

## PODERES DE REGULACIÓN NACIONALES Y PROVINCIALES BAJO EL NUEVO RÉGIMEN DE HIDROCARBUROS\*

### NATIONAL AND PROVINCIAL REGULATORY POWERS UNDER THE NEW HYDROCARBONS REGIME

Por IGNACIO M. DE LA RIVA\*\*

*Resumen:* Los cambios al régimen de los hidrocarburos introducidos por la ley 27007 mantienen un delicado equilibrio entre la potestad regulatoria federal y los poderes de las autoridades de aplicación locales.

*Palabras clave:* Dominio originario. Jurisdicción. Autoridad de aplicación. Política energética. Empresa pública.

*Abstract:* Law No. 27007, which amended the hydrocarbons regime, keeps a delicate balance between federal regulatory powers and those of the local governments.

*Key words:* Original domain. Jurisdiction. Applicatory authorities. Energy policy. Public enterprise.

#### § 1. DOMINIO Y JURISDICCIÓN: LAS DOS COORDENADAS DEL PLANO DE LOS PODERES EN MATERIA DE HIDROCARBUROS EN NUESTRO SISTEMA FEDERAL

La puja entre los distintos sectores que se enfrentaron durante el debate que precedió a la sanción de la reciente ley de reforma<sup>1</sup> de la Ley Federal de Hidrocarburos 17319, de 1967 comportó un nuevo capítulo de la tradicional tensión entre las aspiraciones del gobierno federal y de las provincias que, invariablemente, aflora en nuestro país cada vez que se acomete un cambio sustantivo de las normas que rigen la materia.

La rotunda definición del constituyente de 1994, al declarar que “corresponde a las provincias el dominio originario de los recursos naturales exis-

\* Recibido el 30/12/2014. Aceptado el 9/3/2015.

\*\* Abogado (Universidad de Buenos Aires, 1987). Magister en Derecho Administrativo (Universidad Austral, 1993). Doctor en Derecho (Universidad de Valladolid, España, 2002). Profesor titular de Derecho Administrativo (Pontificia Universidad Católica Argentina). Socio del estudio “Cassagne-Abogados”. Correo electrónico: idlr@cassagne.com.ar.

<sup>1</sup> Ley 27007, de 2014.

tentes en su territorio”<sup>2</sup>, estuvo lejos, como se sabe, de aportar una solución definitiva para dicha confrontación. Ello, en parte, debido a las dificultades interpretativas acerca del exacto sentido y alcance de la locución “dominio originario”<sup>3</sup> adoptada, pero en razón, también, de la omisión de explicitar en la cláusula insertada que el dominio referido no abarca la jurisdicción sobre esos mismos recursos.

La porción más sustanciosa de los poderes jurisdiccionales, en efecto, aun luego de la reforma constitucional aludida, se mantienen en manos del Congreso de la Nación, investido por el propio constituyente de la facultad de dictar el Código de Minería<sup>4</sup>, que comprende el marco legal de los hidrocarburos<sup>5</sup>. No obstante, dado el carácter esencialmente fraccionable de la jurisdicción, expresado en el caso de manera inequívoca en la propia cláusula constitucional aplicable<sup>6</sup>, la potestad legislativa asignada con exclusividad al legislador federal no empece al simultáneo reconocimiento de otros poderes de ordenación en cabeza de las autoridades provinciales<sup>7</sup>. El más relevante entre estos últimos radica en el ejercicio de las atribuciones que hacen a la *autoridad de aplicación* del régimen dentro del respectivo territorio provincial, correlato ineludible del reconocimiento del dominio originario dispuesto por la cláusula constitucional más arriba transcrita.

Esta disociación entre dominio y jurisdicción, agravada por la dispersión de los poderes que hacen al ejercicio de la segunda, determina un cuadro caracterizado por el entrecruzamiento de atribuciones nacionales y locales no siempre sencillo de dilucidar, dificultad que se profundiza en razón del permanente afán de ambas órbitas de reivindicar para sí el mayor caudal de prerrogativas posible<sup>8</sup>. El panorama resultante, en suma, ofrece un confuso

<sup>2</sup> Artículo 124, último párrafo, de la Constitución nacional.

<sup>3</sup> Entre los diversos autores que se han ocupado del tema, traigo a colación a CASSAGNE (2010) p. 11; DE SIMONE (1997) p. 1440; PRIETO (2005) p. 11; SACRISTÁN (2014) p. 152; REBASA y CARBAJALES (2011) pp. 1170-1173; DIANA (2012) pp. 1173-1174; y DE LA RIVA (2008) p. 6.

<sup>4</sup> Artículo 75, inciso 12, de la Constitución nacional. MACÍAS y SCHIARITI (2014), en pp. 19-20, mantienen una postura distinta a la expuesta en el texto, en tanto estiman que la competencia del Congreso Nacional para regular la materia no proviene de la cláusula constitucional referida, sino de los incisos 13, 18, 19 y 32 del mismo artículo 75.

<sup>5</sup> Así lo ha interpretado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los fallos recaídos en las causas *Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Mendoza, Provincia de y otros s/nulidad de concesión minera* (1979), y *Mendoza, Provincia de c/Estado Nacional s/inconstitucionalidad* (1988), entre otros.

<sup>6</sup> El referido artículo 75, inciso 12, de la Constitución nacional se ocupa puntualmente de aclarar, en efecto, que la potestad que se confiere al legislador nacional de dictar los distintos códigos de fondo le es atribuida “sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”. Ver, en igual sentido, EGEA (2009) p. 1172.

<sup>7</sup> Cito como ejemplo la competencia de las provincias para dictar las normas que hacen a la protección del medio ambiente aplicables a la industria de los hidrocarburos, sin perjuicio de la atribución del legislador nacional para establecer los presupuestos mínimos que habrá de respetar la normativa local (cfr. el artículo 41 de la Constitución nacional).

