sucede en el caso de los hidrocarburos a partir de la sanción de la ley 26.197, que desplazó la condición de “autoridad de aplicación” a la esfera provincial(54). Sin embargo, debe repararse en que la limitación antedicha se orienta a poner a resguardo el ámbito privativo de actuación de los otros dos poderes (legislativo y judicial) frente a una eventual extralimitación del ejecutivo, razón por la cual no debe interpretarse como un impedimento para que este último cumpla su función de reglamentar las leyes del Congreso que necesiten ser precisadas en sus detalles para tornarse operativas(55). Imaginar que esta tarea deba ser abordada de manera simultánea e inconexa por las distintas autoridades provinciales a las que compete aplicar el régimen resultaría, insisto, además de inconveniente, una alternativa inapropiada de cara a la cláusula constitucional indicada en el párrafo anterior.

Por otra parte, en tanto la normativa legal sobre hidrocarburos configura un régimen de fondo, la concentración en la órbita nacional del poder para reglamentarla guarda coherencia con el carácter uniforme para todo el país que, como ya ha sido recordado, el constituyente quiso asignar a dicha legislación(56). Téngase presente, en tal sentido, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que las disposiciones de los decretos reglamentarios son parte integrante de la misma ley(57). Y es en esta inteligencia, según entiendo, que el legislador se ha preocupado por encomendar específicamente al Poder Ejecutivo nacional el diseño de la política federal en materia energética (en la que queda subsumido lo atinente a la explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos)(58).

No debe pasarse por alto, sin embargo, que median también razones para avalar la existencia de facultades -si se quiere, concurrentes- de las provincias para dictar ciertas normas reglamentarias en la materia.

En primer lugar, el solo hecho de que se haya trasladado a las provincias la función de actuar como autoridad de aplicación del régimen legal puede colocar, en ciertos casos, a los órganos locales sobre los que recaiga dicha tarea en la necesidad de dictar las disposiciones aclaratorias o de detalle que resulten necesarias para la ejecución de la ley, en tanto los órganos federales hayan omitido hacerlo(59). En tal caso, sin embargo, y aun cuando la cláusula constitucional sólo hace referencia al Poder Ejecutivo nacional, vale plenamente la advertencia dirigida al cuidado que debe ponerse en no alterar el espíritu de las leyes con excepciones reglamentarias(60).

Por otra parte, si bien la fijación de la política energética común a todo el país compete, como quedó dicho, al Poder Ejecutivo nacional, ello no impide que sean las autoridades provinciales quienes deban adoptar las decisiones que hagan a la política energética local, en la medida en que no conspiran contra lo dispuesto por el gobierno central(61). Desde esta perspectiva se justifica, por ejemplo, la creación por parte de diversas provincias de empresas públicas locales dedicadas a la exploración y explotación de sus recursos petroleros y gasíferos.

Vale de suyo, por último, que la reglamentación del marco legal adjetivo propio de cada provincia será competencia exclusiva de los órganos administrativos de esa jurisdicción.

### 2.3. Facultades de administración de los recursos

#### hidrocarburos

No cabe duda alguna de que entre las facultades inherentes a la calidad de titular del dominio originario de los yacimientos de hidrocarburos figura la de ejercer la administración de tales recursos(62).

Tales poderes de administración involucran un haz de atribuciones, entre los cuales sobresalen las siguientes:

- a) otorgar permisos de exploración y concesiones de explotación;
- b) prorrogar los plazos por los cuales se otorgaron los títulos antedichos;
- c) ejercer el control de la actividad desarrollada por los permisionarios y concesionarios;
- d) aplicar sanciones -incluso la de caducidad- sobre dichos sujetos, en caso de detectar incumplimientos a sus deberes.

Puesto que las cuestiones señaladas han sido motivo de específica regulación en la legislación sustantiva dictada por el Congreso nacional, al poner en práctica las facultades descriptas dentro de sus respectivas jurisdicciones (nacional o provincial, según dónde se encuentre situado cada yacimiento), los funcionarios que las ejercen actúan, en definitiva, en calidad de autoridad de aplicación de dicha ley. Ello pone en evidencia que también este aspecto del sistema ha sido modificado -y, por ende, los arts. 97 y 98 de la ley 17.319, implícitamente derogados, al menos de forma parcial(63)-, de modo que la condición de autoridad de aplicación del régimen conformado por la citada ley y las demás leyes que la complementan se encuentra, actualmente, diseminada entre el Poder Ejecutivo nacional y los órganos provinciales que, en cada caso, tienen a su cargo dicha función dentro de sus respectivos territorios(64).

La ley 26.197, a lo largo de su breve articulado, se atiene escrupulosamente al enfoque trazado. Tras disponer que “a partir de la promulgación de la presente ley, las provincias asumirán en forma plena el ejercicio del dominio originario y la administración sobre los yacimientos de hidrocarburos que se encontraren en sus respectivos territorios”(65), añade que “el Estado Nacional, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y las provincias, en su carácter de Autoridades Concedentes, determinarán (...) sus respectivas Autoridades de Aplicación”(66). Y la misma ley completa el cuadro con el reconocimiento explícito de que “las provincias, como Autoridad de Aplicación, ejercerán las funciones de contraparte de los permisos de exploración, las concesiones de explotación y de transporte de hidrocarburos objeto de transferencia”, contemplando entre las facultades que tal situación conlleva la de control y fiscalización de dichos permisos y concesiones y del cumplimiento de las obligaciones a cargo de sus titulares, extensión de sus plazos legales y contractuales, y aplicación del régimen sancionatorio vigente(67).

Llamo la atención, una vez más, sobre la explícita referencia contenida en la ley 26.197 a que las facultades de administración atribuidas, ahora, a las provincias dentro de sus respectivos territorios, deben ejercerse “con arreglo a lo previsto por la ley 17.319”(68), y no de conformidad con las disposiciones que, eventualmente, puedan haber sido dictadas en el ámbito provincial, contrariando lo

dispuesto en los arts. 75, inc. 12, y 126 de la Constitución Nacional. La ley comentada insiste sobre el punto incluso en lo que hace al ejercicio de la potestad sancionatoria comprendida entre las facultades administrativas aludidas, al señalar que las provincias, en su condición de autoridad de aplicación, deberán “aplicar el régimen sancionatorio previsto en la ley 17.319 y su reglamentación”(69).

Dado el viraje que, en este aspecto, se verificó en nuestro país a partir de la sanción de la ley 26.197, era inevitable establecer un período de transición, el cual habrá de recorrerse en los tiempos y conforme a las pautas fijadas en los arts. 3° y 5° de esa misma ley.

Por lo demás, la creación de registros y bases de datos locales, la consiguiente imposición de deberes de información a las empresas que operan dentro de cada jurisdicción y la clasificación de la información así recabada, resultan instrumentos adecuados con que cuentan las provincias para llevar adelante de manera eficiente sus tareas como administradoras de los recursos naturales de que disponen, siempre, claro está, dentro de los límites que derivan de la razonabilidad que debe primar en toda norma de carácter constrictivo.

#### 2.4. Competencia en materia de policía y de promoción de la actividad hidrocarburífera

La *policía* consiste, en esencia, en la actividad interventora estatal limitativa de los derechos individuales *por razones de interés público*(70). No obstante, dentro de esa noción genérica la doctrina distingue entre dos expresiones: *poder de policía* y *policía*(71). Mientras la primera (poder de policía) se emplea para hacer alusión a la labor legislativa tendiente a regular (es decir, limitar) el ejercicio de los derechos en la medida requerida por la protección del interés público, la segunda (policía) consiste en la actividad administrativa destinada a velar por dicho interés, sea a través de la reglamentación de las leyes dictadas en ejercicio del poder de policía, sea a través de la ejecución de actos que de manera inmediata y concreta propendan a esa finalidad(72).

Bajo nuestro sistema federal, tanto la Nación como las provincias están investidas de poderes de policía, según resulta del juego armónico de los arts. 75, 121 y 125 de la Constitución Nacional. Aun así, la Corte Suprema ha sido bien explícita al enunciar la regla de que el ejercicio de las facultades provinciales en este terreno no debe interferir (en el sentido de dificultar o impedir) el adecuado cumplimiento de los propósitos de la normativa nacional, conforme surge del art. 31 de la misma Carta Magna(73).

Esta última consideración vale, también, para cuanto concierne a la facultad privativa del Congreso nacional de dictar las leyes de fondo. En tanto la materia sobre la cual versa dicha legislación bien puede ser objeto simultáneo de las normas de policía que emanan de las provincias, la Corte se ha ocupado de recordar que “ese poder de policía -sea cual fuere su amplitud- no puede entorpecer el ejercicio de las facultades exclusivamente delegadas al gobierno federal”, ya que “la atribución conferida a la Nación de dictar los códigos comunes es de naturaleza exclusiva y, por consiguiente, el Congreso al ejercitarla, no sólo puede dictar disposiciones de carácter policial relativas a las materias contenidas en el derecho privado, sino también impedir que las provincias usen de las propias para alterar o modificar el contenido de las leyes sustantivas”(74).

La actividad de promoción, por su parte, se inserta dentro de lo que es la intervención pública de carácter favorable, conocida entre nosotros como fomento. En la práctica, tal modalidad interventora se instrumenta a través de una amplia variedad de técnicas específicas que cabe aglutinar bajo el género *ayudas públicas*, entre las que cabe mencionar las exenciones fiscales o cualesquier otro beneficio tributario, los reembolsos de derechos arancelarios, los cupos de importación o exportación, los monopolios legales, los préstamos preferenciales, etcétera(75). También en este caso existe concurrencia de poderes provinciales y nacionales(76), y rige, en última instancia, el criterio de la prevalencia del interés nacional.

#### 2.5. Competencia en materia medioambiental

Aun cuando desde una perspectiva material la regulación de la problemática ambiental constituye una vertiente más de la temática de la policía, el tratamiento diferencial que le ha dispensado el constituyente de 1994 exige su análisis por separado.

La doctrina ha calificado el diseño impreso en el art. 41 de la Constitución Nacional como de *potestades compartidas* entre el Estado federal y las provincias(77), donde el gobierno central queda a cargo de producir las normas que contengan los presupuestos mínimos que aseguren a todos los habitantes de la nación condiciones básicas igualitarias de protección ambiental, relegándose a las provincias el dictado de aquellas necesarias para complementarlas, eventualmente a través de la imposición de mayores exigencias para la preservación del ambiente. En alguna medida, se abandona para este campo el deslinde de atribuciones conforme a la regla de que *lo no delegado se entiende reservado por las provincias*, para sentar en su reemplazo un modelo basado en la armonización de políticas entre una y otra esfera(78).

Bajo ese esquema de distribución de competencias, se entiende que una vez dictada la ley nacional que fija los presupuestos mínimos, la competencia local para incorporar mecanismos de protección más severos deviene residual(79). Nótese, sin embargo, que impera igualmente en este campo el principio de prevalencia de la normativa nacional por sobre la provincial que resulte inconciliable(80), criterio de gran utilidad para resolver las reiteradas situaciones de conflicto que en la práctica se suscitan.

En lo atinente a la actuación administrativa, si bien se ha reconocido que en la problemática ambiental convergen situaciones de competencia federal y otras de competencia provincial, la Corte Suprema ha dejado en claro que -salvo casos de interjurisdiccionalidad- corresponde a las autoridades locales aplicar los criterios de protección ambiental que consideren conducentes para el bienestar de la comunidad que gobiernan, en tanto la atribución de la Nación de dictar las reglas que contengan los presupuestos mínimos de protección no altera las jurisdicciones locales(81).

## 2.6. Competencia para la fijación, reglamentación

y percepción de las regalías

Más allá del debate que existe acerca del carácter tributario o no de las regalías petroleras(82), hay consenso en reconocer al titular del dominio originario el derecho a percibir el pago en dicho concepto de los montos debidos por quien se beneficia de la explotación de los yacimientos respectivos(83). En consonancia con ello, la ley 26.197 dispone que las regalías deben abonarse a las jurisdicciones a las que pertenezcan los yacimientos(84).

Ahora bien, la premisa antedicha no necesariamente conlleva el reconocimiento de facultades a las propias provincias para regular lo atinente a la cuantía, y a la forma de cálculo y satisfacción de las regalías. Frente a este segundo problema, en efecto, cabrían dos posibles interpretaciones, a saber:

a) sostener que, en tanto dueñas del recurso, es lógico que sean las provincias quienes estipulen el porcentaje de participación que están dispuestas a conceder a quienes lo explotan (el cual resultaría de la fijación del porcentaje que, en concepto de regalía, conserven para sí); o bien

b) entender que, en virtud de su atribución exclusiva para sancionar la legislación sustantiva (y la reglamentación que la completa), es la autoridad nacional quien debe dictar las disposiciones que establecen el monto y el procedimiento de cálculo de tales regalías(85). Esta tesis se fortalece si se toma en consideración que el tema de las regalías comporta uno de los ejes de la política nacional en materia de hidrocarburos, cuya conducción corresponde, como quedó dicho, al Poder Ejecutivo nacional(86).