<sup>8</sup> Este temperamento invasivo de atribuciones ajenas exhibe su grado máximo en el dictado de leyes de hidrocarburos provinciales, en franca contradicción con el régimen constitucional

reparto de poderes entre la Nación y las provincias, estructurado sobre las siguientes premisas básicas: *i*) potestad del Congreso de la Nación de sancionar el régimen sustantivo que regula la explotación de los recursos hidrocarburos<sup>9</sup>; *ii*) competencia de las provincias (o de la Nación, cuando se trate de recursos del dominio nacional) para actuar como autoridad de aplicación de dicho régimen federal<sup>10</sup>; *iii*) facultad del Poder Ejecutivo nacional para fijar la política energética del país<sup>11</sup>; y *iv*) poderes concurrentes de ambas órbitas en materia de policía<sup>12</sup>, fomento<sup>13</sup>, medio ambiente<sup>14</sup> y tributación<sup>15</sup>.

§ 2. LA LEY 27007 COMO EXPRESIÓN DE LA POTESTAD  
DEL CONGRESO DE LA NACIÓN PARA DICTAR  
EL RÉGIMEN FEDERAL DE LOS HIDROCARBUROS

El régimen contenido en la recientemente aprobada ley 27007 integra y complementa el marco sustantivo de los hidrocarburos diseñado por el Congreso Nacional hace casi medio siglo<sup>16</sup>, régimen cuyas disposiciones en muchos casos aquel texto legal modifica de manera expresa.

El Título I de la ley comentada introduce, en efecto, una profunda reforma de los contornos de las figuras clásicas del sistema, como es el caso de los títulos de exploración (permiso)<sup>17</sup> y explotación (concesión)<sup>18</sup> de los hidrocarburos, el proceso licitatorio previsto para su otorgamiento<sup>19</sup>, el canon<sup>20</sup> y las regalías<sup>21</sup> a cargo de los permisionarios y concesionarios, y la reserva de

(arg. art. 126, Const. nac.). A título de ejemplo, cabe mencionar las leyes de hidrocarburos sancionadas por las provincias de Neuquén (ley 2453, de 2004), San Juan (ley 7620, de 2005), Mendoza (ley 7526, de 2006), San Luis (ley VIII-541-2006, de 2006) y Santiago del Estero (ley 6873, de 2007).

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, las provincias no están facultadas para legislar sobre la materia. Cfr. el fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación recaído en la causa *Orden, Manuel de la c/Ingenio San Isidro S.R.L. s/ordinario – cumplimiento de contrato y cobro de pesos* (1956) y demás precedentes que en él se citan.

<sup>9</sup> Artículo 75, inciso 12, de la Constitución, ya citado.

<sup>10</sup> Ley 26197, arts. 2°, 4° y 6°; y ley 27007, de 2012, arts. 5°, 6°, 7°, 13, 16, 18, 26, 28, 29 y 31.

<sup>11</sup> Ley 17319, art. 3°; ley 26197, de 2006, art. 2°, último párrafo; y ley 26741, de 2012, art. 2°.

<sup>12</sup> Artículos 75, incisos 18 y 32; 121 y 125, de la Constitución nacional.

<sup>13</sup> Idem. anterior.

<sup>14</sup> Artículos 41 de la Constitución nacional, y 23 de la ley 27007.

<sup>15</sup> Artículos 75, incisos 1° y 2°, de la Constitución nacional; y 24 de la ley 27007.

<sup>16</sup> Léase, la ley 17319.

<sup>17</sup> Ley 27007, arts. 1°, 2° y 3°.

<sup>18</sup> Ley 27007, arts. 4°, 5°, 6°, 7°, 8°, 9° y 10.

<sup>19</sup> Ley 27007, arts. 11, 12 y 13.

<sup>20</sup> Ley 27007, art. 14.

<sup>21</sup> Ley 27007, arts. 16 y 17. También se refieren al régimen de las regalías los arts. 27 y 28, pertenecientes al Título III de la ley comentada.

áreas en favor de entidades o empresas públicas<sup>22</sup>. El mismo título incorpora, a su vez, el tratamiento de aspectos novedosos, como la regulación de la exploración y explotación no convencional de hidrocarburos<sup>23</sup>, o la imposición de la obligación de pago de un “bono” a cargo del concesionario por la prórroga de la concesión o por la realización de actividades complementarias de explotación convencional dentro de la concesión de explotación no convencional que se le hubiera otorgado, exigible a partir del vencimiento del período de vigencia de la concesión original<sup>24</sup>.

De este modo, la Ley Federal de Hidrocarburos y sus normas complementarias y reglamentarias continúa siendo, como es debido, el marco jurídico conforme al cual las provincias (y el Estado nacional, en su caso) han de ejercer las prerrogativas que les corresponden en su calidad de dueñas originarias de los recursos hidrocarburíferos. Por expresa voluntad del constituyente, tal régimen legal sustantivo ha de ser único para todo el país, en consonancia con la fisonomía impresa a nuestro sistema federal, que se aparta en este punto del modelo norteamericano, donde la legislación de fondo es propia y particular de cada Estado federado.

Es del caso añadir que la uniformidad de régimen pregonada sólo queda garantizada en tanto se reconozca, también, la facultad exclusiva del Poder Ejecutivo nacional de dictar las normas reglamentarias que sea menester para la aplicación de la legislación de fondo aludida<sup>25</sup>. No se olvide, en este sentido, que la Corte Suprema de Justicia de la Nación califica a las disposiciones de los decretos reglamentarios como parte integrante de la misma ley que reglamentan<sup>26</sup>.

### § 3. PODERES INHERENTES A LA CONDICIÓN DE AUTORIDAD DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN

Como no podía ser de otro modo, en términos generales la ley 27007 se ha cuidado de no avasallar los poderes de las provincias, emanados de la calidad de autoridad de aplicación del régimen que les cabe.

Cierto es, sin embargo, que dichas atribuciones, expresamente reconocidas por el legislador nacional al sancionar la ley 26197<sup>27</sup>, se habían visto amenazadas a partir del dictado del decreto 1277 de 2012, que creó la Comisión de Planificación y Coordinación Estratégica del Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas (CPCEPNIH) y le asignó tareas de fiscalización

<sup>22</sup> Ley 27007, art. 18.

<sup>23</sup> Ley 27007, arts. 1º, 4º, 5º, 7º, 9º, 15, 16, 19, 28 y 29.

<sup>24</sup> Ley 27007, art. 15.

<sup>25</sup> Sobre esta delicada cuestión, remito para un análisis más detenido a DE LA RIVA (2008) p. 8.