Este dilema desencadenó, recientemente, una serie de conflictos que están siendo ventilados ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuyo marco el tribunal ha hecho lugar a otras tantas medidas cautelares destinadas a ordenar a la provincia demandada que se abstenga de aplicar la normativa local que contradice cuanto dispone el régimen federal vigente en materia de liquidación y pago de regalías(87).

La postura que subyace en los fallos referidos permitiría, pues, desdoblarse la condición de acreedor de las regalías, que corresponde a las provincias titulares de los recursos naturales involucrados, de la titularidad de la potestad para establecer el régimen jurídico con arreglo al cual se liquidarán y abonarán las mismas, atribución ésta que permanecería en cabeza del Estado Nacional, en virtud de sus facultades para dictar las leyes de fondo y demás normas que las complementan, y para diseñar la política energética nacional. Esta divisoria no impediría, no obstante, admitir que la autoridad provincial competente para exigir el pago de las regalías está siempre en condiciones de disponer una reducción del porcentual fijado en la normativa nacional en concepto de regalías, en tanto al hacerlo no estaría sino resignando recursos propios de la provincia, sin interferir en modo alguno en la política trazada desde la esfera nacional(88).

El temperamento expuesto en el párrafo anterior plantea otra cuestión aún más compleja, vinculada a la necesidad de evitar que, al ejercer sus poderes normativos, las autoridades nacionales generen una transferencia en su favor de una porción de la renta petrolera que pertenece a las provincias, con la correlativa merma de las regalías a ser percibidas por estas últimas. A este respecto, con ocasión de la declaración de la emergencia pública en el año 2002, el legislador nacional creó un derecho de exportación de hidrocarburos por el término de cinco años, aclarando de manera expresa que “en ningún caso el derecho a la exportación de hidrocarburos podrá disminuir el valor boca de pozo, para el cálculo y pago de regalías a las provincias productoras”(89). En la práctica, sin embargo, se dan situaciones en las que las normas emanadas de la Nación generan una disminución -más o menos explícita, según los casos- de las regalías que las provincias esperan cobrar(90).

## 2.7. Competencia para la fijación, reglamentación

## y percepción del canon

La ley 17.319 exige a los titulares de permisos de exploración o de concesiones de explotación el pago, por adelantado, de un canon anual, por kilómetro cuadrado o fracción de las áreas que les hubieren sido concedidas(91). Habitualmente, se entiende que dicho canon opera como contraprestación de las tareas de fiscalización a cargo de la autoridad de aplicación. La ley 26.197 es clara en cuanto a que la destinataria del canon es la provincia (y, en su caso, la Nación) en la que se sitúa el yacimiento respectivo(92).

Se presenta, respecto del canon, una situación análoga a la que plantean las regalías, en tanto diversas provincias han dictado su propio régimen tendiente a regular lo concerniente al *quantum* y a la modalidad de liquidación y pago del canon(93). De allí que quepa reproducir aquí los argumentos desarrollados en el apartado anterior para inclinar la balanza competencial hacia la órbita nacional, a saber:

a) que la legislación sustantiva en materia de hidrocarburos sólo puede ser reglamentada por el Poder Ejecutivo nacional (o, eventualmente, por sus órganos dependientes, en la medida en que hayan sido investidos de las atribuciones pertinentes); y

b) que en razón de la obvia vinculación del canon con la política energética del país(94), las disposiciones que precisan la configuración y cuantía del canon no pueden emanar de las provincias, dada la inevitable fragmentación de las pautas aplicables que resultaría de tal polarización competencial.

En el caso se suma, además, como elemento adicional para avalar las facultades privativas de la autoridad nacional en la materia, la expresa habilitación que el legislador nacional dispuso en favor del Poder Ejecutivo nacional -y que no ha sido modificada por la ley 26.197- para que proceda a actualizar el valor de los cánones de exploración y explotación “con carácter general” y “sobre la base de las variaciones que registre el precio del petróleo crudo nacional en el mercado interno”(95).

En sintonía con la interpretación expuesta, en octubre de 2007 el Poder Ejecutivo nacional dictó el decreto 1454/07 mediante el cual, reivindicando para sí la atribución en cuestión, fijó nuevos valores de canon para las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos(96).

De todas formas, al igual que en el caso de las regalías, no encuentro óbice para que las provincias puedan reducir, dentro de sus respectivos territorios, los montos establecidos desde la órbita nacional.

## 2.8. Competencia para regular lo relativo

### a las servidumbres

Un último foco de conflicto concierne al ejercicio de la potestad de reglamentar el régimen legal de servidumbres vigente en materia de hidrocarburos. En este sentido, si bien la naturaleza administrativa que se atribuye a las servidumbres mineras podría, *ab initio*, dar pie a asignar a las provincias el derecho a legislar sobre ellas(97), la finalidad a la que se orientan dichas servidumbres justifica relegar dicha competencia al orden nacional(98).

En consonancia con ello, el art. 100 de la ley 17.319 reconoce a los propietarios de los predios sujetos a trabajos de exploración y explotación de hidrocarburos el derecho a recibir de los respectivos permisionarios o concesionarios una indemnización por los perjuicios que éstos ocasionen a sus tierras. Según el mismo precepto, el *quantum* del resarcimiento resultará de la aceptación, de común acuerdo, de los importes que con carácter zonal establezca el Poder Ejecutivo, o bien será determinado judicialmente merced a la demanda que entable el superficiario afectado. Es importante señalar que el art. 98 de la ley, en consonancia con lo expuesto, asigna competencia privativa al Poder Ejecutivo nacional para fijar las compensaciones reconocidas a los propietarios superficiarios(99).

La meridiana claridad del régimen legislativo comentado no ha bastado, sin embargo, para evitar que ciertas provincias incursionen en la materia, a través del dictado de normas por las cuales procuran arrogarse la potestad de fijar el valor de las compensaciones debidas a los propietarios superficiarios(100), con el agravante, en algún caso, de asignar a dichos valores carácter imperativo(101).

## Recapitulación y reflexiones finales

El análisis abordado a lo largo de este trabajo pone de manifiesto que en materia de hidrocarburos se verifica un constante cruce entre las órbitas nacional y provincial, el cual resulta en un entramado difícil de desentrañar.

Es, pues, innegable que el sistema federal que adoptaron los padres constituyentes por fidelidad a nuestra historia, acentuado en 1994 de un modo particular en el terreno de los recursos naturales, conspira contra

la simplicidad a la hora de trazar un mapa de competencias. Pero es también incuestionable que las ventajas que dicho modelo organizativo trae consigo compensan, sobradamente, los contratiempos que pudieran derivar de las dificultades interpretativas generadas por esa mayor complejidad del sistema.

Tanto el gobierno federal, en sus órganos legislativo y ejecutivo, como las autoridades provinciales, cuentan con un ramillete de razones para irrumpir en el quehacer hidrocarburífero mediante el dictado de normas o actos administrativos. Los primeros pueden invocar sus potestades para dictar la legislación de fondo y reglamentarla, para fijar la política nacional en materia energética, para emitir disposiciones de policía o para generar incentivos a la inversión, para establecer los presupuestos básicos en lo relativo al cuidado del medioambiente. Las últimas, a su vez, pueden apelar a su condición de dueñas originarias de los yacimientos, a su carácter de autoridad de aplicación del régimen aplicable, a su derecho a percibir la participación que les corresponda por la explotación de los recursos involucrados, a través de las regalías que se fijen al efecto, etcétera.

La necesidad de un marco estable y seguro que atraiga las inversiones que con urgencia se precisan exige, sin embargo, redoblar los esfuerzos por lograr los consensos y la claridad aún pendientes. En esta tarea, el trabajo más delicado recae en la Corte Suprema de Justicia de la Nación y en los demás tribunales con competencia en la materia, sin perjuicio de los aportes que puedan hacerse desde la exégesis doctrinaria.

De todas formas, es preciso reconocer que el marco normativo exhibe ciertas lagunas cuya superación sólo puede provenir del legislador o de la autoridad reglamentaria. Pero para que ese cometido no desemboque en un mosaico inorgánico y contradictorio, habrá que respetar la primacía de la Nación para producir la legislación (en particular, la “Ley Larga” en proceso de elaboración) y el marco reglamentario sustantivo para sólo a partir de allí dar cabida a fuentes de orden provincial que vengan a complementar ese tronco necesariamente común.

**voces: dominio - recursos naturales - competencia - constitución nacional - ley - derecho ambiental - contratos administrativos - derechos reales - dominio público y privado del estado**

(1) La Constitución Nacional de 1853, en efecto, había omitido toda referencia sobre el dominio de las minas, limitándose a poner en manos del Congreso nacional la potestad de dictar el Código de Minería (art. 67, inc. 11, texto original CN). Dicho silencio dejó espacio al debate acerca de si, en ejercicio de la atribución referida, el legislador nacional se encontraba o no facultado para reglar el régimen dominial sobre las minas, disputa que en su momento fue zanjada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, de manera enfática, sentenció que “el silencio de la Constitución Nacional sobre la faz de la propiedad minera tornaba inexcusable que el Poder Legislativo estableciera normas expresas sobre el asunto, en el entendimiento de que así cumplía el cometido que la propia Constitución le había asignado al conferirle el dictado del Código de Minería” (conf. Fallos: 301:341).

(2) Fallos: 154:312.

(3) Conf. Bielsa, Rafael, Derecho administrativo, 5ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1956, t. III, pág. 401; y Villegas Basavilbaso, Benjamín, Derecho administrativo, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1952, t. IV, págs. 15-16.

(4) Existe, en efecto, un profundo debate acerca del tópico señalado, entre quienes se atienen al enfoque clásico que percibe al dominio público como una modalidad (pública) del derecho de propiedad, y quienes postulan el abandono de esa visión, a la que tachan de excesivamente impregnada de elementos civilistas, y propugnan, en cambio, la reconstrucción de la figura sobre bases exclusivamente iuspublicistas, que tomen como punto de partida la idea de dominio público como título de intervención. Para quienes estén interesados en esta polémica, remito a la lectura del libro de González García, Julio V., La titularidad de los bienes del dominio público, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1998, pág. 34 y sigs.

(5) Art. 2506 del cód. civil.

(6) En efecto, dado el carácter inalienable de los bienes del dominio público, es claro que su titular sólo podrá disponer de ellos previa desafectación, lo cual demuestra que la inalienabilidad de tales bienes no es absoluta, y que los poderes inherentes al dominio -en el sentido de derecho de propiedad- verdaderamente subsisten en cabeza de su titular público (conf. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, t. V, págs. 279-280).

(7) Conf. Villegas Basavilbaso, B., Derecho..., cit., pág. 14.

(8) Conf. Marienhoff, M. S., Tratado de derecho..., cit., págs. 39-40.

(9) No deja de ser interesante el hecho de que el art. 75, inc. 12, de la Constitución Nacional haya reunido en una misma cláusula las dos vertientes aludidas, al otorgar al Congreso de la Nación la facultad de “dictar los códigos” -lo cual supone el ejercicio de la jurisdicción en la segunda acepción señalada-, “sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales o provinciales, según que las cosas o las personas recayeren bajo sus respectivas jurisdicciones” -donde este último término se emplea, explícitamente, con arreglo a la primera acepción arriba considerada-.

(10) Para profundizar sobre el concepto técnico de potestad, remito a Cassagne, Juan Carlos, Derecho

administrativo, 8ª ed. actualizada, Buenos Aires, LexisNexis Abeledo-Perrot, 2006, t. I, págs. 119-122.

(11) En términos similares, Pedro J. Frías define la jurisdicción como “la suma de facultades divisibles en las diversas materias de gobierno” (ver Dominio y jurisdicción de la Nación y las provincias, AA.VV., Derecho público provincial, Buenos Aires, Depalma, 1987, pág. 323). Es conocida la gráfica expresión del autor según la cual “el dominio se ejerce sobre las cosas; la jurisdicción sobre las relaciones” (ídem, pág. 323).

(12) En igual sentido, ver Barrera Buteler, Guillermo E., Dominio y jurisdicción del gobierno federal, de las provincias y de los municipios, en AA.VV., Derecho público provincial, coordinado por Antonio María Hernández, Buenos Aires, LexisNexis, 2008, págs. 199-201.

(13) Fallos: 304:1186 y 321:1052.

(14) Una breve reseña histórica de los avatares del régimen constitucional y de la legislación nacional sobre esta cuestión puede verse en Manili, Pablo Luis, El dominio originario de los recursos naturales en la reforma de 1994 (Con especial referencia a los hidrocarburos), en AA.VV., A una década de la reforma constitucional 1994-2004, coordinada por Germán J. Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, Ediar, Buenos Aires, 2004, págs. 354-357.