<sup>26</sup> *Crespi Hnos. y Cía. s/recurso contencioso c/resolución de la Dirección de Vinos* (1956), y demás fallos citados en dicho precedente.

<sup>27</sup> Ver los arts. 4º y 6º de la citada ley 26197.

sobre las actividades de exploración y explotación de hidrocarburos en todo el territorio nacional que claramente se superponen con las que son propias de las autoridades de aplicación provinciales<sup>28</sup>. En este punto, contra la tónica general aludida en el párrafo anterior, es de lamentar que la ley 27007 haya ratificado el rumbo trazado por el Poder Ejecutivo nacional<sup>29</sup>, consintiendo así que el *statu quo* generado por ese –a mi juicio– indebido avance de la órbita nacional persista bajo el nuevo marco legal. Tal duplicación de injerencias públicas sobre una misma actividad industrial conspira, como se comprenderá, contra la eficiencia de los mecanismos de control, dando cabida incluso a la posibilidad de que los operadores deban atender a diversas imposiciones públicas no del todo compatibles entre sí<sup>30</sup>.

Al margen de la circunstancia apuntada, la sanción de la ley 27007 ha venido a ratificar ampliamente, según adelanté, las incumbencias de la autoridad de aplicación local en una serie de materias que hacen al cometido propio de dicha función. A título ilustrativo, es dable destacar que los preceptos del referido marco legal consagran de forma expresa:

a) la atribución de la autoridad de aplicación de confeccionar los pliegos licitatorios para la adjudicación de áreas de exploración y explotación de hidrocarburos<sup>31</sup>;

b) la de tramitar los pertinentes procedimientos licitatorios, con la expresa facultad de solicitar mejoras a los oferentes, adjudicar el área a quien haya presentado la oferta más conveniente, o bien rechazar todas las ofertas<sup>32</sup>;

c) la de fijar los plazos de los permisos de exploración en cada licitación, dentro de los rangos máximos previstos por el propio legislador<sup>33</sup>;

d) la prerrogativa –reservada en este caso al Poder Ejecutivo nacional o provincial, según corresponda– de otorgar concesiones de explotación a los permisionarios que descubran yacimientos comercialmente explotables<sup>34</sup>, como también la de otorgar concesiones de explotación no convencional a los titulares de permisos de exploración o concesiones de explotación de hidrocarburos que lo solicitaren con arreglo a la ley<sup>35</sup>;

e) la facultad de aprobar los planes piloto presentados por los concesionarios de explotación no convencional, a ejecutarse en un período de hasta cinco años al comienzo de la concesión<sup>36</sup>;

<sup>28</sup> Ver, en particular, los arts. 2°, 3°, 6°, 11, 12, 13, 14, 15 y 31 del mencionado decreto 1277/2012. La crítica sentada en el texto es compartida por MACÍAS y SCHIARITI (2014) pp. 23 y 28.

<sup>29</sup> Se trata, pues, de un aval no meramente tácito, sino reflejado en el propio articulado de la ley 27007, que expresamente confiere a la CPCEPNIH funciones que interfieren sobre las que, en rigor, deberían quedar reservadas a las autoridades de aplicación locales (ver, en particular, el art. 6° de la ley citada).

<sup>30</sup> En similares términos se expresa CABRAL (2014) p. 8.

<sup>31</sup> Ley 27007, art. 12.

<sup>32</sup> Ley 27007, art. 13.

<sup>33</sup> Ley 27007, art. 1°.

<sup>34</sup> Ley 27007, art. 7°, y concordantes de la ley 17319.

<sup>35</sup> Ley 27007, arts. 4° y 5°.

<sup>36</sup> Ley 27007, art. 9°, inc. b.

f) la potestad —propia del órgano ejecutivo de la órbita pertinente— de reducir las regalías hasta el 5 %, en función de la productividad, condiciones y ubicación de los pozos<sup>37</sup>, así como también la de disminuir hasta el 25 % el monto correspondiente a las regalías aplicables a la producción de hidrocarburos durante los diez años siguientes a la finalización del proyecto piloto en el marco de una concesión de explotación no convencional<sup>38</sup>; la autoridad de aplicación podrá, a su vez, disponer reducciones de regalías de hasta el 50 % frente a proyectos de producción terciaria, petróleos extrapesados y costa afuera, en razón de su productividad, ubicación y demás características técnicas y económicas desfavorables<sup>39</sup>;

g) la de formular las objeciones que considere pertinentes a la declaración jurada mensual presentada por el permisionario o concesionario, cuando considere que el precio de venta informado no refleja el precio real de mercado<sup>40</sup>;

h) la facultad de establecer, dentro de los límites máximos fijados por la ley, la obligación de pago de un bono por la prórroga de las concesiones de explotación, como también un bono de explotación por la realización de actividades complementarias de explotación convencional de hidrocarburos dentro del área de una concesión de explotación no convencional, tras el vencimiento de la respectiva concesión convencional<sup>41</sup>.

#### § 4. FACULTADES DEL PODER EJECUTIVO NACIONAL PARA FIJAR LA POLÍTICA ENERGÉTICA

Aun cuando la ley 27007 guarde completo silencio sobre el tema, este análisis sobre el reparto de los poderes regulatorios de la industria de los hidrocarburos dentro del sistema federal argentino quedaría incompleto si se omitiera mencionar y considerar con algún detenimiento la responsabilidad atribuida por el marco legal vigente al Poder Ejecutivo nacional en lo que concierne a la fijación de la política energética nacional<sup>42</sup>. La omisión del legislador apuntada no puede sino interpretarse como una tácita pero inequívoca ratificación de su decisión de encomendar esa tarea al Presidente de la Nación, en tanto la misma se encontraba suficientemente plasmada en sucesivos preceptos de rango legal integrantes del régimen que la nueva ley ha venido a complementar<sup>43</sup>.

<sup>37</sup> Ley 27007, art. 16.

<sup>38</sup> Ley 27007, art. 28.

<sup>39</sup> Ley 27007, art. 6°.

<sup>40</sup> Ley 27007, art. 17.

<sup>41</sup> Ley 27007, art. 15.

<sup>42</sup> Se trata, pues, de un tema completamente desatendido hasta el presente por la doctrina, pese a la inocultable relevancia que tiene este título competencial otorgado al Poder Ejecutivo nacional.

<sup>43</sup> El artículo 3° de la ley 17319 ya disponía que "el Poder Ejecutivo nacional fijará la política nacional con respecto a las actividades mencionadas en el artículo 2° [explotación,

Es menester adelantar, pues, que lo complejo de la cuestión estriba en dilucidar cómo se articula esta encomienda hecha por el legislador al Presidente de la República para que trace la política energética nacional con el resto de los poderes regulatorios que se vienen examinando, en particular aquellos que corresponden a las provincias en su condición de titulares del dominio originario de los hidrocarburos.

En efecto, en el contexto de una dinámica de franca dispersión territorial de competencias inaugurado por la enmienda constitucional que introdujo el artículo 124 al texto de la Ley Fundamental, dinámica que ha sido ratificada años después por la decisión del legislador —coherente con el nuevo marco constitucional— de transferir a la esfera de las provincias las facultades inherentes a la condición de autoridad de aplicación del régimen sustantivo de los hidrocarburos<sup>44</sup>, la reserva en manos del Poder Ejecutivo nacional de la potestad de dictar las políticas energéticas que habrán de seguirse en todo el país exige, ciertamente, un esfuerzo interpretativo tendiente a clarificar con el mayor rigor posible los límites de semejante atribución, en orden a reducir hasta donde sea factible los escenarios de fricción o conflicto entre las órbitas nacional y provincial.

La tarea de esclarecimiento que es menester abordar se presenta, decididamente, compleja: pocos conceptos resultan más difusos e imprecisos que el de "política energética". Por tal motivo, tal vez más que intentar precisar el alcance de la expresión, sea conveniente empezar por poner el foco de atención en la indispensable presencia de un interés *federal* que justifique y sustente la pretensión de la autoridad nacional de imponer sus criterios políticos por encima de aquellos de los dueños originarios de los recursos en cuestión.

En este sentido, es dable observar que los hidrocarburos constituyen un recurso natural de carácter estratégico. Si bien siempre ha sido así, a partir de los últimos descubrimientos, que abren la perspectiva de la posible existencia de incommensurables recursos no convencionales en el subsuelo argentino, esta afirmación resulta todavía más incontestable. El desarrollo futuro de la Argentina podría quedar atado al acierto de las decisiones y políticas que se adopten para la eficiente explotación de estos inmensos recursos. Hay, por tanto, un interés nacional que decididamente prevalece sobre el local, aun

---

industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos], teniendo como objetivo principal satisfacer las necesidades de hidrocarburos del país con el producido de sus yacimientos, manteniendo reservas que aseguren esa finalidad".

Tal directiva fue luego ratificada por el artículo 2°, último párrafo, de la ley 26197, conforme a la cual "el diseño de las políticas energéticas a nivel federal será responsabilidad del Poder Ejecutivo nacional".

Finalmente, la ley 26741 ha vuelto a señalar que el Poder Ejecutivo Nacional constituye la "autoridad a cargo de la fijación de la política en la materia" (ver el art. 2° de la ley aludida). Como se verá en el apartado siguiente de este trabajo, la injerencia que esta ley atribuye al Consejo Federal de Hidrocarburos que crea es de carácter meramente consultivo (cfr. art. 5° de la referida ley), de modo que en nada afecta la competencia asignada en exclusiva al Poder Ejecutivo nacional que es objeto de análisis.

<sup>44</sup> Ley 26197, arts. 2°, 4° y 6°.

cuando los beneficios que puedan obtenerse de tal explotación pertenezcan, indudablemente, a las respectivas jurisdicciones provinciales.

Es indudable, entonces, que existe un interés nacional –superior, si bien no contrapuesto, al de las provincias– en garantizar una razonable y eficiente explotación de tales recursos, lo cual obviamente se verá facilitado a partir de una política energética común para todo el país. La expresa indicación del legislador, expuesta de modo insistente, referida a que corresponde al Poder Ejecutivo nacional fijar la política energética del país contribuye a reforzar, además, la convicción de que el poder reglamentario del régimen de los hidrocarburos ha de concentrarse en esa órbita, según ya se anticipó.

Ahora bien, ¿cuál es el contenido concreto, esto es, los límites precisos de la incumbencia otorgada por el legislador al órgano ejecutivo nacional? ¿Qué dimensiones de la vasta actividad hidrocarburífera comprende? ¿Habilita al Ejecutivo a establecer la política de precios que ha de regir, la política fiscal en la materia, la política exportadora e importadora? ¿Lo autoriza a definir si la actividad productiva en este sector deberá ser protagonizada por empresas públicas o privadas, o a diseñar un programa para el desarrollo de las infraestructuras afectadas a la actividad? Todas estas cuestiones y otras más podrían comportar las asignaturas incluidas en el cometido lacónicamente definido como la fijación de la política energética de alcance federal.

Lamentablemente, los preceptos legales que atribuyen al Poder Ejecutivo nacional la responsabilidad de desplegar tal cometido nada indican en cuanto a su alcance<sup>45</sup>. Solo a partir de la ley 26741, al enunciar los “principios de la política hidrocarburífera de la República Argentina”, se brinda un marco de referencia que no podrá ser desatendido en adelante por el Poder Ejecutivo al ejercer la potestad de que ha sido investido. Las coordenadas de tal política apuntan, fundamentalmente, al empleo de los hidrocarburos como factor de desarrollo y de incremento de la competitividad; a la conversión de recursos en reservas comprobadas; a la integración del capital público y privado con vistas a la exploración y explotación de los recursos hidrocarburíferos; al logro del autoabastecimiento y a la obtención de saldos exportables en la materia; a la incorporación de nuevas tecnologías y modalidades de gestión; y a la protección de los consumidores de hidrocarburos<sup>46</sup>. Como puede advertirse, un amplio espectro de metas que confieren, sin embargo, al departamento ejecutivo una amplia discrecionalidad a la hora de intentar su concreción<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> Cabe añadir que tampoco los debates parlamentarios de las leyes 26197 y 26741 aportan datos que echen luz sobre la cuestión.

<sup>46</sup> Ley 26741, art. 3°.