(15) Ver su art. 1º.

(16) Ver sus arts. 1º y 22.

(17) Resulta del mayor interés, a los fines de este trabajo, mencionar que en los considerandos de dicho acuerdo se reconoce la necesidad de someter lo pactado al Congreso Nacional, a fin de que en ejercicio de las facultades que le otorga el art. 75, incs. 13, 18 y 32, apruebe el proyecto de ley consensuado entre las partes firmantes. Tal manifestación comporta un explícito reconocimiento de parte de las provincias firmantes de que, pese a la modificación constitucional por entonces ya aprobada, la Nación conserva la potestad exclusiva de legislar en materia de hidrocarburos.

(18) Me refiero al “Acuerdo Fiscal entre el Estado Nacional y los Estados Provinciales Productores de Hidrocarburos en el Marco del Proyecto de Adecuación de la ley 17.319 y al Acuerdo Fiscal entre las Provincias y las empresas productoras de hidrocarburos”, suscriptos simultáneamente con el Pacto Federal de Hidrocarburos antes mencionado.

(19) Varios de los legisladores que hicieron uso de la palabra en el curso de los debates previos a la sanción de la ley 26.197 señalaron expresamente al Acuerdo Federal de los Hidrocarburos 2006 como precedente del régimen que se disponían a aprobar (ver las actas correspondientes a la sesión de la Cámara de Senadores del 22-11-06 y a la sesión de la Cámara de Diputados del 6-12-06).

(20) No obstante, en tanto ha sido el fruto de un compromiso entre la Nación y las provincias, no deja de ser cierto que la redacción de la ley deja suficiente espacio para el conflicto (conf. Romano, Francisco J., New Developments in the Argentine Oil and Gas Regulatory Framework: The New Short Law and Beyond, en [www.aipn.org/documents/attachments/Short\\_Law\\_7172007102714.pdf](http://www.aipn.org/documents/attachments/Short_Law_7172007102714.pdf)).

(21) Conf. Quiroga Lavié, Humberto, Constitución de la Nación Argentina comentada, 4ª ed. actualizada, Buenos Aires, Zavalía, 2007, pág. 623; y Prieto, Hugo N., El dominio originario de los recursos naturales. La titularidad de las provincias y sus consecuencias en materia de hidrocarburos, La Ley Suplemento Constitucional 2005, pág. 11 y sigs. Debe señalarse, no obstante, que este último autor entiende que, además de la propiedad de los recursos naturales como derecho real de dominio, el art. 124 de la Constitución comprende el dominio eminente (ver trab. cit., pág. 13).

(22) Conf. Catalano, Edmundo F., Código de Minería (comentado), 10ª ed., Buenos Aires, Zavalía, 2006, págs. 76-78. Es menester aclarar, sin embargo, que en el marco de las profundas reflexiones que dedica a escrudinar la naturaleza del dominio minero del Estado, Catalano no llega a sostener la completa y total identificación de dicha noción con el dominio público. El autor observa, más bien, una marcada participación de los criterios y características del dominio público (entre ellos, su carácter inalienable e imprescriptible) en el régimen jurídico minero, aunque no sin reconocer la especificidad propia de este último, al que califica de preponderantemente público (cit., pág. 66 y sigs.).

(23) Conf. Saravia, Luis Adolfo, El petróleo y las provincias, en LL, 1999-B-1182 y sigs.

(24) Conf. art. 10 del cód. de minería.

(25) La caracterización del dominio originario sobre los yacimientos de hidrocarburos como inalienable e imprescriptible es, en efecto, acertada. El Estado titular de dicho dominio no puede transferirlo, sino únicamente ceder su explotación, con la consiguiente apropiación del producto obtenido por parte de quien explota los recursos en cuestión.

(26) En igual sentido, ver Cassagne, Juan Carlos, El dominio de los yacimientos de hidrocarburos (su relación con las potestades nacionales y provinciales y los derechos de los concesionarios), diario La Ley del 30-5-07, pág. 3.

(27) Para profundizar sobre la noción de dominio eminente puede recurrirse a Villegas Basavilbaso, B., Derecho..., cit., págs. 9-14.

(28) Conf. Catalano, E. F., Código de Minería..., cit., pág. 68.

(29) Así, el dominio derivado en materia minera ha sido identificado con el llamado dominio útil, en tanto se traduce en la práctica en un derecho de explotación del recurso sobre el cual recae (conf. Cassagne, J. C., El dominio de los yacimientos de hidrocarburos..., cit., pág. 2). La caracterización y naturaleza jurídica de los derechos que, con carácter derivado, adquieren los particulares sobre los hidrocarburos ofrece, por su parte, un interesante campo de análisis, que excede a la cuestión propuesta para este

trabajo.

(30) Conf. Catalano, E. F., Código de Minería..., cit., págs. 72-73.

(31) En consonancia con ello se observa que el dominio originario del Estado existe antes, durante y después de la concesión mediante la cual el propio Estado otorga una propiedad particular en favor de un tercero sobre el bien en cuestión (conf. Pigretti, Eduardo A., Código de Minería y Legislación de Hidrocarburos Comentados, 4ª ed. actualizada y ampliada, La Ley, 2004, pág. 48).

(32) En igual sentido, ver Catalano, E. F., Código de Minería..., cit., págs. 76-77.

(33) Conf. art. 75, inc. 12.

(34) Es de esa opinión, entre otros, Prieto, H. N., El dominio originario de los recursos naturales..., cit., págs. 14-15.

(35) Remito a la lectura de las actas de la Convención Nacional Constituyente reunida en Santa Fe en 1994, en particular, de los discursos de los convencionales Richard G. Battagion (págs. 3210-3217), Fernando Saravia Toledo (págs. 3716-3720), María Cristina Arellano (págs. 3720-3723), Cristina Fernández de Kirchner (págs. 3857-3858), Ennio Pedro Pontussi (págs. 3862-3863) y Antonio Achem (pág. 3866). Una reseña de las posiciones más salientes puede verse, también, en De Simone, Orlando, El dominio originario de los recursos naturales, en LL, 1997-C-1440 y sigs.

(36) Conf. Cassagne, J. C., El dominio de los yacimientos de hidrocarburos..., cit., pág. 2.

(37) Conf. Fallos: 301:341 y 311:1265.