<sup>47</sup> Al reglamentar la ley 26741, el Poder Ejecutivo nacional optó por perseguir los propósitos enunciados por el legislador a partir de un programa de neto corte intervencionista (el denominado “Plan Nacional de Inversiones Hidrocarburíferas”), para cuya ejecución creó la CPCEPNIH, y estableció un “Registro Nacional de Intervención Hidrocarburífera” en el cual deben inscribirse quienes realicen actividades de exploración, explotación, refinación, transporte y comercialización de hidrocarburos y combustibles. A partir de entonces, tales operadores están sujetos a la obligación de presentar planes anuales de inversión, sometidos a una estricta supervisión de la CPCEPNIH (ver el decreto 1277/2012).



La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tampoco ha sido de mucha ayuda hasta el presente para dotar a la incumbencia bajo análisis de perfiles más definidos. Apenas se registran unos pocos precedentes aislados que se valen de la reserva a manos de las autoridades nacionales del diseño de la política hidrocarburífera a nivel federal para rechazar la validez de la pretensión provincial de perseguir el pago de derechos de uso de tierras fiscales para el desarrollo de actividades propias de la industria<sup>48</sup>, por un lado, y desestimar la constitucionalidad de normas locales que fijaban un criterio más gravoso para el pago de las regalías por la producción de gas natural<sup>49</sup>, por otro.

No debe perderse de vista, en cualquier caso, que por más que la letra de la ley le haya atribuido tamaña responsabilidad al órgano ejecutivo, el trazado de la política energética desborda en mucho sus posibilidades. Buena parte de las definiciones fundamentales en ese terreno vienen dadas por la labor del legislador, de modo que la capacidad real del Poder Ejecutivo de tomar iniciativas propias en este terreno se encuentra sumamente acotada. La actividad que despliega el Presidente de la Nación, en este y cualquier otro campo, es, por definición, de naturaleza sub-legal, de modo que bajo ningún concepto podría contrariar lo dispuesto por el legislador. Para dar un ejemplo sencillo, en modo alguno podría el Poder Ejecutivo abandonar el autoabastecimiento como una prioridad del sistema, en tanto las leyes que lo establecen no se modifiquen.

#### § 5. REDEFINICIÓN DEL PAPEL DE LA EMPRESA PÚBLICA BAJO EL NUEVO MARCO LEGAL

La empresa pública ha ocupado históricamente un lugar de privilegio en la explotación y comercialización de los hidrocarburos en un número considerable de países con tradición petrolera. Basta con citar algunos ejemplos conocidos para confirmar esta aseveración: Arabian American Oil Company (ARAMCO, de propiedad de Arabia Saudita), Gazprom S.A. (empresa gasífera controlada por Rusia), National Iranian Oil Co. (la firma pública de petróleo de Irán), Kuwait Petroleum Corporation (de Kuwait), y Petrochina Company Ltd., Sinopec Ltd. y China National Offshore Oil Corporation –CNOOC– (las tres controladas por la República de China); y en nuestro entorno más cercano, Petróleo Brasileiro S.A. (PETROBRAS), Petróleos Mexicanos (PEMEX), Petróleos de Venezuela S.A. (PDVSA) y Enap Sipetrol S.A. (la empresa nacional chilena).

<sup>48</sup> Fallo dictado por la Corte Suprema en autos *Panamerican Energy LLC Sucursal Argentina s/inhibitoria (en autos "Provincia del Neuquén c/Panamerican Energy LLC s/ordinario")* (2010).

<sup>49</sup> Precedente recaído en la causa *Chevron San Jorge S.R.L. c/Neuquén, Provincia del s/acción declarativa de inconstitucionalidad* (2011).

La República Argentina no ha sido ajena a esta impronta. Como es bien sabido, la empresa estatal Yacimientos Petrolíferos Fiscales (YPF) acompañó y fue uno de los principales artífices del desarrollo petrolero nacional casi desde sus orígenes<sup>50</sup>, a comienzos del siglo XX. En poco tiempo se convirtió en una empresa integrada, con un papel central en la industria del sector, con un nivel de actividad superior al conjunto de las empresas privadas del rubro.

En el plano legislativo, si bien es cierto que la ley 17319 comienza por declarar que "la explotación, industrialización, transporte y comercialización de los hidrocarburos estarán a cargo de empresas estatales, empresas privadas o mixtas"<sup>51</sup> de manera indistinta, añade luego que "las empresas estatales constituirán elementos fundamentales en el logro de los objetivos fijados en el artículo 3° y desarrollarán sus actividades de exploración y explotación en las zonas que el Estado reserve en su favor"<sup>52</sup>. No en vano la exposición de motivos de la ley anticipaba sin rodeos que "la intervención subsidiaria de las empresas particulares en modo alguno afectará el papel fundamental que YPF y Gas del Estado seguirán desempeñando en la política nacional de los hidrocarburos".

En el marco del proceso de desregulación y privatización de la economía que tuvo lugar a partir de 1991 se dispuso una amplia convocatoria, a través de concursos públicos internacionales, para la adjudicación de un gran número de áreas para su desarrollo en manos de empresas privadas. Este giro importó dejar a un lado el modelo hasta entonces imperante, conforme al cual toda la actividad exploratoria debía involucrar contratos con la petrolera estatal<sup>53</sup>. En ese mismo contexto se llevó a cabo la transformación de YPF en una sociedad anónima, y su privatización a través de la venta de su paquete accionario y sus activos en los mercados nacional e internacional<sup>54</sup>.

Apenas poco más de diez años más tarde, en 2004, la creación de Energía Argentina Sociedad Anónima (EnArSA)<sup>55</sup> como una sociedad de titularidad cien por ciento estatal mostró el primer indicio del retorno a una mayor presencia pública empresarial en el campo de la actividad energética en general, e hidrocarburiífera en particular. Su objeto la habilita a incursionar en cualquier segmento de la cadena de valor de la industria<sup>56</sup>, y su principal activo inicial ha sido, sin duda, la titularidad de los permisos de exploración

<sup>50</sup> La empresa fue fundada en 1922, durante el gobierno de Hipólito Yrigoyen, una década y media después de producirse el primer hallazgo de petróleo en el subsuelo argentino, en la localidad de Comodoro Rivadavia.