(38) Participan de la misma opinión, entre otros, Ekmekdjian, Miguel Ángel, Tratado de derecho constitucional, Buenos Aires, Depalma, 1997, t. IV, págs. 501-502; Cassagne, J. C., El dominio de los yacimientos de hidrocarburos..., cit., pág. 2; De Simone, O., El dominio de los hidrocarburos y la ley 26.197, en Revista del Colegio de Abogados, julio de 2007, págs. 72-78; Saravia, L. A., El petróleo y las provincias..., cit.; y Rosatti, Horacio, Tratado de derecho municipal, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, t. I, pág. 332.

(39) Ver su art. 1º.

(40) Conf. arts. 1º, párr. 1º, 5º y 22 de la ley 24.145. Para algunos casos especiales, la transferencia efectiva del dominio a las provincias había quedado supeditada al vencimiento de los plazos legales y contractuales de los permisos de exploración o de las concesiones de explotación otorgadas por el Estado Nacional (art. 1º, aps. a], b] y c], ley 24.145). Sólo para el caso de las áreas cedidas a las provincias en virtud de lo establecido en el art. 20 del decreto 1055/89 (áreas abandonadas o de escasas reservas) la transferencia se produciría ope legis (art. 22, último párrafo, ley 24.145).

(41) Me refiero a la reforma introducida por la ley 26.197. En opinión que comparto, la doctrina se ocupó de señalar que pese a la ausencia de una derogación expresa, la aprobación del nuevo art. 124 de la Constitución Nacional supuso la pérdida de vigencia del art. 1º de la ley 17.319, en cuanto declaraba del dominio del Estado Nacional los yacimientos de hidrocarburos existentes en todo el territorio argentino (conf. Prieto, H. N., El dominio originario de los recursos naturales..., cit., págs. 17-18). Otro tanto se sostuvo, con similar fundamento, respecto de los condicionamientos para la efectiva transferencia del dominio originario de los hidrocarburos a las provincias previstos en la ley 24.145, los que también habrían quedado derogados, implícitamente, a partir de la entrada en vigencia de la reforma constitucional, en razón de su inconstitucionalidad sobreviniente (conf. Francavilla, Ricardo H., Responsabilidad del Estado federal por la transferencia de los recursos naturales a las provincias, en RAP, nº 326, pág. 314).

(42) A título de ejemplo, cito el decreto 1955/94, que aprobó el régimen transitorio para la adjudicación de áreas de transferencia; y el decreto 546/03, mediante el cual se reconoció a las provincias el derecho de otorgar permisos de explotación y concesiones de exploración, almacenaje y transporte de hidrocarburos en sus respectivas jurisdicciones, si bien conservó en la órbita nacional la facultad de definir la política para el sector y de reglamentar la exploración, explotación y transporte de hidrocarburos.

(43) El próximo apartado de este trabajo ofrecerá varios ejemplos de la normativa provincial a la que se hace alusión.

(44) Tal fue el caso de las provincias de Mendoza, Neuquén, San Juan, San Luis y Santiago del Estero, conforme se verá posteriormente.

(45) Arg. arts. 75, inc. 12, y 126.

(46) Conf. Fallos: 301:341 y 311:1265.

(47) Conf. Fallos: 278:62.

(48) Tal ha sido el caso de las provincias de Neuquén (ley 2453, publicada en el Boletín Oficial de la provincia del 26-3-04), San Juan (ley 7620, B.O. del 27-9-05, modificada por ley 7689, B.O. del 28-4-06), Mendoza (ley 7526, B.O. del 10-5-05), San Luis (ley VIII-541-2006, B.O. del 29-12-06) y Santiago del Estero (ley 6873, B.O. del 10-1-08). La actitud asumida por estas provincias desatiende la tesis reiteradamente expuesta por la Corte Suprema, conforme a la cual, una vez sancionados los Códigos Civil, Comercial, Penal y de Minería, es indudable que las provincias no están facultadas para legislar sobre la materia (conf. Fallos: 147:29; 149:54; 156:20; 159:326; 184:223; 186:531; 197:260 y 235:296).

(49) Conf. art. 2º de la ley 7526 de la Provincia de Mendoza, art. 2º de la ley VIII-541-2006 de la Provincia de San Luis, y art. 2º de la ley 6873 de la Provincia de Santiago del Estero. Un ejemplo a destacar es el de la Provincia de San Juan, que enmendó una tesitura inicial análoga a las anteriores (ver el art. 10, ley 7620 de dicha provincia) mediante la reforma legislativa por la cual se dispuso que "la ley 17.319, sus normas reglamentarias, complementarias y modificatorias, constituyen la legislación de fondo en materia de

hidrocarburos, en un todo de acuerdo a lo establecido en los arts. 31 y 75, inc. 12 de la Constitución Nacional” (art. 1º, ley provincial 7689). Por su parte, la Provincia del Neuquén adoptó un temperamento más cauto que las primeras, al encomendar a la Fiscalía de Estado la adopción de “los recaudos conducentes a solicitar la declaración de inconstitucionalidad de todas las normas federales que se opongan al libre ejercicio de los derechos del Estado provincial consagrados en la Constitución Nacional, en la Constitución provincial, y los que son materia de la presente ley” (art. 135, ley 2453 de la provincia referida).

(50) Art. 75, inc. 12.

(51) Arg. arts. 5º y 122.

(52) Vale la pena recordar, en su literalidad, la cláusula constitucional referida, según la cual “el Presidente de la Nación (...) 2. Expide las instrucciones y reglamentos que sean necesarios para la ejecución de las leyes de la Nación...”. No obstante, la práctica constitucional muestra que no sólo el Poder Ejecutivo, sino también los restantes órganos de la Administración cuando cuentan con la debida habilitación, emiten reglamentos de carácter ejecutivo (conf. Santiago, Alfonso [h.], Régimen constitucional de los reglamentos ejecutivos, en AA.VV., Fuentes de derecho administrativo, dirigida por Gustavo Boullade, Buenos Aires, LexisNexis, 2007, págs. 287-290).

(53) Conf. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 5ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2003, t. I, págs. 280-281; y Cassagne, Juan Carlos, La potestad reglamentaria en la Constitución de 1853 y su evolución posterior tras la reforma de 1994, en AA.VV., Fuentes de derecho administrativo, cit., pág. 97.

(54) Conf. el art. 6º de la citada ley 26.197.