<sup>51</sup> Ley 17319, art. 2°.

<sup>52</sup> Ley 17319, art. 11.

<sup>53</sup> Decreto 2178/1991, en particular su considerando y sus artículos 1° y concordantes.

La ley 24076 incorporó un enfoque análogo en materia de gas natural, al sentar el criterio según el cual las actividades de transporte y distribución de dicho fluido "deberán ser realizadas por personas jurídicas del derecho privado" (art. 4° de la ley citada).

<sup>54</sup> Ley 24145 de 1992, arts. 5°, 9° y concordantes.

<sup>55</sup> EnArSA fue creada por la ley 25943, de 2004.

<sup>56</sup> Ley 25943, arts. 1° y 3°.

y de las concesiones de explotación sobre la totalidad de las áreas marítimas nacionales que no se encontrasen sujetas a tales permisos o concesiones a la fecha de su creación, privilegio conferido por el propio legislador<sup>57</sup>.

La vocación del actual gobierno de enfatizar el protagonismo de la empresa pública en la industria de los hidrocarburos se terminó de evidenciar, sin embargo, con la expropiación del paquete accionario mayoritario de Repsol S.A. en YPF S.A., a través de la sanción de la ley 26741<sup>58</sup>. La cuota de mercado que posee la empresa y la envergadura de sus activos le adjudican, sin margen de duda, un lugar decisivo dentro del sector, lo cual la convierte en un clave brazo ejecutor de la política energética nacional<sup>59</sup>.

Las provincias petroleras han intentado emular, a escala local, el enfoque del gobierno nacional a través de sus correspondientes empresas públicas, a las que han situado en una posición de privilegio a través de una variedad de beneficios y ventajas competitivas, plasmados en sus respectivos marcos regulatorios<sup>60</sup>.

Ante el escenario descripto, es dable observar que la ley 27007 ha resuelto establecer ciertas cortapisas a los privilegios con que venían operando las empresas del sector público, tanto de la órbita nacional como provincial, lo cual permite auspiciar un fortalecimiento de un mercado más genuino en este ámbito del quehacer industrial.

Por empezar, la ley prohíbe para el futuro, tanto a las provincias como al Estado nacional, la reserva de nuevas áreas a favor de entidades o empresas públicas o con participación estatal, bajo cualquier forma jurídica<sup>61</sup>. De esta manera se veda el uso del sistema alternativo –exento del requisito de la licitación pública– que contempla la ley 17319 para la adjudicación de derechos de exploración y explotación de hidrocarburos<sup>62</sup>, que habilita a las distintas jurisdicciones a favorecer discrecionalmente a sus respectivas empresas públicas mediante la asignación directa de áreas a través de la figura de la "reserva".

<sup>57</sup> Ley 25943, art. 2°. Sobre la actividad desarrollada por EnArSA, puede ampliarse en DE LA RIVA (2004) pp. 35-36.

<sup>58</sup> La ley 26741 de 2012 declaró "de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51 %) del patrimonio de YPF Sociedad Anónima representado por igual porcentaje de las acciones Clase D de dicha empresa, pertenecientes a Repsol YPF S.A., sus controlantes o controladas, en forma directa o indirecta. Asimismo, declárase de utilidad pública y sujeto a expropiación el cincuenta y un por ciento (51 %) del patrimonio de Repsol YPF GAS S.A. representado por el sesenta por ciento (60 %) de las acciones Clase A de dicha empresa, pertenecientes a Repsol Butano S.A., sus controlantes o controladas" (art. 7°).

<sup>59</sup> En igual sentido, ver SACRISTÁN (2012); y MACÍAS y SCHIARITI (2014) pp. 25-26. Con algunos reparos, también WALSH (2012) pp. 1 y ss.

<sup>60</sup> A título de ejemplo, pueden mencionarse Gas y Petróleo del Neuquén, Petrominera Chubut S.E., Empresa de Desarrollo Hidrocarburífero Provincial Sociedad Anónima (de la Provincia de Río Negro), Empresa Provincial de Energía de Mendoza, y Pampetrol (perteneciente a la Provincia de La Pampa).

<sup>61</sup> Ley 27007, art. 18.

<sup>62</sup> Ley 17319, arts. 11, y 91 a 96.

Adicionalmente, la ley también acota las modalidades bajo las cuales las empresas provinciales pueden asociarse en el futuro con terceros para el desarrollo de áreas que hubiesen sido reservadas a su favor en el pasado. En este sentido, establece que la participación de tales empresas durante la etapa de desarrollo del área será proporcional a las inversiones que ellas comprometan y realicen efectivamente<sup>63</sup>, excluyendo así de plano la figura del acarreo o “carry” únicamente por cuanto concierne a la etapa de explotación, y sin que tal prohibición alcance, en cambio, a la fase exploratoria<sup>64</sup>.

En sintonía con las medidas antedichas, el legislador exhibió un tratamiento aún más riguroso hacia EnArSA, a la que despojó lisa y llanamente de los permisos de exploración y concesiones de explotación sobre las áreas marítimas nacionales que le fueran asignadas al sancionarse la ley de su creación<sup>65</sup>. La reversión de permisos y concesiones comentada no alcanza a aquellas áreas que a la fecha del dictado de la ley 27007 hubieran sido objeto de contratos de asociación suscriptos con terceros<sup>66</sup>.

#### § 6. PROPUESTAS DE ARTICULACIÓN DE LOS PODERES REGULATORIOS NACIONALES Y PROVINCIALES CONTENIDAS EN LA LEY 27007

El proyecto que dio lugar a la sanción de la ley 27007 ha tenido su origen a partir del ejercicio concertado del poder dentro de nuestro sistema federal<sup>67</sup>. El “Acuerdo federal para el abastecimiento de hidrocarburos complemento normativo de las leyes 17319 y 26197 para la explotación no convencional y la promoción de la exploración y explotación de hidrocarburos”, suscripto el 16 de septiembre de 2014 entre el Estado Nacional y las provincias integrantes de la Organización Federal de Estados Productores de Hidrocarburos (OFEPHI)<sup>68</sup>, así lo pone de manifiesto.

<sup>63</sup> Ley 27007, art. 18, última parte.