(55) De hecho, la doctrina ha admitido que el principio de que el Poder Ejecutivo nacional no puede reglamentar los códigos de fondo admite excepciones (conf. Santiago, Alfonso [h.], Régimen constitucional..., cit., pág. 292, y demás autores allí citados), aclarando, incluso, que los reglamentos ejecutivos de leyes comunes pueden tener alcance nacional cuando la ley que reglamentan expresamente haya previsto ese alcance y existan motivos razonables para que ello sea así (ídem, pág. 293).

(56) Arg. art. 75, inc. 12.

(57) Fallos: 187:449; 190:301 y 417; y 234:166.

(58) Conf. art. 2º, último párrafo, de la ley 26.197, y con anterioridad el art. 3º de la ley 17.319. En mi opinión, en efecto, tal encomienda no comporta una delegación de facultades legislativas, ya que en ese caso la norma que la contiene no superaría el test de constitucionalidad a la luz de los recaudos exigidos por el art. 76 de la Constitución Nacional. La disposición legal referida sólo puede ser leída, entonces, como un esfuerzo del legislador por anticiparse a las controversias que, en su ausencia, podrían plantearse acerca de si compete al Poder Ejecutivo nacional o a sus pares de cada provincia el diseño y aprobación de las normas que contengan la política energética en cuestión.

(59) A este respecto, la doctrina ha señalado que las disposiciones legales que designan a un determinado órgano de la Administración como “autoridad de aplicación” deben ser interpretadas como asignaciones de competencia material en lo que respecta a la aplicación administrativa de la ley respectiva, “lo que supone también la competencia para dictar normas a los efectos de aquella aplicación” (conf. Barra, Rodolfo Carlos, Tratado de derecho administrativo, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo Depalma, 2002, t. 1, pág. 565).

(60) Art. 99, inc. 2º, de la Constitución Nacional.

(61) Conf. Fallos: 304:1186 y 305:1847.

(62) Conf. Ábalos, María Gabriela, Los recursos naturales y las facultades nacionales, provinciales y municipales en el federalismo argentino: algunas consideraciones, en El Derecho, del 7-6-07, pág. 5; y Francavilla, R. H., Responsabilidad del Estado federal por la transferencia de los recursos naturales..., cit., págs. 305 y 316.

(63) Recuérdese que el referido art. 97 de la ley 17.319 establecía que “la aplicación de la presente ley compete a la Secretaría de Estado de Energía y Minería o a los organismos que dentro de su ámbito se determinen”, mientras que el art. 98 de la misma confería, con carácter excepcional y en forma privativa, ciertas atribuciones específicas al Poder Ejecutivo nacional.

(64) Francavilla es de la misma opinión, en tanto señala que “las provincias deben ser la autoridad de aplicación, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional, de la legislación federal que regule esta materia” (ver su trabajo Responsabilidad del Estado..., cit., pág. 316).

(65) Art. 2º de la ley cit.

(66) Art. 3º de la misma ley 26.197. El precepto parcialmente transcrito sugiere que, aun cuando el sujeto que encarna ambas condiciones resulte ser el mismo, podría existir una diferencia entre “autoridad concedente” y “autoridad de aplicación”. Si bien no es sencillo percibir en qué ha de traducirse semejante distinción, la diferencia tal vez pueda visualizarse a través de la identificación de alguna facultad provincial que, siendo inherente a la calidad de autoridad de aplicación de la ley, no derive de la condición de concedente de un área hidrocarburífera específica.

(67) Conf. el art. 6º de la ley 26.197.

(68) Conf. art. 2º, párr. 3º, de la ley referida.

(69) Conf. el art. 6º, ap. iv), de la ley 26.197.

(70) Conf. Cassagne, Juan Carlos, Derecho administrativo, 7ª ed. actualizada, Buenos Aires, LexisNexis -

Abeledo-Perrot, 2002, t. II, pág. 320.

(71) Ver Durand, Julio C., Sobre los conceptos de “policía”, “poder de policía” y “actividad de policía”, en la revista Derecho Administrativo, n° 51, págs. 182-184.

(72) Conf. Mayer, Otto, Derecho administrativo alemán, Buenos Aires, Depalma, 1950, t. II, pág. 37 y sigs.

(73) Conf. Fallos: 320:786. En el precedente citado, el más alto tribunal señaló que “la competencia de las provincias para establecer el salario mínimo de los médicos que trabajan en relación de dependencia en territorio provincial, reconoce excepción cuando se configure alguna de las siguientes dos hipótesis: a) que el Congreso de la Nación inequívocamente prohíba, con base en la ‘cláusula del progreso’ prevista en el inc. 18 del art. 75 de la Constitución Nacional, que dicho poder sea ejercido por las provincias; b) o se demuestre que, por las circunstancias del pleito, la normativa provincial dificulta o impide el adecuado cumplimiento de los propósitos del Congreso de la Nación contenidos en la normativa federal con fundamento en la citada ‘cláusula del progreso’ (considerando 12 del voto mayoritario).

(74) Conf. Fallos: 321:3108, consid. 14.

(75) Para ampliar, remito a mi libro Ayudas públicas (Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado), Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

(76) Arg. arts. 75, inc. 18, y 125 de la Constitución Nacional. Sobre la base de esta superposición de poderes es que se observa la coexistencia de regímenes promocionales creados por el Congreso de la Nación (v. gr., la ley 26.154), con otros dispuestos por los cuerpos legislativos provinciales con alcance, como es lógico, dentro de las respectivas jurisdicciones (pueden citarse, a título de ejemplo, el art. 14 de la ley 7620 de San Juan, y los arts. 40 y sigs. de la ley VIII-541-2006 de San Luis).

(77) Conf. Balbín, Carlos F., Curso de derecho administrativo, Buenos Aires, La Ley, 2007, t. I, pág. 679.

(78) En la instrumentación del diseño constitucional en materia ambiental, merece destacarse la sanción de la ley 25.675, denominada “Ley general del ambiente”. En el marco de dicha ley se creó el Consejo Federal de Medio Ambiente (COFEMA), destinado a cumplir una labor primordial en lo atinente a la coordinación y concertación de los intereses y políticas medioambientales entre las distintas jurisdicciones (ver, en particular, los arts. 9° y 23 de la ley citada).

(79) Conf. Gelli, María Angélica, Constitución de la Nación Argentina (comentada y concordada), 2ª ed. ampliada y actualizada, Buenos Aires, La Ley, 2003, págs. 364-366.

(80) Fallos: 322:2862.

(81) Conf. Fallos: 329:2280; 318:992; y, más recientemente, la sentencia de fecha 25-9-07 dictada por la Corte Suprema en los autos “ASSUPA c. San Juan, Provincia y otros s/daños y perjuicios”.