<sup>64</sup> LANARDONNE y MÁCULUS (2014) p. 67.

<sup>65</sup> Ley 27007, art. 30.

<sup>66</sup> Idem.

<sup>67</sup> JONES (2014) pp. 1-2; y MACÍAS y SCHIARITI (2014) pp. 16-17.

<sup>68</sup> El Acuerdo referido reconoce que, frente a la necesidad de desarrollar los yacimientos de hidrocarburos no convencionales descubiertos en el territorio de nuestro país y tornar efectiva la soberanía hidrocarburífera, la Nación y las provincias que concurrieron a celebrarlo “tienen que asociarse a fin de alcanzar en el menor plazo posible el autoabastecimiento”. A consecuencia de ello, “el Gobierno Nacional y los Gobernadores integrantes de la OFEPHI han decidido proponer a la discusión del Honorable Congreso de la Nación (. . .) un complemento normativo de las Leyes 17319 y 26197 con la finalidad de reglar la explotación convencional y no convencional de hidrocarburos, la exploración y explotación costa afuera; el establecimiento de requisitos mínimos en los mecanismos de selección de los permisionarios y/o concesionarios; el establecimiento conjunto de instrumentos de promoción a esas actividades y el establecimiento de normas comunes para el cuidado del ambiente”, bajo los puntos que acordaron al efecto.

Conviene recordar que la OFEPHI está conformada por las siguientes provincias, todas ellas firmantes del mencionado Acuerdo: Mendoza, Santa Cruz, Chubut, Neuquén, Río Negro, Salta, Formosa, La Pampa, Jujuy y Tierra del Fuego.



La dispersión (y, por momentos, inevitable superposición, no siempre armónica) de los poderes regulatorios ejercidos desde las distintas esferas de gobierno, propia de todo sistema federal, configura indudablemente uno de los principales desafíos del régimen jurídico e institucional bajo el cual se desenvuelve la industria de los hidrocarburos.

El Consejo Federal de Hidrocarburos, creado un par de años atrás<sup>69</sup> como un ámbito institucional permanente tendiente a facilitar la interacción de las distintas jurisdicciones involucradas, si bien significó un primer paso hacia la superación de las dificultades derivadas de semejante escenario multipolar, ha resultado un avance claramente insuficiente. El organismo, integrado por representantes del Estado nacional, de todas las provincias argentinas y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, se encuentra dotado de funciones meramente consultivas, lo cual impide cifrar esperanzas de que vaya a desplegar un papel verdaderamente gravitante.

El texto legal aprobado a fines de octubre exhibe, en cambio, algunos progresos más firmes con vistas a avanzar hacia un modelo de mayor concertación, al menos en tres terrenos concretos, a saber: los procedimientos licitatorios de las áreas a ser asignadas para su exploración y explotación, el tratamiento tributario de las actividades hidrocarburíferas y las exigencias de orden medioambiental a las que se encuentran sujetos los operadores del sector.

En el primero de esos planos, resulta encomiable la iniciativa sentada por el legislador de encomendar a las autoridades de aplicación provinciales del régimen y la Secretaría de Energía de la Nación la elaboración conjunta de un Pliego Modelo, el cual deberá en lo sucesivo ser tomado en consideración por cada jurisdicción para la confección de sus propios pliegos licitatorios<sup>70</sup>.

En materia tributaria y medioambiental, en cambio, las estipulaciones de la ley 27007 orientadas a contrarrestar la dispersión de regímenes adquieren un cariz decididamente más modesto, en tanto se limitan a propiciar la adopción de una legislación uniforme entre las distintas órbitas jurisdiccionales<sup>71</sup>, lo cual no pasa de configurar un mandato de orden exclusivamente programático cuya eficacia quedará librada al esmero que los gobiernos involucrados pongan en darle cumplimiento.

La ley comentada incorpora, por último, una cláusula de alcances más difusos, por la cual se encarece a las autoridades de aplicación de los ámbitos nacional y provincial, a la Secretaría de Energía de la Nación y a la CPCEPNIH, que promuevan la unificación de los procedimientos y registros

<sup>69</sup> Ley 26741, arts. 4° y siguientes.

<sup>70</sup> Ley 27007, arts. 12 y 29. Las normas citadas se ocupan de enumerar los contenidos que deberá abordar el Pliego Modelo, a saber: las condiciones y garantías a que deberán ajustarse las ofertas, las bases fundamentales que se tendrán en consideración para valorar la conveniencia de las propuestas (importe, plazos de las inversiones), las exigencias inherentes a la difusión del llamado a licitación, las garantías a las que deberán ajustarse las ofertas, entre otras.

<sup>71</sup> Ley 27007, arts. 23 y 24.

tendientes al cumplimiento de sus respectivas competencias, y el intercambio de información con dicho propósito y con el logro del autoabastecimiento<sup>72</sup>.

## § 6. BALANCE FINAL

El somero análisis desarrollado sobre el reparto de los poderes regulatorios bajo el nuevo marco legal arroja la percepción de que el legislador ha sido cuidadoso en respetar los ejes centrales del sistema federal fijados por el constituyente:

a) el dominio y la administración de los recursos hidrocarburíferos pertenecen a las provincias (y a la Nación, en los ámbitos territoriales que le corresponden),

b) 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

c) determinadas incumbencias (policía, fomento, medio ambiente) son concurrentes, y de allí el interés de procurar el ejercicio concertado de las facultades respectivas.

Tal vez el mayor mérito de la ley 27007 en este aspecto haya sido la atención que ha puesto en establecer directivas orientadas a armonizar este complejo entramado de atribuciones nacionales y locales, enfocado en procurar reconducir el ejercicio de todas ellas hacia una dinámica coordinada, que evite la recíproca neutralización de las políticas emanadas de las distintas órbitas de poder. Se trata, sin duda, de un objetivo primordial e indispensable para el desarrollo sostenible de un sector estratégico para el futuro de nuestro país, y es menester reconocer que los avances alcanzados son fruto de consensos labrados con una cuota considerable de esfuerzo y realismo por parte de sus protagonistas, experiencia que debe servir de ejemplo a seguir para transitar el camino de diálogo que necesita recorrer nuestro país para recuperar la senda del crecimiento.

## BIBLIOGRAFÍA CITADA

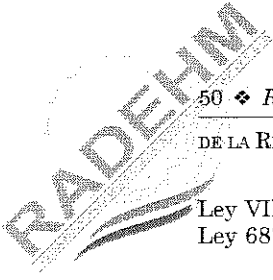
- CABRAL, Hugo (2014): “¿Quién ejerce la soberanía hidrocarburífera en la República Argentina para lograr el autoabastecimiento?”, *RADEHM*, n° 2: pp. 1-18.
- CASSAGNE, Juan Carlos (2010): “Acerca de la noción del dominio público y las nuevas ideas sobre los usos especiales”, *Jurisprudencia Argentina*, 2010-III: pp. 1213-1227.
- DE LA RIVA, Ignacio M. (2008): “Dominio y jurisdicción sobre hidrocarburos en nuestro sistema federal: un auténtico rompecabezas para armar”, en *El Derecho Constitucional*, año 2008: pp. 506-523.

<sup>72</sup> Ley 27007, art. 26.

- DE LA RIVA, Ignacio M. (2014): "Hidrocarburos: del Estado subsidiario al Estado interventor", *RADEHM*, n° 2: pp. 21-51.
- DE SIMONE, Orlando (1997): "El dominio originario de los recursos naturales Con específica referencia a los yacimientos de hidrocarburos", *La Ley*, 1997-C: pp. 1440-1443.
- DIANA, Nicolás (2012): "La competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el régimen federal de hidrocarburos", *La Ley*, 2012-E: pp. 1173-1182.
- EGEA, Federico M. (2009): "Alcances del concepto de dominio originario de las provincias en el sistema federal argentino", *La Ley*, 2009-A: pp. 1170-1175.
- JONES, Marcelo (2014): "Las recientes modificaciones al régimen jurídico de los hidrocarburos", *La Ley*, diario del 18 de noviembre de 2014: pp. 1-4.
- LANARDONNE, Tomás, y MACULUS, Alex (2014): "La reciente reforma a la Ley de Hidrocarburos", *Revista del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires*, tomo 74, n° 2, diciembre de 2014: pp. 55-73.
- MACÍAS, Francisco A., y SCHIARITI, M. Lorena (2014): "Un nuevo capítulo en las oscilaciones del federalismo en materia de hidrocarburos", *RADEHM*, n° 3: pp. 15-44.
- PRIETO, Hugo N. (2005): "El dominio originario de los recursos naturales. La titularidad de las provincias y sus consecuencias en materia de hidrocarburos", *La Ley* 2005-E: pp. 1181-1194.
- REBASA, Marcos, y CARBAJALES, Juan José (2011): "Los recursos naturales en la reforma del '94: Aportes para una interpretación constitucional (El caso de los hidrocarburos)", *La Ley*, 2011-C: pp. 1167-1181.
- SACRISTÁN, Estela B. (2012): "Una (no tan nueva) ley de hidrocarburos para tomar el control de YPF", *El Derecho*, tomo 248: pp. 769-773.
- SACRISTÁN, Estela B. (2014): "Dominio originario de los recursos naturales. La cuestión del dominio eminente", en Gelli, María Angélica (dir.), *20 años de la reforma de la Constitución nacional*, suplemento *La Ley Constitucional*, edición especial, octubre, n° 6: pp. 149-157, disponible en <http://www.estelasacristan.com.ar/publicaciones.html> (último acceso: 12/5/2015).
- WALSH, Juan Rodrigo (2012): "La expropiación de YPF y la política energética", *La Ley (Suplemento Actualidad)* 10 de mayo de 2012: pp. 1-2.

NORMAS CITADAS

- Constitución de la Nación Argentina.
- Ley 17319 (B.O. 23/6/1967). Ley de Hidrocarburos.
- Ley 24076 (B.O. 20/5/1992). Marco regulatorio del gas natural.
- Ley 24145 (B.O. 24/9/1992). Ley de Federalización de Hidrocarburos, transformación empresaria y privatización del capital de YPF S.A.
- Ley 25943 (B.O. 20/10/2004). Creación de EnArSA.
- Ley 26197 (B.O. 6/12/2006). Modificación a la Ley de Hidrocarburos ("Ley Corta").
- Ley 26741 (B.O. 3/5/2012). Ley de expropiación de YPF S.A.
- Ley 27007 (B.O. 30/10/2014). Reforma de la Ley de Hidrocarburos.
- Decreto 2178/1991 (B.O. 21/10/1991).
- Decreto 1277/2012 (B.O. 25/7/2012).
- Ley 2453 de la Provincia del Neuquén, del 10 de marzo de 2004.
- Ley 7620 de la Provincia de San Juan, del 8 de septiembre de 2005.
- Ley 7526 de la Provincia de Mendoza, del 19 de abril de 2006.



Ley VIII-541-2006 de la Provincia de San Luis, del 20 de diciembre de 2006.  
Ley 6873 de la Provincia de Santiago del Estero, del 28 de diciembre de 2007.

JURISPRUDENCIA CITADA

- Crespi Hnos. y Cía. s/recurso contencioso c/resolución de la Dirección de Vinos* (1956): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 16 de marzo de 1956, Fallos: 234: 166.
- Orden, Manuel de la c/Ingenio San Isidro S.R.L. s/ordinario-cumplimiento de contrato y cobro de pesos* (1956): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 6 de julio de 1956, Fallos: 235: 296.
- Yacimientos Petrolíferos Fiscales c/Mendoza, Provincia de y otros s/nulidad de concesión minera* (1979): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 3 de mayo de 1979, Fallos: 301: 341.
- Mendoza, Provincia de c/Estado Nacional s/inconstitucionalidad* (1988): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 2 de agosto de 1988, Fallos: 311: 1265.
- Panamerican Energy LLC Sucursal Argentina s/inhibitoria (en autos “Provincia del Neuquén c/Panamerican Energy LLC s/ordinario”)* (2010): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 10 de agosto de 2010, Fallos: 333: 1386.
- Chevron San Jorge S.R.L. c/Neuquén, Provincia del s/acción declarativa de inconstitucionalidad* (2011): Corte Suprema de Justicia de la Nación, 1° de noviembre de 2011, Fallos: 334: 1162.