(82) Conf. Cernello, Maximiliano E., Competencia regulatoria y jurisdiccional en materia de regalías hidrocarburíferas, en elDial.com. Vale la pena señalar, sin embargo, que recientemente y en un fallo dividido, la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha inclinado por la postura que niega naturaleza tributaria a las regalías hidrocarburíferas (conf. “Neuquén, Provincia del c. Capex S.A. s/cobro de regalías”, sentencia del 11-12-07).

(83) Conf. Cassagne, J. C., El dominio de los yacimientos..., cit., págs. 3-4; Prieto, H. N., El dominio originario..., cit., págs. 21-23; y Francavilla, R. H., Responsabilidad del Estado federal..., cit., pág. 305.

(84) Conf. arts. 2°, párr. 2°, y 6°, ap. ii), de la ley 26.197.

(85) En ese sentido, ver Cassagne, J. C., El dominio de los yacimientos..., cit., pág. 6.

(86) Art. 3° de la ley 17.319 y art. 2° de la ley 26.197.

(87) Conf. las sentencias interlocutorias dictadas por la Corte en las causas “YPF S.A. c. Neuquén, Provincia del s/medida cautelar”, “Pluspetrol S.A. c. Neuquén, Provincia del s/incidente de medida cautelar”, “Total Austral S.A. c. Neuquén, Provincia del s/medida cautelar”, y “Pioneer Natural Resources Argentina S.A. c. Neuquén, Provincia del s/medida cautelar”, todas de fecha 31-10-06; y las dictadas en las causas “Petrobras Energía S.A. c. Neuquén, Provincia del s/acción declarativa - incidente sobre medida cautelar”, y “Petrobrera Entre Lomas S.A. c. Neuquén, Provincia del s/acción declarativa - incidente sobre medida cautelar”, ambas del 5-6-07. En sentido análogo, puede verse, también, la decisión de la Corte recaída el 29-5-07 en los autos “Capex Sociedad Anónima c. Neuquén, Provincia del s/acción declarativa de certeza”.

(88) Si bien los arts. 59 y 62 de la ley 17.319 hacen recaer en el Poder Ejecutivo nacional la atribución de reducir hasta el 5% el porcentaje del 12% fijado para las regalías petroleras y gasíferas, respectivamente, es evidente que tal solución era la única coherente dentro del marco de la ley mencionada. La presencia de dicha norma, sin embargo, no constituye obstáculo, en mi opinión, para la alternativa señalada en el texto, más acorde al statu quo imperante luego de la reforma constitucional de 1994.

(89) Art. 6° de la ley 25.561.

(90) Un ejemplo de ello puede encontrarse en los valores de referencia y de corte para los hidrocarburos fijados por la resolución 394/07 del Ministerio de Economía y Producción de la Nación. Dicho reglamento supuso un significativo incremento de los derechos de exportación de los hidrocarburos y una correlativa disminución de las regalías percibidas por las provincias, a punto tal que fue menester que la Subsecretaría de Combustibles de la Nación dictara la disposición 1/08 para mitigar el referido perjuicio de las provincias.

(91) Arts. 57 y 58, respectivamente, de la citada ley 17.319.

(92) Ver los arts. 4°, in fine, y 6°, ap. ii), de la ley 26.197.

(93) Cabe citar, por ejemplo, el caso de ley 6873 de la Provincia de Santiago del Estero (arts. 24 a 26), de

la ley 2453 de la Provincia del Neuquén (arts. 59 y 60), la ley 7526 de la Provincia de Mendoza (art. 21), la ley VIII-541-2006 de la Provincia de San Luis (arts. 24 a 26), y el decreto 68/08 de la Provincia de Chubut. (94) El canon constituye, en efecto, un factor de innegable relevancia en la conformación de la ecuación económica del negocio petrolero, de manera que su valor a lo largo de las sucesivas etapas de la actividad exploratoria o productiva juega como un elemento crucial -de incentivo o de desaliento- para la toma de decisiones de los operadores del sector.

(95) Conf. el art. 102 de la ley 17.319.

(96) Vale la pena señalar que en los considerandos de dicho decreto se reafirma que “la ley 17.319 sólo puede ser reglamentada por el Poder Ejecutivo Nacional, sin perjuicio del carácter de Autoridad de Aplicación que la ley 26.197 ha otorgado a las Provincias, respecto de las concesiones y permisos otorgados en sus respectivos territorios”.

(97) Conf. Marienhoff, Miguel S., Tratado de derecho administrativo, 6ª ed. actualizada, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1997, t. IV, págs. 86 y 96-97.

(98) Es el propio Marienhoff quien postula la idea de que, en virtud de la finalidad a la cual responden, la Nación puede crear servidumbres sobre bienes situados en jurisdicción provincial (Tratado de derecho administrativo..., cit., págs. 104-105).

(99) El Poder Ejecutivo nacional ha dictado, a lo largo del tiempo, una serie de decretos tendientes a fijar el valor indemnizatorio debido a los superficiarios, en cumplimiento a la encomienda señalada. Así lo hizo, en efecto, al emitir los decretos 456/71 (B.O. 24-6-71); 3161/77 (B.O. 13-10-77); 642/78 (B.O. 17-3-78); 2078/80 (B.O. 13-10-80); 1558/82 (B.O. 10-1-83); 1755/85 (B.O. 18-9-85); 504/86 (B.O. 23-4-86); 1757/90 (B.O. 6-9-90); 860 y 861/96 (B.O. 31-7-96); y 12/05 (B.O. 14-1-05).

(100) Ver, por ejemplo, el art. 31, inc. e), de la ley 7526 de la Provincia de Mendoza; el art. 3º, inc. d), del decreto ley 3/07 de la provincia de Río Negro; el art. 9º de la ley 2183 de la provincia del Neuquén.

(101) Tal ha sido el caso, en efecto, de la resolución 1448/07 emanada del Ministerio de la Producción de la Provincia de Río Negro. Vale la pena recordar, a este respecto, la doctrina sentada años atrás por la Procuración del Tesoro de la Nación con relación al derecho a indemnización de los superficiarios previsto en el régimen legal motivo de análisis, conforme a la cual las disposiciones de la ley 17.319 “si bien autorizan al Poder Ejecutivo a determinar las tarifas de esos resarcimientos, no las imponen con carácter obligatorio, sino que dejan -expresamente- librada su aceptación al acuerdo entre las empresas y los superficiarios” (Dictámenes 230:155, del 14-9-99).

© Copyright: El Derecho